

Informationspflichten der Konzernobergesellschaft gegenüber der Konzernuntergesellschaft

DISSERTATION

Der Universität St. Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften (HSG)
Zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Paul Robert Peyrot

von

Wartau (St. Gallen)

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Jean Nicolas Druey

und

Prof. Dr. Christian J. Meier-Schatz

Dissertation Nr. 2726

(Difo Druck, Bamberg 2003)

Die Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St. Gallen, den 10. Dezember 2003

Der Rektor:

Prof. Dr. Peter Gomez

Vorwort

*Wir lassen nie vom Suchen ab,
und doch, am Ende allen unseren Suchens,
sind wir am Ausgangspunkt zurück
und werden diesen Ort zum ersten Mal erfassen.*

T.S. Eliot

Die Beschäftigung mit zwei Phänomenen von quecksilbriger Natur, dem Konzern und der Information, förderte immer neue Aspekte und Erkenntnisse zutage. Ganz im Sinne von T.S. Eliot waren meine Auffassungen während der Arbeit an diesem Thema einem ständigen Wandel unterworfen. Nachdem der Schlusspunkt gesetzt war, erschien mir bereits vieles Gelesene und Geschriebene in neuem Licht. Die Schrift ist abgeschlossen, die Auseinandersetzung mit dem Thema noch nicht: Andere Auffassungen, neue eigene Einsichten und werden die weitere Auseinandersetzung mit dem Thema der Information im Konzern immer wieder zum spannenden Unterfangen machen. Ich hoffe, dass andere Autoren den Faden aufnehmen und weiterspinnen werden. Ich freue mich auf die Diskussion!

Grosser Dank ist abzustatten: Zunächst meinen Eltern, Nelly und Robert Peyrot-van der Laan. Sie haben grosse Opfer auf sich genommen, um mir ein unbelastetes Studium zu erlauben. Herr Prof. Dr. Jean Nicolas Druey hat die Arbeit angeregt, inspiriert und auf ihrer langen Odyssee mit grosser Geduld betreut, wofür ich ihm herzlich danke. Herr Prof. Dr. Christian J. Meier-Schatz stellte sich als Koreferent zur Verfügung. Frau Angelika von Foerster hat die mühseligen Arbeiten der Fehlerkorrektur und Druckformatierung auf sich genommen.

Zürich, 12. September 2003

Paul Robert Peyrot

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XI
LITERATURVERZEICHNIS	XV
1 PROBLEMSTELLUNG UND ZIELSETZUNG	1
1.1 Information in der Unternehmung	1
1.2 Die Information in der Unternehmung aus der Sicht der Betriebswirtschaftslehre	3
1.2.1 Systematisierung der Informationsarten	3
1.2.2 Informationsbedarf als Konzept	4
1.2.3 Knowledge Management	5
1.2.4 Information in der Organisationslehre	6
1.2.5 Informationsversorgung des Verwaltungsrats	8
1.2.6 Besonderheiten des Informationssystems im Konzern	11
1.3 Anforderungen an das Informationssystem des Konzerns	14
1.3.1 Begriffsbestimmungen	14
1.3.2 Kein Konzernkonzept des Gesetzgebers	14
1.3.3 Einheitsbetrachtung oder Netzwerkcharakter?	15
1.3.4 Informationsfluss im Konzern	18
1.3.5 Information als bedeutender Vorteil der Konzernierung	20
1.4 Anforderungen an die Informationsordnung im Konzern	21
1.4.1 Die Informationsordnung deckt sich mit der Leitungsordnung	21
1.4.2 Konzerndimensionale Informationsversorgung	22
1.4.3 Konzernweites Führungsinformationssystem (FIS)	22
1.5 Die Information in der Unternehmung aus der Sicht der Informationstheorie	25
1.5.1 Information, Informierung, Kommunikation, Wissen, Daten	25
1.5.2 Informationspathologien	27
1.5.3 Die Qualität der Information	29
1.5.3.1 Informationsqualität aus betriebswirtschaftlicher Sicht	31
1.5.3.2 Informationsqualität im Informationsrecht	33
1.5.3.3 Rechtspflicht zur Abklärung der geschuldeten Informationsqualität	34
1.5.4 Verknüpfung und Kontext	36
1.5.5 Grenzen des Informationsanspruchs	38

1.6	Die Information in der Gesellschaft aus der Sicht der Rechtswissenschaft	39
1.6.1	Zusammenspiel von Betriebswirtschaftslehre und Recht	39
1.6.2	Information als Ersatz für materielles Recht	40
1.6.3	Information und Zweck des Konzernrechts	43
1.6.4	Informationsmotive	44
1.6.5	Gesichtspunkte für die Verteilung von Informationen	45
1.6.6	Information, Konzern und Corporate Governance	46
1.7	Rechtliche Probleme der Informationsordnung im Konzern	50
1.7.1	Problem der direkten Kommunikationsbeziehungen	50
1.7.2	Offenlegung im Konzern	50
1.7.2.1	Vorschriften des Handelsrechts:	51
1.7.2.2	Vorschriften des Börsenrechts	52
1.7.2.3	Lücken	53
1.7.3	Konzerndimensionalität und -sensibilität der Information	54
1.7.4	Konzernspezifische Komplettierung der Rechnungslegung	57
1.7.5	Besonderer Informationsbedarf im Finanzwesen	59
1.7.6	Kontextinformation bei der konzernierten Gesellschaft	60
1.7.7	Sonderordnung des Konzerns und besondere Informationsordnung des Konzerns	62
1.8	Überleitung in den weiteren Gang der Arbeit	64
2	RECHTSPFLICHT ZUR GESTALTUNG DER INFORMATIONSORDNUNG IM KONZERN	65
2.1	Vorbemerkung: Braucht es überhaupt eine Rechtspflicht?	65
2.1.1	Informationsmotive	66
2.1.1.1	Ausübung von Leitung	66
2.1.1.2	Organisation	67
2.1.1.3	Betroffenheit und Abhängigkeit	67
2.1.1.4	Kontrolle	67
2.2	Schnittstellen zwischen der Betriebswirtschaftslehre, der Informationstheorie und dem Aktienrecht	68
2.2.1	Die Geschäftsführungspflichten des Verwaltungsrates der Mutter und die Konzernleitungspflicht	68
2.2.2	Wahrung des Integritätsinteresses	69
2.3	Gesellschaftsrechtliche Ansätze zur Begründung einer Informationspflicht der Mutter	71
2.3.1	Konzernleitungsmodell: zulässige Leitung im Konzern und Schutz der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung	71
2.3.1.1	Inhalt der Konzernleitung aus betriebswirtschaftlicher Sicht	73

2.3.1.2	Leitplanken für die Leitungsausübung im Konzern: Schutz der aktienrechtlichen Leitungsordnung durch Art. 716a OR und durch den Handelsregistereintrag	74
2.3.1.3	Generelle Kriterien für die Beziehungen zwischen Mutter und Tochter: Rozenblum Entscheid	75
2.3.1.4	Leitungskonzept Integritätsinteresse (Strohn, Lutter, Amstutz, Schlupe)	76
2.3.1.5	Leitungskonzept Amstutz: Konzernspezifisches Spannungsverhältnis	87
2.3.1.6	Leitungskonzept Druey: Konzernleitung erfolgt durch Information	88
2.3.1.7	Leitungskonzept Böckli: Einordnung und Aushandeln	91
2.3.1.8	Einordnungskonzept	92
2.3.1.9	Leitungsmodell Bertschinger: Arbeitsteilung im Konzern	95
2.3.2	Die Information in den Konzernleitungsmodellen	96
2.3.3	Rozenblum-Praxis und Informationsfluss	96
2.3.3.1	Information im Modell „Integritätsinteresse“	97
2.3.3.2	Information im Modell Amstutz	99
2.3.3.3	Information in den Modellen Druey und Böckli	100
2.3.3.4	Information im Modell Bertschinger	101
2.3.3.5	Art der geschuldeten Information	101
2.3.4	Konzernspezifische Anwendung des Durchgriffs	102
2.3.5	Faktische Organschaft	107
2.3.5.1	Kann die Konzernmutter faktisches Organ sein?	107
2.3.5.2	Pflichtenlage des faktischen Organs	110
2.3.5.3	Die Pflichtstellung der Konzernobergesellschaft als faktisches Organ	115
2.3.5.4	Informationspflicht aus der Treuepflicht	117
2.3.6	Konzernleitungspflicht	119
2.3.6.1	Konzernleitungspflicht aufgrund autonomer Akte der Konzerngesellschaften (Statuten, Verträge)	121
2.3.6.2	Inhalt der Konzernleitungspflicht	122
2.3.6.3	Information als Teil der Konzernleitungspflicht, verstanden als Pflicht der Mutterverwaltung gegenüber ihrer eigenen Gesellschaft	124
2.3.6.4	Information als Teil der Konzernleitungspflicht, verstanden als Verpflichtung der Mutter gegenüber der Tochter	125
2.3.6.5	Information als Teil der Konzernleitungspflicht, verstanden als Pflicht der Mutterorgane zur Vermeidung von Haftungsfällen	127
2.3.6.6	Information als Teil einer vertraglich begründeten Konzernleitungspflicht	127
2.3.7	Besondere Treuepflicht im Konzernverhältnis	128
2.3.8	Aktienrechtliche Gleichbehandlungspflicht	130
2.3.9	Doppelorgane	130
2.3.10	Die aktienrechtlichen Informationsrechte im Konzernzusammenhang	132
2.3.10.1	Schutz der aktienrechtlichen Informationsordnung	134
2.3.10.2	Sonderprüfung	137
2.3.10.3	Informationsrecht des Verwaltungsratsmitglieds	141
2.3.10.4	Auskunftsanspruch des Aktionärs	145
2.3.10.5	Geschäftsbericht	147

VIII

2.3.10.6	Orientierung über die Organisation der Geschäftsführung	148
2.3.11	Informationspflicht aus der Ausübung von Leitung	149
2.3.12	Gegenseitige Beteiligung von Mutter und Tochter	149
2.3.13	Theorie des Beschlusstatbestands	150
2.3.14	Erfüllung einer externen Meldepflicht/kapitalmarktrechtliche Informationsverschaffungspflicht	151
2.3.15	Informationsweiterleitungspflicht und –abfragepflicht in der Organisation	152
2.4	Allgemeine Rechtsfiguren	154
2.4.1	Treu und Glauben	154
2.4.1.1	Die Konzernbeziehung als rechtliches Sonderverhältnis eigener Art	154
2.4.1.2	Verhaltenspflichten aus Treu und Glauben	157
2.4.1.3	Rechtliches Sonderverhältnis und Kommunikationsbeziehung	158
2.4.1.4	Haftung wegen Verletzung von Treu und Glauben	160
2.4.1.5	Informationspflichten aus Treu und Glauben	163
2.4.2	Weitere Haftungsansätze	171
2.4.2.1	Haftung für qualitativ ungenügende Information	171
2.4.2.2	Geschäftsherrenhaftung	173
2.4.2.3	Haftung aus Doppelorganschaft	175
2.4.2.4	Vertrauenshaftung	175
2.4.2.5	Spezialhaftungsnormen	178
2.4.2.6	Haftungsvermeidung und Information	178
2.4.3	Vertragsfiguren	179
2.4.4	Gleichbehandlungspflichten	179
3	ILLUSTRATION UND TEST DER ENTWICKELTEN KONZEPTE ANHAND KONKRETER INFORMATIONSPLICHTEN	181
3.1	Problemfeld: Informationen über die Mutter an sich (Identität und Organisation des Konzerns)	181
3.1.1	Informationsbedarf	181
3.1.2	Ist-Situation: beschränkte Offenlegung des Konzernverhältnisses	185
3.1.3	Frage: „Kann die Tochter von der (vermuteten) Mutter bzw. einem Hauptaktionär verlangen, offenzulegen, ob eine Beziehung vorliegt, die einheitliche Leitung ermöglichen könnte? Falls ja, kann sie die Nennung weiterer Angaben über die Identität der Mutter verlangen?“	186
3.1.3.1	Ansätze für die Beantwortung (und Bejahung) der Ausgangsfrage:	188
3.1.4	Frage: Was kann die Tochter über den Hintergrund der Mutter erfahren?	189
3.1.4.1	Mögliche Ansätze zur Beantwortung der Frage:	189
3.1.5	Frage: Hat die Tochter Anspruch auf ein Exemplar des Konzernorganigramms bzw. des Organisationshandbuchs?	190
3.1.5.1	Informationsbedarf	190
3.1.5.2	Begründungsansätze:	191

3.2	Problemfeld: Rechnungslegung der Mutter	193
3.2.1	Informationsbedarf	193
3.2.2	Ist-Situation	194
3.2.3	Frage: Hat der Verwaltungsrat der Tochter Anspruch auf die (konsolidierte) Bilanz der Mutter?	195
3.2.3.1	Informationsbedarf	195
3.2.3.2	Begründungsansätze:	196
3.2.4	Frage: Hat der Verwaltungsrat der Tochter Anspruch auf die Bilanzen der Schwestergesellschaften?	197
3.2.4.1	Informationsbedarf	197
3.2.4.2	Begründungsansätze	197
3.3	Problemfeld: Information über die Konzernstrategie (Konzernpolitik, und –struktur, Planungsinformation)	198
3.3.1	Informationsbedarf	198
3.3.2	Ist-Situation	199
3.3.3	Frage: "Muss die Mutter eine Konzerntochter über wesentliche Änderungen in der Strategie informieren?"	200
3.3.3.1	Informationsbedarf	200
3.3.3.2	Begründungsansätze	200
3.3.4	Frage: Hat die Mutter eine Pflicht zur spontanen Informierung der Tochter?	202
3.3.4.1	Informationsbedarf	202
3.3.4.2	Begründungsansätze	202
3.3.4.3	Hinweis auf ausländische Ansätze:	202
3.4	Problemfeld: Information über die geschäftlichen Beziehungen im Konzern	204
3.4.1	Informationsbedarf	204
3.4.2	Ist-Situation	206
3.4.3	Begründungsansätze:	206
3.4.4	Frage: „Muss die Mutter der Tochter ihre eigene (konzernweite) Investitionsplanung/ihre Budgets zur Verfügung stellen?“	208
3.4.4.1	Informationsbedarf	208
3.4.4.2	Begründungsansätze:	208
3.4.5	Frage: „Welche Informationen muss die Mutter der Tochter als Entscheidungsgrundlagen liefern, wenn sie jener (faktisch verbindliche) Weisungen erteilt?“	209
3.4.5.1	Informationsbedarf	209
3.4.5.2	Begründungsansätze	210

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.M.	anderer Meinung
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle Juristische Praxis, St. Gallen/Lachen
AktG	(deutsches) Aktiengesetz vom 6.9.1965
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen, Bern
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (SR 952.0)
BBl.	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BEHG	Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24.3.1995
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Lausanne
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Deutschland
BJM	Basler Juristische Mitteilungen, Basel
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
Bzw.	beziehungsweise
c.c.	Codice Civile (Italien)
DB	Der Betrieb, Düsseldorf
Die AG	Die Aktiengesellschaft, Köln
d.h.	das heisst
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
et al.	et alii
etc.	et cetera
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FER	Fachempfehlungen zur Rechnungslegung
FN	Fussnote
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
G.U.	Gazette Ufficiali (Italien)
GV	Generalversammlung
h.L.	herrschende Lehre
HGB	(deutsches) Handelsgesetzbuch vom 19. Dezember 1985
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
HV	Hauptversammlung
i.F.	im Folgenden

i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
KR	Kotierungsreglement der Schweizer Börse vom 24. Januar 1996
lit.	Litera
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N	Note
Nr.	Nummer
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München
NZZ	Neue Zürcher Zeitung, Zürich
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30.3.1911 (SR 220)
Praxis recht resp. S.	Die Praxis des Bundesgerichts, Basel recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis, Bern respektive Satz/Seite
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft, Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht, Zürich (ab 1989: SZW, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Zürich)
SemJud sic!	La semaine judiciaire, Genève Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations-, und Wettbewerbsrecht, Zürich
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung, Zürich
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts, Bern
ST	Der Schweizer Treuhänder, Zürich
StE	Der Steuerentscheid, Basel
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Zürich (bis 1989 Schweizerische Aktiengesellschaft SAG)
u.U.	unter Umständen
v.a.	vor allem
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
VR	Verwaltungsrat
WM	Wertpapiermitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Frankfurt a.M.
WpHG	(deutsches) Wertpapierhandelsgesetz vom 24. März 1998
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, Zürich
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Berlin

ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, (neu: Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht) Heidelberg
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Köln
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zürich
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge, Basel

LITERATURVERZEICHNIS

ABBADESSA, PIETRO

- La circolazione delle informazioni all'interno del gruppo, in: Paola Balzarini/Giuseppe Carcano/Guido Mucciarelli [Hrsg.], I Gruppi di Società, Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia 16-17-18 nov. 1995, Milano 1996 (zit: Abbadessa, 1996)

ABEGGLEN, SANDRO

- Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft, Bern 1995 (zit: Abegglen, 1995)

ABELTSHAUSER, THOMAS E.

- Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht. Zu den Sorgfalts- und Loyalitätspflichten von Unternehmensleitern im deutschen und im US-amerikanischen Kapitalmarktrecht, Köln u.a. 1998 (zit: Abeltshauser, 1998)

AFFOLTER, MARKUS

- Die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess, Bern u.a. 1994 (zit: Affolter, 1994)

ALBERS-SCHÖNBERG, MAX

- Haftungsverhältnisse im Konzern, Zürich 1980 (zit: Albers-Schönberg, 1980)

AMERICAN LAW INSTITUTE

- Principles of Corporate Governance: Analysis And Recommendations, St. Paul MN (Student Edition) 1994 (zit: American Law Institute, 1994)

AMSTUTZ, MARC

- Konzernorganisationsrecht. Ordnungsfunktion, Normstruktur, Rechtssystematik, Bern 1993 (zit: Amstutz, 1993)

ANESINI, SILVIO

- Die Holding als Instrument der Führung in konzernierten Unternehmen, St. Gallen/Bamberg 1991 (zit: Anesini, 1991)

BÄCHTOLD, BEAT

- Die Information des Verwaltungsrates, Bern 1997 (zit: Bächtold, 1997)

BÄRTSCHI, HARALD

- Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich 2001 (zit: Bärtschi, 2001)

BAUDENBACHER, CARL

- Einleitung vor Art. 620 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand [Hrsg.], Obligationenrecht II. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basel/Frankfurt am Main 1994 (zit: Baudenbacher, 1994)

BAUMANN, MAX

- Einleitung Art. 2 ZGB, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1998 (zit: Baumann, 1998)

BAUMS, THEODOR

- Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, Köln 2001 (zit: Baums, 2001)

BEHR, GIORGIO

- Dezentrale Führungsstrukturen. Vor- und Nachteile der verschiedenen Unternehmensstrukturen, ST 5/92, 1992 (zit: Behr, 1992)

BEHRENS, PETER

- Konzernsachverhalte im internationalen Recht, SZIER 1/2002, 2002 (zit: Behrens, 2002)

BERTHEL, JÜRGEN

- Informationsbedarf, in: Frese, Erich [Hrsg.], Handwörterbuch Organisation, S. 872-886, Stuttgart 1992 (zit: Berthel, 1992)

BERTSCHINGER, URS

- Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999 (zit: Bertschinger, 1999)
- Wirtschaftsprüfung und Corporate Governance, Der Schweizer Treuhänder, 705-712, 2000 (zit: Bertschinger, 2000)

BLAUROCK, UWE

- Bemerkungen zu einem Europäischen Recht der Unternehmensgruppe, in: Klaus Peter Berger [Hrsg.], Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, S. 79-93, Heidelberg 2000 (zit: Blaurock, 2000)

BLEICHER, KNUT

- Organisation: Strategien - Strukturen - Kulturen, 2. Aufl., Wiebaden 1991 (zit: Bleicher, 1991)
- Das Konzept integriertes Management. Das St. Galler Management-Konzept., 2. Aufl., Frankfurt am Main/New York 1992 (zit: Bleicher, 1992)

BLUMBERG, PHILIP I.

- Amerikanisches Konzernrecht, in: Marcus Lutter [Hrsg.], Konzernrecht im Ausland, S. 264-309, Berlin/New York 1994 (zit: Blumberg, 1994)

BÖCKLI, PETER

- Corporate Governance: The "Cadbury Report" and the Swiss Board Concept of 1991, SZW 4/96, 1996 (zit: Böckli, 1996a)
- Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996 (zit: Böckli, 1996)
- Corporate Governance: Der Stand der Dinge nach den Berichten "Hampel", "Viénot" und "OECD" sowie dem deutschen "KonTraG", SZW 1/99, 1999 (zit: Böckli, 1999)
- Corporate Governance auf Schnellstrassen und Holzwegen, ST 2000, 133ff., 2000 (zit: Böckli, 2000a)
- Konzernrecht: Die Stellung des Verwaltungsrates einer in den Konzern eingeordneten Untergesellschaft, in: Charlotte M. Baer [Hrsg.], Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern u.a. 2000 (zit: Böckli, 2000)
- Ad hoc-Publizität und Insiderstrafnorm: Nach- und Feinschliff für das Informationsrecht des Kapitalmarktes, in: Christoph B. Bühler [Hrsg.], Informationspflichten des Unternehmens im Gesellschafts- und Börsenrecht, Bern/Stuttgart/Wien 2003 (zit: Böckli, 2003)

BOSMAN, ALEIDUS

- Konzernverbundenheit und ihre Auswirkung auf Verträge mit Dritten, Zürich 1984 (zit: Bosman, 1984)

BOTSCHAFT

- Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, Separatdruck, Bern 1983 (zit: Botschaft, 1983)

BRECHBÜHL, BEAT

- Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen, Bern 1998 (zit: Brechbühl, 1998)

BREHM, ROLAND

- Die Entstehung durch unerlaubte Handlung: Kommentar zu Art. 41 – 61, Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 1998 (zit: Brehm, 1998)

BRINER, ROBERT G.

- Haftung für Informationen auf Websites, SIC! 2002, 231-241, 2002 (zit: Briner, 2002)

BUFF, HERBERT

- Compliance, Zürich 2000 (zit: Buff, 2000)

BÜHLER, CHRISTOPH B.

- Informationspflichten des Unternehmens im Gesellschafts- und Börsenrecht, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 68, Bern/Stuttgart/Wien 2003 (zit: Bühler, 2003)

BURGARD, ULRICH

- Die Offenlegung von Beteiligungen, Abhängigkeits- und Konzernlagen bei der Aktiengesellschaft, Berlin 1990 (zit: Burgard, 1990)

CADBURY REPORT

- Financial Aspects of Corporate Governance, London 1992 (zit: Cadbury Report, 1992)

CASSON, MARK

- Organization of International Business: Studies in the Economics of Trust, Aldershot/Brookfield 1995 (zit: Casson, 1995)

CASUTT, ANDREAS

- Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1991 (zit: Casutt, 1991)

CEREGHETTI, LEONARDO

- Die Offenlegung von Unternehmensbeteiligungen im schweizerischen Recht – unter besonderer Berücksichtigung des neuen Aktienrechts und des zukünftigen Börsenrechts., Chur/Zürich 1995 (zit: Cereghetti, 1995)

CONTI, CHRISTIAN

- Die Malaise der ärztlichen Aufklärung. Zu den Grenzen ärztlicher Aufklärungspflichten und zu den Informationspflichten des Patienten, AJP 5/2000, 2000 (zit: Conti, 2000)

COZIAN, MAURICE/VIANDIER, ALAIN/DEBOISSY, FLORENCE

- Droit des sociétés, 15. Aufl., Paris 2002 (zit: Cozian/Viandier/Deboissy, 2002)

DE CAPITANI, WERNER

- Das Bankgeheimnis im Konzern, SZW 2/97, 1997 (zit: de Capitani, 1997)

DENNLER, MARKUS

- Durchgriff im Konzern, Diss. Zürich 1984 (zit: Dennler, 1984)

DETTWILER, EMANUEL MAX

- Informationelle Gleichbehandlung der Aktionäre, (Diss. St. Gallen) Basel 2002 (zit: Dettwiler, 2002)

DIETRICH, MARCEL

- Der Verwaltungsrat und seine Information. Entwicklung einer heuristischen Methode zur Bestimmung eines Verwaltungsrats-Informationskonzeptes., Bern 1990 (zit: Dietrich, 1990)

DRUEY, JEAN NICOLAS

- Geheimsphäre des Unternehmens. Grundfragen des Persönlichkeitsrechts auf Geheimsphäre, untersucht mit dem Blick auf einen Sonderfall, Basel 1977 (zit: Druey, 1977)
- Aufgaben eines Konzernrechts. Bericht zum Schweizerischen Juristentag 1980 in Fribourg, ZSR 1980 II, 1980 (zit: Druey, 1980)
- Organ und Organisation. Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organisation, SAG 53 (1981) S.77ff., 1981 (zit: Druey, 1981)

- Privatrecht als Recht der Kommunikation, SJZ 79, 185-195, 1983 (zit: Druey, 1983)
- Föderalistische Staatsverfassung - ein Modell für die Konzerne?, in: Jean Nicolas Druey [Hrsg.], Das St. Galler Konzernrechtsgespräch, Bern, Stuttgart 1988 (zit: Druey, 1988c)
- Zentralisierter und dezentralisierter Konzern - ist die Differenzierung rechtliche wünschbar und realisierbar?, in: Jean Nicolas Druey [Hrsg.], Das St. Galler Konzernrechtsgespräch, Bern und Stuttgart 1988 (zit: Druey, 1988b)
- Verträge auf Informationsleistung, in: Peter Forstmoser/Pierre Tercier/Roger Zäch [Hrsg.], Festgabe W.R. Schlupe, Zürich 1988 (zit: Druey, 1988a)
- "Daten-Schmutz" - Rechtliche Ansatzpunkte zum Problem der Über-Information, in: Ernst Brem/Jean Nicolas Druey/Ernst A. Kramer/Ivo Schwander [Hrsg.], Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, Bern 1990 (zit: Druey, 1990)
- Privatrecht als Kontaktrecht: ein Gedanke zur Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht, in: Peter Häberle [Hrsg.], Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge Band 40 (1991/1992), 149-166, Tübingen 1992 (zit: Druey, 1992)
- Das Informationsrecht des einzelnen Verwaltungsratsmitglieds, SZW 2/93, 49-53, 1993 (zit: Druey, 1993a)
- Die Information des Outsiders in der AG, in: Roland von Büren u.a. [Hrsg.], Grundfragen des neuen Aktienrechts, Bern 1993 (zit: Druey, 1993)
- Das deutsche Konzernrecht aus der Sicht des übrigen Europa, in: Marcus Lutter [Hrsg.], Konzernrecht im Ausland, Berlin/New York 1994 (zit: Druey, 1994a)
- Gesellschaftsrechtliche Informationsansprüche, in: Hochschule St. Gallen. Weiterbildungsstufe [Hrsg.], Aktienrechtsforum 1994. Informationsveranstaltung vom 7. Juni 1994, 1994 (zit: Druey, 1994)
- Information als Gegenstand des Rechts, Zürich und Baden-Baden 1995 (zit: Druey, 1995a)
- Grundzüge des schweizerischen Aktienrechts, Zürich 1995 (zit: Druey, 1995)
- Besprechung von Amstutz, Marc: Konzernorganisationsrecht, SZW 1995, S. 206-207, 1995 (zit: Druey, 1995c)
- Urteil des Bundesgerichts vom 15. November 1994 i.S. Wibru Holding AG c. Swissair Beteiligungen AG (BGE 120 II 331), SZW 2/95, 1995 (zit: Druey, 1995b)
- Die Meldepflicht: Transparenz - eine verhüllte Göttin, Das Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, 36-43, 1997 (zit: Druey, 1997b)
- Verantwortlichkeit aus Leitung, in: Manfred Lieb/Ulrich Noack/Harm Peter Westermann [Hrsg.], Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag, Köln u.a. 1997 (zit: Druey, 1997)
- Mängel des GV-Beschlusses, in: Jean Nicolas Druey/Peter Forstmoser [Hrsg.], Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997 (zit: Druey, 1997a)
- Kommunikationsfreiheit - ein Programm, in: Bernhard Ehrenzeller u.a. [Hrsg.], Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen: Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998 (zit: Druey, 1998)
- Die drei Paradoxe des Konzernrechts, in: Roland von Büren [Hrsg.], Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz. Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär. S. 75-88, Bern 1998 (zit: Druey, 1998a)

- Schutz der Information, in: Rolf H. Weber/Reto M. Hilty [Hrsg.], Daten und Datenbanken. Rechtsfragen zu Schutz und Nutzung, Zürich und Baden-Baden 1999 (zit: Druey, 1999)
 - Leitungsrecht und -pflicht im Konzern, in: Charlotte M. Baer [Hrsg.], Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern u.a. 2000 (zit: Druey, 2000a)
 - "Konzernvertrauen", in: Uwe H. Schneider/Peter Hommelhoff/Karsten Schmidt/Wolfram Timm/Barbara Grunewald/Tim Drygala [Hrsg.], Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag. Deutsches und europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht, Köln 2000 (zit: Druey, 2000)
 - Misstrauen in die Vertrauenshaftung? Nochmals zum "Konzernvertrauen", SZW 4/2001, 190-194, 2001 (zit: Druey, 2001a)
 - Wirtschaftsrecht - leben und lehren, ZSR, Halbband I, Heft 1, 2001, S. 1-10, 2001 (zit: Druey, 2001)
 - Organfreiheit oder zugeschnürte Weste? - Grundlagen und Grundfragen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Charlotte M. Baer [Hrsg.], Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern/Stuttgart/Wien 2002 (zit: Druey, 2002)
 - Unternehmensinterne Informationsversorgung, in: Christoph B. Bühler [Hrsg.], Informationspflichten des Unternehmens im Gesellschafts- und Börsenrecht, Bern/Stuttgart/Wien 2003 (zit: Druey, 2003)
- DRUEY, JEAN NICOLAS (HRSG.)
- Konzernrecht aus der Konzernwirklichkeit. Das St. Galler Konzernrechtsgespräch, Bern u. Köln 1988 (zit: Druey, 1988)
- DRUEY, JEAN NICOLAS/VOGEL, ALEXANDER
- Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999 (zit: Druey/Vogel, 1999)
- DURANTI, ALESSANDRO/GOODWIN, CHARLES
- Rethinking context. Language as an interactive phenomenon, Cambridge 1992 (zit: Duranti/Goodwin, 1992)
- DÜRR, ANITA M.
- Informations-Bewirtschaftung, in: Josef Herget, Werner Schwuchow [Hrsg.], Strategisches Informationsmanagement, Konstanz 1997 (zit: Dürr, 1997)
- EBNET, PETER
- Der Informationsvertrag, Baden-Baden 1995 (zit: Ebnet, 1995)
- ECONOMIESUISSE
- swiss code of best practice for corporate governance, Zürich 2002 (zit: economiesuisse, 2002)
- EGGER, AUGUST
- Schranken der Majoritätsherrschaft im Aktienrecht, ZSR 45, 1926, 1ff., 1925 (zit: Egger, 1925)
- EISENBERG, MELVIN A.
- The Governance of Corporate Groups, in: Paola Balzarini/Giuseppe Carcano/Guido Mucciarelli [Hrsg.], I Gruppi di Società, Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia 16-17-18 nov. 1995, Milano 1996 (zit: Eisenberg, 1996)
- EMMERICH, VOLKER/HABERSACK, MATHIAS
- Aktienkonzernrecht. Kommentar, München 1998 (zit: Emmerich/Habersack, 1998)
- EMMERICH, VOLKER/SONNENSCHNEIN, JÜRGEN
- Konzernrecht, 6. Aufl., München 1997 (zit: Emmerich/Sonnenschein, 1997)

EPPEMBERGER, MATTHIAS

- Information des Aktionärs - Auskunftspflicht- oder Mitteilungspflicht?, Bern 1990 (zit: Eppenberger, 1990)

EPPLER, MARTIN J.

- Information oder Konfusion. Neue Kriterien für die betriebliche Kommunikation., *iommanagement* 1997, S. 38 - 41, 1997 (zit: Eppler, 1997)

EPPLER, MARTIN/WITTIG, DÖRTE

- Conceptualizing Information Quality: A Review of Information Quality Frameworks from the Last Ten Years, *Proceedings of IQ2000 - The Conference on Information Quality at: Massachusetts Institute of Technology (MIT), Boston, U.S.A., October 20-22, 2000*, URL:<http://www.knowledgemedia.org/netacademy/publications.nsf/all_pk/1649> 2000 (zit: Eppler/Wittig, 2000)

FALCKE, GÜNTHER

- Konzernrecht in Frankreich. Abhängigkeit und einheitliche Leitung im französischen Recht der Gesellschaftsgruppen., Baden-Baden 1996 (zit: Falcke, 1996)

FEHLMANN, REGULA

- Vertrauenshaftung - Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage, 2002 2002 (zit: Fehlmann, 2002)

FERRARA, FRANCESCO/CORSI, FRANCESCO

- Gli imprenditori e le società, 12. Aufl., Milano 2001 (zit: Ferrara/Corsi, 2001)

FISCHER, KONRAD/KOCH, THOMAS

- Konsolidierungspflicht einer Zwischengesellschaft nach schweizerischem Aktienrecht. Gedanken zum Minderheitenschutz des Art. 663f Abs.2 OR, *SZW* 3/99, pp. 138-144, 1999 (zit: Fischer/Koch, 1999)

FORSTMOSER, PETER

- Die Informationsrechte des Gesellschafter im schweizerischen Recht, in: P. Alvisi/P. Balzarini/G. Carcano [Hrsg.], *Informazione Societaria. Atti del Convegno Internazionale di Studi, Venezia 5-6-7 nov. 1981*, vol. 1, pp. 331-348, Milano 1982 (zit: Forstmoser, 1982)
- Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit nach Schweizer Recht - Risiken und Möglichkeiten ihrer Vermeidung, *LJZ* 1984, 1-15, 1984 (zit: Forstmoser, 1984)
- Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987 (zit: Forstmoser, 1987)
- Aktionärsbindungsverträge, in: Peter Forstmoser/Pierre Tercier/Roger Zäch [Hrsg.], *Innominatverträge. Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe*, Zürich 1988 (zit: Forstmoser, 1988)
- Organisation und Organisationsreglement nach neuem Aktienrecht, Zürich 1992 (zit: Forstmoser, 1992)
- Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs, in: Jean NICOLAS DRUEY/PETER FORSTMOSER [HRSG.], *RECHTSFRAGEN UM DIE Generalversammlung*, Zürich 1997 (zit: Forstmoser, 1997)
- Haftung im Konzern, in: Charlotte M. Baer [Hrsg.], *Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht*, Bern u.a. 2000 (zit: Forstmoser, 2000)
- Horizontale Integration im Konzern, in: Rainer J. Schweizer/Herbert Burkert/Urs Gasser [Hrsg.], *Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag*, 383-400, Zürich 2002 (zit: Forstmoser, 2002b)
- Corporate Governance. Regeln guter Unternehmensführung in der Schweiz, *Schriftenreihe Niederer Kraft Frey*, Publikation 10, Zürich 2002 (zit: Forstmoser, 2002)

- Interessenkonflikte von Verwaltungsratsmitgliedern, in: Nedim Peter Vogt [Hrsg.], Der Allgemeine Teil und das Ganze. Liber amicorum Schulin, S. 9-23, Basel 2002 (zit: Forstmoser, 2002a)
- FORSTMOSER, PETER/FORRER, FIONA
- Entwicklungen im Gesellschaftsrecht - Handelsgesellschaften und Genossenschaften - und im Wertpapierrecht, SJZ 97 (2001) pp. 488-496, 2001 (zit: Forstmoser/Forrer, 2001)
- FORSTMOSER, PETER/MEIER-HAYOZ, ARTHUR/NOBEL, PETER
- Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996 (zit: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, 1996)
- FORUM EUROPAEUM KONZERNRECHT
- Konzernrecht für Europa, ZGR 1998, 672-772, 1998 (zit: Forum Europaeum Konzernrecht, 1998)
- FOSS, NICOLAI J./PEDERSEN, TORBEN
- Transferring Knowledge in MNCs: The Role of Sources of Subsidiary Knowledge and Organizational Context, <http://www.cbs.dk/departments/ivs/wp/wp00-12.pdf> (7.6.2001), 2001 (zit: Foss/Pedersen, 2001)
- FRESE, ERICH
- Grundlagen der Organisation: Konzept - Prinzipien - Strukturen, 6. Aufl., Wiesbaden 1995 (zit: Frese, 1995)
- FRIEDLAENDER, HEINRICH E.
- Konzernrecht unter Berücksichtigung der amerikanischen Praxis, 2. Aufl., Berlin 1954 (zit: Friedlaender, 1954)
- GABRIELLI, FABRIZIO
- Das Verhältnis des Rechts auf Auskunftserteilung zum Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung, Zürich 1997 (zit: Gabrielli, 1997)
- GALGANO, FRANCESCO
- I gruppi di società, Torino 2001 (zit: Galgano, 2001)
- GASSER, URS
- Entgrenzung der Information – Grenzen des Rechts?, in: Martin Immenhauer/Jürg Wichtermann [Hrsg.], Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1998, Stuttgart u.a. 1999 (zit: Gasser, 1999)
 - Zu den Möglichkeiten einer rechtlichen Erfassung von Medien- und Informationsqualität, ZSR 2000 I, S. 379-412, 2000 (zit: Gasser, 2000)
 - Variationen über “Informationsqualität”, in: Rainer Schweizer/Herbert Burkert/Urs Gasser [Hrsg.], Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002 (zit: Gasser, 2002a)
 - Kausalität und Zurechnung von Information als Rechtsproblem, München 2002 (zit: Gasser, 2002)
- GLANZMANN, LUKAS
- Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht. Ein Beitrag zur Finanzverantwortung des Verwaltungsrates unter des konzerninternen Darlehens, Bern u.a. 1996 (zit: Glanzmann, 1996)
 - Die Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung der Aktiengesellschaft, AJP 1/97, 1997 (zit: Glanzmann, 1997)
 - Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten, ZSR, 2000 II, 2000 (zit: Glanzmann, 2000)
- GONZENBACH, RAINER
- Von rührender Schlichtheit, Walt Disney-Schweinchen und losgetretenen Lawinen – oder der Richter als Gesetzgeber des Konzernrechts?, in: Roland von

- Büren [Hrsg.], Aktienrecht 1992-1997. Versuch einer Bilanz. Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär. 107-118, Bern 1998 (zit: Gonzenbach, 1998)
- GOSHAL, SUMANTRA/BARTLETT, CHRISTOPHER A.
- The Multinational Corporation as an Interorganizational Network, *Academy of Management Review*, 1990, Vol. 15, No. 4, 603-625, 1990 (zit: Goshal/Bartlett, 1990)
- GRANT, ROBERT M.
- Toward a Knowledge-Based Theory of the Firm, *Strategic Management Journal* 1996/17, 1996 (zit: Grant, 1996)
- GRASS, ANDREA R.
- Business Judgment Rule, Zürich 1998 (zit: Grass, 1998)
 - Management-Entscheidungen vor dem Richter, *SZW* 2000, 6, 2000 (zit: Grass, 2000)
- GRUNDMANN, STEFAN
- Information und ihre Grenzen im Europäischen und neuen englischen Gesellschaftsrecht, in: Schneider, Uwe H. u.a. [Hrsg.], *Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag*, 2000 (zit: Grundmann, 2000)
- GRUNDSATZKOMMISSION CORPORATE GOVERNANCE
- Corporate Governance-Grundsätze ("Code of Best Practice") für börsennotierte Gesellschaften, Frankfurt 2000 (zit: Grundsatzkommission Corporate Governance, 2000)
- GUHL THEO
- Das schweizerische Obligationenrecht, 9.A. bearbeitet von Alfred Koller, Anton K. Schnyder u. Jean Nicolas Druey, Zürich 2000 (zit: Guhl/Bearbeiter, 2000)
- GUPTA, ANIL K./GOVIDARAJAN V.
- Organizing for Knowledge Flows within MNCs, *International Business Review*, 1995/3, 1995 (zit: Gupta/Govindarajan V., 1995)
 - Knowledge Flows within Multinational Corporations, *Strategic Management Journal* 2000 (21), 473-496, 2000 (zit: Gupta/Govindarajan, 2000a)
 - Knowledge Flows Within Multinational Corporations, *Strategic Management Journal* 21 (2000), 2000 (zit: Gupta/Govindarajan, 2000)
 - Feedback-seeking behavior within multinational corporations, *Strategic Management Journal* 1999, S.205-222, 1999 (zit: Gupta/Govindarajan/Malhotra, 1999)
- HADDEN, TOM
- Liabilities in Corporate Groups. A Framework for Effective Regulation , in: Paola Balzarini/Giuseppe Carcano/Guido Mucciarelli [Hrsg.], *I Gruppi di Società. Atti del Convegno Internazionale di Studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995*, Milano 1996 (zit: Hadden, 1996)
 - Liabilities in Corporate Groups. (A framework for Effective Regulation), in: Paola Balzarini/Giuseppe Carcano/Guido Mucciarelli [Hrsg.], *I Gruppi di Società, Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia 16-17-18 nov. 1995*, Milano 1996 (zit: Abbadessa, 1996)
- HAMEL, GARY/PRAHALAD C.K.
- The Core Competence of the Corporation, *Harvard Business Review*. May/June, 1990, 68 (3), 1990 (zit: Hamel/Prahalad C.K., 1990)
 - *Competing for the Future*, Boston 1994 (zit: Hamel/Prahalad, 1994)
- HAMPEL REPORT
- Final Report, in: *The Committee on Corporate Governance [Hrsg.]*, London 1998 (zit: Hampel Report, 1998)

HANDSCHIN, LUKAS

- Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994 (zit: Handschin, 1994)
- Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats in Tochtergesellschaften, in: Universität St. Gallen, Weiterbildungsstufe [Hrsg.], Aktienrechtsforum 1995: Rechtsfragen im Konzern, St. Gallen 1995 (zit: Handschin, 1995)

HAUSHEER, HEINZ/JAUN, MANUEL

- Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003 (zit.: Hausheer/Jaun, 2003)

HEDLUND, GUNNAR

- The Hypermodern MNC – A Heterarchy?, Human Resource Management, 25 (1986), 9-35, 1986 (zit: Hedlund, 1986)

HELMS, DIETMAR

- Konzernrecht und Kapitalmarktrecht in Frankreich, in: Peter Hommelhoff/Klaus Hopt/Markus Lutter [Hrsg.], Konzernrecht und Kapitalmarktrecht, München/Bern/Wien 2001 (zit: Helms, 2001)

HICHERT, ROLF/MORITZ, MICHAEL

- Management-Informationssysteme: praktische Anwendungen, 2. Aufl., Berlin u.a. 1995 (zit: Hichert/Moritz, 1995)

HOFSTETTER, KARL

- Haftungsregeln für multinationale Konzerne, Tübingen 1995 (zit: Hofstetter, 1995)
- Corporate Governance in der Schweiz. Bericht im Zusammenhang mit den Arbeiten der Expertengruppe "Corporate Governance", in: *economiesuisse* [Hrsg.], Zürich 2002 (zit: Hofstetter, 2002)
- Corporate Governance im Konzern, in: Hans Caspar von der Crone e.a. [Hrsg.], Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht: Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003 (zit: Hofstetter, 2003)

HOLZLEITHNER, ELISABETH/MAYER-SCHÖNBERGER, VIKTOR

- Informationsrecht & Kontrolle. Deconstructing Cyberlaw, *Juridikum* 2/97, 1997 (zit: Holzleithner/Mayer-Schönberger, 1997)

HOMBURGER, ERIC

- Der Verwaltungsrat. Art. 707-726 OR, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1997 (zit: Homburger, 1997)

HOMMELHOFF, PETER

- Die Konzernleitungspflicht. Zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts, Köln 1982 (zit: Hommelhoff, 1982)
- Holding-Gesellschaften und Gruppen-Leitung, I Gruppi di Società. Atti del Convegno Internazionale di Studi, Venezia 16-17-18 novembre 1995, *Rivista delle Società* 1995, S. 1389 – 1406, 1995 (zit: Hommelhoff, 1995)
- Holding-Gesellschaften und Gruppenleitung, in: Paola Balzarini/Giuseppe Carcano/Guido Mucciarelli [Hrsg.], I Gruppi di Società, Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia 16-17-18 nov. 1995, Milano 1996 (zit: Hommelhoff, 1996)
- Konzernspezifische Komplettierungen in der Rechnungslegung von Konzernunternehmungen, in: Ulrich Hübner, Werner F. Ebke [Hrsg.], Festschrift für Bernhard Grossfeld zum 65. Geburtstag, 443-457, Heidelberg 1999 (zit: Hommelhoff, 1999)
- Konzernrecht für Europa – Zu den Vorschlägen und Thesen des Forum Europaeum, in: Charlotte M. Baer [Hrsg.], Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern u.a. 2000 (zit: Hommelhoff, 2000a)

HONEGGER, PETER C./FRICK, THOMAS A.

- Das Bankgeheimnis im Konzern und bei Übernahmen, SZW 1/96, 1996 (zit: Honegger/Frick, 1996)

HOPT, KLAUS J.

- Konzernrecht und Kapitalmarktrecht in Deutschland, in: Peter Hommelhoff/Klaus J. Hopt/Marcus Lutter [Hrsg.], Konzernrecht und Kapitalmarktrecht, München/Bern/Wien 2001 (zit: Hopt, 2001a)
- Modern Company Law Problems: A European Perspective, in: OECD [Hrsg.], Comparative Law Reform in OECD Countries. A Comparative Outlook of Current Trends, Paris 2001 (zit: Hopt, 2001)
- Konzernrecht und Kapitalmarktrecht: Rechtsvergleichende Synthese, in: Peter Hommelhoff/Klaus J. Hopt/Marcus Lutter [Hrsg.], Konzernrecht und Kapitalmarktrecht, München/Bern/Wien 2001 (zit: Hopt, 2001b)

HORBER, FELIX

- Die Informationsrechte des Aktionärs, Zürich 1995 (zit: Horber, 1995)

HÜNERWADEL, ANDREAS

- Die gesellschaftsrechtlichen Pflichten des Hauptaktionärs beim Kontrollverkauf einer privaten Aktiengesellschaft, Zürich 1995 (zit: Hünerwadel, 1995)

HUNGERBÜHLER, CASPAR

- Die Offenlegung aus der Sicht des Unternehmens: ein Beitrag zum schweizerischen Aktienrecht, Fribourg 1994 (zit: Hungerbühler, 1994)

HÜTTE, KLAUS

- Die Sorgfaltspflichten der Verwaltung und Geschäftsleitung im Lichte der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, ZGR 1/86, 1-46, 1986 (zit: Hütte, 1986)

IMMENGA, ULRICH

- Company Systems and Affiliation, International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XIII, Chapter 7, Tübingen u.a. 1985 (zit: Immenga, 1985)

ISAY, RUDOLF

- Das Recht am Unternehmen, Berlin 1910 (zit: Isay, 1910)

JAKOB, WALTER

- Strukturveränderungen bei Schweizer Konzernen. Gestaltungsformen, Trends und Steuerfolgen, ST 5/92, 1992 (zit: Jakob, 1992)

JOHNSON, SIMON/LA PORTA, RAFAEL/LOPEZ-DE-SILANES, FLORENCIO/SHLEIFER, ANDREI

- Tunnelling, NBER Working Paper Series, Working Paper 7523, <http://www.nber.org/papers/w7523> 2000 (zit: Johnson/La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer, 2000)

JÖSLER, MAJA DOMENICA

- Rechtsstreit zwischen Organen und Organmitgliedern, Bern 1998 (zit: Jösler, 1998)

KAISER, URS

- Die zivilrechtliche Haftung für Rat, Auskunft, Empfehlung und Gutachten, Bern 1987 (zit: Kaiser, 1987)

KAUFMANN, MARKUS

- Personengesellschaften als Konzernspitze, Bern 1988 (zit: Kaufmann, 1988)

KINDLER, PETER

- Konzernrecht und Kapitalmarktrecht in Italien, in: Peter Hommelhoff/Klaus J. Hopt/Marcus Lutter [Hrsg.], Konzernrecht und Kapitalmarktrecht, München/Bern/Wien 2001 (zit: Kindler, 2001)

KLUVER, JOHN

- European and Australian proposals for corporate group law: a comparative analysis, *European Business Organization Law Review* 2 (2000), S. 287-316, 2000 (zit: Kluver, 2000)

KMUCHE, WOLFGANG

- Inhaltliches Informationsmanagement, in: Josef Herget, Werner Schwuchow [Hrsg.], *Strategisches Informationsmanagement*, Konstanz 1997 (zit: Kmuche, 1997)

KÖNIGER, PAUL/REITHMAYER, WALTER

- *Management unstrukturierter Informationen*, Frankfurt a.M./New York 1998 (zit: Königiger/Reithmayer, 1998)

KRAEGE, THORSTEN

- *Informationssysteme für die Konzernführung: Funktion und Gestaltungsempfehlungen*, Wiesbaden 1998 (zit: Kraege, 1998)

KRAMER, ERNST A./SCHMIDLIN, BRUNO

- *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bd. VI 1.1., Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986 (zit.: Kramer/Schmidlin, 1986)

KRCMAR, HELMUT

- *Annäherungen an Informationsmanagement – Managementdisziplin und/oder Technologiedisziplin?*, in: Staehle W.H./Sydow J. [Hrsg.], *Managementforschung* 1, Berlin/New York 1991 (zit: Krcmar, 1991)

KUHN, MORITZ

- *Die Haftung aus falscher Auskunft und falscher Raterteilung*, *SJZ* 1986, 345ff., 1986 (zit: Kuhn, 1986)

KUNZ, PETER V.

- *Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage*, Bern 1993 (zit: Kunz, 1993)
- *Die Auskunfts- und Einsichtsrechte des Verwaltungsratsmitglieds*, *AJP* 5/94, 1994 (zit: Kunz, 1994)
- *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht*, Bern 2001 (zit: Kunz, 2001)

KUZMIC, KRISTINA

- *Haftung aus "Konzernvertrauen"*, Zürich 1998 (zit: Kuzmic, 1998)

LAMBERT, CLAUDE

- *Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft*, Zürich 1992 (zit: Lambert, 1992)

LEHMANN, MICHAEL

- *Das Privileg der beschränkten Haftung und der Durchgriff im Gesellschafts- und Konzernrecht. Eine juristische und ökonomische Analyse*, *ZGR* 1986, 1986 (zit: Lehmann, 1986)

LENKE, NILS/LUTZ, HANS-DIETER/SPRENGER, MICHAEL

- *Grundlagen sprachlicher Kommunikation. Mensch – Welt – Handeln – Sprache – Computer*, München 1995 (zit: Lenke/Lutz/Sprenger, 1995)

LESCA, HUMBERT/LESCA, ELISABETH

- *Gestion de l'information: Qualité de l'information et performances de l'entreprise*, Paris 1995 (zit: Lesca/Lesca, 1995)

LEU, JÜRIG

- *Die Rechtswidrigkeit von Informationsmängeln in der Ad hoc-Publizität nach dem Kotierungsreglement der Schweizer Börse*, Diss. St. Gallen 2002 (zit: Leu, 2002)

LORENZ, STEPHAN

- Auskunftsansprüche im Bürgerlichen Recht, JuS 35, 569ff., 1995 (zit: Lorenz, 1995)

LOSER-KROGH, PETER

- Vertrauenshaftung und Schutzpflicht – Vor dem Hintergrund europäischer Rechtsvereinheitlichung, in: Christian J. Meier-Schatz/Rainer J. Schweizer [Hrsg.], Recht und Internationalisierung. Festgabe der Juristischen Abteilung der Universität St. Gallen zum Juristentag 2000, Zürich 2000 (zit: Loser-Krogh, 2000)

LUTTER, MARCUS

- Zur Binnenstruktur des Konzerns, in: Wolfgang Hefermehl/Rudolf Gmür/Hans Brox [Hrsg.], Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag, S. 347ff., Karlsruhe 1974 (zit: Lutter, 1974)
- Zur Aufgabe eines Konzernrechts: Schutz vor Missbrauch oder Organisationsrecht?, in: Jean Nicolas Druey [Hrsg.], Konzernrecht aus der Konzernwirklichkeit. Das St. Galler Konzernrechtsgespräch, Bern/Köln 1988 (zit: Lutter, 1988)
- Unternehmensplanung und Aufsichtsrat, AG 8/1991, 1991 (zit: Lutter, 1991)
- Haftung aus Konzernvertrauen, in: Wolfgang Schön [Hrsg.], Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, pp. 229-245, Köln 1997 (zit: Lutter, 1997)

LUTTER, MARCUS (HRSG.)

- Konzernrecht im Ausland, Berlin/New York 1994 (zit: Lutter, 1994)

LUTTER, MARCUS/SCHEFFLER, EBERHARD/SCHNEIDER, UWE H.

- Der Konzern als finanzwirtschaftliche Einheit, in: Marcus Lutter/Eberhard Scheffler/Uwe H. Schneider [Hrsg.], Handbuch der Konzernfinanzierung, Köln 1998 (zit: Lutter/Scheffler/Schneider, 1998)

MACDONALD, NIGEL

- The Cadbury Report – Corporate Governance from an institutional perspective. The need for a process of challenge, ST 12/95, 1051-1056, 1995 (zit: Macdonald, 1995)

MARGIOTTA, ADRIANO

- Das Bankgeheimnis – Rechtliche Schranken eines bankkonzerninternen Informationsflusses?, Diss. St. Gallen 2002 (zit: Margiotta, 2002)

MASTRONARDI, PHILIPPE

- Recht als Gegenstand der Information, in: Rainer Schweizer/Herbert Burkert/Urs Gasser [Hrsg.], Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, S. 833-851, Zürich 2002 (zit: Mastronardi, 2002)

MAYER-SCHÖNBERGER, VIKTOR

- Information und Recht. Vom Datenschutz bis zum Urheberrecht, Wien, New York 2001 (zit: Mayer-Schönberger, 2001)

MEIER-HAYOZ, ARTHUR/FORSTMOSER, PETER

- Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Bern 1998 (zit: Meier-Hayoz/Forstmoser, 1998)

MEIER-SCHATZ, CHRISTIAN

- Über die privatrechtliche Haftung für Rat und Anlagerat, in: Fritz Sturm [Hrsg.], Mélanges Paul Piotet, Bern 1990 (zit: Meier-Schatz, 1990)
- Legal Aspects and Institutional Realities of Corporate Governance in Switzerland, Finanzmarkt und Portfolio Management 1993, 309-321, 1993 (zit: Meier-Schatz, 1993)
- Wirtschaftsrecht und Unternehmenspublizität. Zur wirtschaftsrechtlichen Regulierung mittels Publizitätsnormen, dargestellt anhand veröffentlichungs-

- pflichtiger finanzieller und gesellschaftsbezogener Rechnungslegungen, Zürich 1989 (zit: Meier-Schatz, 1989)
- Der unabhängige Verwaltungsrat. Ein Beitrag zur Corporate Governance Debatte, in: Rainer J. Schweizer/Herbert Burkert/Urs Gasser [Hrsg.], Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002 (zit: Meier-Schatz, 2002)
- MERZ, HANS
- Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I,1, ad Art. 2 ZGB, Bern 1966 (zit: Merz, 1966)
- MÜLLER, ROLAND/LIPP, LORENZ
- Der Verwaltungsrat. Ein Handbuch für die Praxis, Zürich 1994 (zit: Müller/Lipp, 1994)
- NAWATZKI, JÜRGEN
- Integriertes Informationsmanagement, Bergisch Gladbach, Köln 1994 (zit: Nawatzki, 1994)
- NOBEL, PETER
- Gedanken zum Persönlichkeitsschutz juristischer Personen, in: Ernst Brem/Jean Nicolas Druey/Ernst A. Kramer/Ivo Schwander [Hrsg.], Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, Bern 1990 (zit: Nobel, 1990)
 - Corporate Governance – Möglichkeiten und Schranken gesellschaftsrechtlicher Gestaltung, ST 1995, 1057ff., 1995 (zit: Nobel, 1995)
 - Schweizerisches Finanzmarktrecht. Einführung und Überblick, Bern 1997 (zit: Nobel, 1997)
 - Grundsätze der OECD zu Corporate Governance, SZW 5/99, 244-247, 1999 (zit: Nobel, 1999)
 - Konzernrecht und Kapitalmarktrecht in der Schweiz, in: Peter Hommelhoff/Klaus J. Hopt/Marcus Lutter [Hrsg.], Konzernrecht und Kapitalmarktrecht, München/Bern/Wien 2001 (zit: Nobel, 2001)
 - Swiss Finance Law and International Standards, The Hague/London/Boston/Bern 2002 (zit: Nobel, 2002)
- NÜTZI, PATRICK
- Rechtsfragen verhaltenslenkender staatlicher Informationen. Strukturen – Zulässigkeit – Haftung. Illustriert an den Beispielen AIDS und Listeriose, Bern 1995 (zit: Nützi, 1995)
- O'DONNELL, SHARON WATSON
- Managing Foreign Subsidiaries: Agents of Headquarters, or an Interdependent Network?, Strategic Management Journal 21 (2000), p. 525-548, 2000 (zit: O'Donnell, 2000)
- OECD
- The OECD Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises, Paris 2000 (zit: OECD, 2000)
- OECD AD HOC TASK FORCE ON CORPORATE GOVERNANCE
- OECD Principles of Corporate Governance, Paris 1999 (zit: OECD Ad Hoc Task Force on Corporate Governance, 1999)
- PANTLI, ANNA-KATHARINA/KIESER, UELI/PRIBNOW, VOLKER
- Die "Aussage der ersten Stunde" im Schadenausgleichsrecht – und die Mangelhaftigkeit ihrer Aufzeichnung, AJP 2000, S. 1195-1205, 2000 (zit: Pantli/Kieser/Pribnow, 2000)
- PEDRAZZINI, MARIO M.
- Gesellschaftsrechtliche Entscheide: eine Sammlung für das Studium, 3. Aufl., Bern 1989 (zit: Pedrazzini, 1989)

PETER, HENRY

- From Atomism to Consolidation in Group's Insolvency, in: Peter Nobel [Hrsg.], Internationales Gesellschaftsrecht, Bern 1998 (zit: Peter, 1998)

PETER, HENRY/BIRCHLER, FRANCESCA

- Les groupes de sociétés sont des sociétés simples, SZW 3/98, 113-124, 1998 (zit: Peter/Birchler, 1998)

PETITPIERRE-SAUVAIN, ANNE

- L'information sociétaire et les groupes de sociétés, in: P. Alvisi/P. Balzarini/G. Carcano [Hrsg.], Informazione Societaria. Atti del Convegno Internazionale di Studi, Venezia 5-6-7 nov. 1981, Milano 1982 (zit: Petitpierre-Sauvain, 1982)

PICOT, ARNOLD/FRANCK, EGON

- Die Planung der Unternehmensressource Information, WISU 1988, S. 544-549, 608-614, 1988 (zit: Picot/Franck, 1988)
- Informationsmanagement, in: Frese, Erich [Hrsg.], Handwörterbuch Organisation, S. 886-900, Stuttgart 1992 (zit: Picot/Franck, 1992)
- Die grenzenlose Unternehmung: Information, Organisation und Management, Lehrbuch zur Unternehmensführung im Informationszeitalter, 2. Aufl., Wiesbaden 1996 (zit: Picot/Reichwald/Wigand, 1996)

PINCUS, LAURA B./PINCUS, THEODORE H./REID, MICHAEL

- Legal Issues Involved in Corporate Globalization, Columbia Business Law Review, 1991, S. 269-284, 1991 (zit: Pincus/Pincus/Reid, 1991)

PRENTICE, D.D.

- Konzernrecht und Kapitalmarktrecht in Grossbritannien, in: Peter Hommelhoff, Klaus Hopt, Marcus Lutter [Hrsg.], Konzernrecht und Kapitalmarktrecht, München, Wien und Bern 2001 (zit: Prentice, 2001)

RAPPORT VIENOT

- Le conseil d'administration des sociétés cotees, o.A. 1995 (zit: Rapport Vienot, 1995)
- Rapport du comité sur le gouvernement d'entreprise présidé par M. Marc Vienot, o.A. 1999 (zit: Rapport Vienot, 1999)

REGIERUNGSKOMMISSION DEUTSCHER CORPORATE GOVERNANCE – KODEX

- Deutscher Corporate Governance - Kodex, http://www.corporate-governance-code.de/ger/download/DCG_K_D.pdf, 2002 (zit: Regierungskommission Deutscher Corporate Governance - Kodex, 2002)

REHBINDER, ECKARD

- Konzernausserrecht und allgemeines Privatrecht, Bad Homburg v.d.H. 1969 (zit: Rehbinder, 1969)

REYMOND, PHILIPPE

- Les groupes de sociétés dans quelques systèmes nationaux: regard particulier sur le droit à l'information, in: Schweizerische Vereinigung für Internationales Recht [Hrsg.], Aspekte des internationalen Gesellschaftsrechts. Schweizerische Tagung zum internationalen Recht 25. November 1994, Neuenburg, Zürich 1994 (zit: Reymond, 1994)

RIEMER, HANS MICHAEL

- Die Einleitungsartikel des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1-10 ZGB), Bern, Zürich 1987 (zit: Riemer, 1987)

RÖTHLISBERGER, ALAIN P.

- Offenlegung der Beteiligungsverhältnisse bei Publikumsgesellschaften, Bern 1998 (zit: Röthlisberger, 1998)

RUEDIN, ROLAND

- Vers un droit des groupes de sociétés? Bericht zum Schweizerischen Juristentag 1980 in Fribourg, ZSR 1980 II, 149-262, 1980 (zit: Ruedin, 1980)
- La protection des actionnaires minoritaires, SAG 1983, 105-110, 1983 (zit: Ruedin, 1983)
- Responsabilités – Conflits d'intérêts dans les organes du groupe, in: Jean Nicolas Druey [Hrsg.], Das St. Galler Konzernrechtsgespräch. Konzernrecht aus der Konzernwirklichkeit, Bern und Stuttgart 1988 (zit: Ruedin, 1988)

RUEPP, RONALD

- Die Aufteilung der Konzernleitung zwischen Holding- und Managementgesellschaft, Zürich 1994 (zit: Ruepp, 1994)

RUFFNER, MARKUS

- Sorgfalts- und Treuepflichten und die Versicherbarkeit von Haftungsrisiken in Publikumsgesellschaften – Eine ökonomische Analyse, ZSR NF 119, 2000, II, 2000 (zit: Ruffner, 2000)

RUGMAN, ALAN M./VERBEKE, ALAIN

- Subsidiary-Specific Advantages in Multinational Enterprises, Strategic Management Journal 22 (2001), 2001 (zit: Rugman/Verbeke, 2001)

SCHAFFROTH, MARC

- Paradigmenwechsel im Informationsmanagement. Das Konzept der Aktenführung., in: Josef Herget/Stephan Holländer/Werner Schwuchow [Hrsg.], Informationsmanagement – Chancen ergreifen, . Aufl., Konstanz 1999 (zit: Schaffroth, 1999)

SCHEFFLER, EBERHARD

- Problematik der Konzernleitung, in: Hans Havermann [Hrsg.], Bilanz- und Konzernrecht. Festschrift zum 65. Geburtstag von Dr. Dr. h.c. Reinhard Goerdeler, Düsseldorf 1987 (zit: Scheffler, 1987)
- Controlling im Konzern unter Beachtung der rechtlichen Regeln für die Eigenständigkeit der konzernabhängigen juristischen Personen, AG 8/1991, S. 256-261, 1991 (zit: Scheffler, 1991)

SCHEUBLE, SVEN

- Wissen und Wissenssurrogate. Eine Theorie der Unternehmung, Wiesbaden 1998 (zit: Scheuble, 1998)

SCHLUEP, WALTER R./AMSTUTZ, MARC

- Konzernvertrag, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand [Hrsg.], Obligationenrecht I. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Einleitung vor Art. 184 OR, 2. Aufl., Basel/Frankfurt am Main 1996 (zit: Schlupe/Amstutz, 1996)

SCHLUEP, WALTER RENÉ

- Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und deren Schutz nach schweizerischem Recht, St. Gallen 1955 (zit: Schlupe, 1955)

SCHLÜTER, ANDREAS

- Management- und Consulting-Verträge, Berlin/New York 1987 (zit: Schlüter, 1987)

SCHMIDT, BERNDT THOMAS

- Grundkonzept der Konzernführung, in: Friedrich Hoffmann [Hrsg.], Konzernhandbuch, Wiesbaden 1993 (zit: Schmidt, 1993)

SCHMIDT, KARSTEN

- Informationsrechte in Gesellschaften und Verbänden, Heidelberg 1984 (zit: Schmidt, 1984)

- Was ist, was will und was kann das Konzernrecht des Aktiengesetzes. Gedanken zehn Jahre nach dem 59. Deutschen Juristentag und vor einem "Konzernrecht für Europa", in: Rainer Schweizer/Herbert Burkert/Urs Gasser [Hrsg.], Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002 (zit: Schmidt, 2002)
 - Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln u.a. 2002 (zit: Schmidt, 2002a)
- SCHMITTHOFF, CLIVE M./WOOLDRIDGE FRANK (HRSG.)
- Groups of Companies, London 1991 (zit: Schmitthoff/Wooldridge Frank (Hrsg.), 1991)
- SCHNEIDER, MARTIN
- Schutz des Unternehmensgeheimnisses vor unbefugter Verwertung, Bern 1989 (zit: Schneider, 1989)
- SCHNEIDER, UWE H.
- Der Konzern als Rechtsform für Unternehmen: Zum Regelungsgegenstand eines Konzernverfassungsrechts, in: Ernst-Joachim Mestmäcker, Peter Behrens [Hrsg.], Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich: ein Symposium des Max-Planck-Instituts für Ausländisches und Internationales Privatrecht Hamburg, Baden-Baden 1991 (zit: Schneider, 1991)
 - Die Überlagerung des Konzernrechts durch öffentlich-rechtliche Strukturnormen und Organisationspflichten. (Vorüberlegungen zu "Compliance im Konzern"), in: Paola Balzarini/Giuseppe Carcano/Guido Mucciarelli [Hrsg.], I Gruppi di Società, Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia 16-17-18 nov. 1995, Milano 1996 (zit: Schneider, 1996)
- SCHNEIDER, UWE H./HOMMELHOFF, PETER/SCHMIDT, KARSTEN/GRUNEWALD, Barbara/Timm, Wolfram/Drygala, Tim (Hrsg.)
- Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag. Deutsches und europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht., Köln 2000 (zit: Schneider/Hommelhoff/Schmidt/Grunewald/Timm/Drygala, 2000)
- SCHOLL, WOLFGANG
- Informationspathologien, in: Erich Frese [Hrsg.], Handwörterbuch Organisation, Stuttgart 1992 (zit: Scholl, 1992)
- SCHWARZENBACH, RENÉ
- Die Sonderprüfung und Fact-Finding-Gutachten im Hinblick auf die Verantwortlichkeit, in: Christoph B. Bühler [Hrsg.], Informationspflichten des Unternehmens im Gesellschafts- und Börsenrecht, Bern/Stuttgart/Wien 2003 (zit: Schwarzenbach, 2003)
- SCOGNAMIGLIA, GIULIANA
- Appunti sul potere di direzione nei gruppi di società, in: Paola Balzarini/Giuseppe Carcano/Guido Mucciarelli [Hrsg.], I Gruppi di Società. Atti del Convegno Internazionale di Studi, Venezia 16-17-18 nov. 1995, Milano 1996 (zit: Scognamiglia, 1996)
- SEMLER, JOHANNES
- Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Köln u.a. 1996 (zit: Semler, 1996)
- SINGHOFF, BERND
- Zur Weitergabe von Insiderinformationen im Unterordnungskonzern, ZGR 2001, 146-174, 2001 (zit: Singhoff, 2001)
- STENZ, THOMAS
- Der Stand der Entwicklungen bei den Rechnungslegungsstandards, in: Christoph B. Bühler [Hrsg.], Informationspflichten des Unternehmens im Gesellschafts- und Börsenrecht, Bern/Stuttgart/Wien 2003 (zit: Stenz, 2003)

STROHN, LUTZ

- Die Verfassung der Aktiengesellschaft im faktischen Konzern, Köln u.a. 1977 (zit: Strohn, 1977)

STRUCKMEIER, HELGARD

- Gestaltung von Führungsinformationssystemen: betriebswirtschaftliche Konzeption und Softwareanforderungen, Wiesbaden 1996 (zit: Struckmeier, 1996)

SYDOW, JÖRG

- Zum Verhältnis von Netzwerken und Konzernen: Implikationen für das strategische Management, in: G. Ortmann/Jörg Sydow [Hrsg.], Strategie und Struktur. Strategisches Management von Unternehmen, Netzwerken und Konzernen, 269-296, Wiesbaden 2001 (zit: Sydow, 2001)
- Postmoderne Konzerne? – Zum Verhältnis von Konzern und Netzwerk, http://www.wiwiss.fu-berlin.de/w3/w3sydow/Neuersch/PubOnDem/pm_konz.pdf, NN (zit: Sydow, NN)

TEUBNER, GUNTHER

- Unitas Multiplex. Das Konzernrecht in der neuen Dezentralität der Unternehmensgruppen., ZGR 1991, S. 189-217, 1991 (zit: Teubner, 1991)
- Das Recht hybrider Netzwerke, ZHR 165 (2001), S. 550-575, 2001 (zit: Teubner, 2001)

THEISEN, MANUEL RENÉ

- Der Konzern: betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen der Konzernunternehmung, Stuttgart 1991 (zit: Theisen, 1991a)
- Controlling und Konzernrecht, AG 8/1991, 1991 (zit: Theisen, 1991b)
- Funktionsadäquate Informationsversorgung des Verwaltungsrates nach schweizerischem Recht, RIW 1991, Heft 11, S. 920-925, 1991 (zit: Theisen, 1991)
- Grundsätze einer ordnungsmässigen Information des Aufsichtsrats, 2. Aufl., Stuttgart 1996 (zit: Theisen, 1996)

ULRICH, HANS

- Organisatorische Aspekte der innerbetrieblichen Information, in: Hans Ulrich e.a. [Hrsg.], Innerbetriebliche Information als Führungsaufgabe, Bern 1959 (zit: Ulrich, 1959)
- Unternehmenspolitik, 3. Aufl., Bern/Stuttgart 1990 (zit: Ulrich, 1990)

VIANDIER, ALAIN

- Les opérations à l'intérieur du groupe, in: Ariberto Mignoli, Guido Rossi [Hrsg.], I Gruppi di Società. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 novembre 1995. Rivista delle società 1995, Milano 1995 (zit: Viandier, 1995)

VOGEL, ALEXANDER

- Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, Bern u.a. 1997 (zit: Vogel, 1997)
- Neuere Tendenzen im Konzern(haftungs)recht, in: Rainer Schweizer/Herbert Burkert/Urs Gasser [Hrsg.], Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002 (zit: Vogel, 2002)

VON BÜREN, ROLAND

- Der Konzern. Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/6, Basel/Frankfurt a.M. 1997 (zit: Von Büren, 1997)
- Haftungsgrundlagen im Konzern. BGE 124 III 297ff. i.S. Musikvertrieb AG gegen Motor-Columbus AG, SZW 1/99, 1999 (zit: von Büren, 1999)

VON BÜREN, ROLAND/BRECHBÜHL, BEAT

- Verkennung der Führungsmechanismen im Konzern oder: In dubio pro fisco: zu BGE vom 9.5.1995 (StE 95 B 72.11 Nr. 3), ZBJV 132 (1996), S. 542-552, 1996 (zit: von Büren/Brechbühl, 1996)

VON BÜREN, ROLAND/HUBER, MICHAEL

- Warum der Konzern keine einfache Gesellschaft ist – eine Replik, SZW 5/98, 213-220, 1998 (zit: von Büren/Huber, 1998)

VON DER CRONE, HANS CASPAR

- Strategische Leitung und Qualitätssicherung in der Aktiengesellschaft, SJZ 98 (2002) pp. 1-11, 2002 (zit: von der Crone, 2002)

VON DER CRONE, HANS CASPAR/WALTER, MARIA

- Konzernklärung und Konzernverantwortung, SZW 2/2001, 2001 (zit: von der Crone/Walter, 2001)

VON PLANTA, ANDREAS

- Haftpflicht des Hauptaktionärs, Basel 1981 (zit: von Planta, 1981)

VON PLANTA, FLURIN

- Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft, Zürich 1988 (zit: von Planta, 1988)

WALTER, HANS PETER

- Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, ZBJV 132, 273ff., 1996 (zit: Walter, 1996)
- Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, ZSR NF 120 I 79ff., 2001 (zit: Walter, 2001)

WATTER, ROLF

- Die Informationsversorgung des Aktionärs insbesondere die SWX-Richtlinie betr. Information zur Corporate Governance, in: Christoph B. Bühler [Hrsg.], Informationspflichten des Unternehmens im Gesellschafts- und Börsenrecht, Bern/Stuttgart/Wien 2003 (zit: Watter, 2003)

WEBER, ROLF

- Kommentar zu Art. 697 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand [Hrsg.], Obligationenrecht II. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basel/Frankfurt am Main 1994 (zit: Weber, 1994)

WEBER, ROLF H.

- Information und Schutz Privater, ZSR 1999 II 1, 1999 (zit: Weber, 1999)
- Insider v. Outsider in Corporate Governance, in: Peter Forstmoser/Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Dieter Zobl [Hrsg.], Corporate Governance. Symposium zum 80. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Zürich 2002 (zit: Weber, 2002)

WENNINGER, RENATE

- Die aktienrechtliche Schweigepflicht, Zürich 1983 (zit: Wenninger, 1983)

WERNLI, MARTIN

- Kommentar zu Art. 715a, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand [Hrsg.], Obligationenrecht II. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basel/Frankfurt am Main 1994 (zit: Wernli, 1994)

WERRO, FRANZ

- Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung - braucht es die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung?, recht 2003, S. 12-20, 2003 (zit: Werro, 2003)

WIDMER, CORINNE

- Vertrauenshaftung - Von der Gefährlichkeit des Überflüssigen, ZSR NF 120 I 101ff., 2001 (zit: Widmer, 2001)

WIEGAND, WOLFGANG

- Ad hoc-Publizität und Schadenersatz, in: Margelisch, Claude-Alain/Winzeler, Christoph [Hrsg.], Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht. Festgabe für Jean-Paul Chapuis, Zürich 1998 (zit: Wiegand, 1998)
- WILDE, CHRISTIAN
- Informationsrechte und Informationspflichten im Gefüge der Gesellschaftsorgane, ZGR 3/1998, 423-465, 1998 (zit: Wilde, 1998)
- WILENSKY, HAROLD R.
- Organizational Intelligence. Knowledge and Policy in Government and Industry, New York 1967 (zit: Wilensky, 1967)
- WINDBICHLER, CHRISTINE
- "Corporate Group Law for Europe": Comments on the Forum Europaeum's Principles and Proposals for a European Corporate Group Law, European Business Organization Law Review 1 (2000), S. 265-286, 2000 (zit: Windbichler, 2000)
- WITTE, ANDREAS
- Der Prüfungsbericht als Informationsträger im Konzern, Köln, Berlin, Bonn, München 1996 (zit: Witte, 1996)
- WÜRSCH, DANIEL
- Der Aktionär als Konkurrent der Gesellschaft : seine rechtliche Stellung sowie Massnahmen zur Verhinderung einer Schädigung von Gesellschaft und Mitaktionären , Zürich 1989 (zit: Würsch, 1989)
- WYMEERSCH, EDDY
- Belgium, in: Eddy Wymeersch [Hrsg.], Groups of companies in the EEC: a survey report to the European Commission on the law relating to corporate groups in various member states, Berlin 1993 (zit: Wymeersch, 1993)
- WYSS, EVELINE/VON DER CRONE, HANS CASPAR
- Haftung für Auskunft. Entscheid der Schweizerischen Bundesgerichts 4C.193/2000 vom 26. September i.S. A. (Kläger und Berufungskläger) gegen Bank X (Beklagte und Berufungsbeklagte), SZW 2002, pp. 112-119, 2002 (zit: Wyss/von der Crone, 2002)
- WYSS, HEINZ F.
- Das Recht des Aktionärs auf Auskunfterteilung (Art. 697) unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Unternehmungszusammenfassungen, Zürich 1953 (zit: Wyss, 1953)
- ZÖLLNER, WOLFGANG
- Informationsordnung und Recht, Berlin/New York 1990 (zit: Zöllner, 1990)
 - Treuepflichtgesteuertes Aktienkonzernrecht, ZHR 162 (1998) S. 235-248, 1998 (zit: Zöllner, 1998)
- ZULAUF, RENA
- Informationsqualität. Ein Beitrag zur journalistischen Qualitätsdebatte aus der Sicht des Informationsrechts, Zürich 2000 (zit: Zulauf, 2000)
 - Informationsqualität - ausservertragliche Qualitätsregeln, medialex 2001/1, 2001 (zit: Zulauf, 2001)

1 Problemstellung und Zielsetzung

1.1 Information in der Unternehmung

*„Information is the only asset a company needs to own“ (Tom Peters)
 “It is now commonly accepted that knowledge ranks first in the hierarchy of strategically relevant resources, in fact, it is so widely accepted as to have become almost axiomatic” (Nicolai Foss u. Torben Pedersen¹)*

Die Information hat in der Unternehmung eine überragende Bedeutung. Sie wird oft als die entscheidende Ressource bezeichnet, die den sinnvollen koordinierten Einsatz der anderen Ressourcen (Kapital, Rohstoffe, Arbeitskräfte) erst ermöglicht. Information ist die Basis für jedes rationale Handeln in der Unternehmung. Sie ist aber nicht einfach vorhanden, sondern muss für eine konkrete Entscheidungssituation zuerst gesucht, beschafft, erzeugt, verarbeitet und angewendet werden. Mit diesem Prozess sind besondere Schwierigkeiten verbunden. Zu denken ist nur schon an die Identifizierung des für eine Entscheidung benötigten Wissens: Welche Information könnte relevant sein? Besteht diese Information, wo ist sie zu finden, darf sie verwendet werden? Weitere Probleme entstehen dadurch, dass Information praktisch immer unvollkommen ist, das heisst unvollständig und unsicher, insbesondere dann, wenn sie sich auf die Zukunft bezieht². Die Betriebswirtschaftslehre hat in jüngster Zeit die Bedeutung der Information bzw. des Wissens sehr stark hervorgehoben und wissensbasierte Theorien der Unternehmung entwickelt, die Unternehmungen als in sich heterogenen, Wissen generierenden, speichernden und verwertenden Einheiten sehen³. Eng mit diesen verwandt ist der in der Praxis einflussreiche Ansatz der Kernkompetenzen der Unternehmung („Core Competence of the Corporation“ nach Hamel/Prahalad). Die praktische Umsetzung der für den Umgang mit Informationen in der Unternehmung gewonnenen Erkenntnisse soll mithilfe *des Knowledge Management* gelingen. Die Information soll jedoch nicht nur innerhalb der Unternehmung bzw. Organisation optimal verbreitet werden, sie soll gleichzeitig vor dem Zugriff potenzieller Konkurrenten geschützt werden.,,

Da sich diese Arbeit zum Ziel gesetzt hat, die informationelle Situation der Konzerntochter⁴ und ihres Verwaltungsrates zu verbessern, soll zunächst untersucht werden, welche Informationen diese braucht, um erfolgreich geführt zu werden. Die Bedürfnisse der Tochter nach Information ergeben sich zunächst aus eher faktischen, betrieblich geprägten Gründen (welche Information wird für die Geschäftsführung gebraucht?), dann aus eher rechtlich geprägten Gründen (welche Informationsflüsse sind durch das Recht, insb. das Gesellschaftsrecht, gefordert?) und schliesslich las-

¹ Foss/Pedersen, 2001, 1

² Struckmeier, 1996, 5f.

³ Grant, 1996, passim; Scheuble, 1998, 42ff., mit einer Übersicht.

⁴ Die rechtswissenschaftliche Lehre hat sich der Problematik der konzerninternen Informationsströme bisher vor allem unter dem Gesichtspunkt der Versorgung der Verwaltung der Konzernobergesellschaft mit Informationen aus den –untergesellschaften angenommen. Vgl. dazu etwa Hommelhoff, 1995, 1401ff.; Druey/Vogel, 1999, 316.

sen sich aus der Informationstheorie⁵ Erkenntnisse gewinnen, wie die von der Tochter benötigte Information qualitativ umschrieben werden kann.

Im Folgenden wird untersucht, welche Beiträge diese drei Wissenschaftsgebiete zur Lösung des vorgestellten Problems leisten. Ausgangspunkt ist die These, dass die Konzernierung zu einer grundlegenden *Veränderung der Qualität* der Informationen *in* der Tochter (d.h., die Informationen, die innerhalb der Unternehmung fließen) und *über* die Tochter (d.h., jene Informationen, die die Tochter als Unternehmungseinheit betreffen) führt⁶. Diese Veränderung kann dazu führen, dass die betreffende Information nicht mehr taugt, weil sie unvollständig ist. Das Aktienrecht geht von der autonomen Gesellschaft aus, die von Organen geleitet wird, die sich am Interesse genau dieser Gesellschaft orientieren. Gerät die Gesellschaft in die Abhängigkeit einer anderen Gesellschaft, spielt das Interesse jener Gesellschaft faktisch eine geringere Rolle, während aus rechtlicher Sicht fraglich ist, ob und wie stark die Interessen des Gesamtkonzerns nebst denjenigen der abhängigen Gesellschaft selbst berücksichtigt werden dürften. Die im Aktienrecht vorgesehenen Leitungs- und Kontrollstrukturen werden durch die Dominanz der „Mutter“ faktisch beeinträchtigt.

Die Arbeit geht so vor, dass zunächst deskriptiv im Sinne einer Bestandesaufnahme und thematischen Verortung dargestellt wird, welche Probleme der Information im Konzern von der Betriebswirtschaftslehre, der Informationstheorie⁷ und der Rechtswissenschaft untersucht wurden. Dies hat den doppelten Zweck, erstens die Merkmale eines optimalen Konzerninformationssystems gleichsam als Kontext den rechtlichen Überlegungen zu unterlegen (und wo immer möglich, diese in die juristische Diskussion einfließen zu lassen) und zweitens, etwas genauer darzustellen, von welchen Informationen die Rede ist, wenn im juristischen Teil vom „Geschäftsführungswissen“, vom „Informationsbedarf der Tochter“ oder von der „Kontextinformation“ die Rede ist.

⁵ Mit diesem Begriff werden hier diejenigen verschiedenen Wissenschaftsgebiete bezeichnet, die sich mit der Information an sich befassen.

⁶ Dies gilt auch für den ganzen Konzern – die Betrachtung bleibt an dieser Stelle jedoch grundsätzlich auf die Tochter beschränkt.

⁷ Darunter wird hier in einem sehr breiten Sinne die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Phänomen Information verstanden, in welcher Disziplin auch immer. Der gleiche Begriff wird in der Nachrichtentechnik/Elektrotechnik verwendet und bezeichnet die in dieser Disziplin theoretischen Ansätze zur Beschreibung der Informationsübertragung und -speicherung.

1.2 Die Information in der Unternehmung aus der Sicht der Betriebswirtschaftslehre

1.2.1 Systematisierung der Informationsarten

Als besonderer Zweig der Betriebswirtschaftslehre wird das Informationsmanagement verstanden. Dieses sieht die Information vornehmlich aus dem Blickwinkel ihres Nutzens für das Unternehmen⁸. Sie unterscheidet dabei ganz grob zwei Funktionen der Information:

- a) Information ist eine Ressource⁹ des Unternehmens, ein Asset. Zu denken ist dabei in erster Linie an das Know-how, das einsetzbare Wissen und die Immaterialgüter des Unternehmens.
- b) Information ist ein unverzichtbarer Bestandteil der Leitung in der Unternehmung. Leitungsvorgänge werden als Informationsvorgänge gesehen, durch ihren Einsatz in der Leitung der Unternehmung stiftet die Information konkreten Nutzen.

In dieser Arbeit steht letztere Funktion im Vordergrund: Welche Information braucht die Tochter, um betrieblich erfolgreich zu agieren, bzw. aus rechtlicher Sicht, welche Information brauchen die Gesellschaftsorgane, um ihre gesetzlichen Pflichten sorgfältig zu erfüllen?

Die Information, die dieser Funktion dient, wird als *Führungsinformation* bezeichnet. Es handelt sich dabei um die Informationen, die dem Management (d.h., generell allen Trägern von Führungsaufgaben) zur Verfügung stehen müssen, damit sie die

⁸ Indem es den Gegenstand der Betrachtung auf das nützliche Wissen beschränkt, verwendet es im Vergleich zur Informationstheorie einen enger gefassten Begriff der Information. Zu den informationstheoretischen Definitionsversuchen für den Begriff Information (und der Möglichkeit und dem Sinn, Information in all ihrer Vielgestaltigkeit zu definieren), vgl. Druey, 1995a, 3ff. und Gasser, 2002, 39ff.

⁹ Picot/Franck, 1988, 545: Informationen sind wirtschaftliche Ressourcen, weil sie knapp sind, Geld kosten und dem Informationssuchenden Nutzen stiften. Sie unterscheiden sich jedoch von anderen Ressourcen, denn:

- sie sind immaterielle Güter, die auch bei mehrfacher Nutzung nicht verbraucht werden
- sie sind keine freien Güter, denn mit der Beschaffung, Produktion, Nutzung und Weiterleitung sind Kosten verbunden, die prinzipiell bestimmbar sind
- ihr Wert hängt von der kontextspezifischen und von der zeitlichen Verwendung ab – er kann, muss aber nicht kostenadäquat sein
- es tritt das Bewertungsparadoxon auf: eine angebotene Information kann erst dann wirtschaftlich bewertet werden, wenn man sie eingesehen hat – hat man sie aber eingesehen, dann hat man sie sich schon angeeignet
- sie erweitert sich während ihrer Nutzung und hat eine Neigung zur Diffusion
- sie ist verdichtbar
- sie kann andere wirtschaftliche Ressourcen ersetzen
- Informationskäufer müssen sich mit Kopien begnügen – es findet kein „Besitzerwechsel“ statt
- ihr Wert kann durch das Hinzufügen, Selektieren, Konkretisieren und Weglassen von Information verändert werden
- es gibt unterschiedliche Qualitäten, wie z.B. Genauigkeit, Vollständigkeit, Zeitgenauigkeit und Zuverlässigkeit
- sie bahnt Beziehungen an.

aus ihren Führungsaufgaben resultierenden Entscheidungen treffen können¹⁰. Sie sind erforderlich, um Führungsprozesse in Gang zu bringen (insb. zur Planung, zur Kontrolle und zur Frühwarnung über anstehende Entscheidungen). Sie beziehen sich auf¹¹:

- die globale Unternehmungsumwelt
- die unternehmensspezifische Umwelt (z.B. Branche, Beschaffungsmärkte)
- unternehmensinterne Faktoren
- Entscheidungsalternativen mit ihren Auswirkungen auf Ziele und Revisionsmöglichkeiten
- Informationsquellen (Informationsträger bzw. –experten, Dokumente, Archive, Bibliotheken)
- Vorgänge der Informationsverarbeitung (Sprachen, Methoden, Techniken).

1.2.2 Informationsbedarf als Konzept

Ausgangspunkt für die Bestimmung der für einen Aufgabenträger notwendigen Führungsinformation ist der objektive Informationsbedarf¹², d.h., diejenigen Informationen, die in einem unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit der betrachteten Aufgabe stehen. Sie orientiert sich somit an den zu lösenden Entscheidungsproblemen und nicht an den persönlichen Anforderungen oder Merkmalen der Aufgabenträger. Aber es ist anerkannt, dass aufgrund der Unsicherheit bezüglich des Inhaltes zukünftiger Führungsaufgaben und der zu ihrer Unterstützung notwendigen Informationen auch der *bloss potenzielle* Informationsbedarf¹³ abzudecken ist. Die Bestimmung des objektiven Informationsbedarfs ist weiter dadurch erschwert, dass die Beurteilung der Relevanz und des Werts einer Information die Kenntnis des Inhalts voraussetzt. Die für eine Beurteilung notwendige Wertung macht es schwierig, objektiven und subjektiven Informationsbedarf auseinander zu halten. Denn nur der jeweilige Aufgabenträger kann mit genügender Sicherheit bestimmen, was für ihn (potenziell!) relevant ist. Die Relevanz der betreffenden Information als allgemeine Grenze gegen eine übermäßige Informationsnachfrage bzw. gegen die zu weite Ausdeh-

¹⁰ Struckmeier, 1996, 7ff.

Eine Kategorisierung nach verschiedenen *Arten* der Führungsinformation (Schaffroth, 1999, 21) unterscheidet zwischen:

- Prozess- oder Handlungsinformationen, die sich auf die konkrete Leistungserbringung beziehen;
 - Sachinformationen, d.h., die Grundinformationen, die zur Sachbearbeitung erforderlich sind, also die Problembeschreibung, die zur Lösung des Problems wichtigen Sachverhalte etc;
 - Kontextinformationen, d.h., implizite oder explizite Hinweise auf Organisation, Funktionsweise, Kernkompetenzen und –prozesse. Die Kontextinformationen beziehen sich nach Schaffroth, a.a.O., nicht auf die einzelne Gesellschaft, sondern ausdrücklich auf „die Organisation, welche insgesamt für das Ergebnis des verzweigten und arbeitsteiligen Geschäftshandelns verantwortlich zeichnet“. Für den Zusammenhang dieser Arbeit wäre dies der Konzern.
- Führungsinformation hat bestimmte Charakteristika:
- sie ist verdichtet, d.h., aus Einzelinformationen zusammengefasst
 - sie ist verknüpft mit weiteren für die Problemstellung relevanten Informationen
 - sie soll von ihrem Empfänger als relevant angesehen und akzeptiert werden.

¹¹ Berthel, 1992, 874

¹² Das Konzept wird hier dargestellt, damit unten bei der konkreten Bestimmung der von der Mutter geschuldeten Informationen darauf zurückgegriffen werden kann.

¹³ Der potenzielle Informationsbedarf wird durch anstehende Entscheide aktualisiert.

nung von Informationsrechten¹⁴ muss deshalb eher objektiv verstanden werden, damit sie ihre Begrenzungsfunktion erfüllen kann. Die Begrenzung ist deshalb notwendig, weil auch das Abrufen von Informationen beim Informationsverpflichteten zu hohen Kosten führen (v.a. für die Sammlung, Aufbereitung und Übermittlung) und v.a. in seine Geheimsphäre eingreifen kann.

Die Unsicherheiten bei der Bestimmung des Informationsbedarfs führen *Berthel*¹⁵ dazu, den Informationsbedarf als ein Konstrukt zu bezeichnen, das kaum zu definieren, zu messen oder zu bestimmen sei. Als allgemeine Aussage ist aber immerhin zu berücksichtigen, dass Vorhersehbarkeit und Strukturierbarkeit der Aufgaben einen direkten Einfluss auf die Vorhersehbarkeit der benötigten Information und deren Grad an Strukturierung haben. Handelt es sich z.B. um den Informationsbedarf von konkreten, Einzelnen Personen und haben diese schlecht strukturierbare Einzelprobleme zu lösen, so haben diese einen sehr stark individuell geprägten, kaum vorhersehbaren Informationsbedarf. *Berthel* relativiert deshalb das Konzept eines objektiv bestimmbareren Informationsbedarfs: Der Informationsbedarf könne zwar objektiv gesehen werden (dabei stehe die Bestimmung der Informationsarten und -inhalte im Vordergrund), sei aber gleichzeitig immer auch subjektiv, weil er an bestimmten Personen, den Informationsnutzern, festzumachen sei. Der Informationsbedarf sei auch keine unteilbare Grösse, denn schon wegen der verschiedenen Aspekte der Informationsqualität sei er aus verschiedenen Qualitäten zusammengesetzt.

Als Nebenbemerkung kann angefügt werden, dass die Information für Führungskräfte eine überragende Bedeutung für die Legitimierung ihrer Entscheidungen bzw. für die eigene Absicherung hat: Entscheidungen werden mit bestimmten Informationen rechtfertigt. Somit ist es ein wesentlicher Bestandteil jedes Entscheidungsprozesses, die verfügbaren Informationen nach ihrer Qualität und ihrer Relevanz für die Problemlösung zu beurteilen.

1.2.3 Knowledge Management

Grosse Bedeutung in Lehre und Praxis hat in jüngster Zeit das Knowledge Management¹⁶ in der Unternehmung erlangt. Dieses wird offenbar meist konzernweit betrieben (mit gemeinsamen Datenbanken), was zu entsprechenden Informationsflüssen (besonderer Art) zwischen den Konzerngliedern führt. Wenn der Tochter die in diesem Zusammenhang gesammelten bzw. erzeugten Informationen zugänglich ge-

¹⁴ Druey, 1995a, 64f.

¹⁵ Berthel, 1992, 874ff.

¹⁶ Komponenten des Wissensmanagements sind nach Königer/Reithmayer, 1998, 142f.:

- Wissensidentifikation (Umfeldwahrnehmung: wie gut werden die relevanten Informationen zusammengetragen?)
- Wissenserzeugung (Vermittlung von implizitem Wissen, Verknüpfung von bereits vorhandenem Wissen)
- Austausch des Wissens (Kommunikationskanäle, -formen, -barrieren)
- Einpassung des Wissens in vorhandene Strukturen (Veränderungsbereitschaft der Unternehmung fördern, Förderung abweichender Sichtweisen im Unternehmen, Bewusstheit über die dem Handeln und bestimmten Auffassungen zugrunde liegenden Annahmen erzeugen)
- aktive Umsetzung in Produkte und Dienstleistungen (Wissen und Einsichten verhaltenswirksam machen, Identifizierung von Blockaden)

macht werden, so kann dies dazu beitragen, dass deren Informationsbedarf zu einem erheblichen Teil gedeckt ist.

Jedoch sind im Kontext dieser Arbeit folgende Probleme nicht zu übersehen:

- Der Zugang zu den Wissensbanken wird durch deren Inhaber reguliert. In dieser Arbeit wird aber gerade untersucht, ob die Tochter einen Rechtsanspruch auf Zugang zur Information hat. Es genügt nicht, wenn etwa die Mutter der Tochter freiwillig zu bestimmten Teilen der Datenbanken Zugang gewährt.
- Es besteht keine Gewähr, dass die von der Tochter benötigten Informationen im Knowledge Management System gesammelt werden und damit sichergestellt ist, dass sie ihren (konzernweiten) Informationsbedarf decken kann.

Es kann somit nicht a priori davon ausgegangen werden, ein konzernweites Knowledge Management erfülle den Informationsbedarf der Tochter.

1.2.4 Information in der Organisationslehre

Der Konzern ist eine Organisation. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht hat jede Organisation eine bestimmte Aufgabenverteilung und Instanzengliederung. Notwendigerweise bestehen Leitungs- und Kommunikationsstrukturen, damit eine Steuerung auf die Organisationsziele hin erfolgt. Jedoch besteht in der Organisation, die dezentrale Organisationsstrukturen aufweist, ein Spannungsfeld zwischen der unternehmensseinheitlichen Leitung und der Autonomie der Einzelnen Geschäftsbereiche. Dezentrale Organisationsformen setzen voraus, dass den untergeordneten Einheiten Entscheidungskompetenzen übertragen werden und ihnen der Zugang zu den notwendigen Informationen für die Selbststeuerung im Hinblick auf die Unternehmensziele gewährt wird.

Offensichtlich misst die Betriebswirtschaftslehre der Ausgestaltung der unternehmensinternen Kommunikationsbeziehungen wesentliche Bedeutung für die Bildung von organisatorischen Einheiten zu: Die Kommunikationsbeziehungen werden als für die Organisation von gleicher Bedeutung betrachtet wie Machtbeziehungen und andere verhalten beeinflussende Umstände, die sich aus der Zugehörigkeit zur Organisation ergeben¹⁷. Diese Bedeutung erhalten sie dadurch, dass das Wesen jeder Organisation in der Steuerung des Verhaltens der Organisationsmitglieder auf bestimmte Organisationsziele hin besteht. Die Steuerung erfolgt, indem durch die Formulierung und Mitteilung von Zielvorgaben implizite Verhaltensnormen gesetzt werden. Das heisst nichts anderes, als dass die *Leitung in der Organisation durch Information* erfolgt. Durch die Schaffung, Unterbrechung und Kontrolle von unternehmensinternen Informationswegen bilden sich differenzierte organisatorische Einheiten unter dem Dach der grösseren Organisation. Frese verwendet den Begriff der (vertikalen) *Informationsautonomie* als Konzept für die Beschreibung der Kommunikationsintensität zwischen den Einzelnen organisatorischen Einheiten. Die Informati-

¹⁷ Frese, 1995, 107ff., vgl. auch unten S. 18ff.

Informationsautonomie bemisst sich danach, welche Informationen eine Entscheidungseinheit an über- oder untergeordnete Einheiten weiterleiten muss¹⁸. Je höher die Interdependenz zwischen den Einheiten einer Organisation ist, desto mehr Informationen müssen geteilt werden, bzw. desto geringer ist die Informationsautonomie. Der Grad der Interdependenz bestimmt die Informationsautonomie und damit auch die notwendigen Informationsflüsse zwischen den Einheiten. Bei hoher Interdependenz müssen die Informationsflüsse von entsprechendem Umfang und genügender Qualität sein, damit die Organisation funktioniert.

Der Grad an Informationsautonomie ist *entscheidungslogisch* begründet: Sie muss sich nach dem Informationsbedarf der entscheidenden Einheit, der je nach Entscheidungszuständigkeit völlig unterschiedlich gross ist, richten. Die Informationsautonomie wird eingeschränkt (d.h., die Einheit muss ihre Informationen teilen), wenn es sich um Informationen handelt, die für die Koordination der Einheiten relevant ist. Die Kosten des Informationsaustausches können hingegen dazu führen, dass trotz bestehender Interdependenzen auf den Austausch verzichtet wird.

Zudem stellt sich das Problem der *Ereignisselektion*: Wer entscheidet, ob eine Information für eine andere Einheit in der Organisation entscheidend relevant ist und weitergeleitet werden muss? Wenn der potenzielle Informationsgläubiger entscheiden soll, welche Information er abrufen soll, könnte der Austausch der Information oft nur aufgrund einer detaillierten Auflistung der Information, die der potenzielle Informationsschuldner besitzt, erfolgen. Auch dann bestünde noch das Problem, dass die nachfragende Einheit nicht im Voraus alle zukünftigen Entscheidungen vorwegnehmen kann und deshalb auch nicht weiss, welche Informationen sie in Zukunft brauchen wird. Schliesslich müsste sie den Inhalt der Information bereits kennen, um zu beurteilen, welche Relevanz sie hat. Deshalb wird hier die Auffassung vertreten, dass der potenzielle Informationslieferant oder -schuldner in erster Linie selbst einschätzen muss, welche Information für die anderen Einheiten relevant ist (aufgrund ihrer Zuständigkeit/Entscheidungskompetenz/Betroffenheit). Besteht eine Pflicht zur spontanen Informierung, so muss der Schuldner aktiv werden und insbesondere den Informationsbedarf des Informationsgläubigers abklären. Entsprechend dieser Einschätzung müsste er dann der anderen Einheit eine Informationsofferte machen, d.h., ihr den Wert der Information erläutern und die Mitteilung anbieten¹⁹. Diese Offerte mündet fast zwangsläufig in eine Kommunikationsbeziehung, wird doch der Informationsgläubiger weiter Informationen über die Information (Metainformation) verlangen und dann müssen sich die Partner noch über die Modalitäten des Transfers der Information einigen. Dieses Kommunikationsverhältnis unterliegt eigenen Regeln²⁰.

Die Entscheidungs- und Kommunikationsaktivitäten, die zu einer Abstimmung der Entscheidungen zwischen den Einheiten beitragen sollen, werden als *Schnittstellenmanagement* bezeichnet. In betrieblicher Sicht steht dabei der Trade-Off zwischen

¹⁸ a.a.O. Zur Verdeutlichung des Begriffs ist klarzustellen, dass uneingeschränkte Informationsautonomie heisst, dass die Einheit keine Informationen an andere Einheiten weiterleiten muss. Sie kann voll über die ihr zugänglichen Informationen verfügen. Nicht gemeint ist, dass die Einheit über diejenigen Informationen verfügt, die sie zu einer autonomen Geschäftsführung braucht.

¹⁹ Ob auch eine Rechtspflicht zu einer solchen Informationsofferte besteht, wird unten (S. 202) unter dem Stichwort der Pflicht zur spontanen Informierung näher untersucht.

²⁰ Druey, 1995a, 151ff., prägt den Begriff "Kodex des Gesprächs" (158)

den Autonomie- und den Kommunikationskosten im Vordergrund. Der Verzicht auf Abstimmung von Interdependenzen zwischen den Einheiten zieht hohe Autonomie-, aber tiefe Kommunikationskosten nach sich; die Aufhebung von Interdependenzen (z.B. durch übergeordnete Entscheidungsgremien, Ausschüsse etc.) bringt geringe Autonomie- aber hohe Informationskosten mit sich; die Beschränkung auf einen blossen Informationsaustausch unter autonomer Anpassung durch die Entscheidungsträger führt zu tendenziell höheren Autonomiekosten (mangelnde Ausschöpfung von Synergiepotenzialen).

Die Organisationslehre geht schliesslich davon aus, dass die Informationsversorgung der Organisation der Unternehmung folgen muss – es soll eine Einheit der Organisation in dem Sinne bestehen, dass die Informationsorganisation der strukturellen Organisation entsprechen soll²¹.

Das Problem des *organisatorischen Designs der Informationsflüsse* im Konzern ist, organisatorische Instrumente so einzusetzen, dass

1. die Töchter tatsächlich Informationen nutzen und selbst produzieren;
2. Kommunikation zwischen denjenigen, die Informationen benötigen, und jenen, die Informationen besitzen, stattfindet;
3. die relevante Information der Töchter denjenigen Konzerneinheiten verfügbar gemacht wird, die es benötigen²².

1.2.5 Informationsversorgung des Verwaltungsrats

Die Verantwortung für die Leitung der Aktiengesellschaft und damit das Funktionieren des Informationssystems liegt beim Verwaltungsrat. Aus rechtlicher Sicht hat er für die Informationsversorgung der Organe der AG zu sorgen. Aus betrieblicher Sicht hat er dafür zu sorgen, dass die Entscheidungsträger in der Unternehmung die Informationen bekommen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen. Die in dieser Arbeit diskutierte Versorgung einer Tochtergesellschaft mit der notwendigen Information heisst deshalb Versorgung des Verwaltungsrates der Tochter mit den Informationen, die er benötigt.

Mit der Information des Verwaltungsrates setzt sich aus betriebswirtschaftlicher Sicht²³ eingehend die Untersuchung von *Dietrich*²⁴ auseinander. Die Darstellung von *Dietrich* konzentriert sich auf die prozeduralen und qualitativen Aspekte der Information. Ausgeklammert bleibt, welche Informationen im inhaltlichen Sinn notwendig sind, um den Informationsbedarf zu decken²⁵.

²¹ Druey, 1995a, 288ff.

²² Foss/Pedersen, 2001, 3

²³ Aus juristischer Sicht etwa Meier-Schatz, 1989, 192f.; Meier-Schatz, 2002, 487f. (mit umfangreichen weiterführenden Hinweisen auf die Bedeutung der Informierung des Verwaltungsrats unter Corporate Governance Aspekten)

²⁴ Dietrich, 1990

²⁵ Dies erfolgt in der Arbeit von *Kraege*, vgl. *infra* S. 22ff.

Obwohl sich die vorgeschlagenen Massnahmen²⁶ primär auf die unternehmungsin-
ternen Informationen beziehen und nicht speziell auf konzernierte Unternehmungen,

²⁶

Stichwortartig lassen sich die Erkenntnisse von *Dietrich* wie folgt zusammenfassen:

- 1) Bedeutung der Planungsinformation
Die dem Verwaltungsrat zufließende Information soll ihm die Planung der unternehmerischen Entscheide ermöglichen. Sie soll deshalb zukunftsorientiert sein und nicht bloss vergangenheitsbezogen und auf numerische Grössen beschränkt.
- 2) Bring- und Holprinzip
Standardisierte und periodisch wiederkehrende Information soll dem Verwaltungsrat bzw. dessen einzelnen Mitgliedern spontan zur Verfügung gestellt werden (Bringschuld). Information, die Spezialinteressen abdeckt, muss abgerufen werden (Holschuld).
- 3) Informationsquellen
 - a) Interne sachliche Informationsmittel (Unterlagen zu den VR-Sitzungen, Berichte, Protokolle)
 - b) Interne prozessuale Informationsquellen (VR-Sitzungen, Fragen, Auskünfte, Diskussion, „Frontbesuche“, Informationsgespräche)
 - c) interne personale Informationsquellen (andere VR-Mitglieder, Top-Management, Experten, Berater, Personal)
 - d) externe sachliche Informationsquellen (Medien, Berichte von externen Beratern und den Revisoren, Berichte und Studien von Staat/Verbänden/Kommissionen)
 - e) externe prozessuale Informationsquellen (Tagungen, Seminare)
- 4) Einflussfaktoren der Information des Verwaltungsrates
 - a) Konkretes Umfeld
Gesetz, Unternehmensgrösse, Vielfalt der unternehmerischen Leistungen, Dynamik der Unternehmensumgebung, Führungssysteme, Aktionäre, Einstellung und Fähigkeiten der VR-Mitglieder und des Managements
 - b) Bedingungen
verlässliches Rechnungswesen, effektives Planungs- und Kontrollsystem, offene Einstellung gegenüber dem Verwaltungsrat
 - c) Interdependenzen
Die Informationsversorgung wird nicht nur von äusseren Faktoren beeinflusst, sie beeinflusst ihrerseits auch „ihre Umgebung“, da eine bessere Information des Verwaltungsrates Prozesse zu dessen Aktivierung in Gang setzt.
- 5) Möglichkeiten zur Verbesserung der Informationsqualität und Vergrösserung der Informationsmenge
 - a) Ausweitung des Kontrollstellenmandats über das gesetzliche Minimum hinaus (Überprüfung und Meldung von Veränderungen bei den stillen Reserven sowie der Einhaltung der gesetzlichen und statutarischen Vorschriften)
 - b) Berücksichtigung externer Quellen (Branchenberichte, Konjunkturprognosen, Stand der Technologie)
 - c) Verwendung von Standardinformationspaketen
 - i) bei Eintritt eines Mitgliedes in den Verwaltungsrat: strategische Vision, bedeutendste Projekte, mittelfristiger Finanzplan, Kapitalflussrechnung, Umsatzzahlen, alle Abschlusszahlen, Kostenrechnungszahlen
 - ii) vierteljährlich: Zahlen über den Geschäftsgang (mündlich ergänzt), Kostenrechnungszahlen, Abschlusszahlen
 - iii) jährlich: Strategiepapier, interne Abschlussinformation, Konkurrenzvergleiche, voraussehlende Informationen (Kunden-, Arbeitnehmerzufriedenheit), Risikoanalyse aus Zukunftssicht, allgemeine finanzielle Kennzahlen und Marktanalysen
- 6) Abhängigkeit von einem oder wenigen Informationslieferanten
 - a) Gefahren
Ein Informationsmonopol birgt die Gefahren der Informationsfilterung und Manipulation, der Informationsverzerrung, von Verstössen gegen die Grundsätze der Benutzerfreundlichkeit, Zeitgerechtigkeit und Verlässlichkeit.
 - b) Verbesserungsmöglichkeiten
 - i) Controller zur Sicherstellung und Beschaffung der Entscheidungsgrundlagen für den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung;
 - ii) interne Revision wird ausgebaut und mit der Prüfung der Verlässlichkeit der dem VR gelieferten Information beauftragt;

-
- iii) dezentrale Informationsversorgung: die Mitglieder des VR können die Information direkt bei den Organisationseinheiten verlangen;
 - iv) Informationsbeauftragter;
 - v) Informations- und Berichterstattungskonzept.
- 7) Massnahmenkategorien
 Als direkt informationsbezogene Massnahmen sind die Einführung eines Informationskonzepts, der dezentralen Informationsversorgung und von Standardinformationspaketen denkbar. Mögliche mittelbar wirksame Massnahmen sind vor allem strukturelle wie die Schaffung besonderer Institutionen wie eines Controllers oder Informationsbeauftragten.
- Als die Elemente einer guten Verwaltungsrats-Information sieht *Dietrich*:
- 1) Informationsmenge
 Balance zwischen Vollständigkeit und Verdaubarkeit muss gewahrt werden.
 - 2) Informationsbezug
 Relevanz der Information ist zu beachten.
 - 3) Vertrauensverhältnis
 - a) unter den Mitgliedern des Verwaltungsrates selbst
 - b) zwischen der Geschäftsleitung und den VR-Mitgliedern
 - c) zentral ist der Aufbau von ehrlichen Kommunikationsbeziehungen: solche enthalten keine (bewussten) Fehlinformationen, vermeiden Scheingenaugigkeit, trennen Fakten und Schätzungen, legen Prämissen offen, orientieren auch über negative Aspekte und schlechte Ergebnisse und lassen auch Kritik und abweichende Meinungen zu.
 - 4) Offenheit für Neuerungen
 Der Verwaltungsrat setzt sich ständig mit dem Informationssystem auseinander und lässt Entwicklungen und Änderungen zu.
 - 5) Bedürfnisorientierung und angemessene Regelungsdichte
 Massstab sind die Bedürfnisse der VR-Mitglieder, weshalb adressatenspezifische Informationsmische aufbereitet werden. Das Informationssystem soll in seinen Grundzügen aufgezeichnet werden – eine zu detaillierte Darstellung wäre jedoch einengend.
 - 6) Die Information des Verwaltungsrates ist Teil des Unternehmungs-Informationssystems
 Die Information des Verwaltungsrates ist in das Informationssystem, das die Grundlage der Geschäftsführung bildet (meist als Führungsinformationssystem FIS bezeichnet), integriert. Die Schnittstelle zwischen dem Subsystem „Information VR“ und dem System „Unternehmung“ soll möglichst nahe bei der Erfassung der Informationen angeordnet werden. Durch diese Integration soll der Verwaltungsrat Einsicht in die effektiven Werte bekommen und die Gefahr der Manipulation durch zwischengeschaltete Instanzen vermindert werden. Mit anderen Worten soll die Information, mit der der Verwaltungsrat arbeitet, die gleiche sein wie die, mit der die ganze Unternehmung arbeitet.
 - 7) Bring- und Holprinzip
 Dem Verwaltungsrat gebracht werden nur allgemein interessierende Informationen; geholt werden müssen Informationen, die nur einzelne Mitglieder interessieren. Dieses System soll vor einer Überflutung mit Informationen schützen.
 - 8) Grosszügige Auskunfts- und Einsichtsrechte
 Sowohl im Rahmen der Verwaltungsratsstätigkeit wie auch ausserhalb werden Auskünfte sowohl vom Verwaltungsratspräsidenten als auch von den Unternehmensangestellten erteilt bzw. Einsicht in Unterlagen geboten.
 - 9) Information wird auch als Pflicht des Verwaltungsrates verstanden
 Die Mitglieder des Verwaltungsrates machen ihre „Hausaufgaben“ und reagieren auf Informationsmängel.
 - 10) Diffusion des Wissens innerhalb des Verwaltungsrates
 Vor dem Hintergrund der Solidarhaftung der VR-Mitglieder scheint es zwingend, dass der Informationsstand der einzelnen VR-Mitglieder ausgeglichen wird.
 - 11) Die Mitglieder des Verwaltungsrates behalten den Überblick über das Ganze
 Zu detaillierte Information (v.a. bei den Zahlen) führt zu einer – negativ zu wertenden – Informationsüberflutung. Die Mitglieder des Verwaltungsrates brauchen Informationen, die Vergleiche ermöglichen. Verglichen werden sollen die eigene Unternehmung mit der Konkurrenz, der Plan mit dem Ist-Zustand, die aktuelle Periode mit den Vorperioden. Einzelthemen sollen im Zusammenhang der Geschäftstätigkeit, Projekte mit Bezug zur Strategie präsentiert werden.
 - 12) Management der Zeit des Verwaltungsrates
 Wichtigen Geschäften soll genügend Zeit eingeräumt werden.

können die Konzepte für den Zusammenhang dieser Arbeit fruchtbar gemacht werden, denn sie können konzernweit gefasst werden. Z.B. könnten die vorgeschlagenen „Standardinformationspakete“ Informationen aus dem ganzen Konzern beinhalten, der Informationsbeauftragte kümmert sich um die Informationsflüsse im ganzen Konzern und die vorgeschlagene Diffusion des Wissens im Verwaltungsrat führt dazu, dass der Outsider im Verwaltungsrat seinen Informationsrückstand verkleinern kann.

Besondere *Qualitätsanforderungen* an die Führungsinformation (allerdings im Hinblick auf den deutschen Aufsichtsrat) formuliert auch *Theisen*²⁷. Insbesondere weist er auf die Notwendigkeit einer zeitraumbezogenen Differenzierung hin. Darunter ist die zeitliche Zuordnung einer Information unter Berücksichtigung des unternehmensindividuellen Ablaufs zu verstehen. Diese ist notwendig, weil eine Information vergangenheits-, gegenwarts- oder zukunftsorientiert sein kann und deshalb eines konkreten Zeitbezugs bedarf. Eine Information ist deshalb auch nicht per se für die Geschäftsführung relevant oder irrelevant; vielmehr kann nur in Abhängigkeit von einem konkreten Zeitpunkt darüber entschieden werden, ob eine geschäftsführungsrelevante Information von einem dazu geeigneten Informanten an das richtige Organ gegeben wurde. Kommt die Information nicht zeitgerecht für die zu fällenden Entscheidungen, so entstehen inhaltliche wie zeitliche Brüche, die zu einer Umqualifizierung der Information führen. An der einen Stelle kommt es zu Informationslücken, an der anderen Stelle kommt es zu Informationswiederholungen bzw. –doppelspurigkeiten.

1.2.6 Besonderheiten des Informationssystems im Konzern

Qualitativ und quantitativ genügende Information ist in einer Unternehmung immer ein Problem, auch in einer unabhängigen Aktiengesellschaft. Man kann sich fragen, weshalb man den Konzern nicht einfach als Teil der Umwelt der Tochter betrachten soll. Dann wäre es der Verwaltung der Tochter überlassen, die für sie relevanten Informationen über den Konzern mit irgendwelchen Mitteln aus irgendwelchen Quellen zu sammeln. Im Folgenden soll gezeigt werden, dass dies dem Wesen des Konzerns²⁸ nicht gerecht (betriebswirtschaftliche Sicht) und auch nicht der rechtlichen Ordnung entsprechen würde.

13) Aktivitäts-Portfolio

Damit die Informationsversorgung auf verschiedene Arten zusammenkommt, führt der Verwaltungsrat verschiedene gemeinsame Aktivitäten durch. Zu denken ist dabei an ein Forum, in dem strategische Fragen regelmässig und vertieft behandelt werden. Wichtig sind auch weniger strukturierte Aktivitäten, die dem informellen Informationsaustausch dienen.

14) Informationszeit

Als Grundsätze gelten, dass der Verwaltungsrat vor der Öffentlichkeit informiert wird, die notwendige Information immer vor einer Sitzung zugänglich ist und dass Rechtzeitigkeit Vorrang vor Genauigkeit hat.

15) Informationsform

Für jede Information wird die adäquate Form gewählt: mündlich, schriftlich, Tabellen, Grafik.

²⁷ Theisen, 1996, 74f.

²⁸ Der Konzern ist seinem Wesen nach ein Informationsnetzwerk – diese Sicht ist kongruent mit den rechtlichen Vorgaben an eine zulässige Leitungsausübung im Konzern, vgl. infra S. 71ff.

Theisen²⁹ hat (im Zusammenhang mit der Information der Arbeitnehmer im Konzern) vier Hauptbereiche festgestellt, wo das Informationssystem in der konzernierten Gesellschaft besonders problematisch ist:

- Generell kann sich die Informationsversorgung im Konzern als unzureichend erweisen, weil die Informationsflüsse den rechtlichen Organisationsgrenzen folgen und nicht den Linien wirtschaftlichen Verbundes, d.h., der Organisation. Z.B. orientiert der Verwaltungsrat der Tochter nur über diese. Dies genügt aber nicht, da die Information über die Tochter *nur im Zusammenhang des Gesamtkonzerns* richtig beurteilt werden kann.
- Diese Tendenz kann zu einer *organisatorischen Verkürzung der Informationsversorgung* bzw. zu einem faktischen Ausschluss der Entscheidungsträger von den Informationsgrundlagen führen. Z.B. werden wichtige Entscheidungen in der Konzernzentrale vorbereitet, die Arbeitnehmer in der Tochter bekommen aber nur das Endergebnis, den Entscheid, zur Kenntnisnahme.
- Die Rechnungslegung und die Berichterstattung sind im Wesentlichen nur *rechtsformkongruent* ausgestaltet. Da für jede Konzerngesellschaft Verschwiegenheits- und Geheimhaltungspflichten beachtet werden müssen³⁰, ist vorprogrammiert, dass die Versorgung mit Informationen über das Ganze oder über einzelne Glieder ungenügend ist.
- In besonderen Situationen (Umstrukturierungen, Gründung von neuen Gliedgesellschaften) sind häufig wesentliche Gesellschaftsorgane nicht besetzt oder funktionsuntüchtig. Z.B. werden in der turbulenten Phase des Zusammenbruchs eines Konzerns keine periodischen Verwaltungsratssitzungen mehr abgehalten oder der Informationsfluss zwischen Konzernzentrale und –tochter funktioniert nicht mehr, weil die Verantwortlichen mit anderen Problemen beschäftigt sind.
Zu beachten ist, dass sich solche informationellen Löcher auch durch die Organisation des Konzerns ergeben können. Wenn z.B. in einem grossen, unübersichtlich verschachtelten Konzern nicht mehr ersichtlich ist, wer für was kompetent ist und über welche Informationen verfügt, brechen die Informationskanäle unvermittelt ab, sie enden in einem „schwarzen Loch“.

Im internationalen Konzern stellen sich diese Probleme noch wesentlich schärfer. Zum einen besteht ein erhöhter Bedarf an konzernweiter Information. An die Konzernkommunikation³¹ werden zunehmend höhere Anforderungen gestellt: Sie muss für den ganzen Konzern kohärent sein, welches Glied auch immer kommuniziert. Sie muss im jeweiligen länderspezifischen Kontext nutzerspezifisch aufbereitet bzw. differenziert sein. Schliesslich müssen immer sowohl die Interessen der jeweiligen Tochter als auch des gesamten Konzerns gewahrt werden. Dies setzt eine enge Abstimmung der Informations- und Berichtssysteme voraus.

²⁹ Theisen, 1991a, 310ff.

³⁰ Zu diskutieren ist nach der hier vertretenen Auffassung 1) ob die Geheimhaltungspflichten gegenüber der Tochtergesellschaft gelockert sind und 2) ob die Informationspflicht gegenüber der Tochter der Geheimhaltungspflicht vorgeht.

³¹ Kommunikation beschreibt in diesem Zusammenhang das Auftreten und die Selbstpräsentation des Konzerns nach aussen (Öffentlichkeit) und nach innen (Aktionäre, Arbeitnehmer).

Deshalb wird gefordert³², dass sowohl die Konzernspitze als auch das Management der Glieder über *vollständige Information über den Konzern* verfügen müssten. Dies, weil jede Gliedgesellschaft des Konzerns zum Sprecher für den ganzen Konzern werden könne, je nachdem von wem Informationen verlangt würden. Insbesondere in Krisensituationen müsse das lokale Management effizient und adäquat reagieren und die Sicht des Konzerns kommunizieren können – der Konzern sei in dieser Hinsicht eine Schicksalsgemeinschaft, weshalb ein gleicher Zugang des Managements der Mutter wie der Tochter zur Information erforderlich sei³³.

Diesem erhöhten Informationsbedarf stehen aber besondere Hürden für den Informationsaustausch entgegen³⁴:

- Die Kommunikationswege sind tendenziell länger. Weder Konzernleitung noch Töchter haben einen direkten Zugang zu den Informationen über die Vorgänge im ganzen Konzern.
- Es bestehen unterschiedliche Kommunikationssysteme und –kulturen.
- Oft versagen personelle Kommunikationskanäle (persönliche Kontakte, Gespräche), eine spontane Information findet nicht statt.
- Grosse multinationale Konzerne werden zu „quasi öffentlichen Unternehmen“: Nachrichten aus dem Konzern werden weltweit sofort aufgegriffen und via elektronische Medien verbreitet. Diese können die Information verkürzen und verzerren, weshalb das Konzernmanagement selbst für eine angemessene Kommunikation sorgen muss.
- Unterschiedliche nationale Regelungen (Geheimhaltungspflichten, Datenschutz, unterschiedlich ausgestaltete Informationsrechte der Arbeitnehmervertretungen) behindern den Informationstransfer zwischen den Konzerngliedern.

³² Pincus/Pincus/Reid, 1991, 280ff.

³³ Rechtlich kommt dieser Gedanke in der Forderung nach einer internen Weiterleitungspflicht (bei der Erfüllung von externen Meldepflichten) zum Ausdruck, vgl. infra S. 151

³⁴ Pincus/Pincus/Reid, 1991, 283

1.3 Anforderungen an das Informationssystem des Konzerns

1.3.1 Begriffsbestimmungen

Art. 663e OR enthält die Legaldefinition des Konzerns als Gesellschaften, die unter „einheitlicher Leitung“ zusammengefasst sind. Diese Definition wirft im Einzelnen zahlreiche Einzelfragen auf³⁵. Für den Zweck der vorliegenden Arbeit genügen jedoch die folgenden Arbeitsdefinitionen:

- a) Der Konzern ist die Gesamtheit der unter einer einheitlichen Leitung stehenden juristisch selbständigen Unternehmen³⁶.
- b) Das herrschende Unternehmen (Konzernleitung oder Konzernmutter) ist dasjenige Unternehmen³⁷, das die einheitliche Leitung effektiv (d.h., unabhängig von der formalen Organisation und den Beteiligungsverhältnissen im Konzern) wahrnimmt.
- c) Ein abhängiges Unternehmen (Konzerntochter) ist das juristisch selbständige aber dem Einfluss der einheitlichen Leitung unterworfenen Unternehmen.

1.3.2 Kein Konzernkonzept des Gesetzgebers

Bei der Aktienrechtsnovelle von 1991, die den Konzern im Aktienrecht erstmals erwähnt und ihm besondere Pflichten auferlegt, ging der Gesetzgeber offensichtlich nicht von einem betriebswirtschaftlichen Konzept des Konzerns aus. Weder findet sich in der Botschaft³⁸ ein expliziter Hinweis, noch geht aus den betreffenden Normen ein solches Konzept implizit hervor. Er wollte ja den Konzern ausdrücklich gar nicht weiter regulieren und verschob dies auf später.

³⁵ vgl. dazu bereits Albers-Schönberg, 1980, 7f.; Amstutz, 1993, 181ff.; Böckli, 1996, 578ff.; von Büren, 1997, 5ff.; Bosman, 1984, 23ff.; Druey, 1980, 281ff.; Druey/Vogel, 1999, 43; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, 1996, 712, 931ff.; Zum Begriff nach der Revision des Aktienrechts von 1991: Von Büren, 1997, 5ff. (mit einer ausführlichen Übersicht über die Vielzahl der in der Doktrin, den verschiedenen Gesetzen und der Rechtsprechung im Zusammenhang mit Konzernen verwendeten Begriffe);

Zur Diskussion im Ausland: Emmerich/Sonnenschein, 1997, 57ff.; Galgano, 2001, 51ff.; Cozian/Viandier/Deboissy, 2002, 721

³⁶ Handschin, 1994, 36ff. zum Unternehmensbegriff. Die Glieder eines Konzerns können verschiedene Gesellschaftsformen aufweisen. Im Folgenden wird jedoch als Normalfall davon ausgegangen, dass es sich um Aktiengesellschaften handelt.

³⁷ Es muss sich dabei nicht um eine Gesellschaft handeln – auch eine natürliche Person kann als Mutterunternehmen einen Konzern leiten (Handschin, 1994, 79). In dieser Arbeit wird aber vom Normalfall ausgegangen, dass es sich sowohl beim herrschenden wie auch bei den abhängigen Unternehmen um Gesellschaften handelt, und zwar um Aktiengesellschaften.

Zu unterscheiden ist auch der Begriff der Holding: Als Holding wird das Unternehmen bezeichnet, das den Zweck hat, Beteiligungen an anderen Unternehmen zu halten (dies im Gegensatz zu einer unternehmerischen Tätigkeit). Eine Holding muss nicht das herrschende Unternehmen im Konzern sein – sie kann durchaus auch beherrscht sein (Zwischenholding). Sie muss auch nicht unbedingt einheitliche Leitung bei den gehaltenen Unternehmensbeteiligungen ausüben, diese können ohne weiteres reine finanzielle Anlagen sein.

³⁸ Botschaft, 1983, 73ff.

Die Frage nach einem dem Konzernrecht zugrunde liegenden Konzernkonzept ist aber trotzdem keineswegs bedeutungslos. Wenn wie in dieser Arbeit die Informationsflüsse im Konzern untersucht werden sollen, muss von einem bestimmten gedanklichen Modell ausgegangen werden. Das Modell hilft dann, die Wirklichkeit in abstrakte Normen zu fassen. Gesetzgeber wie Rechtsanwender typisieren aus dem Modell heraus Tatbestände, an die die vorgesehenen Rechtsfolgen geknüpft werden. Die gedanklichen Modelle stellen die inhärenten Prämissen des Gesetzgebers oder Rechtsanwenders von der konkreten Situation dar. Aus diesem Grund führen falsche oder unvollständige Annahmen zu falschen oder unvollständigen Normen. Eine Norm kann dann zwar aus juristischer Sicht in sich stimmig sein aber trotzdem das geregelte Phänomen unzureichend erfassen – sie „passt“ einfach nicht³⁹. Informationsflüsse können auch als systemabhängig bezeichnet werden: Welche Informationsansprüche als notwendig erscheinen, hängt davon ab, von welchen Vorstellungen man ausgeht, wie der Konzern zu funktionieren hat bzw. ob und wie dieser in Bestand und Funktion zu schützen ist⁴⁰. Auch für die Konzipierung eines solchen eher normativ geprägten Konzernbildes braucht es zunächst ein Modell des Konzerns, wie er sich faktisch darstellt.

Um sich ein möglichst zutreffendes Bild des Konzerns zu machen, scheint es sinnvoll, wiederum auf die Konzepte der Betriebswirtschaftslehre zurückzugreifen.

1.3.3 Einheitsbetrachtung oder Netzwerkcharakter?

Insbesondere in der älteren betriebswirtschaftlichen Forschung bestand die Tendenz, den Konzern als einheitliche Unternehmung zu sehen und dabei die Besonderheiten, die sich aus der rechtlichen Vielheit und organisatorischen Aufspaltung ergeben, zu vernachlässigen⁴¹. Auch dort, wo spezifisch auf die Informationsordnung des Konzerns eingegangen wird, wird der Konzern als Einheit dargestellt⁴². Diese Sicht sieht den Konzern als quasi „natürliche“ Einheit, die durch die Trennungswirkung des Rechts gestört wird.

Neuere Ansätze betonen den *Netzwerkcharakter* des (multinationalen) Konzerns: *Hedlund*⁴³ führte den Begriff der *Heterarchie* ein, um den Gedanken auszudrücken, dass die Leitung im Konzern aus verschiedensten Gründen kultureller, organisatorischer, wirtschaftlicher, politischer und rechtlicher Natur nicht (nur) hierarchisch erfolge⁴⁴. Ein wirklichkeitsnahes Konzept des Konzerns müsse berücksichtigen, dass

³⁹ Mayer-Schönberger/Holzleithner, 1997, 30f.

⁴⁰ Eppenberger, 1990, 123ff.

⁴¹ Etwa Bleicher, 1991, 628ff., der die Unternehmung aus organisatorischen Einheiten zusammengesetzt sieht, ob dies nun Abteilungen einer Einheitsgesellschaft oder die Tochtergesellschaften in einem Konzern sind, und dementsprechend eine Funktion „Konzernleitung“ sieht, der die strategische Konzernentwicklung, die Organisation des Konzerns und die Konzernleitung (immer konzernweit verstanden) obliegen.

⁴² Typisch für diese Tendenz etwa Theisen, 1991a, 310ff., der es just als konzernspezifisches Problem bezeichnet, dass der konzerninterne Informationsfluss den rechtlichen Organisationsgrenzen folgt und nicht den wirtschaftlichen „Verbundwirkungen“, was zu einer Verkürzung der Informationsversorgung führe.

⁴³ Hedlund, 1986, 9ff.

⁴⁴ Gupta/Govindarajan/Malhotra, 1999, 207, nennen als die wichtigsten Faktoren (a) die Heterogenität zwischen den Ländern, (b) die Heterogenität der den Töchtern zugeordneten strategi-

- (a) der Konzern über mehrere Zentren mit eigener Entscheidungsautonomie verfüge;
- (b) die Manager der Tochtergesellschaften über eine strategische Führungsrolle nicht nur für die betreffende Tochter sondern für den Konzern als Ganzen verfügten;
- (c) die Zentren verschiedene Funktionen für den Konzern ausübten (z.B. Forschung und Entwicklung in Schweden, Konzernsitz in den Niederlanden, Produktion in England) und dabei ein Mix von Organisationsprinzipien (Funktionen, Produkte, Geografie, Kunden) zur Anwendung gelange, sodass ein erheblicher Bedarf an Koordination dieser Funktionen bestehe;
- (d) der Konzern über ein breites Spektrum an Kooperationsformen zwischen den Konzerngliedern und mit konzernfremden Organisationen verfüge, sodass einerseits intensive interne Flüsse von Information, Produkten und Finanzen möglich seien, er andererseits auch keine Probleme damit habe, wenn die einzelnen Konzernglieder etwa Joint Ventures eingingen, die Produktion an Dritte auslagerten oder konzerninterne Transaktionen nach „arms-length“ Grundsätzen abwickelten;
- (e) die Integration der Zentren nicht durch zwingende bzw. bürokratische Kontrollmechanismen erfolge, sondern durch eher „weiche“ wie „corporate culture“, „management ethos“, „management style“ und „cultural control“;
- (f) im Konzern Information über das Ganze in jedem Teil gelagert sei⁴⁵;
- (g) im Konzern die Formulierung der Strategie sich durch radikale Problemorientierung auszeichne, was sich dadurch zeige, dass für jedes Problem eine flexible Organisations- oder Kooperationsform gefunden werde.

Dieses Konzept des Konzerns als ein Netzwerk hat weite Verbreitung gefunden⁴⁶ und ist auch mit empirischen Studien⁴⁷ bestätigt worden. Der Konzern wird als Netzwerk beschrieben, dass Transaktionen von Kapital, Wissen und Produkten umfasst. Die Konzernleitung dient der Koordination dieser Transaktionen. Die Koordination erfolgt im Gegensatz zur Einheitsunternehmung durch Mittel, die als informell zu bezeichnen sind. Diese informelle Abstimmung im Netzwerk wird auch als „feedback seeking behavior“⁴⁸ beschrieben. Diese Sichtweise hat in der Managementlehre dazu geführt, dass in den neuesten Studien das Management der Tochtergesellschaft im Vordergrund steht⁴⁹. Untersucht wird, wie die Manager der Tochter im konzerninternen organisatorischen Netzwerk strategische Entscheidungen fällen und Initiativen ergreifen. Diese Initiativen werden als kritisch für den effizienten Einsatz der Ressourcen im Konzernnetzwerk beschrieben. Zudem bestätigen die Studien den Befund, dass der (multinationale) Konzern als differenziertes Netzwerk aufzufassen ist,

schen Rollen und (c) die Heterogenität in der Klarheit und im Konsens über die Rolle und Autonomie der Manager der Töchter.

⁴⁵ Auf dieses Charakteristikum wird unten zurückgekommen S. 100

⁴⁶ Goshal/Bartlett, 1990, 603ff., mit ausführlichen weiteren Hinweisen und einem erweiterten und verfeinerten Konzernkonzept. Für den deutschen Sprachraum und eine erste Rezeption des Netzwerkkonzepts in der Rechtswissenschaft vgl. Amstutz, 1993, 258ff. und Teubner 2001

⁴⁷ Gupta/Govindarajan, 2000; O'Donnell, 2000

⁴⁸ Gupta/Govindarajan/Malhotra, 1999

⁴⁹ Rugman/Verbeke, 2001, 237

das eine Konfiguration von Kompetenzen und Wissen aufweist, die nicht vollständig durch hierarchische Entscheidungen kontrolliert werden kann⁵⁰.

Der Netzwerk-Ansatz wird auch von denjenigen Autoren übernommen, die sich spezifisch mit dem Informationsfluss im Konzern auseinandersetzen. Nicht zu übersehen ist ferner der Trend in der Wirtschaftspraxis, dass sich traditionelle Unternehmen bzw. wesentliche Einheiten davon auflösen und sich zu organisatorischen Netzwerken reorganisieren. Firmen wie Microsoft, General Electrics und IBM definieren sich explizit als organisatorische Netzwerke. Diese Umwandlung wird auch wesentlich unterstützt durch die neuen Informationstechnologien, insb. die Plattformen für business-to-business Marktplätze.

Diese Arbeiten sind stark von Konzepten der modernen Systemtheorie und der Soziologie beeinflusst. Eine umfassende Darstellung gibt in dieser Hinsicht *Amstutz*⁵¹, der gestützt darauf ein Konzern-Wirklichkeitsbild entwickelt und zur Auffassung gelangt, der Konzern müsse als Heterarchie, als polykorporatives Netzwerk, gesehen werden. Er schlägt vor, die Rechtsordnung müsse das Netzwerk als Regelungsfigur⁵² aufnehmen und entwirft ein System des Konzernorganisationsrechts *de lege lata*, das mit diesem Konzept kompatibel ist. Dieses Konzept erweist sich denn auch als grundsätzlich hervorragend kompatibel mit dem Konzernwirklichkeitsbild der Betriebswirtschaftslehre.

Der Charakter des Konzerns als Netzwerk bringt es mit sich, dass in der Wirtschaftspraxis verschiedene Unternehmensfunktionen nicht von jeder Gliedgesellschaft separat ausgeübt werden, sondern in Kooperation mit anderen Gliedern. Häufig ist eine Übertragung von Aufgaben auf die Mutter- oder auf spezielle Managementgesellschaften. Typischerweise konzernweit wahrgenommen werden Cash-, Risiko- und Kreditmanagement⁵³.

⁵⁰ Rugman/Verbeke, 2001, 244ff.

⁵¹ Amstutz, 1993, 55ff.

⁵² Amstutz, 1993, 55f. Nach dieser Auffassung müsse der Verbund- bzw. Netzakt, dem das Modell der kompatiblen Koexistenz von Individual- und Kollektivinteressen zugrunde liege, als vierte Regelungsfigur des Zivilrechts zu den Modellen des Interessengegensatzes (Vertrag), Interessenwahrung (Fiducia) und der Interessengleichrichtung (Gesellschaft) hinzukommen.

⁵³ Lutter/Scheffler/Schneider, 1998, 24ff.:

- Cash-Management ist die Gestaltung der Zahlungsströme, der Geld- und der Kreditbestände zur Sicherung der Liquidität, der Minimierung der Kosten des Zahlungsverkehrs, der Kassenhaltung und der Kredite sowie der Maximierung des Ertrags aus den Geldanlagen. Das konzernweite Cash-Management reicht vom Konzernclearing (periodische Verrechnung der gegenseitigen Forderungen unter den Konzerngliedern) bis zum Cash-Pooling (konzerninterner Liquiditätsausgleich durch Zusammenschluss aller Liquiditätsüberschüsse). Tendenziell führt das konzernweite Cash-Management zur einer „*Liquiditäts-Gefahrengemeinschaft*“ der beteiligten Konzernunternehmen, d.h., eine Liquiditätskrise eines Gliedes kann auf alle anderen durchschlagen.
- Das Kreditmanagement dient der Festlegung der langfristigen Kapitalstruktur, der Finanzierungskosten und der Flexibilität der Finanzierung des Konzerns. Durch ein zentrales Kreditmanagement (Bündelung der Kreditnachfrage aller Konzernunternehmen) soll die Fremdfinanzierung günstiger gestaltet werden. Zudem ermöglicht sie besondere Finanzstrategien, die dem einzelnen Konzernunternehmen nicht möglich sind. Der Preis für diese Optionen ist, dass meist ein fixer Konzern-Verschuldungsgrad eingehalten werden muss und die einzelnen Konzernglieder einen darauf abgestimmten Verschuldungsgrad einhalten müssen.
- Wenn das Finanz- und Cash-Management konzernweit geführt werden, so muss auch das Risikomanagement konzernweit gefasst werden, da die Gefahr besteht, dass der Eintritt von Ri-

1.3.4 Informationsfluss im Konzern

*Gupta und Govindarajan*⁵⁴ gehen in ihrer umfassenden Studie über die Informationsflüsse⁵⁵ im Konzern und deren Zusammenhang mit der Konzernleitung davon aus, dass der Konzern als Netzwerk von Transaktionen (Kapital, Produkte, Information) zu verstehen sei und die Konzernleitung als Mechanismus zur Koordination dieser Transaktionen. Der Grund für die Bildung eines Konzerns anstelle der Verwendung von vertraglichen Beziehungen wird im Einklang mit der herrschenden betriebs- und volkswirtschaftlichen Lehre in der Internalisierung des Informationstransfers: Information kann mittels interner organisatorischer Mechanismen effizienter und wirkungsvoller transferiert werden als mittels externer Marktmechanismen. Die verschiedenen Gliedgesellschaften eines Konzerns erfüllen verschiedene strategische Rollen⁵⁶ und arbeiten in unterschiedlichen Kontexten. Dabei verfügen sie über mehr oder weniger Autonomie. Die Konzernleitung erfolgt denn auch nicht durch Weisung, sondern durch „formal and informal control mechanisms“. Dies sind neben formalen Integrationsmitteln (Verbindungsstellen, cross-unit committees, Integrator-Rollen, Matrixorganisationsstrukturen) vor allem die Intensität⁵⁷, die Qualität und Muster der Kommunikation, die wiederum vom (nationalen) Hintergrund der Manager und ihrer konzernweiten Sozialisation beeinflusst wird. Dem Informationsfluss wird eine zentrale Bedeutung zugeschrieben: Nicht nur für das Innovations- und Wissensmanagement, sondern auch für die Leitung des Konzerns. Information ist das zentrale Mittel der Leitung, denn das „management of interdependence“ im Netzwerk verlangt nach einer Koordination von Entscheidungen und Handlungen unter den Einheiten⁵⁸.

Bemerkenswert sind die Parallelen zum Konzernmodell von *Amstutz*⁵⁹, obwohl der jeweilige Ansatz nicht der gleiche ist:

- Programmatischer Ansatz: Da es kaum rein hierarchisch geführte Konzerne gibt, ist es wichtig, die Beziehungen zwischen den Konzerngliedern zu studieren⁶⁰.

siken bei einem Glied über das Finanzwesen auf die anderen Konzernglieder durchschlagen. vgl. dazu infra S. 84

⁵⁴ Gupta/Govindarajan, 2000, 768ff.

⁵⁵ Die Autoren verwenden den Ausdruck „knowledge flows“ und meinen damit den Transfer von Führungsinformation bzw. -wissen („skills and capabilities“ wie etwa Beschaffungsinformation, Prozessinformation, Know How in der Konstruktion, Know How über das Produktdesign, Marketing Know How, Distributionsinformation) oder Marktdaten von strategischem Wert über Schlüsselkunden, Konkurrenten und Lieferanten. Sie schliessen jedoch den Transfer von interner administrativer Information (z.B. monatliche Finanzdaten) aus.

Aus dieser Beschreibung der untersuchten Informationsflüsse ist ersichtlich, dass die Autoren trotz den begrifflichen Unterschieden bzw. Unsicherheiten grundsätzlich die gleiche Art von Information verstehen, die in dieser Arbeit als Führungsinformation bezeichnet wird.

⁵⁶ Die Autoren unterscheiden: Globale Innovatorin, Integrierte Playerin, Lokale Innovatorin, Implementatorin. Diese Rollen unterscheiden sich wesentlich durch den jeweiligen Outflow/Inflow von Informationen zu/von den anderen Konzerngliedern.

⁵⁷ Die Intensität der Kommunikation wird erfasst durch die Vektoren Häufigkeit, Informalität und Offenheit. Geht es um die Kommunikation zwischen zwei Organisationseinheiten, kommt als viertes die Dichte (density) dazu, worunter die Zahl der Personen, die über die Organisationsgrenzen miteinander kommunizieren, verstanden wird.

⁵⁸ Zu einer rechtlichen Konzept der Konzernleitung durch Information vgl. infra S. 88ff. und 100ff.

⁵⁹ Amstutz, 1993, 256ff.

⁶⁰ Amstutz, 1993, 556

- Logik des autopoietischen Systems: In beiden Ansätzen werden Konzern als (soziale und wirtschaftliche) Systeme gesehen, die durch Kommunikation funktionieren.
- *Gupta und Govindarajan* untersuchen diese Kommunikationsbeziehungen aus empirischer Sicht⁶¹ und gelangen zu Resultaten, die als eindruckliche Bestätigung des systemtheoretischen Ansatzes von *Amstutz* erscheinen.

*Gupta, Govindarajan und Malhotra*⁶² untersuchen die Bedeutung von *Feedback-Mechanismen* in der Konzernleitung. Dabei diagnostizieren sie einen zunehmenden Trend zur Verschiebung von globalen (d.h., konzernweiten) Aufgaben und Verantwortung von der Konzernzentrale („Headquarter“) hin zu den Tochtergesellschaften. Wiederum wird hier – unter Berufung auf die neuere Literatur – der heterarchische Charakter des Konzerns betont und weiter ausgeführt⁶³. Die Selbstregulierungsprozesse beruhen zu einem grossen Teil auf informeller Abstimmung zwischen den Managern der Konzernglieder mittels Informationsaustausch. Dieses Verhalten, als Suche nach Feedback umschrieben, dient der Beurteilung der Richtigkeit und Angemessenheit des Verhaltens, um bestimmte Ziele zu erreichen⁶⁴. Für den Konzern hat sich ein hoher Level an Feedback-Suche als von hohem Nutzen erwiesen: Es scheint sich positiv auf die langfristige Organisationseffizienz auszuwirken und die proaktive Suche nach Information korreliert generell positiv mit der Zufriedenheit und Leistung der Manager. Deshalb empfehlen die Autoren, die Feedback-Suche durch ein entsprechendes Setting zu fördern, etwa durch konzernweite Sozialisationsmechanismen, durch eine intensive Kommunikation zwischen Mutter und Tochter und durch laterale Integrationsmechanismen.

⁶¹ insb. in: Gupta/Govindarajan/Malhotra, 1999

⁶² Gupta/Govindarajan/Malhotra, 1999

⁶³ Sie gehen von der Kybernetik und deren Theorie aus, dass das Verhalten jedes Organismus in erster Linie von seinem selbstregulierenden Verhalten abhängt und nur indirekt von exogenen Regulationsmechanismen. Auf die Leitung im Konzern bezogen heisst das, dass Organisationssysteme nicht imstande sind, das Managerverhalten komplett zu bestimmen. Die Leitungen von Organisationen müssen sich deshalb zur Lenkung der Manager auf selbstregulierende Prozesse verlassen.

⁶⁴ Die Vorteile des „feedback seeking behavior“ sind:

- (a) besseres Verständnis des Inhaltes und der Bedeutung der einzelnen Ziele,
- (b) Reduktion der Unsicherheit über die Erreichung der Ziele,
- (c) Basis für die Verbesserung der eigenen Kompetenz,
- (d) Stärkung der eigenen Stellung des Managers, wenn ein Informationsvorsprung erlangt werden kann.

Dem stehen jedoch wie bei jeder Informationsbeschaffung Kosten entgegen:

- (a) Kosten der Beschaffung der Information,
- (b) Verarbeitungskosten,
- (c) face loss costs (persönliche und soziale Nachteile, weil ein negativer Feedback befürchtet wird oder weil der betreffende Manager als unsicher wahrgenommen werden könnte und
- (d) Autonomieverlust (wenn aus den erhaltenen Informationen Verhaltensanweisungen abgeleitet werden, kann dies die Autonomie des Managers einschränken – sonst könnte er sich ja auf den Standpunkt stellen „Was ich nicht weiss, macht mich nicht heiss“.)

1.3.5 Information als bedeutender Vorteil der Konzernierung

Die Zugehörigkeit zu einem Konzern kann einer Gliedgesellschaft wesentliche wirtschaftliche Vorteile bringen, die auch rechtlich von Bedeutung sind⁶⁵. Solche Vorteile sind etwa:

- die Verwendung des Konzernnamens und die Nutzung des damit verbundenen Goodwills;
- der Zugang zum Konzernmarkt, d.h., sowohl zum konzerninternen Markt als auch Nutzung der Geschäftsbeziehungen der anderen Konzernglieder zu Dritten;
- Zugang zu den finanziellen und personellen Ressourcen des Konzerns;
- Zugang zu Information, Know-how (z.B. Entsendung von Experten und „productivity teams“) und Immaterialgüterrechten des Konzerns⁶⁶;
- auch die Konzernleitung kann eine wertvolle Ressource für eine Tochterunternehmung sein (z.B. Einführung eines wirksamen Controllings, effizientes Finanzmanagement, Wahl einer geeigneten Organisationsform etc.), wenn die Mutter in den betreffenden Bereichen über ein überlegenes Know-how verfügt. Zu bedenken ist, dass dies alles Informationen sind, die von der Mutter an die Tochter fließen. Generell wird Leitung durch Information ausgeübt⁶⁷.

⁶⁵ vgl. etwa die Berücksichtigung der Vorteile der Konzernzugehörigkeit in der Rozenblum-Praxis (dazu S. 75).

⁶⁶ Die bei Fusionen angestrebten Synergieeffekte beruhen meist zu einem wesentlichen Teil auf dem Austausch von Informationen. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht soll im Konzern deshalb Wissensgemeinschaft herrschen, nicht Wissenstrennung nach Sphären. Damit die Synergieeffekte voll ausgeschöpft werden, sollten die in den Konzerngliedern vorhandenen Informationen zusammengeführt und gemeinsam genutzt werden. Ob diese Vergemeinschaftung der Information auf rechtliche Schranken stösst, ist andernorts zu untersuchen. Zumindest stehen nach herrschender Lehre in der Schweiz die aktienrechtlichen und sonstigen Schweigepflichten dem Informationsfluss im Konzern nicht grundsätzlich entgegen (vgl. die kurze Darstellung infra S.137).

⁶⁷ vgl. oben 18, unten S. 88ff.

1.4 Anforderungen an die Informationsordnung im Konzern

1.4.1 Die Informationsordnung deckt sich mit der Leitungsordnung

Aufgrund des Netzwerkcharakters sind Führungsentscheide in der Tochter betriebswirtschaftlich gesehen immer auch Führungsentscheide im Konzern. Deshalb setzen solche Entscheide – ob sie nun bei der Obergesellschaft oder der Untergesellschaft gefällt werden müssen - generell die Kenntnis des konzernweiten Zusammenhangs bei den Entscheidungsträgern voraus⁶⁸.

Deshalb muss im Konzern – durchaus wie in der Einheitsunternehmung – als Grundsatz für die Organisation der Informationsflüsse gelten, dass die Informationsordnung sich mit der Leitungsordnung decken muss. Dies wird hier so verstanden, dass jeder Aufgabenträger über die Information verfügen muss, die er zur Wahrnehmung seiner Aufgaben braucht, ungeachtet dessen, bei welchem Konzernunternehmen die Information vorhanden ist⁶⁹.

Insbesondere kann die Informationsversorgung im Konzern ungenügend sein, wenn sie durch die rechtliche Organisationsform eingeschränkt wird⁷⁰. Die gesetzliche vorgeschriebene Berichterstattung und die Informationsrechte der Gesellschaftsorgane sind im Wesentlichen⁷¹ auf die Einzelgesellschaft bezogen und lassen die „Verbundwirkungen“ des Konzerns ausser Acht⁷². Die Rechtsordnung kann durch die Verschwiegenheits- und Geheimhaltungspflichten hindernd auf den Informationsfluss zwischen den Konzerneinheiten einwirken. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ist hingegen *konzerndimensionale Informationskongruenz* zu fordern. Dies ist so zu verstehen, dass für die konzernweite Planung und Entscheidungsfindung den Aufgabenträgern die zugrunde liegenden problemadäquaten Informationen analog der relevanten (eben konzernweiten) wirtschaftlichen Thematik zur Verfügung gestellt werden⁷³.

Eine weitere Gefahr, die im Konzern droht, ist jene, dass ein Ausschluss der Aufgabenträger von Informationsgrundlagen stattfindet, weil konzernweit erforderliche Daten organisatorisch ausgegliedert werden, z.B. durch die Zentralisierung von Aufga-

⁶⁸ vgl. infra S. 53ff.

⁶⁹ Dieses Ziel hat sich das Informationsmanagement zur Aufgabe gemacht und sich dazu auf die Entwicklung von Führungsinformationssystemen konzentriert, die die systematische Unterstützung der Aufgabenträger in der Unternehmung mit Informationen bezwecken. Zu möglichen Konzepten eines Führungsinformationssystems im Konzern vgl. Kraege, 1998, 97ff.; zum Konzept des integrierten Informationsmanagements zur Ordnung der Informationsströme vgl. Nawatzki, 1994, 97ff.

⁷⁰ Theisen, 1991a, 311f.

⁷¹ Wichtigste Ausnahme ist die Pflicht zur Erstellung einer konsolidierten Konzernrechnung, Art. 663e ff. OR.

⁷² Der Konzern bildet den unmittelbaren Kontext jeder Information über eine einzelne Konzerngesellschaft (zum Kontext infra S. 36ff.). Praktische Beispiele für diese Problematik werden in den Darstellungen der Problemfelder der Information im Konzern dargestellt (infra S. 181ff.). Aus der Literatur vgl. insbesondere Forum Europaeum Konzernrecht, 1998, 702ff.

⁷³ Theisen, 1991a, 311, bezieht sich bei dieser Aussage auf die Information der Mitbestimmungsorgane. Sie ist aber auf die Führungsinformation generell übertragbar.

benbereichen wie Finanzen, Personal, Marketing etc⁷⁴. Auch in diesem Fall deckt sich die Informationsordnung nicht mit der Leitungsordnung. Verlangt wird, dass jedem Entscheidungsträger im Konzern die für seine Aufgabe relevante Information zeitgerecht und in bedarfsgerechter Qualität zur Verfügung gestellt wird, unabhängig von der rechtlichen Organisationsform⁷⁵.

1.4.2 Konzerndimensionale Informationsversorgung

Die Information über ein Konzernglied muss mit Informationen über das Konzernganze ergänzt werden. Dies ist die Voraussetzung für jede Führung im Konzern bzw. für jede weitere Form der Mitwirkung und Mitbeteiligung der Aufgabenträger im Konzern⁷⁶.

Diese Forderung gründet auf der informationstheoretischen Einsicht, dass das Weglassen von Teilen einer Information deren Wahrheitsgehalt durch Verkürzung der Realität stark reduzieren kann⁷⁷. Vollständigkeit ist ein Teil der *Richtigkeit* der Information und damit ein zentrales Qualitätsmerkmal. Eine Information ist nur dann etwas wert, wenn sie vor den richtigen Hintergrund gestellt wird, bzw. in den richtigen Kontext⁷⁸. Wegen dem ausserordentlich engen Zusammenhang zwischen Tochter und Mutter im Netzwerk des Konzerns müssen die Informationen über ein Konzernglied in den Gesamtzusammenhang des Konzerns eingebettet werden, um ihre Funktion erfüllen zu können.

An dieser Stelle wird die Auffassung vertreten, dass nicht nur bestimmte (gesetzlich definierte) Informationen konzerndimensional aufzubereiten sind (z.B. die Finanzinformationen⁷⁹, oder die Information der Arbeitnehmer⁸⁰) sondern – zumindest was die hier interessierende Führungsinformation betrifft - generell jede Information.

1.4.3 Konzernweites Führungsinformationssystem (FIS)

Die beiden oben erwähnten Anforderungen (Kongruenz Leitungs-/Informationsordnung, Konzerndimensionalität der Information) sucht das Informationsmanagement durch die Einführung von konzernweiten Führungsinformationssystemen (FIS) zu erfüllen. Die Konzepte von FIS sind primär darauf ausgerichtet, dass die Konzernspitze die notwendige Führungsinformation erhält. Das FIS schafft aber ein Kommu-

⁷⁴ Zur Problematik der mit der Ausübung von Konzernleitung verbundenen Auslagerung von Entscheidungswissen von der Tochter auf die Mutter: Druey/Vogel, 1999, 316.

⁷⁵ Bereits an dieser Stelle ist anzumerken, dass Leitungsordnung und Informationsordnung im Konzern rechtlichen Restriktionen unterliegen. Es bleibt zu untersuchen, inwiefern sich die Postulate der Betriebswirtschaft umsetzen lassen. Dabei wird zuerst bestimmt werden, wie eine rechtlich zulässige Konzernleitung aussieht und dann wird darauf aufbauend die aus rechtlicher Sicht geforderte bzw. zulässige Informationsordnung abgeleitet.

⁷⁶ Aus rechtlicher Sicht sind dies die Organe und weitere Anspruchsberechtigte in der Gesellschaft: Verwaltung, Generalversammlung, Revisionsstelle, Aktionäre und Gläubiger.

⁷⁷ Druey, 1977, 170ff.; id., 1995a, 243;

⁷⁸ Es geht somit um die pragmatische Bedeutung der Information – ist die Qualität der Information ungenügend, kann sie ihren intendierten Zweck nicht erfüllen.

⁷⁹ etwa durch die Erstellung einer konsolidierten Konzernrechnung, Art. 663e OR

⁸⁰ Theisen, 1991a, 310ff.

nikationsnetz, in das die weiteren Aufgabenträger im Konzern ebenso eingebunden werden können und das nicht nur dem Informationsfluss von „der Basis an die Spitze“ sondern auch jenem von „oben nach unten“ dienen kann. Ebenso ist unübersehbar, dass die dargestellten Konzepte auf die Implementierung eines FIS mittels technischen Informationsübermittlungssystemen ausgerichtet sind. Dies mindert ihren Wert jedoch nicht, sollen doch die Systeme die Informationsordnung umsetzen.

*Kraege*⁸¹ beschreibt zunächst die *inhaltliche* Struktur des FIS, d.h., die Informationen, die zu einer integrierten Darstellung des Gesamtkonzerns notwendig sind. Dabei handelt es sich um eine geeignete Beschreibung und Qualifikation der in einem Konzern vorhandenen Führungsinformation. Die Darstellung der Unternehmenslage durch numerische und verbale Information ist die Grundlage für die Unternehmensleitung.

Informationen zur Darstellung des Gesamtkonzerns (Kraege, 1998, 201):

- Ergebnishöhe und -entwicklung
Unternehmenswert, interne Verzinsung, kalkulatorischer Gewinn, Eigenkapitalrendite, Wertschöpfung, Kurs-Gewinn-Verhältnis
- Ergebnisstruktur
Kosten, Erlöse, Wirtschaftlichkeit, Deckungsbeiträge (differenziert nach Produkten, Kunden, Regionen, Werken), Ergebnis/Mitarbeiter
- Einsatzfaktoren
Verfügbarkeit der Einsatzfaktoren, finanzielle Flexibilität, Liquiditätskennzahlen, Anlagenkapazitäten, Materiallager, Abhängigkeit von Externen (Lieferantenstruktur, Kapitalgeberstruktur), Finanzierungspotenzial, neue Lieferanten und Beschaffungsquellen, neue Einsatzstoffe, Mitarbeiterpotenzial (z.B. Führungsnachwuchs), Standortvorteile (Lohnniveau, Steuerniveau, Nähe zu Beschaffungs- und Absatzmärkten)
- Erfolgsträger
Zusammensetzung des Produktprogramms, Abhängigkeitsstrukturen (Kundenstruktur, Marktstruktur), Image, neue Produkte und Produktideen, neue Kunden, Kundenbindung, neue Märkte
- Prozesse
Fixkostenstruktur, Grad der vertikalen Integration, prozessbezogene Engpässe, organisatorische Slacks, Möglichkeiten der Anpassung von Arbeitsabläufen (Anlagenflexibilität, Arbeitszeitflexibilität), Möglichkeiten zum Wechsel zwischen Eigenfertigung und Fremdbezug, Beziehungsnetzwerk, Technologien, Logistiksysteme (Beschaffungs- und Vertriebsnetz), Qualität, Lieferzeit, neue Verfahren.

Ohne weiteres ist einsehbar, dass verschiedene Größen von der Tatsache der Konzernzugehörigkeit beeinflusst werden⁸².

⁸¹ Kraege, 1998, 196ff.

⁸² So kann etwas das Image einer Tochter vom Image des Gesamtkonzerns positiv oder auch negativ beeinflusst werden. Das Finanzierungspotenzial kann höher sein, wenn Darlehen bei anderen Gruppengesellschaften aufgenommen werden können, begrenzt hingegen, wenn externe Geldgeber einen maximalen Verschuldungsgrad für den Gesamtkonzern festgesetzt haben.

Aufgrund verschiedener Idealtypen der Konzernführung (dargestellt werden Finanzholding, Managementholding und Stammhauskonzern) entwirft *Kraege* verschiedene FIS aufgrund einer Analyse der besonderen Charakteristika des Führungstyps⁸³.

⁸³

Kraege, 1998, 97ff.

Für den klassischen Stammhauskonzern gelangt er zu Erkenntnissen, die für den vorliegenden Zusammenhang allgemein fruchtbar gemacht werden können. Es wird das für den Stammhauskonzern entwickelte Konzept wiedergegeben, weil er durch einen grossen Umfang an Leitungsaufgaben und eine hohe Komplexität gekennzeichnet sei, was entsprechend intensive Kommunikationsbeziehungen voraussetzt. D.h., die Intensität der Kommunikation ist vergleichbar mit dem in dieser Arbeit verwendeten Konzernmodell des Netzwerks. Aufgrund dieser Analyse weist das Führungsinformationssystem folgende Besonderheiten auf:

- Für den Stammhauskonzern ist in diesem Modell der Betrachtungsschwerpunkt im FIS die Darstellung des Gesamtkonzerns. Dies weil der Beitrag der einzelnen Konzernbereiche sich aufgrund der vielfältigen leistungswirtschaftlichen Interdependenzen und der heterogenen, aus den Konzernoberzielen abgeleiteten, bereichsspezifischen Aufgaben in der Regel nur im Gesamtzusammenhang bestimmen lässt.
- Für das adäquate FIS typisch sind die Vielzahl der abzubildenden Betrachtungsdimensionen und der hohe Detaillierungsgrad der potentiell für die Konzernführung relevanten Informationen.
- Um selektive Informationsabfragen zu ermöglichen und gleichzeitig der Gefahr der Informationsüberflutung vorzubeugen, sind komplexe Prozesse der Vorstrukturierung der Führungsinformation notwendig.
- Heikel und anspruchsvoll sind die Überwachung der Schnittstellen zwischen den unterschiedlichen operativen Informationssystemen und zwischen den bereichsübergreifenden Informationssystemen (Controlling, Qualitätssicherung und –kontrolle).
- Inhaltlich ist das FIS im Stammhauskonzern durch Mehrfachzielsetzungen, eine im Zeitablauf starke Variabilität und einem hohen Ausmass an vertikalen und horizontalen Zielkonflikten im Konzernzielsystem geprägt. Es müsse zudem den hohen Bedarf an aperiodischen, zeitlich und inhaltlich ex ante nicht determinierbaren Informationen erfüllen.
- Zur frühzeitigen Erkennung zukünftiger Risiken und Chancen sind neben quantitativen Indikatoren (z.B. Auftragseingang und –bestand) auch nicht formalisierbare „schwache Signale“ (ungerichtete Suchprozesse, strategische Früherkennungsinformationen, Erfolgspotentiale, Risiken, Geschäftschancen, langfristige Marktentwicklung) erforderlich. In dem Masse, als sich solche Informationen der Formalisierung entziehen, ist der Grad der Entscheidungsunterstützung der Konzernführung durch ein (computergestütztes) FIS allerdings eingeschränkt.
- Für ein effektives Informationswesen im Konzern sind auch direkte, informelle Informationskontakte zu unteren Führungsebenen, aber auch zu Externen, z.B. wichtigen Grosskunden erforderlich.

1.5 Die Information in der Unternehmung aus der Sicht der Informationstheorie

Vorauszuschicken ist, dass die Informationstheorie grossteils von den gleichen Elementen des Kommunikationsprozesses ausgeht, die als das *nachrichtentechnische Kommunikationsmodell* bezeichnet werden⁸⁴:

- Botschaft bzw. Nachricht
- Sender
- Kodierungsschema
- Übertragungskanal
- Übertragung (durch den Kanal)
- Dekodierungsschema
- Empfänger
- Übertragung der decodierten Botschaft in eine bestimmte Bedeutung.

1.5.1 Information, Informierung, Kommunikation, Wissen, Daten

Es bestehen keine einheitlichen Begriffsdefinitionen für die vielen verschiedenen Phänomene, die gemeinhin mit dem Begriff „Information“ in Verbindung gebracht werden. Solche scheinen auch kaum möglich⁸⁵. Die nachfolgenden Beschreibungen sollen denn auch nicht als exakte Definitionen⁸⁶ verstanden werden, sondern als die Tendenzen und Richtungen, die die Bedeutung eines Begriffes ausmachen.

⁸⁴ Picot/Reichwald/Wigand, 1996, 69ff.; dieses Modell wird von Gasser, 1999, 118, aus konstruktivistischer Sicht heftig kritisiert und als unhaltbar bezeichnet. In der vorliegenden Arbeit werden indes aus dem Konzept des nachrichtentechnischen Kommunikationsmodells keine wesentlichen Folgerungen gezogen, es dient lediglich der einfacheren Darstellung des Kommunikationsprozesses.

⁸⁵ Dem Begriff „Information“ lässt sich wohl nur näher kommen, wenn man ihn aus verschiedenen Sichten betrachtet. Krcmar, 1991, 8f. stellt acht verschiedene Sichten des Informationsbegriffes dar:

- alltagspragmatische Verwendung: Information wird als gegenwarts- und praxisbezogene Mitteilung verstanden
- Sicht der Nachrichtentheorie bzw. nachrichtentechnischer Informationsbegriff von Shannon/Weaver: Information wird als Aneinanderreihung von Zeichen verstanden
- Sicht der Semiotik (Syntaktik, Semantik und Pragmatik als Aspekte der Information)
- Sicht der Information als zweckbezogenes Wissen
- Sicht der Information nach der Deutschen Industrienorm DIN 44300
- Sicht der Information als Produktionsfaktor bzw. Gegenstand von Managementprozessen (Informationsmanagement)
- Sicht der Information als Modell: Information wird als Modell eines Objekts verstanden, das über die semiotischen Relationen abgebildet wird
- Sicht der Information im Sinne von Miller's Living Systems Theory, nach der jede Information sowohl einen physischen als auch einen informatorischen Aspekt habe („information resides on a physical marker“)

⁸⁶ Druey, 1995a, 4, umschreibt „Information“ zunächst ganz allgemein als eine Veränderung bzw. Erweiterung des Bewusstseins. Ähnlich Scheuble, 1998, 29, der Informationen als Nachrichten sieht, die zu einer Veränderung im Wissen eines Akteurs führt. Anstelle des allgemeinen Begriffs „Information“ wird eine Vielzahl spezieller Begriffe verwendet, um spezielle Phänomene auszudrücken (Druey, 1995a, 20ff.).

Eine bekannte Definition sieht Information als zweckorientiertes Wissen⁸⁷: d.h., die Information unterscheidet sich von blossen Wissen (Daten) dadurch, dass sie einen für den Nutzer eindeutigen Zweckbezug hat.

Anzutreffen ist auch die Beschreibung einer Stufenfolge von Daten über Informationen zu Wissen⁸⁸:

- (a) Daten sind Angaben, die aus Beobachtungen, Statistiken, Messungen u.ä. gewonnen werden. Sie sind Quellen potenzieller Information.
- (b) Informationen werden durch die Interpretation der Daten durch den Benutzer gebildet.
- (c) Wissen setzt eine weitere Verarbeitung und Verfestigung der Information voraus⁸⁹.

Eine genaue und abschliessende Begriffsbestimmung ist auch im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich. Um den Gegenstand doch etwas genauer einzukreisen, zumindest eine Bemerkung: Ausgangspunkt der Arbeit ist die durch das Aktienrecht gebildete Informationsordnung der Gesellschaft. Die „Information“ über die diese Arbeit handelt, ist die Art von Informationen, die *Gegenstand der aktienrechtlichen Informationsrechte und -pflichten* sein können. Um diese genauer zu umschreiben, wurde auf die Betriebswirtschaftslehre und dem dort verwendeten Begriff der *Führungsinformation* zurückgegriffen⁹⁰.

Der Begriff „Information“ kann die Bedeutung aufweisen⁹¹

- (a) des Prozesses (im Sinne der *Informierung*), also die Handlungen, mit denen man sich informiert oder andere informiert („l’information“);
- (b) des Resultats dieses Prozesses (im Sinne der Informiertheit);
- (c) des Objekts des Informationsprozesses („les informations“)⁹².

⁸⁷ Berthel, 1992, 873, mit Verweis auf Waldemar Wittmann.

⁸⁸ Struckmeier, 1996, 8

⁸⁹ Eine ausführliche Beschreibung des Wissens findet sich bei Scheuble, 1998, 21, der von Platons philosophischen Wissensverständnis („Wissen ist wahre erklärte Vorstellung“) ausgeht und zum Zwecke einer Arbeitsdefinition *Wahrheit* mit *Nützlichkeit* ersetzt.

⁹⁰ vgl. S. 4

⁹¹ Druey, 1995a, 26; Lesca/Lesca, 1995, 30

Die *Semiotik* beschäftigt sich u.a. mit der Funktionsweise von Kommunikationsvorgängen. Sie unterscheidet drei Ebenen einer Kommunikation:

- die Syntaktik als die Analyse von Zeichen und der Beziehung zwischen den Zeichen
- die Semantik als die Analyse der Beziehungen zwischen den Zeichen und ihrer Bedeutung
- die Pragmatik als die Analyse der Wirkungen, die eine übertragene Nachricht beim Empfänger auslösen soll bzw. tatsächlich auslöst.

Weiter unterscheidet die *Sprachpsychologie* zwischen der denotativen und der konnotativen Bedeutung von Sprachsymbolen. Die denotative Bedeutung drückt die Beziehung zwischen einem Zeichen und einem Objekt der Realität aus („Hund“ als bestimmte Säugetierart), die konnotative Bedeutung umfasst alle gefühlsmässigen und wertenden Assoziationen und Interpretationen, die mit dem Zeichen verbunden sind (der Hundezüchter hat eine andere Beziehung zum Objekt „Hund“ als derjenige, der von einem Hund gebissen wurde, Druey, 1995a, 7ff.; Picot/Reichwald/Wigand, 1996, 67ff.). Für die Kommunikation in der Unternehmung heisst das, dass je nach Kommunikationsvorgang sich die Kommunikation nicht auf eine korrekte denotative Bedeutung beschränken kann, sondern sich auch um die richtige konnotative Bedeutung sorgen muss, damit die Information ihren Zweck erreichen kann.

„Kommunikation“ wiederum wird verstanden als der *interaktive* Austausch, bei dem jeder mal Empfänger, mal Sender ist. Das heisst, Kommunikation enthält auch den Feedback auf mitgeteilte Informationen⁹³.

1.5.2 Informationspathologien

Informationen sind immer mit einer gewissen Ambivalenz verbunden: Gemeinhin wird Information mit positiven Wertbegriffen assoziiert⁹⁴. Jedoch ist Information mit erheblichen Unsicherheiten behaftet bzw. kann einen ausgesprochen negativen Charakter haben. Zu bedenken ist, dass

- Information in manipulatorischer Absicht gegeben werden kann⁹⁵;
- Information unvollständig, einseitig oder unter Zeitdruck formuliert sein kann
- bei der Übermittlung unzählige Fehlerquellen bestehen⁹⁶;
- Information in bestimmten Situationen schädlich wirken kann. Z.B. entsteht bei Vorhandensein von zu viel Information Konfusion, die ebenso schädlich ist, wie der Mangel an Information;
- Information verstanden, verarbeitet und bewertet werden muss, bevor sie ihren Zweck erfüllen kann⁹⁷.

Eine genügende Informationsversorgung in der Organisation ist nur möglich, wenn die möglichen Fehlfunktionen der Kommunikationsprozesse ausgeschaltet werden. Für diese Fehlfunktionen wird im Anschluss an Wilensky⁹⁸ der Ausdruck „Informationspathologien“ verwendet. Generell handelt es sich um vermeidbare Fehler, das heisst, es geht um produzierbare Informationen, die nicht produziert werden, um beschaffbare Informationen, die nicht beschafft werden, um vorhandene Informationen, die nicht oder verzerrt übermittelt werden und um übermittelte Informationen, die falsch verstanden oder nicht verwendet werden.

Da in dieser Arbeit die Auffassung vertreten wird, die Tochter habe Anspruch auf Informationen von bestimmter Qualität, lohnt es sich, die möglichen Ursachen ungenügender Qualität bzw. Fehlerquellen in Kommunikationsprozessen darzustellen. Dar-

⁹² Druey, 1995a, 26ff.

⁹³ Die begrifflichen Unterschiede sind Grundlage für die verschiedenen Formulierungen des *Informationsparadoxes*: „Zu viel Information und zu wenig Kommunikation“, bzw. „Zu viel Kommunikation und zu wenig Information“.

⁹⁴ Druey, 1995a, 47ff.

⁹⁵ Insbesondere das Weglassen von Information kann deren Wahrheitsgehalt durch Verkürzung der Realität stark reduzieren, vgl. Druey, 1999, 10.

⁹⁶ Wilensky, 1967, 41 (Übersetzung nach Scholl, 1992, 902): „Die Information ist oft nicht richtig, nicht klar, nicht rechtzeitig oder nicht relevant. Aber selbst wenn sie das alles ist, kann sie falsch zusammengefasst, verzerrt oder auf dem Weg zwischen Sender und Empfänger blockiert werden. Und wenn sie ankommt und in Handlungen umgesetzt werden könnte, wird sie vielleicht vom Empfänger gar nicht mehr beachtet, weil sie nicht zu seinen vorgefassten Meinungen passt, weil sie in irrelevantes Material eingebettet ist, weil der andere nicht glaubwürdig erscheint oder einfach weil er selbst überlastet ist.“

⁹⁷ Der Informierte wird immer Zweifel haben, ob ihm dies gelungen ist. Denkbar sind auch Fälle, wo er gar nicht in der Lage ist, die erhaltene Information zu verstehen.

⁹⁸ Wilensky, 1967, passim; vgl. Lesca/Lesca, 1995, 71ff.; Scholl, 1992

aus können Rückschlüsse gezogen werden, wie die Informationsvorgänge gestaltet werden sollen, damit eine wirksame Kommunikation stattfinden kann bzw. die Information in der vorausgesetzten Qualität fliesst. Jede Partei, die an der Kommunikation beteiligt ist, hat die in seinem Bereich fallenden Informationspathologien so gut wie möglich zu beseitigen. Wo eine Rechtspflicht zur Informierung oder zur Informationsnachfrage bzw. Informationsaufnahme besteht, ist die Beseitigung der *Informationspathologien* von der Rechtspflicht mit umfasst. Je nach der in einem bestimmten Fall erkannten Informationspathologie kann es an einem, an beiden oder an keinem der beiden Kommunikationspartner liegen, diese zu beseitigen – je nachdem ob sie in der Sphäre eines Partners anzusiedeln ist.

Scholl⁹⁹ teilt die Informationspathologien danach ein, ob sie aktorbezogen¹⁰⁰, interaktions-¹⁰¹ oder wissensbezogen¹⁰² sind.

⁹⁹ Scholl, 1992, 903ff.

¹⁰⁰ Aktorbezogene Informationspathologien sind:

- Unzureichende Grundkenntnisse des Empfängers
Der Aufbau von validem Wissen erfolgt durch die Assimilation neuer Aspekte an vorhandenes Wissen und Akkomodation des vorhandenen Wissens an neue, aufgrund mangelnder Passung nicht assimilierbare Aspekte. Deshalb kann umso weniger valides Wissen produziert werden, je mehr Grundkenntnisse fehlen, auf denen Assimilation und Akkomodation aufbauen könnten.
- Betriebsblindheit, eingeschränkter Erfahrungsbereich
- Mangelnde Informationsnachfrage
Gemäss den Prinzipien der Assimilation und Akkomodation kann nur derjenige ausreichend Informationen nachfragen, der bereits viel weiss.
- Informationsüberlastung
Der Mensch hat eine beschränkte Kapazität für die Verarbeitung von Informationen, weshalb die Informationen gebündelt werden müssen. Sie dürfen nicht als Wust daherkommen, sondern es müssen Muster und Hierarchien erkennbar sein (die Reichhaltigkeit von Wissensstrukturen wird als kognitive oder integrative Komplexität bezeichnet).
- Selbstkonzept-bedingte Verzerrungen
Das Wissen jeder Person ist zugunsten seines Selbstkonzeptes verzerrt. Wegen der Verknüpfung von Umwelt- und Selbsterfahrung wird Neues umso leichter wahr- und aufgenommen, je mehr es zum (kognitiven) Selbstbild passt und je positiver es für das affektive Selbstwertgefühl ausfällt.
- Mehr vom Falschen
Jede Person möchte die Erkenntnis vermeiden, dass er sich geirrt hat. Deshalb sucht er nach rechtfertigenden Informationen und verstärkt den eingeschlagenen Kurs trotz Anzeichen, dass etwas schief läuft.

¹⁰¹ Interaktionsbezogene Informationspathologien sind:

- Eingeschränkter Meinungs austausch
Wegen der aktorbezogenen Pathologien ergeben sich durch den Erfahrungsaustausch bzw. die Kommunikation mit anderen Aktoren enorme Wissenszuwächse, da Lücken erkannt, Einseitigkeiten ausgeglichen, neue Ideen angeregt sowie unzulässige Verallgemeinerungen korrigiert werden. Deshalb entstehen Informationspathologien, wenn der Meinungs austausch nur unter Gleichgesinnten stattfindet, Harmoniebedürfnis („group think“) dazu führt, dass keine Kontroversen ausgetragen werden oder Spezialisten einander nur Unverständnis entgegenbringen können, da ihre beruflichen Denkkategorien unterschiedliche Bereiche abdecken, wenig zueinander passen und partiell interessengefärbt sind.
- Macht- und hierarchiebedingte Verzerrungen
Informationspathologien entstehen, wenn zur Ausübung von Macht Informationen zurückgehalten oder verfälscht werden.
- Bürokratiebedingte Verzerrungen
Ein rigider Aufgabenzuschnitt unterbindet das Mitdenken der involvierten Aktoren bei aufgabenübergreifenden Problemen.

¹⁰² Wissensbezogene Informationspathologien sind schliesslich:

*Lesca und Lesca*¹⁰³ fassen die Informationspathologien leicht anders. Informationspathologien bezogen auf die Information als Produkt sind:

1. fehlende Nützlichkeit, Informationsüberlastung
2. fehlende Eindeutigkeit, Informationskonfusion
3. fehlende Vollständigkeit, Informationsanämie
4. fehlende Kohärenz
5. fehlende Benutzerfreundlichkeit, untaugliche Darstellung.

Bezogen auf den Informationsfluss bzw. die Information als Prozess:

1. fehlende Verlässlichkeit
2. fehlender Zugang zur Information, Gedächtnisverlust der Unternehmung
3. fehlende Übertragungssicherheit, Informationsdistorsionen
4. fehlendes Feedback
5. verstopfte Kommunikationskanäle, Informationsinfarkt.

Wegen dieser Vielzahl von möglichen Pathologien des Informationsprozesses wird intensiv nach Möglichkeiten gesucht, *die Anforderungen an die richtige Information* zu beschreiben. Diese Anforderungen werden in dieser Arbeit zusammengefasst als die Qualität der Information. Qualitativ genügende Information und damit die Erfüllung von Informationspflichten setzt erfolgreiche Kommunikationsprozesse voraus, weshalb im Folgenden beide Aspekte dargestellt werden.

1.5.3 Die Qualität der Information

Wenn das Recht Informationspflichten normiert, kann es nicht einfach dem Belieben des Informationsschuldners oder –gläubigers überlassen werden, welchen Umfang, welche Tiefe und Dichte die gelieferte Information haben soll. Die Information muss eine bestimmte Qualität haben, damit sie ihren Zweck erfüllen kann. Welche Qualität geschuldet ist, muss mittels einer Interpretation der betreffenden Informationsnorm oder einer Analyse des betreffenden individuellen Rechtsverhältnisses bestimmt werden¹⁰⁴. Die im Einzelfall geschuldete Qualität der Information kann sich aus einer

-
- Kognitive Fehler
Das eigene Wissen wird als die Realität betrachtet, keine Toleranz für anderes Wissen.
 - Überbetonung von Fakten
Für valides Wissen braucht es nicht nur Fakten, sondern auch Interpretationen. Informationen müssen dem Empfänger die Möglichkeit geben, solche Interpretationen herzustellen. Die Bedeutung von Fakten ändert sich mit dem jeweiligen Kontext, so dass sorgfältige und auch kontroverse Interpretationen notwendig sind, um einen Sachverhalt richtig zu erfassen.
 - Erfahrung und Erkenntnis
Die einseitige Betonung der Erfahrung (Praxis) oder der Erkenntnis (Theorie) hindert die Bildung von validem Wissen. In gelungenen Reaktionen sind aber symbolisch explizierbares Wissen („knowing that“) und implizite Erfahrung (prozedurales Wissen, „knowing how“) enthalten.

¹⁰³ Lesca/Lesca, 1995, 71ff.

¹⁰⁴ Die Qualität der Information betrifft den Inhalt der Information und damit – in den Begriffen der Semiotik – die semantischen und pragmatischen Aspekte der Information. Informationsansprüche haben neben dem inhaltlichen Aspekt auch einen strukturellen Aspekt, der die Frage betrifft, wie der Anspruch auf Information rechtlich begründet wird. Die Bedeutung der Unter-

oder einer Kombination der verschiedenen Quellen ergeben, die die Informationsqualität normieren¹⁰⁵.

Wie wird die Qualität von Informationen bestimmt? Übereinstimmend wird der Begriff der Informationsqualität als offen und vielfältig charakterisiert: „In der einschlägigen Literatur wird ein schemenhafter, mehrdimensionaler und vielgestaltiger Qualitätsbegriff skizziert“¹⁰⁶. Die Formulierung von Qualitätsregeln erweise sich als schwierig, weshalb generalklauselartige Umschreibungen vorgenommen werden müssten¹⁰⁷. Die Frage wird je nach Blickwinkel unterschiedlich beantwortet und die entwickelten Konzepte weisen – trotz grosser Gemeinsamkeit in den grundsätzlichen Ansätzen – folglich auch unterschiedliche Schwerpunkte auf. Da in dieser Arbeit vorgeschlagen wird, bei der Rechtsanwendung die Resultate der betriebswirtschaftlichen Forschung heranzuziehen, sollen zuerst auch die Qualitätskonzepte dargestellt werden, die die Betriebswirtschaftslehre entwickelt hat. Darauf folgen informationstheoretisch und rechtlich geprägte Ansätze¹⁰⁸.

scheidung der strukturellen und der inhaltlichen Aspekte von Informationsansprüchen zeigt sich darin, dass Qualitätsprobleme auch dort auftreten, wo der Informationsanspruch an sich anerkannt ist. Vgl. dazu, Gasser, 2000, 379ff.

Ist im Zusammenhang mit Informationsansprüchen von Informationsqualität die Rede, so muss zuerst analysiert werden, welches die Struktur des Anspruchs ist (d.h., welcher Informationskanal muss aufgrund welcher Rechtsnormen geöffnet und offengehalten werden?), dann erst, welche Qualität der Anspruch umfasst. Aus dem Begriff der Informationsqualität können keine Forderungen struktureller Art abgeleitet werden, nur inhaltlicher Art.

¹⁰⁵ Gasser, 2002a, 749ff., identifiziert als Normquellen der Informationsqualität

- Gesetz: bestimmte Qualitätskriterien können gesetzliche Tatbestandselemente sein. Dort, wo Qualitätsanforderungen nicht ausdrücklich stipuliert sind, ist davon auszugehen, dass dem Gesetzgeber informationelle Qualitätsminima implizit unterstellt sind, so etwas bei den gesetzlichen Auskunft- und Rechenschaftspflichten.
- Vertrag: bei Informationsleistungsverträgen können die Anforderungen an die Qualität der Information Hauptleistungspflicht, Nebenleistungspflicht oder Nebenpflicht des Vertrags sein.
- Standards: zu denken ist insbesondere an Regelwerke, die von privaten Institutionen erlassen werden und dann oft (z.B. im Rahmen der Selbstregulierung einer Branche) den Charakter von „Soft Law“ erhalten, wie etwa die verschiedenen Rechnungslegungsstandards.
- Kommunikation/Interaktion: in einer Beziehung werden ständig neue Erwartungen an die Kommunikation und die Qualität der ausgetauschten Informationen gebildet. Diese Erwartungen können, sofern berechtigt, durch den Vertrauensschutz rechtliche Bedeutung bekommen.

¹⁰⁶ Gasser, 2000, 384

¹⁰⁷ Weber, 1999, 68, mit weiteren Hinweisen

¹⁰⁸ Bei allen Ansätzen zur Bestimmung der Informationsqualität besteht das Problem, dass die Bewertung der Information voraussetzt, dass die zu bewertende Information bereits bekannt sein muss. Die Bewertung kann nur ex post erfolgen. Dies ist in jenen Situationen ein Problem, wo es darum geht, ob die Information überhaupt beschafft bzw. erworben werden soll – mit den entsprechenden Kosten. Man muss die Information erwerben und die Kosten auf sich nehmen, obwohl gar nicht klar ist, ob der Informationsbedarf damit (vollständig) gedeckt werden kann. Umgekehrt muss man sie nicht mehr erwerben, wenn man sie bereits zur Kenntnis genommen hat. Etwas anderes gilt nur für z.B. patent- oder urheberrechtlich geschützte Information, denn dort kann man die Information aufnehmen und bewerten, darf sie aber nicht verwenden, solange man sie nicht erworben hat. vgl. Picot/Reichwald/Wigand, 1996, 109

1.5.3.1 Informationsqualität aus betriebswirtschaftlicher Sicht

Spezifisch ist an den betriebswirtschaftlichen Konzepten, dass diese die optimale Aufbereitung der Information zum Zwecke des möglichst effizienten Einsatzes betonen, d.h., der Aspekt des Nutzens steht im Vordergrund¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Königer/Reithmayer, 1998, 164ff, fassen ihr Konzept der Informationsqualität auf folgende Weise zusammen:

1. Ideal
 - adaptives Verhalten einer Informationsform: Anpassung je nach Anforderungen
 - die Informationseinheit kennt das Interessenprofil des Empfängers, kann es auswerten und sich dann entsprechend angepasst präsentieren
2. Nutzerspezifische Anforderungen
 - Informationstiefe
 - nutzerorientierte Gliederung
3. Allgemeingültige Qualitätskriterien
 - Autoren-, Quellenangabe
 - Erstellungs- und Aktualisierungsdatum
4. Bestimmung der Kriterien
 - Gesetze (z.B. vorgeschriebenes Impressum, Nennung des Autors)
 - gesellschaftliche Konvention (netiquette)
5. Wiederverwendbarkeit
 - Informationstiefe
 - Stil
 - Form
 - Auffindbarkeit
 - Generalisierbarkeit
6. Qualitätssicherungsmassnahmen
 - Rückkoppelungspfade, z.B. durch Einsatz von feed-back-Knöpfen
7. Form
 - Form-Inhalt Konsistenz („form follows function“)
 - corporate identity ist eingehalten
 - Verwendung eines der Information angemessenen Mediums und Formates
8. Inhalt
 - zielgruppengerecht (bezüglich Auswahl und Informationstiefe)
 - Vollständigkeit innerhalb Kontext
 - inhaltliche Konsistenz
 - selbständig verwendbar/wiederverwendbar
 - Gliederung/Strukturierungsinformation enthalten
9. Mehr Qualität = weniger Informationsobjekte
 - Reduktion von externen Informationen durch bessere Auswahl und Filterung
 - Qualitätskriterien werden allen internen und externen Informationsproduzenten vorgegeben
 - Checkliste zur Qualität von Informationsobjekten
10. Kategorien und deren Dimensionen
 - innere Qualität: Genauigkeit, Objektivität, Vertrauenswürdigkeit
 - Zugangsqualität: Zugänglichkeit, Sicherheit
 - kontextuelle Qualität: Bedeutung, Mehrwert, Zeitgerechtigkeit, Vollständigkeit, Informationsgehalt
 - Darstellungsqualität: Interpretierbarkeit, Verstehbarkeit, Knappheit, Durchgängigkeit
 - Qualität der Metainformation: Existenz, Angemessenheit
 - Qualität der Strukturierung: Existenz, Angemessenheit, Nachvollziehbarkeit
11. Metainformationen
 - deutliche Trennung Metainformation/Inhalt
 - Zweck und Ziel der Information explizit notiert

Einen anderen Ansatz zur Beschreibung der verschiedenen Elemente der Informationsqualität beschreiben *Eppler/Wittig*¹¹⁰: In einer Metastudie analysieren sie sieben ausgewählte Konzepte (aus der Betriebswirtschaftslehre und der Informatik) für die Erfassung der Informationsqualität. Nach einem Vergleich der jeweils verwendeten Kriterien kommen sie zum Schluss, dass diese sich so ähnlich sind, dass von allgemein gültigen Kriterien gesprochen werden kann.

Als *Definitionen* der Informationsqualität werden in den untersuchten Studien verwendet:

- Information, die für den Gebrauch durch den Informationskonsumenten geeignet ist;
- Information, die die Erwartungen des Informationskonsumenten erfüllt oder übertrifft;
- Information, die für den Informationskonsumenten von hohem Wert ist;
- Mass, wie viel an Inhalt, Form und Zeitcharakteristika die Information haben muss, um für den Informationskonsumenten von Wert zu sein;
- Differenz zwischen der für ein bestimmtes Ziel notwendigen Information und der erhaltenen Information, wobei gilt, dass die Informationsqualität umso höher ist, je kleiner die Differenz ist;
- Information, die die funktionalen, technischen und ästhetischen Anforderungen der Informationsproduzenten, -administratoren, -konsumenten und -experten erfüllt.

Alle Studien¹¹¹ beschreiben die Informationsqualität als aus verschiedenen *Elementen* zusammengesetzt. Als Hauptelemente werden folgende Elemente gesehen (wobei gleichzeitig betont wird, dass ein Trade-off zwischen den einzelnen Elementen besteht):

- Sicherheit des Informationssystems
- Zugänglichkeit der Information

-
- Wertigkeit und Dringlichkeit ausgewiesen
 - Owner der Information ist ausgewiesen
 - Quellen der Information offengelegt
 - Umfangangaben: Menge und Tiefe der Information
 - Zeitdaten: Aktualität und Lebensdauer ausgewiesen
 - Sicherheits- und Archivierungsangaben
 - Zuordnung zu Informationsprofilen

¹¹⁰ Eppler/Wittig, 2000, 1ff.

¹¹¹ Aus der Sicht dieser Autoren sind die untersuchten Konzepte alle mit verschiedenen Problemen und Mängeln behaftet:

- die meisten Konzepte sind nicht generisch angelegt, sondern spezifisch für den bestimmten Kontext;
- die Konzepte setzen sich nicht mit den Trade-offs auseinander – im konkreten Fall bieten sie deshalb keine Hilfeleistung beim Entscheid;
- sie enthalten oft weder Problemkategorien noch spezifische Indikatoren für die Bestimmung der Informationsqualität;
- sie enthalten keine konkreten Tools, um das Konzept in die Praxis umzusetzen;
- sie verfügen über keine solide Verankerung in der bestehenden Literatur und den praktischen Anwendungen.

- Aktualität
- Akkuratess/Präzision
- Verlässlichkeit
- Rechtzeitigkeit
- richtige Informationsmenge
- Verständlichkeit der Information
- Konzisheit
- Relevanz
- Umfang
- Konsistenz (d.h., Darstellung und Inhalt der Information sind systematisch und widerspruchsfrei)
- Vollständigkeit (d.h., die Information gibt die Realität mit allen geforderten deskriptiven Elementen wieder).

1.5.3.2 Informationsqualität im Informationsrecht

Die Literatur des Informationsrechts betont, dass die Qualität der Information verschiedene Dimensionen aufweist, die zueinander interdependent sind, sich gegenseitig relativieren und inkommensurabel sind¹¹², nämlich:

- Richtigkeit
- Vollständigkeit, d.h., die Information enthält alle zu einem Thema gehörenden Elemente in einem ausreichenden Detaillierungsgrad
- Sicherheit, im Sinne der Verlässlichkeit der Informationsquelle
- Klarheit
- Schlüssigkeit, d.h., sie ist als Grundlage für weitere Entscheide tauglich
- Aufnehmbarkeit
- Nützlichkeit, insb. Zeitgerechtigkeit.

Da keine Hierarchie der Elemente besteht, kann im konkreten Fall keine von Anfang an zutreffende Aussage über die geschuldete Informationsqualität gemacht werden. Das Recht kann nicht materielle Qualitätsvorgaben für die Information aufstellen. Solche sind nicht operabel¹¹³. Die Lösung wird in einer Prozeduralisierung gesehen¹¹⁴. Daraus ist zu folgern, dass weder der Vorgang der Information noch die Bestimmung der geschuldeten Informationsqualität in einem einzigen, abschliessenden Akt erfolgen können sondern notwendigerweise ein Diskurs darüber stattfinden muss. Zu denken ist an die Schaffung von Informationskanälen im Sinne von kom-

¹¹² Druey, 1995a, 243ff.; Gasser, 2000, 379ff.; Gasser, 2002a, 742ff.; Weber, 1999, 41 (spricht von „Vektoren“ der Informationsqualität); Zulauf, 2000, 61ff.

¹¹³ Druey, 1995a, 171

¹¹⁴ Druey, 1995a, 171ff., 250; Gasser, 1999, 122ff.

Ist im Informationsrecht von Prozeduralisierung die Rede, so müssen zwei Aspekte auseinandergelassen werden:

- Prozeduralisierung des Informationsrechts bedeutet, dass das Recht informationelle Konflikte nicht inhaltlich entscheidet, sondern Prozeduren zur Lösung durch die Parteien selbst zur Verfügung stellt;
- Prozeduralisierung mittels Informationsrechts bedeutet, dass Informationsrechte und -pflichten gezielt eingesetzt werden, um andere Prozeduren in Gang zu setzen, etwa Leitungs- und Kontrollvorgänge.

munizierenden Röhren, sodass ein Dialog möglich wird, in dem der Informationsschuldner zuerst den Informationsbedarf des Gläubigers auslotet, dann ein erstes Mal informiert und schliesslich auf entsprechendes Nachfragen hin noch einmal informiert. Ein solcher Kommunikationsprozess ist ein eigentliches Hin und Her über mehrere Runden, in dem durch beide Parteien teils spontan, teils reaktiv informiert wird.

Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Möglichkeiten der rechtlichen Erfassung der Informationsqualität unternimmt Gasser¹¹⁵. Er schlägt vor, die Informationsqualität rezipienten- und kontextabhängig zu konzeptualisieren, d.h., zu individualisieren. Deshalb müsse das Urteil über die Qualität der Information zwingend beim Empfänger verbleiben, jedoch müsse aus juristischer Sicht geprüft werden, inwiefern solche mehrheitlich rezipientenorientierten Kriterien objektiviert beurteilt werden könnten.

1.5.3.3 Rechtspflicht zur Abklärung der geschuldeten Informationsqualität

Im Privatrecht werden gegenseitige Informationspflichten von Parteien meist aus dem besonderen Verhältnis, das die Parteien durch eine Interaktion bzw. durch einen gegenseitigen Kontakt begründen, hergeleitet. Aus diesem Kontakt wird auf eine Rechtspflicht des Informationsschuldners geschlossen, die spezifischen Qualitätsbedürfnisse des Empfängers auszuloten und zu erfüllen. Insbesondere bei Vorliegen besonderer Beziehungsnähe (z.B. bei einem Auftragsverhältnis) verlangt die Sorgfalts- und Treuepflicht die Abklärung und Erfüllung des *individuellen* Informationsbedarfs und damit auch der informationellen *Qualitätsvorstellungen*¹¹⁶.

Anders ausgedrückt und als allgemeine Aussage gefasst heisst das, dass eine Informationspflicht nur dann erfüllt wird, wenn die Informationsqualität den in der konkreten Situation formulierten Anforderungen gerecht wird.

¹¹⁵ Gasser, 2000, insb. 391ff.

¹¹⁶ Gasser, 2000, 401

Im Rahmen eines Rechtsverhältnisses oder einer von Treu und Glauben beherrschten Sonderverbindung (vgl. dazu hinten S. 154ff.) sind die Parteien zur gegenseitigen Aufklärung verpflichtet (Abegglen, 1995, passim, stellt diese Aufklärungspflichten und deren dogmatischen Grundlagen ausführlich dar.). Besteht eine besondere Beziehungsnähe, etwa bei Auftragsverhältnissen, so gehen die gegenseitigen Informationspflichten tendenziell besonders weit. Hier muss der gegenseitige individuelle Informationsbedarf der Parteien abgeklärt und erfüllt werden. Informationspflichten können bereits auf einer tieferen Schwelle als dem vertraglichen Zusammenhang entstehen, nämlich aus dem Kontakt, der Interaktion: Die Aufklärungspflichten des Privatrechts beruhen letztlich darauf, dass die Parteien durch den Kontakt ein besonderes Verhältnis eingehen, das einschlägige Informationspflichten konstituiert. Druey, 1995a, 158, bezeichnet dies als den "Kodex des Gesprächs"; konkrete Rechtspflichten sind im Gebot des Handelns nach Treu und Glauben verankert, vgl. Druey, 1995a, 315ff; Gasser, 2000, 401. Zwischen Mutter und Tochter eines Konzerns besteht, wie nachfolgend gezeigt wird (S. 154ff.), eine Sonderverbindung (eigener Art), die für sich allein schon die Grundlage für gegenseitige Informationspflichten bildet. Es handelt sich um „interaktionsgeborene Normen mit rechtlicher Relevanz“ (Gasser, 2000, 392, FN 61).

These:

Jeder Informationsanspruch geht auf *Information von bestimmter und genügender Qualität*.

Wie kann nun bestimmt werden, welche Informationsqualität geschuldet ist, wenn einmal feststeht, dass ein Informationsanspruch besteht? Die geschuldete Qualität kann sich in der konkreten Kommunikationssituation aus verschiedenen Gründen ergeben:

- Wo es sich um einen gesetzlich umschriebenen Informationsanspruch handelt, muss die Bestimmung der geforderten Qualität der Information aus der Gesetzesnorm heraus erfolgen (Interpretation). Hier wird die Qualität eher objektivierend beschrieben.
- Wo sich der Informationsanspruch aufgrund eines besonderen (individuellen) Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien ergibt¹¹⁷, muss die geforderte Qualität aufgrund des konkreten Kontextes, d.h., mit Bezug zum individuellen Informationsgläubiger und zur konkreten Situation bestimmt werden. Dies ergibt sich schon daraus, dass die oben dargestellten Merkmale der Qualität in hohem Masse subjektiv geprägt sind. Dies führt zu einer stärker subjektivierenden Auslegung.
- Je nach Empfänger einer Information richten sich unterschiedliche Qualitätsanforderungen an diese. Richtet sich die Information an eine Vielzahl von Empfängern, was etwa bei einem Massenmedium der Fall ist, muss – zumindest in einem ersten Schritt¹¹⁸ – von den rezipientenbezogenen Qualitätsmerkmalen abstrahiert werden und auf die für die Massenkommunikation entwickelten Qualitätsregeln abgestellt werden. Vorgeschlagen wird in diesem Zusammenhang, generelle Qualitätsanforderungen an die Information so zu formulieren, dass das betreffende Informationsmedium (z.B. Zeitung) als eine bestimmte Gattung von Information betrachtet wird und die an diese zu stellenden Qualitätsanforderungen aus der Verkehrsanschauung gewonnen werden¹¹⁹. Möglich, wenn methodisch auch umstritten, ist ferner, auf die von der Rechtsprechung verwendete Figur des Durchschnittsrezipienten und dessen Qualitätserwartungen abzustellen¹²⁰.

Zu beachten ist, dass ein individuelles Rechtsverhältnis, welches die Abklärung und Erfüllung des individuellen Informationsbedarfs nach sich zieht, auch dann bestehen kann, wenn das Rechtsverhältnis und der Informationsanspruch rechtlich normiert sind. Es kann nicht generell gesagt werden, dass sich im Falle eines rechtlich normierten Informationsanspruchs die Anforderungen an die Informationsqualität ausschliesslich aus der Interpretation der betreffenden Norm ergeben und die konkreten Umstände nicht mehr berücksichtigt werden müssten. Das Auftragsverhältnis ist zwar gesetzlich geregelt (inkl. der Informationspflichten), jedoch kann dieses im Einzelfall

¹¹⁷ Druey, 1983, 191ff.; Gasser, 2000, 400ff. Besteht zwischen den Parteien ein Vertrag, so kann die Lieferung der Information Bestandteil des Vertrages sein. Der Konsens der Parteien umfasst dann auch die geschuldete Informationsqualität.

¹¹⁸ Auch im Falle der Massenkommunikation ist nicht ausgeschlossen, dass in einer späteren Phase auf die individuellen Informationsbedürfnisse eingegangen wird.

¹¹⁹ Gasser, 2000, 402

¹²⁰ Gasser, 2000, 404

mehr oder weniger stark individuell geprägt sein. Folglich ist auch die daraus resultierende Informationsbeziehung deutlich individueller als etwa in der Massenkommunikation (Fernsehanstalt/Zuschauer). Dies ist dann zu beachten, wenn – wie etwa beim Auskunftsrecht des Aktionärs (Art. 697 Abs. 1 OR) – der Informationsanspruch inhaltlich umschrieben ist („Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft“). Welche Information in welcher Qualität geschuldet ist, muss der Verwaltungsrat auch aufgrund des (mutmasslichen) Bedürfnisses des Fragestellers bestimmen, keineswegs kann es genügen, wenn er einfach irgendeine Auskunft über die Gesellschaft erteilt, die zwar den Buchstaben des Gesetzes erfüllen würde, jedoch das Informationsbedürfnis nicht befriedigen würde. Bei den gesetzlichen Informationsansprüchen ist jedoch zu beachten, dass diese oft ein funktionales Element aufweisen. So dienen die Informationsrechte des Aktionärs der Ausübung der Aktionärsrechte. Daraus folgt, dass bei der Bestimmung des Informationsbedarfs des Aktionärs auf dessen Aktionärsrechte zurückgegriffen werden muss. An diesem Beispiel ist ersichtlich, dass verschiedene Gesichtspunkte bei der Bestimmung der geschuldeten Informationsqualität heranzuziehen sind, von denen keiner allein massgebend ist.

1.5.4 Verknüpfung und Kontext

Informationen entstehen aus der Verknüpfung von Daten¹²¹. Auch Informationen müssen wiederum mit anderen Informationen verknüpft werden, damit sie als Grundlage für komplexe Führungsentscheidungen dienen können. Oft fehlt nur ein kleines Mosaiksteinchen, das verhindert, dass das vollständige Bild sichtbar wird. Eine einzige, für sich bedeutungslose Information kann durch die Verknüpfung mit den vorhandenen Informationen der Schlüssel zur richtigen Erkenntnis sein.

Information ist in einen *Kontext* gestellt, der ihre Bedeutung bestimmt¹²². Aus der Sicht der Sprachwissenschaft ist der Kontext ein Konzept, das nicht in eine präzise technische Definition gefasst werden kann. Das Konzept beschreibt generell die Beziehung zwischen einem zentralen Ereignis („focal event“) und anderen Phänomenen, in die das zentrale Ereignis eingebettet ist. Der Kontext ist ein Rahmen, ein weiteres Aktionsfeld, der das Ereignis umgibt und dessen *richtige Interpretation* ermöglicht. In ähnlicher Weise unterscheidet die Kybernetik zwischen Organismus und Umwelt. „

Sprache und Information sind zwingend in einen Kontext eingebettet. Beide können nicht richtig verstanden, interpretiert oder beschrieben werden, wenn nicht der relevante Kontext (z.B. kulturelle Bedingungen, Kommunikationssituation, gemeinsamer Hintergrund von Sender und Empfänger) mit einbezogen wird¹²³. Der Empfänger verwendet die Kontextualisierung der Information (d.h., den relevanten Kontext aus-

¹²¹ Druey, 1999, 11

¹²² Druey, 1995a, 8

¹²³ Für das Recht steht die pragmatische Dimension der Information im Vordergrund – die pragmatische Bedeutung hängt wesentlich von der Verknüpfung mit dem Vorwissen und dem Kontext ab. Deshalb ist pragmatisch jede Information *unsicher*, weil der Bedarf an weiterer Information (Kontext, Verknüpfung) gegen unendlich tendiert: jede Zusatzinformation hilft ein besseres, vollkommeneres Verständnis der betreffenden Information zu erlangen. Darum muss die Nachfrage nach weiterer Information durch einen Entschluss über die Tolerierung der weiteren Unsicherheit unterbrochen werden (Druey, 1995a, 9).

findig machen und mit der Information in Verbindung bringen), um den informationellen Beitrag zu interpretieren. Und der Sender verwendet die Kontextualisierung durchgehend zur Formulierung dessen, was er kommunizieren will¹²⁴.

Hilfreich scheint es auch, drei verschiedene Ebenen des Kontextes¹²⁵ zu unterscheiden, um klarzustellen, auf welcher Ebene sich die Aussagen beziehen. Die verschiedenen Ebenen sind wie folgt zu unterscheiden:

- Sachlicher, äusserer Kontext
Es handelt um den äusseren Rahmen, die Umstände der Kommunikation.
- Persönlicher, innerer Kontext
Darunter sind das Vorverständnis und das Vorwissen der Kommunikationspartner zu verstehen. Zu beachten ist, dass dieser Kontext die Rezeption der Information beim Empfänger beeinflusst.
- Kontext des Kommunikationsaktes als solchem
Wenn Menschen kommunizieren, schaffen sie durch die Art, wie sie die Äusserung gestalten und welches Kommunikationsmittel sie wählen (Schriftlichkeit, Telefon, face-to-face Gespräch, Protokollierung), zugleich einen besonderen Kontext.

Aufgrund der Bedeutung des Kontextes für die Kommunikation müssen die Kommunikationspartner den Kontext mit seinen verschiedenen Ebenen (so weit möglich) mitberücksichtigen und sich falls nötig gegenseitig mit Kontextinformationen versorgen, damit die Kommunikation gelingt bzw. die Information ihren Zweck erfüllen kann.

These:

Ist eine Information rechtlich geschuldet, so gehört die Lieferung von geeigneter Kontextinformation zur richtigen Erfüllung ihrer Pflicht.

Wie dargestellt, kann eine bestimmte Information von ihrem Empfänger nicht richtig verstanden werden, wenn sie nicht im richtigen Kontext eingebettet wird. Die Lieferung der notwendigen Kontextinformationen zu einer Information ist deshalb notwendig, damit diese ihren Zweck erfüllen kann. Die richtige und genügende Kontextinformation ist deshalb ein Aspekt der geschuldeten *Informationsqualität*.

¹²⁴ Gasser, 2000, 384, weist darauf hin, dass auch die Informationsqualität kontextabhängig verstanden werden muss.

¹²⁵ Pantli/Kieser/Pribnow, 2000, 1195ff., sprechen einzelne Aspekte des Kontextes im Zusammenhang mit der Zeugenaussage an.

1.5.5 Grenzen des Informationsanspruchs

Die Volkswirtschaftslehre geht in ihrem Modell des „Homo oeconomicus“ davon aus, dass sich jeder Mensch als Akteur am Markt stets um vollständige Information über seine Umwelt bemüht. Dieses Modell geht an der Realität vorbei, da die menschliche Informationsverarbeitungskapazität beschränkt ist und der Mensch nicht alle verfügbaren und relevanten Informationen suchen, bewerten, aufnehmen und entscheidungsrelevant verarbeiten kann. Es gibt ein „zu viel“ an Information, und dann hat jede zusätzlich hinzukommende Information einen negativen Wert¹²⁶.

Im vorliegenden Kontext spielen die Verarbeitungsmöglichkeiten der Tochter keine überaus grosse Rolle, denn einerseits handelt es sich um Geschäftsführungsinformation, die den Kernbereich der Aufgaben des Verwaltungsrates betreffen, andererseits bestehen hervorragende technische Hilfsmittel, um die erhaltenen Informationen zu konzentrieren, zu visualisieren und richtig zu lagern (Managementinformationssysteme). Für die hier relevanten Informationen muss sich der Verwaltungsrat aufgrund seiner Sorgfaltspflicht genügende Verarbeitungskapazitäten schaffen, sprich: sich Zeit nehmen und die Kompetenz aneignen, allenfalls geeignete Personen beiziehen. Das Kernproblem liegt (wegen der Art und Bedeutung der Information) nicht bei der Verarbeitungskapazität der Tochter, sondern in der Identifizierung der Information und in der sachgerechten Aufbereitung durch die Mutter. Erfolgen diese richtig, d.h., werden wirklich nur die wenigen „kritischen“ Informationen, auf die es ankommt, weitergegeben, dann handelt es sich nicht um eine Informationsflut und es wird keine grosse Verarbeitungskapazität vorausgesetzt. Für Detailinformationen (v.a. für die quantitativen Daten jeder Art) kann ein geeignetes konzernweites Managementinformationssystem eingerichtet werden, das den gezielten Zugriff auf die benötigten Daten erlaubt zu jenem Zeitpunkt, wo sie gebraucht werden.

¹²⁶

Druey, 1995a, 68f.

1.6 Die Information in der Gesellschaft aus der Sicht der Rechtswissenschaft

1.6.1 Zusammenspiel von Betriebswirtschaftslehre und Recht

In der Betriebswirtschaftslehre¹²⁷ wird die Information der Entscheidungsträger in einem Führungsinformationssystem konzipiert. Die Bestimmung der Inhalte eines Führungsinformationssystems geschieht in zwei Schritten, nämlich der Festlegung der zu unterstützenden Führungsaufgaben und der Ermittlung des Informationsbedarfs für die determinierten Führungsaufgaben. Ausgangspunkt ist somit der Bedarf und in der Ausgestaltung des Führungsinformationssystems sind keine zwingenden normativen Vorgaben zu befolgen.

Dies ist nicht mehr der Fall, sobald man sich den Vorgaben des Rechts an das Informationssystem in einer Gesellschaft zuwendet. Das Aktienrecht¹²⁸ und weitere Gesetze sehen eine grösstenteils zwingende Informationsordnung für die Aktiengesellschaft vor. Sodann sind auch die Aufgaben der Gesellschaftsorgane im Gesetz definiert. Da sich die Informationsansprüche eines Organs nach den von ihm (nach Gesetz und Statuten) zu erfüllenden Aufgaben richten, ist durch die Organisation der Aktiengesellschaft auch der Inhalt der Informationsansprüche zu einem wesentlichen Teil vorbestimmt. Allerdings ist das gesetzliche Konzept der Informationsordnung ausgesprochen grob bzw. lückenhaft. Insbesondere die Frage, welche Informationen genau Gegenstand von Informationsansprüchen sind, ist meist nur summarisch beantwortet (z.B. durch die Verwendung auslegungsbedürftiger Begriffe wie „Angelegenheit der Gesellschaft“, Art. 697 Abs. 1 OR). Dies ist dadurch bedingt, dass der Gesetzgeber nicht in der Lage ist, Ausmass und Qualität der von den verschiedenen Anspruchsgruppen benötigten Information im Voraus zu bestimmen. Normen, die Informationsansprüche betreffen, müssen relativ offen formuliert sein, damit im konkreten Einzelfall bestimmt werden kann, welche Information geschuldet ist. Vorgesprochen wird, bei der Konkretisierung der gesetzlich vorgegebenen Informationsordnung der Aktiengesellschaft die Erkenntnisse der Betriebswirtschaftslehre einfließen zu lassen¹²⁹. Dies ist zumindest dort möglich und sogar notwendig, wo das Gesetz selbst keine (eindeutige) Lösung vorgibt.

¹²⁷ Grundsätzlich zum Verhältnis der Rechtswissenschaft und der Betriebswissenschaft: Mastroianni, 2002, 843ff., mit dem Postulat der *interdisziplinären Richtigkeit*.

¹²⁸ Diese Arbeit beschränkt sich auf das Aktienrecht.

¹²⁹ Informationsrechte in der Gesellschaft werden als *funktionsbezogen* aufgefasst, und es ist deshalb funktional zu bestimmen, was ihnen inhaltlich unterliegt (Wilde, 1998, 423). Dies heisst, dass kollektive Informationsrechte so weit reichen, als für eine angemessene Geschäftsleitungskontrolle und Kompetenzausübung erforderlich ist. Nach der Auffassung von Wilde ist bei den kollektiven Informationsrechten das Gesellschaftsinteresse massgebend sowohl für die Begründung des Rechts als auch für die Konturierung der Rechtsumfangs. Auch die individuellen Informationsrechte sind an die Mitgliedschaftsrechte zurückgekoppelt und beziehen sich nur auf Angelegenheiten der Gesellschaft, deren Kenntnis für die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte des Gesellschafters von Bedeutung ist. Sie stehen den Gesellschaftern nicht um ihrer selbst willen zu, sondern sind Hilfsrechte zur Wahrnehmung mitgliedschaftlicher Positionen.

Die gesetzlichen Vorgaben an die Organisation der Aktiengesellschaft und an ihr Informationssystem sind grundsätzlich auch im Konzern verbindlich¹³⁰. Es ist deshalb zu prüfen, welchen Einfluss die Tatsache der Konzernzugehörigkeit einer Gesellschaft auf ihre Informationsordnung hat und welche Folgerungen dies für die konkreten Informationsansprüche haben muss. Dadurch werden einige Umrisse der Informationsordnung im Konzern sichtbar.

1.6.2 Information als Ersatz für materielles Recht

Die Informationsordnung ist ein wesentlicher Teil der Organisation der Aktiengesellschaft – die Informationsordnung soll gewährleisten, dass das „Gebilde“ Aktiengesellschaft funktionieren kann. Die Information dient in der Aktiengesellschaft

- Der Leitung der Aktiengesellschaft (im Vordergrund steht hier die Information des Verwaltungsrates).
- Der Wahrung der Rechte der Aktionäre und Gläubiger, insb. auch dem Schutz der Minderheitenrechte.
- Hinter der Einräumung von Informationsrechten steht oft der Gedanke, dass die Information prozedurale Prozesse der Konfliktlösung auslösen kann und deshalb an die Stelle von materiellen Normen, die nicht erlassen werden können oder sollen, treten kann. Selbststeuerungsmechanismen sollten dann geprüft werden, wenn ein rechtspolitisches Anliegen befriedigt werden kann, wenn die zu schützende Person durch die Information in die Lage versetzt wird, zu handeln und auf eine Lösung des Konflikts hinzuarbeiten. In solchen Fällen ist ein Informationsgebot einer zwingenden materiellen Norm (Gebot, Verbot einer bestimmten Tätigkeit) vorzuziehen¹³¹.

Aus diesem Grund ist es in der Regel vorteilhaft, ein Informationsmodell vorzusehen, das die informationelle Basis der Entscheidung auf der schlechter informierten Seite stärkt (Informationsasymmetrien abbaut) und dabei den privatautonomen Entscheidungsspielraum im Inhaltlichen unangetastet lässt¹³².

¹³⁰ Dies schliesst eine im Rahmen der zulässigen Auslegung konzernspezifische Anwendung bestimmter Normen des Aktienrechts nicht aus.

¹³¹ Nach Grundmann, 2000, 66f. haben prozedurale Prozesse, die durch die Lieferung von Informationen ausgelöst werden, (aus wohlfahrtsökonomischer Sicht) gegenüber materiellen Normen folgende Vorteile:

- Der methodologische Individualismus als wohlfahrtsökonomischer Grundansatz verlangt den Schutz des Aushandlungsmechanismus vor staatlichen Eingriffen – die möglichen Lösungen sollen nicht durch Entscheidungen Dritter, insb. staatlicher Stellen, eingeengt werden.
- Informationsgebote lassen im Inhaltlichen eine freie Entscheidung zu und schränken so die Vielfalt der Gestaltungsmöglichkeiten nicht ein.
- Marktmechanismen und autonome Steuerung der Gesellschaft bleiben erhalten.

¹³² Um in dieser Hinsicht wirksame Informationsgebote zu statuieren, bedarf es der Schaffung von informationsrechtlichen Primärpflichten (diese sehen die Aufdeckung von Informationen vor) und von Informationssekundärpflichten (Regeln zur Bindung und Haftung, die das Ergebnis des Informationsprozesses absichern sollen). Die Sekundärpflichten teilen sich auf in Regeln, die den Informierenden direkt an seine Informationen binden (Vertrag kommt so zustande, wie die Konditionen erklärt wurden) und in Regeln, die eine Haftung für die Unrichtigkeit der abgegebenen Information vorsehen (Grundmann, 2000, 66f).

Voraussetzungen und Wirkungsweisen von Informationsnormen als (alternatives) Regulierungsinstrument wurden bereits erschöpfend untersucht¹³³, sodass an dieser Stelle einige kurze, grundlegende Hinweise genügen, um nachher die in der Mutter-Tochter Beziehung im Konzern möglichen Selbstregelungsmechanismen anzusprechen.

*Meier-Schatz*¹³⁴ unterscheidet zwei Grundkategorien der Regulierung mittels Informationsnormen:

1. Im einen Fall wirkt die Information vorwiegend auf der Seite des Informaten. Hier steht die Informationsfunktion im Vordergrund, regulationspolitischer Zweck ist die Verfügbarkeit der Information für den Informaten. Die Information hat auch eine Vertrauens- und Schutzfunktion, insbesondere, wenn ihr Zweck der Schutz einer Vertrauensbeziehung oder die Interessenwahrung des Informaten ist. Möglich ist aber auch eine Allokationsfunktion.
2. Im anderen Fall bestehen Rückkoppelungseffekte auf den Informanten. Hier ist die Kontrollfunktion wesentlich, die Überwachung des Informanten. Wenn die Information Druckmechanismen in Gang setzt, die auf den Informanten einwirken, hat sie eine Verhaltenssteuerungsfunktion und damit regulative Wirkungen.

In jüngerer Zeit wurde versucht, die korporative Stellung des Gesellschafters¹³⁵ zu verbessern, indem ihm mehr Information über die Gesellschaft zur Verfügung gestellt werden müssen. Auch die Verbesserung der Publizität im Aktienrecht von 1991 diene diesem Zweck. Zudem wird im Bereiche des Kapitalmarktrechts die Publizität über die börsenkotierten Gesellschaften stark ausgebaut, dies allerdings nicht nur mit dem Ziel, die Stellung des Aktionärs (Anlegers) zu verbessern, sondern auch um die Effizienz des Kapitalmarktes zu erhöhen und so eine bessere Allokation der finanziellen Ressourcen zu erreichen. Kernfragen dieser Publizitätsregulierung sind¹³⁶:

- Notwendigkeit staatlicher Intervention in den privaten Informationsproduktionsprozess – wieso vermag dieser nicht von allein eine genügende Publizität herzustellen? In der ökonomischen Theorie wurden verschiedene Theorien dazu entwickelt, ob der Markt in der Lage sein kann, genügende Informationen für die Aktionäre bereitzustellen.
- Als problematisch hat sich auch die Wirkungsweise einer hoheitlichen Regulierung herausgestellt. Es ist nicht selbstverständlich, dass die Publizitätsnormen ihren anvisierten Funktionen gerecht werden. Publizitätsnormen, die auf Aktionärsdemokratie gerichtet sind, können wegen der totalen Passivität und Indolenz der Aktionäre in modernen Grossgesellschaften ihren Zweck nicht erfüllen. Auch andere Konzepte der Unternehmenskon-

¹³³ Meier-Schatz, 1989

¹³⁴ Meier-Schatz, 1989, 107f.

¹³⁵ Auch der Verwaltungsrat verfügt sehr oft nicht über die notwendigen Informationen, um sein Amt mit der notwendigen Unabhängigkeit ausüben zu können, vgl. Meier-Schatz, 2002, 487ff. Diese Probleme stellen sich im Falle des Verwaltungsrats einer abhängigen Gesellschaft noch verschärft.

¹³⁶ Meier-Schatz, 1989, 155ff.

trolle durch den Markt beziehungsweise durch Marktprozesse müssten skeptisch beurteilt werden.

Welche Selbstregelungsmechanismen im Verhältnis Mutter-Tochter durch Informationspflichten in Gang gesetzt werden können, wurde vor allem von Amstutz¹³⁷ untersucht. Der Gedanke der Selbstregelung im Konzern wird in dieser Arbeit auf die Weise aufgenommen, als argumentiert wird, dass die abhängige Gesellschaft ein Integritätsinteresse habe und deshalb über Autonomie in der Geschäftsführung verfügen müsse. Die abhängige Gesellschaft ist ein vom Konzern zu unterscheidendes Interessen- und Entscheidungszentrum¹³⁸. Zu beachten ist, dass Information nicht nur Selbstregelungsprozesse in Gang setzt, sondern solchen auch selbst unterliegt: Dieses Phänomen wird unter dem Stichwort *prozedurales Informationsrecht untersucht*¹³⁹.

¹³⁷ Amstutz, 1993, 298ff. und passim; auch die betriebswirtschaftliche Literatur betont die grundlegende Bedeutung der Informationsflüsse für das Funktionieren des Netzwerks (supra S. 15ff.)

An dieser Stelle nur folgende Bemerkung: Verfügt der Verwaltungsrat der Tochter über genügende Information, hat er die Möglichkeit zur selbstverantwortlichen Geschäftsführung in der Tochter. Dies wird sehr schön durch das Modell Amstutz dargestellt, der dafür die Bezeichnung „Kontextsteuerung“ verwendet. Es braucht deshalb weder detaillierte Regeln des Gesetzes über die Geschäftsführung in der Tochter (informierte Organe der Tochter sorgen selbst für eine pflichtmässige und tochterinteressenkonforme Geschäftsführung). Dies bedeutet eigentlich nichts anderes, als dass die vom Aktienrecht vorgesehenen Selbststeuerungseffekte auch im Konzern spielen können, wenn die Informationsrechte und –pflichten richtig gefasst werden. Diese Auffassung liegt auch dem Konzept des Integritätsinteresses zu Grunde.

¹³⁸ Vgl. infra S. 76ff.

¹³⁹ Gasser, 1999, 122ff.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Feststellung, dass das Recht bei der Regulierung von Informationsflüssen an seine Grenzen stösst. Dies aus verschiedenen Gründen:

- Beschränkte Erfassbarkeit: Recht kann die Information nicht vollständig, unmittelbar und direkt erfassen. Es kann folglich nur eine partielle Informationsordnung errichten;
- Beschränkte Steuerbarkeit: Recht vermag die Information als Prozess der Sinn- und Bedeutungsgebung nicht von aussen zu steuern.
- Beschränkte Durchsetzbarkeit: Wegen der Geistigkeit der Information und der diffusen Kausalitäten stösst das Recht bei der Durchsetzung informatorischer Ansprüche an Grenzen.

Prozedurales Informationsrecht versucht aus diesen Gründen, statt auf substanziellen Wahrheiten aufzubauen, eher nach Formen des Umgangs mit Komplexitäten. Es geht davon aus, dass, wegen der Komplexität der informationellen Selektions- und Sinngebungsprozesse, den unsicheren Kausalitäten und der Wertungsproblematik, Information nicht direkt erfasst werden könne und Informationsrecht generell nicht als lineare Zweck-Mittel-Kette ausgestaltet werden könne, sondern prozeduraler Natur sein müsse. Die *Prozeduralisierung* erfolge durch Regeln, welche Einlassungs- und Verhandlungsgebote, Argumentationslasten, Schleusensysteme, Moderations- und Mitentscheidungsverfahren, Monitoring-Funktionen und Elementen der Verfahrensstufung. Diese Institutionen sollten die Selbstorganisation und Selbstregulierung der Akteure fördern. Beispielsweise müssten für das ärztliche Aufklärungsgespräch die Akteure durch die Regeln dazu angehalten werden, ihre Auffassungen über den Umfang und die Modalitäten des Gesprächs abzustimmen. Angesichts des komplexen Charakters des Konzerns als flexible Netzwerkorganisation erscheinen Selbstregulierungsansätze und prozedurale Lösungen als die Methoden der Wahl, um das Konzernphänomen rechtlich zu steuern. Die in dieser Arbeit untersuchten Informationsrechte im Konzern sind eine Voraussetzung für das Funktionieren der Selbstregelungsmechanismen.

1.6.3 Information und Zweck des Konzernrechts

Als klassisches Thema des Konzernrechts gilt die Frage der Einheitsbehandlung im Konzern¹⁴⁰. Später stiess der Schutz der aussen stehenden Aktionäre und der Gläubiger eines Konzernglieds als einer der zentralen Zwecke des Konzernrechts dazu. Erst in neuerer Zeit wurde das Konzernrecht als Organisationsrecht entdeckt¹⁴¹. Informationspflichten können im Konzern¹⁴² sowohl Schutznorm als auch Organisationsnorm sein. Informationspflichten sind klassische Schutzinstrumente: Ihr Sinn ist

¹⁴⁰ Bereits anfangs des letzten Jahrhunderts beschäftigte sich Isay mit dem Gegensatz zwischen juristischer und tatsächlicher Organisation grösserer Wirtschaftsgebilde. Die wirtschaftliche Realität stand für ihn im Vordergrund und er bezeichnete als „juristisches Scheinwesen“ (Isay, 1910, 103) das Unternehmen, das formell-juristisch den Anschein einer Mehrheit von juristischen Personen erwecken möchte, aber betriebswirtschaftlich als Einheit organisiert sei.

¹⁴¹ Der Gedanke, Konzernrecht habe (nebst des Schutzes der aussenstehenden Aktionäre und Gläubiger) der Steigerung der Funktionsfähigkeit des Konzerns als Organisation zu dienen, wurde seit etwa 1974 von der sog. „Lutter-Schule“ aufgenommen und weiterentwickelt. Ziel der Normensetzung im Konzernrecht sollte es sein, den Konzern als moderne Organisationsform anzuerkennen und durch eine präzise Regelung der Verantwortlichkeit der Funktionsträger im Konzern einen Gewinn an Rechtssicherheit zu erreichen und die Leitung des Konzerns und im Konzern zu erleichtern. Vgl. dazu Emmerich/Sonnenschein, 1997, 7; Hommelhoff, 1982, 234ff.; Lutter, 1974, 347ff.; Lutter, 1988, passim; Schmidt, 2002a, 491f., 935.

Für die Schweizer Lehre: Druey, 1980, 351f.; Druey, 1988a, 91f.; Druey, 1988c, 164: „Da man den Konzern nicht verbieten kann, muss man ihn gestalten.“ Als Organisationsrecht verstanden ebenfalls die Analyse von Amstutz, 1993, insb. 169ff.

Europaweit geschaut stechen insbesondere hervor: Forum Europaeum Konzernrecht, 1998, 681: „Über das Konzept eines gruppenspezifischen Aussenseiterschutzes hinausgreifend ist das Gruppen- und Konzernrecht in einzelnen Instrumenten weithin auf dem Weg zu einem höchst flexibel handhabbaren Organisations- und Handlungsrecht für die Wirtschaft und ihre Unternehmen.“

Dem Ansatz des Konzernrechts sowohl als Schutzrecht als auch als Organisationsrecht folgt auch der italienische Gesetzgeber, der in der Relega zur neuesten Aktienrechtsrevision festgehalten hat (Art. 10: Gruppi):

“1. La riforma in materia di gruppi è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) prevedere una disciplina del gruppo secondo principi di trasparenza e tale da assicurare che l'attività di direzione e di coordinamento contemperino adeguatamente l'interesse del gruppo, delle società controllate e dei soci di minoranza di queste ultime;

b) prevedere che le decisioni conseguenti ad una valutazione dell'interesse del gruppo siano motivate;

c) prevedere forme di pubblicità dell'appartenenza al gruppo;

d) individuare i casi nei quali riconoscere adeguate forme di tutela al socio al momento dell'ingresso e dell'uscita della società dal gruppo, ed eventualmente il diritto di recesso quando non sussistono le condizioni per l'obbligo di offerta pubblica di acquisto.” (L. 3 ottobre 2001, n. 366 – Delega al Governo per la riforma del diritto societario; in: G.U. n. 234 dell'8 ottobre 2001).

Zu bemerken ist, dass dieses anspruchsvolle gesetzgeberische Programm noch nicht realisiert wurde: Die auf den 1. Januar 2004 in Kraft tretende Reform enthält in Art. 2359ff. nebst einer Definition der abhängigen Gesellschaft nur Vorschriften über den Erwerb von Aktien der beherrschenden Gesellschaft (D. Lgs. 17 gennaio 2003, n.6. – Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della L. 3 ottobre 2001, n. 366; in G.U. n. 17 del 22 gennaio 2003).

Schmidt (2002, 555f.) stellt fest, das selbst in der umfangreichen deutschen Kodifikation das Konzernrecht nur begrenzt als Organisationsrecht angesehen wird: „Es bildet Konzernstrukturen nicht ab, nicht ihre Entstehung, nicht die Konzernführung, nicht die Konzernüberwachung und nicht die Konzernfinanzierung“ und „Das Aktienkonzernrecht ist als ein beim einzelnen Konzernunternehmen ansetzendes Schutzrecht konzipiert, und es regelt nicht den Konzern als Gruppe, sondern relative Zurechnungs-, Schuld- und Rechtsverhältnisse.“

¹⁴² Zum Konzernbegriff und den umstrittenen Fragen vgl. S. 14

der, dass der Adressat durch bestimmte Informationen vor Fehleinschätzungen und –dispositionen bewahrt wird. Früh wurde auch die Bedeutung der Information der Minderheitsaktionäre der Tochter thematisiert und insbesondere die Beschränkung der Informationsrechte der Gesellschafter auf die eigene Gesellschaft¹⁴³. Informationspflichten können auch das Funktionieren des Konzerns ermöglichen bzw. Rechtssicherheit bezüglich der Pflichten herstellen.

Je nach angestrebter Regelungsfunktion stehen dem Gesetzgeber folgende intensitätsmässig gestufte, konzernspezifische Massnahmen zur Verfügung¹⁴⁴:

- Machtmissbrauchsrecht (Berichtspflicht, Transparenzgebot)
- Schutzrecht (Nachteilsausgleich, Haftung), Ordnungs- und Kontrollrecht (Konzernbildungs- und -eingangskontrolle)
- Organisations- und Gestaltungsrecht (zulässige Konzernformen), Regulierungsrecht (Konzernverfassungsrecht)

In der Praxis besteht jedes Konzernrecht aus verschiedenen Massnahmen, die sich mehr oder weniger zu einem sinnvollen Ganzen ergänzen.

1.6.4 Informationsmotive

In prozeduralen Konfliktlösungsmechanismen werden Argumentationsinhalte gebraucht. *Druey*¹⁴⁵ verwendet für diese den Ausdruck Informationsmotive. Diese begründen für sich noch keine Rechte und Pflichten, d.h., sie sind keine materiellen Normen, sondern dienen der Rhetorik, als Argumente in der Diskussion um die Begründung und Anerkennung von Informationsansprüchen.

Als Informationsmotive stehen im Kontext dieser Arbeit im Vordergrund:

- Gleichbehandlung: Dieses Motiv ist besonders stark in der Organisation. Wer in einer Organisation eingegliedert ist, hat Anspruch auf gleiche Versorgung mit Information aus der Organisation wie diejenigen, die organisatorisch gleich eingeordnet sind¹⁴⁶.
- Betroffenheit: Werden die eigenen Angelegenheiten durch eine andere Person besorgt, so soll der Betroffene erfahren, was die andere Person bezüglich seiner Güter tut.
- Abhängigkeit
- Kontrolle

¹⁴³ Druey, 1980, 287; bereits Friedlaender, 1954, 6, bezeichnet die Beschränkung der Informationsrechte auf die eigene Gesellschaft ein Konfliktgebiet des Konzerns; Wyss, 1953, 259, hält die Ausgestaltung eines Rechts auf Auskunftserteilung über angegliederte Unternehmen für notwendig, wenn nicht die freien Aktionäre zweiten Grades sein sollten und verlangt, es müssten zwischen den Gliedern eines Konzerns „kommunizierende Röhren“ eingerichtet werden.

¹⁴⁴ Druey, 1980, 349ff.; Theisen, 1991a, 115

¹⁴⁵ Druey, 1995a, 199ff.

¹⁴⁶ In einer solchen Situation kann je nach den Normen, die diese Beziehung zwischen der Person und der Organisation, auch ein Rechtsanspruch auf informationelle Gleichbehandlung bestehen: Druey, 1995a, 201.

- Durchsetzung von anderweitigen Rechten.

Die Informationsmotive sind als Argumente jedoch zweischneidig: Sie geben einen Grund für die Lieferung von Informationen, beantworten jedoch nicht die Frage, wie die Informierung zu begrenzen ist. Sie können deshalb zu einer kontraproduktiven Überinformierung führen. Klar ist auch, dass sie im Sinne eines e-contrario Arguments auch Argumente gegen die Lieferung von Information erzeugen können, indem argumentiert wird, die Motive seien im konkreten Fall nicht gegeben, weshalb keine Information geschuldet sei. So oder so werden sie in der konkreten Diskussion um den Bestand eines Informationsrechts immer wieder als (rhetorische) Argumente verwendet.

1.6.5 Gesichtspunkte für die Verteilung von Informationen

*Druey*¹⁴⁷ untersucht für die Abgrenzung zwischen Geheim- und Gemeinbereich einer Organisation die für einen Entscheid relevanten Gesichtspunkte. Diese sind auch im Kontext dieser Arbeit anwendbar, geht es doch ebenfalls darum, dass die Mutter Informationen an die Tochter weiterleiten muss, die sich in ihrer eigenen Sphäre befinden.

Zu berücksichtigende Gesichtspunkte sind:

1. Die Interessenabwägung ist keine taugliche Methode für die Verteilung der Information. Das subjektive Interesse an Information genügt nicht, da der Wert für beide Seiten meist gleich hoch beziehungsweise niedrig ist¹⁴⁸.
2. Privatheit
3. Relevanz der Informationen für den Empfänger
4. Art des Informationsinteresses: Es stellt sich die Frage, ob es eine Hierarchie der Informationszwecke gibt. Es ist zu differenzieren zwischen der Information, die zur Erhaltung eines zentralen Rechtsgutes notwendig ist, und der Information, die bloss Bildungswert hat.
5. Verarbeitungsmöglichkeit seitens des Informaten: Zum Schutz der Geheimsphäre soll die Information auf die Gebiete konzentriert werden, wo eine genügende Verarbeitungsmöglichkeit besteht.
6. Informationsgehalt (dieser kann objektiv als Grad der Beseitigung der Unsicherheit oder subjektiv als Grad der Missverständlichkeit und Unrichtigkeit verstanden werden)
7. Weitere Modalitäten: Verbreitung des Wissens, zeitlicher Abstand zwischen dem Bestehen einer Tatsache und deren Bekanntgabe, Anonymität bzw. Grad der Zusammenfassung der Information (die Geheimsphäre umfasst nur die Information, die eine Beziehung zu bestimmten Subjekten hat).

¹⁴⁷ Druey, 1977, 42ff.

¹⁴⁸ Gasser, 2000, 393, betont diesen Aspekt ebenfalls: Wegen der Inkommensurabilität von Interessen an Information, von Standpunkten und Wertungen kann das Recht einen Konflikt Offenlegung/Geheimhaltung nicht a priori lösen. Im Sinne der Prozeduralisierung sei es Aufgabe des Informationsrecht, prozedurale Mechanismen einzurichten, welche die Austragung von Konflikten um Information unter den Akteuren begünstigen durch die Schaffung von Optimeräumen und das Stiften von Kommunikationsanlässen.

8. Gleichmässige Verteilung der Informationsbelastung: Dies gebietet schon die Gleichbehandlungspflicht unter Privaten. Eine solche besteht zumindest dann, wenn eine einzige Partei einseitig die Rechtsverhältnisse einer Mehrheit von Person gestalten kann.
9. Die Information soll sich auf diejenigen Objekte konzentrieren, über die bereits ein Maximum an Information vorliegt. Denn die Information ist desto mehr wert, je besser der Fundus an vorbestehendem Wissen ist, beziehungsweise die Gefahr der Missinterpretation ist entsprechend verringert.
10. Normative Kraft des Faktischen: Das Recht muss sich daran orientieren, was geschützt bzw. geheim gehalten werden kann. Normative Kraft des Faktischen heisst, gewisse Tatsachen als unveränderlich hinzunehmen. Das Recht muss dies anerkennen, wenn es wirksam sein soll.

Das Interesse an Information kann verschiedene Gründe aufweisen¹⁴⁹:

1. Erhaltung anderweitiger Rechtsgüter (Kontrolle, Wahrnehmung einer Funktion)
2. Bildungsinteresse
3. Integrationsinteresse: Um sich in die Gemeinschaft zu integrieren, benötigt der Einzelne Informationen über diese.

Eine allgemeine Hierarchie der Interessen kann wegen dem Prinzip der individuellen Freiheit nicht aufgestellt werden – eine von aussen gesetzte Wertordnung würde von derjenigen des Einzelnen beträchtlich abweichen. Von stets privilegierter Relevanz ist aber die Information, die für die Ausübung einer Funktion erforderlich ist. Es gilt das Prinzip des *Konnexes von Aufgabe und Informationsrecht*, d.h., wenn Recht eine Funktion zuerkennt, so impliziert dies, dass es zumindest den Zugang zur Information (als Mittel zur Erfüllung der Funktion) nicht verhindere.

1.6.6 Information, Konzern und Corporate Governance

Der Begriff Corporate Governance bezeichnet das Zusammenspiel von Gesetzen und freiwilligen Praktiken, die eine effiziente und verantwortungsbewusste Unternehmensführung garantieren sollen¹⁵⁰. Der Aspekt der Transparenz über wichtige Finanz- und Betriebsinformationen kommt in allen Vorschlägen eine erhebliche Bedeutung zu¹⁵¹. Allerdings fällt auf, dass zumindest in der europäischen Literatur¹⁵² nur ganz punktuell untersucht wurde, wie eine gute Corporate Governance im Konzernzusammenhang aussieht¹⁵³. Das Konzernphänomen und die daraus resultierende rechtliche Problematik werden zum grössten Teil ausgeblendet. Dies ist erstaun-

¹⁴⁹ Druey, 1977, 46ff.

¹⁵⁰ Buff, Compliance, 66; für eine Zusammenfassung der international präsentierten Ansätze vgl. Böckli, 1996a, 133f.; Böckli, 1999, 1ff. und Böckli, 2000a, 133ff.

¹⁵¹ Meier-Schatz, 1993, 310ff.; Nobel, 1995, 1061

¹⁵² Für die USA vgl. etwa Eisenberg, 1996, 1187ff.

¹⁵³ Für die Schweiz vgl. aber neuerdings Hofstetter, 2003; Nobel (1995, 1061) wies bereits auf den Umstand hin, dass nach der Anerkennung der Konzernwirklichkeit im Aktienrecht von 1991 die Diskussion sich auf die „Fundierung der Leitungsmacht und Legitimation im Konzern, besonders auch im internationalen“ richten müsse, wolle sie nicht an der heutigen rechtlichen Realität vorbeigehen.

lich, sind doch die meisten Unternehmen, in denen sich akute Corporate Governance Fragen stellen, als Konzerne organisiert. Im Vordergrund der Diskussion über die Corporate Governance im Konzern muss die Auflösung der Interessenkonflikte zwischen den Gliedern des Konzerns stehen. Diese Interessenkonflikte bestehen nicht nur in vermögensmässiger Hinsicht, sondern auch in Fragen der Leitung des Konzerns und damit – wegen des dargestellten engen Zusammenhangs zwischen Informationen und Leitungsausübung - auch des Informationsflusses im Konzern. Insofern ist diese Arbeit ein Beitrag zur Diskussion über die *Corporate Governance im Konzern*.

Aufgekommen ist die Diskussion um Corporate Governance in der angelsächsischen Unternehmenswelt¹⁵⁴. Grössere Bekanntheit erlangten hierzulande die von diversen englischen Kommissionen veröffentlichten Grundsätze: Zunächst im Jahre 1992 der sog. „Cadbury Report“¹⁵⁵, 1995 der „Greenbury Report“, 1998 der „Hampel Report“, 1999 der „Turnbull Report“ und schliesslich 2000 „The Combined Code“ der London Stock Exchange, der als eine Art „Supercode“ die verschiedenen Reports zusammenfasst. Diesem sollen sich die kotierten Unternehmen entweder anschliessen oder eine Erklärung der Nicht-Unterwerfung dazu abgeben.

In den USA publizierte 1992 das American Law Institute seine Principles of Corporate Governance, die ein eigenes Kapitel zum Thema „Controlling Shareholders“ enthalten¹⁵⁶. Sie auferlegen dem „Controlling Shareholder“ eine Pflicht, bei Transaktionen mit der kontrollierten Gesellschaft Fairness walten zu lassen und eine Schädigung der Minderheitsaktionäre zu unterlassen¹⁵⁷.

Die OECD hat im April 1998 ihre „Principles of Corporate Governance“ erlassen, die nebst dem Shareholder auch die Stakeholders berücksichtigen¹⁵⁸.

In Frankreich stehen die beiden „Vienot“ Berichte im Zentrum der Diskussion.

In Deutschland hat die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance-Kodex im Februar 2002 den Deutschen Corporate Governance-Kodex vorgelegt¹⁵⁹. In der Präambel wird ausdrücklich auf die Konzernproblematik hingewiesen und erklärt, dass – je nach gewählter Bezeichnung des Adressaten¹⁶⁰ - die vorgeschlagenen Grundsätze auch für den Konzern gelten sollen. Die Normen, die sich nach dieser Terminologie an die Konzerne richten, sind jedoch so undifferenziert ausgestaltet, dass sie wenig Klarheit schaffen¹⁶¹. Im Konzernzusammenhang so wichtige

¹⁵⁴ Meier-Schatz, 2002, 479ff. Eine Sammlung der weltweit wichtigsten Codes of Corporate Governance findet sich auf <http://www.ecgi.org/codes>.

¹⁵⁵ Böckli, 1996a, 149ff.; Macdonald, 1995, 1051ff.

¹⁵⁶ American Law Institute, 1994, Part V, Chapter 3 (S. 325-358)

¹⁵⁷ § 5.10 definiert den Begriff der Fairness im Kontext der Beziehungen zwischen dem kontrollierenden Aktionär und der Gesellschaft und stellt prozedurale Mechanismen zur Verfügung, mit denen die Fairness einer Transaktion sichergestellt werden soll. § 5.11 verbietet dem kontrollierenden Aktionär, ohne volle Entschädigung Ressourcen oder Informationen der Gesellschaft zu nutzen; American Law Institute, 1994, 325ff.

¹⁵⁸ vgl. den Überblick bei Nobel, 1999

¹⁵⁹ Regierungskommission Deutscher Corporate Governance - Kodex, 2002

¹⁶⁰ „In Regelungen des Kodex, die nicht nur die Gesellschaft selbst, sondern auch ihre Konzernunternehmen betreffen, wird der Begriff ‚Unternehmen‘ statt ‚Gesellschaft‘ verwendet.“

¹⁶¹ Als Beispiele angeführt seien:

Themen der Leitungsausübung im Konzern, der Berücksichtigung des Konzerninteresses oder der Informationsfluss im Konzern werden gar nicht erst angeschnitten.

In der Schweiz wurde nach einer ersten Diskussion des Themas in der Literatur¹⁶² vom Wirtschaftsverband *economiesuisse* eine Expertengruppe „Corporate Governance“ eingesetzt, die im Juli 2002 den (nicht verbindlichen) *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance*¹⁶³ herausgab, zusammen mit einem erläuternden Bericht¹⁶⁴. Die Schweizer Börse SWX ergänzte den Code mit der (für börsenkotierte Unternehmen verbindlichen) SWX-Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance¹⁶⁵.

Alle diese Vorstösse erweisen sich jedoch als wenig fruchtbar für das Thema dieser Arbeit, denn ausnahmslos wird zwar die Bedeutung einer vollständigen Information des Verwaltungsrates anerkannt, jedoch wird die Information nicht konzerndimensional gefasst. In den europäischen Berichten ist die Betrachtungsweise zumeist auf die einzelne Gesellschaft reduziert, der Konzern wird völlig ausgeblendet. Bescheidene Ansätze zu einer konzerndimensionalen Informationsversorgung finden sich nur in den Empfehlungen zur ad-hoc Publizität über die Gesellschaft. Die Principles des American Law Institute widmen zwar dem Thema der Corporate Governance im Zusammenhang mit einem *Controlling Shareholder* ein eigenes Kapitel. Jedoch ist hier wiederum der Blick auf die finanziellen Aspekte der Problematik beschränkt. Es geht darum, zu verhindern, dass ein Mehrheitsaktionär seine Machtposition zum finanziellen Nachteil der Minderheitsaktionäre ausnutzt¹⁶⁶.

-
- 4.1.1 Der Vorstand leitet das Unternehmen in eigener Verantwortung. Er ist dabei an das Unternehmensinteresse gebunden und der Steigerung des nachhaltigen Unternehmenswertes verpflichtet.
 - 4.1.2 Der Vorstand entwickelt die strategische Ausrichtung des Unternehmens, stimmt sie mit dem Aufsichtsrat ab und sorgt für ihre Umsetzung.
 - 4.1.3 Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin.
 - 4.1.4 Der Vorstand sorgt für ein angemessenes Risikomanagement und Risikocontrolling im Unternehmen.

In diesem für den Konzern zentralen Bereich – der Leitung des Konzerns und der einzelnen Gesellschaften – wird gar nicht zwischen dem Vorstand der Konzernobergesellschaft und jenem der –untergesellschaft unterschieden. Es bleibt unklar, wie die Kompetenzen abgegrenzt werden sollen bzw. welche Leitungsgrundsätze im Konzern zur Anwendung gelangen sollen. Weiter wird zusätzliche Verwirrung dadurch gestiftet, dass nebst den definierten Begriffen „Gesellschaft“ und „Unternehmen“ zusätzlich noch der Begriff „Konzernunternehmen“ gebraucht wird.

¹⁶² Nobel, 1995; Böckli 2000a

¹⁶³ *economiesuisse*, 2002; für eine erste Besprechung und Kritik vgl. Forstmoser, 2002

¹⁶⁴ Hofstetter, 2002

¹⁶⁵ Hofstetter, 2002, 26ff.

¹⁶⁶ Die Tochter erscheint nicht als selbst schutzwürdig: im Falle der zu 100% beherrschten Tochtergesellschaft gelten die Grundsätze des „fair dealing“ nicht (American Law Institute, 1994, 327).

In den oben aufgeführten Berichten wird auf folgende Weise auf die Information in der Gesellschaft eingegangen:

- Die Berichte „Cadbury“ (in Ziff. 4.14, 4.8) und „Hampel“ (in Ziff. 2.6, 3.4) betonen einfach die Bedeutung einer qualitativ hochstehenden Information für die Erfüllung der Aufgaben des Boards.
- In den Corporate Governance-Grundsätzen der bundesdeutschen Grundsatzkommission Corporate Governance wird der Konzern zwar ausdrücklich in den Empfehlungen zur Information des Aufsichtsrates durch den Vorstand (Ziff. 2 lit. d) erwähnt und es wird empfohlen, eine minimale Konzerntransparenz herzustellen durch die Angabe von wesentlichen Beteiligungen im Anhang und durch die unverzügliche Bekanntgabe des Erwerbs einer bedeutenden Aktionärsposition. Es finden sich jedoch keinerlei Empfehlungen zur Konzernleitung im Allgemeinen oder zur Versorgung der abhängigen Gesellschaften mit Informationen im Speziellen.
- Die OECD Principles betonen sehr stark die ausserordentliche Bedeutung einer vollständigen Information der board member. Der Konzern und seine spezifischen Probleme bleiben jedoch im ganzen Bericht vollständig ausgeblendet: Weder wird die Information konzerndimensional gefasst, noch findet sich ein einziges Wort über die Ausübung der Leitung im Konzern bzw. über das Verhältnis zwischen M und T.
- Ebenso betonen die französischen „Vienot“-Berichte in allgemeiner Weise die Wichtigkeit der Information für die Aufgabenerfüllung, ohne jedoch irgendwie auf den Konzern Bezug zu nehmen.

Diese Arbeit kann deshalb insofern einen Beitrag zur Corporate Governance-Diskussion leisten, als sie ein zentrales Thema, die Information in der Gesellschaft, aufgreift und Grundsätze für die Informationsordnung im Konzern formuliert. Corporate Governance betrifft die Oberleitung der Unternehmung, die ein Konzern sein kann. Deshalb müssen die in dieser Arbeit angesprochenen Themenbereiche wie das Verhältnis der Mutter zu den Töchtern, die Aufgabe des Verwaltungsrates der Tochter, die Informationslage der Entscheidungsträger im Konzern etc. auch Eingang in die Diskussion finden. Es geht um das Herausschälen von „best practice“-Regeln im Bereich der Konzernleitung, -organisation und -information.

1.7 Rechtliche Probleme der Informationsordnung im Konzern

Qualitativ genügende Information der Organe und weiteren Informationsberechtigten in der Gesellschaft ist bereits in der unabhängigen Aktiengesellschaft ein Problem. Im Konzern stellt sich das Problem aber verschärft und es kommen weitere konzernspezifische Probleme hinzu. Diese sind grösstenteils auf den Konflikt zwischen den konzernweit wirkenden Leitungsmechanismen und der Ausgestaltung der Aktiengesellschaft als selbständige Rechtspersönlichkeit zurückzuführen.

1.7.1 Problem der direkten Kommunikationsbeziehungen

Im Konzern besteht die Gefahr, dass untergeordnete Stellen der Mutter direkt mit untergeordneten Stellen der Tochter kommunizieren, d.h., unter Umgehung des „Dienstweges“ über den Verwaltungsrat bzw. die Geschäftsführung. Eine „Gefahr“ ist dies deshalb, weil ein enger Zusammenhang zwischen der Kommunikationsordnung und der Leitungsordnung im Konzern besteht. Es ist faktisch sehr gut möglich, dass untergeordnete Personen solche Konzernweisungen befolgen, obwohl die Organe der Mutter aus der Sicht der Tochter gesellschaftsfremd sind und über keine Kompetenzen verfügen¹⁶⁷. Solche Kommunikationsbeziehungen können deshalb schnell zu eigentlichen Leitungsbeziehungen werden. Es gehört deshalb zu den Geschäftsführungsaufgaben des Verwaltungsrates der Tochter, durch geeignete Anweisungen an die Mitarbeiter solche direkten Kommunikationsbeziehungen zu gestalten, v.a. dort, wo es sich thematisch um die ihm zwingend aufgetragenen Kernaufgaben (Art. 716a OR) handelt. Wie hinten dargelegt¹⁶⁸, scheint es möglich, die Vorbereitung der Geschäftsführung auf die Mutter zu übertragen. Die Leitung der Mutter erfolgt als Information. Die formelle Entscheidungsbefugnis verbleibt jedoch beim Verwaltungsrat der Tochter – er muss die von der Mutter vorbereiteten und als Information zur Verfügung gestellten Geschäftsführungsentscheide in formell genügender Form fällen, damit sie verbindlich werden. Deshalb muss er die direkten Kommunikationsbeziehungen zwischen Mutter und Tochter gestalten und kontrollieren, sonst entgleitet ihm die Geschäftsführung.

1.7.2 Offenlegung im Konzern

Das Informationsrecht hat sich im Zusammenhang mit dem Konzern wohl am intensivsten mit der Offenlegung befasst. Die Offenlegung umfasst die Konzerntransparenz¹⁶⁹ (verstanden als die Offenlegung der Rechts- und Sachverbindungen zwischen den Konzerngesellschaften) und die (konsolidierte) Rechnungslegung¹⁷⁰. Oft wird der Ausdruck Publizität verwendet, um die ganze Offenlegung zu bezeichnen.

¹⁶⁷ Handschin, 1995, 7

¹⁶⁸ infra S. 88ff.

¹⁶⁹ Druey/Vogel, 1999, 34ff.

¹⁷⁰ Böckli, 1996, 573ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, 1996, 712ff.; Von Büren, 1997, 90ff.

Eine direkte Pflicht zur Veröffentlichung einer Konzernbeziehung besteht nicht. Insbesondere ist die Ausübung der Leitungsmacht nicht explizit an die Offenlegung der Konzernbeziehung als Voraussetzung gebunden.

In der Praxis besteht jedoch trotzdem ein erhebliches Mass an Transparenz über die Konzernbeziehungen. Verschiedene Normen des Aktien- und des Kapitalmarktrechts führen zur Offenlegung einer Vielzahl von Konzernbeziehungen¹⁷¹. Zu erwähnen¹⁷² sind:

1.7.2.1 Vorschriften des Handelsrechts:

- Art. 663c OR (Pflicht zur Bekanntgabe bedeutender Aktionäre im Anhang zur Bilanz): Ist eine Konzerntochter börsenkotiert, muss sie bedeutende Aktionäre und deren Beteiligungen bekannt geben, sofern diese ihr bekannt sind oder bekannt sein müssten. Hält die Mutter mehr als 5% der Stimmrechte (Art. 663c Abs. 2 OR), muss die Tochter sie im Anhang anführen.
- Art. 663b Ziff. 7 OR (Pflicht zur Bekanntgabe wesentlicher Beteiligungen im Anhang zur Bilanz): Ist die Tochter als „wesentlich“ für die Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage der Mutter einzustufen, muss diese die Beteiligung offen legen.
- Art. 663a Abs. 4 OR (Berichterstattung über die Verbindlichkeiten gegenüber Konzerngesellschaften oder massgeblich beteiligten Aktionären): Wird ein solcher Posten in der Bilanz aufgeführt, ist dies ein Hinweis darauf, dass ein Konzernverhältnis vorliegen kann.
- Art. 663e OR (Pflicht zur Erstellung der Konzernrechnung): Ist die Gesellschaft verpflichtet, eine konsolidierte Jahresrechnung zu erstellen, muss sie darin auch den Konsolidierungskreis angeben, d.h., nennen, welche Konzerngesellschaften in der Rechnung zusammengefasst werden.

In der Lehre diskutiert werden¹⁷³:

- Art. 641 Ziff. 9 OR (Inhalt der Eintragung im Handelsregister): Wenn der Mutter Organstellung in der Tochter zukommt, ist sie im Handelsregister einzutragen.
- Art. 663d Abs. 2 OR (Jahresbericht): Wegen des Einflusses, den der Konzern auf die Tochter ausübt, müsste er im Jahresbericht erwähnt werden, da er für den „Geschäftsverlauf“ bzw. die „wirtschaftliche Lage“ der Tochter bestimmend ist.
- Das Aktienbuch ist nach h.L. kein Geschäftsbuch, weshalb der Aktionär nicht das Recht hat, darin Einsicht zu nehmen – er soll nur die ihn selbst betreffenden Daten erfahren können, nicht aber die Namen und Adressen seiner Mitaktionäre. Der Aktionär hat deshalb keine Möglichkeit, auf diesem Weg zu erfahren, wer seine Mitaktionäre sind¹⁷⁴.

¹⁷¹ Natürlich ist der Mutter oft daran gelegen, die Konzernbeziehung von sich aus offenzulegen, z.B. wird die Einbindung in den Konzern oft zu Werbezwecken betont.

¹⁷² ausführlich: Cereghetti, 1995; Hungerbühler, 1994

¹⁷³ Cereghetti, 1995, passim

¹⁷⁴ BGE 69 II 315; Glanzmann, 2000, 152; Weber, BasK, N 14 zu Art. 697 OR

- Der Aktionär soll auch kein Recht auf *Einsicht* (nach Art. 697 OR) in das Organisationsreglement haben, nur einen Anspruch auf Orientierung über die Organisation der Geschäftsführung (nach Art. 716b Abs. 2 S. 2 OR)¹⁷⁵. Somit sind für die Tochter die Möglichkeiten beschränkt, auf diesem Wege Genaueres über die Konzernbeziehungen zu erfahren, denn die Orientierung ist für ihre Zwecke viel zu rudimentär, auch wenn sie – wie hier gefordert – konzerndimensional ausgestaltet ist.

1.7.2.2 Vorschriften des Börsenrechts¹⁷⁶

- Art. 20 BOEHG (Meldepflicht) Art. 17 BOEHV: Die Pflicht zur Meldung des Beteiligungserwerbs an Gesellschaften bei Erreichen best. Grenzwerte führt bei börsenkotierten Gesellschaften zu einer gewissen Transparenz der Konzernbildung und -auflösung¹⁷⁷.
- Art. 72 Kotierungsreglement (ad hoc-Publizität): Publizierungspflichtige kursrelevante Tatsachen können Sachverhalte sein, die den Konzern betreffen (Strukturänderungen, Veränderungen im Geschäftsverlauf wie Änderung der wirtschaftlichen Ausrichtung oder Eingehen von strategischen Allianzen, Veränderungen im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung)¹⁷⁸.
- Art. 67 Kotierungsreglement (Grundsätze der Rechnungslegung) stellt detaillierte Anforderungen an die Konzernrechnung und den Anhang dazu (insb. Konsolidierungskreis)¹⁷⁹.
- Art. 35 Kotierungsreglement (Inhalt des Kotierungsprospekts) schreibt in Verbindung mit dem Anhang I besondere Angaben über den Konzern vor (insb. Ziff. 1.1.6. Beschreibung der Stellung des Emittenten und kurze Beschreibung des Konzerns).
- FER 8¹⁸⁰ (Anhang der Konzernrechnung) schreibt detaillierte Detailangaben zur Ergänzung und Erläuterung von Konzernbilanz, Konzernerfolgsrechnung und Konzernmittelflussrechnung vor. Von Belang sind die Vorschriften zur Offenlegung des Konsolidierungskreises, von nahe stehenden Personen und

¹⁷⁵ Glanzmann, 2000, 152

¹⁷⁶ Der 4. Abschnitt des BOEHG trägt ausdrücklich den Titel „Offenlegung von Beteiligungen“.

¹⁷⁷ Die Gesellschaft muss die ihr mitgeteilten Meldungen veröffentlichen (Art. 21 BOEHG).

¹⁷⁸ Erläuterungen zur Ad-hoc-Publizität, 8ff.; Leu, 2002, 59ff.

Interessant im Zusammenhang mit der Ad-hoc-Publizität ist die Frage, ob diese *konzerndimensional* verstanden wird, d.h., ob die börsenkotierte Gesellschaft nur über kursrelevante Ereignisse berichten muss, die sich in der Sphäre der eigenen juristischen Person abspielen, oder über alle relevanten Ereignisse, in welcher Konzerngesellschaft auch immer. Meldepflichtig sind Ereignisse, die sich auf den Börsenkurs der kotierten Gesellschaft auswirken und in ihrem „Tätigkeitsbereich“ eingetreten sind. Dieser Wortlaut legt eigentlich eine wirtschaftliche, konzernweite Betrachtungsweise nahe, denn es werden nicht Rechtsbegriffe zur Abgrenzung der meldepflichtigen Sachverhalte verwendet, sondern ein wirtschaftlicher bzw. tatsächlicher. Der Tätigkeitsbereich der Muttergesellschaft eines Konzerns umfasst auch die Tätigkeit in den Konzerngliedern.

¹⁷⁹ Die jährliche Berichterstattung nach den Vorschriften des Kotierungsreglements ist Bedingungen für die Aufrechterhaltung der Kotierung, Art. 64 Kotierungsreglement.

¹⁸⁰ Die Fachempfehlungen zur Rechnungslegung (FER) werden von den schweizerischen Gesellschaften teilweise auf freiwilliger Basis eingehalten, für börsenkotierte Gesellschaften ist die Einhaltung der Regeln der FER 1 bis 8, 12 und 14 von der Zulassungsstelle der Schweizer Börse vorgeschrieben.

die Vorschriften zur Segmentinformation in der Konzernerfolgsrechnung (Aufteilung der Nettoerlöse geografisch und nach Geschäftsbereichen).

- FER 15 (Transaktionen mit Nahestehenden Personen) schreibt die Offenlegung von wesentlichen Transaktionen sowie der daraus resultierenden Guthaben oder Schulden gegenüber nahe stehenden Personen vor. Nahestehende Person ist, wer direkt oder indirekt einen bedeutenden Einfluss auf finanzielle oder operative Entscheidungen des Unternehmens oder Konzerns ausüben kann.

Wesentlich sind insb. die Definition der nahe stehenden Person und die Pflicht zur Offenlegung aller wesentlichen Transaktionen mit diesen bzw. all der daraus resultierenden Schulden/Guthaben.

- Spezialgesetze (z.B. Art. 23a, 25c Ziff. 3.3 & 3.10.2 BaV betreffend der Bekanntgabe bedeutender Aktionäre einer Bank) tragen ebenfalls zur Transparenz verschiedener Konzernbeziehungen bei.

1.7.2.3 Lücken

Die geschilderte Konzerntransparenz ist jedoch insbesondere für die Tochter, die in Erfahrung bringen will, ob eine Konzernbeziehung besteht und welche Identität die Mutter hat¹⁸¹, ungenügend¹⁸²:

- Die Vorschriften des Börsenrechts fallen weg, wenn die Mutter nicht börsenkotiert ist. Damit entfällt ein wesentliches Stück an Konzerntransparenz.
- Einzelne Normen machen die Tochter zur Informationsschuldnerin (Art. 663a Abs. 4, 663c OR). Sie erhält dadurch aber noch keine unmittelbaren Rechte auf Information¹⁸³.
- Die wenigen Normen, die die Mutter direkt als Informationsschuldnerin bezeichnen (Offenlegung des Konzerns), verbessern die Informationslage der Tochter nur dann, wenn begründet werden kann, dass die Tochter Anspruch auf die betreffende Information hat¹⁸⁴.
- Eine generelle Kritik der Wirksamkeit der Offenlegungsvorschriften formuliert *Burgard*¹⁸⁵.

¹⁸¹ vgl. dazu hinten S. 181

¹⁸² Dies ist ja auch nicht weiter verwunderlich, wurden die Vorschriften über die Offenlegung ja nicht mit Blick auf das konzerninterne Verhältnis und die Bedürfnisse der Tochter geschaffen, sondern in erster Linie für die Aktionäre der Mutter bzw. die Finanzmärkte. Aus diesem Zweck wird auch klar, dass die Informationen, die die Tochter im Rahmen der üblichen aktienrechtlichen Offenlegung über den Konzern (Art. 663b., 663e ff. OR) erhält, in keiner Weise dazu geeignet sind, den Informationsbedarf der Tochter zu befriedigen. Die Offenlegung ist nicht als Führungsinformation gedacht und erfüllt deshalb keine der Anforderungen an diese, denn sie ist zu beschränkt in ihrem Gegenstand und Detaillierungsgrad, sie ist rückwärtsgerichtet und unterliegt erst noch besonderen Beschränkungen (Art. 663h OR). Die Offenlegung kann kein Mittel der Konzernführung sein, sie soll es auch nicht, denn der Bedarf der Tochter an Führungsinformation unterscheidet sich wesentlich von demjenigen eines normalen Aktionärs. Die Tochter muss auf andere Weise zu der von ihr benötigten Information kommen.

¹⁸³ Immerhin bewirken diese Normen eine Verbesserung der Informationslage der Aktionäre u. Gläubiger, der Revisionsstelle etc. der Tochter. Diese sind dann besser im Bild, denn die Tochter muss wenigstens die Infos, die sie hat, weitergeben.

¹⁸⁴ vgl. die Diskussion infra S. 181ff.

¹⁸⁵ Burgard, 1990, 157ff.; die Kritik richtet sich auf die Regelungen des deutschen Rechts. Sie wird an dieser Stelle wiedergegeben, weil sie mutatis mutandis auf die schweizerische Situati-

1.7.3 Konzerndimensionalität und -sensibilität der Information

Das Aktienrecht schafft für die Aktiengesellschaft eine Informationsordnung¹⁸⁶. Diese ist auf die unabhängige Gesellschaft zugeschnitten. Die Einbindung in einen Konzern führt aber zu einer Veränderung der Informationslage¹⁸⁷. Dies findet schon im positiven Recht einen gewissen Ausdruck, indem dem Konzern besondere Offenlegungspflichten auferlegt werden. Damit jedoch die Informationsordnung der Gesellschaft auch im Konzern ihren Zweck erfüllen kann, müssen die Informationsberechtigten im Konzern (d.h., bei der Mutter wie bei der Tochter) ebenfalls diese Konzerndimension erfassen können. Das heisst, dass die Informationsrechte und –pflichten des Gesellschaftsrechts konzerndimensional zu begreifen sind¹⁸⁸.

Was ist unter „Konzerndimensionalität“ zu verstehen? Damit die Information über ein einzelnes Glied des Konzerns als vollständig und richtig, d.h., von genügender Qua-

on übertragen werden kann. Sie wird aber nur stichwortartig wiedergegeben – so dass sie einfach als Gedankenanstoss dienen kann. Eine ausführliche Auseinandersetzung – soweit sie nicht bereits stattgefunden hat (Cereghetti, 1995; Hungerbühler, 1994; Röthlisberger, 1998) – würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

Burgard nennt als Schwachpunkte der Offenlegungsvorschriften:

- Das Handelsregister könne im Bereich der Offenlegung von Konzernlagen keine Funktion übernehmen. Auch bei einer Erwähnung der Konzernierung im Register wäre die Konzernstruktur als Ganzes nicht ersichtlich. Rein faktische Abhängigkeiten wären auch nicht erfasst.
- Die Offenlegungspflichten für Beteiligungen seien ungenügend, weil die auslösenden Schwellenwerte zu hoch seien, die Durchsetzung zweifelhaft sei, keine Angaben über die genaue Höhe und die Mittel- oder Unmittelbarkeit der Beteiligung verlangt würden. Ebenso wenig werde eine Angabe über die mit dem Erwerb der Beteiligung verfolgte Absicht verlangt. Ferner müsse die Mitteilung nur gegenüber der betroffenen Gesellschaft erfolgen. Schliesslich könnten die Offenlegungspflichten umgangen werden, indem der Erwerber auf die Geltendmachung seiner Rechte verzichte!
- Das Aktienbuch sei ebenfalls ungeeignet für die Ziele der Offenlegung. Ebenso das Auskunftsrecht des Aktionärs: Dieses hänge weitgehend von der Auskunftsbereitschaft der Verwaltung ab, da eine Klage mit hohen Hürden und Risiken verbunden sei.
- Im Falle der Rechnungslegung bestünden Mängel bei der Durchsetzbarkeit und die Offenlegung im Jahresabschluss finde eine zu geringe Verbreitung, sei zu stark stichtagbezogen und inhaltlich ungenügend.
- Generell seien die verschiedenen Offenlegungspflichten zu wenig aufeinander abgestimmt. Schliesslich werde die Offenlegung in der Praxis restriktiv gehandhabt, da es an Möglichkeiten der effektiven Durchsetzung fehle.

¹⁸⁶ vgl. dazu die spezifischen Darstellungen von Druey, 1994; Forstmoser, 1997; Horber, 1995; Kunz, 1994

¹⁸⁷ vgl. zur informationstheoretischen Sicht S. 25

¹⁸⁸ Konzerndimensionalität in dem Sinne, dass eine Rechtsnorm nicht nur die einzelne Gesellschaft zum Gegenstand hat, sondern auch andere Konzerngesellschaften bzw. den ganzen Konzern, besteht nicht nur bei informationellen Sachverhalten. So können auch Verhaltenspflichten konzerntweit gefasst werden. Vgl. dazu etwa Helms, 2001, 82ff. (mit den Beispielen des Verbots der Ausnutzung von Insiderwissen, der Ad hoc-Publizität, den wechselseitigen Beteiligungen, der Selbstkontrolle im Konzern und dem Verbot von Marktmanipulationen), Hopt, 2001a, 50ff., Hopt, 2001b, 286f. (konzerndimensionale Verhaltensvorschriften in den Bereichen Insidergeschäfte, Ad hoc-Publizität, Marktmanipulationen und Interessenkonflikte) und Prentice, 2001, 110 (mit den Beispielen der Verhaltenspflichten der Direktoren und der Kapitalerhaltungsregeln). Generell knüpfen Teile des Wirtschaftsrechts (etwa das Wettbewerbs- und das Kapitalmarktrecht) öfter an den Konzern anstelle der einzelnen Gesellschaft an als das Gesellschaftsrecht, wo das Trennungsprinzip weit mehr Geltung hat.

lität erscheint, muss sie mit Information über den Konzern ergänzt werden. Dazu folgende Beispiele:

- In der Auskunft über die Organisation der Geschäftsführung der Gesellschaft (Art. 716a Abs. 2 OR) muss die Muttergesellschaft erscheinen, denn faktisch findet im Konzern eine Auslagerung von Geschäftsführungsaufgaben statt. Eine Auskunft, die die Konzernleitung nicht aufführt, würde ein Bild vermitteln, das nicht der Realität entspricht.
- Wegen der engen finanziellen Verflechtung im Konzern braucht der Aktionär der Tochter zur richtigen Interpretation der Bilanz der Tochter die konsolidierte Konzernbilanz. Die Bilanz der Tochter allein wäre nichts wert, wenn darin wesentliche Kredite an andere Konzernglieder aufgeführt sind, deren Bonität nicht beurteilt werden kann.
- Wenn die Tochter über eine Grossinvestition informiert, muss sie den möglichen Einfluss der Konzernleitung auf das Projekt erläutern, denn die Information wäre völlig wertlos, wenn das Projekt plötzlich auf Geheiss der Mutter gestoppt werden müsste. Die Information hätte sich mangels Einbezug des Konzerneinflusses als irreführend herausgestellt.

Wie die „Konzerndimensionalität“ inhaltlich genau zu fassen ist, kann nicht generell umschrieben werden. Bei jeder Information über die Tochter muss separat gefragt werden, ob die Konzerndimension hineinspielt und falls ja, wie. Die Information über die Tochter muss mit Informationen über die Mutter ergänzt werden, damit die Information ihren Zweck erfüllen kann und gewissermassen eine „true and fair view“ geben wird, d.h., eine angemessene Repräsentation des konzerndimensionalen Sachverhalts entsteht.

Die Lehre hat sich bereits in einigen Ansätzen mit dieser Problematik befasst:

Theisen fordert generell eine *konzerndimensionale Informationsversorgung* im Konzern¹⁸⁹.

*Hommelhoff*¹⁹⁰ verwendet für dieses Anliegen den Begriff *Konzernsensibilität* und verlangt, dass die Tochter bei der Erfüllung ihrer Informationspflichten erläutern muss, ob, wie und weshalb sich durch den Einfluss des Konzerns etwas an der gelieferten Information ändern kann. De lege ferenda schlägt er eine Pflicht zur Erfassung und zum Ausweis der konzernspezifischen Risiken für die Mutter vor. Trotz der grundsätzlichen Haftungstrennung zwischen Mutter und Tochter könnten nach Vertrags-, Gesellschafts- und Konzernrecht Risiken auf die Mutter durchschlagen¹⁹¹.

*Horber*¹⁹² fordert bei den Informationsrechten des Aktionärs *einen Einbezug des konzernmässigen Umfelds*. Ansonsten könnten die Informationsverhältnisse bei einer konzernverbundenen Gesellschaft nicht wirklich beurteilt und die Informationssituati-

¹⁸⁹ Vgl. die Darstellung S. 11ff.

¹⁹⁰ Hommelhoff, 1999, 457

¹⁹¹ Auch der umgekehrte Fall kann eintreten, nämlich dass die Tochter für ein Handeln der Mutter haftbar gemacht wird oder dass die Insolvenz der Mutter wegen ausstehenden Krediten auch die Tochter in eine gefährliche Lage bringt.

¹⁹² Horber, 1995, 289ff.

on eines klagenden Aktionärs gar nicht nachvollzogen werden. Deshalb müsse die Tatsache der Konzernzugehörigkeit Auswirkungen auf die informationsrechtliche Lage des Aktionärs haben. Es sei auch zu berücksichtigen, dass der Aktionär als Teilhaber einer Konzerngesellschaft auch am Konzerngeschehen teilhabe, weshalb seine Interessen umfassender und weitgespannter seien als jene des Aktionärs einer nicht konzernverbundenen Gesellschaft. Vor allem die ökonomische Situation eines Konzerngliedes liesse sich erst dann richtig einschätzen, wenn auch Informationen über die anderen Konzerngesellschaften verfügbar seien.

Implizit geht auch *Horber* vom Netzwerkcharakter des Konzerns aus, funktionieren die Konzernglieder auch nach seiner Auffassung als Teil eines Ganzen und könnten deshalb ohne dieses Ganze informationell nicht erfasst werden. Durch diese Vernetzung und Verkettung mit anderen Unternehmen werde es auch schwierig, den einzelgesellschaftlichen Bereich eines der verbundenen Unternehmen ausfindig zu machen. Es gäbe *keinen klar abgrenzbaren Sphärenbereich*¹⁹³. Die Grenzen zwischen den verbundenen Unternehmen seien vielmehr fließend¹⁹⁴. Als „Angelegenheiten der Gesellschaft“ nach Art. 697 OR hätten deshalb auch Tatsachen zu gelten, die sich ausserhalb der in Frage stehenden Gesellschaft zutragen.

Den referierten Ansätzen ist zuzustimmen. Eine rechtliche Pflicht zur konzerndimensionalen Ausgestaltung der Information in einer konzernierten Gesellschaft besteht aus folgenden Gründen:

- Diese für die Herstellung der Konzerndimensionalität zusätzlich zu liefernde Information¹⁹⁵ bestimmt die Qualität der Information und ist deshalb von der Informationspflicht mit umfasst, denn diese geht auf Lieferung von qualitativ genügender Information (vgl. These S.35).
- Es geht deshalb auch um den Schutz der Informationsrechte in der Gesellschaft vor einem Qualitätsverlust durch Verwässerung im Konzernzusammenhang. Die aktienrechtlichen Normen müssen deshalb konzernspezifisch angewendet werden, um dem besonderen Sachverhaltselement der Konzernierung Aufmerksamkeit zu schenken.
- Aus institutioneller Sicht geht es um den Schutz der gesetzlichen Informationsordnung und damit auch der Funktionstüchtigkeit des Systems der Aktiengesellschaft bzw. ihrer Leitungs- und Zuständigkeitsordnung.

Könnte das Trennungsprinzip¹⁹⁶ des Aktienrechts ein Hindernis dafür sein, die Informationsrechte in der Aktiengesellschaft konzerndimensional zu verstehen? Dies ist

¹⁹³ Die Sphären (zu diesem Konzept vgl. Druey, 1995a, 354ff.) einer Gesellschaft umfassen nicht nur wirtschaftliche Interessen (bekannt ist etwa die Sphärenvermischung als möglicher Missbrauchstatbestand im Zusammenhang mit dem Durchgriff), sondern auch informationelle: vgl. Druey, 1977, 78: „Geheimsphäre ist Nicht-Information“. In dieser Arbeit steht die informationelle Eigensphäre einer Gesellschaft, die in den aktien- und arbeitsrechtlichen Geheimhaltungspflichten rechtlich verankert ist und durch diese in ihrem Umfang definiert wird, im Vordergrund.

¹⁹⁴ Aufgrund der Argumentation des Autors ist nicht ganz klar, ob er im Konzern überhaupt noch Sphärengrenzen sehen will, oder ob er diese nur gegen aussen sieht.

¹⁹⁵ Es handelt sich teilweise um Metainformation, nämlich dann, wenn sie die Bedingungen beschreibt, unter denen sich die zugrunde liegende Information verändern kann.

¹⁹⁶ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, 1996, 962ff.

zu verneinen: Das Trennungsprinzip bezieht sich primär auf die Haftung der Mutter als Aktionärin. Im Zusammenhang mit dem Informationswesen des Konzerns kommt das Trennungsprinzip insofern zur Geltung, als einer anderen juristischen Person nicht ohne weiteres Rechte und Pflichten auferlegt werden können (die bekanntesten Ausnahmen sind der Durchgriff und die Wissenszurechnung). Das Konzept der Konzerndimensionalität der Information führt aber für sich noch nicht zu einer Übertragung von Rechten und Pflichten von einem Konzernglied auf ein anderes: Es postuliert z.B. nicht, dass die Mutter das Auskunftsbegehren des Tochter-Aktionärs erfüllen muss. Es geht lediglich darum, dass die auskunftsverpflichtete Verwaltung der Tochter ihre Auskunft inhaltlich so gestalten muss, dass der Einfluss der Konzernierung auf die Information transparent gemacht und korrigiert wird¹⁹⁷. Das Trennungsprinzip verbietet es der Tochter nicht, Informationen über die Mutter zu sammeln, zu verarbeiten und an ihre Informationsberechtigten weiterzuleiten. Eine andere Frage ist es, ob der Zugang zu den Informationen der Mutter aus rechtlichen Gründen beschränkt ist¹⁹⁸ oder ob besondere Geheimhaltungs- und Verschwiegenheitspflichten der Tochter verbieten, eine bestimmte Information zu verbreiten¹⁹⁹.

1.7.4 Konzernspezifische Komplettierung der Rechnungslegung

Ein Sonderfall der Information in der Gesellschaft ist die Rechnungslegung. Im Konzern ist auch sie konzerndimensional auszugestalten. Wie könnte dies erfolgen?

*Hommelhoff*²⁰⁰ schildert besondere Probleme und Mängel der Rechnungslegung von Konzernunternehmen und schlägt verschiedene Massnahmen zu deren Verbesserung vor. Die Gedanken wurden mit Bezug auf das deutsche Recht formuliert, treffen aber weitgehend auch für die Situation in der Schweiz zu, weshalb sich die Wiedergabe an dieser Stelle rechtfertigt. Sie illustrieren am Beispiel der Rechnungslegung das generelle Problem der Information im Konzern.

- Bedarf nach Komplettierung der Rechnungslegung:
Die Rechnungslegung muss die Probleme besser berücksichtigen, die sich aus dem Charakter des Konzerns ergeben, der gleichzeitig Einheit und Vielheit ist. Die konsolidierte Konzernbilanz stellt den Konzern als Einheit dar und klammert die konzernspezifischen Risiken (Haftung für andere Glieder des Konzerns, Finanzierungsverantwortung) aus. Für den Informationsberechtigten der Mutter- oder einer Tochtergesellschaft wird aus der Konzernbilanz

¹⁹⁷ Erst in einem weiteren Schritt wird zu fragen sein, was zu gelten hat, wenn die Tochter dazu nicht in der Lage ist. Dann wäre auch der Kreis der Auskunftspflichteten konzerndimensional zu fassen und auf diejenigen Konzernglieder auszugliedern, die über die geschuldete Information verfügen.

¹⁹⁸ Im Vordergrund steht der Schutz der Unternehmensgeheimnisse der Mutter. Zu denken ist dabei aber ebenfalls an das Konzept von zwei getrennten Informations- bzw. Wissenssphären (vgl. FN 193).

¹⁹⁹ Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, diesen Fragenkomplex abhandeln zu wollen. Für eine Einführung in das Thema am Beispiel des Bankkonzerns (mit dem Bankgeheimnis als mögliche Schranke für den Informationsfluss zwischen den Konzerngliedern) vgl. die Arbeit von *Margiotta* (2002).

²⁰⁰ Hommelhoff, 1999, 443ff.

nicht klar, welche konzernspezifischen Risiken für „seine“ Gesellschaft bestehen.

Zudem gehen die Informationsberechtigten der Tochter in Bezug auf Informationen über die Mutter fast leer aus: Sie haben keinen Anspruch auf die konsolidierte Bilanz und keine Möglichkeit, sich gezielt über die konzernspezifischen Risiken und die besondere Lage der Tochter innerhalb des Konzerns zu informieren.

Der Konzernabschluss und der Einzelabschluss sind nicht aus einem einheitlichen Informationsgedanken heraus gestaltet und greifen deshalb nicht genügend ineinander über: Der Einzelabschluss übergeht die Konzernverflechtung der einzelnen Gesellschaften bzw. die Einheit des Konzerns²⁰¹; der konsolidierte Abschluss wiederum übergeht die Vielheit des Konzerns und damit die Überlagerung verschiedener Interessen und die konzernspezifischen Risiken. Bei jeder Gesellschaft müsste die Berichterstattung alle Glieder des gleichen Konzernstammes bzw. Risikostammes angeben und diese mit einbeziehen. Es müssten v.a. diejenigen Risiken erfasst und ausgewiesen werden, die nach Vertrags-, Gesellschafts- und Konzernrecht trotz der Haftungstrennung auf die Gesellschaft durchschlagen können.

- Informationsinstrumente:

Aus dem obigen Befund heraus fordert *Hommelhoff* die Ergänzung der Rechnungslegung durch neue Informationsinstrumente. Es brauche sowohl den Einzelabschluss (für die detaillierte Information über die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage und auch über die konzernspezifischen Risiken, denen die einzelnen Gesellschaften ausgesetzt sind) als auch den Konzernabschluss (der über den Konzern als Ganzes informiert).

Der Konzernabschluss müsse mehr sein als die konsolidierte Bilanz der Mutter, denn er solle über den Konzern als Ganzes informieren, ohne ihn jedoch als Einheit darzustellen und die rechtliche Selbständigkeit der Gliedgesellschaften zu vernachlässigen und so u.a. die besonderen Haftungsverhältnisse untergehen zu lassen²⁰².

- Information über die Tochter:

Um den Informationsberechtigten in den Tochtergesellschaften jene Gesamtinformation über den Konzern zu verschaffen, müsse man ihnen den Konzernabschluss zur Verfügung stellen.

Zudem bräuchten die Informationsgläubiger Zusatzinformationen im Einzelabschluss und im Einzellagebericht, denn die Lage einer Tochter sei nicht nur von der Stellung im Markt bestimmt, sondern vor allem durch die Chancen und

²⁰¹ In der Schweiz schafft Art. 663a Abs. 4 OR ein Stück weit Transparenz über die finanzielle Verflechtung im Konzern und die sich daraus ergebenden Risiken: die Bilanz muss „die Gesamthöhe der Beteiligungen, der Forderungen und der Verbindlichkeiten gegenüber anderen Gesellschaften des Konzerns oder Aktionären, die eine Beteiligung an der Gesellschaft halten“, separat ausweisen.

²⁰² Dazu ein Beispiel: Die Mutter ist wegen eines notwendigen Verlustausgleichs bei einer Tochter selbst im Bestand gefährdet, dies ist aber aus der konsolidierten Bilanz nicht ersichtlich, weil wegen anderen gesunden Töchtern ein positives Gesamtbild des Konzerns entsteht. Nach *Hommelhoff* müsse in einem solchen Fall der Konzernabschluss auch Informationen zur Lage über einzelne Gesellschaften enthalten. Das habe so zu erfolgen, dass aus den Lageberichten (das OR verwendet den Ausdruck „Jahresbericht“, Art. 662 Abs. 1 OR, Art. 663d OR) der einzelnen Gliedgesellschaften diejenigen Informationen in den Konzernlagebericht übernommen werden, die für den Gesamtkonzern bedeutsam seien.

Risiken, die die Mutter ihr innerhalb des Konzerns zuweise. Der Lagebericht der Tochter müsse als zentrales Instrument eingesetzt werden, um die konzernspezifischen Chancen und Risiken zu vermitteln. Aus diesem Grund seien weitgehende Pflichtinformationen im Lagebericht der Tochter aufzuführen. Sodann sei im Lagebericht der Tochter auch die *Konzernsensibilität* der darin enthaltenen Information zu beschreiben und zu erläutern.

- Informationsbeschaffung:
Damit sie ihre Informationspflichten gegenüber ihren Informationsberechtigten erfüllen könne, sei der Verwaltung der Tochter ein Informationsanspruch gegen die Mutter und gegen andere Glieder zu geben, bzw. die Verwaltung der Mutter wäre zur spontanen Informierung zu verpflichten. Denkbar wäre es, dass ein Katalog von Informationsgegenständen aufgestellt werde. Im Zentrum stehen würde die Politik, die die Mutter gegenüber der Tochter verfolgen will und welche Funktion und Stellung sie ihr beimessen wolle²⁰³.
- Konzernsensibilität:
Die Tochter muss bei der Erfüllung ihrer Informationspflichten die *Konzernsensibilität*²⁰⁴ der gelieferten Informationen beschreiben und erläutern („wie kann sich das Mitgeteilte wegen dem Konzerneinfluss ändern, weshalb, wann?“).

Hommelhoff sieht seine Vorschläge als *de lege ferenda*. Ein grosser Teil dieser Anliegen kann *de lege lata* berücksichtigt werden. Dies wird in dieser Arbeit aufgezeigt. Durch das Zusammenspiel verschiedener positiver Normen entstehen rechtliche Anforderungen an die Informationsordnung im Konzern, die den Postulaten sehr nahe kommen.

1.7.5 Besonderer Informationsbedarf im Finanzwesen

Ein besonders sensibler Bereich der Geschäftsführung im Konzern sind zweifellos die Finanzen²⁰⁵, weshalb sich auch besondere Fragen stellen bzw. spezielle Problembereiche identifiziert werden können²⁰⁶:

- Welche der Organe der Konzernunternehmen tragen die Verantwortung für eine ordnungsgemässe Konzernfinanzierung und konzernweite Risikosteuerung?

²⁰³ Vgl. S. 71ff. zur Leitungsausübung im Konzern und zu den Möglichkeiten einer rechtlich zulässigen Konzernleitung.

²⁰⁴ vgl. oben S. 54

²⁰⁵ Das in der Literatur (z.B. Vogel, 1997, 113f.) diskutierte Missbrauchspotential im Konzern bezieht sich denn auch zu einem grossen Teil auf die finanzielle Problematik des „Ausblutens“ der Tochter durch

- vom Marktpreis abweichende konzerninterne Verrechnungspreise;
- nachteilige konzerninterne Dienstleistungen oder Konzernumlagen;
- konzerninterne Sicherungsgeschäfte ohne Risikoprämie für die sicherheitsleistende Gesellschaft;
- unentgeltliche Abgabe von Geschäftschancen an andere Konzernglieder;
- konzernweites Cash-Management-System, bei dem keine marktüblichen Zinsvergütungen ausgerichtet oder die Geldmittelüberlassung nicht genügend abgesichert werden.

²⁰⁶ Lutter/Scheffler/Schneider, 1998, 17

- Welche Aufgaben verbleiben den Tochterorganen bei der Finanzierung?
- Wie wirken die Organe der Mutter bei Kapitalmassnahmen bei der Tochter mit?
- Wie ist das Gewinnbeteiligungsrecht der Aktionäre der Mutter gegen eine Gewinnthesaurierung bei der Tochter geschützt?
- Wie sind die Gläubiger der Mutter gegen die „strukturelle Nachrangigkeit“²⁰⁷ ihrer Forderungen geschützt?
- Welche Grenzen bestehen für konzerninterne Darlehen?
- Unter welchen Bedingungen ist die Einführung eines konzernweiten Cash-Managements zulässig?
- Hat eine Tochter Anspruch auf Zuweisung von Investitionskapital und Liquidität?
- Wie kann die Aussagekraft der finanziellen Berichterstattung der einzelnen Gesellschaft, die durch die konzerninternen Geschäfts- und Finanzbeziehungen bzw. den damit möglichen Vermögensverlagerungen zwischen den einzelnen Gesellschaften gefährdet ist, gewahrt werden?
- Haben die Aktionäre und Gläubiger der Tochter Anspruch auf Orientierung über die besonderen finanziellen Risiken, die die Konzernierung für sie mit sich bringt?
- Entspricht die Berichterstattung²⁰⁸ der konzernweiten Koordination bzw. der Zentralisierung des Finanzwesens, ist sie insb. vereinheitlicht und kontinuierlich? Wer ist für die Berichterstattung zuständig und wer hat Zugang dazu²⁰⁹?

1.7.6 Kontextinformation bei der konzernierten Gesellschaft

Im Zusammenhang dieser Arbeit gehen die Überlegungen von der Tochter und ihren Organen aus. Sie ist eine eigene juristische Person, auch wenn sie unter einheitlicher Leitung steht. Dies umso mehr, wenn wie hier die Konzernierung bzw. Ausübung der einheitlichen Leitung als faktischer Vorgang verstanden wird²¹⁰. Deshalb ist für alle Organe der Tochter diese der „focal event“ – der Konzern bildet den Kon-

²⁰⁷ Der Begriff bezeichnet das Phänomen, dass die Gläubiger der Mutter in deren Konkurs leer ausgehen können, weil die wesentlichen Haftungssubstrate bei den Töchtern liegen (z.B. als Kapital, Produktionsanlage) – sie kommen dann erst zum Zug, wenn alle Tochtergläubiger befriedigt worden sind und vom Kapital der Tochter noch etwas übrig ist.

²⁰⁸ Die konzernweite, vereinheitlichte Berichterstattung dient folgenden Zielen (Lutter/Scheffler/Schneider, 1998, 17f.):

- Steuerung und Vereinheitlichung der Liquidität
- Abstimmung, Koordinierung und Steuerung der Bankenpolitik
- Kontrolle der langfristigen Verschuldung
- Kontrolle der einzelnen Konzerngesellschaften gewährten Finanzierungshilfen (Garantien, Patronatserklärungen, Sicherheiten, Bürgschaften)
- Steuerung der Eigenkapitalausstattung
- Kontrolle und Sicherung der konzernweit optimalen Kapitalstruktur.

²⁰⁹ Oft ist die Berichterstattung ein Abbild der Konzernleitung: wo Bericht erstattet werden muss, kann vermutet werden, dass die Mutter Einfluss ausübt bzw. eine Geschäftsführungsaufgabe konzernweit zentral wahrnimmt.

²¹⁰ vgl. unten S. 71ff.

text²¹¹. Die Information über den Konzern wird deshalb hier als Kontextinformation zur Information über die Tochter betrachtet²¹².

Die Pflicht zur Lieferung von Kontextinformationen ist rechtlich relevant, weil es zur geschuldeten Qualität der Information gehört, dass die betreffende Information in den richtigen Kontext gestellt ist. Ohne Kontextinformation kann die Information vom Empfänger nicht richtig verstanden werden und dessen Recht auf die Information läuft ins Leere²¹³.

Der Konzern ist ein ganz spezifischer Kontext für die Information in der Tochter und über die Tochter. Es ist z.B. nicht das Gleiche, wenn das in der Bilanz der Tochter aufgeführte wesentliche Darlehen der Konzernmutter oder einer Drittgesellschaft gewährt wurde²¹⁴. Es ist auch wesentlich zu wissen, ob ein bestimmter Entscheid des Tochter-Verwaltungsrats von der Mutter vorbereitet bzw. vorbestimmt wurde, denn die Möglichkeit, dass die Mutter ihre Leitungsmacht ausüben kann, führt dazu, dass der Verwaltungsrat der Tochter ganz anders handelt als er dies in der unabhängigen Gesellschaft tun würde.

Der Konzern ist aber nicht nur ein besonderer Kontext für die Tochter, er schafft auch einen ganz eigenen Informationsbedarf, der mit der Ausübung der Konzernleitung bzw. der damit einhergehenden Abhängigkeit einhergeht. Diese besondere Information muss der Verwaltungsrat der Tochter zu Verfügung haben, um seine gesetzlichen Aufgaben erfüllen zu können.

These:

Die Information in einer und über eine Unternehmung scheint in ihrer Qualität gefährdet, wenn diese Teil eines Konzerns ist.

²¹¹ Auch wenn der Konzern als faktisches Organ der Tochter zu sehen ist, also rechtlich als Teil der Tochter erscheint, ist er in Anwendung des sprachwissenschaftlichen Kontextbegriffes als Kontext zu betrachten, nicht als zentrales Ereignis. Für die Tochterorgane ist ja bloss die Leitungsausübung direkt relevant, während sehr grosse Teile des Konzerns völlig im Hintergrund stehen können.

²¹² Ein anderer möglicher Ansatz wäre der, dass die Mutter durch ihre Stellung als faktisches Organ der Tochter als Teil derselben betrachtet wird. Diese Sicht missachtet aber den Charakter des Konzerns, wo je nach Zusammenhang mal die Vielheit, mal die Einheit im Vordergrund steht. Die Sicht des Konzerns als Kontext des einzelnen Konzernglieds entspricht dieser Sicht besser.

²¹³ Zur Informationsqualität als Bestandteil einer Pflicht auf Informationsleistung vgl. supra S. 33ff.
²¹⁴ Bei einem Darlehen an Dritte besteht eine höhere Richtigkeitsgewähr: Man kann davon ausgehen, dass die Geschäftsleitung die Vergabe eines solchen Darlehens intensiver prüft als bei einer Kreditgewährung an die Mutter und bei ihrem Entscheid nur das Interesse der eigenen Gesellschaft berücksichtigt, nicht auch noch das Konzerninteresse. Generell erscheinen aus der Perspektive des „dealing at arm's length“ in der abhängigen Konzerngesellschaft alle Entscheide als potentiell zweifelhaft, d.h., als möglicherweise fremdbestimmt und –nützig, weil die Mutter die (faktische) Möglichkeit hat, diese zu beeinflussen (Leitungsmacht).

1.7.7 Sonderordnung des Konzerns und besondere Informationsordnung des Konzerns

Alle bisher angeführten Argumente laufen auf die Anpassung (aber immer *de lege lata*) der aktienrechtlichen Informationsordnung an die Besonderheiten des Konzerns hinaus. Ist diese besondere Informationsordnung für den Konzern gerechtfertigt?

Der Konzern ist ein primär wirtschaftliches Phänomen, das rechtliche Folgen nach sich zieht. Zum einen wird dies im positiven Recht anerkannt, indem für den Konzern Sondernormen geschaffen wurden (im Aktienrecht v.a. Art. 663e OR). Aber auch bei der Anwendung der nicht konzernspezifischen Normen des Aktienrechts müssen die tatsächlichen Besonderheiten, die aus der Konzernierung entstehen, berücksichtigt werden. Das Recht kann die Tatsache, dass Konzernunternehmen nicht wie konzernfreie Unternehmen handeln, nicht einfach ignorieren, sondern muss die tatsächlichen Unterschiede berücksichtigen. Ein Grossteil dessen, was als das „Konzernrecht“ gilt, besteht aus der Differenzierung der bestehenden rechtlichen Regeln zur sachgerechten Anwendung auf das Phänomen „Konzern“²¹⁵. Es wird also nicht eine vom Gesellschaftsrecht losgelöste neue Ordnung erfunden, sondern es werden im Rahmen der normalen Rechtsanwendung die vorhandenen Auslegungs- und Differenzierungsspielräume so genutzt, dass für Konzernsachverhalte adäquate Lösungen gefunden werden können.

In diesem Sinne besteht durchaus eine „Sonderordnung“ des Konzerns, ein Konzernrecht. Oben wurde geschildert, welche Besonderheiten für die Informationsordnung im Konzern bestehen. Es zeigt sich, dass die etablierte Auslegung der aktienrechtlichen Bestimmungen, die die Informationsordnung der Gesellschaft ausmachen, für diese Besonderheiten zu eng ist. Wie dargestellt wird²¹⁶, führt die Konzernierung zu einer zusätzlichen Dimension der Information über und in der Gesellschaft: Die Einbindung in den Konzern führt dazu, dass die Informationsberechtigten in der Tochtergesellschaft ein spezifisches Hintergrundwissen benötigen, um die Informationen, die sie erhalten, richtig einordnen und bewerten zu können (Stichwort: Die Information muss konzerndimensional sein).

Bei der Gestaltung dieser Sonderordnung für das Informationswesen im Konzern kommt die Funktion des Konzernrechts als Organisationsrecht²¹⁷ stark zum Tragen. So verstanden hat das Konzernrecht die Aufgabe, das Phänomen Konzern durch eine gebotene Verteilung der Rechte und Pflichten der Beteiligten und Aussenstehenden rechtlich zu gestalten²¹⁸. Dabei muss die *gesellschaftsrechtliche Konzeption* geschützt werden. Darin ist ein angemessener Missbrauchsschutz enthalten. Z.B. soll das Konzernrecht die Aktionärsrechte der freien Tochter-Aktionäre schützen. Diese Arbeit handelt vom Inhalt der *aktienrechtlichen Informationsordnung* im Kon-

²¹⁵ vgl. dazu die Übersicht über die Gerichtspraxis bei Druey/Vogel, 1999

²¹⁶ vgl. S.18, 22, 54

²¹⁷ vgl. die Bemerkungen dazu oben Kap. 1.6.3

²¹⁸ Zum Thema des Konzernrechts als Organisationsrecht und als Missbrauchsschutz vgl. S. 43.

zern und der Organisation des Informationswesens in der konzernierten Aktiengesellschaft²¹⁹.

²¹⁹ Die Organisation des Informationswesens im Konzern ist genauso sehr Aufgabe des Rechts wie die Organisation der Leitung im Konzern, oder anders gesagt: Die Informationsordnung der AG ist im Konzern genauso bedroht und zu schützen wie die Leitungsordnung.

1.8 Überleitung in den weiteren Gang der Arbeit

Es hat sich im ersten, deskriptiv geprägten Teil der Arbeit gezeigt, dass die richtige Kommunikation im Unternehmen äusserst anspruchsvoll und vielschichtig ist. Im Folgenden soll ein Versuch unternommen werden, ein Inventar über die Möglichkeiten zur Herleitung einer Rechtspflicht der Mutter zur Informierung der Tochter zu erstellen. So weit wie möglich wird dabei auf die im deskriptiven ersten Teil gewonnenen Erkenntnisse zurückgegriffen. Es muss dabei jedoch bewusst bleiben, dass die *justiziablen Rechtsansprüche* auf Information nur ein Teilbereich der richtigen Information im Konzern sind. Die Pflicht zur Organisation des Informationssystems ist jedoch Teil der *umfassenden Leitungspflichten der Organe* und die Verletzung dieser Pflicht führt zu einer Haftbarkeit.

Zunächst werden im zweiten Teil der Arbeit die rechtlichen Grundlagen erarbeitet, die die Rahmenbedingungen für das Informationswesen der konzernierten Aktiengesellschaft bilden. Welche Normen prägen dieses und wie können sie zur Begründung des Informationsanspruches der Tochter gegenüber ihrer Mutter herangezogen werden?

Die bei dieser Untersuchung gewonnenen, in Thesen gefasste Erkenntnisse sollen im dritten Teil anhand von konkreten Informationsansprüchen exemplifiziert und getestet werden.

Wo immer angebracht, sollen Hinweise auf die Gerichtspraxis und ausländische Rechtsordnungen zeigen, dass das Bedürfnis nach einer besonderen Konzernordnung anerkannt ist und diese auch die Informationsordnung betrifft.

2 Rechtspflicht zur Gestaltung der Informationsordnung im Konzern

2.1 Vorbemerkung: Braucht es überhaupt eine Rechtspflicht?

Im Normalfall dürfte die Mutter die Tochter bereits freiwillig mit den Informationen versorgen, die diese zur Führung der Geschäfte im Rahmen des Konzerns braucht. Sie hat ja generell ein Interesse an einer effizienten Geschäftsführung und an einer optimalen An- und Einpassung der Tätigkeit der Tochter in das Netzwerk des Konzerns, weshalb die Informierung der Tochter als normaler Bestandteil der Konzernleitung erscheint.

Die Tochter (und ihre Stakeholder) haben jedoch trotz des regelmässig auftretenden Phänomens der Interessenkonvergenz²²⁰ oft Interessen, die von denjenigen der Mutter bzw. des Konzerns abweichen²²¹. In solchen Fällen ist der Informationsfluss nicht mehr gewährleistet, denn durch die Steuerung der Information kann die Mutter die Entscheidungen der Tochter beeinflussen. In solchen Situationen ist für - beide Seiten - das Zurückhalten von Informationen eine der naheliegendsten Möglichkeiten, die eigenen Interessen zu wahren bzw. gar keinen offenen Konflikt aufkommen zu lassen.

Besteht ein Recht auf Information, so schützt dieses davor, dass die Information selektioniert, gefiltert oder manipuliert wird. Solche Information wäre von ungenügender Qualität und würde den Informationsanspruch nicht erfüllen. Es handelt sich somit um einen Schutz der Integrität der Information.

Die Begründung folgt verschiedenen Ansätzen:

- (a) Im ersten Teil der Arbeit wurden die Anforderungen dargestellt, die die neuere Betriebswirtschaftslehre und die Informationstheorie an die Informationsordnung im Konzern stellt. Diese Erkenntnisse sind für das Recht nicht irrelevant, denn sie finden auf verschiedene Art Eingang in das System der gesellschaftsrechtlichen Pflichten. Betriebswirtschaftslehre und Informationstheorie können zwar nicht direkt Rechtspflichten begründen, sie können jedoch herangezogen werden, wenn es darum geht, den Inhalt und die Modalitäten von bestehenden Informationsrechten und -pflichten zu konkretisieren. Es geht also darum, bestehende Normen so anzuwenden, dass sie als Schnittstelle zwischen dem Recht und der Betriebswirtschaftslehre bzw. der Informationstheorie wirken können.
- (b) In der gleichen Art wird untersucht, wie die dargestellten Erkenntnisse der Informationstheorie bzw. der Kommunikationswissenschaft Eingang in die rechtliche Argumentation finden können.

²²⁰ Druey/Vogel, 1999, 322f., vgl. infra FN 613

²²¹ von Planta, 1988, 27, zu den möglichen Motiven und Mitteln einer Mutter, ihre Tochter zu schädigen (bzw. deren Interessen zu missachten); American Law Institute, 1994, 325ff.

- (c) Das Verhältnis zwischen Konzernmutter und –tochter begründet Rechte und Pflichten eigener Art und ist besonders zu thematisieren. Insbesondere ist näher zu untersuchen, wie die Ausübung der einheitlichen Leitung im Konzern rechtlich zu erfassen ist, denn das rechtlich Zulässige deckt sich nicht mit dem faktisch Praktizierten.
- (d) Schliesslich ist die Anwendbarkeit einer Vielzahl von tradierten Rechtsfiguren auf das Verhältnis Mutter/Tochter zu untersuchen.

Konzernrecht wird in diesem Zusammenhang sowohl als *Missbrauchsschutz* als auch als *Organisationsrecht* verstanden²²².

Die Notwendigkeit des Missbrauchsschutzes im Konzern braucht nicht mehr erörtert zu werden: Es ist allgemein anerkannt, dass das Konzernrecht einen adäquaten Missbrauchsschutz sicherstellen soll. Das Informationswesen im Konzern muss jedoch auch im Sinne eines Stücks Organisationsrechts²²³ gestaltet werden. Die Notwendigkeit ergibt sich daraus, dass sich für die Tochter durch die Konzernierung die gesamte aktienrechtlich vorgegebene Organisationsstruktur ändern kann. Betroffen sind die Kompetenz-, die Finanz- und die Informationsstrukturen. Das Nebeneinander von rechtlicher Selbständigkeit und wirtschaftlicher Bindung, die Probleme um die Interessenlage (Gemeinsamkeiten/Divergenzen) und die Abhängigkeit (Interessenpriorität und –bindung der Tochterverwaltung) schaffen besondere Probleme für die Geschäftsführung und die Informationsordnung im Konzern²²⁴. Genauso wie die Leitungsbeziehungen im Konzern organisiert werden müssen, müssen auch die Informationsbeziehungen organisiert werden²²⁵.

2.1.1 Informationsmotive

Welche (rhetorischen) Argumente²²⁶ sprechen für (oder allenfalls gegen) eine Pflicht der Obergesellschaft, ihrer Tochter Informationen zu liefern?

2.1.1.1 Ausübung von Leitung

Zunächst schafft jede Ausübung von Leitung ein ganz spezifisches Informationsbedürfnis aus der Seite des Anweisungsempfängers. Dieser braucht notwendigerweise die Informationen, um die Anweisung richtig zu verstehen und sie richtig, d.h., im Sinne des Anweisenden, zu erfüllen. Er muss den Kontext der Anweisung verstehen, um selbständig tätig zu werden.

²²² supra S. 43

²²³ Aufgabe ist, ein Informationssystem im Konzern zu beschreiben, das aus der Sicht der Betriebswirtschaftslehre und der Informationstheorie schlüssig, vollständig und praxistauglich ist. Ein weiterer – rechtlich geprägter Aspekt – ist der Schutz der aktienrechtlichen Ordnung, insb. der Leitungsordnung, der Kompetenzen der Organe und der Informationsordnung, vor der Entwertung im Konzern.

²²⁴ Theisen, 1991a, 119

²²⁵ Amstutz, 1993, 2; Druey, 1980, 336ff.

Meist sind die Leitungsbeziehungen auch Informationsbeziehungen.

²²⁶ Druey, 1995a, 199ff.

Dies ist auch im Konzern im hohen Masse der Fall: Die Konzernmutter übt die Leitung des Konzerns aus; die Leitung erfolgt mittels Information²²⁷. Die Verwaltung der Tochter braucht genügende Hintergrundinformationen, um tätig zu werden. Zu beachten ist, dass sie in der Lage sein muss, selbständig zu handeln, denn dies ist ihr als Rechtspflicht aufgetragen.

Über die Ebene der Informationsmotive hinaus geht die Frage, ob nicht die Ausübung von Leitung generell eine Informationspflicht begründet. Zu bedenken ist, dass die Leitung einen ausserordentlich intensiven Kontakt zwischen den involvierten Parteien schafft, der durchaus als Sonderbeziehung qualifiziert werden kann und deshalb von Treu und Glauben beherrscht wird²²⁸.

2.1.1.2 Organisation

Der Konzern ist eine Organisation mit einer konzernweiten Zuständigkeitsordnung. Das Informationsmotiv der Gleichbehandlung kommt auf doppelte Weise zum Tragen: Einerseits ist die Tochter selbst Teil der Organisation und hat als solche Anspruch auf die gleiche Versorgung mit Information wie die anderen Glieder. Andererseits sind die individuellen Organe der Konzerngesellschaften Teile der Konzernorganisation und können das Motiv der Gleichbehandlung anrufen.

2.1.1.3 Betroffenheit und Abhängigkeit

Die Mutter übt Leitung aus. Dies ist zwar ein faktischer Vorgang, rechtlich bleibt die Verwaltung der Tochter für die Geschäftsführung in der Tochter zuständig. Diese faktische Betroffenheit und Abhängigkeit von der Mutter und ihren Leitungshandlungen genügt jedoch, um sie als Informationsmotive zu aktualisieren.

2.1.1.4 Kontrolle

Ist das Verhältnis zwischen Mutter und Tochter als auftragsähnlich zu sehen²²⁹, so kommt das Motiv der Kontrolle zum Tragen: Die Tochter muss wissen, welche Leitungsinformationen wie vorbereitet werden, worauf sie beruhen, wer darin involviert ist, wie sie umgesetzt werden sollen.

²²⁷ vgl. dazu eingehend S. 88

²²⁸ vgl. das besondere Kapitel S. 154

²²⁹ vgl. dazu infra S. 88

2.2 Schnittstellen zwischen der Betriebswirtschaftslehre, der Informationstheorie und dem Aktienrecht

2.2.1 Die Geschäftsführungspflichten des Verwaltungsrates der Mutter und die Konzernleitungspflicht

Das Recht schreibt dem Verwaltungsrat eine treue und sorgfältige Geschäftsführung vor²³⁰. Was das materiell heisst, muss nach der hier vertretenen Auffassung unter Rückgriff auf die entsprechenden Konzepte der Betriebswirtschaftslehre bestimmt werden. Diese können sich als „*Best Practice*“-Regeln zu einem Standard entwickeln. Als Schnittstelle zwischen Betriebswirtschaftslehre und Recht im Vordergrund steht die Sorgfaltspflicht der Verwaltung. Diese²³¹ beinhaltet, die Unternehmung nach anerkannten betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu führen²³². Somit ist die Sorgfaltspflicht der Verwaltung der Konnex zwischen dem Recht und der Betriebswirtschaftslehre. Diese beschreibt die Voraussetzungen für das Funktionieren des Konzerns durch die Gestaltung von Strukturen (Organisation) und durch Prozesse (Unternehmensführung). Die Beteiligungen der Mutter, die den Konzern ausmachen, stellen Ressourcen der Mutter dar. Der Verwaltung der Mutter obliegt es, diese Ressourcen optimal einzusetzen, was durch die Leitung des Konzerns zu geschehen hat. Die Schaffung und Offenhaltung von Informationskanälen ist ein wesentlicher Teil der Leitungsaufgabe²³³.

Konzerne können zwar viele mögliche Organisations- und Leitungsstrukturen aufweisen. Notwendigerweise ist aber die Leitung aufgeteilt zwischen der Mutter und der Tochter²³⁴. Die Leitung im Konzern kann nur funktionieren, wenn die Informationsordnung des Konzerns der Leitungsordnung angepasst ist, d.h., wenn die Organe der Tochter über diejenigen Informationen verfügen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen.

Art. 717 Abs. 1 OR nimmt aber nicht nur die Verwaltung der Mutter in die Pflicht: Verzichtet der Verwaltungsrat der Tochter auf die Zugriffsmöglichkeit zu wesentlichen Planungs- und Entscheidungsgrundlagen und unternimmt sie nicht die notwendigen Schritte, um genügend informiert zu sein, dann verstösst er ebenso gegen seine Sorgfaltspflicht.

²³⁰ Art. 717 Abs. 1 OR

²³¹ Hofstetter, 2003, 304

²³² Homburger, 1997, N 538; Die vom Verwaltungsrat geforderte Sorgfalt ist objektiv zu bestimmen: Massstab ist das, was von einer Person in der Stellung des Verwaltungsratsmitgliedes einer bestimmten AG erwartet werden darf (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, 1996, 296).

²³³ Rechtskonforme Konzernleitung kann nach der hier vertretenen Auffassung nur durch Information erfolgen, vgl. 71ff.

²³⁴ Faktisch, weil keine Konzernleitung die Kapazität hat, jede Leitungshandlung bei der Tochter selbst vorzunehmen, rechtlich, weil das Aktienrecht der Tochter und ihrem Verwaltungsrat eine zwingende Mindestautonomie bzw. –kompetenz zuweist (vgl. dazu Seite 71)

Information ist in der Unternehmung eine ebenso wichtige Ressource²³⁵ wie die Finanzen. Es ist anerkannt, dass die Mutter (unter besonderen Umständen) die Pflicht hat, die Tochter mit genügenden Finanzen auszustatten, will sie nicht Gefahr laufen, aus Vertrauenshaftung verantwortlich gemacht zu werden²³⁶. Analoges muss für die Ressource Information gelten, und zwar für beide möglichen Aspekte der Information:

- (a) Der Konzern ist aus der Sicht der Betriebswirtschaftslehre eine komplexe Organisation, ein Netzwerk, multipolar und arbeitsteilig²³⁷. Die Konzernglieder funktionieren nicht autonom, sondern in das Netzwerk eingebunden. Ein besonderes Kooperationsbedürfnis ergibt sich daraus, dass viel für die Geschäftsführung im Netzwerk notwendige Information in verschiedenen Gliedern des Konzerns gelagert ist. Das einzelne Glied braucht deshalb Zugang zu dieser Information. Die Mutter muss der Tochter mit genügend Geschäftsführungswissen ausstatten, bzw. ihr den Zugang zum Wissen, das bei ihr gelagert ist, ermöglichen.
- (b) Die Betriebswirtschaftslehre betont auch die Bedeutung der Information als Know-how im Allgemeinen und dass dieses zur Steigerung der Produktivität unternehmensweit eingesetzt werden muss. Da Synergieeffekte zu einem wesentlichen Teil auf den Informationsaustausch zwischen den verbundenen Unternehmungen beruhen, muss im Konzern der Grundsatz der Vergemeinschaftung der Information gelten, d.h., die Informationen aller Konzernglieder sollen möglichst gut zusammengeführt und allen zugänglich gemacht werden. Das Informationsmanagement geht davon aus, dass immer komplexere Organisationen eine ungleiche Verteilung des Know-hows bewirken und zur Bildung von Wissensinseln führen. Aufgabe des Informationsmanagements sei es deshalb, das im Unternehmen vorhandene Wissen zu erfassen, effizient einzusetzen, zu sichern und zu generieren²³⁸. Die Einrichtung eines konzernweiten Informationsmanagements gehört damit zu den Geschäftsführungsaufgaben einer Konzernleitung.

2.2.2 Wahrung des Integritätsinteresses

Das Konzept des Integritätsinteresses wird unten²³⁹ erläutert. Es ist klar, dass die damit gemeinte wirtschaftlich-organisatorisch verstandene Selbständigkeit der Tochter beinhaltet, dass die Verwaltung der Tochter die – nach betriebswirtschaftli-

²³⁵ Wird die Information als Ressource betrachtet, können je nach Umständen entweder ihre Funktion in der Leitung im Vordergrund oder ihr direkt verwertbarer, d.h., in Mehrwert umsetzbarer, Nutzen im Vordergrund stehen. Ersteres ist der Fall bei Handlungsanleitungen (Weisungen). Letzteres etwa bei Information in der Form von Immaterialgüterrechten, Know-how oder Wissen um Geschäftschancen.

²³⁶ „Aufgrund der konkreten Vertrauenslage kann die Muttergesellschaft namentlich die Pflicht treffen, das Tochterunternehmen wirtschaftlich genügend abzusichern, ihm – mit anderen Worten – diejenigen Mittel zur Verfügung zu stellen, die aus dem Blickwinkel redlicher Geschäftsleute erforderlich sind, um die realistischerweise zu erwartenden Risiken abzudecken.“ (BGE 120 II 331, E. 5b); vgl. auch Glanzmann, 1996, 152ff.; Glanzmann, 1997, 51ff.

²³⁷ supra S. 15ff.

²³⁸ Dürr, 1997, 76ff.; Kmuche, 1997, 18ff.

²³⁹ S. 76

chen Methoden ermittelten – Mittel und notwendigen Geschäftsführungskompetenzen haben muss, die Tochter zu führen. M.a.W.: Die Betriebswirtschaftslehre bestimmt, was die Verwaltung der Tochter praktisch muss tun können, damit die Geschäftsführung als „autonom“ bezeichnet werden kann.

2.3 Gesellschaftsrechtliche Ansätze zur Begründung einer Informationspflicht der Mutter

2.3.1 Konzernleitungsmodell: zulässige Leitung im Konzern und Schutz der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung

Das Aktienrecht definiert den Konzern in Art. 663 Abs. 1 OR als Zusammenfassung einer oder mehrerer Gesellschaften unter einheitlicher Leitung. Den Begriff der einheitlichen Leitung umschreibt es nicht weiter, insbesondere ist gar nicht darüber ausgesagt, ob es sich nur um die Erfassung der einheitlichen Leitung als tatsächlichen Vorgang handelt, oder ob damit der Konzernmutter damit eine Kompetenz zur Leitung des Konzerns durch rechtlich verbindliche Weisungen an die Tochter eingeräumt wird. Verschiedene Autoren haben sich auf den Standpunkt gestellt, die Erwähnung und Definition des Konzerns im Aktienrecht von 1991 legitimiere die Ausübung der Leitungsmacht durch die Obergesellschaft²⁴⁰.

Die Ausübung von einheitlicher Leitung charakterisiert den Konzern. Ohne die Ausübung von Leitungsmacht könnten Konzerne nicht bestehen. Jedoch ist mit dieser Aussage noch nicht impliziert, auf welche Weise (mit welchen Leitungsmitteln) die einheitliche Leitung hergestellt und ausgeübt werden kann und welche rechtlichen Konsequenzen diese hat. Fraglich ist, ob die einheitliche Leitung nur dann erfolgen kann, wenn der Obergesellschaft das Recht zugestanden wird, der Verwaltung *Weisungen* zu erteilen, welche diese rechtlich *binden*²⁴¹. Diesem Modell ist das deutsche Recht für den Fall des Beherrschungsvertrags und der Eingliederung gefolgt und in den §§ 308 und 323 dem herrschenden Unternehmen die Befugnis gegeben, dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft Weisungen zu erteilen. Die Weisungen sind für den Vorstand der beherrschten Gesellschaft bindend, sofern sie nicht offensichtlich im *Konzerninteresse* liegen²⁴². Ausserhalb dieser beiden besonderen Konzernarten (d.h., insb. beim faktischen Konzern) wird das Bestehen eines Weisungsrechts hingegen verneint²⁴³. Ein rechtlich bindendes Weisungsrecht der Obergesellschaft wird von einem Teil der Lehre auch für das

²⁴⁰ so insbesondere von Büren, 1997, 52 und von Büren/Brechbühl, 1996, 548f.; differenzierend Forstmoser, 2000, 105ff.

Von Büren/Brechbühl, a.a.O., übernehmen den Weisungsbegriff des Auftragsrechts und bezeichnen sie als einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Die Weisung brauche aber nicht rechtlich erzwingbar zu sein, sondern es genüge die faktische Durchsetzbarkeit. Sie sei als Mittel der zentralen Leitung im Konzern unabdingbar und aus dem Konzernalltag nicht wegzudenken. Die von diesen Autoren angeführte Fundstelle bei Böckli, 1996, 803 (RZ 1531) bezieht sich allerdings nicht auf Weisungen im Konzernverhältnis, sondern auf die Weisungsbefugnis des Verwaltungsrats (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR).

Nach der hier vertretenen Auffassung besitzt die Mutter kein Weisungsrecht gegenüber der Tochter das vergleichbar wäre mit jenem des Auftraggebers oder des Verwaltungsrats. Dies wäre mit dem Integritätsinteresse der Tochter, wie es auch in der Rechtsprechung zum Ausdruck kommt (vgl. S. 84.).

²⁴¹ und im Gegenzug von ihrer Verantwortung entlasten

²⁴² Emmerich/Sonnenschein, 1997, 313

²⁴³ Emmerich/Sonnenschein, 1997, 59

Schweizer Recht gefordert²⁴⁴. Andere Autoren weisen hingegen auf das Paradox des Konzerns hin, nämlich dass die einheitliche Leitung der Konzerngesellschaften vom Gesetzgeber vorausgesetzt wird, die Geschäftsführung in der Gesellschaft in Art. 716a OR aber nach wie vor dem Verwaltungsrat der einzelnen Gesellschaft aufgetragen ist und als „unübertragbar und unentziehbar“ bezeichnet²⁴⁵. Diese Auffassung schliesst ein formelles Weisungsrecht der Mutter aus²⁴⁶.

Nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung muss wegen des beschränkten Normzwecks der Norm und der Entstehungsgeschichte von Art. 663e Abs. 1 OR ausgeschlossen werden, dass mit der Erwähnung des Konzerns und der einheitlichen Leitung als definierendem Merkmal auch gleich die Leitungsordnung im Konzern festgelegt und damit die gesetzliche Leitungsordnung des Art. 716a OR für den Fall des Konzerns modifiziert werden sollte²⁴⁷. Deshalb muss untersucht werden, wie die einheitliche Leitung im Konzern erfolgen kann, ohne dass sie gegen die in Art. 716a OR verstösst.

Die Leitung im Konzern ist der Kernpunkt des Konzernrechts. Sie macht den Konzern schon per definitionem aus (Art. 663e Abs. 1 OR: „einheitliche Leitung“). Die Frage, wie die Leitung im Konzern rechtlich zu erfassen ist bzw. wie sie zulässigerweise ausgeübt werden darf, ist deshalb zentral. Dass in einem Konzern (notwendigerweise) Leitung ausgeübt wird, ist unbestritten. Wie darf diese aber in rechtlich zulässiger Weise ausgeübt werden? Die Frage wird in der Lehre unterschiedlich beantwortet, weshalb im folgenden die wichtigsten Ansätze dargestellt werden und dann versucht wird, deren Gemeinsamkeiten im hier interessierenden Bereich der Informationspflicht der Mutter gegenüber ihrer Tochter herauszuschälen. Zunächst wird dargestellt, wie nach der Auffassung der Betriebswirtschaftslehre die Konzernleitung möglich sein muss, dann wird untersucht, wie viel Konzernleitung auf welche Weise in rechtlich zulässiger Weise ausgeübt werden kann. Wie sich zeigen wird, ergibt sich ein Widerspruch zwischen dem Anspruch der Tochter auf Integrität und der einheitlichen Leitung im Konzern²⁴⁸. Die Lehre hat sich verschiedentlich mit diesem „Konzernparadox“²⁴⁹ auseinandergesetzt und Vorschläge zu dessen Auflösung erarbeitet. Im Folgenden werden diese Modelle rechtmässiger Konzernleitung und die Rolle des Informationsflusses von der herrschenden zur abhängigen Gesellschaft dargestellt

²⁴⁴ Böckli, 1996, 854; Böckli, 2000, 64; Druey/Vogel, 1999, 107 (FN. 20), interpretieren die Gerichtspraxis zu den fiduziarischen Verwaltungsräten dahingehend, dass Weisung grundsätzlich gültig seien.

²⁴⁵ Albers-Schönberg, 1980, 197ff.; Amstutz, 1993, 387ff.; Druey, 1998a, 80ff.; Druey/Vogel, 1999, 32ff.; Forstmoser, 2002a, 15; Forstmoser, 2002b, 387 (bezeichnet das Paradox als unlösbar)

²⁴⁶ So ausdrücklich Amstutz, 1993, 404

²⁴⁷ Der Gesetzgeber wollte ganz ausdrücklich kein eigentliches Konzernrecht schaffen, sondern bloss in diesem isolierten Punkt (Rechnungslegung) einen Missstand beheben (vgl. Botschaft, 73ff.). Die Gestaltung der Leitungsordnung des Konzerns geht aber weit über dies hinaus, so dass davon auszugehen ist, dass sie zu den „mannigfaltigen Problemen ... die in einer weiteren Revisionsphase gelöst werden müssen“ (Botschaft, 5) gehört. Mit anderen Worten liegt bezüglich der Leitung im Konzern eine Lücke vor.

²⁴⁸ Vgl. infra S. 76ff.

²⁴⁹ Druey, 1998a

2.3.1.1 Inhalt der Konzernleitung aus betriebswirtschaftlicher Sicht

Die Betriebswirtschaftslehre sieht folgende Inhalte als die originären Führungsaufgaben der Konzernleitung²⁵⁰:

- Festlegung der Unternehmensphilosophie und –politik im Konzern
- Festlegung der Konzernstruktur (insb. einheitliches Planungs-, Berichts-, Informations-, und Rechnungswesen)
- Festlegung von konzernweiten Prioritäten und Zuteilung von Ressourcen
- Koordination der Konzernunternehmen, Entscheidung über Massnahmen von wesentlicher Bedeutung für den Konzern (grosse Investitionsvorhaben, Erwerb von Beteiligungen, Umstrukturierungen)
- Überwachung der Geschäfts- und Ergebnisentwicklung der Konzernunternehmen
- Besetzung wichtiger Führungspositionen.

Zu bemerken ist, dass wesentliche Elemente der Konzernleitung gar nicht in „Weisungen“ bestehen oder der rechtlich verbindlichen Weisung²⁵¹ bedürfen. Zum Teil handelt es sich um sog. „weiche“ Leitungsmittel (z.B. Unternehmensphilosophie), zum Teil um solche, die mittels Einsatz der (faktisch, nicht rechtlich, wirksamen) Leitungsmacht durchgesetzt werden können (z.B. Personalpolitik)²⁵².

Das *formelle* Handeln der Gesellschaftsorgane muss rechtskongruent sein. Das *informelle* Handeln entschlüpft hingegen dem Recht teilweise, weil dieses in erster Linie auf formelle Handlungsweisen abstellt. Jedoch kann das informelle Handeln eine Haftpflicht aus Verantwortlichkeit nach sich ziehen, wenn eine materielle Betrachtungsweise greift²⁵³. Das Recht lässt also durchaus Spielräume offen für informelle Handlungsweisen²⁵⁴. Der Konzern und insbesondere die Leitungsausübung im Kon-

²⁵⁰ Schmidt, 1993, 114ff.; Theisen, 1991a, 206

²⁵¹ Zur Frage der Zulässigkeit bzw. Verbindlichkeit von Weisungen vgl. S. 71f.

²⁵² Dass ein formell verbindliches Weisungsrecht der Mutter an die Tochter nicht notwendig ist, um den Konzern zu leiten, heisst aber nicht, dass ein rein faktisches Leitungsverhalten der Mutter nicht von rechtlicher Relevanz ist. Auch wenn die Konzernorganisation nicht explizit gesetzlich geregelt ist, ist die Mutter nicht frei darin, wie viel Spielraum und Autonomie sie der Tochter lassen will. Nicht nur das formelle Führungsverhalten muss die Vorgaben des Aktienrechts befolgen, auch das faktische darf jene nicht obsolet machen. Zudem wird das faktische Verhalten im Verantwortlichkeitsrecht erfasst.

Ist von der Führung die Rede, müssen folgende Ebenen der Führung auseinander gehalten werden (vgl. Theisen, 1991a, 205):

- (a) die rechtliche Führungskonstruktion, d.h., die gesetzlichen Vorschriften zur Organisation und Kompetenzordnung, die formellen (und rechtlich verbindlichen) Geschäftsführungshandlungen (d.h., das Organigramm einer Gesellschaft, wie es vom Aktienrecht vorgeschrieben wird);
- (b) die formale betriebswirtschaftliche Führungsorganisation als das Organigramm, wie es nach den betrieblichen Bedürfnissen erstellt wird – mehr oder weniger nach den Vorgaben der rechtlichen Führungskonstruktion;
- (c) das informelle Führungshandeln als das faktische Handeln an der rechtlichen und an der betriebswirtschaftlichen Führungsorganisation vorbei, das aufgrund der faktischen Verteilung der Leitungsressourcen und des tatsächlichen Einflusses möglich ist und sich informeller Mittel bedient.

²⁵³ Zur Stellung und Haftung des faktischen Organs siehe S. 107ff.

²⁵⁴ Das Beispiel der faktischen Organschaft zeigt, dass dem jedoch dort Grenzen gesetzt sind, und zwar tendenziell dort, wo die rein formelle Betrachtungsweise zu unbilligen Resultaten führen würde bzw. eine von der Rechtsordnung verpönte Rechtsumgehung vorliegen würde.

zern sind Paradebeispiele für informelles Handeln, das im Aktienrecht nicht explizit geregelt ist. Soll – de lege lata – die Zulässigkeit der Leitungsausübung im Konzern begründet werden, können diese Spielräume ausgenützt werden.

Die Ausübung der Konzernleitung hat aber verschiedene Leitplanken zu beachten:

2.3.1.2 Leitplanken für die Leitungsausübung im Konzern: Schutz der aktienrechtlichen Leitungsordnung durch Art. 716a OR und durch den Handelsregistereintrag

Ausgangspunkt der Überlegungen zu einem Modell der rechtlich zulässigen Konzernleitung sind die rechtliche Geschäftsführungsordnung der Aktiengesellschaft und die rechtliche Selbständigkeit der Tochter. Tatsächlich dreht sich die Diskussion hauptsächlich um die richtige Anwendung von Art. 716a OR im Konzern. Gefragt wird, wie sich die Leitungsaufgabe des Verwaltungsrates einer abhängigen Gesellschaft durch die Konzernierung ändert.

Die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung und damit die Stellung des Verwaltungsrates im Konzern sind nicht nur durch die Bestimmungen des Aktienrechts geschützt, sondern auch durch das Vertrauen, das durch den Eintrag der formellen Organe der Tochter ins Handelsregister (Art. 641 OR) entsteht. Der Sinn des Eintrages der formellen Organe in das Handelsregister ist der, dass die betreffenden Personen mit der Annahme und Beibehaltung des Amtes für eine sorgfältige und treue Erfüllung der übernommenen Aufgaben garantieren. Durch die mit dem Handelsregistereintrag verbundene Publizität wird im Publikum die berechtigte Erwartung geschaffen, dass die Geschäftsführung im Sinne des Aktienrechts von den eingetragenen Personen wahrgenommen wird²⁵⁵. Bereits der Auftritt der Tochter am Markt als selbständige juristische Person schafft eine gewisse Erwartung an die Autonomie der Geschäftsführung in der Tochter. Diese Erwartung wird durch die Nennung der Geschäftsorgane und der Aufgabenträger noch wesentlich verstärkt. Mit anderen Worten hat die erzeugte Erwartung zwei Seiten:

- eine personelle, denn die eingetragenen und namentlich genannten Personen sind die für die Geschäftsführung zuständigen Aufgabenträger;
- eine institutionelle, denn durch die Veröffentlichung der formellen Organe (Verwaltungsrat, Revisionsstelle) wird sichtbar gemacht, dass die für die Geschäftsführung der Tochter notwendigen Organe bestellt sind und die selbständige Willensbildung in der Tochter möglich ist. Durch den Eintrag wird quasi besiegelt und öffentlich verkündet, dass die gesetzliche Kompetenzordnung in der betreffenden Gesellschaft eingehalten ist.

Werden die eingetragenen formellen Organe durch die Ausübung der Konzernleitungsmacht faktisch entmachtet, wird das durch den Eintrag erweckte Vertrauen in die selbständige Willensbildung in der Tochter enttäuscht.

²⁵⁵

Konzerne machen sich diese vertrauenserzeugende Wirkung häufig zu Nutze, indem sie die Verwaltungsräte von Tochterfirmen mit örtlich bekannten Persönlichkeiten bestücken.

2.3.1.3 Generelle Kriterien für die Beziehungen zwischen Mutter und Tochter: Rozenblum Entscheid

Das *Forum Europaeum für Konzernrecht*²⁵⁶ schlägt Grundsätze ordnungsgemässer Konzerngeschäftsführung vor, die es in Anlehnung an das berühmte französische Urteil i.S. Rozenblum²⁵⁷ formuliert. Die Idee ist die folgende: Es kann (durch die Organe der Mutter oder der Tochter) eine Handlung vorgenommen werden, die sich zum Nachteil der Tochter und zum Vorteil der Mutter auswirkt, wenn

- (a) der Konzern insgesamt ausgewogen und verfestigt strukturiert ist;
- (b) die Nachteilsübernahme im Rahmen einer allgemeinen Konzernpolitik geschieht;
- (c) diese Konzernpolitik erwarten lässt, dass sich mittelfristig Chancen und Risiken für die abhängige Gesellschaft ausgleichen;
- (d) der konkrete Nachteil für sich genommen nicht zu riskant für die abhängige Gesellschaft ist²⁵⁸.

Das im Entscheid Rozenblum²⁵⁹ angelegte Modell des Ausgleichs von Nachteilen im Konzernverhältnis scheint als für die Lösung konzernspezifischer Interessenkonflikte im weitesten Sinne tauglich, nicht nur für die Beurteilung finanzieller, zahlenmässig fassbarer Nachteile²⁶⁰. Allerdings setzt es ein System von Informations- und Kon-

²⁵⁶ Forum Europaeum Konzernrecht, 1998, 704ff.

²⁵⁷ Arrêt de la Cour de cassation du 4 février 1985, J.C.P., 1985, éd. E, II, 14614, note W. Jeandidier

Für eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Urteil vgl. Amstutz, 1993, 416ff.; Cozian/Viandier/Deboissy, 2002, 725; Falcke, 1996, 36ff.; Viandier, 1995, 2364

²⁵⁸ Der Leitsatz des Entscheides Rozenblum lautet: „A peine d’être poursuivi et réprimé en application des dispositions des articles 425-4° et 437-3° de la loi du 24 juillet sur les sociétés commerciales, le concours financier apporté par les dirigeants de droit ou de fait d’une société à une autre société d’un même groupe, dans lequel ils sont intéressés directement ou indirectement, doit être motivé par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d’une politique élaborée pour l’ensemble du groupe, et ne doit ni être démuné de contrepartie ou rompre l’équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge. »

²⁵⁹ Nicht nur in Frankreich ist anerkannt, dass – unter bestimmten Voraussetzungen – eine Konzerngesellschaft ihr (eng verstandenes) Eigeninteresse zugunsten des Konzerninteresses hintenanstellen kann. Vgl. etwa die ausführliche Darstellung der italienischen Praxis bei Galgano, 2001, 81ff., der zugleich betont, dass die Tochter nur Nachteile in Kauf nehmen darf, wenn dies im Interesse des Gesamtkonzerns liegt, nicht jedoch, wenn sie lediglich einseitig dem Interesse der Mutter dienen (S. 90).

Im Laufe der letzten Aktienrechtsreform wurden die Grundanliegen der Rozenblum-Praxis aufgenommen: in der Delega zur Legge 3 ottobre 2001, n.366 (Delega al Governo per la riforma del diritto societario, G.U. n. 234 dell’8 ottobre 2001) wird als Punkt der Revision ausdrücklich festgehalten (nota 12), dass es keine „infedeltà patrimoniale“ sei, wenn einem einer anderen Konzerngesellschaft oder dem Konzern ein Vorteil gewährt werde, wenn dieser Vorteil durch vorhersehbare Vorteile aus der Gruppenzugehörigkeit ausgeglichen werde („... non si considera ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se esso è compensato da vantaggi, anche se soltanto ragionevolmente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall’appartenza al gruppo ...“).

²⁶⁰ Die Vorteile der Konzernzugehörigkeit sind ebenfalls nur schwer zu fassen: Management-Leistungen, Benutzung des Konzernnamens und des damit verbundenen Good Wills, die Erwartung von Leistungen im Rahmen der gebräuchlichen Konzernsolidarität, Zuweisung von Geschäftschancen, Zugang zum konzerninternen Markt, Ressourcen wie Know-how, Patente etc., können kaum quantifiziert werden. Bemerkenswert ist, dass diese Vorteile zu einem we-

trollmöglichkeiten auf der Seite der Tochter voraus. Implizit vorausgesetzt ist, dass die Verwaltung der Tochter genügend autonom ist, dass sie die Beziehungen zwischen der Mutter und der Tochter überblickt und dass sie diese auf die Einhaltung der obgenannten Voraussetzungen überprüft. Diese Überwachungsaufgabe setzt Selbständigkeit auch in informationeller Hinsicht voraus²⁶¹: Die Verwaltung der Tochter muss über die einzelnen Geschäftsbeziehungen (ob es sich dabei nun um Finanztransaktionen handelt oder um Warenlieferungen, Transfer von Know-how etc.) informiert sein und deren Auswirkungen nicht nur für die Tochter, sondern auch für das Konzernganze beurteilen können.

Das französische Recht anerkennt nicht nur das Konzerninteresse, sondern auch das Eigeninteresse²⁶² der abhängigen Tochter und dass dieses auch dem Konzerninteresse entgegengehalten werden kann. Die Wahrung des Eigeninteresses im Konzern ist nicht nur dem Verwaltungsrat der Tochter aufgetragen, auch den Minderheitsaktionären wird die Fähigkeit und das Interesse zugemessen, im Wissen um das konzernspezifische Gefährdungspotenzial ihre Gesellschaft aktiv zu begleiten und das verfügbare Kontrollinstrumentarium auszuschöpfen. Sie übernehmen damit ebenfalls eine wesentliche Kontrollfunktion²⁶³.

Bemerkenswert ist, dass das Eigeninteresse der Tochter nicht bloss auf das Vermögen bezogen wird²⁶⁴, sondern auch in Bezug auf die *Geschäftsführung*, d.h., *in organisatorischer Hinsicht*. Die Vermögensautonomie bedingt in dieser Sicht eine *eigenständige Geschäftsführung* der Gesellschaft, die frei von der Beeinflussung durch gesellschaftsfremde Interessen sei. Weisungen, die im Gegensatz zum Eigeninteresse der Gesellschaft stehen, müssen als unzulässig gelten. Die Rozenblum Praxis erlaubt es, Eigeninteresse und Konzerninteresse zu einem bestimmten Grad zu versöhnen, ändert aber nichts daran, dass das Eigeninteresse der Masstab für die Verwaltung der Tochter ist und auch die Autonomie der Geschäftsführung mitumfasst.

2.3.1.4 Leitungskonzept Integritätsinteresse (Strohn, Lutter, Amstutz, Schlupe)

Strohn²⁶⁵ entwickelte für das deutsche Recht²⁶⁶ das Konzept des Integritätsinteresses. Er geht davon aus, dass das Unternehmen in der konzernfreien Gesellschaft

sentlichen Teil Informationen sind. Information spielt im Rahmen der Rozenblum Kriterien also nicht nur eine Rolle bei der Überwachung der Konzernbeziehungen durch die Verwaltung der Tochter, sondern ist auch ein Vorteil, der als Ausgleich von Nachteilen im Konzernverhältnis berücksichtigt werden kann.

²⁶¹ Man könnte von „Informationsautonomie“ in dem Sinne sprechen, dass die Informationen zur Verfügung stehen, die für die autonome Geschäftsführung notwendig sind – die Tochter verfügt über ihr Geschäftsführungswissen (Druey/Vogel, 1999, 316).

²⁶² Der Vorrang des *intérêt social* der Tochtergesellschaft bildete vor der mit dem Urteil Rozenblum eingeleiteten neueren Praxis die Regel: Der Vorrang des Eigeninteresses der Tochter bildete eine deutliche Schranke gegen die Integration einer Gesellschaft in einen Konzernverband. Damit verbunden waren ein umfassendes Verbot der wirtschaftlichen Benachteiligung einer Gesellschaft zu Gunsten des Konzerns (Falcke, 1996, 36).

²⁶³ Falcke, 1996, 236

²⁶⁴ Dies war vor der neueren Praxis uneingeschränkt der Fall, muss aber auch nach „Rozenblum“ gelten, wie aus den vom Gericht aufgestellten Voraussetzungen abgeleitet werden kann.

²⁶⁵ Strohn, 1977, 16ff.

von seinem Vorstand eigenständig, d.h., „kraft eigenen Willens im eigenen Interesse“ geleitet wird²⁶⁷. Das eigene Interesse der Gesellschaft ist dabei nicht nur unter einem rein vermögensrechtlichen Aspekt zu sehen, sondern auch wirtschaftlich-organisatorisch: es umfasst auch die unternehmerische Funktionsfähigkeit. Das Integritätsinteresse der abhängigen Gesellschaft ist Zulässigkeitsmassstab für jede Einflussnahme des herrschenden Unternehmens: Die tatsächliche Leitungsmacht darf nicht dazu benutzt werden, dem abhängigen Unternehmen einen bleibenden Nachteil zuzufügen. Nachteil ist dabei nicht nur vermögensmässig, sondern auch wirtschaftlich-organisatorisch zu verstehen²⁶⁸.

²⁶⁶ Ähnliche Konzepte finden sich ebenfalls in verschiedenen anderen Rechtsordnungen. Im *englischen Recht* wird das Integritätsinteresse der börsenkotierten Gesellschaft durch die *Zulassungsregeln der London Stock Exchange* garantiert.

Paragraph 3.12 lautet:

“If the company has a controlling shareholder paragraph 3.13 must be complied with. For this purpose a controlling shareholder is any person who is:

- (a) entitled to exercise, or to control the exercise of, 30% or more of the rights to vote at general meetings of the company; or
- (b) able to control the appointment of directors who are able to exercise a majority of votes at board meetings of the company.”

Paragraph 3.13:

“The company must be capable at all times of operating and making decisions independently of any controlling shareholder and all transactions and relationships in the future between the company and any controlling shareholder must be at arms length and on a normal commercial basis. The company must also demonstrate that the composition of its board is such that all significant decisions are taken by directors of whom the majority are independent of any controlling shareholder.”

vgl. die Übersetzung und Erläuterung bei Prentice, 2001, 106f.

Auch das *caselaw* Englands und der USA stehen fest auf Grundsatz, dass die „directors“ nur die Interessen ihrer eigenen Gesellschaft bei ihren Entscheidungen berücksichtigen dürften: „In Britain and America there is constant reiteration in caselaw of the exclusive duty of every director to his or her own company.“ (Hadden, 1996, 1363). Als die führenden cases werden genannt: Charterbridge Corp. Ltd, v Lloyds Bank Ltd Ch. 62 bzw. Everett v. Phillips 43 N.E.2d 18

Das *italienische Recht* kennt das Konzept des „abuso di direzione unitaria“, das allerdings hauptsächlich auf die finanzielle Integrität der Tochter bezogen wird (Galgano, 2001, 57) und damit dem US-amerikanischen Konzept des „breach of fiduciary duties of the controlling shareholder“ nahesteht. Vgl. dazu auch Kindler, 2001, 137ff.

Das *französische Recht* geht in verschiedener Hinsicht von der leitungsmässigen und finanziellen Autonomie der abhängigen Gesellschaft im Konzern aus. So kann die Missachtung der Autonomie zur „action de comblement de passif“ oder zur „action en extension de redressement our de liquidation judiciaires“ gegen die Mutter führen (Cozian/Viandier/Deboissy, 2002, 733f.). Zudem setzt das Rozenblum Konzept voraus, dass jeder einzelnen Gruppengesellschaft eine genügende Eigenständigkeit verbleibt (vgl. dazu S. 75). Im bekannten Fall „Fruehauf“ hoben die französischen Gerichte einen Entscheid der Mehrheit des Verwaltungsrats auf, weil diese die Anweisung der amerikanischen Muttergesellschaft befolgten, einen lukrativen Vertrag aufzuheben (Société Fruehauf Corp v Massardy, D.D. Jur 147).

²⁶⁷ Diese Autonomie in der Willensbildung und Geschäftsführung nennt er das „wirtschaftlich-organisatorische“ Integritätsinteresse der Gesellschaft.

²⁶⁸ Im Sinne von Praxisbeispielen, wann und wie das Integritätsinteresse auf dem Spiele steht, folgende Fälle:

a) Pressebericht GM-Opel

(Wall Street Journal Europe, 28. März 01, Column One)

“Taking Opel Global Backfired for GM. How Opel Went From Wunderkind To Problem Child”

General Motors (GM) zwang ihrer Tochter Opel eine Globalisierungsstrategie auf, die von Opel nur teilweise mitgetragen wurde. Aus der Sicht von GM war Opel das ideale Mittel, um in

Das Konzept des Integritätsinteresses ist in der deutschen Konzernrechtslehre auf breite Zustimmung gestossen²⁶⁹, wenn es auch teilweise anders begründet wird²⁷⁰. Die Tochter wird als *eigenes Interessenzentrum*²⁷¹ wahrgenommen, mit der ein ganzes Bündel von Rechtsverhältnissen und rechtlich geschützten Positionen verbunden

die sich öffnenden und rasch wachsenden Märkten von Osteuropa, Lateinamerika und Asien vorzudringen.

Organisatorisch wurde die GM-Zentrale für internationale Operationen nach Zürich verlegt, wo bereits das GM Hauptquartier für Europa bestand. Zentrale Entscheide über neue Opel Modelle wurden von Rüsselsheim (Opel) nach Zürich (GM) übertragen. Z.B. wurden Investitionen in Deutschland zurückgestellt, um eine Opel-Fabrik in Thailand zu bauen. Im Jahre 1997 beschuldigte der Aufsichtsrat von Opel GM, mit der aufgezwungenen Modellpolitik (z.B. Einführung des von GM entwickelten, für den europäischen Markt zu wenig ausgereiften und qualitativ ungenügenden Minivan „Sintra“) das Markenimage von Opel zu zerstören und das deutsche Gesellschaftsrecht zumindest im Geist zu verletzen. Der Vorstand habe die Pflicht, die Geschäfte unabhängig von externen Einflüssen zu führen und GM sei nicht berechtigt, Opel Produkte wie den Sintra aufzuzwingen.

Personell wechselte GM 1998 die Führungsspitze von Opel in kurzen Abständen aus: GM verlangte vom Aufsichtsrat, den Vorstandsvorsitzenden David Herman gegen den in Rüsselsheim wenig bekannten Gary Cowger auszuwechseln, bloss einen Monat später wurde Cowger von GM nach Detroit zurückberufen und durch Robert Hendry ersetzt.

Die globale Konzernstrategie von GM hatte insofern Einfluss auf Opel, als GM im März 2000 beschloss, einen Anteil von 20% an FIAT zu kaufen und bei Einkauf und Modellentwicklung eng zu kooperieren. Obwohl diese Allianz für Opel weitreichende Folgen haben würde, wurde der Vorstand von Opel von GM nicht vorgängig darüber orientiert.

²⁶⁹ Emmerich/Sonnenschein, 1997, 321ff.; kritisch hingegen etwa Semler, 1996, 217, der die Auffassung vertritt, es bestehe kein Anlass, die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung um ihrer selbst willen zu schützen, es müsse in Kauf genommen werden, dass im Konzern der Eigenwille des abhängigen Konzernunternehmens mehr oder weniger durch den Willen des herrschenden Unternehmens verdrängt werde.

b) Firestone

(Fälle „Firestone“ in: Recht und Politik im Kantons Basel Landschaft, Bd. 5, Urteile Firestone, Liestal 1984 und BGE 107 Ia 152)

Die (amerikanische) Konzernmuttergesellschaft beschloss, die Reifenproduktion in der Schweiz aufzugeben und wies die schweizerische Ländergesellschaft Firestone (Schweiz) AG an, den Produktionsbetrieb zu schliessen. Das Management der Schweizer Gesellschaft gab in einem Prozess mit den Gewerkschaften wegen der verletzten Informationspflichten an, es sei von der Muttergesellschaft weder konsultiert noch rechtzeitig informiert worden.

c) Vodafone/Mannesmann (vgl. Schmidt, 2002a, 962)

Im Vorfeld der Übernahme der deutschen Mannesmann AG durch die englische Vodafone stellte sich die Frage, ob Vodafone als neue Mutter von Mannesmann diese veranlassen dürfe, ihre Beteiligung an der ebenfalls englischen und konkurrierenden Mobilfunkgestellschaft Orange abzustossen. Aus kartellrechtlichen Gründen hätte Vodafone Mannesmann nicht übernehmen können, wenn nicht sichergestellt würde, dass Orange von Mannesmann veräussert werden würde. Mannesmann hatte jedoch Orange für eine Milliardensumme erworben und zu einem wesentlichen Teil des Unternehmens gemacht.

²⁷⁰ Lutter/Scheffler/Schneider, 1998, 8, stellen die gesetzlich vorgegebene Selbständigkeit der Gesellschaft in den Vordergrund; Theisen, 1991a, 209, leitet aus der Figur der juristischen Person ab, dass *Identität von Verantwortung und Kompetenz* bestehen müsse. Im Konzern verlören das faktische Verhalten einerseits und das rechtlich normierte Gefüge der formalen Ordnung andererseits ihre Kongruenz, was zu einem Konflikt mit der Rechtsordnung führe. Dies bedeutet, dass bei einer allzu grossen Diskrepanz der wirtschaftlich-faktischen und der rechtlich-formellen Ordnung eine gesetzlich nicht vorgesehene, unzulässige, Organisationsform geschaffen werde.

Im Falle der Konzerns heisst das wohl, dass das Gesetz die Eigenständigkeit der Tochter als Gesellschaft vorschreibt und deshalb der Konzern nicht zulässig ist, wenn das Integritätsinteresse der Tochter nicht genügend gewahrt wird.

²⁷¹ Druey/Vogel, 1999, 316, N 9; Schmidt, 2002a, 490

ist. Sie kann Rechtsträger, Prozesspartei und Schuldnerin sein²⁷². Deshalb habe die Tochter ein vom Konzerninteresse differenzierbares Eigeninteresse, das der Vorstand zu schützen habe²⁷³.

*Lutter*²⁷⁴ sieht die Verletzung des Integritätsinteresses als einen Fall der Verletzung der Pflicht der Mutter zur ordnungsgemässen Konzerngeschäftsführung²⁷⁵. Als Tatbestände dieser Pflicht sieht er insbesondere typische Fälle:

- kontinuierliche Verletzung der unternehmerischen und finanziellen Eigeninteressen der Tochter;
- Entzug der Liquidität der Tochter, z.B. im Rahmen des konzernweiten Cash-Managements;
- Entzug von Personal aus der Tochter;
- Entzug des Marktpotenzials der Tochter.

Scheffler fordert, dass die Tochter bei einer Auflösung der Konzernverflechtung selbständig lebensfähig sein müsse²⁷⁶.

In der Schweizer²⁷⁷ Lehre wird das Konzept von *Amstutz*²⁷⁸, *Schluemp*²⁷⁹ und – im Anschluss an diese – *Kuzmic*²⁸⁰ vertreten. *Druey*²⁸¹ verwendet nicht den Begriff des In-

²⁷² Dieser Gedanke liegt auch der Trennungstheorie zu Grunde. Der Schutz des Integritätsinteresses der abhängigen Gesellschaft im Konzern ist wegen dieses selbständigen Auftretens der Tochter und den sich daraus ergebenden mit ihr verbundenen Interessen auch kein leerer Formalismus sondern das Gegenstück zur Trennungstheorie.

In der konzernabhängigen Gesellschaft ist die „richtige“ Willensbildung (die die Interessen der Gesellschaft und die mit ihr verbundenen Interessen in den Vordergrund stellt) nicht mehr gewährleistet. Deshalb muss das Recht besondere Massnahmen zum Schutz dieser Interessen treffen. Die deutsche Lehre vertritt das *Prinzip der Verbandsautonomie* (auch Satzungsautonomie genannt), das zum Tatbestand der Abhängigkeit im Gegensatz steht (Schmidt, 2002a, 83ff., 503).

²⁷³ Lutter/Scheffler/Schneider, 1998, 8: „Aus der rechtlichen Selbständigkeit ergeben sich nämlich die Eigenverantwortlichkeit der Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgane der einzelnen Konzernunternehmen, deren eigenständige Rechtsbeziehungen zu Arbeitnehmern, Kunden, Lieferanten und anderen, die eigene Rechnungslegungs- und Steuerpflicht sowie der Schutz konzernfremder Gläubiger und aussenstehender Gesellschafter. Auf diese Tatbestände und Konsequenzen hat die Konzernführung Rücksicht zu nehmen.“

²⁷⁴ Lutter, 1997, 242f., verwendet anstelle des Begriffs „Integritätsinteresse“ denjenigen der „unternehmerischen und finanziellen Eigeninteressen der Tochter“.

²⁷⁵ Es handelt sich dabei um eine Pflicht der Mutter gegenüber der Tochter, die sich aus § 311 AktG ergibt.

²⁷⁶ Scheffler, 1991, 258: „Die Eigenständigkeit der abhängigen Konzernunternehmen erfordert, dass die Zielvorgaben der Konzernleitung so abgesteckt werden, dass das Konzernunternehmen auf der Basis seiner Ressourcen tragfähige strategische Erfolgspositionen entwickeln kann und somit bei Auflösung der Konzernverflechtung selbständig lebensfähig wäre.“

²⁷⁷ Für die italienische Lehre in dieser Hinsicht grundlegend: Scognamiglio, 1996, 2107ff. Die italienische Lehre steht mehrheitlich auf dem Standpunkt, dass die Verwaltung der Gesellschaft die Geschäftsführung nur so weit an Beauftragte, Stellvertreter oder Bevollmächtigte übertragen kann, als sie den Kern ihrer gesetzlichen Aufgaben selbst wahrnehmen kann und sie eine ständige Kontrolle über die delegierten Aufgaben ausüben. Dieser Grundsatz ist nach Scognamiglio auch im Konzernverhältnis anwendbar, weshalb der zentralen Wahrnehmung von Geschäftsführungsaufgaben durch die Mutter Grenzen gesetzt sind. Diese müsse sich vielmehr auf die Vorgabe von „policies“ bzw. strategischen Vorgaben beschränken. Das „dilemma eterodirezione-autonomia“ könne nur so aufgelöst werden, als „nel senso che la cosiddetta eterodirezione non è sostitutiva o surrogatoria della direzione autonoma o autoctona, bensì è da questa, appunto, qualitativamente diversa“ (Scognamiglio, 1996, 2128).

tegritätsinteresses, betont aber, dass es dem legislativen Plan bei der Schaffung des Gesellschaftsrechts entsprach, dass die rechtlich selbständigen juristischen Personen auch über eine *umfassende Autonomie in der Willensbildung* verfügten. Als eigenes Interessenzentrum²⁸² sei jedes Konzernglied darum auch Subjekt und Träger eines eigenen Interesses und Willens, das über eine autonome Willensbildung verfügen müsse. Das Integritätsinteresse wird implizit aus Schranken der Beherrschung des Verwaltungsrates der Konzerngesellschaften abgeleitet²⁸³: Die Hauptaufgaben des Verwaltungsrates nach Art. 716a OR sowie dessen Sorgfalts- und Treuepflichten (Art. 717 OR) liessen wegen ihres zwingenden Charakters eine Einflussnahme auf das Organhandeln nur in engen Grenzen zu. Jede Einflussnahme müsse den Organpersonen zumindest die Möglichkeit erhalten, ihre spezifischen Organpflichten sorgfältig und im Interesse der Gesellschaft wahrzunehmen.

Nach *Amstutz* besteht bei der Leitung einer Tochtergesellschaft im Konzern ein Spannungsverhältnis, da sowohl der Mutter- als auch der Tochterverwaltung nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR die Oberleitung in ihren Gesellschaften übertragen sei²⁸⁴. Der Verwaltungsrat der Mutter könne deshalb seine Konzernleitungspflicht nur insoweit ausüben, als sie nicht durch die Leitungspflicht des Tochter-Verwaltungsrates bzw. das Integritätsinteresse der Tochter gehemmt sei. Der Verwaltungsrat einer abhängigen Gesellschaft sei seiner aktienrechtlichen Verantwortung nicht enthoben (Art. 717 Abs. 1 i.V.m. 754ff. OR)²⁸⁵ und müsse im Verhältnis zur Mutter das „*Prinzip der nachhaltigen Eigenverantwortlichkeit*“ wahren. Dieses verlange, dass die bei Befolgung von Konzernweisungen entstehenden Nachteile der Tochter auszugleichen seien (sog. konzernspezifisches Ausgleichssystem). Dieses Modell hat folgende Kernpunkte:

- die Vermögensinteressen der Tochter müssen vollumfänglich gewahrt werden und es dürfen der Tochter keine Nachteile zugefügt werden, die inkommensurabel sind, d.h., nicht mittels Geldersatz ausgeglichen werden können;
- das Integritätsinteresse der Tochter muss gewahrt und die selbständige Existenzfähigkeit der Gesellschaft muss aufrechterhalten werden;
- der Pflicht zur Befolgung von Weisungen der Mutter sind Schranken gesetzt, da die zwingende aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung nicht unterminiert werden darf.

²⁷⁸ Amstutz, 1993, 427ff.

²⁷⁹ Schluemp/Amstutz, 1996, 1029

²⁸⁰ Kuzmic, 1998, 72, leitet aus der Konzernleitungspflicht einen *Bestandesschutz* zugunsten der Tochter ab, d.h., die Mutter habe die Pflicht, im Rahmen der Führung einer abhängigen Gesellschaft deren existenziellen Interessen zu wahren.

²⁸¹ Druey, 1980, 300ff.

²⁸² vgl. oben FN 271f.

²⁸³ v.a. Amstutz, 1993, 427ff.; Ruepp, 1994, 21ff.

²⁸⁴ Da die Tochter aus der Sicht der Mutter-Aktionäre eine Ressource der Mutter ist und darum auch der Oberleitung durch den Verwaltungsrat der Mutter unterliegt, kommt es im Bericht der Tochter zu einer Überschneidung der Leitungspflichten. Der Konzernleitungspflicht, einer Rechtspflicht, kann somit aus Rechtsgründen nicht vollumfänglich nachgekommen werden (Amstutz, 1993, 443f.).

²⁸⁵ Schluemp/Amstutz, 1996, 1029

Nach der Auffassung von *Schluiep/Amstutz*²⁸⁶ kann das Verhältnis zwischen Mutter und Tochter in einem *Konzernvertrag* verbindlich festgelegt werden. Es handelt sich dabei nicht um die Begründung eines Konzernverhältnisses, sondern um eine rechtliche Regelung der Leitungsstrukturen. Er verschafft der Mutter einen durchsetzbaren Anspruch auf die Vornahme der vertraglich vereinbarten Konzernführungsmassnahmen, d.h., die Tochter verpflichtet sich, für einen bestimmten Zeitraum unternehmenspolitische Handlungsalternativen nach den Vorgaben zu entscheiden, die von der Muttergesellschaft festgelegt werden. Mithin hat der Verwaltungsrat die Entscheidungsspielräume, die ihm das Gesetz lässt (d.h., das was möglich ist, ohne die zwingende aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung und das Integritätsinteresse der Tochter zu verletzen), zur Verfolgung des Konzerninteresses zu nutzen.

In einem solchen Vertrag haben die Parteien folgende Kernpflichten:

- die abhängige Gesellschaft hat eine Pflicht zur Befolgung der Weisungen der Mutter und zur Kooperation mit dieser (unter Beibehaltung der Eigenverantwortlichkeit des Verwaltungsrates);
- die herrschende Gesellschaft hat vorab die der Tochter zugefügten (materiellen) Nachteile auszugleichen, Eingriffe in den Kernbereich des Integritätsinteresses zu unterlassen, anderweitige Tochterinteressen nach Massgabe des konzernrechtlichen Subsidiaritäts- und Verhältnismässigkeitsprinzips zu berücksichtigen und schliesslich die vertraglich vorgesehenen Weisungen zur Geschäftsführung auch tatsächlich zu erteilen.

Das Integritätsinteresse (im organisatorischen Sinn verstanden) ist also in diesem Konzept in jeder Hinsicht zentral. Was beinhaltet es? In erster Linie gehört dazu der Schutz der Grundstrukturen der Aktiengesellschaft in dem Sinne, dass die zu treffenden Entscheidungen von den dafür im Gesetz vorgesehenen Organen getroffen werden, mithin die aktienrechtliche Kompetenzordnung²⁸⁷ eingehalten wird. Das Integritätsinteresse ist in seinem Kern verletzt, wenn die abhängige Gesellschaft bei einer Beendigung des Konzernverhältnisses nicht mehr in der Lage wäre, eigenständig die Geschäftsführungsaufgaben wahrzunehmen und im Markt zu agieren²⁸⁸.

²⁸⁶ Schluiep/Amstutz, 1996, 1026

²⁸⁷ Diese besteht im Wesentlichen aus folgenden Elementen (vgl. Strohn, 1977, 173):

- der Verwaltungsrat führt die Geschäfte der Gesellschaft, wenn er die Geschäftsführung nicht an eine Geschäftsleitung delegiert hat;
- der Verwaltungsrat hat gewisse unübertragbare und unentziehbare Aufgaben, u.a. hat er die strategische Ausrichtung der Gesellschaft und die Groborganisation festzulegen;
- der Verwaltungsrat ist den Aktionären zur Rechenschaft verpflichtet und hat dazu den Geschäftsbericht zu erstellen und weitere Informationspflichten zu erfüllen;
- die Revisionsstelle kontrolliert die Jahresrechnung;
- die Generalversammlung wählt den Verwaltungsrat und die Revisionsstelle bzw. beruft sie ab; sie erteilt dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung Entlastung und genehmigt Jahresrechnung und Jahresbericht.

²⁸⁸ Im *TBB-Fall* entschied der deutsche Bundesgerichtshof (BGHZ 122, 123), nicht die Leitung einer abhängigen Gesellschaft begründe die Haftung der Mutter, sondern die konkrete Beeinträchtigung derer Interessen. Die abhängige Gesellschaft müsse beweisen, dass die Mutter nicht nur ausgleichsfähige Einzeleingriffe in die Leitung vorgenommen, sondern darüber hinaus weitere, nicht ausgleichsfähige Nachteile zugefügt habe.

Dies läuft auf eine Verletzung des Integritätsinteresses hinaus. Die Mutter haftet, wenn sie ihre beherrschende Stellung zum Nachteil der Tochter missbraucht – der Missbrauch ist dann anzunehmen, wenn keine angemessene Rücksicht auf die eigenen Belange der abhängigen

So gesehen kann sich das Konzept des Integritätsinteresses auch auf Art. 27 ZGB stützen, dann nämlich, wenn im konkreten Einzelfall die Tochter so stark in den Konzern eingegliedert ist und der Entscheidungsspielraum ihrer Organe so stark eingeschränkt ist, dass sie als übermässig gebunden erscheint. Das Problem der übermässigen Selbstbindung wurde in der Praxis und Lehre vorwiegend als Problem der übermässigen Selbstbindung der Organe durch Organschaftsverträge verstanden²⁸⁹. Im Konzern kann jedoch die Situation entstehen, dass sich die Organpersonen individuell nicht verpflichtet haben, jedoch die Tochter sich durch vertragliche Abmachungen oder v.a. auch durch die *Auslagerung von Geschäftsführungsfunktionen auf die Mutter*²⁹⁰ in eine zu weitgehende Abhängigkeit von der Mutter begeben hat. Dies wäre dann der Fall, wenn das Integritätsinteresse der Tochter durch deren Organe nicht mehr gewahrt werden kann. Ist hingegen der Verwaltungsrat der Tochter (auch informationell) in der Lage, die Integritätsinteressen der Tochter gegenüber der Mutter zu wahren, dürfte eine übermässige Selbstbindung nur in wenigen Fällen anzunehmen sein. Die Informationslage der Verwaltung der Tochter kann einerseits als Indiz für das Mass der Autonomie der Tochter gesehen werden. Andererseits ist eine genügende Informationslage aber auch materielle Voraussetzung für die Ausübung der Aufgaben des Verwaltungsrates.

Welche Konzernleitungsmassnahmen sind nach dem Konzept des Integritätsinteresses noch zulässig²⁹¹? Eine Beurteilung der einzelnen Leitungsbereiche führt zu folgenden Resultaten²⁹²:

(a) Generell:

Der Verwaltungsrat darf auch unter dem Einfluss der Mutter Entscheidungen treffen, die auch der ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft treffen würde. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die betreffende Massnahme nicht nachteilig²⁹³ für die Tochter ist.

Gesellschaft genommen wird und der insgesamt zugefügte Nachteil nicht mehr ausgeglichen werden kann.

²⁸⁹ vgl. etwa die Diskussion im Entscheid des Obergerichts Zürich, in: Pedrazzini, 1989, 84, wo die Mehrheit des Gerichts eine übermässige Bindung nicht der Gesellschaft sondern der Mitglieder der Gesellschaft sieht; vgl. ferner BGE 106 II 379 (Greyhound).

In der Lehre ist kontrovers, wie weit der Schutz von juristischen Personen im Persönlichkeitsrecht geht: Druey, 1977, 89ff.; id., 1980, 303ff.; id., 1995, 669; Druey/Vogel, 1999, 93ff.; Handschin, 1994, 89; Huguenin-Jacobs, 298; Nobel, 1990, passim

²⁹⁰ Zum Phänomen der Auslagerung von Entscheidwissen in der konzernierten Gesellschaft, vgl. Druey, 1988b, 99ff.; Druey, 1994a, 354; Druey/Vogel, 1999, 316

²⁹¹ Schmidt, 2002a, 960f., weist darauf hin, dass im deutschen Konzept des faktischen Konzerns, die §§ 311ff. nur eine lockere Konzernleitung legalisierten, nicht aber eine vollständig bei der Obergesellschaft zentralisierte. Dies ist insofern für die schweizerische Rechtslage interessant, als hiezulande nicht einmal die ausdrückliche Genehmigung des § 311 AktG besteht, der unter dem Vorbehalt des Verlustausgleichs es dem herrschenden Unternehmen gestattet, Massnahmen zum Nachteil des abhängigen Unternehmens durchzusetzen. Umso weniger kann in der Schweiz aus der blossen Erwähnung des Konzerns im Gesetz geschlossen werden, die Leitung im Konzern sei unbeschrieben von ihrer Art und Intensität zulässig (vgl. FN 245).

²⁹²

²⁹³

Die Beurteilung kann durchaus auch die (längerfristigen) positiven Konzerneffekte einbeziehen. Es darf eine Beurteilung gemäss den oben dargestellten Rozenblum-Grundsätzen erfolgen. Zu berücksichtigen ist indes aber, dass der Nachteil nicht bloss finanzieller, sondern auch organisatorischer Natur sein kann. Z.B. kann ein zentrales Cash Management für die Tochter finanziell sehr vorteilhaft sein, aus organisatorischer Sicht jedoch sehr nachteilig, weil eine unternehmenswichtige Funktion aus der Hand gegeben wird.

(b) Konzernkontrolle:

Eine Kontrolle in dem Sinne, dass die Tochter Bericht und Informationen für die Mutter bereitstellen muss²⁹⁴, ist keine Beeinträchtigung des Integritätsinteresses, da Kontrolle für sich allein noch keine Leitung darstellt.

(c) Besetzung von Führungspositionen:

Die Besetzung von Führungspositionen ist schon rechtlich eine Kernkompetenz des Verwaltungsrates der Tochter (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR). Auch aus organisatorischer Sicht ist die Besetzung der Führungskräfte von dermassen überragender Bedeutung, dass das Integritätsinteresse der Tochter verletzt ist, wenn die Mutter durch den Einsatz der Konzerngewalt die Ernennung von Führungskräften erzwingen würde. „Erzwingen“ heisst, dass der Verwaltungsrat der Tochter eine von der Mutter vorgeschlagene Ernennung als nicht im Interesse der Tochter stehend erkennt, der Mutter meldet und diese dann trotzdem auf der Ernennung beharrt und durch Einsatz der Leitungsmacht durchsetzt.

(d) Konzernkoordination und –planung:

Massnahmen zur Konzernkoordination betreffen in erster Linie die einheitliche Gestaltung der Finanzpolitik. Eine reine Koordination im Sinne eines Informationsaustausches verletzt das Integritätsinteresse nicht per se, kann jedoch heikel sein. In der Konzernplanung werden für alle Konzerngesellschaften Ziele festgesetzt und Wege festgelegt, wie diese Ziele erreicht werden sollen. Diese werden in verschiedenen Teilplänen festgehalten (Absatzplan, Produktionsplan, Personalplan, Investitionsplan, Finanzplan). Diese Pläne sind heikel, da sie von der Tochterverwaltung oft als verbindlich aufgefasst werden. Ist dies der Fall, führt dies dazu, dass in wesentlichen Bereichen die Vorgaben der Mutter die Geschäftsführung bestimmen.

(e) Zentrale Bereiche:

Eine starke Koordinationswirkung geht aber auch von der zentralen Wahrnehmung bestimmter Funktionen aus (z.B. zentrale Abteilungen für Recht, Steuern, Werbung, Patente, Entwicklung, Organisation, Beschaffung, Absatz, Personal, Unternehmensentwicklung)²⁹⁵. Die Zentralisierung ist aus der Sicht des Integritätsinteresses sehr heikel, wenn sie für die Unternehmensführung wesentliche Bereiche betrifft und die Tochter die Möglichkeit verliert, in diesem Bereich autonome Entscheide zu treffen²⁹⁶. Auch eine unabhängige Gesell-

²⁹⁴ Es handelt sich dabei nicht um eine Rechtspflicht, sondern um das faktische „Müssen“, das durch die faktische Abhängigkeit der Tochter entsteht.

²⁹⁵ Scognamiglio, 1996, 2118, verwendet dafür den treffenden Ausdruck „accentramento“. Sie weist daraufhin, dass nicht alle üblicherweise zentral wahrgenommenen Aufgaben in Bezug auf den Autonomieverlust der Tochter gleich sensibel sind. Es gibt Funktionen, die genuindie Geschäftsführung betreffen, und solche, die eher als Dienstleistung oder Hilfsfunktionen zu beschreiben sind (und u.U. auch genauso gut auf ein konzernfremdes Unternehmen „outsourct“ werden könnten). Die Zentralisierung solcher Hilfsfunktionen kann auch eine starke Abhängigkeit erzeugen (vgl. dazu etwa Stein, Konzernherrschaft durch EDV, in: ZGR 1988, 163ff.), jedoch ist das nicht ein konzerntypisches Problem. Die Zentralisierung von Geschäftsführungsaufgaben kann jedoch unmittelbar eine Verletzung des Integritätsinteresses sein.

²⁹⁶ Es ist nach der hier vertretenen Auffassung der Mutter nicht generell verwehrt, Tochtergesellschaften zu gründen, bei denen das Integritätsinteresse verletzt ist. Solche reinen „Gefässe“ dienen oft Steuerzwecken oder als Management- und Servicegesellschaften organisatorischen Zwecken. Es ist einfach zu beachten, dass bei solchen Tochtergesellschaften der Durchgriff sehr schnell greifen kann, insbesondere wenn er, wie vorgeschlagen, konzernspe-

schaft muss ständig ähnliche Entscheide treffen („outsourcing“, „make or buy“). Bei ihr besteht jedoch nicht der Verdacht, dass der Entscheid fremdbestimmt und nicht im Interesse der Tochter liegend ist.

Integritätsinteresse heisst nicht, dass der Verwaltungsrat der Tochter seine Entscheidungen gänzlich unbeeinflusst vom Konzern fällen muss. Er kann sich durchaus über dessen Vorstellungen über die Führung der Tochter orientieren und auch konkrete Entscheide vorbereiten lassen. Er muss sich aber eine eigene Meinung über die zu fällenden Entscheide bilden und dabei das Interesse der Tochter voranstellen. Erscheint ihm die Einflussnahme der Mutter als unzulässig, weil sie das Integritätsinteresse der Tochter verletzt, muss er den eigenen Willen durchsetzen.

Das Konzept des Integritätsinteresses hat zumindest implizit auch Eingang in die schweizerische *Gerichtspraxis* gefunden:

- Das Bundesgericht hat bisher nicht ausdrücklich auf die Rechtsfigur des Integritätsinteresses zurückgegriffen. Jedoch betont es in einem jüngeren Entscheid²⁹⁷, das Eigeninteresse der Tochter bestehe auch wenn die Mutter 100% des Aktienkapitals halte. Auch dann müsse der Verwaltungsrat der Tochter unvermindert darüber wachen, dass Gesetz und Statuten sowie die Bestimmungen zum Kapitalschutz beachtet würden²⁹⁸. Zudem betont es in verschiedenen Urteilen die Autonomie der Tochter in der Willensbildung²⁹⁹.
- In den verschiedenen Urteilen im Fall Firestone³⁰⁰ wurde die Eigenverantwortlichkeit der Verwaltung der Tochter betont. Diese konnte sich nicht mit dem Argument von der Haftung exkulpiert, der fragliche Entscheid sei von der Mutter getroffen worden und sie habe keine andere Wahl gehabt, als der Weisung zur Schliessung des schweizerischen Produktionswerkes zu folgen.
- In den in *ZR 98 (1999) 52 (S. 225ff.)* wiedergegebenen Entscheiden wird das Integritätsinteresse der Tochter nicht als solches benannt, aber die Entscheidungsbegründung greift intensiv auf die von *Amstutz*³⁰¹ entwickelten Konzepte zu-

zifisch gefasst wird (vgl. S. 102). Dies ist deshalb gerechtfertigt, weil diese Gefässe nicht über eine autonome Willensbildung verfügen und nur ein Instrument der Mutter sind.

²⁹⁷ Entscheid 4C.252/2000 vom 5. Dezember 2000

²⁹⁸ Dabei zitiert es Böckli, 1996, N. 1579k.

²⁹⁹ So im Entscheid vom 9.5.1995 (veröffentlicht in StE 95 B 72.11 Nr. 3): „Das schweizerische Recht kennt – mit Ausnahme einzelner Bestimmungen – kein eigentliches Konzernrecht und behandelt jede Gesellschaft als ein rechtlich selbständiges Gebilde mit eigenen Organen und namentlich einem Verwaltungsrat, dessen Aufgabe es ist, die Geschäfte im Interesse der betreffenden Gesellschaft und nicht in demjenigen des Konzerns oder anderer Konzerngesellschaften zu besorgen.“

³⁰⁰ Fälle „Firestone“ in: *Recht und Politik im Kantons Basel Landschaft*, Bd. 5, Urteile Firestone, Liestal 1984 und BGE 107 Ia 152

³⁰¹ Amstutz, 1993, passim. Diese sind namentlich:

- Ausgangspunkt der Diskussion ist die rechtliche Selbständigkeit der Tochter. Durch sie unterscheidet sich die beherrschte, aber rechtlich selbständige Tochtergesellschaft von der blossen Zweigniederlassung.
- Der Gesetzgeber hat in der Aktienrechtsrevision von 1991 die Realität des Konzerns anerkannt. Aus der blossen Erwähnung und der partiellen Regelung einzelner Problembereiche ist aber nicht zu folgern, dass ein bestimmtes Konzernleitungskonzept gesetzlich anerkannt wurde.
- Daraus folgt, dass das formelle Gesellschaftsrecht die Gültigkeit für die Beurteilung der Geschäftsführungspflichten der Tochterverwaltung behält.

rück und enthält alle Motive, die den Kern des Integritätsinteresses ausmachen.

Schliesslich ist auf die Nähe des Konzepts „Integritätsinteresse“ zum *Durchgriff* hinzuweisen: Die meisten Missbrauchstatbestände, die einen Durchgriff durch die Tochter auf die Mutter nach sich ziehen, können auch als Verletzungen des Integritätsinteresses beschrieben werden, und umgekehrt kann die Verletzung des Integritätsinteresses der Tochter ein Element sein, das die Missbräuchlichkeit als Voraussetzung des Durchgriffs begründet³⁰².

Die Wahrung des Integritätsinteresses der Tochter ist nicht nur dem Verwaltungsrat der Mutter aufgetragen, sondern auch demjenigen der Tochter. Es ist im objektiven Recht begründet und beiden Verwaltungsräten drohen bei einer Missachtung Sanktionen: Für denjenigen der Tochter kann die Missachtung des Integritätsinteresses eine Sorgfaltspflichtverletzung darstellen und er kann dafür aufgrund der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (Art. 754 OR) haftbar gemacht werden. Auch die Mutter könnte für Schäden, die bei der Tochter dadurch entstanden sind, haftbar gemacht werden³⁰³.

Welche Konsequenzen könnte eine Verletzung des Integritätsinteresses der Tochter durch die Mutter haben?

Die Schadenersatzpflicht der Muttergesellschaft und ihrer Organe für zugefügte Nachteile steht im Vordergrund³⁰⁴. Ferner besteht die Möglichkeit einer Verantwort-

-
- Der Verwaltungsrat der Tochter hat in erster Linie das Interesse der Tochter zu verfolgen – auch gegen die Mutter. Bei einem Verstoß gegen das Interesse der Tochter darf die Tochter eine Anordnung der Mutter nicht befolgen.
 - Es wird anerkannt, dass im Konzern eine Konvergenz der Interessen stattfinden kann. Jedoch hat die Tochterverwaltung indes selbständig darüber zu entscheiden, wie sie dem Konzern am besten dienlich sein kann.
 - Mutter und Tochter müssen zusammen, beide jedoch in weitgehender Eigenverantwortlichkeit, die „Durchführung des Konzerns“ planen und realisieren, d.h., die wesentlichen Geschäftsführungsentscheide können nicht einfach von der Mutter vorgegeben werden, sondern müssen vom Verwaltungsrat der Tochter *materiell und formell* entschieden und beschlossen werden.
 - Die Mutter trifft zwar eine Konzernleitungspflicht, diese ist aber dadurch begrenzt, dass die geschäftsführenden Organe der Tochter auf die Interessen der Tochter verpflichtet sind.
 - Es besteht kein (rechtlich verbindliches) Weisungsrecht der Mutter – diese muss sich mit der faktischen Konzerngewalt begnügen. Diese beruht in erster Linie auf der durch die Stimmenmacht in der Generalversammlung begründeten Abhängigkeit der Tochter.

Die faktische Konzerngewalt darf nur so weit zur Verwirklichung einer einheitlichen Leitung ausgeübt werden, als die damit einhergehenden Nachteile für die Tochter ausgeglichen werden. Es handelt sich auch nicht mehr um die Ausübung legitimer Konzerngewalt, wenn die Tochter den Status eines selbständigen Unternehmensträgers verliert und nicht mehr in der Lage ist, die notwendige Geschäftsführung aus eigener Kraft vorzunehmen.

³⁰²

Zu den Tatbeständen des Durchgriffs vgl. S. 102ff.

³⁰³ vgl. unten S. 171ff. für die diversen Haftungsansätze

³⁰⁴ Vgl. S.107ff. u. 171ff.

Schmidt, 2002a, 959 u. 1229ff., weist darauf hin, dass das deutsche Recht im Falle des faktischen Konzerns neben dem spezifisch konzernrechtlichen Einzelausgleich nach §§ 311ff. AktG auch eine Haftung für existenzielle Eingriffe in das Recht der (abhängigen) Gesellschaft kenne.

lichkeitsklage gegen die Organe der Tochter (zu denen als faktisches Organ die Mutter wiederum gehört)³⁰⁵. Sodann wird eine konzernspezifische Anwendung des Durchgriffs in dem Sinne vorgeschlagen, als die Verletzung des Integritätsinteresses der Tochter das für einen Durchgriff notwendige Missbrauchselement darstellt³⁰⁶. Auch Abwehransprüche (actio negatoria) der Tochter und/oder ihrer Aktionäre sind denkbar und müssten im konkreten Fall geprüft werden³⁰⁷. Zu denken wäre an eine Klage gegen die Mutter, die schädlichen Eingriffe in das Integritätsinteresse zu unterlassen³⁰⁸. Als ein potentes Instrument erscheint sodann die Klage auf Auflösung der Gesellschaft³⁰⁹ aus wichtigen Gründen nach Art. 736 Ziff. 4 OR. Die Klage wäre gegeben bei einer systematischen Missachtung der Interessen der Minderheitsaktionäre oder auch bei einer Missachtung der gesetzlichen Leitungs- und Informationssordnung durch die Konzernleitungshandlungen. Sind die Anwendungsvoraussetzungen gegeben, wird dem Richter ein weiter Spielraum eröffnet, denn er hat die Möglichkeit, anstelle der Auflösung der Gesellschaft auf „eine sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung“³¹⁰ zu erkennen. Im vorliegenden Kontext denkbare Massnahmen³¹¹ wären:

³⁰⁵ vgl. S. 110ff.

³⁰⁶ Vgl. S. 102ff.; der Durchgriff muss sich nicht auf finanzielle Ansprüche beschränken – es könnte auch ein informationeller Durchgriff erfolgen, indem Informationsansprüche gegenüber der Tochter auf die Mutter durchgreifen.

³⁰⁷ Schmidt, 2002a, 648ff., stellt die deutsche Lehre und Rechtsprechung dar, wonach bei Kompetenzübergreifen der Verwaltung, die einer faktischen Satzungsänderung gleichkommen, ausnahmsweise ein Klagerecht auf Beseitigung des satzungswidrigen Zustands bzw. auf Unterlassung bestehender Massnahmen besteht. Da jedoch kein allgemeiner Anspruch des Gesellschafters gegen die Gesellschaftsorgane auf rechtmässige Erfüllung ihrer Pflichten besteht, ist die Abgrenzung zwischen den Fällen der „faktischen Satzungsänderung“ und der schlichten Geschäftsführungsmassnahme wesentlich, aber auch schwierig. Eine solche Klage müsste im Falle der Verletzung des Integritätsinteresse der Tochter auf die Rückgängigmachung der verletzenden Massnahmen gehen. In der Schweiz wurden solche Klagen, soweit ersichtlich, noch nicht zugelassen. Nach fester Praxis ist keine Klage gegen die Beschlüsse des Verwaltungsrats möglich, weil die Verantwortlichkeitsklage als der einzige Behelf gegen rechtswidrige Verwaltungsratsbeschlüsse gesehen wird (Böckli, 1996, 794; Homburger, ZK, N 417ff. zu Art. 714 OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, 1996, 248). Jedoch können Beschlüsse des Verwaltungsrats wegen Nichtigkeit nach Art. 714 OR angefochten werden. Die Anfechtung eines Beschlusses des Verwaltungsrats wäre denkbar, wenn dieser in Ausführung einer Weisung der Mutter seine Kompetenzen überschreitet (z.B. Verkauf des wichtigsten Unternehmensteils).

³⁰⁸ Bsp.: Im Falle der problematischen direkten Kommunikationsbeziehungen unter Umgehung der Verwaltung der Tochter könnte die Klage auf Unterlassung dieser Kommunikation gehen. Oder es könnte der Mutter verboten werden, bestimmte Weisungen zu geben.

³⁰⁹ gemeint ist die Auflösung der Tochter

³¹⁰ Art. 736 Ziff. 4 S. 2 OR

³¹¹ Das Gesetz nennt weder die möglichen anzuordnenden sachgemässen Lösungen, noch schränkt es diese ein. Damit ist dem Richter ein sehr weites Ermessens eingeräumt, das nur durch das Willkürverbot eingeschränkt scheint. Auch die Lehre hat keine Einschränkungen des Gestaltungsspielraums formuliert: vgl. Böckli, 1996, 1023f.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, 1996, 835f.; Guhl/Druey, 811f.; Stäubli, BasK N 26 zur Art. 736.

- der Befehl an die Muttergesellschaft³¹², die Tochterorgane mit den notwendigen Informationen zu versorgen (mit einer Umschreibung der zu liefernden Information und der Androhung einer Ungehorsamkeitsstrafe an die Organe der Mutter);
- der Befehl an die Muttergesellschaft, jegliche Leitungshandlungen zu unterlassen;
- das Verbot an die Muttergesellschaft, Mitglieder des Verwaltungsrats der Tochter abzuwählen oder neue (eigene) Leute hineinzuwählen;
- die Abberufung von Doppelorganen aus dem Verwaltungsrat der Tochter, falls diese eine ordentliche Geschäftsführung der Tochter (in deren wohlverstandenen Interesse) verhindern;
- die Einsetzung eines neuen, unabhängigen Verwaltungsrats in der Tochter.

2.3.1.5 Leitungskonzept Amstutz: Konzernspezifisches Spannungsverhältnis

*Amstutz*³¹³ geht methodisch von der Systemtheorie des Soziologen Niklas Luhmann und deren Weiterentwicklung für das Recht durch den Juristen Gunther Teubner aus: Luhmann und Teubner beschreiben („autopoietisch“ genannte) Systeme, die sich nicht aus lebenden Elementen (Menschen, Gruppen) als Systemelementen zusammensetzen, sondern aus Kommunikationen. Kommunikation ist die Grundlage jedes sozialen Systems, also auch für Organisationsformen wie Unternehmungen und Märkte³¹⁴. *Amstutz*³¹⁵ stellt das informationsverarbeitende System in den Mittelpunkt der systemtheoretischen Betrachtungen und überträgt diese auf den Konzern: Die Leitung in der komplexen Information (und der Konzern ist eine solche) erfolgt durch Kommunikation, bzw. durch eine dezentrale Informationsverarbeitung, die in allen Gliedern des Systems geleistet wird. Eine zentrale Stelle wäre mit der Leitung bzw. der Informationsverarbeitung total überfordert. Dass auf das gleiche Ziel hin gearbeitet wird, ergibt sich dadurch, dass die Leitidee bzw. der Plan des Ganzen intern in den Teilen adäquat repräsentiert ist und die Teile sich auf das Ganze hin ausrichten. Die zentrale Stelle setzt den Konzerntöchtern Ziele durch die Formulierung strategischer Maximen, die mehrdeutig bleiben, und so Raum für die zwingenden Kompetenzen des Tochter- Verwaltungsrats³¹⁶ lassen. Die Leitung erfolgt also durch Vorgabe von „strategic ambiguity“ bzw. durch Kontextsteuerung.

Das systemtheoretisch begründete Leitungsmodell ist dasjenige eines *konzernspezifischen Spannungsverhältnisses*³¹⁷: Die Mutter übt einen partiellen Leitungsver-

³¹² Die Klage richtet sich gegen die Gesellschaft. Es scheint jedoch nicht zum vornherein ausgeschlossen, dass der Richter aufgrund von Art. 736 Ziff. 4 S. 2 einem Aktionär eine Anordnung erteilen kann. Die Aktionäre können – je nach anwendbarer kantonaler Prozessordnung - im Prozess als Nebenintervenienten teilnehmen (Böckli, 1996, 1029).

³¹³ Amstutz, 1993

³¹⁴ vgl. dazu auch Picot/Reichwald/Wigand, 1996, 85

³¹⁵ Amstutz, 1993, 299

³¹⁶ Amstutz; 1993, 454 und passim, stellt sich auf den Standpunkt, dass die zwingenden Kompetenzen des Verwaltungsrates nach Art. 716a OR auch im Konzern nicht relativiert werden dürfen, d.h., dass die betreffenden Geschäftsführungsaufgaben zwingend von den Organen der Tochter wahrgenommen werden müssen.

³¹⁷ Amstutz, 1993, 445

zucht³¹⁸ und gibt der Tochter bloss Kontextsteuerung vor. Der Verwaltungsrat der Tochter bleibt auch im Konzern für die Geschäftsführung der Tochter zuständig, richtet sich aber auf das Konzerninteresse aus. Das Integritätsinteresse³¹⁹ der Tochter muss in seinem Kern gewahrt werden: Die konzernmässige Beeinflussung einer abhängigen Gesellschaft ist (nur) dann zulässig, wenn die damit einhergehenden Benachteiligungen durch die Vorteile der Konzernzugehörigkeit ausgeglichen werden³²⁰. Dieser Ausgleich ist der Angelpunkt des Leitungsmodells: Er erlaubt erst die Ausübung von Konzernleitung. Die Beurteilung des Ausgleichs ist zwingend Aufgabe der Tochter-Verwaltung. Die Konzernmacht darf nicht ein Ausmass annehmen, dass die Tochtergesellschaft den Status eines selbständigen Unternehmensträgers verliert, der imstande ist, sein Schicksal aus eigener Kraft zu bewältigen. Die Verwaltung der Tochter muss immer in der Lage sein, zu beurteilen, ob veranlasste Massnahmen nachteilig, ausgleichsbedürftig und ausgleichsfähig sind. *Amstutz*³²¹ umschreibt die zulässige Konzernleitung wie folgt: „Einheitliche Leitung darf nach Umfang und Intensität nur insoweit ausgeübt werden, als das Ausgleichssystem, das aus einer konzernspezifischen Interpretation des Geschäftsführungsstatuts der ... Tochtergesellschaft (Art. 716ff. OR) gewonnen wurde, nicht in seiner Funktionsfähigkeit beeinträchtigt wird.“³²²

2.3.1.6 Leitungskonzept Druey: Konzernleitung erfolgt durch Information

In jüngster Zeit fand die Frage der im Konzern zulässigen Leitung vermehrt Beachtung in der schweizerischen Lehre³²³. Die in diesem Zusammenhang entwickelten Konzepte, hinter denen jeweils ein besonderes Modell der Leitung im Konzern steht, werden im Folgenden kurz dargestellt und daraufhin wird untersucht, welche Implikationen für das Informationswesen im Konzern daraus abzuleiten sind.

*Druey*³²⁴ sieht die Konzernierung als *faktischen* Vorgang³²⁵: Die Leitung wird durch Einflussnahme, insbesondere durch Kommunikation, ausgeübt. Die Leitung beruht nicht auf einem *rechtlichen* Vorgang, etwa einer Delegation von Geschäftsführungs-

³¹⁸ Dieser ergibt sich aus dem Gesetz (Art. 716a OR) und ist zwingend.

³¹⁹ im Sinne von *Strohn*, vgl. dazu oben S.69, 76

³²⁰ Vorgeschlagen wird ein System, das im Sinne des Rozenblum-Konzeptes für einen laufenden Ausgleich von im Interesse des Konzerns übernommenen Nachteilen besorgt ist („konzernspezifisches Ausgleichssystem“, *Amstutz*, 1993, 422ff.).

³²¹ *Amstutz*, 1993, 442

³²² Da das Ausgleichssystem das Integritätsinteresse der Tochter wahrt, führt der Schutz des Ausgleichssystems mittelbar zu einem Schutz des Integritätsinteresses.

³²³ *Bertschinger*, 1999; *Böckli*, 2000; *Druey*, 2000a

³²⁴ *Druey*, 1998a, 80f.; *Druey*, 2000a, 11

³²⁵ Das Faktische an der Ausübung der einheitlichen Leitung im Konzern betont (für das italienische Recht) auch *Galgano*, 2001, 63: „L'influenza dominante resta però una mera situazione di fatto: da essa può nascere una responsabilità di chi ha impartito le direttive, mai un vincolo per gli amministratori cui le direttive sono rivolte. Queste direttive non sono coercibili da parte della controllante: gli amministratori, se vi si conformano, lo fanno sotto la propria responsabilità, assumendo come proprie, ad ogni effetto, le relative decisioni.“ Weisungen sind nach der Auffassung dieses Autors nur die Ausübung einer faktischen Machtposition. Der Verwaltungsrat der Untergesellschaft kann sie in verbindliche Entscheide umsetzen, wenn er sich durch ihre argumentative Überzeugungskraft überzeugen lässt. Er ist dazu aber nicht verpflichtet und für den Entscheid bleibt er selbst verantwortlich.

befugnissen nach Art. 716b OR³²⁶. Sie erfolgt nicht durch formelle, rechtlich für die Tochterverwaltung verbindliche Weisungen, sondern durch Informationen, die als (Leitungs-) „Impulse“ an den Verwaltungsrat der Tochter gelangen. Dieser bleibt zuständig für die formelle Beschlussfassung – er muss die in Form von Information eintreffenden Leitungsimpulse aufnehmen, bewerten und in entsprechende Beschlüsse umsetzen³²⁷.

Mit anderen Worten werden Teile der Entscheidvorbereitung und Willensbildung für die Tochter auf die Mutter verlagert³²⁸. Dies erscheint als zulässig, sofern die Verwaltung der Tochter die Mechanismen dieser Willensbildung überblickt und für den formellen Entscheid zuständig bleibt³²⁹. Es handelt sich um eine Art *Managementvertrag*, mit der Tochter als Auftraggeberin und der Mutter als Beauftragter³³⁰. Als Managementvertrag werden Vereinbarungen bezeichnet, „durch die ein Unternehmen (i.F. als ‚Manager‘ bezeichnet) gegen Entgelt für Rechnung und im Namen seines Vertragspartners (i.F. als ‚Management-Nehmer‘ bezeichnet) die Führung und Verwaltung eines dem Vertragspartner gehörenden Unternehmens oder Betriebes unternimmt“³³¹. Es geht also der Sache nach um den Bezug von Leistungen im Be-

³²⁶ „Konzernleitung“ bzw. „Leitungsmacht“ sind keine Rechtsbegriffe, auch wenn das Gesetz die einheitliche Leitung in Art. 663e Abs. 1 OR erwähnt. Diese kann auch durch den Einsatz informeller Mittel begründet werden. Einheitliche Leitung liegt deshalb auch dann vor, wenn die Leitungsmacht innerhalb der von der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung gesteckten Grenzen ausgeübt wird.

³²⁷ Semler, 1996, 263ff., vertritt einen ähnlichen Ansatz für das deutsche Recht: Er stellt fest, dass nach keinem der im deutschen Recht möglichen Konzernverhältnisse (Eingliederung, Vertragskonzern oder Vertretungsbefugnis) Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnisse auf das herrschende Unternehmen übergangen. Auch das arbeitsrechtliche Direktionsrecht bleibt beim Vorstand der Tochter. Die Willensbildung im Vorstand muss immer Ausseneinflüsse berücksichtigen, z.B. faktischen Druck von Kunden, Lieferanten, Gläubigern und Schuldnern. Es besteht kein Unterschied darin, dass der Ausseneinfluss von einem Konzern ausgeht – auch hier muss der Vorstand allein verantworten, ob und inwieweit er der fremden Einflussnahme folgen will. Der Konzerneinfluss verändert deshalb nicht den Inhalt des Geschäftsführungsauftrags sondern nur den Ablauf der Entscheidungsfindung.

³²⁸ Handschin, 1995, 16, geht ebenfalls davon aus, dass keine rechtlich verbindliche Unterordnung der Tochter unter die Mutter stattfindet. Der Verwaltungsrat der Tochter muss die in Art. 716a OR als unentziehbar bezeichneten Geschäftsführungsaufgaben selbst vornehmen. Er muss aber nicht geistiger Urheber der von ihm gefällten Entscheide sein. Es genügt, wenn er einen von der Mutter vorgeschlagenen oder vorbereiteten Entscheid übernimmt. Ferner kann er alle delegierbaren Geschäftsführungsaufgaben nicht nur an gesellschaftsinterne Aufgabenträger sondern auch an die Mutter bzw. an Organe der Mutter delegieren und diese so zum faktischen Organ machen. Dabei bleiben ihm aber wesentliche Kontroll- und Überwachungspflichten. In diesem Falle hat er darauf zu bestehen, dass ein aussagekräftiges Reportingsystem eingerichtet wird, das die regelmässige und schriftliche Orientierung des Tochter-Verwaltungsrates sicherstellt.

³²⁹ Druey, 2000a, 15f.

³³⁰ Es muss jedoch noch einmal betont werden, dass dies in rechtlicher Hinsicht der Fall ist, in faktischer Sicht jedoch nicht. Faktisch ist die Beziehung zwischen Mutter und Tochter nicht mandatsähnlich. Die Mutter ist nicht im Interesse der Tochter tätig sondern richtet die ganze Konzernführung nach den Interessen des Konzerns aus. Erst in einem weiteren Schritt gleichen sich die Interessen von Konzern und Tochter aneinander an (Phänomen der Interessenkonvergenz: Druey, 1980, 361)

³³¹ Schlüter, 1987, 17. Unterschieden werden Management-Vertrag und Consulting Vertrag. Von einem Managementvertrag soll gesprochen werden, wenn mehr oder weniger die gesamte Unternehmensleitung auf den Manager übertragen wird, von einem Consulting-Vertrag, wenn das Know-how-Defizit nur Teilbereiche betrifft und ein Berater herangezogen wird, ohne dass ihm Leitungsaufgaben übertragen werden (Schlüter, 1987, 2).

reiche der Geschäftsführung durch Gesellschaften, die nicht über ausreichende Managementkapazitäten verfügen. In der deutschen Lehre wird überwiegend der Begriff des Betriebsführungsvertrags verwendet³³². Der Management-Vertrag ist dem Wesen nach Geschäftsbesorgung im Interesse des Management-Nehmers und ist deshalb ein Auftrag (Art. 394 Abs. 1 OR). Somit ist der Manager verpflichtet, jederzeit dem Management-Nehmer Rechenschaft über seine Geschäftsführung abzugeben (Art. 400 Abs. 1 OR). Weitere Konsultationspflichten, Genehmigungsvorbehalte und spezielle Weisungsrechte zugunsten des Management-Nehmers werden regelmässig vertraglich vereinbart³³³.

Da die Tochter aber ein *eigenes Interessenzentrum* ist bzw. dies auch im Konzern bleibt, muss der Verwaltungsrat ihre Interessen auch im Verhältnis zum Konzern wahren. Er darf zwar auf die Qualität der von der Mutter erhaltenen Information, die die Leitung ausmacht, vertrauen, jedoch keinesfalls blindlings: Er muss nach bestem Wissen und Gewissen die Qualität der erhaltenen Informationen beurteilen, d.h., er muss die darin enthaltenen Anordnungen und Wünsche der Mutter in ihrer Tragweite für die Tochter und den Konzern erfassen und beurteilen. Inkohärente, nicht schlüssige, offensichtlich unzutreffende und rechts- oder sittenwidrige Vorlagen muss (und darf) er zurückweisen, bzw. nicht in einen formellen Beschluss für die Tochter umsetzen.

Das Konzept erweist sich auch mit demjenigen der Konzernleitungspflicht vereinbar: Da die Leitung im Konzern faktischer Natur ist und durch Kommunikation von Leitungsimpulsen erfolgt, kann die Verwaltung der Mutter ihre Konzernleitungspflicht erfüllen, ohne dass sie dazu eines formellen Weisungsrechts gegenüber der Tochter bedarf. Sie erfüllt ihre Sorgfaltspflicht bereits dadurch, dass sie regelmässig prüft, ob und welche Leitungsimpulse sie in die Konzerntochtergesellschaften senden soll.

Ebenfalls erweist sich das Konzept als praxistauglich. In der Konzernpraxis wird intensiv mit Informationen als Leitungsmittel gearbeitet. Eine zentrale Rolle nimmt ins-

Im Folgenden wird einheitlich von Managementvertrag gesprochen, obwohl er nach dem hier vorgestellten Konzept nicht den gleichen Umfang hat wie bei Schlüter, es sich also eher um einen Consulting-Vertrag handelt.

³³² Zum praktischen Einsatz von Managementgesellschaften im Konzern vgl. Jakob, 1992, 216ff. Vgl. Emmerich/Sonnenschein, 1997, 180, mit einer Darstellung der Problematik solcher Verträge aus der Sicht des deutschen Konzernrechts. Im vorliegenden Zusammenhang relevant ist die Aussage, dass der Managementvertrag mit der gesetzlichen Pflicht zur eigenverantwortlichen Leitung der Gesellschaft durch den Vorstand solange vereinbar sei, als dem Manager nur die *laufende* Geschäftsführung übertragen werde, während dem Vorstand die grundsätzlichen Entscheidungen der *Unternehmenspolitik* verblieben. Werde aber dem Manager die Befugnis eingeräumt, auch grundsätzliche Entscheidungen zu treffen oder werde ihm eine unbeschränkte und unwiderrufliche Generalvollmacht erteilt, so handle es sich um einen Beherrschungsvertrag.

Zu beachten ist, dass im vorgestellten Konzernleitungsmodell entgegen den dargestellten deutschen Lehrmeinungen keine formellen, rechtlich verbindlichen Entscheidungs- und Weisungsbefugnisse an den Manager übertragen werden. Hier bereitet der Manager die Entscheidung für die formelle Beschlussfassung allein zuständigen Verwaltung der Tochter vor. Er wirkt, indem er den Verwaltungsrat und – mit dessen Zustimmung – auch untergeordnete Stellen in der Tochter informiert. Aufgrund des faktischen Einflusses der Mutter (Konzernleitungsmacht) kann aber auch in der Schweiz der Managementvertrag der Ausübung der einheitlichen Leitung, mit- hin der Eingliederung der Tochter dienen.

³³³ Schlüter, 1987, 54ff.

besondere das Controlling ein³³⁴. Eine einheitliche Leitung des Konzerns (die insbesondere den Anforderungen der Konzernleitungspflicht genügt) ist angesichts der zulässigen Konzernleitungsmassnahmen³³⁵ sichergestellt.

Als Zwischenergebnis lässt sich also festhalten, dass dieses Modell, verbunden mit der Anerkennung des Anspruchs der Tochter auf Wahrung ihres Integritätsinteresses, am besten geeignet scheint, eine Leitung im Konzern zu beschreiben, die das Integritätsinteresse der abhängigen Gesellschaft und damit die gesetzliche Leitungsordnung schützt, dabei aber praktikabel bleibt. Es steht dabei bei den folgenden Betrachtungen im Vordergrund. Es ist jedoch für den Zweck dieser Arbeit nicht notwendig, sich auf ein einziges Modell festzulegen. Bei allen Modellen lassen sich etwa die gleichen Anforderungen an die Informierung der abhängigen Gesellschaft ableiten.

Findet die Verlagerung der Willensbildung von der Tochter auf die Mutter in einem wesentlichen Umfang statt, d.h., ist sie stark in die zentrale Konzernleitung integriert, sodass sie selbst dazu (und sei dies auch nur in einzelnen Bereichen) kaum mehr in der Lage ist, so hat die Tochter der Mutter gegenüber auch ein *Recht auf Leitung* in dem Sinne, dass die Mutter ihr in diesem Bereich die notwendigen Leitungsimpulse zukommen lassen muss. Eine Unterlassung der Leitung würde zu einem Schaden bei der Tochter und damit u.U. zu einer Haftung der Mutter führen. Das Recht der Tochter auf Leitung kann auch mit dem Konzernvertrauen begründet werden. Durch die Kundgabe der Wahrnehmung der Konzernleitung³³⁶ kann die Mutter bei der Tochtergesellschaft und mit ihr verbundenen Dritten berechtigtes Vertrauen auf die Dauer und den Inhalt der Konzernleitung schaffen³³⁷. Zudem entsteht durch die tatsächliche Wahrnehmung der Konzernleitung eine Zuständigkeit bei der Tochter, die ebenfalls berechtigtes Vertrauen auf die Wahrnehmung der Konzernleitung erzeugt³³⁸.

2.3.1.7 Leitungskonzept Böckli: Einordnung und Aushandeln

*Böckli*³³⁹ differenziert zwischen der zu 100% beherrschten Tochter und der Tochter mit Minderheitsaktionariat und entwirft zwei verschiedene Leitungsmodelle:

³³⁴ Lutter, 1991; Theisen, 1991b

³³⁵ vgl. supra S. 82

³³⁶ Die Konzernleitung bzw. die Zuständigkeit der Mutter auch für Belange der Tochter findet ihren sichtbaren Ausdruck nicht nur in der Teilnahme an konkreten Leitungshandlungen sondern auch in Organigrammen, Stellenbeschrieben, Projektorganisationsformen etc.

³³⁷ vgl. unten S. 160 zur Haftung aus Konzernvertrauen

³³⁸ Geht man davon aus, die Konzernleitung beruhe auf einem (impliziten) Managementvertrag, dann kann man die Zuständigkeit auch als vertraglich begründet ansehen. Das Recht zur jederzeitigen Kündigung des Vertrags gemäss Art. 404 OR würde einer Pflicht zur Weiterführung der Leitung nicht entgegenstehen, da es nicht denkbar erscheint, dass die Mutter die Konzernleitung durch „Kündigung“ aufgibt bzw. aufgeben kann.

³³⁹ Böckli, 2000, 37ff.

2.3.1.8 Einordnungskonzept

Verfügt die Mutter über 100% der Aktien der Tochter so muss sie nicht auf die Interessen von Minderheitsaktionären Rücksicht nehmen. Nach der Auffassung von *Böckli* sind dann die Pflichten des Verwaltungsrates der abhängigen Gesellschaft beschränkt. Art. 716a OR müsse einer teleologischen Reduktion unterzogen werden, denn die (im Gesetz erwähnte) einheitliche Leitung im Konzern sei nicht möglich, ohne dass dem Verwaltungsrat der Tochter Leitungsfunktionen entzogen würden. In diesem Modell ist es zulässig, dass die zwingenden Aufgaben des Verwaltungsrates im Konzern zum grössten Teil an die Mutter delegiert werden. Es bleibt aber eine minimale Selbständigkeit des Tochter-Verwaltungsrates. Diesem bleiben als Minimalaufgaben:

- Gestaltung und Durchsetzung eines angemessenen Konzernkonzepts
- Beaufsichtigung der Konzernorganisation im Bereich der Tochter
- Überwachung der Finanzvorgänge und der Solvabilität der Tochter
- Begleitung und Überwachung der vom Konzern eingesetzten Führungspersonen
- Überwachung der Funktionsfähigkeit der vom Konzern eingerichteten Aufsicht und ihrer Ergebnisse.

Voraussetzung ist das Bestehen eines Konzernkonzeptes, das *Böckli* in Anlehnung an die Rozenblum-Praxis³⁴⁰ formuliert: Einordnung heisst für die Tochter ein „mehr“ (an Autonomie) gegenüber der völligen Unterwerfung und ein „weniger“ gegenüber der Eigenständigkeit. Durch die Einordnung entsteht eine doppelte Ordnungsstruktur: Einerseits liegt darin die Unterordnung der Tochter unter die Oberleitung durch die Mutter, andererseits eine Einbettung in ein sinnvolles, strukturiertes Ganzes. Der Verwaltungsrat der Tochter darf legitimerweise die Verfolgung der Konzerninteressen zur Leitlinie seiner Tätigkeit in der Tochter machen, wenn er sich davon überzeugen kann, dass die Tochter in ein verantwortbares Konzernkonzept eingeordnet ist. Der Kern der Aufgabe des Tochter-Verwaltungsrates ist eine „kognitive und begleitende Tätigkeit mit einer residuellen Eingriffspflicht“³⁴¹. Die residuelle Eigenverantwortung bezieht sich auf den Gläubigerschutz (Erhaltung der Solvabilität der Tochter mit einer minimalen Eigenkapitalrendite) und die Einhaltung der öffentlichrechtlichen Vorschriften³⁴². Deshalb muss der Verwaltungsrat der Tochter:

- sich eigenverantwortlich ein Bild darüber machen, wie die für die Tochter bestimmte Organisation, das Finanzmanagement, die Personalpolitik, die Überwachung der Geschäftsführung und die interne Revision mit den Anforderungen des Einordnungskonzepts übereinstimmen;

³⁴⁰ vgl. oben S.75

³⁴¹ Böckli, 2000, 63

³⁴² Auch *Böckli* geht von einer separaten Interessensphäre der Tochter aus, deren Standpunkt vom Verwaltungsrat gegenüber der Mutter verteidigt werden muss. Jedoch ist sie sehr eng gefasst und umfasst nur die drei Punkte des Minimalbereichs der Verantwortung der Verwaltung der Tochter (Erhaltung der Solvabilität zugunsten der Gläubiger und Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften). Ausgeklammert bleiben somit die Tochter als juristische Person selbst und weitere „Stakeholder“ wie Arbeitnehmer und die weitere Öffentlichkeit.

- dafür sorgen, dass das Konzept die Einhaltung der drei minimalen Anforderungen (Solvabilität, Eigenkapitalrendite, „dealing at arm’s length“) gestattet;
- sofort bei der Konzernleitung eingreifen, wenn das Einordnungskonzept (v.a. das steuerrechtliche Prinzip des „dealing at arm’s length“) verletzt wird.

Das Bundesgericht hat in einem jüngeren Entscheid³⁴³ auf dieses Konzept zurückgegriffen: Es bejahte die aktienrechtliche Verantwortlichkeit eines Alleinaktionärs und Verwaltungsrats, der die Aktiengesellschaft durch ungerechtfertigte, durch Falschbuchungen vertuschte Kapitalentzüge geschädigt hatte. Dabei betonte es die rechtliche Selbständigkeit der Gesellschaft auch gegenüber dem Alleinaktionär und (unter Hinweis auf Böckli³⁴⁴) dass der Verwaltungsrat einer Tochtergesellschaft auch im Falle einer Beherrschung zu 100% über die Einhaltung von Gesetz und Statuten zu wachen habe. Damit ist indes noch nicht gesagt, dass das Bundesgericht das Leitungsmodell Böcklis als das richtige betrachtet: Es äusserte sich nicht zum grösseren Zusammenhang der zulässigen Leitung im Konzern sondern hielt einzig fest, dass das Eigeninteresse der Gesellschaft auch dem Alleinaktionär Grenzen setze und dass dieser die aktienrechtliche Leitungsordnung (insb. die Zuständigkeit des Verwaltungsrates für die Geschäftsführung) nicht ignorieren könne. Mit anderen Worten lag der Fall dermassen klar, dass bereits mit dieser „Minimalvariante“ der Anforderungen an die Konzernleitung die Rechtslage geklärt war. Es bestand kein Bedarf an weitergehende Erklärungsansätze – solche hätten den Charakter eines blossen „obiter dictum“ gehabt.

Diesem Konzept entspricht auch die von *Hofstetter*³⁴⁵ vertretene Auffassung. Er legt seine Auffassung in zwei Schritten dar: zunächst aus der Sicht der Konzernmutter-sphäre, sodann aus der Sicht der Konzerntochtersphäre³⁴⁶.

Betrachtet man die Konzernmutter-sphäre, so steht nach den Grundsätzen der Corporate Governance das Interesse der Mutteraktionäre im Vordergrund. Deshalb geht das Interesse der Mutter jenem der Tochter vor. Die Investition in eine Tochtergesellschaft führe zu einer Ausweitung der Oberleitungsaufgaben und der rechtlichen Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrats auf den Gesamtkonzern. Er lehnt eine Subsumption der Leitung im Konzern unter Art. 716a OR ab, da die Vorschrift ganz offensichtlich nicht auf Konzernverhältnisse zugeschnitten sei³⁴⁷.

³⁴³ Entscheid 4c.252/2000 vom 5. Dezember 2000

³⁴⁴ Böckli, 1996, N. 1617a

³⁴⁵ Hofstetter, 2003, 310ff.

³⁴⁶ Nicht deutlich ist, wie die konfligierenden Pflichten von Mutter- und Tochterverwaltung, die aus den unterschiedlichen Perspektiven resultieren, harmonisiert werden können.

³⁴⁷ Allerdings differenziert Hofstetter beim Mass der anzuwendenden Sorgfalt bzw. der Intensität der geforderten Leitung und Überwachung. Im Sinne einer autonom gestaltbaren Konzernoberleitungspflicht könne der Verwaltungsrat der Mutter zwischen einer passiven Investitionsstrategie oder einer Integration der Tochter in den Konzern im Sinne der einheitlichen Leitung wählen. Im Falle der passiven Investitionsstrategie beschränkten sich die Überwachungspflichten des Mutterverwaltungsrats auf die Evaluation periodischer Berichterstattungen durch das Management. Werde einheitliche Leitung ausgeübt, seien die Überwachungspflichten umfassend zu verstehen. Immerhin könne der Mutterverwaltungsrat einen Teil seiner Überwachungsaufgaben nicht nur an das Management der Mutter, sondern auch an das Management der Tochter delegieren. Bei wichtigen Tochtergesellschaften bleibe er aber auf jeden Fall zur periodischen Entgegennahme von Berichten über Geschäftsgang, Finanzen, Investitionen, Management, Personalentwicklung und Zukunftsaussichten verpflichtet und im Sinne einer

Bei der Konzerntochtersphäre differenziert Hofstetter (wie Böckli) zwischen der 100%-igen Tochter und jener mit Mehrheitsaktionären:

- Der 100%-igen Tochter werden keine eigenen Interessen zugestanden – einzig die Interessen der Gläubiger der Tochter müssen geschützt werden. Lediglich zum Schutz der Mutter vor Haftungsdurchgriffen erfolgt der Ratschlag, die aktienrechtlichen Formalitäten bei der Tochter einzuhalten. Zudem könne „sich empfehlen, dem Tochterverwaltungsrat nicht bloss formelle Aufgaben, sondern echte Mitüberwachungsfunktionen gegenüber dem Tochtermanagement zu übertragen“³⁴⁸, sodass diesem die Rolle eines „sounding board“ zukomme und als einzige materielle Aufgabe die „adäquate Absicherung der Gläubigerinteressen“³⁴⁹ habe. Als Einschränkungen des Handelns der Tochterorgane im Konzerninteresse werden jedoch die Kapitalschutzvorschriften des Aktienrechts³⁵⁰ und das Konzernhaftungsrecht gesehen³⁵¹: Wenn die Mutter als faktisches Organ handle, müsse sich die Mutter von der Haftung befreien, indem sie den Beweis einer ordnungsmässigen Konzerngeschäftsführung zum Zweck des Erhalts der Tochter solvenz erbringe³⁵². De facto übernimmt die Mutter mit der Leitung der Tochter auch die Verantwortung für deren finanzielle Solidität, sodass sich die Stellung der Tochter in dieser Hinsicht jener einer Filiale annähert, bzw. einem „Zwitter, welcher sich zwischen einer blossen Betriebsdivision und einem selbständigen Unternehmen bewegt“³⁵³.
- Bei der (börsenkotierten³⁵⁴) Tochtergesellschaft mit Minderheitsaktionären müsse der Verwaltungsrat der Tochter hingegen die Aufgaben nach Art. 716a OR voll erfüllen und sei in seiner Sorgfaltspflicht strikt an das Interesse der

Best Practice solle er sich zudem die Genehmigung der Top Management-Positionen vorbehalten.

Etwas widersprüchlich erscheinen nach diesen Ausführungen des Autors die Aussage (S. 317f.), der Tochterverwaltungsrat behalte seine ihm vom Gesetz zugewiesene Rolle und der zwingende Aufgabenkatalog von Art. 716a OR müsse und könne auch in der 100%-igen Tochtergesellschaft erfüllt werden. Zudem könne die Verwaltung der Mutter die ZerreiSSprobe zwischen dem Konzerninteresse und den Tochtergläubigerrechten nur bestehen, „wenn sie die Tochtergesellschaft grundsätzlich als eigenständige Organisation“ führten und lebensfähig erhielten.

348 Hofstetter, 2003, 315

349 Hofstetter, 2003, 317

350 Wenn man mit Hofstetter eine zentrale Vorschrift wie Art. 716a OR im Falle des Konzerns für nicht anwendbar hält, könnte man aber ebenso argumentieren, die aktienrechtlichen Kapitalschutzvorschriften seien im Fall des Konzerns nicht zweckmässig und nicht anwendbar. M.a.W. könnten alle Normen des Aktienrechts im Konzernzusammenhang relativiert werden und es ist nicht ersichtlich, nach welchen Kriterien die Ausscheidung zwischen „nachgiebigen“ und „resistenten“ Normen erfolgen soll.

351 Hofstetter, 2003, 316

352 Dazu gehöre insb. die Einhaltung der Eckgrössen der Tochter:

-genügendes Eigenkapital

-genügende Liquidität

-keine Schädigung der Tochter durch Transfergeschäfte

-keine übermässige finanzielle (Haftungs-) Risiken

-Erträge, die für die Erhaltung der Solvenz notwendig sind.

353 Hofstetter, 2003, 318

354 Nur bei börsenkotierten Gesellschaften ist der Swiss Code of Best Practice anwendbar. Hofstetter betont jedoch, dass die entsprechenden Regeln „mutatis mutandis“ auch auf nicht kotierte Gesellschaften mit einer Vielzahl von Minderheitsaktionären übertragbar seien.

Tochteraktionäre gebunden³⁵⁵. Geschäftschancen seien von der Tochter selbst zu nutzen und es dürften keine unkompensierten Konzessionen zugunsten der Mutter erfolgen. In Bezug auf die Informierung der Mutter ist der Tochterverwaltungsrat an das Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre gebunden und deshalb dürften der Mutter Informationen nur auf einer „need to know“-Basis geliefert werden. Eine starke Relativierung erfahren diese Grundsätze dadurch, dass der Autor zur Nutzung von Synergien eine sehr weitgehende Arbeitsteilung zwischen der Tochter- und der Mutterverwaltung zulässt und dabei den „Gleichlauf von Konzern- und Tochterinteressen“ anerkennt³⁵⁶. Deshalb sei es zulässig, der Mutter die faktische Nomination, Anstellung, Überwachung sowie Entlassung des Tochtermanagements zu überlassen³⁵⁷.

2.3.1.8.1 Aushandlungskonzept

Für die stimmenmässig beherrschte Gesellschaft, an der eine ins Gewicht fallende Minderheit aussenstehender Aktionäre beteiligt ist, entwirft *Böckli* das Aushandlungskonzept³⁵⁸. Dieses geht von klar getrennten Interessensphären von Mutter und Tochter aus. Art. 716a Abs. 1 OR hat für den Verwaltungsrat der Tochter volle Geltung. Diesem kommt eine *Treuhänderfunktion* gegenüber den aussenstehenden Aktionären zu: er muss diesen jederzeit *Rechenschaft* darüber ablegen können, wie er die Interessen der Tochter wahr. Nicht zulässig ist eine Einordnung in den Konzern, denn dann würden die aussenstehenden Aktionäre notwendigerweise geschädigt. Für das Funktionieren des Konzerns ist indes ein Interessenausgleich notwendig (und zulässig), der durch Aushandlung zwischen Mutter und Tochter erzielt werden muss. Dabei hat der Grundsatz des „dealing at arm's length“ zu gelten, jedoch dürfen die mittel- und langfristigen Vorteile der wirtschaftlichen Zugehörigkeit zu einem grösseren Verbund durchaus gewichtet werden.

2.3.1.9 Leitungsmodell Bertschinger: Arbeitsteilung im Konzern

Noch weiter als *Böckli* mit dem Konzept der Einordnung geht *Bertschinger*³⁵⁹.

Nach dessen Auffassung besteht im Konzern eine zulässige Arbeitsteilung zwischen den Organen der Mutter und der Tochter, die auf der Seite der Mutter haftungsbe gründend, auf der Seite der Tochter haftungsvermindernd wirkt. Art. 716a OR kommt nach diesem Leitungsmodell im Konzern nicht zur Anwendung³⁶⁰. Die Zuläs-

355 Hofstetter, 2003, 322

356 Hofstetter, 2003, 323

357 Interessant ist, dass Hofstetter auch hier die Verantwortung des Tochterverwaltungsrats auf einen „double check“ der Entscheide der Mutter reduziert, gleichzeitig aber betont, er müsse dabei vollständig über die Entscheidungsalternativen informiert sein und sich im Falle eines Interessenkonflikts zwischen Tochter und Mutter dem Konzernentscheid widersetzen (Hofstetter, 2003, 323, insb. FN 87).

358 Böckli, 2000, 78ff.

359 Bertschinger, 1999, 144ff.

360 Bertschinger, 1999, 156: Generell wird dafür plädiert, dass im Konzern aktienrechtliche Bestimmungen nur dann als zwingend anzusehen seien, wenn sich der Schutz von Minderheitsaktionären und Gesellschaftsgläubigern nicht anderweitig sicherstellen liessen. Sofern sich für

sigkeit der Arbeitsteilung zwischen den Verwaltungen von Mutter und Tochter wird mit der Organisationsfreiheit des Konzerns begründet. Voraussetzung der Übertragung von Geschäftsführungspflichten des Tochter-Verwaltungsrates auf die Konzernleitung ist aber, dass die neuen Aufgabenträger genügend bekannt gemacht werden – wenn die Aufgabenträger im Konzern von den Ansprechern identifiziert werden können, ist eine *konzernspezifische Pflichten- und Haftungslage* rechtlich möglich. Massstab für das Verantwortlichkeitsrecht wird dann die tatsächliche Konzernorganisation, d.h., die tatsächliche Verteilung der Geschäftsführungspflichten. Wird die Leitung bzw. die Organisationskompetenz vollständig auf die Mutter übertragen, so haftet der Tochter Verwaltungsrat nur noch für dezentral wahrgenommene Aufgaben. Dort wo die Mutter Leitung ausübt, haftet sie allein.

2.3.2 Die Information in den Konzernleitungsmodellen

2.3.3 Rozenblum-Praxis und Informationsfluss

Die französische Rozenblum-Praxis³⁶¹ zur Berücksichtigung der Konzerninteressen durch ein Konzernglied lässt sich kurz etwa dahin umschreiben, dass es für eine Konzernmutter zulässig ist, der Tochter einen Nachteil zuzufügen, wenn langfristig die Tochter im Rahmen einer klaren Konzernstrategie äquivalente Vorteile aus den Konzernbeziehungen zieht. Welches sind die Vorteile, die eine Tochter für gewöhnlich aus der Konzernzugehörigkeit zieht? Zu nennen sind etwa die Benutzung des Konzernnamens, der Bezug von Management-Leistungen, Know-how, Markt- und Produktionsinformationen, besserer Zugang zu den Finanz-, Produktions-, Absatz- und Personalmärkten etc. Deutlich ist, dass viele dieser Vorteile informationeller Natur sind – die Tochter verfügt über mehr Informationen und sie kann eine wesentliche Information, die Zugehörigkeit zu einem Konzern, an Dritte vermitteln und daraus Vorteile ziehen. Diese informationellen Vorteile der Konzernzugehörigkeit wird ein Gericht, das über die Zulässigkeit eines Eingriffs in das Integritätsinteresse der Tochter befindet, berücksichtigen³⁶².

Daraus entsteht noch kein eigener Informationsanspruch der Tochter, jedoch ist darauf hinzuweisen, dass faktisch so ein erheblicher Anreiz für die Mutter geschaffen wird, die Tochter mit Informationen zu versorgen. Im Konzernalltag dürften Eingriffe in das Integritätsinteresse der Tochter oft vorkommen. Will sich die Mutter (oder ihre Organe) zu ihrem Schutz auf die Rozenblum-Kriterien berufen, tut sie gut daran, darzulegen, dass die Tochter aus dem Konzernverhältnis sehr grosse Vorteile genossen hat, weil wesentliche Informationsflüsse in die Tochter tatsächlich stattgefunden haben. War die Versorgung der Tochter mit Informationen sogar so gut, dass keine Verletzung des Integritätsinteresses im organisatorischen bzw. informationellen Sinn vorliegt, so ist davon auszugehen, dass der (vollständig informierte) Verwaltungsrat

die Beteiligten äquivalente Schutzregelungen ermitteln liessen, sei der „Theorie der formalen Rechtsanwendung“ eine Absage zu erteilen.

³⁶¹

vgl. supra S. 75

³⁶²

Singhoff, 2001, 159, geht sogar so weit, dass er die Erteilung von Auskünften an die Mutter bzw. jede Informationsweitergabe an diese der Ausgleichspflicht unterstellen will. Folgerichtig verlangt er, dass die Informationsflüsse im Abhängigkeitsbericht dargestellt werden.

der Tochter die nachteilige Massnahme genehmigte und sie als im Interesse der Tochter liegend beurteilte. Dies wäre wohl ein Indiz für die Rechtmässigkeit des nachteiligen Eingriffs in die Sphäre der Tochter.

2.3.3.1 Information im Modell „Integritätsinteresse“

Das Integritätsinteresse im wirtschaftlich-organisatorischen Sinne beinhaltet auch eine genügende Information³⁶³ der Verwaltung der Tochter: Die Tochter muss in der Lage sein, selbständig am Markt aufzutreten und die wesentlichen Unternehmensfunktionen (Finanzen, Personal, Produktion, Absatz) selbständig zu steuern³⁶⁴. Schon dazu benötigt sie wegen der engen Verflechtung mit dem Konzern (insb. wegen der Auslagerung von Geschäftsführungswissens auf den Konzern³⁶⁵) detaillierte Informationen aus dem Konzern. Zudem setzt die Wahrung des Integritätsinteresses (auch im rein finanziellen Sinn) voraus, dass sie die Geschäfte mit dem Konzern und die Beziehungen zu ihm überblickt und auf ihre Auswirkungen auf die Tochter hin beurteilen kann. Versorgt die Mutter die Verwaltung der Tochter nicht mit der notwendigen Information über den Konzern, dann verletzt sie das Integritätsinteresse der Tochter³⁶⁶.

Zum Integritätsinteresse gehört auch, dass das abhängige Konzernunternehmen in der Lage ist, seine Informationspflichten zu erfüllen. Z.B. muss die Verwaltung in der Lage sein, eine (konzerndimensionale) schriftliche Orientierung über die Geschäftsführung nach Art. 716b Abs. 2 S. 2 OR zu erstellen oder das Auskunftsrecht des Aktionärs zu erfüllen.

These:

Es ist Teil des Integritätsinteresses, dass die Mutter die Tochter in die Lage versetzt, ihre Informationspflichten zu erfüllen, wenn dazu Informationen über die Mutter gehören.

Die Tochter muss diverse Informationen aufbereiten, die konzerndimensional auszugestalten sind. So können sich auch die Auskunfts- und Einsichtsrechte des Aktionärs und des Verwaltungsratsmitgliedes auf Tatsachen richten, die den Konzern betreffen³⁶⁷. Dazu ein Beispiel: wenn wesentliche Aufgaben, die als Teile der Ge-

³⁶³ Genügende Information ist im Konzern immer *konzerndimensionale* Information, vgl. vorne S. 22

³⁶⁴ was nach der hier vertretenen Auffassung nicht heisst, dass sie auch „im Hause“ ausgeübt werden müssen – outsourcing bleibt erlaubt.

³⁶⁵ Zum Phänomen der Auslagerung von Entscheidwissen in der konzernierten Gesellschaft, vgl. Druey, 1988b, 99ff.; Druey, 1994a, 354; Druey/Vogel, 1999, 316

³⁶⁶ Zur Sanktion in einem solchen Fall vgl. hinten S. 102 (konzernspezifische Anwendung des Durchgriffs).

³⁶⁷ Druey/Vogel, 1999, 316; auch das Forum Europaeum (ZGR 88, S. 704) anerkennt einen klagbaren Anspruch auf solche Information.

Es geht hier nicht exakt um die Ausdehnung der Informationsrechte in der AG auf die Mutter. Zur Information verpflichtet bleibt die Tochter. Die Mutter kommt nur insofern ins Spiel, als sie die Verwaltung mit genügend „Background“ versorgen muss, damit diese den Informationsgläubigern genügende und inhaltlich zutreffende Auskunft geben kann. Im Konzern muss die

schäftsführung im Sinne von Art. 716b Abs. 1 OR zu gelten haben³⁶⁸, im Konzern zentral wahrgenommen werden (z.B. zentrales Cash-Management, Finanzen, Beschaffungswesen, Vertrieb), so würde ein unzutreffendes Bild entstehen, wenn die schriftliche Orientierung über die Geschäftsführung nach Art. 716b OR nicht erwähnen würde, dass diese Unternehmensaufgaben nicht von der Tochter selbst, sondern von einer anderen Konzerngesellschaft ausgeführt werden. Die Offenlegung der Delegation von Geschäftsführungskompetenzen erfolgt mit dem Zweck, dass die Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger in der Lage sind, in einem Verantwortlichkeitsfall gezielt die zuständige Person ins Recht zu fassen³⁶⁹. Deshalb muss zum einen offengelegt werden, dass ein Konzern besteht. Dies damit klar ist, dass die Geschäftsführung der Tochter faktisch von der Mutter beeinflusst werden kann und der Verwaltungsrat der Tochter in seinen Entscheidungskompetenzen begrenzt sein kann. Zum andern müssen die Stellen, die im Konzern Geschäftsführungsaufgaben auch für die Tochter wahrnehmen³⁷⁰, genannt werden. Wenn die Stellen im Konzern, die Geschäftsführungsaufgaben für die Tochter wahrnehmen, nicht in der Orientierung erscheinen, wird nicht nur das Recht der Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger auf die entsprechende Information missachtet, sondern es werden auch die Verantwortlichkeiten in der Tochter verwischt, sodass auch das Recht auf Verantwortlichkeit der Organe (Art. 754 OR) beeinträchtigt ist.

Der Verwaltungsrat der Tochter erfüllt seine Informationspflicht aus Art. 716b Abs. 2 OR nicht, wenn er kein vollständiges oder ein nicht zutreffendes Bild der Organisation der Gesellschaft vermittelt, d.h., den Konzern nicht miteinbezieht.

Diese Auffassung wird ebenfalls in der deutschen Lehre und Rechtsprechung vertreten und mit Treu und Glauben begründet³⁷¹. Im Entscheid BayOLG 1974, 84³⁷² entschied das Gericht, dass, wo ein Konzernglied über das Konzernverhältnis Auskunft geben muss, das herrschende Unternehmen *nach Treu und Glauben aus dem Beherrschungsverhältnis* verpflichtet ist, den Vorstand der sich unterwerfenden Gesellschaft mit den notwendigen Informationen zu versorgen³⁷³.

Information über die Tochter „konzerndimensional“ sein, d.h., wo nötig mit Informationen über den Konzern ergänzt.

³⁶⁸ Was alles zur „Geschäftsführung“ in diesem Sinne gehört, steht nicht abschliessend fest. Böckli, 1996, N 1536, zählt dazu die Verantwortung für die Führung der Sachgeschäfte und für die Finanzen, sowie die Gestaltungsbeschlüsse hinsichtlich Rechnungswesen, Finanzkontrolle und Finanzplanung.

Aus historischer und systematischer Sicht ist es m.E. allerdings klar, dass es sich um das handelt, was Inhalt des Organisationsreglements ist. Denn die schriftliche Orientierung über die Organisation der Geschäftsführung wurde in der parlamentarischen Beratung anstelle der vom Bundesrat vorgeschlagenen Hinterlegung des Organisationsreglements beim Handelsregister eingefügt, vgl. Böckli, a.a.O.; Homburger, 1997, N 724 zu Art. 707-726 OR.

Es handelt sich um die Oberleitung in den für die Unternehmung kritischen Bereichen, dazu gehört die Festlegung der wichtigsten Grundsätze in den wesentlichen Bereichen der Unternehmung (Unternehmenspolitik, Personal-, Finanz-, Organisations- und Informatikwesen).

³⁶⁹ Botschaft, 99

³⁷⁰ D.h., solche Stellen, die genannt werden müssten, wenn sie Teil der Tochter wären.

³⁷¹ vgl. Emmerich/Sonnenschein, 1997, 238

³⁷² in: Die AG 1975, 78

³⁷³ vgl. dazu auch infra S. 151

2.3.3.2 Information im Modell Amstutz

Im von Amstutz entworfenen Modell der Leitung im Konzern spielt die Information eine überragende Rolle für das Funktionieren des Systems „Konzern“. Der Konzern wird als *Informationsnetzwerk*³⁷⁴ verstanden. Aus dem Systemgedanken resultiert, dass alle an der Führung der Tochter Beteiligten auch an der Führung des Ganzen beteiligt sind. Die Aufgabenträger in der Tochter müssen deshalb (wie die Mitglieder eines einzigen Führungsteams für das Ganze) über die Prozesse nicht nur in ihrer Gesellschaft sondern im ganzen Konzern Bescheid wissen. Sie orientieren sich in ihrem (weitgehend autonomen) Handeln im Sinne der Selbststeuerung im Konzernkontext am Zweck des Konzerns bzw. an den Zwecken und Zielen, die der Konzern ihrer Gesellschaft zugedacht hat. Die Selbststeuerung der Konzernglieder gilt ebenfalls in Bezug auf die Informationsflüsse zwischen den Einheiten, d.h., die Aufgabenträger müssen sich fragen: Was müssen die Aufgabenträger in den anderen Konzern-einheiten über meine Einheit wissen? Welche Information kann ich von welchen anderen Einheiten erhalten?

In diesem Modell ist der Verwaltungsrat der Tochter auch informationell autonom und stark in die Informationsflüsse eingebunden (er ist Teil des Systems und im System fließen die notwendigen Informationen spontan und ohne Rücksicht auf die Grenzen zwischen den Subsystemen). Die Information der Tochter ist somit bereits systembedingt und eigentlich müsste nicht weiter nach einer eigentlichen Rechtspflicht geforscht werden. Dem Modell des Konzerns als Netzwerk folgend, sind alle „Knoten“ im Netz für einen genügenden Informationsfluss gleichermassen verantwortlich. Die Mutter ist nicht die zentrale Schaltstelle, bei der alle Informationen notwendigerweise zusammenlaufen. Informationsflüsse laufen auch an der Mutter vorbei von (peripheren) Knoten zu andern Knoten.

Immerhin ist zu bemerken, dass im Konzern die Konzernleitung die Verantwortung für das Funktionieren des Systems „Konzern“ trägt und damit auch für das Informationssystem. Da in diesem Modell Leitung und Kommunikation deckungsgleich sind, ergibt sich eine Informationspflicht der Mutter gegenüber der Tochter aufgrund ihrer Konzernleitungspflicht. Diese Informationspflicht betrifft in erster Linie die Führungsinformation, also die Information, die die Aufgabenträger der Tochter zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen und die für eine funktionierende Geschäftsführung notwendig ist.

Ferner muss die Verwaltung der Tochter auch immer so weit informiert sein, dass sie die Geschäfte und sonstigen Beziehungen zwischen Tochter und Konzern überblickt und diese auf ihre Ausgleichsbedürftigkeit und –fähigkeit beurteilen kann (konzernspezifisches Ausgleichssystem, das das Integritätsinteresse der Tochter wahrt).

³⁷⁴

Amstutz, 1993, 298ff.

2.3.3.3 Information in den Modellen Druey und Böckli

Obwohl wesentliche Unterschiede zwischen den beiden Leitungsmodellen bestehen, liegen sie in Bezug auf die Information des Verwaltungsrates der Tochter nicht allzu weit auseinander: Beide Modelle³⁷⁵ setzen einen informierten, mitdenkenden und kontrollierenden Verwaltungsrat der Tochter voraus, der die (in den einzelnen Modellen unterschiedlich weit gefassten) Interessen der Tochter auch gegenüber der Konzernleitung verteidigt. Die Ausübung der Konzernleitung würde gegen Art. 716a OR verstossen, wenn nicht der Verwaltungsrat der Tochter über die wesentlichen Aspekte dieser Leitung informiert ist und (explizit oder implizit) seine Zustimmung zu den einzelnen Leitungshandlungen gibt.

Der „consent“ zu den einzelnen Leitungshandlungen der Mutter muss konkret sein: eine bloss globale Zustimmung genügt nicht. Je nach Modell muss die Information aber unterschiedlich detailliert ausfallen: Im Modell Druey muss der Verwaltungsrat der Tochter über die einzelnen Leitungshandlungen der Mutter und ihre notwendige Umsetzung in der Tochter so informiert sein, dass er mit der geforderten Sorgfalt die betreffenden formellen Beschlüsse fällen kann. Ebenso im „Aushandlungskonzept“ von Böckli. Im „Unterordnungskonzept“ von Böckli kann der Detaillierungsgrad der Information der reduzierten Überwachungspflicht auf Informierung über die wesentlichen Leitungshandlungen im Sinne der „grossen Linien“ beschränkt werden.

Somit gilt bezüglich der Information:

- Die Leitung erfolgt durch Kommunikation: Die Verwaltung der Mutter gibt der Tochter Leitungsimpulse in der Form von Informationen. Da die Tochter ein Recht auf Leitung hat, hat sie mit anderen Worten ein Recht auf Informationen von der Mutter. Allerdings ist dieses Informationsrecht inhaltlich beschränkt. Es betrifft nur diejenigen Informationen, die als Führungsinformation zu qualifizieren sind.
- Die Mutter muss die Tochter vollständig und wahrheitsgemäss informieren, d.h., sie muss qualitativ genügende Information liefern. Dies folgt daraus, dass sie im implizierten Managementvertrag Beauftragte ist und deshalb den auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflichten unterliegt.
- Der Verwaltungsrat der Tochter muss die Mechanismen der Willensbildung in der Mutter, insoweit überblicken können, als sie die Tochter betrifft. Ansonsten darf er die Vorgaben der Mutter nicht in formelle Beschlüsse fassen. Es ist daher der Verwaltung der Mutter aufgetragen, die Tochterverwaltung genügend zu informieren. Dies ist Teil ihrer Konzernleitungspflicht.

³⁷⁵

Bzw. alle drei Modelle, wenn man das Unterordnungskonzept und das Aushandlungskonzept von *Böckli* separat zählt.

2.3.3.4 Information im Modell Bertschinger

Im Unterschied zu den Leitungsmodellen *Druey* und *Böckli* verbleibt dem Verwaltungsrat der Tochter gar *kein zwingender Aufgabenbereich*. Die Mutter kann – stellt sie eine entsprechende Transparenz her – eine beliebig intensive Leitung ausüben. Die Herstellung von Transparenz über die Zuständigkeiten im Konzern wirkt haftungsvermindernd für die Tochter-Organe, sodass diese, jedoch nicht die Organe der Mutter, ein Interesse an der Konzerntransparenz haben. Da der Verwaltungsrat der Tochter keinen geschützten Aufgabenbereich hat, kann er auch keine Informationsrechte aus seinen gesetzlichen Funktionen bzw. aus seiner Zuständigkeit ableiten. Vielmehr ist es so, dass die Mutter durch die Steuerung des Informationsflusses an den Tochter-Verwaltungsrat dessen Möglichkeiten, geschäftsführend tätig zu werden, überhaupt erst bestimmt, mithin mit dem Informationsangebot auch dessen Zuständigkeit bestimmt.

Es muss nach diesem Modell aber trotzdem ein Informationsfluss von der Mutter in die Tochter bzw. an die Informationsgläubiger der Tochter stattfinden: Indem die Geschäftsführungsaufgaben vom Verwaltungsrat der Tochter auf die Konzernleitung übertragen werden, muss diese notwendigerweise auch die dem Verwaltungsrat aufgetragenen Informationspflichten übernehmen. Nach dem Konzept von *Bertschinger* ist im Konzern nur Art. 716a OR ausser Kraft gesetzt, damit die einheitliche Leitung durch die Mutter möglich wird, nicht jedoch die ganze Informationsordnung der Aktiengesellschaft. Die Information wird somit zum Teil der von der Konzernleitung übernommenen Geschäftsführungsaufgaben. Sind diese aufgeteilt zwischen dem Verwaltungsrat der Tochter und der Konzernleitung, so treffen auch die Informationspflichten beide, damit über einen bestimmten Geschäftsbereich vollständig informiert wird. Denkbar ist auch, dass in der internen Aufgabenteilung nach wie vor der Verwaltungsrat der Tochter als für die Information in der Tochter zuständig bezeichnet wird. Dies setzt dann aber voraus, dass dieser umfassend informiert ist über alle Belange, die einer Informationspflicht unterliegen können.

2.3.3.5 Art der geschuldeten Information

In jedem der geschilderten Modelle hat der Verwaltungsrat der abhängigen Tochter eine Überwachungsfunktion³⁷⁶:

Ein *erstes Element* seines Informationsbedarfs soll die Ausübung dieser Funktion ermöglichen. Diese „Überwachungsinformation“ unterscheidet sich nicht wesentlich von der Führungsinformation, denn um die Leitungstätigkeit der Mutter zu überwachen (und in formelle Beschlüsse zu fassen) muss er genauso gut informiert sein wie wenn er die betreffenden Entscheide auch selbst materiell vorbereitet hätte. Da sich somit keine Differenzierung aufdrängt, besteht der primäre Informationsbedarf des

³⁷⁶

Damit keine Missverständnisse aufkommen, ist noch einmal zu betonen, dass nicht die Mutter für die Informationsversorgung des Verwaltungsrates der Tochter generell zuständig ist. Dies ist auch im Konzern dessen ureigene Aufgabe: er hat selbst die für die Geschäftsführung notwendigen Informationen zu sammeln (insb. muss er sich von den im Unternehmen tätigen Aufgabenträgern informieren lassen). Ist von der Informationspflicht der Mutter die Rede, dann ist immer nur die Information aus dem Konzern gemeint, zu der der Verwaltungsrat der Tochter keinen Zugang hätte.

Verwaltungsrates der Tochter in der *Führungsinformation*³⁷⁷. Dieses ist (im Sinne des Entscheidungswissens³⁷⁸) alle betriebswirtschaftlich notwendige Information, die er zur Geschäftsführung braucht. Diese Information soll die „Realität in der Unternehmung zum Reden bringen“³⁷⁹, d.h., sie muss den gewöhnlichen Qualitätsanforderungen der Verwaltungsratsinformation³⁸⁰ genügen, aber zusätzlich konzerndimensional ausgestaltet sein.

Das *zweite Element* des Informationsbedarfs des Verwaltungsrates der Tochter ist die Information, die er nicht direkt zur Geschäftsführung im engeren Sinne braucht, sondern zur *Erfüllung seiner eigenen Informationspflichten* gegenüber der Informationsgläubigern der Tochter. Auch diese muss konzerndimensional ausgestaltet sein. Auch diese Informationen muss die Mutter der Tochter-Verwaltung zur Verfügung stellen, sonst würde die Informationsordnung der Aktiengesellschaft unzulässigerweise verletzt bzw. die gesetzlich garantierten Informationsrechte verkürzt.

2.3.4 Konzernspezifische Anwendung des Durchgriffs

Nachdem oben begründet wurde, dass die Mutter bei der Ausübung der Konzernleitung das Integritätsinteresse der Tochter wahren und die zwingende Zuständigkeit des Verwaltungsrates der Tochter in der Geschäftsführung beachten muss, stellt sich die Anschlussfrage, welche Konsequenzen das Überschreiten dieser Grenzen für die Mutter hat.

In der konzernrechtlichen Literatur und Praxis spielt der Durchgriff traditionell eine wesentliche Rolle. Im Konzern kann der Begriff verschiedenes bedeuten³⁸¹:

³⁷⁷ Vgl. dazu die Übersicht supra S. 22ff.

³⁷⁸ Druey/Vogel, 1999, 316.

³⁷⁹ Theisen, 1996, 5

³⁸⁰ vorne S. 8

³⁸¹ Amstutz, 1993, 241; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, 1996, 964ff.

- Das Durchbrechen der zwischen den Konzerngliedern bestehenden, durch das Trennungsprinzip begründeten, institutionellen Schranken (Durchgriff im engeren Sinne, „disregard of the corporate entity“), bzw. die Nichtbeachtung der organisatorischen und/oder wirtschaftlichen Eigenständigkeit der beteiligten Konzerngesellschaften³⁸²;
- Zunehmend wird der Durchgriff nebst der oben geschilderten „klassischen“ Form als ein Problem der richtigen Normanwendung gesehen: Wie müssen die Rechtsnormen angewendet werden, die die Beziehungen zwischen einer Gesellschaft und einem Dritten regeln, wenn die Gesellschaft Teil eines Konzerns ist? Müssen die resultierenden Rechte und Pflichten in besonderen Lagen nicht auf andere Konzernglieder ausgedehnt werden, damit die Norm als richtig angewendet erscheint, d.h., muss an die formelle oder an die wirtschaftliche Organisation angeknüpft werden? Nach diesem Ansatz muss die Antwort durch Auslegung der anzuwendenden Norm selbst gefunden werden, also nicht durch Rückgriff auf Art. 2 ZGB³⁸³.

Ein Anwendungsfall des Durchgriffs ist der Haftungsdurchgriff. Dieser bezieht sich lediglich auf die Haftung für Verbindlichkeit und durchbricht den Grundsatz der beschränkten Haftung des Aktionärs für die Schulden seiner Gesellschaft³⁸⁴. Aus ökonomischer Sicht wird durch den Durchgriff der (erwünschte) Gleichlauf von wirtschaftlicher Entscheidungsbefugnis und rechtlicher Verantwortung wiederhergestellt³⁸⁵. Als Zurechnungsdurchgriff wird die Ausdehnung von gesetzlichen und vertraglichen Pflichten einzelner Konzerngesellschaften auf andere Glieder des Kon-

³⁸² Dahinter steckt meist ein Missbrauchsgedanke, d.h., der Durchgriff wird auf den Grundsatz von Treu und Glauben gestützt (Art. 2 ZGB).

³⁸³ Druey, 1995, 620f.; Druey/Vogel, 1999, 38f., verwenden den Begriff „Einheitsbehandlung“ und stellen ihn *neben* denjenigen des Durchgriffs, da der Durchgriff im Gegensatz zur Einheitsbehandlung kraft Auslegung nie zugunsten der konzernierten Parteien erfolgen könne.

³⁸⁴ Albers-Schönberg, 1980, 12; von Büren, 1997, 171; Dennler, 1984, passim; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, 1996, 964ff.; Handschin, 1994, 311

³⁸⁵ Lehmann, 1986, 357, mit ausführlicher Darstellung der ökonomischen Grundlegung des Trennungsprinzips und des Durchgriffs. „Aus der Sicht der ökonomischen Analyse ist das Postulat an das Gesellschafts- und Konzernrecht zu richten, für die nötige Konkordanz zwischen wirtschaftlicher Leitungs- und Herrschaftsmacht einerseits und zivilrechtlicher Verantwortung und Haftung andererseits zu sorgen“ (Lehmann, 1986, 366).

Aus dieser Sicht ist ein Durchgriff nicht etwa bereits dann gerechtfertigt, wenn eine wirtschaftliche Beherrschung vorliegt, sondern wenn das beherrschte Unternehmen nicht mehr zu einer autonomen unternehmerischen Chancen- und Risikotragung im Wettbewerb in der Lage ist: „Ein Unternehmen, das sich nicht oder nicht mehr dem Wagnis der Marktselektion im Wettbewerbskampf stellt oder aufgrund seiner konzernbedingten Verflechtung nicht mehr stellen muss oder kann, verdient nicht das Privileg einer Haftungssegmentierung; es bedarf keiner Wagnisprämierung des Unternehmertums dieser Gesellschaft, weil wirtschaftliche Leitung und rechtliche Haftung zu sehr divergieren. Der juristischen Anerkennung der Eigenständigkeit einer abhängigen Gesellschaft muss zumindest in der Realität soviel wirtschaftliche Autonomie entsprechen, dass diese Gesellschaft und nicht nur der Konzern als solcher zur Produktion von Wettbewerb und zur Übernahme der damit verbundenen wirtschaftlichen Risiken fähig ist.“ (Lehmann, 1986, 368). Die Untersuchung von Lehmann erweist sich als eindrückliche Bestätigung des Konzepts „Integritätsinteresse“ aus der Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts. Ihre Schlussfolgerung ist denn auch gleichsam eine Zusammenfassung der oben S. 76ff. angestellten Überlegungen aus rechtlicher Sicht. „Die rechtstatsächlich unrichtige Behauptung Posners, konzernabhängige Tochtergesellschaften würden in der wirtschaftlichen Praxis regelmässig als selbständige Profit-Center betrieben werden, ist somit zum normativen Postulat zu erheben, sanktioniert durch die Drohung einer Durchgriffshaftung im Konzern.“ (Lehman, 1986, 368).

zerns und die Zurechnung von Handlungen, Kenntnissen und Eigenschaften eines Konzerngliedes an ein anderes bezeichnet .

Soll der Durchgriff auf Art. 2 ZGB gestützt werden (also im Sinne des klassischen Durchgriffs), so ist ein Verstoss gegen Treu und Glauben vorausgesetzt. Da es nicht per se unzulässig ist, für den Auftritt im Markt eine juristisch selbständige Einheit zu verwenden, werden in Lehre und Praxis folgende Voraussetzungen an das Vorliegen eines Missbrauchsfalls gestellt:

- Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses zwischen dem Aktionär und der Gesellschaft bzw. wirtschaftliche Identität bzw. nahe Verbindung (strukturelles Element³⁸⁶)
- missbräuchliche Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der Tochter (Verhaltenselement³⁸⁷).

Welche Rolle kann der Durchgriff im Kontext des Konzerns spielen? Zunächst ist festzuhalten, dass der Haftungsdurchgriff im Konzernzusammenhang von grosser praktischer Bedeutung ist. Als typische Durchgriffsfälle im Konzern werden genannt³⁸⁸:

- Unterkapitalisierung von abhängigen Unternehmen
- Verdeckte Gewinnausschüttungen
- Vermögensvermischung³⁸⁹
- grobe Missachtung der gesellschaftsrechtlichen Formalitäten
- Fremdsteuerung
- Institutsmissbrauch.

Dabei handelt es sich um Fälle, die als Verletzungen des Integritätsinteresses bezeichnet werden können. Kann der Durchgriff für weitere Sachverhalte fruchtbar gemacht werden³⁹⁰? Die Frage stellt sich, ob generell alle Verletzungen des Integritätsinteresses zur Anwendung des Durchgriffs führen können.

Vorab ist klar festzuhalten, dass es nicht darum gehen kann, die Konzernierung in genereller Weise als missbräuchlich zu bezeichnen und gewissermassen im Konzern einen „institutionalisierten“ Durchgriff zu begründen. Der Konzern benutzt im Normalfall die Töchter zur Unternehmenstätigkeit und nicht zur missbräuchlichen Abwehr von Ansprüchen oder anderen missbräuchlichen Zwecken. Die Konzernleitungs-

³⁸⁶ Druey/Vogel, 1999, 61

³⁸⁷ id.

³⁸⁸ Von Büren, 1997, 172; Vogel, 1997, 165ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, 1996, 966; rechtsvergleichend Lehmann, 1986, 364

³⁸⁹ resp. allgemeiner die Sphärenvermischung oder die Einmischung, vgl. Druey, 1980, 372

³⁹⁰ Skeptisch äussert sich in dieser Hinsicht v.a. Hofstetter (Hofstetter, 1995, 178: Der Durchgriff taue nicht als konzernrechtliches Allheilmittel, vor allem da es ihm an Feinsteuerungsmöglichkeiten fehle und im US-amerikanischen Recht damit schlechte Erfahrungen gemacht worden seien. Wegen der subsidiären Natur des Durchgriffs verbliebe auch gar kein Raum für einen breiter konzipierten Durchgriff bzw. für die Durchsetzung anderer Normzwecke als nur der Haftung.

macht ist deshalb nicht missbräuchlich, solange sie sich zulässiger Mittel bedient³⁹¹. In besonderen Situationen kann jedoch ein missbräuchliches Verhalten der Mutter vorliegen. Dies kann nur im konkreten Einzelfall beurteilt werden.

Eine konzernspezifische Anwendung des Instituts „Durchgriff“ muss bei der Definition des (für den Durchgriff vorausgesetzten) Missbrauchs ansetzen. An dieser Stelle wird vorgeschlagen, im Konzernverhältnis die *Verletzung des Integritätsinteresses in seinem Kern* (darunter verstanden das Vermögensinteresse und das wirtschaftlich-organisatorische Interesse)³⁹² als das vorausgesetzte Missbrauchselement³⁹³ zu sehen. Eine Tochtergesellschaft, deren Integritätsinteresse im Kern verletzt wird, erscheint nicht mehr als selbständige Trägerin eines Gesellschaftswillens sondern nur als Instrument oder Zweigniederlassung der Mutter. Auch ökonomisch gesehen ist ein solches Auseinanderfallen von Entscheidungsmacht (die dann bei der Mutter liegt) und Risikotragung (die bei der Tochter, deren Aktionären und Gläubigern liegt) unerwünscht, weil dann nicht mehr sichergestellt ist, dass das Unternehmen keine übermässigen Risiken eingeht (Problem des „moral hazard“)³⁹⁴.

Die Eingriffe der Mutter, die das Integritätsinteresse der Tochter verletzen, verstossen auch gegen die gesetzliche Zuständigkeitsordnung und die Informationsordnung³⁹⁵ sowie gegen die Eigeninteressen der Tochter als juristische Person. Sie erscheinen damit nicht nur als rechtswidrig sondern auch als missbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB. Missbräuchlich ist also nicht bereits die Verwendung einer Tochtergesellschaft z.B. zum Ziele der Haftungsabschottung und Risikominimierung, sondern erst die Missachtung des Integritätsinteresses und damit der gesetzlichen Ordnung.

Das Trennungsprinzip hat nur dort eine legitime Bedeutung, wo die Tochter zur selbständigen Willensbildung fähig ist. Erfolgt diese vollständig in der Mutter, sodass die Grenzziehungen zwischen zwei rechtlich verschiedenen Unternehmen so stark verwischen, dass die Tochter bloss als Zweigniederlassung der Mutter erscheint³⁹⁶, ist nicht einsehbar, wieso durch das Trennungsprinzip eine Privilegierung der Mutter erfolgen soll. Auch die Haftungsabschottung scheint nur dort gerechtfertigt, wo die Tochter als selbständiges Interessenzentrum funktionieren und ihr Auftreten im Markt aufgrund einer selbständigen Willensbildung gestalten kann. Steht den Gläubigern nur ein begrenztes Haftungssubstrat zur Verfügung, muss dieses primär im Interesse

³⁹¹ Supra S. 82f. wurde aufgezeigt, dass eine einheitliche Leitung im Konzern unter Wahrung des Integritätsinteresses der Tochter möglich ist.

³⁹² vgl. oben S.76ff.

³⁹³ Das Verhaltenselement in der Diktion von Druey/Vogel, 1999, 61.

³⁹⁴ Lehmann, 1986, 362, der auf die in der deutschen Lehre stark verbreitete „Theorie des Gleichgewichts zwischen Herrschaft und Haftung“ hinweist. Vgl. dazu auch Albers-Schönberg, 1980, 16ff.

³⁹⁵ vgl. oben S.134ff.,74ff.

Sollte jemandem, der ein berechtigtes Vertrauen in die durch den Handelsregistereintrag erweckte Erwartung der selbstbestimmten Geschäftsführung gebildet hat, ein Schaden entstehen, könnte die Mutter u.U. aus Vertrauenshaftung in Anspruch genommen werden, wenn sie durch Eingriffe in das Integritätsinteresse der Tochter dieses Vertrauen enttäuscht. Dasselbe gilt für die Tochter, denn sie enttäuscht das berechnete Vertrauen dadurch, dass ihr Verwaltungsrat die Eingriffe in das Integritätsinteresse zulässt.

³⁹⁶ Die eigene Rechtspersönlichkeit der Tochter erscheint mangels eigener Willensbildung als fiktiv, es handelt sich nur um ein Potemkinsches Dorf. vgl. dazu etwa Lehmann, 1986, 363

der Tochter und der mit ihr verbundenen Interessen verwaltet werden und kann nicht einfach von der Konzernleitung den weiteren Konzerninteressen zu Nutzen gemacht werden³⁹⁷.

Was die Informationsordnung des Konzerns anbelangt, so führt das Trennungsprinzip des Gesellschaftsrechts dazu, dass ein Informationsanspruch bei der Gliedgesellschaft stehen bleibt, obwohl die Konzernierung dazu führt, dass die Information, auf die der Anspruch geht, bei dieser Gesellschaft nicht mehr vorhanden ist, sondern bei einem anderen Konzernglied gelagert ist³⁹⁸.

Zum Integritätsinteresse der Tochter gehört auch, dass sie über die Informationen verfügt, die sie für die Geschäftsführung sowie für die Erfüllung ihrer Informationspflichten braucht. Wird gegenüber oder in der Tochter³⁹⁹ ein berechtigter Informationsanspruch geltend gemacht und eine Information verlangt, über die die Tochter aufgrund von Gründen, die auf die Konzernierung zurückzuführen sind, nicht verfügt, dann ist das Integritätsinteresse verletzt, wenn die Mutter nicht dafür sorgt, dass die Information vom betreffenden Konzernglied zur Tochter gelangt⁴⁰⁰. M.a.W.: Wenn die Tochter „konzernbedingt“ über eine Information nicht verfügt, die einem Informationsanspruch eines ihrer Informationsgläubiger unterliegt, so ist ihr Integritätsinteresse im wirtschaftlich-organisatorischen Sinn verletzt. Diese Verletzung ist auf die Konzernleitung zurückzuführen. In dieser Situation könnte der Informationsgläubiger mittels eines Durchgriffs auf die Mutter greifen, d.h., anstelle der Tochter müsste die Mutter die Informationspflicht erfüllen⁴⁰¹.

Was das strukturelle Element des Durchgriffatbestandes angeht, so wurde in der Lehre⁴⁰² bereits präzisiert, dass es weniger auf die wirtschaftliche Identität von Mutter und Tochter ankommen kann als auf die Ausübung von Konzernleitung. Dann besteht bereits die für einen Durchgriff vorausgesetzte besondere Nähe. In dieser Ar-

³⁹⁷ Emmerich/Sonnenschein, 1997, 14, weisen darauf hin, dass in der selbständigen Gesellschaft (die typischerweise eine Vielzahl relativ einflussloser Aktionäre hat) eine Parallelität der Interessen der Gesellschaft, ihrer Aktionäre und ihrer Gläubiger besteht, weil alle an der Erhaltung des Grundkapitals der Gesellschaft sowie an einem möglichst hohen Ertrag der „in ihrem gemeinsamen Interesse betriebenen und von Dritten unabhängigen Unternehmens“ interessiert sind. Dieses ausgewogene System des Ausgleichs der Interessen aller Beteiligten wird ausser Kraft gesetzt, wenn es einem Aktionär gelingt, sich ausserhalb der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung einen massgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung zu verschaffen.

Zum Phänomen der Auslagerung von Entscheidwissen in der konzernierten Gesellschaft, vgl. Druey, 1988b, 99ff.; Druey, 1994a, 354; Druey/Vogel, 1999, 316.

³⁹⁹ z.B. von Gesellschaftsorganen wie dem Verwaltungsrat oder der Revisionsstelle, einem Aktionär oder einem Gläubiger

⁴⁰⁰ Ist die betreffende Information bei einer anderen Konzerngesellschaft gelagert, so hat die Mutter aufgrund der Leitungsmacht zumindest faktisch die Möglichkeit, diese zu lokalisieren und von ihr Kenntnis zu erlangen. In dieser Situation dürfte es regelmässig missbräuchlich sein, wenn das Informationsbegehren der Tochter (deren Integritätsinteresse die Mutter verletzt hat) abgewiesen wird.

⁴⁰¹ Ein solcher „*informationeller Durchgriff*“ im Konzernzusammenhang wurde, wenn auch mit anderer Begründung, von der Lehre bereits früh diskutiert: Schlupe (1955, 248ff., insb. 252) bejaht die Möglichkeit des Durchgriffs im Falle des Auskunftsrechts des Aktionärs in jenen Fällen, wo die wirtschaftliche Zusammenfassung auch eine einheitliche rechtliche Betrachtungsweise rechtfertigt.

⁴⁰² Albers-Schönberg, 1980, 125; Handschin, 1994, 313f.; Hofstetter, 1995, 185; Vogel, 1997, 167

beit wird die Auffassung vertreten, dass das Konzernverhältnis ein rechtliches Sonderverhältnis (eigener Art) ist, das unter dem Schutz von Treu und Glauben steht.

2.3.5 Faktische Organschaft

2.3.5.1 Kann die Konzernmutter faktisches Organ sein?

Im Folgenden wird untersucht, unter welchen Umständen die Mutter und ihre Organe als faktische Organe⁴⁰³ der Tochter zu qualifizieren sind und ob sich in aus dieser Stellung Informationspflichten gegenüber der Tochter ableiten lassen⁴⁰⁴.

Typischerweise nimmt die Mutter im Rahmen der Konzernleitungsorganisation Funktionen und Tätigkeiten für die Tochter wahr, die über das hinausgehen, was mit der Stellung als Aktionär verbunden ist, insb. Oberleitungs- und Managementfunktionen bei den Tochtergesellschaften. Es fragt sich, ob sie zufolge der einheitlichen Leitung als faktisches⁴⁰⁵ Organ anzusehen ist.

Als juristische Person kann die Konzernmutter nicht formelles Organ sein (Art. 707 Abs. 3 OR i. V. m. Art. 41 HRV). Ob bloss die Vertreter der Mutter in der Tochter oder auch die Mutter selbst als faktisches Organ der Tochter betrachtet werden können, ist umstritten⁴⁰⁶, wobei sich die heute wohl herrschende Lehre auf den Standpunkt stellt, auch die Mutter selbst könne eine faktische Organstellung einnehmen⁴⁰⁷. Der

⁴⁰³ Zu den verschiedenen Organbegriffen vgl. die umfassende Darstellung bei Vogel, 1997, 255ff. Im Folgenden wird auf die von Vogel vorgeschlagene Differenzierung zwischen materiellen und faktischen Organen verzichtet und beide Phänomene unter dem Begriff „faktisches Organ“ zusammengefasst.

⁴⁰⁴ Auch wenn man die Beziehung zwischen Mutter und Tochter als vertraglich qualifiziert, wie im Leitungsmodell „Managementvertrag“ (vgl. oben S. 88), ist die Fragestellung nicht müssig. Die Haftungsvoraussetzungen sind verschieden, je nachdem ob man von einer Vertragsverletzung oder von einem Delikt ausgeht, so dass im Einzelfall die eine oder die andere Haftung im Vordergrund stehen kann.

⁴⁰⁵ Gemäss der begrifflichen Differenzierung von Vogel, wäre die Mutter dann als materielles und nicht als faktisches Organ anzusehen, wenn sie mit der Wahrnehmung von Geschäftsführungsaufgaben formell betraut würde (wie das nach seiner Auffassung auch möglich ist). Die Konzernleitung wäre in diesem Fall nicht mehr ein rein faktischer Vorgang, sondern auch in einem gewissen Grad rechtlich untermauert. Es wäre nicht mehr der Verwaltungsrat der Tochter für den formellen Entscheid zuständig, sondern diese könnten aufgrund der Delegation von der Mutter getroffen werden.

Doch auch nach diesem Modell würde die Mutter eine Informationspflicht gegenüber ihrer Tochter treffen, denn durch die Betrauung mit Geschäftsführungsaufgaben (sei es im Sinne einer zentralen Wahrnehmung besonderer Funktionen, sei es im Sinne der Übertragung von echten Leitungsfunktionen inkl. der Möglichkeit, Instanzen der Tochter Weisungen zu erteilen) wird die Mutter zum materiellen Organ. Im Bereich der übertragenen Aufgaben trifft sie eine umfassende Verantwortung bzw. Leitungspflicht, inkl. der Pflicht, der Tochter im Sinne einer Rechenschaftspflicht die für die Überwachung der Geschäftsführung in diesen Bereichen notwendige Information zur Verfügung zu stellen (Vogel, 1997, 374).

⁴⁰⁶ vgl. die Übersichten bei von Büren, 1997, 176; Handschin, 1994, 332f.; Hofstetter, 1995, 194; Vogel, 1997, 155 u. 354 (materielle Organstellung) bzw. 389 (faktische Organstellung)

⁴⁰⁷ Diese Auffassung stützt sich auf den mit der Aktienrechtsnovelle von 1991 neu gefassten Text von Art. 754 Abs. 1 OR, wonach nicht nur die Mitglieder des Verwaltungsrates der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterliegen, sondern auch „alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation *befassten* Personen“, während in der alten Fassung der Personenkreis mit

Konflikt ist in der Praxis aber (jedenfalls für den Fall der Haftung für zugefügte finanzielle Schäden) dadurch entschärft, dass auch die Gegner der faktischen Organstellung der Mutter anerkennen, dass diese aus Organhaftung und Geschäftsherrenhaftung für die für sie in der Tochter tätigen Vertreter haftbar ist. Die Auseinandersetzung dreht sich deshalb im Wesentlichen darum, ob die Mutter *direkt* aus Art. 754 OR haftet oder aufgrund einer *Zurechnung* des Verhaltens ihrer Hilfspersonen und Organe⁴⁰⁸.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist es allerdings durchaus von Bedeutung und auch dogmatisch richtig, dass der Mutter selbst als juristische Person eine faktische Organstellung⁴⁰⁹ zukommen kann:

„Alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle *betrauten* Personen“ umschrieben wurde.

Deutlich in dieser Hinsicht Hofstetter, 1995, 234: nach dieser Auffassung ist die Mutter als faktisches Organ zu behandeln, sobald die einheitliche Leitung nachgewiesen ist.

Vogel, 1997, 273, meint, dass die materielle Organstellung der Muttergesellschaft als juristische Person nicht nur durch das Gesetz nicht ausgeschlossen (trotz Art. 707 Abs. 3 OR), sondern vielmehr in verschiedener Hinsicht sogar vorausgesetzt sei, insbesondere durch die Möglichkeit der Ausübung von Konzernleitung. Deutlich für eine Haftung der Obergesellschaft als faktisches Organ auch Vogel, 2002, 615: „Werden Leitungsaufgaben der Tochtergesellschaften daher mit Einverständnis der Organe der Tochtergesellschaft ausdrücklich oder stillschweigend an die Muttergesellschaft übertragen, so haftet die letztere im Rahmen der übertragenen Aufgaben für deren sorgfältige Ausführung.“ Auch Böckli, 1996, 1081f., scheint zumindest implizit davon auszugehen, dass die Mutter faktisches Organ sein kann: Zunächst sieht er die Möglichkeit, dass die Mutter über ein Doppelorgan bzw. einen in den Verwaltungsrat der Tochter entsendeten Vertreter so intensiv auf die Willensbildung der Tochter einwirkt, dass sich „das Wollen und Wirken der entsendenden Gesellschaft selbst sich faktisch zur Stellung eines *faktischen Organs* der anderen Gesellschaft verdichtet.“ Als weitere Möglichkeit sieht dieser Autor (a.a.O.) die Begründung der faktischen Organschaft durch das Konzernverhältnis. Allerdings sieht er einen Konflikt zwischen dieser Auffassung und dem Fehlen eines eigentlichen Konzernrechts: „Solange es ein eigentliches Konzernrecht in der Schweiz nicht gibt, muss dem Einzelfall die Entscheidung darüber vorbehalten bleiben, wie eine juristische Person andere juristische Personen ihrem leitenden Willen unterwirft, ohne dass damit getan wird, was für ein Leitungsorgan typisch ist.“

Bemerkenswert ist die Auffassung von von der Crone/Walter, 2001, 60f., wonach bereits im Herausstreichen der Konzernverbindung in der Öffentlichkeit eine *Konzernerklärung* liegt und die Mutter damit automatisch zum materiellen Organ wird. Dem begegnet Druey, 2001a, dass aus der blossen Hervorhebung der Konzernbeziehung noch kein inhaltlich bestimmtes schützenswertes Vertrauen erzeugt werde. Der Aussenstehende könne insb. nicht auf eine betriebliche Überwachung oder Gestaltung der Tochter durch die Mutter schliessen. Nur Erklärungen, die bestimmte Erwartungen in das Konzernverhalten und die Konzernverantwortung weckten (so die Formel des Motor Columbus-Entscheids), könnten ein schützenswertes Vertrauen erwecken. Zudem könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Mutter die Konzernberühmungen ihrer Töchter kenne und sich deshalb anrechnen lassen müsse. Angesichts der Konzernrealität, in der auch lockerste Führungsstrukturen bestünden, gehe dies entschieden zu weit.

⁴⁰⁸

Vogel, 2001, 615

⁴⁰⁹

Der konkrete Nachweis der Einflussnahme dürfte der Tochter meist leicht fallen: Als Beweise können Aussagen von Mitarbeitern von Mutter oder Tochter sowie sämtlichen schriftlichen Unterlagen dienen, die den Einfluss der Mutter transparent machen, also etwa Sitzungsprotokolle, Organigramme, Konzernorganisationshandbücher, Rapporte, Stellenbeschreibungen, Konzernbudgets etc. Gemäss Vogel (1997, 406ff.) besteht eine *Vermutung* für das Bestehen einer faktischen Organstellung, wenn der Kläger nachweisen kann, dass einheitliche Leitung ausgeübt wird oder dass durch den Einsatz von Doppelorganen der Wille der Mutter direkt auf die Tochter durchschlägt, ohne dass dazu besondere Weisungen notwendig wären. Dabei sei zu berücksichtigen, dass aufgrund der gesetzlichen Umschreibung der Konsolidierungspflicht die Publikation einer Konzernrechnung als Bekanntgabe eines Konzernverhältnisses zu werten sei

- Die Verantwortung für bestimmte Entscheide ist oft nicht lokalisierbar, bzw. einzelnen Personen zuzuschreiben, weil mehrere Personen an der Vorbereitung von Entscheiden und damit an der Führung teilnehmen. Entscheide werden in der Praxis zunehmend in Gremien gefällt bzw. von Projektteams, die sich immer wieder neu zusammensetzen. Nicht immer bestehen formalisierte Entscheidungsverfahren mit protokollierten Sitzungen und Entscheiden. Im Einzelfall kann es kaum mehr nachvollziehbar sein, wer auf einen bestimmten Entscheid Einfluss genommen hat. Oft liegt nachweislich ein erheblicher Einfluss der Mutter vor, ohne dass dieser Einfluss auf bestimmte Personen fokussiert werden kann (z.B. wenn der Einfluss der Mutter über wechselnde Personen und Informationskanäle ausgeübt wurde), sodass keine natürliche Person als faktisches Organ der Tochter qualifiziert werden könnte, die Mutter (der alle Handlungen ihrer Vertreter zuzurechnen sind) hingegen schon.
- In der vorliegenden Arbeit wird argumentiert, dass dem faktischen Organ besondere Verhaltenspflichten im Verhältnis zur Gesellschaft auferlegt sind, d.h., dass sich die „Organstellung“ nicht in der Haftung erschöpft, sondern mit verschiedenen Rechten und Pflichten verknüpft ist. Dazu gehören auch Informationspflichten⁴¹⁰.

In dieser Arbeit wird die Konzernleitung als faktischer Vorgang betrachtet, der sich informeller Mittel zur Durchsetzung der Konzerninteressen bedient, namentlich indem der Verwaltung der Tochter Informationen geliefert werden, die diese dann in formelle Beschlüsse umsetzt. Zudem wurden weitere Modelle der zulässigen Leitung im Konzern dargestellt, die die Verantwortung des Verwaltungsrates der Tochter für die gefällten Beschlüsse betonen. Deshalb ist zunächst kurz auf das Verhältnis des Instituts der faktischen Organschaft zu den Leitungsmodellen einzugehen. Die geschilderten Modelle⁴¹¹ der zulässigen Leitung im Konzern gründen nicht auf der Figur der faktischen Organschaft, sondern haben ihren Ansatz in der gesellschaftsrechtlichen Zuständigkeitsordnung. Die Modelle schliessen aber nicht aus, dass die Mutter oder ihre Organe als faktische Organe betrachtet werden. Im „Modell Bertschinger“ liegt eine Qualifizierung der Mutter als faktisches Organ auf der Hand, da sie dort formell die Geschäftsführung übernimmt, ebenso im Modell „Eingliederung“ von *Böckli*, da die Mutter dort die Konzernleitung mit Weisungen durchsetzen kann. *Hofstetter*⁴¹² bezeichnet die Mutter explizit als faktisches Organ, das die Sorgfalts- und Gleichbehandlungspflichten nach Art. 717 OR zu beachten habe. Bei den anderen Modellen ist die Konzernleitung kein formeller, sondern ein faktischer Vorgang und als solcher schwerer zu erfassen. Die bloss faktische Einflussnahme führt nicht per se zur Verantwortlichkeit⁴¹³. Insbesondere nicht, wenn das Integritätsinteresse der Tochter in-

(Vogel, 1997, 412ff.). Daraus dürften gutgläubige Dritte auf eine Organstellung bzw. die Wahrnehmung bestimmter Organaufgaben (strategische und normative Planung, Leitung im Finanzbereich) der Mutter bei der Tochter schliessen. Für die gegenteilige Auffassung vgl. von der Crone/Walter, 2001, 61, die diese Auffassung als nicht vereinbar mit dem Wortlaut von Art. 663e OR bezeichnen.

⁴¹⁰

infra S. 110ff.

⁴¹¹

oben S. 71ff.

⁴¹²

Hofstetter, 2003, 306

⁴¹³

Das Bundesgericht hat in zwei neueren Entscheiden (BGE 128 III 29ff. und 128 III 92ff.) präzisiert, welche Handlungen zur Qualifikation als faktisches Organ führen. Keine faktische Organstellung entsteht durch die Vornahme bloss einzelner, dem Bereich der Geschäftsführung zuzurechnender Handlungen. Eine faktische Organstellung kommt nur derjenigen Person zu,

takt ist und deren Verwaltungsrat in der Lage ist, die von der Mutter her kommenden Leitungsimpulse zu kontrollieren und notfalls nicht in formelle Beschlüsse umzusetzen (m.a.W. der Verwaltungsrat ist frei, ob er von den „Entscheidressourcen“, die die Mutter liefert, tatsächlich Gebrauch machen kann und will). Die Einflussnahme der Mutter kann sich aber soweit verdichten, dass sie als Organschaft qualifiziert werden muss⁴¹⁴.

Zu untersuchen bleibt, ob mit der Stellung als faktisches Organ nur eine Haftung für angerichteten Schaden verbunden ist oder auch weitere Pflichten (insb. Informationspflichten) gegenüber der Gesellschaft und den mit dieser verbundenen Personen.

2.3.5.2 Pflichtenlage des faktischen Organs

Die Figur des faktischen Organs wurde in der Lehre und Praxis vorwiegend im Zusammenhang mit der Haftung für finanzielle Verbindlichkeiten erörtert. Die Frage, ob sich die Pflichtenlage auf die Haftung beschränkt oder ob damit spezifischere Rechte und Pflichten verbunden sind, wurde noch nicht systematisch diskutiert. Auszugehen ist von der Überlegung, dass die Mutter Einfluss auf die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft nimmt, mithin Aufgaben übernimmt, die dem Verwaltungsrat der Tochter vorbehalten sind (Art. 716a OR). Wer solche Aufgaben ausübt, muss nach der hier vertretenen Auffassung auch den korrespondierenden Pflichten unterstehen

die „in eigener Verantwortung eine dauernde Zuständigkeit für gewisse das Alltagsgeschäft übersteigende und das Geschäftsergebnis beeinflussende Entscheide wahrnimmt. Weder ein Handeln im Einzelfall noch eine bloss hilfswise Tätigkeit in untergeordneter Stellung vermag hingegen die spezifische Organhaftung zu begründen“ (BGE 128 III 29). Die Einflussnahme des faktischen Organs muss aus einer „organtypischen Stellung“ heraus erfolgen. Was die „organtypische Stellung“ ausmacht, wird nicht ausdrücklich definiert. In BGE 128 III 92 wurde indes auf einer länger dauernden Zuständigkeitsregelung auf die organtypische Stellung geschlossen. Diese Zuständigkeiten können übertragen oder usurpiert sein. Mit Böckli, 1996, 1082, und Forstmoser, 1978, 32, ist davon auszugehen, dass organtypisches Verhalten im Sinne des Bundesgerichts vorliegt, wenn die Person so handelt, wie ein echtes Organmitglied handeln würde und durch ihr Handeln manifestiert, dass sie die Kompetenzen eines Organmitglieds für sich in Anspruch nimmt.

Mit diesen Entscheiden scheint deutlich, dass es zur Begründung der faktischen Organschaft in einem wesentlich auf die Qualität der Handlungen der betreffenden Person ankommt. Aus diesen muss die organtypische Stellung hervorgehen, bzw. es muss sich um eine genügende Manifestation des Leitungsanspruchs handeln. Eine solche Manifestation kann sich bereits aus wenigen konkreten Handlungen ergeben, jedoch muss daraus ersichtlich sein, dass die beanspruchte organtypische Stellung eine dauernde ist. Wie erwähnt, ist nach BGE 128 III 29 die Schwelle von bloss „einzelnen“ einschlägigen Handlungen zu überschreiten, damit der verlangte besondere Zuständigkeitsbereich ersichtlich wird.

414

BGE 117 II 570 E. 3; Glanzmann, 2000, 162f., mit weiteren Hinweisen; prägnant: Vogel, 1997, 216, „Zu Recht wird im übrigen darauf hingewiesen, dass das Erteilen von Weisungen oder als bindend verstandene Ratschläge oder Vorgaben durch die Muttergesellschaft bzw. ihre Mitarbeiter an faktisch weisungsbefolgende Stellen bei der Tochtergesellschaft die Muttergesellschaft regelmässig zum faktischen Organ der Tochtergesellschaft macht, da eine solche Weisungserteilung im Bereich organtypischer Aufgaben ihrerseits als organtypische Aufgabe zu qualifizieren ist.“

Geht man davon aus, dass eine Beschränkung der Verantwortlichkeit auf *organtypische* Aufgaben stattfinden muss, so ist darauf hinzuweisen, dass die Konzernleitung durchaus solche Aufgaben wahrnimmt, die zu den eigentlichen Leitungsaufgaben zu zählen sind, auch wenn der formelle Entscheid in die Zuständigkeit des Tochter-Verwaltungsrates fällt. vgl. Vogel, 1997, 276f.

(Art. 717 OR). Grundsätzlich untersteht auch das faktische Organ den Pflichten von Art. 717 OR⁴¹⁵. Welche Differenzierungen sich im Vergleich zum formellen Organ aufdrängen, ist eine andere Frage⁴¹⁶.

Art. 717 Abs. 1 OR trägt den Mitgliedern des Verwaltungsrates sowie Dritten, die mit der Geschäftsführung befasst sind, auf, ihre Aufgaben mit Sorgfalt zu erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren. Die gleichen Personen haben die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln (Art. 717 Abs. 2 OR).

Art. 754 Abs. 1 OR unterstellt diesen Personenkreis sowie die mit der Liquidation befassten Personen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit.

Bereits aus dem Wortlaut von Art. 717 Abs. 1 OR ergibt sich, dass nicht nur die Mitglieder des Verwaltungsrates, sondern auch Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, der Treuepflicht⁴¹⁷ gegenüber der Gesellschaft unterliegen⁴¹⁸. Der gegenteilige Schluss, nämlich dass faktische Organe nicht der Treuepflicht unterliegen und deshalb nicht als „Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind“ im Sinne von Art. 717 Abs. 1 OR zu gelten haben, ist aufgrund des praktisch identischen Wortlauts in Art. 717 Abs. 1 und 754 Abs. 1 OR ausgeschlossen⁴¹⁹.

⁴¹⁵ Ebenso Hofstetter, 2003, 310f.: „Der Entscheid, in Tochtergesellschaften zu investieren, führt damit zu einer Ausweitung der Oberleitungsaufgaben des Verwaltungsrats auf den Gesamtkonzern. Alles andere wäre unsachgemäss, so dass kein Zweifel bestehen kann, dass es sich bei dieser Regel um eine rechtliche Sorgfaltspflicht im Sinne von Art. 717 OR handelt.“

vgl. die folgenden ersten Gedanken zu diesem Thema. Eine vollständige Auseinandersetzung mit der Problematik muss aber an anderer Stelle erfolgen.

⁴¹⁷ Die Treuepflicht, die auf der faktischen Organstellung beruht, hat nichts zu tun mit der in der Lehre diskutierten (und in der Schweiz mehrheitlich verworfenen) Treuepflicht des Mehrheitsaktionärs. Die Treuepflicht knüpft mittelbar an die Ausübung von organotypischen Funktionen in der Gesellschaft an, an eine Einmischung in deren Belange, die weit über die blosser Ausübung der Aktionärsrechte hinausgehen. Sie hat ihre Grundlage nach der hier vertretenen Auffassung unmittelbar im Gesetz, nämlich in Art. 717 Abs. 1 OR.

⁴¹⁸ Nach herrschender Lehre wurde die Formulierung „mit ... befasst“ vom Gesetzgeber mit Bedacht gewählt, um klarzustellen, dass auch die faktischen Organe der Verantwortlichkeit unterliegen. Vgl. Böckli, 1996, 863; Homburger, 1997, N 769 zu Art. 717 OR; Vogel, 1997, 159.

⁴¹⁹ Nach Homburger, 1997, N 764 zu Art. 717 OR, wird mit diesem Wortlaut „Kongruenz“ zu Art. 754 Abs. 1 OR hergestellt.

Es ist unbestritten, dass faktische Organe „als Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind“ nach Art. 754 Abs. 1 OR der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterliegen. Wird in Art. 717 Abs. 1 OR die identische Umschreibung des Personenkreises verwendet, so liegt nahe, dass die faktischen Organe auch der Treuepflicht unterliegen.

Vogel, 2002, 616, kommt zum gleichen Ergebnis: „Weil die Betrauung eines – hier konzerninternen – Dritten mit Organaufgaben dessen Bestellung zum Organ gleichkommt bzw. diese automatisch bewirkt, muss das Gleiche gelten, wenn beispielsweise im Organisationsreglement Organaufgaben an die Muttergesellschaft übertragen werden.“ Jedoch geht Vogel davon aus, dass eine rechtlich wirksame und auch zulässige Übertragung von Organaufgaben und Geschäftsleitungskompetenzen an die Muttergesellschaft stattfindet. In dieser Arbeit wird jedoch die Ansicht vertreten, die Übertragung von Leitungsaufgaben sei ein faktischer Vorgang (insb. entsteht kein Weisungsrecht der Obergesellschaft). Die faktische Ausübung von Leitung führt aber ebenfalls zu einer Veränderung der Rechtslage, indem der Mutter aufgrund ihrer Einflussnahme bzw. Wahrnehmung von Leitungsfunktionen faktische Organstellung zukommt.

Die Treuepflicht des faktischen Organs beruht indes nicht nur auf Art. 717 Abs. 1 OR: Das faktische Organ ist mit der Gesellschaft durch ein „Organverhältnis“⁴²⁰ verbunden. Es kann offen bleiben, welcher der genaue Inhalt dieses Organverhältnisses ist, da auf jeden Fall festgestellt werden kann, dass es ein Sonderverhältnis ist, das nach Art. 2 Abs. 2 ZGB von Treu und Glauben regiert ist. Aus Treu und Glauben entsteht die Pflicht zur gegenseitigen Treue und Rücksichtnahme, aus der auch Pflichten zu einem aktiven Tun entstehen können⁴²¹.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, wie die Treuepflicht *inhaltlich* (was soll das Organ tun und lassen?), *intensitätsmässig* (wie viel *Sorgfalt* und *Aufwand* hat es zu pflegen?) und *umfangmässig* (für welche *Bereiche* der Geschäftsführung ist es verantwortlich?) zu umschreiben ist. Es soll so vorgegangen werden, dass die Treuepflicht zunächst für den Verwaltungsrat (als formellem Organ) skizziert wird und dann gefragt wird, wie sie für das faktische Organ und eine Muttergesellschaft gefasst werden muss.

Eine abstrakte Definition der Treuepflicht ist bereits beim Verwaltungsrat nicht ohne weiteres möglich. Allgemein umschrieben bedeutet Treuepflicht, die Interessen der Gesellschaft zu verfolgen (dies durch geeignete Massnahmen) und schädigendes Verhalten zu unterlassen⁴²². In der Gerichtspraxis wurde der Begriff einzelfallweise „vor allem anhand von pathologischen Fällen“⁴²³ konkretisiert. Wesentlich ist, dass Treue (nebst mehreren eher auf Unterlassung gerichteten Aspekten) im Sinne einer *organschaftlichen Mitwirkungspflicht* das *aktive Wahrnehmen und Fördern der Interessen der Gesellschaft* und der von dieser zu beachtenden Drittinteressen umfasst⁴²⁴. Dies folgt daraus, dass der Verwaltungsrat von Gesetzes wegen die Pflicht zur (aktiven!) Geschäftsführung hat und diese allen Mitgliedern des Verwaltungsrates aufgetragen ist (Art. 716b Abs. III OR)⁴²⁵. Inhaltlich ist die Pflicht zur Geschäftsführung mit der Checklist von Art. 716a Abs. 1 OR näher umschrieben. Die Gesellschaft kann die Pflichterfüllung mit einer Leistungsklage durchsetzen⁴²⁶ und der Verstoss

⁴²⁰ Vogel, 1997, 353

⁴²¹ vgl. dazu S. 154ff.

⁴²² Bärtschi, 2001, 260; Böckli, 1996, 851ff.; Homburger, 1997, N 771 zu Art. 717 OR

⁴²³ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, 1996, 296, mit einer Übersicht

⁴²⁴ Homburger, 1997, N 771 zu Art. 717 OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, 1996, 303; Ruffner, 2000, 202, bezeichnet die Treuepflicht als auf die Verhinderung der Aneignung fremder Vermögenswerte (bei Handeln unter Interessenkonflikt) und die Sorgfaltspflicht als Pflicht zur sorgfältigen Geschäftsführung. Die Treuepflicht ist auf die Verhinderung der Aneignung fremder Vermögenswerte ausgerichtet und beschränkt Handlungen, bei denen Organ bzw. Organmitglieder einem Interessenkonflikt ausgesetzt sind. Die Treuepflicht ist also dann besonders aktuell, wenn die betr. Personen die Möglichkeit haben, ihre persönlichen Interessen denjenigen der Gesellschaft voranzustellen. Die Sorgfaltspflicht hingegen betrifft das Risiko einer unsorgfältigen Geschäftsführung durch die Organe. Sorgfalt heisst, dass sich die Verantwortlichen aktiv bemühen müssen, gute wirtschaftliche Resultate zu erzielen (u.a. durch ein genügendes Anstrengungsniveau). Nach der Unterscheidung von Ruffner würde die Pflicht des Verwaltungsrates zur aktiven Teilnahme an der Geschäftsführung in der Gesellschaft nicht unter die Treue- sondern unter die Sorgfaltspflicht fallen.

⁴²⁵ ebenso von der Crone/Walter, 2001, 60: „Mit der führungsmässigen Integration der Tochtergesellschaft in den Konzern wird die Muttergesellschaft zum materiellen Organ der Tochtergesellschaft. Als Konsequenz ist die Mutter aus Aktienrecht für die Führung der Geschäfte der Tochtergesellschaft verantwortlich.“

⁴²⁶ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, 1996, 304

gegen die Treuepflicht ist eine Pflichtverletzung, die die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates auslöst⁴²⁷.

Noch wenig haben sich Lehre und Praxis mit der Frage auseinandergesetzt, wie die Treuepflicht eines *faktischen* Organs zu umschreiben sei. Die wenigen Äusserungen in der Lehre beziehen sich vorwiegend auf den *Umfang* (d.h., den Verantwortungsbe- reich i.S. von Teilbereichen der Geschäftsführung) der Verantwortlichkeit: Es besteht in dieser Hinsicht Einigkeit darüber, dass das faktische Organ eine Verantwortung für diejenigen Bereiche der Geschäftsführung trägt, in die es sich konkret eingemischt hat⁴²⁸. Damit ist noch wenig konkret, was das faktische Organ genau tun muss (und rechtlich auch tun darf), um seiner Verantwortung gerecht zu werden⁴²⁹. Klar ist auch, dass das faktische Organ in dem Bereich, in dem es sich eingemischt hat und eine eigentliche Zuständigkeit beansprucht, auch für pflichtwidrige Unterlassungen verantwortlich wird. Es hat also eine Pflicht, gegebenenfalls aktiv zu handeln⁴³⁰.

Nach der hier vertretenen Auffassung muss die Diskussion über die Verantwortung des faktischen Organs aber weitergeführt werden und insbesondere gefragt werden, ob nicht die Stellung als faktisches Organ eine Treuepflicht mit sich führt, die einen gewissen minimalen Inhalt hat und sich nicht auf einzelne Geschäftsbereiche beschränkt, sondern sich in einem weiteren, generellen Sinn auf das Unternehmen bezieht. Die Pflichtlage des faktischen Organs kann nicht auf die blosser Haftung für einen durch die konkreten Handlungen definierten Bereich reduziert werden.

Folgende Überlegungen stützen diesen Gedanken:

- a) Die Treuepflicht des Organs ist nach Art. 717 Abs. 1 OR zunächst eine gene- relle und nicht nach bestimmten Bereichen der Geschäftsführung differenziert. Eine Differenzierung zwischen dem formellen Organ und dem faktischen Or- gan drängt sich vom Wortlaut her nicht auf. Die Treuepflicht des faktischen Organs ist grundsätzlich zunächst einmal die gleiche wie diejenige des Ver- waltungsrates.

⁴²⁷ Homburger, 1997, N 764 zu Art. 717 OR

⁴²⁸ Bärtschi, 2001, 108; Druey, 2000a, 22ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, 1996, 442, betonen, dass in diesem Bereich das faktische Organ auch für *Unterlassungen* verantwortlich sei; Forstmoser, 1987, 215f. meint, dass, weil die Organstellung durch ein bestimmtes Verhalten begründet werde, der Pflichtenkreis des faktischen Organs auch nicht weiter als dieses Ver- halten gehen könne. Es könne nicht für Aufgaben verantwortlich gemacht werden, in die es sich nicht eingemischt habe. Vogel, 2002, 624, sieht eine Beschränkung der Verantwortlich- keit auf einzelne beeinflusste oder vorgegebene Entscheide dort, wo die Mutter bloss einmalig oder vereinzelt in die Leitungsorganisation der Tochter eingegriffen hat. Nicht ganz klar ist, ob er in den Fällen, in denen die Mutter eine intensive und breit angelegte Leitungstätigkeit ent- faltet hat, eine unbegrenzte Verantwortlichkeit und damit weitgehende Handlungspflicht der Mutter befürwortet.

⁴²⁹ Im Konzernkontext ist diese Frage darum besonders relevant, als sie nicht damit beantwortet werden kann, das faktische Organ könne ja seine Verantwortlichkeit vermeiden, indem er sich nicht mehr in die Geschäftsführung bei der Tochter einmische. Die Ausübung einheitlicher Leitung verlangt mitunter, dass die Mutter Einfluss auf die Tochter nimmt, auch wenn es sich dadurch als faktisches Organ qualifiziert.

⁴³⁰ BGE 128 III 92, mit Hinweis auf Druey, 1981, 78; Bertschinger, 1999, 58f.; Forstmoser/Meier- Hayoz/Nobel, 1996, 442

- b) Auch sachlich scheint es nicht angemessen, das faktische Organ in der Verantwortlichkeit besser zu stellen als das formelle Organ⁴³¹.
- c) Allerdings wäre es widersprüchlich, einerseits den formellen Organen die Geschäftsführung aufzutragen und andererseits diejenigen, die unberechtigterweise in diese Kompetenz eingreifen, über die Treuepflicht eine Handlungspflicht aufzuerlegen, mithin weitere Geschäftsführungshandlungen und damit Kompetenzeingriffe zu billigen. Indem das Gesetz die Geschäftsführung der Verwaltung der Gesellschaft zuweist, setzt es Dritten eine Schranke, in diesem Bereich tätig zu werden.

Wird wie in dieser Arbeit davon ausgegangen, dass auch das faktische Organ der Treuepflicht von Art. 717 Abs. 1 OR unterliegt, muss genauer definiert werden, welche Pflichten mit der gesetzlichen Ordnung der Geschäftsführung vereinbar sind. Zu fragen ist auch, ob das faktische Organ in *Formen* handeln kann, die die gesetzliche Geschäftsführungsordnung den formellen Organen zuweist⁴³².

Der Gedankengang ist der, dass grundsätzlich die Treuepflicht des faktischen Organs die gleiche ist wie diejenige des Verwaltungsratsmitglieds, sich aber vor allem aufgrund der gesetzlichen Kompetenzordnung (die es nicht zulässt, dem faktischen Organ bestimmte Handlungspflichten aufzuerlegen) Differenzierungen aufdrängen. Aus dieser Sicht ist es nicht gerechtfertigt, die Verantwortung des faktischen Organs auf einzelne Bereiche zu beschränken, nämlich auf diejenigen, in die es sich konkret eingemischt hat. Die Treuepflicht bezieht sich – wie beim formellen Organ – zunächst auf die Gesellschaft bzw. das Unternehmen schlechthin. Die generellen Pflichten⁴³³ können auch kaum auf einen bestimmten Bereich begrenzt werden.

Der grosse Unterschied in der Verantwortung des formellen und des faktischen Organs liegt nach der hier vertretenen Auffassung bei den *aktiven Aspekten* der Treuepflicht, insb. der organschaftlichen Mitwirkungspflicht⁴³⁴. Eine Person wird zum faktischen Organ, indem es Geschäftsführungsentscheide von wesentlicher Bedeutung trifft. Diese sind zwingend in die Kompetenz des Verwaltungsrats gestellt (Art. 716a Abs. 1 OR). Somit ist es ausgeschlossen, dass dem faktischen Organ eine Pflicht

⁴³¹ Das faktische Organ übt Leitung aus. Als mit der Geschäftsführung nach Art. 754 Abs. 1 OR (und damit auch nach Art. 717 Abs. 1 OR) befasste Personen gelten nach der Umschreibung in BGE 128 III 30 solche, „die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen“. Faktische Organe treffen also Entscheide von der Art und Tragweite, wie sie in die Zuständigkeit des Verwaltungsrats fallen. Deshalb liegt es nahe, zur näheren Bestimmung der aus diesem Verhältnis entstehenden Pflichten, zunächst einmal von den Pflichten des Verwaltungsrats als formellem Organ auszugehen und dann die sich aufdrängenden Differenzierungen vorzunehmen. Ausgangspunkt ist somit die Treuepflicht des Verwaltungsrats, wie sie in Art. 717 Abs. 1 OR festgehalten ist.

⁴³² Im Falle des Konzerns müsste die Mutter als faktisches Organ auch das Integritätsinteresse der Tochter respektieren. Supra S. 88ff. wurde das Konzept der Leitung durch Informationslieferung vorgestellt, dass der Mutter die Ausübung von Konzernleitung ermöglicht, ohne das Integritätsinteresse der Tochter zu verletzen und gegen die gesetzliche Leitungsordnung zu verstossen.

⁴³³ Zu denken ist vor allem an die Unterlassungspflichten (Konkurrenzverbot, Verbot des Selbstkontrahierens, Verbot des Ausnützens von Insiderinformationen, Verbot der Schädigung der Gesellschaftsinteressen, Schweigepflicht⁴³³), aber auch an das allgemeine Gebot, die Interessen der Gesellschaft zu fördern.

⁴³⁴ Bärtschi, 2001, 243ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, 1996, 303

auferlegt wird, in diesem Bereich⁴³⁵ *formell* tätig zu werden (also etwa an Abstimmungen zu Geschäftsentscheidungen teilzunehmen). Jedoch ist nicht ausgeschlossen, dass es informell und in einer Weise, die die Kompetenzen des Verwaltungsrats respektiert, tätig wird. Dies ist vornehmlich durch die Informierung der formellen Entscheidungsträger, bzw. indem es diesen Leitungsimpulse gibt⁴³⁶, möglich. Der Verwaltungsrat ist über die Tätigkeit des faktischen Organs vollständig informiert, überwacht dieses und bleibt allein für die formelle Entscheidungsfindung zuständig.

Zur Intensität und zum Umfang der Verantwortung⁴³⁷ ist zu bemerken, dass diese der angemessenen Rolle des faktischen Organs entsprechen sollen. Bei umfassendem Einfluss auf die Geschäftsführung⁴³⁸ hat es entsprechend weit gehende Treuepflicht. Beschränkt sich der Einfluss auf punktuelle Eingriffe in bestimmten Bereichen, sind geringere Anforderungen an die Verantwortung zu stellen und diese beziehen sich in erster Linie auf den betreffenden Bereich⁴³⁹. Hat sich das faktische Organ jedoch einmal als solches qualifiziert, so ist damit gewissermassen eine „Stellung“ verbunden: es unterliegt den generell gefassten Inhalten der Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR⁴⁴⁰. Insbesondere gebietet es diese, dass das faktische Organ die Gesellschaftsinteressen wahrt, dieser also keine Nachteile zufügt und erkennbare Gefahren von dieser abwendet, so weit es in seinen Möglichkeiten liegt.

2.3.5.3 Die Pflichtstellung der Konzernobergesellschaft als faktisches Organ

Im Konzern beschlägt die Führung typischerweise die Kernbereiche der Geschäftsführung, etwa die Finanzplanung. Auch in anderen Bereichen besteht zumeist eine potenzielle Führung in dem Sinne, dass sich die Mutter vorbehält, in die Geschäftsführung einzugreifen, wenn diese nicht nach ihren Vorstellungen abläuft. Zudem ist zu berücksichtigen, dass im Konzern oft die Mutter die Geschäftspolitik in zentralen Punkten vorgibt und die Verwaltung der Tochter daraus die konkreten Geschäftsführungsentscheidungen ableitet. Es wird also sehr oft der Fall sein, dass die konkreten Umstände ergeben, dass sich die Mutter durch die Ausübung der Konzernleitung als faktisches Organ qualifiziert hat⁴⁴¹.

⁴³⁵ Neben den in Art. 716a Abs. 1 OR als unübertragbar bezeichneten Geschäftsführungsaufgaben, gibt es noch weitere, die ohne weiteres übertragen werden können, auch an ein faktisches Organ. Art. 754 Abs. 2 OR lässt dies zu.

⁴³⁶ Insofern liegt eine Parallele zur vorgeschlagenen Modell der zulässigen Leitungsausübung im Konzern vor: vgl. supra S. 88.

⁴³⁷ vgl. supra S. 110

⁴³⁸ Es werden viele, bedeutende Entscheide in allen Bereichen der Geschäftsführung beeinflusst.
⁴³⁹ Es liegt hier eine Parallele zur Vertrauenshaftung vor: die Eingriffe in die Geschäftsführung können bei den Organen der Gesellschaft die berechnete und schützenswerte Erwartung hervorrufen, dass das faktische Organ weiterhin im betreffenden Bereich bestimmte Geschäftsführungsaufgaben wahrnimmt. Der Einfluss des faktischen Organs kann sich somit zu einer eigentlichen – durch die Vertrauenshaftung geschützte – Zuständigkeit verdichten.

⁴⁴⁰ Offen bleiben kann an dieser Stelle die Frage, ob und wann das faktische Organ diese Pflichtstellung zur Gesellschaft wieder verliert, wenn es keinen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung mehr ausübt.

⁴⁴¹ Nicht ausgeschlossen scheint zudem, dass die den Konzern kennzeichnende einheitliche Leitung per se zur Qualifikation als faktisches Organ führt. Dies ist so zu verstehen, dass einheitliche Leitung nur dann vorliegt, wenn der Einfluss der Obergesellschaft eine gewisse Intensität erreicht. Die Intensität dieser Leitung kann genügen, um die Qualifikation als faktisches Organ zu begründen. Der Einfluss muss also die gleiche Schwelle erreichen, damit ein-

Die Treuepflicht der Mutter als faktisches Organ⁴⁴² richtet sich – wie oben ausgeführt wurde – zunächst einmal generell auf die Interessen der Tochter. Insbesondere unterliegt sie dem Konkurrenzverbot, dem Verbot des Ausnützens von Insiderinformationen, dem Verbot der Schädigung der Gesellschaftsinteressen und der Schweigepflicht. Aber auf jeden Fall muss auch das faktische Organ darauf hinwirken, dass das Integritätsinteresse der Tochter gewahrt bleibt. D.h. zum einen, dass es nicht selbst an Verletzungen der Integrität mitwirken darf, andererseits hat es im Sinne einer Garantenstellung die Pflicht, aktiv tätig zu werden und mit eigenen Beiträgen die Verletzung zu verhindern.

Greift die Mutter in bestimmten Bereichen so intensiv in die Leitung ein, dass eine Art faktische Zuständigkeit⁴⁴³ entsteht (dies könnte bei einer zentralen Finanzplanung oder anderen zentral wahrgenommenen Unternehmensfunktionen wie etwa dem Controlling der Fall sein), dann sind in diesem Bereich erhöhte Anforderungen an die Treue zu stellen. Diese können ohne weiteres mit den Anforderungen vergleichbar sein, die an den Verwaltungsrat gestellt werden und beinhalten insbesondere die Pflicht, aktiv zu handeln⁴⁴⁴. Das faktische Organ wird somit wie das formelle Organ nicht nur für sein Tun, sondern auch für seine Unterlassungen verantwortlich. Mithin trifft es eine *Garantenstellung*⁴⁴⁵.

Welche konkreten aktiven Handlungspflichten trifft die Mutter nach der hier geschilderten Auffassung? Eine abschliessende Liste lässt sich nicht erstellen⁴⁴⁶. Der Sorgfaltsmassstab und damit auch die konkreten Verhaltenspflichten (d.h., die inhaltliche Ausgestaltung der Sorgfalts- und Treuepflicht) ergeben sich aus Art. 717 und

heitliche Leitung (und damit ein Konzern) und faktische Organschaft vorliegen. Enthält sich ein massgebender Aktionär konsequent jedes möglichen Einflusses auf die Geschäftsführung, so liegt weder ein Konzernverhältnis noch faktische Organschaft vor.

⁴⁴² Es macht keinen wesentlichen Unterschied, dass in diesem Kontext das faktische Organ eine juristische Person ist. Mit der Begründung des Organverhältnisses treffen die Mutter von Gesetzes wegen die Organpflichten, die auch für die natürliche Person gelten (Vogel, 1997, 353), also auch die Treuepflicht.

⁴⁴³ Diese faktische Zuständigkeit wurde in BGE 128 III 91 als die wesentliche Voraussetzung für die Qualifikation als faktisches Organ bezeichnet. Vgl. spezifisch für den Konzern bereits Druey, 1981, 78.

⁴⁴⁴ Auch von der Crone und Walter⁴⁴⁴ (von der Crone/Walter, 2001, 64) bezeichnen die Pflichten des Verwaltungsrats als den Massstab für die Pflichten der Konzernmuttergesellschaft. Ihr Ansatz ist aber nicht derjenige der Treuepflicht, sondern die Vertrauenshaftung: wegen dem entsprechenden *Vertrauen in die Organstellung* der Mutter (dieses Vertrauen wird durch das Herausstreichen der Konzernverbindung in der Öffentlichkeit erzeugt, das als Konzernklärung gewertet wird) diese die *gleiche Stellung innehaben wie ein Mitglied des Verwaltungsrates* und sie deshalb zumindest die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats nach Art. 716a OR erfüllen müsse.

⁴⁴⁵ Diese ist zunächst durch die auf Art. 717 Abs. 1 OR beruhende Treuepflicht des faktischen Organs begründet. Sie kann aber auch mit dem *berechtigten Vertrauen* begründet werden, das die Tochter (und deren Aktionäre und Gläubiger) darin haben können, dass die Mutter als faktisches Organ die von ihr wahrgenommenen Aufgaben richtig, loyal und im Interesse der Tochter erfüllt.

Zu den verschiedenen Ansätzen vgl. Forstmoser, 1987, 216; von der Crone/Walter, 2001, 64; Vogel, 1997, 320, schlägt aufgrund des berechtigten Vertrauens vor, dass die Beweislast für das Verschulden des faktischen Organs umgekehrt wird.

⁴⁴⁶ Ein komplettes Pflichtenheft lässt sich nicht einmal für den Verwaltungsrat aufstellen. Die Liste von Art. 716a Abs. 1 OR enthält bloss die wichtigsten Punkte und ist noch sehr allgemein gehalten.

754 Abs. 2 OR⁴⁴⁷. Diese enthält auch Handlungspflichten, jedoch geht es zu weit, mit *von der Crone* und *Walter*⁴⁴⁸ den Pflichtenkatalog des Verwaltungsrats aus Art. 716a Abs. 1 OR (integral) zu übernehmen. Diese Aufgaben sind grundsätzlich dem Verwaltungsrat der Tochter aufgetragen und die Einhaltung der gesetzlichen Leitungsordnung ist Teil des Integritätsinteresses der Tochter. Die Pflichtenlage der faktischen Organs bestimmt sich aus seinem tatsächlichen Handeln heraus. Nimmt die Mutter regelmässig Leitungshandlungen vor, entsteht in diesem Bereich eine (faktische) Zuständigkeit, die es auch zu einem aktiven Tätigwerden zwingt, wenn es sich nicht wegen Unterlassung haftbar machen will⁴⁴⁹. Nur dort, wo die Leitung der Mutter alle Bereiche der Geschäftsführung beschlägt, ist sie auch wie der Verwaltungsrat umfassend verantwortlich. Dies ist aber keineswegs ein bloss hypothetischer Fall: Behält sich etwa die Mutter vor, alle Entscheide von einer bestimmten Bedeutung zu genehmigen, handelt es sich bereits um Leitungsausübung in allen Bereichen, denn damit setzt die Mutter ihre eigene Geschäftspolitik in der Tochter durch.

Ein aktives Handeln muss auch dort gefordert werden, wo die Mutter über bestimmtes *Geschäftsführungswissen*⁴⁵⁰ der Tochter verfügt. In einem solchen Fall muss das faktische Organ dieses spezielle Wissen zur Verfügung stellen, um die Treue- und Sorgfaltspflicht zu erfüllen.

2.3.5.4 Informationspflicht aus der Treuepflicht

Aufgrund von Art. 717 Abs. 1 OR hat die Treuepflicht grundsätzlich den gleichen Inhalt wie beim Verwaltungsrat⁴⁵¹. In Bezug auf den Verwaltungsrat ist nun unbestritten, dass dieser aus seiner Treuepflicht heraus verpflichtet ist, zu einer richtigen und sorgfältigen Willensbildung im Interesse der Gesellschaft beizutragen und dazu aktiv sein *Wissen und seine Wertungen einbringen* muss⁴⁵². Das Mitglied des Verwaltungsrates, das bei einer Entscheidung sein Wissen dem Gesamtverwaltungsrat vorhält, begeht eine Treuepflichtverletzung. Dies hat nun auch für die Konzernmutter zu gelten, wenn sie als faktisches Organ der Tochter zu qualifizieren ist. Da diese Pflicht grundsätzlich funktionsspezifisch zu verstehen ist, richtet sie sich vor allem auf die Bereiche der Geschäftsführung in der Tochter, wo die Mutter aktiv eingreift.

⁴⁴⁷ Vogel, 2001, 616f.; zu Recht stellt Vogel fest, dass sich der Aufgaben- und Verantwortungsbereich der Muttergesellschaft anhand der an sie übertragenen Organfunktionen bemisst, bzw. auf die konzerninterne Kompetenzverteilung. Wiederum ist anzumerken, dass nach der hier vertretenen Auffassung, die Übertragung von Leitungsaufgaben, die nach Art. 716a Abs. 1 OR als „unübertragbar und unentziehbar“ bezeichnet werden, auf die Mutter ein faktischer Vorgang ist, nicht etwas eine formelle rechtliche Delegation. Somit findet im Gegensatz zur Auffassung von Vogel, 2002, 617ff., und Vogel, 1997, 361, keine Entlastung der formell verantwortlichen Organe (d.h. in diesem Kontext, des Verwaltungsrats der Tochter) statt. Eine formelle und entlastende Delegation von Leitungsaufgaben ist denkbar ausserhalb der in Art. 716a OR dem Verwaltungsrat genannten Aufgaben.

⁴⁴⁸ von der Crone/Walter, 2001, 65

⁴⁴⁹ „Personen, die aufgrund ihrer Stellung leitende Aufgaben wahrnehmen können und in bestimmten Bereichen tatsächlich tätig werden, sind auch für pflichtwidrige Unterlassungen verantwortlich, wenn im Rahmen des an sich wahrgenommenen Aufgabenbereichs ein Tätigwerden erforderlich gewesen wäre ...“, BGE 128 III 92.

⁴⁵⁰ vgl. dazu infra S. 141

⁴⁵¹ vgl. dazu aber die Differenzierung von S. 110

⁴⁵² Homburger, 1997, N 814 zu Art. 717 OR

Es kann nun aber keine Rechtspflicht für die Mutter bestehen, sich an den Verwaltungsratssitzungen vertreten zu lassen um dort ihrer Treuepflicht nachzuleben. Das Gesetz geht davon aus, dass nur die formell gewählten Organe an der ordentlichen Geschäftsführung teilnehmen⁴⁵³. Es würde gegen das gesetzliche Leitbild verstossen, würde man eine Teilnahmepflicht der faktischen Organe annehmen. Das faktische Organ hat seiner Treuepflicht nicht durch Teilnahme an den Verwaltungsratssitzungen nachzukommen, sondern auf den gleichen informellen Wegen, wie es seinen Einfluss geltend macht, nämlich durch die Nutzung von bestimmten Informationskanälen und durch die Lieferung von Information. D.h., wird die Konzernleitung durch ein Doppelorgan ausgeübt (z.B. nimmt ein Direktor der Mutter Einsitz in den Verwaltungsrat der Tochter), so hat die Mutter diesen mit den notwendigen Informationen zu versorgen sodass dieser in der Lage ist, den Verwaltungsrat der Tochter zu informieren (wie dies seiner Treuepflicht entspricht). Je nach Situation muss die Mutter selbst die Initiative ergreifen und die Tochter spontan informieren oder sie muss reaktiv auf eine von der Tochter gestellte Frage antworten: die Treuepflicht kann beides gebieten. Sodann versteht sich von selbst, dass es die Treuepflicht der Mutter als faktisches Organ gebietet, ihre Handlungen im Rahmen der Konzernleitung stets mit genügenden entsprechenden Informationen zu begleiten, genauso wie das einzelne Mitglied des Verwaltungsrates das Gremium mit Information für seine Position zu gewinnen hat bzw. sie zu erläutern hat.

Die Treuepflicht der Mutter als faktisches Organ muss sich darauf richten, das *Integritätsinteresse* der Tochter zu wahren. Sie muss deshalb die grundlegenden, absolut wesentlichen⁴⁵⁴ Informationen mitteilen, über die sie verfügt⁴⁵⁵ und die zur selbst-

⁴⁵³ Das faktische Organ ist grundsätzlich nicht wie der formell gewählte Verwaltungsrat zur (Teilnahme an der) Oberleitung der Gesellschaft nach Art. 706a Abs. 1 Ziff. 1 OR befugt. Es kann nicht einer Person oder gar einer Gesellschaft, die dazu nicht von der Generalversammlung eingesetzt wurde, eine formelle Befugnis zur Teilnahme an der Oberleitung der Gesellschaft zugestanden werden. Dadurch würde die Generalversammlung in einem zentralen Recht übergangen und die Verfassung der Aktiengesellschaft ausser Kraft gesetzt. Art. 716a Abs. 1 OR ist vielmehr so zu verstehen, dass auch im Konzernverhältnis nur der ordnungsgemäss gewählte Verwaltungsrat zur formellen Geschäftsführung befugt ist. Die Konzernmutter hat ihr Wissen auf faktisch wirksame Weise zur Verfügung zu stellen, insb. durch Informierung der formellen Organe. Wegen dem fundamentalen Charakter der Kompetenzverteilung des Aktienrechts sind auch die Versuche, der Mutter auf dem Wege der (formellen) Delegation von Geschäftsführungsaufgaben formelle Kompetenzen einzuräumen (Vogel, 1997, 272f. u. 373) skeptisch zu beurteilen. Die formelle Geschäftsführung soll von den formellen Organen wahrgenommen und verantwortet werden, eine faktisch wirksame Beeinflussung dieser Geschäftsführung scheint zumindest in einem gewissen Rahmen zulässig, kann aber von einer entsprechenden Organverantwortlichkeit begleitet sein.

⁴⁵⁴ Die minimale Information die es für das Funktionieren des Konzerns einfach braucht, sind die Angaben über die Identität der Mutter, deren Organisation, Aufgabenträger und der Kompetenzordnung. Hat die Verwaltung der Tochter nicht eine absolut sichere Kenntnis davon, wer die Mutter ist, wie die Konzernbeziehung begründet ist, wie die Konzernleitung organisiert ist, welche Organe der Mutter zu Leitungshandlungen befugt sind, würde die Verwaltung der Tochter ihrer eigene Pflicht zur Sorgfalt und Treue verletzen, wenn sie sich gewissermassen „blind“ nach Vorgaben aus dem Konzern richtet. Die in ZR 98 (1999) 52 (S. 225ff.) wiedergegebenen Entscheide zeigen, dass solche Situationen in der Praxis vorkommen können: In jenem verschachtelten, undurchschaubaren Konzern machte eine Konzerngesellschaft geltend, sie habe gar nie gewusst, wer die Mutter des Konzerns gewesen sei. Die eigenen Aktien ständen im Eigentum eines Trusts. Die Leitung des Konzerns sei vom Konzernführer WKR ausgegangen, der ausserhalb einer formellen aktienrechtlich fassbaren Position, als „spiritus rector“ über dem Konzern schwebte. Mithin ist es eine unabdingbare Voraussetzung der Kon-

ständigen Geschäftsführung der Tochter notwendig sind. Zum Integritätsinteresse und damit zur Sorgfalts- und Treuepflicht gehört auch, dass die Tochter ihre Informationspflichten (gegenüber Aktionären, Gläubigern, Behörden⁴⁵⁶ und Arbeitnehmern⁴⁵⁷) erfüllen kann. Wesentlich mehr ist jedoch zu fordern, wenn sich die Mutter in einem Bereich der Geschäftsführung so stark einmischt, dass sich die Einflussnahme zu einer eigenen Zuständigkeit verdichtet und wesentliches Entscheidungswissen bei der Mutter gelagert wird. In einem solchen Fall muss die Mutter der Tochter dieses Entscheidungswissen (je nach Bedarf spontan oder auf Abruf) zur Verfügung stellen. Es wäre mit der Treuepflicht des faktischen Organs nicht vereinbar und pflichtwidrig, wenn sie der Tochter deren eigenes Entscheidungswissen vorenthalten würde.

Wenn sich die Mutter in organtypischer Weise in die Geschäftsführung bestimmter Bereiche einmischt und deshalb als faktisches Organ zu qualifizieren ist, dann entsteht aus dem organschaftlichen Verhältnis nebst der Treuepflicht auch ein *Recht der Tochter auf Rechenschaft* über die Geschäftsführung in den wahrgenommenen Bereichen⁴⁵⁸. Der Verwaltungsrat hat das Recht und die Pflicht, die in diesem Bereich von der Mutter wahrgenommene Geschäftsführung zu überwachen. Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Mutter, sei es, dass sie in der Tochter organtypische Geschäftsführungsaufgaben wahrnimmt, sei es, dass sie im Rahmen der Erbringung konzernweiter Leistungen für diese tätig ist, als deren Beauftragte qualifiziert werden kann und dann (im betreffenden Bereich) der umfassenden Rechenschaftspflicht von Art. 400 OR unterliegt.

Es ist daran zu erinnern dass die Mutter sehr oft umfassend Einfluss auf die Geschäftsführung der Tochter nimmt und nicht nur einzelne Funktionen zentral wahrnimmt, sondern die ganze Unternehmensentwicklung und –strategie bestimmt⁴⁵⁹. Dann hat sie eine entsprechend breite Leitungspflicht (also durchaus im Sinne eines Gleichlaufs von Einfluss und Verantwortung⁴⁶⁰) und entsprechende Informationspflichten.

2.3.6 Konzernleitungspflicht

Die Konzernleitungspflicht hat, nachdem das Institut von Hommelhoff präsentiert wurde⁴⁶¹, ihre Karriere auch in der Schweizerischen Lehre fortgesetzt, wo sie schon

455 zernleitung, dass die Verwaltung der Tochter eine Leitungshandlung einwandfrei als Ausdruck der richtig gefassten Willens der Mutter erkennen kann.

455 Es geht nicht darum, dass sie eine eigentliche Suche nach Informationen ausserhalb des Konzerns in Angriff nimmt! Es geht nur um die Informationen, über die sie verfügt, insb. das Geschäftsführungswissen der Tochter.

456 Aus dem Staats- und Verwaltungsrecht ergeben sich verschiedene Informationspflichten gegenüber den Behörden, zu denken ist dabei nur schon an die Steuerbehörden!

457 Zur konzernweiten Anwendung der Informationspflichten bei Betriebsübertragungen (Art. 333a OR) und Massenentlassungen (Art. 335f OR) fehlt bisher eine Auseinandersetzung in der Lehre.

458 Schmidt, 1984, 16; Vogel, 1997, 374

⁴⁵⁹ Dies ist vor allem im Falle der „Powers reserved“ der Fall, d.h., wenn die Mutter sich die Entscheidung in allen grundlegenden, für die strategische Ausrichtung entscheidenden Fragen vorbehält (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, 1996, 935).

460 Druey, 1981, 78; zur deutschen Lehre vgl. S. 149

461 Hommelhoff, 1980; vgl. auch Schmidt, 2002a, 492

früh aufgenommen und heute grösstenteils befürwortet wird⁴⁶². Als erste Annäherung an den Inhalt der Konzernleitungspflicht lässt sich so viel sagen, dass darunter die Pflicht der Verwaltung der Mutter verstanden wird, die zwingenden Oberleitungsaufgaben (Art. 716a Abs. 1 OR) auch in der Tochter wahrzunehmen⁴⁶³. Die Konzernleitungspflicht wird nicht nur als Pflicht der Verwaltung der Obergesellschaft verstanden, sondern auch als Recht der *Tochter auf Leitung*⁴⁶⁴.

Die Konzernleitungspflicht wird in der schweizerischen Lehre von ihren Befürwortern auf drei verschiedene Grundlagen gestellt⁴⁶⁵:

⁴⁶² vgl. etwa Albers-Schönberg, 1980, 75; Amstutz, 1993, 362ff.; Druery/Vogel, 1999, 372ff.; Handschin, 1994, 112ff.; Homburger, 1997, N 539; Kaufmann, 1988, 96f.; Ruepp, 1994, 45ff.

Hingegen lässt sich nach der Auffassung von Forstmoser, 2000, 116, keine Konzernleitungspflicht ableiten. Aus der Pflicht zur konsolidierten Rechnungslegung und der damit verbundenen Sanktionierung des Konzerntatbestandes ergebe sich zwar, dass der Gesetzgeber der Revision von 1991 zwar von einem Recht zur einheitlichen Führung einer Gruppe ausgehe, jedoch schreibe er keine Pflicht vor. Ebenso Brechbühl, 1998, 16.

Von Büren, 1997, 53ff. u. 168ff., bejaht zwar eine Konzernleitungspflicht, will sie aber nicht aus dem Gesetz ableiten, sondern aus den konkreten Statuten der Konzerngesellschaften oder daraus, dass die Mutter die Erfüllung des statutarischen Zwecks ganz oder teilweise den Töchtern überlässt.

⁴⁶³ Von Büren, 1997, 133, schlägt vor, die Aufgaben des Verwaltungsrats (Art. 716a Abs. 1 OR) als Massstab dafür heranzuziehen, welche konkreten Leitungshandlungen von der Mutter im Konzern zu fordern sind. Diese Auffassung ist aber insbesondere aus der Sicht des Integritätsinteresses der Tochter problematisch, vgl. infra S. 76f.

⁴⁶⁴ Schmidt, 2002a, 492

⁴⁶⁵ Druery, 2000, 24ff.; Druery/Vogel, 1999, 375

Denkbar wäre auch noch eine vertraglich vereinbarte Konzernleitungspflicht bzw. ein Recht der Mutter, die Konzerngesellschaften zu leiten. Oder die Einfügung solcher Rechte in die Statuten der betreffenden Gesellschaften. Dies ist jedoch nur äusserst beschränkt möglich:

Die Statuten einer Gesellschaft können ausdrücklich als Gesellschaftszweck die Bildung und Leitung eines Konzerns vorsehen (z.B. bei Holdinggesellschaften). Der festgelegte Zweck verpflichtet die Verwaltung in diesem Fall unmittelbar zur Leitung des Konzerns. In diesem Fall richtet sich die Konzernleitungspflicht in Art und Umfang nach den jeweiligen Statuten.

Denkbar wäre es auch, die Konzernleitungspflicht den einzelnen Mitgliedern des Verwaltungsrates vertraglich aufzuerlegen. Das Verhältnis zwischen dem einzelnen Verwaltungsrat und der Gesellschaft wird als besonderes organschaftliches Rechtsverhältnis qualifiziert. Es wird primär durch die Normen des Gesellschaftsrechts bestimmt, subsidiär sind Auftragsrecht oder Arbeitsrecht heranzuziehen. Obwohl die zwingenden Vorschriften des Aktienrechts und die Statuten den Inhalt des Rechtsverhältnisses weitgehend bestimmen, ist dessen Ergänzung mit der besonderen Pflicht, die Leitung auch der Tochtergesellschaften zu übernehmen, möglich. Da zur Oberleitung der Muttergesellschaft zumindest die Überwachung der Tätigkeit der Tochtergesellschaft gehört, ist eine minimale Konzernleitungspflicht Teil des Aufgabenbereichs eines Verwaltungsrates und somit schon von Gesetzes wegen Teil des Mandats.

Schliesslich könnte eine Konzernleitungspflicht vertraglich zwischen zwei Konzerngesellschaften vereinbart werden.

Jede solche vertragliche Vereinbarung einer Konzernleitungspflicht müsste aber die zwingenden Normen, die die Organkompetenzen der Tochter umschreiben, respektieren. Solche bei der Mutter wirksamen Instrumente geben deren Organen jedoch kein Recht, bei der Tochter an der Stelle derer Organe tätig zu werden. Der Verwaltungsrat der Tochter kann nicht darauf verzichten, die ihm aufgetragenen Aufgaben zu erfüllen und stattdessen seine Verantwortung auf die Mutter abschieben. Eine umfassende Konzernleitung in dem Sinne, dass die Mutter berechtigt und verpflichtet ist, die Oberleitung der Tochtergesellschaft auszuüben, ähnlich etwa dem deutschen Beherrschungsvertrag, kann deshalb nicht gültig vereinbart werden. Ein Vertrag, der gegen die zwingenden Organkompetenzen verstösst, wäre nichtig (Art. 20 Abs. 1 OR). Zulässig scheinen höchstens Vereinbarungen, die sich auf den Einsatz informeller Mittel zur Ausübung der Leitung beziehen. Beispielsweise indem sich die Mutter verpflichtet, die Tochterorgane im Entscheidungsprozess zu unterstützen, z.B. durch Beratung, Managementlei-

1. die Pflicht der Organe der Mutter gegenüber ihrer eigenen Gesellschaft, das in den Beteiligungen an den Konzerngesellschaften liegende Potenzial so gut wie möglich zu nutzen;
2. die Pflicht der Mutter gegenüber der Tochtergesellschaft, die beanspruchte Konzernleitungsmacht zum Besten der Tochter wahrzunehmen⁴⁶⁶;
3. die Pflicht, gemäss eigener Kundgabe oder speziellen gesetzlichen Bedingungen besondere Leitungspflichten zu erfüllen.

In dieser Arbeit können alle drei Begründungsansätze fruchtbar gemacht werden. Alle begründen Informationspflichten der Muttergesellschaft gegenüber ihrer Tochter. Jedoch sind diese verschieden gelagert bzw. haben einen unterschiedlichen Inhalt.

2.3.6.1 Konzernleitungspflicht aufgrund autonomer Akte der Konzerngesellschaften (Statuten, Verträge)

Häufig wird vorgeschlagen, die Abhängigkeit der Tochter durch eine Klausel in den Statuten⁴⁶⁷ oder mittels eines Vertrages⁴⁶⁸ zu begründen. Die Begründung von formellen Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung in der Tochter ist jedoch eng begrenzt, unabhängig davon, ob dies in den Statuten oder durch vertragliche Vereinbarungen erfolgen soll. Dies verhindert die zwingende aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung (insb. Art. 716a Abs. 1 OR). Als zulässig erscheinen jedoch unverbindliche Vorschlags-, Kontroll-, Auskunfts- und Mitwirkungsrechte, die keine formelle Teilnahme am Willensbildungsprozess vermitteln und deshalb auch nicht die Zuständigkeit der formellen Organe verletzen⁴⁶⁹. Als noch zulässig scheint auch eine statutarische Zweckausrichtung auf das Konzerninteresse, die den Verwaltungsrat der Tochter dazu verpflichtet, bei der Geschäftsführung die Konzerninteressen in die Interessenabwägung einzubeziehen⁴⁷⁰.

Relativ häufig finden sich in der Schweizer Wirtschaftspraxis sog. Managementgesellschaften. Diese dienen vor allem steuerlichen Zwecken, jedoch werden auch Vorteile organisatorischer, führungstechnischer und „publizitätstechnischer“ Art genannt⁴⁷¹. Typisch für diese ist, dass ihr von der Konzernmutter Konzernleitungsauf-

stungen, Information etc. Hier liegt eine Vereinbarung vor, die formell die zwingenden Organkompetenzen respektiert und deshalb nicht als gegen zwingendes Recht verstossend und deshalb nichtig betrachtet werden muss. Im Kontext des Konzerns kann sie aber durchaus als Leitungsinstrument dienen, da die betreffenden Leistungen der Mutter als faktisch verbindlich aufgefasst werden.

Wenn der Inhalt solcher Vereinbarungen von vornherein nur sehr beschränkt sein kann, macht es keinen Sinn, hier von einer Konzernleitungspflicht/einem Recht auf Konzernleitung zu sprechen.

⁴⁶⁶ In dieser Arbeit wird vorgeschlagen, diese Pflicht der Mutter stark auf ihrer (in den meisten Fällen gegebenen) Stellung als faktisches Organ abzuleiten, vgl. supra 107ff.

⁴⁶⁷ von Büren, 1997, 85ff.; Handschin, 1994, 94ff.

⁴⁶⁸ Handschin, 1994, 127ff.; Schluep/Amstutz, 1996, 1026ff.; als Beispiele nennt Ruepp, 1994, 32: Beherrschungs-, Gewinnabführungs-, Geschäftsführungs-, Gewinngemeinschafts-, Betriebsüberlassungs-, Betriebspacht- und Weisungsverträge.

⁴⁶⁹ Ruepp, 1994, 30ff.

⁴⁷⁰ Da die Verflechtung im Konzern dazu führen kann, dass die Interessen des Konzerns und der einzelnen Glieder konvergieren (Druey/Vogel, 1999, 25), sind die Konzerninteressen auch ohne solche Bestimmung zu berücksichtigen.

⁴⁷¹ Ruepp, 1994, 2ff.

gaben⁴⁷² übertragen werden. Der Managementgesellschaft kommen dabei leitende, koordinierende und beratende Funktionen zu und dafür können ihr (faktische) Entscheidungs- und Weisungskompetenzen zukommen⁴⁷³. Diese Aufgabenzuweisung erfolgt meist nicht aufgrund eines schriftlich ausgefertigten Vertrages⁴⁷⁴ sondern eher aufgrund eines stillschweigenden Einverständnisses. Noch nicht abschliessend geklärt ist die Frage, wieweit eine solche Aufgabenzuweisung zulässig ist⁴⁷⁵.

2.3.6.2 Inhalt der Konzernleitungspflicht

Aus den verschiedenen Ansätzen zur Begründung der Konzernleitungspflicht ergeben sich Unterschiede in deren Inhalt. Die Verwaltung der Mutter kann sich nicht mit dem kleinsten gemeinsamen Nenner der verschiedenen Begründungsansätze begnügen, sondern muss alle gleichermassen⁴⁷⁶ berücksichtigen. Der Überforderung kann der Verwaltungsrat der Mutter dadurch entgehen, dass er die Konzernleitungsaufgabe an spezielle Organe delegiert und dass er bei der Konzernleitung das Integritätsinteresse der Tochter wahrt, sodass diese ganz im Sinne des Modells von *Amstutz*⁴⁷⁷ mit hoher Autonomie tätig werden⁴⁷⁸. Insgesamt ergibt sich eine in Bezug auf die wahrzunehmenden Aufgaben relativ weit gefasste Konzernleitungspflicht, die allerdings durch den anzuwendenden Sorgfalts- und Treuemasstab relativiert wird.

Zu unterscheiden sind die Führungsbereiche, auf die sich die Konzernleitungspflicht bezieht, und die notwendigen Handlungen in diesen Bereichen bzw. die von den Organen der Mutter geforderte Sorgfalt und Treue.

Die Konzernleitungspflicht bezieht sich auf alle Unternehmensaufgaben, als Richtlinie kann die Aufzählung der wesentlichsten Geschäftsführungsaufgaben in Art. 716a OR dienen. Diese Aufgaben sind natürlich konzernweit zu fassen, sodass als Konzernleitungsaufgaben zu zählen sind⁴⁷⁹:

- die Konzerngeschäftspolitik (Formulierung der Konzernziele, Festlegung der mittel- und langfristigen Konzernstrategie und Definition der zur Zielerreichung benötigten Mittel)
- Konzernfinanzen (Finanzplanung und –überwachung sowie Ausgestaltung des Konzernrechnungswesens)

⁴⁷² Dadurch dass es sich um eigentliche Führungsaufgaben handelt und nicht bloss um Hilfsfunktionen wie Buchführung, Inkasso, Immobilienmanagement etc., unterscheiden sie sich von Hilfsgesellschaften. Es geht also um eine eigentliche Ausgliederung der Konzernleitungstätigkeit.

⁴⁷³ Solche sind aufgrund der Konzernleitungsmacht faktisch wirksam, nicht formell (rechtlich).

⁴⁷⁴ Ruepp, 1994, 5f., weist darauf hin, dass bloss ausnahmsweise kurze schriftliche Vereinbarungen abgeschlossen werden, wie etwa: „Es wird hiermit bestätigt, dass die (Holding) der (Managementgesellschaft) am ... mit Wirkung ab ... die kommerzielle Oberleitung ihrer sämtlichen Konzerngesellschaften übertragen hat.“

⁴⁷⁵ vgl. die Diskussionen bei Ruepp 1994 und Vogel, 1997, 354ff.

⁴⁷⁶ so weit es im Rahmen der aktienrechtlichen Leitungsordnung (vgl. S. 71ff.) möglich ist

⁴⁷⁷ vgl. S. 87

⁴⁷⁸ Zudem ist immer zu beachten, dass aufgrund der zwingenden Kompetenzen des Tochter-Verwaltungsrats die Mutter eine rechtlich zulässige Konzernleitung nur durch die Lieferung von Informationen (i.S. von Leitungsimpulsen) erfolgen kann.

⁴⁷⁹ nach von Büren, 1997, 57ff.; Ruepp, 1994, 41ff.

- Konzerninformationswesen (konzernweite Berichterstattung zur Erfüllung der Konzernleitungsaufgaben)
- Konzernpersonalwesen
- Konzernorganisation.

Wesentlich sind auch konzernweite Compliance-Aufgaben⁴⁸⁰, die der Obergesellschaft auferlegt sind. Die konkreten Massnahmen, die der Konzernleitung aufgetragen sind, können nicht im Voraus genannt werden. Diese bestimmen sich nach der konkreten Organisation des Konzerns, den rechtlichen und faktischen Einflussmöglichkeiten auf die Tochter sowie der Situation, in der Mutter und Tochter handeln und einen bestimmten Entscheid fällen müssen. Es liegt im Ermessen der Verwaltung zu bestimmen, was konkret zu tun ist. Das Ermessen muss jedoch pflichtgemäss unter Anwendung geschuldeter Sorgfalt und Treue (Art. 717 Abs. 1 OR) ausgeübt werden⁴⁸¹.

Der Richter muss sich zunächst ein generelles Bild von den Pflichten eines Organs der Konzernleitung in Bezug auf die Leitung der Töchter machen. Deshalb scheint es sinnvoll, einige generelle Aussagen zu machen, die die Tendenz der anzuwendenden Sorgfalt aufzuzeigen vermögen:

- Leitet man die Konzernleitungspflicht aus der Geschäftsführungspflicht der Mutter ab, so muss die einheitliche Leitung tief in die Geschäftsführung der Konzernglieder vordringen: Die Konzernspitze „ist gehalten, das Konzerngeschehen in strategie-, organisations-, finanz- und personalpolitischer Hinsicht jederzeit ‘im Griff’ zu haben. Das bedeutet, dass sie besagte Funktionsbereiche fortwährend (1) in ihrer Grundstruktur (neu-) gestalten, (2) in ihrer prozessualen Abwicklung beeinflussen und (3) strategisch sowie operativ kontrollieren muss. Eine Delegation nur schon einer dieser Facetten würde gegen das Gesetz verstossen.“⁴⁸²
- Stellt man auf die Konzernleitungspflicht als Verpflichtung der Mutter zur Tochter ab (und wie hier vorgeschlagen, als Ausfluss der Treuepflicht des faktischen Organs), so hat sie einen variablen Inhalt mit einem bestimmten Minimalgehalt⁴⁸³.
- Sieht man die Konzernleitungspflicht als Pflicht der Mutter zur Vermeidung von Haftungsfällen (insb. aus enttäuschem Konzernvertrauen), so richtet sich die geforderte Intensität nach den voraussehbaren Risiken (im Falle der Haftung

⁴⁸⁰ Schneider, 1996, 2055ff., weist daraufhin, dass das Gesellschaftsrecht nur ein Teil der Konzernverfassung ausmacht und eine Vielzahl von öffentlich-rechtlichen Normen dem herrschenden Unternehmen konzernweite Organisations- und Kontrollpflichten auferlegen; zur Compliance generell: Buff, 2000

⁴⁸¹ Welche Sorgfalt angemessen ist, kann nicht a priori bestimmt werden, denn die Konzernleitungspflicht kann sich – wie oben dargestellt – auf ganz verschiedene Ansätze stützen. Je nachdem, auf welche Norm sich ein Kläger im Prozess stützt, wird die geforderte Sorgfalt wieder anders gefasst. Allerdings hat der Richter bei der Anwendung jeder Norm die konkreten Umstände zu beachten, in denen der Haftpflichtige gehandelt hat. Zudem wird bei den Haftungsnormen, die im Vordergrund stehen, die anzuwendende Sorgfalt mittels eines objektivierte Massstabes bestimmt: Geschuldet ist die Sorgfalt, wie sie unter den konkreten Umständen von einem vernünftigen und gewissenhaften Dritten verlangt würde (BGE 122 III 195 E3a mit weiteren Hinweisen).

⁴⁸² Amstutz, 1993, 385

⁴⁸³ vgl. vorne S. 115

aus Konzernvertrauen nach dem erzeugten Vertrauen in ein bestimmtes Verhalten des Konzerns). Damit es nicht zu Haftungsfällen kommt, ist eine Aufsicht der Konzernleitung über die Tochterunternehmen nötig⁴⁸⁴. Es geht dabei nicht um grundlegende Belange, nicht um eine permanente Kontrolle sämtlicher Geschäfte im Detail⁴⁸⁵. Dies ist dadurch bedingt, dass dezentrale Konzernstrukturen nicht nur zulässig, sondern gerade durch die gesetzliche Leitungsordnung im Konzern vorgeschrieben sind⁴⁸⁶.

- Im Falle einer vertraglich begründeten Konzernleitungspflicht richtet sich die Intensität der geschuldeten Konzernleitungspflicht nach der Parteivereinbarung.

Als nächstes soll untersucht werden, welche Schlüsse in Bezug auf die Informationspflicht der Mutter aus den vorgestellten Begründungsansätzen für die Konzernleitungspflicht gezogen werden können.

2.3.6.3 Information als Teil der Konzernleitungspflicht, verstanden als Pflicht der Mutterverwaltung gegenüber ihrer eigenen Gesellschaft

Zweifellos ist es ein wesentlicher Bestandteil jeder Führung im Unternehmen, die Aufgabenträger mit den erforderlichen Informationen zu versorgen. Dies ist nicht nur in der Betriebswirtschaftslehre unbestritten⁴⁸⁷, sondern auch im Recht. Das Gesellschaftsrecht stattet jede Gesellschaft mit einer der Organisationsform entsprechenden Informationsordnung aus. Rechtsprechung und Lehre haben sich intensiv mit Fragen der Informationsordnung der hier interessierenden Aktiengesellschaft befasst. Information wurde dabei als wesentliches Führungsinstrument erfasst und dabei nicht auf die Information über die einzelne Gesellschaft beschränkt, sondern auf den ganzen Konzern ausgedehnt⁴⁸⁸. Der Verwaltungsrat der Tochter hat deshalb aus

⁴⁸⁴ Hadden, 1996, 1370, weist auf die bekannten Fälle „Amoco Cadiz“ (The Amoco Cadiz [1984] 2 Lloyds Rep. 304) und „Bhopal“ (In re Union Carbide Gas Plant Disaster at Bhopal, India [1986] 634 F. Supp. 842; 809 F. 2d 195) hin, wo die Haftpflicht der Muttergesellschaften für Schäden ihrer Töchter mit dem Argument begründet wurde, dass die Mütter keine genügende Aufsicht über die Sicherheitsvorkehrungen der Töchter ausgeübt hätten.

⁴⁸⁵ von Büren, 1999, passim; Druey, 1995b, 97

⁴⁸⁶ vgl. S. 71

Es muss aber betont werden, dass sich die Konzernleitungsorgane nur dann mit einer derartigen eher wenig intensiven Konzernleitung begnügen können, wenn das Integritätsinteresse der Töchter integral gewahrt ist und diese deshalb zu einer autonomen Geschäftsführung – ausgerichtet auf die übergeordneten Ziele des Konzerns und eingebunden in den Kontext des Konzerns – in der Lage sind. Sobald aber die Mutter in die Geschäftsführung der Tochter eingreift bzw. Geschäftsführungsaufgaben konzernweit zentral wahrnimmt und der Tochter dadurch Geschäftsführungswissen verloren zu gehen droht, entstehen ihr wesentlich weitergehende Pflichten, damit in der Tochter eine sorgfältige Geschäftsführung möglich ist. Zudem ist zu beachten, dass die Konzernleitungspflicht (hier verstanden als Ausfluss der Sorgfalts- und Treuepflicht des faktischen Organs) nicht nur eine Überwachungspflicht ist, sondern auch in bestimmten Situationen ein spontanes Tun. Im Vordergrund steht bei dieser Arbeit die Informierung über bestimmte Tatsachen (vgl. infra S. 209).

⁴⁸⁷ Bleicher, 1992, 253ff.; Ulrich, 1959, 40; id., 1990, 33ff. vgl. supra S. 6ff.

⁴⁸⁸ In der Lehre etwa Druey, 1995b, 51; von Planta, 1988, 38f.

Aus der Praxis vgl. etwa die Fälle IBZ (Bundesgerichtsentscheid IBZ vom 11. November 1975, in: ZR 75 21 und ST 50 (1976) 9/14 ff.; Böckli, 1996, 575 (N 1163), der den Entscheid „rechtsfortbildend“ nennt. In der kritischen Lage der Gesellschaft hatte der Verwaltungsrat die Pflicht, als internes Führungsmittel eine Konzernrechnung zu erstellen) und Swissair (BGE

seiner Treue- und Sorgfaltspflicht gegenüber der Muttergesellschaft eine Pflicht, einerseits dafür zu sorgen, dass die Tochter die zur Erfüllung ihrer im Konzern zugewiesenen Aufgaben notwendigen Informationen erhält, andererseits trifft ihn eine Pflicht zur Überwachung der von der Tochter über den Konzern verbreiteten Informationen⁴⁸⁹. Diese Informationen werden in dieser Arbeit als Geschäftsführungswissen bezeichnet und es wird die Auffassung vertreten, dass dazu nicht nur die für eine effiziente Geschäftstätigkeit notwendigen Informationen gehören, sondern auch diejenigen, die die Tochter braucht, um ihre eigenen Informationspflichten vollständig zu erfüllen⁴⁹⁰.

Wenn nun die Konzernleitungspflicht die Verwaltung der Mutter vor die Aufgabe stellt⁴⁹¹, die Ressourcen des Konzerns nach gesicherten und praktisch bewährten Erkenntnissen der Betriebswirtschaftslehre einzusetzen, so öffnet sich hier ein natürliches „Einfallstor“ für die Betriebswirtschaftslehre in das Recht. Gesicherte Erkenntnisse der Betriebswirtschaftslehre werden zu Rechtspflichten, da sie der Massstab dafür sind, ob die Verwaltung ihrer Sorgfaltspflicht nachkommt.

Aus rechtlicher Sicht kann gesagt werden, dass die Konzernleitungspflicht es der Verwaltung der Mutter zur Aufgabe macht, eine gesetzeskonforme Konzerninformationsordnung einzurichten, namentlich eine solche, die das Integritätsinteresse der Töchter garantiert⁴⁹².

2.3.6.4 Information als Teil der Konzernleitungspflicht, verstanden als Verpflichtung der Mutter gegenüber der Tochter

Sobald die Mutter als faktisches Organ zu qualifizieren ist⁴⁹³ unterliegt sie der Sorgfalts- und Treuepflicht von Art. 717 Abs. 1 OR unterliegt. Es trifft sie die Pflicht zur

120 II 331 ff., wo der Mutter eine Mitverantwortung für die Informations- und Werbepolitik einer Tochter aufgetragen wurde).

⁴⁸⁹ Dieser Aspekt wurde als Konzerninformationsüberwachungspflicht bezeichnet, Druey, 1995b; Gonzenbach, 1998, 117f.

⁴⁹⁰ Druey/Vogel, 1999, 316; vgl. oben S. 134ff.;

Auch das Forum Europaeum Konzernrecht, 1988, 703, anerkennt, dass die Geschäftsleitung der Gruppengesellschaft gegenüber der Mutter einen – notfalls klagbaren – Anspruch auf die Information hat, die sie benötigt, um ihre eigenen Informationspflichten zu erfüllen.

⁴⁹¹ in der Formulierung von Hommelhoff, 1982, 76

⁴⁹² Kuzmic, 1998, 59, weist auf die deutsche Lehre hin, wonach eine am Rechtsverkehr teilnehmende Organisation so organisiert sein müsse, dass Informationen, deren Relevanz für andere Personen innerhalb der gleichen Organisation von den konkret Wissenden erkennbar ist, tatsächlich an jene Personen weitergegeben würden. Umgekehrt müsse sichergestellt werden, dass innerhalb der Organisation nach Informationen nachgefragt werde, die dort erkennbar vorhanden und für den eigenen Bereich wesentlich seien. Diese Theorie fusst auf dem Konzept der Wissenszurechnung und leitet aus den Fällen, wo die Gerichte ein Wissenszurechnung vorgenommen haben, ab, dass in der Organisation eine Informationsweiterleitungspflicht und eine Informationsabfragepflicht bestünden. Diese Theorie scheint zumindest für den Fall des Konzerns nicht fruchtbar zu sein, da im Konzern keine generelle Wissenszurechnung unter den Gliedern besteht. Eine solche kommt allenfalls im konkreten Einzelfall in Frage, namentlich dann, wenn ein Doppelorgan für zwei Konzernglieder handelt.

⁴⁹³ vgl. S. 107

sorgfältigen Konzernleitung unter *Wahrung des Integritätsinteresses* der Tochter⁴⁹⁴. Diese Pflicht lässt sich ebenfalls als Konzernleitungspflicht bezeichnen.

Die so verstandene Konzernleitungspflicht hat zwei Besonderheiten:

- (1) Sie ist variabel, denn sie richtet sich nach der Intensität der ausgeübten Handlungen und bezieht sich auf die Geschäftsbereiche, wo die Leitungshandlungen vorgenommen werden⁴⁹⁵. Sie umfasst grundsätzlich (wie bei der Treuepflicht des Verwaltungsrates) alle Geschäftsbereiche der Tochter.
- (2) Andererseits ist sie von ihrem Inhalt her beschränkt. Die Geschäftsbereiche in der Tochter ist deren formellen Organen aufgetragen, insb. wenn es um das Fällen von formellen Beschlüssen geht. Eine doppelte Zuständigkeit für die formelle Geschäftsbereiche ist weder nötig noch möglich. Nach dem hier vertretenen Modell der zulässigen Leitung im Konzern ist das Fällen der formellen Beschlüsse zwingend der Verwaltung der Tochter aufgetragen. Die Mutter muss für die einheitliche Leitung des Konzerns auf informelle Mittel⁴⁹⁶ zurückgreifen. Im Vordergrund steht dabei die Leitung durch Informationslieferung⁴⁹⁷.

Die so gefasste Konzernleitungspflicht erweist sich als kompatibel mit den präsentierten Konzernleitungsmodellen⁴⁹⁸. Sieht man die Leitungsbeziehung als Auftrag

⁴⁹⁴ In dieser Arbeit wird (supra S. 115) dargelegt, dass die Treuepflicht des faktischen Organs sich darauf richtet, das *Integritätsinteresse* der Tochter zu bewahren. Daraus folgt, dass die daraus resultierende Garantienstellung nicht auf einzelne Geschäftsbereiche (in die sich die Mutter konkret eingemischt hat) beschränkt ist. In denjenigen Bereichen, wo sie eine intensive Leitungstätigkeit entfaltet hat oder sogar selbst (konzernweit zentral) wahrnimmt, trifft sie eine Treuepflicht, die über die Wahrung des Integritätsinteresses hinausgeht und die jener des formellen Verwaltungsrates entspricht oder – ist von einem Auftragsverhältnis zwischen Mutter und Tochter auszugehen – derjenigen des Beauftragten.

⁴⁹⁵ Auf jeden Fall hat die aus der Treuepflicht des faktischen Organs begründete Leitungspflicht einen Mindestgehalt. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Führung relativ schnell einmal umfassenden Charakter annimmt, wenn sie zentrale Bereiche der Geschäftsbereiche kontrolliert (typischerweise etwa das Finanzwesen oder das Controlling). Schliesslich kann auch aus einzelnen Leitungshandlungen deutlich werden, dass die Mutter eine umfassende Leitungsmacht in Anspruch nimmt und auch tatsächlich ausübt. In diesen Fällen ist auch die Leitungsverantwortung der Mutter eine allumfassende, d.h., sie bezieht sich auf sämtliche Geschäftsbereiche und ist von der geforderten Sorgfalt her mit derjenigen des formell gewählten Verwaltungsratsmitglieds vergleichbar.

⁴⁹⁶ Vgl. supra S. 82 für eine Auswahl an Mitteln rechtlich zulässiger Konzernleitung.

⁴⁹⁷ Der Minimalinhalt der Konzernleitungspflicht, die sich aus der Treuepflicht des Organs ergibt, ist also der, dass die Mutter die Bedingungen der Entscheidungsfällung durch die Organe der Tochter intakt lässt bzw. auch aktiv dazu beiträgt, dass trotz der unvermeidlichen Konzernleitung die Chance der unabhängigen Willensbildung in der Tochter intakt bleibt. Dazu gehört u.a. dass sie darauf beharrt, dass die Entscheidungsfindung in einem korrekten formellen Rahmen (Sitzungen des Verwaltungsrates der Tochter) erfolgt, dass die Entscheidungen von ihr selbst lediglich vorbereitet aber formell nur durch die Organe der Tochter gefällt und erst dann den zuständigen Stellen kommuniziert werden und schliesslich, dass die Geschäfte von der Verwaltung der Tochter seriös und anhand genügender Information aus dem Konzern vorbereitet werden können.

⁴⁹⁸ vgl. vorne S. 71ff.

Die Konzernleitungspflicht gibt der Mutter nicht das Recht, nach Lust und Laune zu walten und der Tochter oder verschiedenen Stellen in der Tochter (rechtliche bindende) Weisungen zu erteilen – die aktienrechtliche Leitungsordnung verbietet dies. Die einzige zulässige Möglichkeit zur Ausübung von Leitung liegt in der Lieferung von Information (Leitungsinformation) an

an⁴⁹⁹, trifft die Mutter aus dem allgemeinen Auftragsrecht die Pflicht zur Wahrung der Interessen der Tochter. Nebst der allgemeinen Interessenwahrungspflicht trifft sie in den Bereichen, wo sie intensiv in die Geschäftsführung bei der Tochter eingreift, eine besondere Verantwortung bei der Vorbereitung der Entscheide: Hier ist nicht nur zu fordern, dass sie die Entscheide zuhanden des Verwaltungsrates der Tochter vorbereitet, sondern dass sie diesen auch darauf hinweist, welche Entscheide in Zukunft zu treffen sein werden und ihm dazu eine umfassende Vorbereitung ermöglicht. Dies ist insbesondere in jenen Bereichen vital, wo die Mutter aufgrund ihres Einflusses auf die Geschäftsführung und der damit verbundenen Übertragung von Geschäftsführungswissen einen wesentlichen Informationsvorsprung hat resp. die Verwaltung der Tochter gar nicht mehr in der Lage ist, die Geschäftsführung selbständig auszuüben.

2.3.6.5 Information als Teil der Konzernleitungspflicht, verstanden als Pflicht der Mutterorgane zur Vermeidung von Haftungsfällen

Die Verwaltung der Mutter hat zu vermeiden, dass deren Vermögen durch Haftungsansprüchen vermindert wird. Da die Beteiligungen an den Tochtergesellschaften Ressourcen der Mutter darstellen, hat sie nach Möglichkeit auch den Eintritt von Haftungsfällen bei Tochtergesellschaften zu verhindern. Sind die Mutter oder ihre Vertreter in der Tochter als deren faktische Organe zu betrachten, stehen sie dieser gegenüber in der gleichen Pflicht.

Sie müssen also Schädigungen durch Haftung sowohl der Mutter selbst als auch der Tochter vermeiden. So gesehen hat sie den Konzern so zu leiten, dass im Konzern keine widerrechtlichen Handlungen begangen werden, die zu einem Haftungsfall führen könnten. Ausgeschlossen werden müssen widerrechtliche Handlungen gegen Dritte wie widerrechtliche Handlungen gegen die Tochter selbst, da ja auch diese Haftungsansprüche gegen die Mutter geltend machen kann. Diese beiden Vorgaben können sich in der Praxis aber widersprechen: Zur Durchsetzung der Konzernleitung müsste die Verwaltung der Mutter der Tochter verbindliche Weisungen erteilen können, dies würde aber deren Integritätsinteresse verletzen und wäre deshalb widerrechtlich. Die Mutter muss deshalb ihren Einfluss mit rein faktisch wirksamen Mitteln geltend machen. Damit kann sie aber nicht vermeiden, aufgrund ihres Einflusses als faktisches Organ oder Geschäftsführerin der Tochter qualifiziert zu werden.

2.3.6.6 Information als Teil einer vertraglich begründeten Konzernleitungspflicht

In diesem Fall sind die Parteien frei, generelle oder konkret gefasste, einseitige oder gegenseitige Informationspflichten zu vereinbaren.

den Verwaltungsrat in der Hoffnung, dass sich dieser zur Umsetzung der Information in konkrete Handlungen entscheidet.

⁴⁹⁹

so im Modell „Managementvertrag“ von Druey, vgl. vorne S. 88

2.3.7 Besondere Treuepflicht im Konzernverhältnis

Die herrschende Schweizer Lehre geht davon aus, dass den Aktionär einzig die Liberierungspflicht treffe⁵⁰⁰. Weitergehende Pflichten des Aktionärs wie etwa eine Pflicht zur Treue⁵⁰¹ gegenüber der Gesellschaft oder den Mitaktionären seien deshalb ausgeschlossen.

Ob die generelle Ablehnung einer Treuepflicht des *Aktionärs* richtig ist, muss an dieser Stelle offen gelassen werden⁵⁰². Wesentlich im Zusammenhang dieser Arbeit ist, dass wegen der Ausübung von Konzernleitung sich das Verhältnis zwischen der Muttergesellschaft und der Tochter qualitativ von der normalen Aktionärsbeziehung unterscheidet. Die Frage der Treuepflicht der *Konzernobergesellschaft* ist eine ganz *andere* als diejenige der Treuepflicht des „gewöhnlichen“ Aktionärs. Durch die Ausübung der einheitlichen Leitung tritt die Mutter in eine Sonderbeziehung zur Tochter, die von Treu und Glauben regiert wird⁵⁰³. Zudem kann sie als faktisches Organ qualifiziert werden⁵⁰⁴. Das besondere der Konzernbeziehung wird zumindest von einem Teil der Schweizer Lehre anerkannt⁵⁰⁵, die eine „latente“ Treuepflicht dort sieht, wo die Mutter einen massgebenden Einfluss auf die Verwaltung und die Geschäftsführung der Tochter ausübt. In diesem Fall habe sie die Pflicht, deren Interessen zu

500

statt aller ändern; von Büren, 1997, 170f., mit weiteren Hinweisen

In Deutschland ist in Lehre und Praxis hingegen anerkannt, dass der Gesellschafter eine Treuepflicht sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch gegenüber den Mitgesellschaftern habe (vgl. Schmidt, 2002a, 799ff., mit einer kompakten Darstellung der deutschen Diskussion und der Rechtsprechung, insb. der Urteile „Lynotype“ und „Girmes“ des Bundesgerichtshofs). Nach deutscher Auffassung sind Aktionär und Gesellschaft durch ein mitgliedschaftliches Verhältnis verbunden, aus dem die Treuepflicht des Aktionärs entsteht (Zöllner, 1998, 237). Diese Treuepflicht sei eine „generalklauselartige Zusammenfassung eines Komplexes von nicht genau umschriebenen Verhaltensweisen“, dies als „Pendant zu den Einflussmöglichkeiten“ entsprechend dem Grundsatz, dass Macht nicht ohne Verantwortung sein solle (a.a.O.). Zum (minimalen) Inhalt dieser mitgliedschaftlichen Treuepflicht: „Mitgliedschaftlicher Einfluss, so lautet die schlichte aus der Treuepflicht zu entwickelnde Grundthese, muss guter Treue und dem in der Satzung verankerten, von den Gründungsmitgliedern ausdrücklich oder immanent verabredeten Zweck der Gesellschaft entsprechen, durch den Betrieb eines näher umschriebenen Unternehmens Gewinn zu erzielen, und zwar Gewinn – nur so kann der Zweck richtigerweise gemeint sein –, der in angemessenem Umfang zur Ausschüttung kommt.“ (Zöllner, 1998, 239f.).

501

Treuepflicht ist eine generalklauselartige Zusammenfassung eines Komplexes von nicht abschliessend genau umschreibbaren Verhaltenspflichten zu verstehen, die die Pflichtenlage der betreffenden Person zu einer anderen bestimmen. Im Vordergrund steht die Pflicht zu loyalen Verhalten gegenüber der Gesellschaft, insbesondere, sie nicht zu schädigen. Insofern deckt sich die Treuepflicht mit dem generellen Gebot von Treu und Glauben.

502

Anzumerken bleibt jedoch, dass das Börsenrecht neue Pflichten für den Aktionär geschaffen hat, die wesentlich über die blosse Liberierungspflicht hinausgehen, so insbesondere Meldepflichten bei Aktienkäufen (Art. 20 BEHG) und die Pflicht zur Unterbreitung eines Übernahmeangebotes (Art. 24ff. BEHG). Die Pflichtstellung des Aktionärs reduziert sich also nicht mehr auf die Liberierung der Aktien. Vielmehr wird er – insbesondere wenn er Gross- oder Mehrheitsaktionär ist – für verschiedene andere rechtliche Zwecke in die Pflicht genommen.

In Deutschland ist die Treuepflicht des Aktionärs anerkannt. Der Bundesgerichtshof in Zivilsachen hat in verschiedenen Urteilen zunächst die besondere Treuepflicht des Grossaktionärs („Lynotype“ BGHZ 103, S. 184), dann diejenige des normalen Aktionärs bekräftigt („Girmes“ BGHZ 129, S. 136; vgl. Lutter in JZ 1995, 1053ff.; ZIP 1995 Nr. 10).

503

vgl. S. 154

504

Dies zieht die organschaftliche Treuepflicht von Art. 717 Abs. 1 OR nach sich. Vgl. dazu S. 110ff.

505

Albers-Schönberg, 1980, 133; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, 1996, 540 (§ 42 N 32)

wahren und zu fördern. *Hünerwade*⁵⁰⁶ geht darüber hinaus und postuliert eine *allgemeine Rücksichtspflicht* der Konzernmutter gegenüber der Tochter und den Minderheitsaktionären mit dem Inhalt, dass Eingriffe in die Rechtssphäre der Minderheitsaktionäre nur nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit erfolgen dürften. Die Rücksichtspflicht beruht nach dieser Auffassung auf Treu und Glauben, ist aber mit der Machtstellung des Kontrollaktionärs begründet, nicht mit dem persönlichen Verhältnis zur Gesellschaft bzw. den Mitgesellschaftern. *Hofstetter*⁵⁰⁷ vertritt ebenfalls die Auffassung, dass der Mehrheits- oder Alleinaktionär nicht frei sei in der Ausübung seiner Aktionärsrechte. Wegen des Fehlens des *richtigkeitsgewährenden Aktionärspluralismus* müsse er sein Ermessen im Interesse der Gesellschaft ausüben. Ähnlich postuliert auch *Würsch*⁵⁰⁸, dass der Aktionär, der eine Aktiengesellschaft beherrscht, eine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft habe. Deshalb habe er deren Interessen zu wahren und dürfe sie insbesondere nicht konkurrenzieren⁵⁰⁹.

Die Stossrichtung der neueren Lehre ist – zumindest soweit sie sich auf den Konzern bezieht - richtig. Die Frage, ob die Konzernmutter eine Treuepflicht gegenüber der Tochter treffe, ist verschieden von den Sachverhalten, die in der Lehre unter dem Stichwort „Treuepflicht des Aktionärs“ abgehandelt werden. Eine Treuepflicht der Mutter ist nicht durch ein mitgliedschaftliches⁵¹⁰ oder ein persönliches Verhältnis zur Gesellschaft oder zu den Mitgesellschaftern begründet, sondern durch die Ausübung von Leitung und durch die Übernahme einer faktischen Organstellung⁵¹¹. Im Konzern begnügt sich die Mutter nicht mit der Ausübung der Aktionärsrechte in der Generalversammlung, sondern nimmt Geschäftsführungsaufgaben wahr. Aus diesem Grund muss die Treuepflicht der Mutter auch *inhaltlich* weiter gefasst werden als eine blosser Rücksichtspflicht. Ihr Inhalt bemisst sich nach dem Einfluss, den sie auf die Geschäftsführung der Tochter nimmt⁵¹². Ist die ausgeübte Konzernleitung in Bezug auf die beeinflussten Geschäftsbereiche der Tochter umfassend, ist die Treuepflicht der Konzernobergesellschaft vergleichbar mit der Treuepflicht des for-

⁵⁰⁶ Hünerwadel, 1995, 70ff.

⁵⁰⁷ Hofstetter, 1995, 191f.

⁵⁰⁸ Würsch, 1989, 38

⁵⁰⁹ Blumberg, 1994, 306, stellt für das US-amerikanische Recht fest, dass die Muttergesellschaft gegenüber den *Minderheitsgesellschaftern* ihrer Töchter Treuepflichten habe, die verlangten, dass alle Geschäfte mit der Tochter nach dem Prinzip des „dealing at arms length“ erfolgen müssten, damit die Tochter nicht geschädigt werde.

⁵¹⁰ In Deutschland vertritt insbesondere *Zöllner* die Auffassung, dass das Verhältnis zwischen den Konzerngliedern als „Mitgliedschaft“, einem vertragsähnlichen Rechtsverhältnis, zu charakterisieren sei, was eine entsprechende Treuepflicht nach sich führe (*Zöllner*, 1988, 241ff.). Auf dieser Grundlage entwickelt *Zöllner* ein Konzept der Konzernbeziehungen, die dem in dieser Arbeit dargestellten Konzept des Integritätsinteresses sehr nahe kommt. Namentlich sieht *Zöllner* einen weiter gefassten Nachteilsbegriff als bloss die Beeinträchtigung der Vermögens- und Ertragslage. Nachteilig für die Tochter seien auch die schlichte Beeinträchtigung künftiger Selbständigkeit und der eingeständigen Betätigung am Markt. Durch solche Massnahmen verletze die Mutter den Zweck der Tochter, da dieser in der Verfolgung der Gewinn in Selbständigkeit sei. Für die Zufügung struktureller (organisatorischer) Nachteile könne denn auch ein bloss finanzieller Ausgleich nicht genügen, vielmehr müssten in einem solchen Fall strukturell gleichwertige Ausgleichsmassnahmen ergriffen werden. Darunter ist wohl die Wiederherstellung der Autonomie der Tochter, bzw. die Wahrung ihres Integritätsinteresses zu verstehen.

⁵¹¹ Die faktische Organstellung kann auf vertraglicher Grundlage (Modell Managementvertrag, vgl. oben S. 88) oder deliktischer Grundlage (vgl. oben S. 107) beruhen.

⁵¹² Dies im Sinne von *Zöllner*, 1998, 237, 237, der die Verhaltenspflichten als Pendant zu den Einwirkungsmöglichkeiten sieht.

mellen Organs⁵¹³. Dazu gehört die Wahrung des Integritätsinteresses⁵¹⁴ der Tochter und damit auch, wie bereits erörtert⁵¹⁵, die Pflicht zur Informierung der Tochter.

2.3.8 Aktienrechtliche Gleichbehandlungspflicht

Die aktienrechtliche Gleichbehandlungspflicht verpflichtet den Verwaltungsrat, nicht den Aktionär. In diesem Kontext relevant wäre die Gleichbehandlungspflicht, wenn der Verwaltungsrat der Tochter der Mutter (als Aktionärin) weitgehende Informationen zukommen lässt, nicht aber den Minderheitsaktionären. Dies würde zu einer verbesserten Informationslage der Aktionäre der Töchter führen, nicht aber der Tochter selbst im Verhältnis zur Mutter, weshalb die Frage hier nicht weiter erörtert wird⁵¹⁶.

2.3.9 Doppelorgane

Das Phänomen, dass die gleichen Personen Organstellung bei verschiedenen Konzerngesellschaften haben können, wurde bisher nahezu ausschliesslich im Zusammenhang mit Haftungsfragen erörtert: Doppelorganschaft wurde als Möglichkeit ge-

⁵¹³ vgl. oben S. 110

Zöllner, 1998, 242, plädiert dafür, im Konzern hohe Anforderungen an die Treuepflicht der Obergesellschaft zu stellen: „Die besondere Gefährdung, die durch den Konzernbezug entsteht, muss eher dazu führen, die Verhaltensbindungen enger zu begreifen.“ Er will es nicht zulassen, dass einem beherrschten Unternehmen Nachteile zugefügt werden können, wenn dies im Interesse des Konzerns liegt. Im Gegenteil verlangt er, dass wenn Massnahmen getroffen würden, die erkennbar oder auch nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit im Interesse des herrschenden Unternehmens lägen, die Nachteiligkeit (i.S. der Zweck- oder Interessenwidrigkeit) der Massnahme und das Verschulden der Entscheidungsträger vermutet werden müssten. Damit lehnt er das (auch in dieser Arbeit befürwortete) Konzept der Interessenkonvergenz (vgl. infra FN 614) im Konzern ab. So sieht er denn auch die *Gewinnverschiebung* zwischen Gliedern eines Konzerns als Verletzung der Treuepflicht der Obergesellschaft (id., 246).

⁵¹⁴ Zöllner, 1998, 242, fasst das Integritätsinteresse auch aus seiner Sicht der Treuepflicht der Konzernobergesellschaft gegenüber der –untergesellschaft nicht nur als Beeinträchtigung der Vermögens- und Ertragslage, sondern auch in der Beeinträchtigung der unternehmerischen Autonomie der Untergesellschaft. Dies, weil der Zweck der Gesellschaft die Verfolgung der Gewinnerzielung *in Selbständigkeit* sei. Folglich sei zwar die bloße Einbindung als abhängiges Glied einer Unternehmensgruppe noch kein Nachteil, jedoch sei dies etwa die Ausrichtung des Produktionsprogramms auf die Bedürfnisse des Konzerns, da damit die vorher vorhandene eigenständige Stellung am Markt beeinträchtigt werde.

⁵¹⁵ vgl. oben S. 76ff.

⁵¹⁶ Die Beantwortung der Frage, ob die Tochter der Mutter weitergehende Information zukommen lassen kann als den anderen Aktionären, muss wohl mit dem Argument bejaht werden, dass im Modell der rechtlich zulässigen Konzernleitung die Mutter als Beauftragte der Tochter Geschäftsführungsaufgaben wahrnimmt. Die Lieferung von Geschäftsführungswissen an die Mutter ist somit zulässige Instruktion der Beauftragten, die eine Ungleichbehandlung unter dem Gesichtspunkt der aktienrechtlichen Gleichbehandlungspflicht erlaubt. M.a.W. die Mutter erhält die zusätzliche Information nicht weil sie (Mehrheits-) Aktionärin ist, sondern weil sie die Konzernleiterin ist. Dies betrifft aber nur das Geschäftsführungswissen, nicht aber das Ressourcenwissen. Hier stellt sich nicht nur die Frage der aktienrechtlichen Gleichbehandlung sondern auch jene des Integritätsinteresses: wertvolles Ressourcenwissen kann wohl nur dann ausschliesslich der Mutter und nicht allen Aktionären zur Verfügung gestellt werden, wenn der für die Tochter entstandene Nachteil ausgeglichen wird (im Sinne der Rozenblum-Kriterien).

sehen, die Haftung der Mutter für das Handeln ihrer Vertreter in der Tochter zu begründen. Noch kaum untersucht wurde die Frage, ob aus dem Faktum der Doppelorganschaft für die betreffenden Personen individuell oder für deren Gesellschaften besondere Handlungspflichten bestehen. Insbesondere wurde die besondere Situation im Konzernverhältnis, wo Mutter und Tochter in einem Sonderverhältnis stehen, das besondere Pflichten nach Treu und Glauben begründet, noch zu wenig berücksichtigt.

Die Person, die Organ bei der Mutter und der Tochter ist, befindet sich gemäss der Lehre in einem *doppelten Pflichtnexus*⁵¹⁷: dies bedeutet nicht nur, dass sie die persönlichen Pflichten zu Treue und Sorgfalt gegenüber den Gesellschaften, für die sie handeln, haben, sondern m.E. auch, dass sie die Aufgabe haben, für die Erfüllung der Pflichten der einen Gesellschaft gegenüber der andern besorgt zu sein.

Das besondere Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft beeinflusst die Pflichtenlage des Doppelorgans in zweierlei Hinsicht:

- Zum einen können dem Doppelorgan besondere Handlungspflichten entstehen. Wenn etwa der Mutter aus Treu und Glauben eine Informationspflicht entsteht, ist es die Aufgabe des Doppelorgans, diese zu erfüllen. Dies entspringt seiner Sorgfaltspflicht sowohl gegenüber der Muttergesellschaft als auch gegenüber der Tochtergesellschaft.
- Zum andern relativiert es die Schranken, die dem Doppelorgan daraus entstehen, dass er sich in einem Interessenkonflikt befinden kann. Die Konzernverbindung führt oft zur Angleichung der Interessen, zu einer Interessenkonvergenz⁵¹⁸. Deshalb kann das Doppelorgan durchaus bei seinem Handeln für eine Konzerngesellschaft das Konzerninteresse berücksichtigen und (im Sinne der Rozenblum Kriterien) im Einzelfall über diejenigen des einzelnen Konzerngliedes stellen⁵¹⁹. Für den Informationsfluss zwischen Mutter und Tochter bedeutet dies, dass die Wissenssphären von Mutter und Tochter, die aus den Geheimhaltungspflichten der Organe (Art. 717 Abs. 1 OR) und Angestellten (Art. 321a Abs. 4 OR) der jeweiligen Konzernglieder entstehen⁵²⁰, nicht immer getrennt gehalten werden müssen⁵²¹. Wenn es das Konzerninteresse gebie-

⁵¹⁷ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, 1996, 316ff.

⁵¹⁸ Druey/Vogel, 1999, 322f.

⁵¹⁹ differenzierend Forstmoser, 2002b, 390 (mit umfangreichen hinweisen auf die Schweizer Lehre)

⁵²⁰ Der aktienrechtliche Geheimnisbegriff ist zwar nicht notwendigerweise identisch mit demjenigen des Strafrechts, jedoch liegt es nahe und scheint auch sachlich richtig, ihn analog zum Begriff des Fabrikationsgeheimnisses zu fassen (Art. 162 StGB). Wenninger, 1983, 105, weist darauf hin, dass die Aktiengesellschaft *rechtlich* die Geheimnisherrin ist, *faktisch* aber setzt sich das Wissen aus dem Wissen ihrer Organpersonen und Angestellten zusammen. Damit obliegt es jeder für die Gesellschaft tätigen Person, den Geheimhaltungswillen zu respektieren. Es trifft aber nicht zu, dass der Geheimhaltungswille der AG sich nach dem Geheimhaltungswillen derjenigen Personen bestimmt, in deren Aufgabenbereich eine unbekannte Tatsache fällt (Wenninger, 1983, 106; zustimmend Dettwiler, 2002, 44). Es ist zwar faktisch der Fall, dass die effektive Geheimhaltung der Tatsache den betreffenden Personen zufällt. Der rechtliche Geheimhaltungswille ist aber nicht ein Aggregat des Willens jeder dieser Personen, sondern ein Wille der Gesellschaft selbst, der durch die dazu berufenen Organe gebildet wird.

⁵²¹ Welche Grenzen die Geheimsphäre der Mutter dem Informationsfluss an die Tochter setzt, wird sowieso durch den Geheimhaltungswillen der Mutter definiert. Als Geheimnisherrin legt sie nach freiem Ermessen fest, welche Informationen in ihre Geheimsphäre fallen (Schneider,

tet, muss das Doppelorgan sein Wissen, das es bei seiner Tätigkeit in der Mutter erworben hat, der Tochter zur Verfügung stellen⁵²². Wenn es dem Konzerninteresse entspricht, ist es die Pflicht des Doppelorgans, sein in der Mutter erworbenes Wissen der Tochter zur Verfügung zu stellen. Dies ist nicht nur Ausfluss der Sorgfalts- und Treuepflicht gegenüber der Tochter sondern auch der Pflicht gegenüber der Mutter, da ja deren Ziel die Verfolgung des Konzerninteresses ist. Mit anderen Worten: Im Verhältnis zwischen Mutter und Tochter sind die Geheimhaltungspflichten einem im Vergleich zur normalen AG besonderen Regime unterworfen. Welche Information von der Mutter zur Tochter fließen darf, bestimmt sich nicht nur nach dem Interesse der Mutter, sondern nach dem Konzerninteresse⁵²³.

- Zudem muss die Diskussion um die Zulässigkeit des Informationsflusses zwischen Mutter und Tochter berücksichtigen, dass zur Durchführung des Auftrags (Managementvertrags) zwischen Mutter und Tochter ein weitgehender Informationsaustausch notwendig ist.

2.3.10 Die aktienrechtlichen Informationsrechte im Konzernzusammenhang

Die Informationsordnung des Aktienrechts ist auf die unabhängige Gesellschaft zugeschnitten. Da die Information in und über die Gesellschaft im Konzernkontext mit Informationen über den Konzern ergänzt werden muss, damit sie nicht wertlos wird (Konzerndimensionalität), ist zu prüfen, wie weit sich die Informationsrechte des Aktienrechts auf Konzernsachverhalte beziehen.

Die Schweizer Lehre hat sich erst punktuell mit dieser Frage auseinandergesetzt⁵²⁴. *Horber* hat sich für eine *generelle* Ausdehnung der Informationsrechte des Aktionärs

1989, 121: „Der Wille zur Geheimhaltung ist unabdingbares Element des Geheimnisschutzes“; Dettwiler, 2002, 43).

Vgl. zur Problematik der Begrenzung des Informationsflusses im Konzern auch Singhoff, 2001, 160 u. passim, der die These aufstellt, zwischen der Mutter und der Tochter bestehe ein organisationsrechtliches Rechtsverhältnis, das die aktienrechtliche Schweigepflicht überlagere. Der konzerninterne Informationsfluss sei weder mit dem gesellschaftsinternen noch mit dem gesellschaftsexternen Informationsfluss gleichzustellen. Der konzernstrukturell bedingte Informationsfluss zwischen den Konzerngesellschaften sei deshalb nicht ausgeschlossen. Insbesondere zur Durchführung der Konzernleitung und zur Erfüllung gesellschaftsrechtlich begründeter Informationspflichten dürfe ein Informationsfluss von der Mutter zur Tochter und umgekehrt erfolgen.

⁵²² von Planta, 1988, 128; Ruepp, 1994, 58;

dagegen: Druey, 1995, 706, begründet die Gegenauffassung damit, dass der Verwaltungsrat sich nicht auf andere Interessen (z.B. jene des Konzerns) verpflichten könne und deshalb selbst für die Konfliktfreiheit seiner Position sorgen müsse; ebenso Cereghetti, 1995, 151ff.; Forstmoser, 1982, 345

⁵²³ Das Konzerninteresse ist vom Interesse der Mutter oder einer Tochter verschieden, da es auf den gesamten Konzern (das Netzwerk) und dessen Funktionieren bezogen ist und nicht bloss auf einen Teil davon. Vgl. auch Galgano, 2001, 89

⁵²⁴ Es fällt auf, dass sich die Lehre praktisch ausschliesslich zur Ausdehnung des Auskunftsrechts des Aktionärs der Mutter auf die beherrschten Gesellschaften äussert (und diese in verschiedenem Ausmasse bejaht): Böckli, 1996, 645; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, 1996, 507f.; Weber, BaK, N 15 zur Art. 697 OR. Dies hängt wohl auch damit zusammen, dass sich die Rechtsprechung bisher nur mit dieser Variante der Ausdehnung der Informationsrechte im Konzern zu befassen hatte (vgl. etwa den Entscheid Cour de Justice de Genève vom 23.1.1992, in: SJ 1992, S. 338ff.; vgl. die Besprechung bei Druey/Vogel, 1999, 310ff.). Wo sie

auf den Konzern ausgesprochen⁵²⁵. Er geht davon aus, dass ohne Einbezug des konzernmässigen Umfelds die Informationen über eine konzernverbundene Gesellschaft nicht wirklich beurteilt werden könnten. Konzernglieder funktionierten als Teil eines Ganzen und könnten ohne dieses Ganze nicht erfasst werden. Da es durch die u.U. sehr weitgehende Vernetzung und Verkettung mit anderen Konzernunternehmen schwierig sei, den einzelgesellschaftlichen Bereich eines verbundenen Bereichs ausfindig zu machen, gebe es keinen klar abgrenzbaren Sphärenbereich. Vielmehr seien die Grenzen zwischen den verbundenen Unternehmen fließend. Deshalb müsse die Konzernzugehörigkeit Auswirkungen auf die informationsrechtliche Lage des Aktionärs haben. Als Teilhaber einer Konzerngesellschaft nehme dieser auch am Konzerngeschehen teil und seine Interessen seien deshalb weitgespannter und umfassender als die Interessen eines Aktionärs einer nicht konzernverbundenen Gesellschaft. Unter den „Gesellschaftsangelegenheiten“, über die nach Art. 697 OR Auskunft geschuldet sei, seien deshalb auch Tatsachen zu verstehen, die sich ausserhalb der in Frage stehenden (auskunftsverpflichteten) Gesellschaft zugetragen hätten⁵²⁶. Grundsätzlich seien deshalb die Aktionäre der Tochter über diejenigen Aktivitäten der Mutter zu informieren, die das Gesellschaftsgeschehen bei der Tochter entscheidend bestimmten. Insgesamt hänge es jedoch von der Intensität der Fremdbestimmung der Tochter ab, ob eine Erweiterung der Auskunftspflicht auf Tatsachen ausserhalb der Gesellschaft gerechtfertigt sei oder nicht. Es komme dabei darauf an, dass die Abhängigkeit vom Konzern ein solches Ausmass angenommen habe, dass ohne Kenntnis der betreffenden Geschehnisse (insb. auch der konkreten Beteiligungs- und Einflussverhältnisse) eine sinnvolle und zweckmässige Ausübung der Aktionärsrechte nicht mehr möglich sei⁵²⁷. *Druey und Vogel*⁵²⁸ gehen nicht ganz so weit, sprechen sich aber dafür aus, einer abhängigen Gesellschaft dort einen Informationsanspruch gegen andere Gesellschaften des gleichen Konzerns einzuräumen, wo die Auslagerung von Leitungsfunktionen zu einer Auslagerung von Entscheidungswissen auf andere Konzerngesellschaften geführt habe. Die Auslagerung von Leitungsfunktionen in andere Konzerngesellschaften dürfe keine Einschränkung der Rechte der Aktionäre und der anderen Beteiligten zur Folge haben. *Forstmoser*⁵²⁹ und im Anschluss daran *Hofstetter*⁵³⁰ haben die Ausdehnung des Auskunftsrechts des Aktionärs der Muttergesellschaft auf Vorkommnisse bei der Tochtergesellschaft bejaht, stellen jedoch die Frage nach dem umgekehrten Fall, der Ausdeh-

sich zu den Informationsrechten des Aktionärs der Tochter äussert, lehnt sie grösstenteils die Ausdehnung dessen Auskunftsrechts ab (*Druey/Vogel*, 1999, 312; *Reymond*, 1994, 22ff.).

In einem grundsätzlich verschiedenen Ansatz schlägt *Schlupe*, 1955, 252, die Anwendung des Durchgriffs bei Informationsrechten vor (vgl. dazu in dieser Arbeit S. 102ff.).

525

Horber, 1995, 289ff

526

Nicht ganz klar ist, ob nach dieser Auffassung die Geheimhaltungspflichten auch im Konzern zu wahren sind, d.h., die Tochter sich gegenüber der Mutter unter Berufung auf das Geschäftsgeheimnis weigern kann, dieser gewünschte Informationen zur Verfügung zu stellen. Klar ist jedoch, dass die Geheimhaltungspflicht nach aussen gilt: ohne Zustimmung des betreffenden Konzerngliedes dürfe ein anderes Konzernglied, eine Information, die unter eine *absolute* Geheimhaltungspflicht falle, nicht nach aussen weitergeben. Nur Informationen, die sie als Aktionärin der Tochter erhalten habe, dürfe sie an Dritte weiterleiten.

527

Horber, 1995, 295

528

Druey/Vogel, 1999, 315f

529

Forstmoser, 1997, 101f. (differenziert zwischen der 100%-igen Tochtergesellschaft, der Mehrheitsgesellschaft die von der Mutter in der Bilanz konsolidiert wird und der Mehrheitsgesellschaft, die nicht konsolidiert wird.

530

Hofstetter, 2003, 306

nung des Auskunftsrechts des Tochteraktionärs auf Vorgänge bei der Mutter, jedoch nicht.

Diese Ansätze decken sich in der Stossrichtung mit der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung, dass die Informationsrechte im Konzernzusammenhang konzerndimensional auszugestalten sind. Die Frage, ob die Informationsrechte auf den Konzern auszudehnen sind, lässt sich allerdings nicht in genereller Weise beantworten – jede Norm muss für sich allein betrachtet werden⁵³¹, obwohl als Grundanliegen weiterhin die These der Konzerndimensionalität der Information in und über die Konzerngesellschaft mitschwingt.

Rechtsvergleichend ist anzumerken, dass in der US-amerikanischen Gerichtspraxis eine Ausdehnung der Informationsrechte des Aktionärs auf andere Gesellschaften des gleichen Konzerns offensichtlich vorkommt. Im Falle der reinen Holdinggesellschaft ist anerkannt, dass eine Art informationeller Durchgriff erfolgen kann und der Aktionär der Tochter z.B. die Bücher der Holdinggesellschaft einsehen kann⁵³². Auch in Deutschland haben die Gerichte damit begonnen, die aktienrechtlichen Informationsrechte im Konzernzusammenhang zu dynamisieren⁵³³.

2.3.10.1 Schutz der aktienrechtlichen Informationsordnung

Auszugehen ist von der aktienrechtlichen Informationsordnung⁵³⁴. Diese ist vor einem Funktionsverlust durch Qualitätsmängel, die mit der Konzernierung eintreten können, zu schützen. Die Organe der Tochter sollen nicht ihrer gesetzlichen Mitwirkungs- und Informationsrechte verlustig gehen und an Einfluss einbüßen, weil das Unternehmen Teil eines Konzerns ist⁵³⁵.

⁵³¹ Aufgrund ihres Zweckes hat jedes Informationsrecht eine andere „Reichweite“ in den Konzern hinein und einen anderen Detaillierungsgrad. So hat z.B. der Verwaltungsrat der Tochter ein sehr viel weiter gehendes Recht auf Informationen über den Konzern als der Aktionär, da es sich dabei sehr oft um Geschäftsführungswissen handelt, das ihm integral zur Verfügung stehen muss. Dieses grosse Informationsbedürfnis ist im Aktienrecht begründet, ist doch dem Verwaltungsrat die Geschäftsführung aufgetragen (mit wesentlichen unübertragbaren Aufgaben). Dann obliegt ihm auch noch die weitere Versorgung der Informationsgläubiger mit Informationen: er hat die Informationen für den Geschäftsbericht, für die Revisionsstelle und für die Auskunftsbegehren der Aktionäre aufzubereiten. Der Verwaltungsrat ist somit die zentrale Informationsschnittstelle in der Aktiengesellschaft.

⁵³² Reymond, 1994, 40f., unter Hinweis auf William Mead Fletcher, in: Fletcher Cyclopedia of the Law of Private Corporations, vol. 5a, p. 401, und die Urteile *Martin v. D.B. Martin co.*, 110 Del Ch 211, 88 A 612, 102 A 373 und *Woodward v. Old Second Nat. Bank*, 154 Mich, 117 NW 893, 118 NW 581.

⁵³³ Hopt, 2001a, 53f.

⁵³⁴ Verschiedentlich wird in der Lehre der „strukturelle Charakter“ der Informationsrechte hervorgehoben, da sie die Zurechnung der Leitungstätigkeit und den Schutz des Rechts des Aktionärs am inneren Wert ermöglichen: Cereghetti, 1995, 212; Petitpierre-Sauvain, 1982, 1155. Weist ein Recht strukturellen Charakter auf, d.h., gehört es zu den „Grundstrukturen der Aktiengesellschaft“ (Art. 706b Ziff. 3 OR), so ist ein Beschluss des Verwaltungsrates oder der Generalversammlung (Art. 714 OR), der das Recht missachtet, nichtig.

⁵³⁵ Dabei handelt es sich um ein Stück Konzernorganisationsrecht vgl. S. 43.

Damit ist auch ein Missbrauchsschutz verbunden. Geschützt werden die abhängige Gesellschaft selbst, ihre Organe wie auch ihre (Minderheits-) Aktionäre und ihre Gläubiger. Der Schutz erfolgt durch:

- den Schutz der (individuellen und kollektiven) Informationsrechte in der Tochtergesellschaft vor Verkürzung bzw. fehlender Konzerndimensionalität;
- den mittelbaren Schutz der Interessen, deren Wahrnehmung die Informationsrechte bezwecken⁵³⁶;
- den Schutz der Leitungsordnung in der Aktiengesellschaft und der eigenverantwortlichen Leitung;
- den Schutz der Tochter als eigenes Interessenzentrum.

Der Konzern bildet das „Kontextfirmament“⁵³⁷ für die einzelne Gesellschaft. Die Information über das einzelne Konzernglied muss in die Information über das Konzernganze eingeordnet werden können. Die Information über das Konzernganze bildet als der engste Kontext gewissermassen das Referenzsystem für die Information über die einzelne Tochtergesellschaft: Ohne sie kann die Information über die Tochter nicht richtig verstanden und eingeordnet werden. Das heisst, Informationen über die Tochter sind *unvollständig* und in *ihrer Qualität ungenügend*, wenn sie nicht mit denjenigen Informationen über den Konzern ergänzt werden, die es zu deren Verständnis braucht. Eine Rechtspflicht wäre ohne die Lieferung der Kontextinformationen nicht erfüllt.

These:

In der konzernierten Aktiengesellschaft ist die Informationsordnung vor einer Entwertung durch fehlende Konzerndimensionalität zu schützen. Die im Aktienrecht garantierten Informationsansprüche dürfen durch die Konzernierung nicht verkürzt werden.

Die Begründung dieser These sieht wie folgt aus:

Das Aktienrecht garantiert den Gesellschaftsorganen und weiteren Personen Informationsrechte, anderen werden Informationspflichten aufgetragen. Insgesamt bilden diese Normen die Informationsordnung der Gesellschaft, die sowohl eine Schutz- wie auch eine Organisationsfunktion hat⁵³⁸.

⁵³⁶ Informationsrechte sind selbst oft Schutzrechte und bezwecken den Schutz einer bestimmter Position bzw. Funktion, die Wahrnehmung von Interessen. Auch Schutzrechte bedürfen des Schutzes! In der Aktiengesellschaft sollen sie nicht nur die Kapitalgeber für den Verlust ein Einfluss oder für geschaffene Risiken kompensieren, sondern sollen funktional der gesamten Wirtschaft zugute kommen (Amstutz, 1993, 296).

⁵³⁷ Der Konzern wird hier als Kontext der einzelnen Gesellschaft behandelt und nicht als Teil der Tochter selbst. Zwar kann betrieblich gesehen ein einheitliches Unternehmen vorliegen, so dass es keinen Sinn machen würde, die einzelnen Glieder nach Kern und Kontext auseinander zu halten. Bei der vorliegenden rechtlichen Analyse liegt der Fokus hingegen auf der einzelnen Tochtergesellschaft. Aus dieser Sicht sind die Mutter und der gesamte Konzern wieder deutlich von der Tochter getrennt.

⁵³⁸ Zum Konzernrecht als Organisationsrecht supra S. 43: Individuelle Informationsrechte (v.a. der Aktionäre und der Gläubiger) weisen eine starke Schutzkomponente auf. Informations-

Werden durch die Konzernierung die aktienrechtlichen Informationsrechte verkürzt, so würden zunächst die einzelnen Normen, die diese Informationsrechte einräumen, verletzt. Die Organe, die für die Verletzung verantwortlich sind, könnten – bei gegebenen Voraussetzungen - haftbar gemacht werden⁵³⁹.

Ferner ist denkbar, dass das aktienrechtliche Informationssystem in der abhängigen Gesellschaft durch die Konzernierung dermassen entwertet und beeinträchtigt ist, dass die Konzernierung an sich als rechtswidriger Zustand erscheint⁵⁴⁰. Unter solchen Umständen wäre die Ausübung der einheitlichen Leitung durch die Mutter und die Berücksichtigung der Konzerninteressen durch die Organe der Tochter nicht mehr rechtmässig. In einem solchen Umfeld kann der Verwaltungsrat der Tochter seinen Geschäftsführungspflichten nicht mehr ordentlich nachkommen, entweder weil er selbst nicht über die dazu notwendigen Geschäftsführungsinformationen verfügt, oder weil er nicht über die Informationen verfügt, die zur Erfüllung der Informationsansprüche in der Tochter benötigt werden⁵⁴¹. Dies stellt den Verwaltungsrat der Tochter vor einer schwierigen Situation, wo es in der Praxis nicht einfach fallen dürfte, klare Handlungsalternativen zu formulieren und zu bewerten. Klar scheint, dass in einer solchen Situation der Verwaltungsrat aufgrund seiner Treuepflicht zur Gesellschaft⁵⁴² (Art. 717 Abs. 1 OR) die Aufgabe hat, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen und zwar nötigenfalls auch unter Missachtung der Konzernleitungsmaßnahmen der Mutter und der Konzerninteressen. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass eine solche Emanzipation bei einer engen (führungsmässigen, finanziellen oder betrieblichen) Verflechtung innerhalb des Konzerns sich extrem schädlich für die Tochter auswirken kann. Es ist fraglich, ob der Verwaltungsrat die Aufgabe hat, die Informationsansprüche „à tout prix“ durchzusetzen oder ob das Gesellschaftsinteresse im Einzelfall eine Duldung des unrechtmässigen Zustands nahe legen kann. In letzterem Fall setzt er sich jedoch u.U. der Gefahr von Verantwortlichkeitsklagen der Aktionäre und Gläubiger aus. Scheint der Konflikt unauflösbar, bleibt dem Mitglied des Verwaltungsrats nur der Rücktritt. Die Informationsberechtigten der Tochtergesellschaft können ihre Informationsansprüche einklagen, gegebenenfalls auch gegen

rechte sind aber auch Organisationsrechte, weil sie Voraussetzung für die Aufgabenerfüllung des Organs sind.

⁵³⁹ Vgl. v.a. S. 107ff., 160ff., 171ff. zu möglichen Grundlagen einer Haftung der Mutter und ihrer Organe.

⁵⁴⁰ Die Informationsordnung der Gesellschaft und ihr Funktionieren erscheinen auch als wesentliche Bestandteile des *Integritätsinteresses* der Tochter und damit einer rechtmässigen Konzernbeziehung. Es gehört auch zum Integritätsinteresse der Gesellschaft, dass die Tochter bzw. deren Verwaltungsrat, die ihr aufgetragenen Informationspflichten erfüllen kann. Man kann das Verhältnis zwischen dem Konzept des Schutzes des Integritätsinteresses und dem Schutz der Informationsordnung auch so beschreiben, dass das Integritätsinteresse das übergeordnete und weitere Konzept ist, das den Schutz der einzelnen Aspekte der Geschäftsführung der Gesellschaft (Leistungsstruktur, Information, Finanzen) beinhaltet. Hat der Verwaltungsrat gar keinen Zugriff mehr z.B. auf Informationen, die dem Auskunftsrecht des Aktionärs unterliegen, ist das Integritätsinteresse der Gesellschaft verletzt und die aktienrechtliche Informationsordnung aus den Angeln gehoben.

⁵⁴¹ Dies kann der Fall sein, wenn Geschäftsführungsaufgaben von anderen Konzerngliedern wahrgenommen werden und wenn es durch die Ausübung der einheitlichen Leitung zum Phänomen der Verlagerung von Entscheidungswissen kommt (vgl. Druey/Vogel, 1999, 316).

⁵⁴² Auch wenn das einzelne Mitglied des Verwaltungsrats als Doppelorgan handelt, ist er beim Handeln für die Tochter auf deren Interesse verpflichtet (vgl. S. 110ff.).

die Konzernmutter⁵⁴³. In extremis (falls die Situation als nicht mehr zumutbar erscheint) können die Aktionäre auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen klagen⁵⁴⁴. Bei einer Auflösungsklage „kann der Richter auf eine andere sachgemässe und den Beteiligten zumutbare Lösung erkennen“ (Art. 736 Ziff. 4 S. 2 OR). Dies ermöglicht es dem Richter, andere Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bzw. zum Schutz des Integritätsinteresses anzuordnen⁵⁴⁵.

Zu berücksichtigen ist auch der enge Zusammenhang zwischen der Leitungsordnung und der Informationsordnung: Jede Leitungsaufgabe setzt die Versorgung mit den dazu notwendigen Informationen voraus, Leitungsordnung und Informationsordnung müssen sich decken⁵⁴⁶. Die Informationsordnung der Aktiengesellschaft muss deshalb nicht nur ihrer selbst (und der mit ihr verbundenen Zwecke) willen geschützt werden, sondern auch zum Schutze der Leitungsordnung der Aktiengesellschaft. Beide sind wesentliche Teile der aktienrechtlichen Konzeption der Gesellschaft, die das Konzernrecht schützen soll⁵⁴⁷.

2.3.10.2 Sonderprüfung

In der Lehre wurde die Frage erörtert, ob sich das Mandat des Sonderprüfers auch auf die Beziehungen einer Gesellschaft zu den andern Gliedern des Konzerns, dem sie angehört, erstreckt. Der Gesetzestext ist in dieser Hinsicht offen:

- Art. 697a Abs. 1 OR umschreibt als Zweck „... bestimmte Sachverhalte durch eine Sonderprüfung abklären zu lassen, sofern dies zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist ...“
- Art. 697b Abs. 2 OR gibt, falls die Voraussetzungen von Abs. 1 gegeben sind, den Gesuchstellern „... Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers, wenn sie glaubhaft machen, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben.“
- Art. 697d Abs. 2 OR zählt als den Kreis der Personen, die dem Sonderprüfer Auskunft über erhebliche Tatsachen erteilen müssen, als die Gründer, Organe, Beauftragte, Arbeitnehmer, Sachwalter und Liquidatoren auf.

Zu diskutieren sind zwei Aspekte: der sachliche und der persönliche Anwendungsbereich dieser Norm im Konzern.

⁵⁴³ In einer solchen Situation der systematischen Verletzung des Integritätsinteresses der Tochter durch die Mutter bzw. der unrechtmässigen Ausübung der einheitlichen Leitung im Konzern würde ein missbräuchliches Verhalten der Mutter vorliegen, das einen *informationellen Durchgriff* erlauben würde. Vgl. dazu S. 102ff.

⁵⁴⁴ Art. 736 Ziff. 4 OR; vgl. BGE 126 III 266 (P. Grumser S.A.); Darstellung der Praxis und der Lehre bei Druey/Vogel, 1999, 326ff.

⁵⁴⁵ vgl. oben S. 102ff.

⁵⁴⁶ Vgl. oben S. 45

⁵⁴⁷ Vgl. oben S. 76ff.

2.3.10.2.1 Sachlicher Anwendungsbereich

Der Wortlaut schliesst nicht aus, auch die Beziehungen zwischen den Gliedern eines Konzerns vom Sonderprüfer untersuchen zu lassen, sofern die jeweiligen sachlichen Voraussetzungen erfüllt sind. In den kritischen Fällen im Verhältnis Mutter/Tochter, in denen die Verletzung des Integritätsinteresses der Tochter (finanziell oder führungs-mässig/organisatorisch) behauptet wird, wird eine Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrates der Tochter genügend glaubhaft sein, um die Einsetzung des Sonderprüfers zu verlangen.

Fraglich ist, ob unter das Mandat, nämlich „bestimmte Sachverhalte“ abzuklären, auch Angelegenheiten der Mutter fallen⁵⁴⁸. Dies ist m.E. nur für diejenigen Informationen zu bejahen, die notwendig sind, um die notwendige „Konzerndimensionalität“ der Informationen über die Tochter herzustellen und wenn die gesuchte Information Geschäftsführungswissen der Tochter ist. Bsp.: Steht die Verantwortlichkeit des VR der T zur Diskussion, so muss der Sonderprüfer untersuchen können, ob die Mutter den Entscheid beeinflusst hat. Er muss deshalb die Organe/Arbeitnehmer der Mutter, die für die Tochter gehandelt haben könnten, befragen können.

Zu diesem Ergebnis gelangt man auf jeden Fall dann, wenn man akzeptiert, dass die Informationsberechtigten der Tochter Anspruch haben auf konzerndimensionale Information und deshalb auch Informationen über die Mutter zu den „bestimmten Sachverhalten“ gehören, bzw. man anerkennt, dass wesentliches Geschäftsführungswissen bei der Mutter gelagert sein kann, auf das die Organe der Tochter Zugriff haben müssen.

2.3.10.2.2 Persönlicher Anwendungsbereich

Das Gesuch um Einsetzung des Sonderprüfers richtet sich gegen die Gesellschaft, an der der Aktionär beteiligt ist, nicht gegen andere Glieder des Konzerns. Nichtsdestotrotz können jene, ihre Organe oder weitere Arbeitnehmer verpflichtet sein, dem Sonderprüfer Auskunft über die Konzernbeziehungen zu geben: wenn sie zum auskunftspflichtigen Personenkreis zu rechnen sind. Da die Sonderprüfung der Vorbereitung von Verantwortlichkeitsklagen dient, liegt es nahe, die Begriffe, die den persönlichen Anwendungsbereich beschreiben, im gleichen Sinne zu verstehen, wie bei den Normen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. D.h., auch bloss faktische Organe sind als Organe i.S. von Art. 697d Abs. 2 OR zu verstehen⁵⁴⁹. Wenn die

⁵⁴⁸ Dies wird klar bejaht von Handschin, 1994, 152: „Der Bericht des Sonderprüfer stellt widerrechtliche Sachverhalte im Tochterunternehmen und im Konzern überhaupt fest.“

⁵⁴⁹ Casutt, 1991, 167ff. verneint zwar die Anwendung der Sonderprüfung auf Konzerngesellschaften, da der Gesetzgeber dies analog § 315 des deutschen AktG spezifisch geregelt hätte, bejaht jedoch die Auskunftspflicht der Konzernmutter selbst, wenn sie als faktisches Organ der Tochter zu qualifizieren sei. Ebenso Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, 1996, 411; weite Interpretation bei Handschin, 1994, 152: „Der Bericht des Sonderprüfers stellt widerrechtliche Sachverhalte im Tochterunternehmen und im Konzern überhaupt fest.“ Böckli, 1996, 988, stellt fest, dass es eine Sonderprüfung im *Konzernverbund* nicht gibt, meint damit aber lediglich, dass weder die Aktionäre der Obergesellschaft direkt eine Sonderprüfung bei der Unter-

Mutter für die Tochter tätig wird, sei es durch die Übernahme von Geschäftsführungsaufgaben, sei es im Rahmen von anderen schuldrechtlichen Verträgen, ist sie als Beauftragte auskunftsverpflichtet. In Sondersituationen kann die Mutter durchaus auch Gründerin, Sachwalterin oder Liquidatorin der Tochter sein. Wird ein konzernweiter Einsatz von Personal betrieben liegt es nahe, auch den Begriff „Arbeitnehmer“ faktisch zu verstehen, d.h., darunter auch Arbeitnehmer zu verstehen, die zwar formell bei einer anderen Konzerngesellschaft angestellt sind, jedoch in der Tochter arbeiten.

In vielen Fällen kann für einen Aktionär der Tochter fraglich sein, ob die Mutter als faktisches Organ zu betrachten ist, da für ihn der Einfluss der Mutter auf die Geschäftsführung kaum sichtbar ist. In diesen Fällen muss gerade abgeklärt werden, wo die Mutter ihre Leitungsmacht eingesetzt hat. Hier muss es genügen, dass der Gesuchsteller genügend glaubhaft macht, dass die Mutter als faktisches Organ zu betrachten ist, damit dies dem Sonderprüfer zur Auskunft verpflichtet ist.

Nur der Aktionär hat das Recht, die Einsetzung eines Sonderprüfers zu verlangen, nicht hingegen der Verwaltungsrat der Tochter. Die Sonderprüfung wäre an sich ein geeignetes Instrument zur Informationsbeschaffung zugunsten der Tochter, insbesondere deshalb, weil es dem Sonderprüfer möglich ist, Geschäftsgeheimnisse der Mutter zu wahren. Art. 697e OR erwähnt zwar das Geschäftsgeheimnis der befragten Personen nicht⁵⁵⁰, jedoch ist der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Aktienrecht als ein genereller Grundsatz anerkannt und die befragten Organe der Mutter würden die Auskunft unter Berufung auf deren Geschäftsgeheimnis verweigern. Geht die Auskunftspflicht von Art. 697d Abs. 2 OR dem Geschäftsgeheimnis der auskunftsverpflichteten Person vor?

Es scheint in der Praxis möglich, den Verrat von Geschäftsgeheimnissen der Mutter zu vermeiden. Der Sonderprüfer muss nur über das Ergebnis der Prüfung berichten (Art. 697e Abs. 1 OR), nicht etwa einzelne Geschäfte aufzählen etc. Das Institut ist bereits auf den Schutz der Geschäftsinteressen ausgelegt: In einem zweistufigen Verfahren filtert zunächst der Sonderprüfer die Geschäftsgeheimnisse aus, dann stellt der Richter den Bericht der auskunftsverpflichteten Gesellschaft zu und entscheidet aufgrund deren Stellungnahme, welche Stellen des Berichts das Geschäftsgeheimnis oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft verletzen würden und deshalb den Gesuchstellern nicht vorgelegt werden sollen (Art. 697e Abs. 2 OR). Dieses Verfahren kann analog angewendet werden, wenn nicht die Gesellschaft selbst, sondern ein Dritter auskunftsverpflichtet ist⁵⁵¹. Der gleiche Doppelfilter kommt zur Anwendung. Der Schutz des Geschäftsgeheimnisses der Mutter entwertet das

gesellschaft verlangen können, noch umgekehrt. Denkbar seien indessen Begehren um Auskünfte über *Beziehungen zu Untergesellschaften*.

⁵⁵⁰ Es soll lediglich das Geschäftsgeheimnis der Gesellschaft, gegen die sich das Gesuch richtet, gewahrt werden.

⁵⁵¹ Insofern ist die Figur des Sonderprüfers von grundlegender Bedeutung für das Aktienrecht und der Lösung des Konflikts Informationsanspruch vs. Geschäftsgeheimnis: Der Sonderprüfer ist eingesetzt als ein neutraler Treuhänder, der einen bestimmten Sachverhalt abklärt und den Informationsgläubigern berichtet, dabei aber die Geschäftsgeheimnisse der Informationsschuldner wahrt. Der Doppelfilter erlaubt die Erteilung einer gewünschten Information bei gleichzeitiger Wahrung der Geheimhaltungsinteressen. Handschin, 1994, 153 erwähnt denn auch, dass in einem Bankkonzern die Mutter einen „freiwilligen Sonderprüfer“ zum Schutze der Tochter bzw. deren Minderheitsaktionäre eingesetzt habe.

Instrument der Sonderprüfung nicht, denn der Bericht soll ja ohnehin nur die Antwort auf eine konkrete Frage enthalten und kann deshalb denkbar kurz ausfallen. Die Vorstellung, der Bericht müsse eine umfangreiche und detaillierte Darstellung aller Fakten und Vorgänge rund um die Geschäftsbeziehung zwischen Mutter und Tochter enthalten, ist nicht zutreffend.

Folgt man diesem Vorschlag und wendet man das System des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen von Art. 697e OR analog auch auf auskunftspflichtige Dritte an, kann sich die Mutter nicht mehr unter Berufung auf ihr Geschäftsgeheimnis der Auskunftserteilung an den Sonderprüfer entziehen. Zu bedenken ist ferner, dass bei einer gerichtlichen Schadenersatzklage von Tochter-Aktionären gegen die Mutter oder deren Organ im Beweisverfahren die Mutter ihre Geschäftsgeheimnisse lüften müsste und es deshalb kein Widerspruch zur Rechtsordnung darstellt, wenn sie dem Sonderprüfer Auskunft auch über ihre Geschäftsgeheimnisse erteilen muss. Da das Geschäftsgeheimnis durch die Anwendung des Doppelfilters gewahrt bleibt, der Geheimnisschutz also gerade nicht aufgeweicht wird, besteht kein Risiko von Rückwirkungen, etwa in dem Sinne, dass Drittpersonen davon absehen würden, der Mutter ihrerseits Geschäftsgeheimnisse anzuvertrauen, weil sie mit deren Aufdeckung im Rahmen eines Sonderprüfungsverfahrens rechnen müssten.

Rechtsvergleichend ist anzumerken, dass sich in verschiedenen Ländern (Frankreich, Niederlande) die Sonderprüfung auf den ganzen Konzern erstreckt und in Deutschland eine spezielle Sonderprüfung in verbundenen Unternehmen besteht⁵⁵².

Das Forum Europaeum schlägt deshalb in Berücksichtigung dieser Tatsachen vor, dass sich die Sonderprüfung auf die Beziehungen der Gesellschaft zu allen Unternehmen der Gruppe erstrecken soll⁵⁵³. Als Alternative wird ein besonderes Informationsverfahren zum Schutze der Minderheit in einer Gruppensituation gesehen, das entweder in einer Sonderprüfung oder in der Gewährleistung anderer gleichwertiger Informationsrechte bestehen könne. Diese Vorschläge zeigen, dass in der europäischen Lehre eine Tendenz besteht, die konzerndimensionale Ausgestaltung der Informationsrechte zu verlangen.

2.3.10.2.3 Einsetzung des Sonderprüfers durch die Verwaltung der Tochter?

Wenn das Sonderprüfungsverfahren ein wirksames Instrument ist, Informationen über die Beziehungen der Tochter zur Mutter zu beschaffen, über die unter Umständen nicht einmal der Verwaltungsrat der Tochter verfügt, stellt sich gleich die Anschlussfrage, ob nicht der Verwaltungsrat der Tochter der Generalversammlung die Einsetzung eines Sonderprüfers beantragen kann.

Der Gesetzestext ist klar: Nur der Aktionär hat das Antragsrecht (Art. 697a Abs. 1 OR). Es ist müssig, zu fragen, ob der Verwaltungsrat als solcher das Antragsrecht ebenfalls haben könne. Denn das gleiche Resultat kann dadurch erreicht werden, dass ein oder mehrere Mitglieder des Verwaltungsrates ihre Pflichtaktien (Art. 707

⁵⁵² Forum Europaeum Konzernrecht, 1998, 717; Ruedin, 1980, 222

⁵⁵³ Forum Europaeum Konzernrecht, 1998, 719f.

Abs.1 OR) einsetzen. Daran, dass die Generalversammlung oder, bei Ablehnung des Antrags durch die Generalversammlung, der Richter (unter den Voraussetzungen von Art. 697b OR), über den Antrag entscheiden müssen, führt aber kein Weg vorbei. Es ist ausgeschlossen, dass der Verwaltungsrat in eigener Kompetenz und unter Umgehung der Generalversammlung bzw. des Richters die Einsetzung eines Sonderprüfers verlangt.

Immerhin kann aber gesagt werden, dass es kein grundsätzlicher Verstoss gegen die Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrates ist, wenn er oder einzelne seiner Mitglieder dieses Vorgehen wählen. Die Einsetzung eines Sonderprüfers verstösst nicht gegen die Interessen der Gesellschaft, schliesslich muss sie auch von der Generalversammlung oder dem Richter genehmigt werden. Nur in Extremfällen würde der Antrag als sorgfalts- oder treuwidrig erscheinen, etwa dann, wenn der Verwaltungsrat als Verwaltungsrat Entscheide in der Geschäftsführung treffen würde, als Aktionär dann wiederum die Untersuchung eben dieser Geschäfte mittels einer Sonderprüfung verlangen würde. In solchen Fällen dürfte es im konkreten Fall nicht schwierig sein, zu argumentieren, dass dies auf eine zweckwidrige Verwendung des Instituts hinausläuft. Immerhin muss aber berücksichtigt werden, dass der Zweck des Instituts der Sonderprüfung der Schutz der Aktionäre ist, nicht der Schutz der abhängigen Konzerngesellschaft. Zudem geht es bei der Sonderprüfung um die Abklärung bestimmter Sachverhalte, die auf die Ausübung der Aktionärsrechte bezogen sind. Diese beiden Caveat stellen sicher, dass die vorgeschlagene Anwendung der Sonderprüfung im Konzern nicht zu „fishing expeditions“ im Konzern führt, sondern auf die Wahrung der Aktionärsrechte im Konzernverhältnis beschränkt bleibt, also lediglich die Konzerndimensionalität des Berichts des Sonderprüfers hergestellt wird.

Zwar könnte der Verwaltungsrat die benötigten Informationen ev. auf einem schnelleren und direkteren Weg als mittels eines Sonderprüfungsverfahrens von der Mutter einfordern, nämlich indem er die Mutter als faktisches Organ in die Pflicht nimmt⁵⁵⁴. Jedoch kann dieser Weg prozessuale Schwierigkeiten aufwerfen⁵⁵⁵.

2.3.10.3 Informationsrecht des Verwaltungsratsmitglieds

Gemäss Art. 715a Abs. 1 OR bezieht sich das Auskunftsrecht des Verwaltungsratsmitglieds auf „alle Angelegenheiten der Gesellschaft“. In der herrschenden Lehre besteht Einigkeit darüber, dass im Konzern⁵⁵⁶ darunter die Angelegenheiten der Tochter selbst und die Beziehungen zwischen der Mutter und der Tochter zu verstehen sind, nicht aber die Angelegenheiten der Mutter selbst⁵⁵⁷. Damit ist aber nur wenig gewonnen, denn die Schwierigkeit liegt ja gerade in der Abgrenzung dessen, welche die Angelegenheiten der Mutter sind und welche diejenigen der Tochter. Dies ist insbesondere der Fall im Kontext der hier interessierenden Geschäftsführungsinformati-

⁵⁵⁴ vgl. oben S. 110

⁵⁵⁵ vgl. Urteil Court de Justice de Genève vom 8.10.1999, SJ 2000 I 437, wonach Informationsanspruch des Verwaltungsrats nicht einklagbar sei.

⁵⁵⁶ Wiederum wird an dieser Stelle nur der Informationsfluss von der Mutter zur Tochter untersucht, nicht aber derjenige von der Mutter zur Tochter.

⁵⁵⁷ Albers-Schönberg, 1980, 104; Bertschinger, 1999, 1289; Homburger, 1997, N 482 zu Art. 715a OR, mit weiteren Hinweisen

on: Ist beispielsweise die strategische Konzernplanung eine Angelegenheit der Mutter, der Tochter oder betrifft sie die Beziehungen zwischen der Mutter und der Tochter?

Hier wird vorgeschlagen, das Konzept des *Geschäftsführungswissens* zur Abgrenzung zu verwenden. Das Geschäftsführungswissen der Tochter ist dasjenige, über das die Verwaltung einer unabhängigen Gesellschaft verfügen würde. In der abhängigen Gesellschaft verfügt die Verwaltung zwar nicht automatisch darüber, jedoch muss sie sich diese beschaffen, um die anstehenden formellen Beschlüsse zu fassen. Ein möglicher Ansatz, das Geschäftsführungswissen inhaltlich zu umschreiben wäre, vom Auskunftsanspruch des Verwaltungsrates auszugehen. Die dem Auskunftsanspruch unterliegende Information wäre eine erste Annäherung an das, was als Geschäftsführungswissen zu bezeichnen wäre. Sodann könnte man von den Geschäftsführungsaufgaben des Verwaltungsrates ausgehen und funktional bestimmen, welche Informationen er zur Verfügung haben muss. Dazu kann insbesondere auf die eingangs dargestellten Konzepte der Betriebswirtschaftslehre zurückgegriffen werden⁵⁵⁸.

Zweifellos spielt dabei eine zeitliche Komponente mit⁵⁵⁹: Nicht jedes Gedanken- oder Planspiel soll Objekt des Informationsanspruchs sein. Sobald jedoch sich die Planung dermassen konkretisiert haben, dass aus ihnen konkrete Entscheide abgeleitet werden *können*, sind sie als Geschäftsführungswissen der Tochter zu qualifizieren und unterliegen damit dem Zugriff des Verwaltungsrates der Tochter. Sobald eine Strategie einmal formuliert ist, beeinflusst sie die Geschäftsführung und das Handeln der damit befassten Personen, nicht nur proaktiv in dem Sinne, dass durch Weisungen Änderungen herbeigeführt werden sollen, sondern auch passiv, indem Projekte nicht an die Hand genommen, Kreditgesuche abschlägig entschieden, personelle Wechsel auf die lange Bank geschoben werden etc⁵⁶⁰.

Wie kann dieser Informationsanspruch des einzelnen Verwaltungsratsmitglieds durchgesetzt werden?

Gemäss der in dieser Arbeit vertretenen These sind die Informationsrechte des Aktienrechts im Konzernkontext konzerndimensional zu fassen und die Mutter muss unter dem Gesichtspunkt des Integritätsinteresses der Tochter behilflich sein, berechnigte Informationsansprüche zu erfüllen. Dazu muss sie die notwendigen Informationen aus dem Konzern zur Verfügung stellen.

⁵⁵⁸ Vgl. S. 3 zum Begriff der Führungsinformation, zu den inhaltlichen Aspekten der Information im Konzern vgl. S. 22 und S. 54ff. Für die prozeduralen Aspekte lassen sich die von Dietrich erarbeiteten Grundsätze für eine gute Information des Verwaltungsrates übertragen (vgl. S.8)

⁵⁵⁹ Druey, 1993a, 52, will Pläne der Mutter erst dann zum Gegenstand der Informationspflicht machen, wenn sie realisiert werden, nicht aber solange aus ihnen noch keine konkreten Vorgaben erwachsen.

⁵⁶⁰ Druey, 1977, 167, mit dem Beispiel, dass die Mutter die Produktion der Tochter gänzlich auf die Mutter ausrichten will: in einem solchen Fall müssten die konzernfreien Mitglieder des Verwaltungsrates von der Mutter (wegen der mit dieser Strategie einhergehenden zunehmenden Abhängigkeit) umfassende Informationen nicht nur über die eigentliche Produktstrategie und Produktionsplanung einfordern, sondern auch über die finanziellen Verhältnisse und das übrige Geschäftsgebaren der Mutter. Vgl. auch von Planta, 1988, 128f.

Auf diesem Hintergrund ist folgende Interpretation von Art. 715a OR angebracht, um die erforderliche Konzerndimensionalität herzustellen:

2.3.10.3.1 Sachlicher Anwendungsbereich

Gegenstand des Auskunftsrechts sind grundsätzlich „alle Angelegenheiten der Gesellschaft“ (Art. 715a Abs. 1 OR). Darunter ist alles Geschäftsführungswissen der Tochter zu verstehen, unabhängig davon, in welcher Konzerngesellschaft es gelagert ist. Der Verwaltungsrat muss über alle Information verfügen, die er braucht, um seine gesetzlichen Aufgaben sorgfältig und treu zu erfüllen. Der konkrete Inhalt der Leitung verändert sich im Konzernkontext, aber weil der Verwaltungsrat letztlich verantwortlich bleibt, muss er Zugang haben zu den Informationen, die das Integritätsinteresse der Tochter gewährleisten⁵⁶¹. Als die „Angelegenheiten der Gesellschaft“ ist deshalb alles zu verstehen, was zum Geschäftsführungswissen der Tochter gehört.

Das Geschäftsführungswissen der Tochter ist der Geschäfts- bzw. der Geheimsphäre der Tochter zuzurechnen, auch wenn es bei der Mutter gelagert ist. Es unterliegt auf jedem Fall dem Auskunftsanspruch des Verwaltungsrates der Tochter – die Mutter kann diesem nicht die eigenen Geheimnisschutzinteressen entgegenhalten.

2.3.10.3.2 Persönlicher Anwendungsbereich

Zur Auskunft verpflichtet sind nebst den Mitgliedern des Verwaltungsrates „die mit der Geschäftsführung befassten Personen“ (Art. 715a Abs. 2 und 3 OR). Wie im Zusammenhang mit der Leitung im Konzern⁵⁶² und mit der Sonderprüfung bereits ausgeführt⁵⁶³ sind darunter auch die faktischen Organe bzw. Geschäftsführer zu verstehen⁵⁶⁴.

Unterstehen auch die faktischen Organe, und damit ist wiederum auch die Mutter selbst gemeint, der Auskunftspflicht, so heisst das in erster Linie, dass die Doppelor-

⁵⁶¹ supra S. 69ff., insb. S. 71ff.

⁵⁶² supra S. 71ff.

⁵⁶³ supra S. 137ff.

⁵⁶⁴ Im Zusammenhang der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (Art. 754 Abs. 1 OR) legt die Lehre grosses Gewicht darauf, dass dort der Gesetzestext nicht die mit der Geschäftsführung „betrauten“ sondern die damit „befassten“ Personen in die Pflicht nimmt: Daraus sei zu folgern, dass der Gesetzgeber klarerweise auch die faktischen Organe der Verantwortlichkeit habe unterstellen wollen. Ob dieser sprachliche Unterschied die Bedeutung hat, die ihm zugemessen wird, kann offen bleiben. Nach dem hier vertretenen Modell der zulässigen Konzernleitung (unter Wahrung des Integritätsinteresses der Tochter) beruht die Ausübung von Leitung durch die Mutter auf einer (beschränkt zulässigen) Delegation bzw. einem Auftrag. Dies genügt, um von einem „Betrauen“ im Sinne von Art. 715a OR ausgehen zu können, zumal es nicht ausgeschlossen ist, das „Betrauen“ rein faktisch (als tatsächlichen Vorgang und nicht als formelles Rechtsgeschäft) aufzufassen. Dabei handelt es sich nicht um eine Übertragung von Aufgaben im Sinne von Art. 754 Abs. 2 OR, die den Verwaltungsrat bei Gelingen des Sorgfaltsbeweises entlastet, sondern um die im Zusammenhang mit der zulässigen Leitung im Konzern angesprochene Vorbereitung der Geschäftsführungsentscheide bzw. Lieferung von Leitungsimpulsen. Zur Delegation von Geschäftsführungsaufgaben im Konzern und deren Folgen für die Haftung des Verwaltungsrates siehe Vogel, 1997, 273ff. (276) und 367ff.

gane auskunftspflichtig sind. Sie können die Auskunftserteilung nicht unter Berufung auf das Geschäftsgeheimnis der Mutter verweigern. Die Auskunftspflicht geht vor.⁵⁶⁵ Mit dieser Aussage ist schon sehr viel gewonnen, da das Auskunftsrecht zunächst an den Sitzungen des Verwaltungsrates auszuüben ist (Art. 715a Abs. 2 OR). Die Vertreter der Mutter im Verwaltungsrat der Tochter müssen ihren konzernunabhängigen Kollegen Auskunft erteilen.

Dabei handelt es sich um eine reaktive Informationspflicht: auf Anfrage hin müssen die Informationsschuldner die verlangte Auskunft erteilen. Es kann aber auch Teil der *Sorgfalts- und Treuepflicht* der Verwaltungsratsmitglieder sein, den Verwaltungsrat *spontan* über wichtige Sachverhalte zu informieren. Hinzuweisen ist auch darauf, dass dies ebenfalls Teil der Konzernleitungspflicht der Mutter sein kann⁵⁶⁶. Dieselbe Pflicht zur spontanen Information ergibt sich aus dem organisationsrechtlich begründeten Gebot einer gleichmässigen Versorgung der Mitglieder eines Gremiums mit Informationen. Ein Organ kann nur funktionieren, wenn die Mitglieder über den gleichen Informationsstand verfügen⁵⁶⁷.

Eine praktisch äusserst wichtige Informationsquelle der Tochter über die Beziehungen zum Konzern sind die eigenen Mitarbeiter. Oft bestehen verkürzte Unterstellungsverhältnisse, d.h., die Mitarbeiter der Tochter empfangen direkt von einem Mitarbeiter der Mutter „Weisungen“ und sehen sich als diesem zur Rechenschaft verpflichtet. Selbstverständlich wird das Auskunftsrecht des Mitgliedes des Verwaltungsrates der Tochter nicht verkürzt: Der Mitarbeiter der Tochter hat eine Auskunftspflicht und darf sich derer nicht mit dem Hinweis auf seine Direktunterstellung entschlagen⁵⁶⁸. Der Mitarbeiter hat aber nicht nur eine reaktive Auskunftspflicht sondern je nach den Umständen auch eine Pflicht zur spontanen Informierung.

2.3.10.3.3 Klage oder bloss Rücktritt als letzte Konsequenz?

Ob der Anspruch vom Mitglied des Verwaltungsrates eingeklagt werden kann, ist in der Lehre heftig umstritten⁵⁶⁹. Lässt sich der Anspruch nicht durchsetzen, bleibt dem Mitglied des Verwaltungsrates nur der Rücktritt vom Amt, will er sich nicht pflichtwidrig verhalten, indem er ohne die notwendigen Informationen Entscheide des Verwaltungsrates mitträgt oder mangels Wissen nicht gegen Missstände einschreiten kann. Dies sicher dann, wenn er Opfer einer eigentlichen Informationssperre wird und absolut notwendige Geschäftsführungsinformationen zurückgehalten werden, sodass die Wahrnehmung seiner Aufgaben nicht mehr möglich ist⁵⁷⁰. In der Praxis wurde die Klagbarkeit zunächst einmal verneint⁵⁷¹.

⁵⁶⁵ vgl. die Begründung supra S. 143

⁵⁶⁶ siehe supra S. 119ff.

⁵⁶⁷ Druey, 1977, 197 u. Druey, 1993a, 49ff. zur Diskussion eines Anspruchs der Verwaltungsratsmitglieder auf den gleichen Wissensstand.

⁵⁶⁸ Müller/Lipp, 1994, 427

⁵⁶⁹ Die Kontroverse fand ihren Weg in die Tagespresse, vgl. NZZ Nr. 204 (2./3. September 2000), S. 29; NZZ Nr. 234 (7./8. Oktober 2000), S. 25; NZZ Nr. 251 (27. Oktober 2000), S. 23
Zu den gegensätzlichen Standpunkten siehe insb. Affolter, 1994, passim; Bächtold, 1997, 187; Böckli, 1996, 790ff.; Druey, 1993a, 53; Wernli, 1994, N. 13;

⁵⁷⁰ Jösler, 1998, 35

2.3.10.4 *Auskunftsanspruch des Aktionärs*

Auch Art. 697 OR ist im Konzernzusammenhang so anzuwenden, dass der Aktionär konzerndimensionale Information erhält⁵⁷².

Der Auskunftsanspruch des Aktionärs führt – wie gezeigt wird – auch zu einem Informationsfluss von der Mutter an die Tochter. Einerseits wird solche Information, die von der Mutter zur Erfüllung eines berechtigten Informationsanspruchs eines Tochteraktionärs geliefert wird, zunächst dem Verwaltungsrat der Tochter übermittelt, der sie dann – in geeigneter Form – dem Aktionär weitervermittelt. Sodann gibt der Auskunftsanspruch des Aktionärs auch den Mitgliedern des Verwaltungsrats ein zusätzliches Informationsrecht, da sie ja über ihre Pflichtaktie auch Aktionäre der Tochter sind. Allerdings wird der Auskunftsanspruch des Verwaltungsrats regelmässig im Vordergrund stehen, da er breiter angelegt ist⁵⁷³.

2.3.10.4.1 Der Normalfall: Auskunftsbegehren des Aktionärs, gerichtet an den Verwaltungsrat anlässlich der Generalversammlung

Der sachliche Anwendungsbereich des Auskunftsanspruchs (die „Angelegenheiten der Gesellschaft“) kann auch hier wiederum nicht auf die Informationen beschränkt bleiben, die sich in der Tochtergesellschaft befinden. Vielmehr sind jene Informationen geschuldet, über die die Tochtergesellschaft verfügen muss, damit ihr Integritätsinteresse gewahrt ist. Es spielt keine Rolle, ob diese Information in der Tochter gelagert ist oder in einer anderen Konzerngesellschaft. Ist die Information in der Mutter oder in einer anderen Konzerngesellschaft gelagert, so gilt zweierlei:

- Wenn im Verwaltungsrat Doppelorgane sitzen, so haben diese die geschuldeten Auskünfte zu erteilen,
- Ist dies nicht der Fall, so hat sich der Verwaltungsrat der Tochter im Vorfeld der Generalversammlung vorzubereiten und sich den Wissensstand anzueignen, der unter dem Gesichtspunkt des Integritätsinteresses genügt. Dies ist umso mehr zu fordern, als in vielen Gesellschaften die Möglichkeit eingeräumt wird, Fragen im voraus schriftlich einzureichen. Zudem ist auch durch die im voraus eingereichten Anträge auf Traktandierung ersichtlich, welche Themen zu Auskunftsbegehren Anlass geben könnten, sodass sich der Verwaltungsrat entsprechend darauf vorbereiten kann.

Wird der sachliche Anwendungsbereich so verstanden, besteht kein Grund, den *persönlichen* Anwendungsbereich weiter zu fassen als der Wortlaut von Art. 697 Abs. 1

In einem solchen Fall würde die Mutter zweifellos das Integritätsinteresse der Tochter verletzen und der Verantwortlichkeit unterliegen.

⁵⁷¹ Cour de Justice GE 8.10.1999, SJ 2000 I 437

⁵⁷² Dies ist in Deutschland der Fall: § 131 Abs. 1 S. 2 AktG hält ausdrücklich fest, dass sich das Auskunftsrecht des Aktionärs auch auf die rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen der Gesellschaft zu einem verbundenen Unternehmen erstreckt.

Für die Schweiz: Casutt, 1991, 167; Schluemp, 1955, 252; Weber, 1994, N 26 zu Art. 697d OR; Wyss, 1953, 264ff.; dagegen: Ruedin, 1980, 189

⁵⁷³ Vgl. supra S. 141ff.

OR es zulässt: Auskunftspflichtig ist der Verwaltungsrat der Tochter. Damit gemeint sind nur die formell gewählten Mitglieder des Verwaltungsrates, faktische Organe gehören nicht dazu. Faktische Organe sind indirekt in der Pflicht, da sie dem Verwaltungsrat die Erfüllung der Auskunftsbegehren ermöglichen müssen.

2.3.10.4.2 Ein erster Sonderfall: Auskunftsbegehren wird an die Revisionsstelle gerichtet

Die Revisionsstelle wird, um ihren Auftrag⁵⁷⁴ zu erfüllen, nicht darum herumkommen, die Informationen über die Tochter in den Kontext des Gesamtkonzerns zu stellen, um ein zutreffendes Bild der finanziellen Situation der Tochter zu erhalten. Insofern wird sie über wesentliche Informationen über die Beziehungen der Tochter zum Konzern und über den Konzern insgesamt verfügen. Wird von einem Aktionär ein Auskunftsbegehren nach Art. 697 Abs. 1 OR gerichtet, muss die Revisionsstelle auch diese Informationen in ihre Auskunft einfließen lassen⁵⁷⁵.

2.3.10.4.3 Ein zweiter Sonderfall: Begehren um Einsicht in die Geschäftsbücher und Korrespondenzen

Was heisst es, das Informationsrecht des Aktionärs auf Einsicht in die Geschäftsbücher und Korrespondenzen der Gesellschaft konzerndimensional auszugestalten?

Geht man davon aus, dass die Informationsrechte in der Tochtergesellschaft durch die Konzernierung nicht beschnitten werden dürfen und dass zum Schutz des Integritätsinteresses gehört, dass die Tochter Zugang zu ihrem Geschäftsführungswissen hat, wo es auch im Konzern gelagert ist⁵⁷⁶, muss konsequenterweise der Schluss gezogen werden, dass unter den „Geschäftsbüchern“ i.S. von Art. 697

⁵⁷⁴ Prüfung von Buchführung, Jahresrechnung und Bilanz (Art. 728 Abs. 1 OR); Berichterstattung and die Generalversammlung (Art. 729 Abs. 1 OR); ev. Erläuterungsbericht (Art. 729a OR); Anzeigepflichten bei Verstössen gegen Gesetz und Statuten bzw. bei Vorliegen offensichtlicher Überschuldung (Art. 729b OR).

⁵⁷⁵ Natürlich immer unter den Voraussetzungen von Art. 697 Abs. 2 OR. Interessant wäre die Frage, wie weit der Konzern und dessen Interessen die Verweigerung der Auskunftserteilung durch die Tochter nach Art. 697 Abs. 2 OR erlauben. M.a.W. kann der Verwaltungsrat der Tochter die Auskunftserteilung dann verweigern, wenn sie ein Geschäftsgeheimnis eines anderen Konzernglieds preisgeben oder schutzwürdige Interessen des Konzerns gefährden würde? Eine ausführliche Auseinandersetzung mit diesen Fragen kann an dieser Stelle nicht erfolgen, jedoch kann eine erste Antwort dahingehen, dass faktisch mit den Interessen des Konzerns auch die Interessen des einzelnen Konzernglieds auf dem Spiel stehen (Phänomen der Interessenkonvergenz), sich die auskunftspflichtige Tochter also oft auf die Gefährdung ihrer eigenen Interessen berufen kann. Zweitens scheint es richtig, nicht nur die Informationspflichten *konzerndimensional* zu fassen, sondern auch den *Geheimnis- und Interessenschutz*. Dies ist das logische Pendant des konzerninternen Informationsflusses und des Charakters des Konzerns als Organisation, das einen gewissen Einheitscharakter aufweist. Dass die Einzelgesellschaft die Interessen des gesamten Konzern berücksichtigen darf, kommt am deutlichsten in Art. 663h Abs. 1 OR zum Ausdruck, wo generell – nicht nur bei der Konzernrechnung – einer Gesellschaft erlaubt wird, in der Jahresrechnung, im Jahresbericht und in der Konzernrechnung auf Angaben zu verzichten, welche ihr selbst oder dem Konzern erhebliche Nachteile bringen könnte. Hier kommt eine gesetzliche Wertung zum Ausdruck, die auch bei den anderen Informationsansprüchen zu berücksichtigen ist.

⁵⁷⁶ Druey/Vogel, 1999, 316; vgl. auch supra S. 97ff.

Abs. 3 OR auch Dokumente fallen, die sich im Besitze der Mutter bzw. eines anderen Konzerngliedes befinden. Massgebend ist nicht, in wessen Besitz sich die Dokumente befinden, sondern ob sie unter dem Gesichtspunkt des Integritätsinteresses dem Wissen der Tochter zugehören und deshalb der Auskunftspflicht deren Informationsgläubiger unterliegen oder nicht.

Welche Generalversammlung bzw. welcher Verwaltungsrat müsste nun die Einsicht in solche Geschäftsbücher und Korrespondenzen, die in einer anderen Konzerngesellschaft gelagert sind, ermächtigen (Art. 697 Abs. 3 OR)? Da es sich um Informationen handelt, die der Tochter zuzuordnen sind, müssen auch die Organe der Tochter den Zugang zu den Informationsträgern kontrollieren.

2.3.10.5 *Geschäftsbericht*

Am klarsten kommt die Konzerndimensionalität der Information über die Gesellschaft in den Vorschriften über die Rechnungslegung zum Ausdruck: Die Pflicht zur Konsolidierung (Art. 663e Abs. 1 OR) ist nichts anderes als die Anerkennung der Tatsache, dass im Konzern die Information über eine einzelne Gesellschaft allein wenig aussagekräftig ist und deshalb bei einer Konzerngesellschaft die Information über die einzelne Gesellschaft mit Information aus dem Konzern ergänzt werden muss.

Auch wenn die Gesellschaft nicht zur Erstellung einer konsolidierten Konzernrechnung verpflichtet ist, muss sie in ihrem Geschäftsbericht die Tatsache der Konzernzugehörigkeit berücksichtigen und die Informationen konzerndimensional ausgestalten⁵⁷⁷. Sensibel sind die Bereiche, in denen aus Gründen des Konzernverhältnisses besondere Risiken für die konzernierte Gesellschaft entstehen können. Es wurde bereits auf die Vorschläge in der Lehre für Anpassung der Berichterstattung in der konzernierten Gesellschaft hingewiesen⁵⁷⁸.

Einem wesentlichen Anliegen, nämlich dass die konzernspezifischen Risiken aufgezeigt werden müssten, kann de lege lata ohne weiteres Rechnung getragen werden: Art. 663d Abs. 1 OR schreibt als Grundsatz vor, dass der Jahresbericht den Geschäftsverlauf und die wirtschaftliche und finanzielle Lage der Gesellschaft darstellen muss. Ein zutreffendes Bild der Lage kann nicht ohne Berücksichtigung der Vermögens- und Ertragslage des Konzerns sowie der konzernspezifischen Risiken auskommen. Dieses Prinzip hat erste Anerkennung im Fall „IBZ“ gefunden, wo das Gericht befand, dass auch bei (damals) fehlender Konsolidierungspflicht der Verwaltungsrat eine konsolidierte Rechnung des Konzerns hätte erstellen müssen, um ein zutreffendes Bild der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft zu erhalten⁵⁷⁹.

⁵⁷⁷ Das italienische Recht sieht dies im art. 2428, comma 1°, c.c. ausdrücklich vor: „Il bilancio deve essere corredato da una relazione degli amministratori sulla situazione della società e sull'andamento della gestione, nel suo complesso e nei vari settori in cui essa ha operato, *anche attraverso imprese controllate*, con particolare riguardo ai costi, ai ricavi e agli investimenti.“ (Hervorhebung durch Verf.)

vgl. auch Galgano, 2001, 97

⁵⁷⁸ Vgl. supra S. 57ff.

⁵⁷⁹ Bundesgerichtsentscheid IBZ vom 11. November 1975, in: ZR 75 21 und ST 50 (1976) 9/14 ff.; vgl. auch Böckli, 1996, 575 (N 1163), der den Entscheid „rechtsfortbildend“ nennt.

Wegen des massgeblichen Einflusses der wirtschaftlichen Lage des Konzerns auf die einzelnen Gesellschaften, der seinen Ausdruck darin findet, dass Konzerne sehr oft gesamthaft in eine finanzielle Schieflage geraten und untergehen, muss konsequenterweise gefordert werden, dass die Aktionäre und Gläubiger einer Gliedgesellschaft Anspruch auf die konsolidierte Konzernrechnung haben⁵⁸⁰.

2.3.10.6 Orientierung über die Organisation der Geschäftsführung

Will der Verwaltungsrat die Geschäftsführung (teilweise) an einzelne Mitglieder oder an Dritte delegieren, so hat er die Delegation in einem Organisationsreglement zu regeln (Art. 716b Abs. 1 OR). Dieses Reglement enthält für die Aktionäre und die Gläubiger wichtige Informationen, sind daraus doch die Zuständigkeiten für die Geschäftsführung und die Organisationsstruktur ersichtlich, was insbesondere für die Vorbereitung einer Verantwortlichkeitsklage von grosser Bedeutung ist. Der Gesetzgeber hat diesen Informationsbedarf anerkannt und den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern, die ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen können, ein Recht auf schriftliche Orientierung über die Organisation der Geschäftsführung zugestanden (Art. 716b Abs. 2 OR). Er ist also nicht so weit gegangen, Einsicht in das Organisationsreglement selbst zu gewähren. Die Gesellschaft kann aber den Aktionär oder Gläubiger nicht mit einer rudimentären Übersicht abspeisen, sondern man muss vielmehr davon ausgehen, dass die Information erst dann von genügender Qualität ist und damit den Informationsanspruch erfüllt, wenn sie den Informationsbedarf⁵⁸¹ des Gesuchstellers erfüllt. Was der Informationsbedarf ist, kann der Verwaltungsrat anhand der konkreten Anfrage feststellen. Da der Aktionär oder der Gläubiger ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen muss, muss er sein Gesuch begründen.

Die Vorbereitung einer Verantwortlichkeitsklage dürfte dabei im Vordergrund stehen. Da sich diese nicht nur gegen die formellen, sondern auch gegen die faktischen Organe richten kann, müssen diese ebenfalls in der Orientierung über die Organisation der Geschäftsführung erscheinen, soll sie ihren Zweck erfüllen. Somit ist auch hier Konzerndimensionalität der geschuldeten Information zu fordern.

Dies wurde in der Lehre bereits von *Druey* gefordert⁵⁸²: Hintergrund ist die Verlagerung von Entscheidungskompetenzen von der Tochter auf die Mutter. Die Entwicklung der Tochter ist auch von der Geschäftsleitung der Mutter zu verantworten. Deshalb muss dem Aktionär bzw. Gläubiger bekannt sein, dass die Mutter Einfluss auf die Geschäftsführung in der Tochter genommen hat und in welchen Bereichen welche Vorgaben gemacht wurden. Aus diesem Grund muss die Tochter:

- In der Orientierung über die Organisation der Geschäftsführung nach Art. 716b Abs. 1 OR auch die faktischen Organe aufführen.
- Die Einbettung der Tochter in den Konzern darstellen, da der Konzern ein Teil der Organisation der Tochter ist. Die Einbettung muss konkret dargestellt

⁵⁸⁰ Vgl. infra S. 195

⁵⁸¹ Informationsbedarf im Gegensatz zum Informationsbedürfnis, vgl. supra S. 4

⁵⁸² Druey, 1994, 16; vgl. auch Witte, 1996, passim

werden, also wie der Konzern organisiert ist, wie er funktioniert. Es genügt nicht, wenn einfach erwähnt wird, die Tochter sei Teil der XY Gruppe.

- Dem Aktionär auch darüber Aufschluss geben, dass und welchem Masse Zweckverfolgung auf die Interessen der Mutter ausgerichtet wird.

2.3.11 Informationspflicht aus der Ausübung von Leitung

Jede Leitung schafft zunächst ein ganz direktes und spezifisches Informations- bzw. Kommunikationsbedürfnis: Der Anweisungsempfänger benötigt über die rechte Anweisung hinaus zusätzliche Informationen, um die Anweisung richtig zu verstehen und sie im Sinne des Erteilenden auszuführen, wogegen der Erteilende mindestens die Bestätigung braucht, dass die Anweisung verstanden wurde und dass sie ausgeführt wird. Sodann spielen bei der Ausübung von Leitung auch die Informationsmotive der Abhängigkeit und der Betroffenheit hinein⁵⁸³, da das „Objekt“ der Leitung in seiner Willensfreiheit stark beeinträchtigt ist.

Im Konzern schafft die Beziehung zwischen Mutter und Tochter eine Sonderverbindung, die dem Schutz von Treu und Glauben unterliegt. Die Parteien sind zur gegenseitigen Rücksichtnahme verpflichtet, wozu auch die gegenseitige Informierung über als wichtig erkannte Umstände gehört⁵⁸⁴. Ein plötzlicher Abbruch der normalerweise gepflegten Kommunikation könnte ebenso als missbräuchlich erscheinen wie das Verweigern einer berechtigterweise verlangten Auskunft. Zudem treten Anweisungsempfänger und Prinzipal in eine Beziehung, die berechtigtes Vertrauen in ein bestimmtes Handeln der Parteien schaffen kann, sei dies aufgrund expliziter oder aufgrund impliziter Zusicherungen. Damit kommen Aspekte der Vertrauenshaftung zum Zuge. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass einer stark beachteten Lehrmeinung zufolge Informationspflichten als das Korrelat der Organverantwortlichkeit gesehen werden können: Wo Organe eine Leitungstätigkeit ausüben, sind sie verpflichtet, über ihre Leitungstätigkeit Bericht zu erstatten und Rechenschaft abzulegen, auch dort, wo eine ausdrückliche Gesetzesregelung fehlt⁵⁸⁵. In der schweizerischen Lehre wurde diese Meinung eher als wesentlich weniger verbindlicheres Informationsmotiv gesehen, nicht als Grundlage für eine eigentliche Rechtspflicht⁵⁸⁶.

2.3.12 Gegenseitige Beteiligung von Mutter und Tochter

Ist die Tochter Eigentümerin auch nur einer Aktie der Mutter, kann sie die Informationsansprüche einer Aktionärin geltend machen. Es sind keine Hindernisse rechtli-

⁵⁸³ vgl. S. 66; die Leitung kann so intensiv sein, dass sogar der rechtliche Persönlichkeitsschutz zum Zuge kommen kann.

⁵⁸⁴ vgl. hinten S. 209; bemerkenswert scheint das Urteil BayObLGZ 1974, 488 (abgedruckt in Die AG 1975, 78ff.), in dem das Gericht eine Konzernmutter zur Auskunftserteilung an die Tochter verpflichtete mit der Begründung, das herrschende Unternehmen sei nach Treu und Glauben *aus dem Beherrschungsverhältnis* verpflichtet, die Verwaltung der Tochter mit den notwendigen Informationen zu versorgen.

⁵⁸⁵ Schmidt, 1984, 16 und passim; Wilde, 1998, 423

⁵⁸⁶ Druey, 1981, 78

cher Natur ersichtlich⁵⁸⁷. Diese rechtliche Möglichkeit ist jedoch von geringer praktischer Relevanz:

Zunächst wird wohl die Mutter die Tochter durch Ausübung der Leitungsmacht an diesem Vorgehen hindern.

Ferner ist auch zu beachten, dass nur in den seltensten Fällen die Verwaltung die für die Geschäftsführung benötigten Informationen mit Hilfe der Informationsansprüche in Erfahrung bringen kann, sind diese in ihrem Inhalt doch zu beschränkt⁵⁸⁸.

2.3.13 Theorie des Beschlusstatbestands

Gemäss der in der Lehre⁵⁸⁹ vorgeschlagenen Theorie des „Beschlusstatbestandes“ muss die Generalversammlung, wenn sie für einen Beschluss zuständig ist, über alle für den Beschluss relevanten Fakten informiert sein. Ein gültiger Beschluss kommt nur zustande, wenn genügend über die Grundlagen des Beschlusses informiert wurde. Aus der Theorie des Beschlusstatbestands kann ein Recht der Generalversammlung auf Informierung über die in der GV traktandierten Geschäfte abgeleitet werden.

Auch hier wäre ein solcher Informationsanspruch *konzerndimensional* zu verstehen, d.h., wenn die GV der Tochter über Geschäfte abstimmt, wofür Informationen über den Konzern oder über die Beziehungen zwischen der Tochter und anderen Gliedern des Konzerns notwendig sind, so sind auch diese geschuldet. Der Anspruch der Generalversammlung auf Lieferung der Informationen richtet sich aber gegen die eigene Gesellschaft, nicht gegen die Mutter. Zu einer Verpflichtung der Mutter würde dieser Ansatz nur führen, wenn man davon ausgeht, dass die Mutter verpflichtet ist, die Verwaltung der Tochter informationell in die Lage zu versetzen, ihre Informationspflichten gegenüber ihren Informationsgläubigern zu erfüllen⁵⁹⁰.

Folgt man dieser Theorie, ist der Informationsanspruch potenziell sehr weit: Die Generalversammlung beschliesst insbesondere über die Genehmigung der Jahresrechnung und die Entlastung des Mitglieder des Verwaltungsrates (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 u. 5 OR). Die für diese Beschlüsse relevanten Sachverhalte würden die ganze Geschäftsführung der Tochter, einschliesslich der Beziehungen zum Konzern umfassen.

Jedoch hat der Gesetzgeber die Informationsordnung in der Aktiengesellschaft bestimmt. Diese kann nicht durch eine Generalklausel wesentlich erweitert und damit aus den Angeln gehoben werden. Es ist zwar zutreffend, dass die Generalver-

⁵⁸⁷ Die Konzernbeziehung ist ein rechtliches Sonderverhältnis, so dass die Konzernglieder im gegenseitigen Verkehr an Treu und Glauben gebunden sind. Es ist aber grundsätzlich kein Verstoss gegen Treu und Glauben, wenn die Tochter als Aktionärin der Mutter ihre Informationsrechte geltend macht.

⁵⁸⁸ vgl. Druey, 1993 und 1994, passim, u. Eppenberger, 1990, passim, zum Inhalt der Informationsansprüche des Aktionärs.

⁵⁸⁹ Wyss, 1953, 261

⁵⁹⁰ vgl. supra S. 97

sammlung vernünftigerweise „en connaissance de cause“ entscheiden soll. Doch hat der Gesetzgeber eben grundsätzlich⁵⁹¹ festgelegt, welches Wissen der Generalversammlung zu genügen hat.

2.3.14 Erfüllung einer externen Meldepflicht/kapitalmarktrechtliche Informationsverschaffungspflicht

In besonderen Situationen muss ein einzelnes Konzernglied eine gesetzliche Meldepflicht erfüllen und dazu Informationen über den ganzen Konzern liefern. Dies ist etwa der Fall, wenn verschiedene Glieder eines Konzerns Beteiligungspapiere einer börsenkotierten Gesellschaft kaufen und nach Überschreiten eines Grenzwerts als Gruppe im Sinne von Art. 20 Abs. 3 BEHG meldepflichtig werden. Hier fragt sich, ob ein einzelnes Konzernglied, sei es die Mutter oder eine Tochter, das meldepflichtig wird, von den anderen Konzerngliedern die zur Erfüllung der Informationspflicht notwendigen Informationen verlangen kann. Die Stellungnahmen in der Lehre bejahen dies: „Die externe Meldepflicht zieht eine interne Meldepflicht nach sich, wenn der Konzern Gegenstand der Meldung ist ...“⁵⁹².

Diese Auffassung wird ebenfalls in der deutschen Lehre und Rechtsprechung vertreten und mit Treu und Glauben begründet⁵⁹³. Im Entscheid BayOLG 1974, 84⁵⁹⁴ entschied das Gericht, dass wo ein Konzernglied über das Konzernverhältnis Auskunft geben muss, das herrschende Unternehmen *nach Treu und Glauben aus dem Beherrschungsverhältnis* verpflichtet ist, den Vorstand der sich unterwerfenden Gesellschaft mit den notwendigen Informationen zu versorgen.

Singhoff⁵⁹⁵ bejaht die Frage ebenfalls, geht dann noch wesentlich weiter und baut den Gedanken zu einer eigentlichen *kapitalmarktrechtlichen Informationsverschaffungspflicht* aus. Er stützt seine Thesen auf die vorgeschriebene ad hoc-Publizität von §15 des deutschen Wertpapierhandelsgesetzes. Die vorgeschriebenen kapitalmarktrechtlichen Publizitätspflichten müssten von den einzelnen Konzerngliedern erfüllt werden, wenn diese als Emittenten publizitätspflichtig seien. Dabei seien publizitätspflichtige Tatsachen auch dann dem Tätigkeitsbereich eines Emittenten zuzurechnen, wenn sie (bloss) bei einem konzernverbundenen Unternehmen entstanden seien. Daraus entstehe ein Informationsbedürfnis des publizitätspflichtigen Unternehmens und deshalb müsse jede konzernverbundene Gesellschaft nicht nur be-

⁵⁹¹ Natürlich ist bei den einzelnen Normen durch Auslegung zu ermitteln, welche Information in welcher Qualität genau geschuldet ist – will man aber aus der Theorie des Beschlusstatbestands einen Informationsanspruch im Sinne einer Generalklausel begründen, verlässt dies den durch die Auslegung gesteckten Rahmen des Zulässigen. Es handelt sich auch nicht um zulässige Lückenfüllung, da die Informationsordnung in der AG so dicht und vollständig gestrickt ist, dass das Fehlen einer Generalklausel nicht als Lücke erscheint.

⁵⁹² Druey, 1997c, 42ff. bezieht diese Aussage nur auf die Erfüllung der Meldepflicht nach Art. 20 BEHG im Falle des Konzerns. Die vorgeschlagene Lösung muss aber zumindest im Grundsatz bei jeder Meldepflicht beachtet werden, die sich an den Konzern richtet. Die zu liefernde Information wird meist konzerndimensional in ihrem Inhalt sein, um ein zutreffendes Bild zu zeichnen. Die interne Meldepflicht ist die notwendige Entsprechung der Pflicht zur konzerndimensionalen Information auf der Seite der verpflichteten Person.

⁵⁹³ vgl. Emmerich/Sommerschein, 1997, 238

⁵⁹⁴ in: Die AG 1975, 78

⁵⁹⁵ Singhoff, 2001, 146ff.

rechtigt, sondern auch verpflichtet sein, solche Tatsachen der publizitätspflichtigen Gesellschaft weiterzugeben, auch wenn es sich dabei um Insidertatsachen handle.

2.3.15 Informationsweiterleitungspflicht und –abfragepflicht in der Organisation

In der deutschen Lehre wird die Meinung vertreten, dass eine am Rechtsverkehr teilnehmende Organisation so organisiert sein müsse, dass Informationen, deren Relevanz für andere Personen innerhalb der Organisation erkennbar sei, an jene weitergeleitet werden müssten. Umgekehrt müsse sichergestellt sein, dass innerhalb der Organisation nach den Informationen nachgefragt werde, die dort erkennbar vorhanden und für den eigenen Bereich wesentlich seien⁵⁹⁶. Diese Meinung beruht auf dem Gedanken, dass innerhalb der Organisation *Wissenszurechnungen* erfolgen. Die Wissenszurechnung erfolgt an die gesamte Organisation und führt zu Rechtsfolgen für diese, und zwar unabhängig davon, ob die für einen bestimmten Aufgabenbereich zuständige Person tatsächlich über das Wissen verfügte oder nicht. Es genügt, dass das Wissen bei anderen Stellen oder Personen vorhanden war. Die Zurechnung setzt in diesem Fall einfach voraus, dass der organisationsinterne Informationsfluss auch funktioniert. Die Theorie will auf dieser Annahme aufbauen und durch die Begründung einer rechtlichen Pflicht für die betreffenden Stellen zur Informationsweiterleitung und –nachfrage dafür sorgen, dass der Informationsfluss auch effektiv funktioniert. Im Konzern ist die Theorie deshalb von Bedeutung, weil Wissenszurechnungen auch von einem Konzernglied auf ein anderes erfolgen könnten.

Es kann und muss an dieser Stelle offen bleiben, ob diese Theorie für die deutsche Rechtslage begründet ist und ob sie auf die Schweizer Verhältnisse übertragen werden könnte⁵⁹⁷. Im wesentlichen geht es um *eine Pflicht zur ordnungsgemässen Organisation des Informationssystems* in der Unternehmung. Eine solche braucht aber nicht unter Beizug einer Konstruktion wie der geschilderten begründet zu werden. Die Pflicht, ein genügendes Informationssystem in der Unternehmung aufzubauen, ist eine eminent wichtige Führungsaufgabe und ist *deshalb Teil der Geschäftsführung*. Deshalb folgt sie für die Gesellschaft aus der Treue- und Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrats (Art. 717 Abs. 1 OR), für den Konzern aus der Konzernleitungspflicht⁵⁹⁸.

⁵⁹⁶ Kuzmic, 1998, 59

⁵⁹⁷ Immerhin vertritt Böckli, 2003, 97, für den Sonderfall der börsenrechtlichen ad hoc Publizität die Auffassung, Art. 72 des Kotierungsreglements der Schweizer Börse SWX schaffe eine gesellschaftsinterne *Pflicht zur Weiterleitung der publizitätspflichtigen Informationen* als Folge der *Gestaltungs- und Organisationsverantwortung* aus Art. 72. Offen ist, ob der Autor die Weiterleitungspflicht auch *konzernweit* fassen würde.

⁵⁹⁸ Die Konzernleitungspflicht stellt die Verwaltung der Mutter vor die Aufgabe, die Ressourcen des Konzerns nach gesicherten und praktisch bewährten Erkenntnissen der Betriebswirtschaftslehre einzusetzen (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, 1996, 296 beschreiben den anzuwendenden Sorgfaltsmassstab als „das, was ein gewissenhaft und vernünftiger Mensch unter den gleichen Umständen für nötig erachten würde und was daher von einer Person in der Stellung des Verwaltungsratsmitgliedes einer bestimmten AG erwartet werden darf.“ Dabei besteht – ganz im Sinne der „Business Judgment Rule“ – ein sehr grosser Beurteilungsspielraum. Trotzdem kann erwartet werden, dass grundlegende betriebswirtschaftliche Konzepte beachtet werden.) Die Bedeutung einer unternehmensweiten Information (d.h., im Konzern über die Grenzen der einzelnen Gesellschaft hinweg) ist in der Betriebswirtschaftslehre allgemein anerkannt (Bleicher, 1992, 253ff.; Ulrich, 1959, 40ff.; Ulrich, 1990, 33ff.), so dass es zur

Das Informationssystem ist jedoch nicht nur eine Führungsaufgabe, sondern auch eine individuelle Verantwortung jedes Mitarbeiters im Unternehmen. Es gehört zur arbeitsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 321a Abs. 1 OR), dass der Arbeitnehmer sein Wissen mit anderen Mitarbeitern teilt, wenn er erkennt, dass dieses Wissen für diese wesentlich ist. Ebenso gehört dazu, dass er sich aktiv um die für ihn relevanten Informationen bemüht, wenn er erkennt, dass ein anderer in der gleichen Unternehmung darüber verfügt. Im Konzern ist dies allerdings ein wenig schwieriger zu begründen, bezieht sich die Sorgfalts- und Treuepflicht des Arbeitnehmers nur auf den Arbeitgeber, d.h., die Gesellschaft, die ihn angestellt hat, und nicht unmittelbar auf den Konzern. Jedoch beschränkt sich die Pflicht zur Abfrage von Informationen nicht auf die Gesellschaft, soll doch der Arbeitnehmer alle Informationsquellen nutzen, die ihm zur Verfügung stehen. Eine konzernweite Pflicht zur Weiterleitung der Information⁵⁹⁹ besteht dann, wenn es dem klaren und auch artikulierten Interesse der Tochter entspricht. Sinnvollerweise wird der Arbeitnehmer angewiesen, das ihm zur Verfügung stehende Wissen mit anderen Personen/Stellen im Konzern zu teilen. Dies muss nicht immer durch einzelne konkrete Weisungen erfolgen, sondern kann auch in einem Informationskonzept, einem Stellenbeschrieb oder einer generellen Anweisung erfolgen.

599

Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrates wie auch des Arbeitnehmers gehört, für die Weiterleitung und Nachfrage nach Informationen im Unternehmen zu sorgen. die unter dem Vorbehalt der Geheimhaltung steht (Art. 321a Abs. 4 OR)

2.4 Allgemeine Rechtsfiguren

Es besteht im schweizerischen Recht kein allgemeiner materiellrechtlicher Anspruch auf Information⁶⁰⁰. Bestimmte Informationsansprüche ergeben sich zunächst aus Normen des positiven Rechts und aus dem Rechtsgeschäft. In einer spezifischen Situation kann eine Informationspflicht jedoch auch aus allgemeinen (nicht spezifisch gesellschaftsrechtlichen) Normen entstehen.

2.4.1 Treu und Glauben

Art. 2 Abs. 1 ZGB verpflichtet die Rechtssubjekte zu einem Handeln nach Treu und Glauben, d.h., er verpflichtet sie zu gegenseitiger Rücksichtnahme und zu loyalem, anständigem und korrektem Verhalten⁶⁰¹.

Art. 2 Abs. 2 ZGB verbieten den offenbaren Missbrauch eines Rechts. Wichtige Fallgruppen sind die unnütze Rechtsausübung, das krasse Missverhältnis der betroffenen Interessen sowie das widersprüchliche Verhalten⁶⁰².

Das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs.1 ZGB) gründet auf dem Gedanken, dass in einer rechtlich relevanten Beziehung berechtigtes Vertrauen der beteiligten Rechtssubjekte geschützt werden soll. Sie müssen in einem gewissen Masse die Interessen des andern bedenken und ihr Handeln danach ausrichten, was berechtigterweise von ihnen verlangt werden darf. Geschützt werden kann aber nur das innerhalb eines rechtlichen Sonderverhältnisses entstandene, objektiv gerechtfertigte Vertrauen. Sind diese Voraussetzungen gegeben, können den beteiligten Subjekten u.a. Obhuts- und Schutzpflichten, Aufklärungspflichten, Verschaffungspflichten und Mitwirkungspflichten entstehen⁶⁰³.

2.4.1.1 Die Konzernbeziehung als rechtliches Sonderverhältnis eigener Art

Ausgangspunkt der Überlegungen, ob sich aus Treu und Glauben eine Informationspflicht der Mutter ableiten lässt, ist die Feststellung, dass das Verhältnis zwischen Mutter und Tochter ein rechtliches Sonderverhältnis ist, das von Treu und Glauben beherrscht wird⁶⁰⁴.

⁶⁰⁰ Affolter, 1994, 10; Eppenberger, 1990, 9ff., mit einer detaillierten Diskussion der in der schweizerischen und deutschen Lehre vertretenen Auffassungen zu den Rechtsbeziehungen, die Informationspflichten und -ansprüche begründen.

⁶⁰¹ Riemer, 1987, 78ff.

⁶⁰² Riemer, 1987, 88f.; zum Verhältnis von Abs. 1 zu Abs. 2, vgl. Merz, 1966, N 22ff. zu Art. 2 ZGB

⁶⁰³ Eppenberger, 1990, 17 (FN 86); Merz, 1966, N 17ff. zu Art. 2 ZGB; Würsch, 1989, 40ff. Deutlich ist also, dass sich aus Treu und Glauben nicht nur Unterlassungs- sondern auch Handlungspflichten ergeben können.

⁶⁰⁴ Art. 2 Abs. 1 ZGB knüpft an bereits *bestehende* Rechte und Pflichten einer Person an, schafft also keine neuen (BGE 108 II 311). Die Lehre weist aber darauf hin, dass dies nur der Hauptanwendungsfall von Art. 2 Abs. 1 ZGB sei. Nicht immer sei eine rechtliche Sonderverbindung vorausgesetzt (Zeller, 1981, 277f.). Es genüge vielmehr schon, dass sich jemand in

Eine Sonderbeziehung entsteht „durch die bewusste Aufnahme einer zwischenmenschlichen Beziehung“, die dazu dient, „einen erlaubten Zweck mit erlaubten Mitteln zu erreichen“⁶⁰⁵. Die besondere „Nähe“ in einer solchen Beziehung besteht darin, dass sich die Parteien mehr Einfluss auf die eigene Interessenssphäre einräumen, als sie es gegenüber unbeteiligten Dritten tun würden⁶⁰⁶. Vom gewöhnlichen sozialen Alltagskontakt unterscheidet sich die Sonderverbindung einerseits dadurch, dass die Parteien einander Vertrauen gewähren und Vertrauen in Anspruch nehmen, andererseits dadurch, dass eine gewisse Intensität der Vertrauensbeziehung verlangt wird. Diese Intensität ist gewöhnlich nur dort gegeben, wo der Kontakt der Parteien im rechtsgeschäftlichen Verkehr stattfindet⁶⁰⁷.

Diese Voraussetzungen sind im Falle der Beziehung zwischen der Konzernobergesellschaft und der –untergesellschaft erfüllt. Die Begründung folgt zwei verschiedenen Überlegungssträngen:

Zunächst ist der Konzern eine *Organisation*, die durch die Erwähnung im Gesetz eine, wenn auch begrenzte, *rechtliche Anerkennung* genießt. Bereits in dieser Organisation, mit ihren Elementen einer Einheit, einer deutlichen Innen/Aussen-Grenze, einer eigenen Organisations- und Leitungsstruktur und mit einem eigenen Interesse, das von den Interessen der Teile verschieden sein kann, ist die besondere Nähe zwischen den Konzerngliedern ersichtlich. Diese ist nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich relevant⁶⁰⁸. Der Konzern tritt auch sehr häufig (aber nicht immer) auch nach Aussen als Organisationseinheit auf und begründet rechtlich relevantes Vertrauen in die Organisations- und Leitungsstrukturen⁶⁰⁹. Externe können im Einzelfall auch ein

rechtlich relevanter Weise verhalte. Wenn jemand das „rechtliche Parkett“ betrete, müsse er sich an die für den Rechtsverkehr geltenden Grundregeln der Redlichkeit, Loyalität und Korrektheit halten (Baumann, 1998, N 6). Art. 2 ZGB dient dann nicht mehr bloss der Auslegung und Ergänzung vorbestehender rechtlicher Bindungen, sondern der Begründung neuer Pflichten. Er wird damit zur Grundlage von neuen rechtlichen Sonderverbindungen, Hausheer/Jaun, 2003, N 65 zu Art. 2 ZGB.

⁶⁰⁵ Jäggi, ZK, N 121 Vorbemerkungen vor Art. 1 OR

⁶⁰⁶ Fehlmann, 2002, 171; von der Crone, 1997, 253ff.; vgl. auch Kramer/Schmidlin, 1986, N 141 Vorbemerkungen vor Art. 1 OR

⁶⁰⁷ Fehlmann, 2002, 172, weist zudem darauf hin, dass der Kontakt nicht unbedingt ein persönlicher sein müsse, z.B. sei im Swissair-Entscheid die Vertrauensbasis nur aufgrund von Werbeaussagen des Tochterunternehmens geschaffen worden.

Ein solcher Kontakt zwischen zwei Parteien besteht oft im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses oder im Umfeld eines Vertrags. Jedoch sind Sonderverbindungen auch ausserhalb dieses Rahmens möglich. So vor allem im Bereich der ausservertraglichen Haftung (vgl. etwa die Fallgruppen bei Hausheer/Jaun, 2003, N 72ff. zu Art. 2 ZGB).

⁶⁰⁸ Singhoff, 2001, 160f., beschreibt (unter Berufung auf Schneider, BB 1981, 249) die Wirkungen der einheitlichen Leitung, die Verantwortung und die Haftung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst als *organisationsrechtliches Rechtsverhältnis*. Dieses überlagere im Konzern die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht und *erlaube den Informationsfluss im Konzern*.

⁶⁰⁹ Diese Erwartung hat bereits mehrfach Niederschlag in der Gerichtspraxis gefunden:

- In BGE 120 II 331 ff. (Wibru gegen Swissair) fand das Bundesgericht, die Gläubigerin der Tochter könne aufgrund des werbemässigen Herausstreichens der Konzernbeziehung davon ausgehen, dass die Tochter tatsächlich nach den gleichen unternehmerischen Prinzipien geleitet werde wie die Muttergesellschaft. Mithin wurde aus dem Auftreten als Konzern und leitungs-mässiger Einheit auf das Bestehen interner Leitungsstrukturen geschlossen (Druey, 1995b, 97)

berechtigtes Vertrauen darin haben, dass im Konzern genügende *Informationsbeziehungen* bestehen⁶¹⁰. Mithin entsteht auch aus der Erwartung von externen Personen, die mit dem Konzern in Kontakt treten, eine rechtlich relevante Erwartung in das Bestehen und Funktionieren von Organisationen.

Die besonders engen Beziehungen zwischen Mutter und Tochter im Konzern erschöpfen sich aber nicht im eher abstrakten Merkmal „Organisation“. Das Konzernverhältnis besteht aus einem ganzen Bündel von Rechtsbeziehungen, die im Einzelfall je für sich das rechtliche Sonderverhältnis zu begründen vermögen (Aktionärsbeziehung, faktische Organschaft, Konzernleitung⁶¹¹, vertragliche Geschäftsbeziehungen). Das rechtliche Sonderverhältnis wird jedoch bereits durch die Ausübung der einheitlichen Leitung (Art. 663e Abs. 1 OR) begründet. Die Mutter trifft eine Konzernleitungspflicht, auf die sich auch die Tochter berufen kann (Recht auf Leitung)⁶¹². Die einheitliche Leitung im Konzern schafft eine rechtlich relevante Nähe zwischen Mutter und Tochter. Die Konzernbeziehung ist deshalb ein durch Treu und Glauben geschütztes Sonderverhältnis⁶¹³. Das Verhältnis zwischen Mutter und Tochter ist nicht wie im Vertrag auf Austausch ausgerichtet, sondern eher auf Interessengemeinschaft⁶¹⁴. Die Besonderheit der Konzernbeziehung und die „Nähe“ die sie zwischen den Konzerngliedern vermittelt, hat im Gesetz in der Konsolidierungspflicht ihren Niederschlag gefunden⁶¹⁵ und auch die Rechtsprechung hat dies in zahllosen

-
- Im (primär bankenrechtlichen) BGE 116 Ib 331 „CS - Holding“ knüpfte das Bundesgericht rechtliche Pflichten an das Bestehen einer Konzernorganisation und der damit verbundenen „faktischen Beistandspflicht“ im Krisenfall.
 - In verschiedenen Fällen fand eine Zurechnung des Wissens eines Konzernglieds an ein anderes statt. Im Fall „Firestone“ (BGE 107 Ia 152) wurde der Tochter das Wissen der Mutter über die geplante Betriebsschliessung zugerechnet. Auch Handlungen eines Konzerngliedes werden einem andern zugerechnet, so etwa im Fall ZR 1998, 289 „Kodak“, wo das Inverkehrbringen eines patentierten Produktes durch eine Schwestergesellschaft im Ausland der inländischen Gesellschaft als eigenes Inverkehrbringen angerechnet wurde.

⁶¹⁰ Im Fall *Swissair* setzte das Bundesgericht solche Informationsstrukturen voraus, bzw. machte die Mutter für das Fehlen solcher verantwortlich, indem es ohne weiteres annahm, sie habe um die vertrauenserweckende Werbung der Tochter gewusst und sie gebilligt.

⁶¹¹ vgl. supra S. 71ff. zu den rechtlichen Formen zulässiger Konzernleitung

⁶¹² vgl. supra S. 119ff.

⁶¹³ Ein rechtliches Sonderverhältnis und nicht ein bloss faktischer Sozialkontakt entsteht deshalb, weil die zulässige Leitung im Konzern auf einer besonderen (u.U. impliziten) Vereinbarung zwischen Mutter und Tochter beruht, vgl. supra S. 71ff. Für eine Übersicht über die Diskussion darüber, wann ein rechtliches Sonderverhältnis vorliegt, siehe Baumann, 1998, N 3ff. Hingegen vertritt Hofstetter, 1995, 213, die Auffassung, dass die Konzernbeziehungen ausserhalb des Schutzbereichs von Art. 2 ZGB lägen. Ebenso meint Bosman, 1984, dass Art. 2 ZGB im Konzernverhältnis auf den Haftungsdurchgriff beschränkt sei, nicht aber für einen breiter konzipierten, auf die Durchsetzung anderer Normzwecke ausgerichteten Durchgriff. Vorliegend geht es aber nicht um die Durchsetzung bestimmter Normen unter Zuhilfenahme des Durchgriffatbestandes, sondern um die richtige (konzernspezifische) Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Konzernverhältnis.

⁶¹⁴ zum Phänomen der Interessenkongruenz vgl. Druey/Vogel, 1999, 24f.; in der Lehre wurden aus diesem Grund Vorschläge gemacht, das Verhältnis zwischen den Gliedern eines Konzerns als gesellschaftsähnlich, insb. als einfache Gesellschaft, zu betrachten (Peter/Birchler, 1998; vgl. die Entgegnung durch von Büren/Huber, 1998).

Interessenkonvergenz ist zunächst ein faktisches Phänomen, das aber unmittelbare rechtliche Konsequenzen hat. Dies kommt am deutlichsten bei der Beurteilung der Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrats (Art. 717 Abs. 1 OR) zum Ausdruck: Die Interessen einer konzernierten Gesellschaft unterscheiden sich von denen einer unabhängigen Gesellschaft.

⁶¹⁵ Dass ein rechtliches Sonderverhältnis zwischen Mutter und Tochter besteht ist deshalb dem Konzern immanent: sobald aufgrund der einheitlichen Leitung ein Konzern vorliegt, besteht

Fällen berücksichtigt (am augenscheinlichsten natürlich in den Fällen des Durchgriffs)⁶¹⁶.

Das definierende Element des Konzerns ist die Zusammenfassung mehrerer Gesellschaften unter einheitlicher Leitung. Die rechtlich zulässigen Formen der Ausübung von Leitung beruhen auf vertraglichen Abreden. Die Konzernbeziehung ist jedoch mehr als ein rein vertragliches Verhältnis, da es, wie oben erwähnt, ein weites Bündel von verschiedenen Rechtsbeziehungen umfasst. Zu den verschiedenen vertraglichen Rechtsbeziehungen kommen solche gesellschaftsrechtlicher Art (u.a. Organschaft, Mitgliedschaft) dazu. Andere Beziehungen, und dazu werden oft die Kommunikationsbeziehungen zu zählen sein, sind rechtlich relevant, fallen aber nicht ohne weiteres unter die delikts- oder vertragsrechtlichen Regeln. Für diese Fälle wird oft eine Variante der Vertrauenshaftung in Frage kommen. Sodann bestehen besondere Pflichten in den verschiedenen Stadien vor der Begründung und nach der Beendigung eines vertraglichen Verhältnisses⁶¹⁷. Ebensolche Phasen bestehen wohl bei gesellschaftsrechtlichen Beziehungen. Angesichts der enormen Breite und Komplexität der Konzernbeziehung scheint es nicht gewagt, die Konzernbeziehung als *Rechtsbeziehung eigener Art* zu bezeichnen⁶¹⁸.

2.4.1.2 Verhaltenspflichten aus Treu und Glauben

Welche besonderen Pflichten erwachsen der Mutter und der Tochter aus Treu und Glauben?

Die Lehre hat die Konzernbeziehung noch nicht systematisch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben untersucht und es bestehen keine Vorschläge für eine Einordnung der Konzernbeziehung in die durch die Gerichtspraxis gebildeten Fallgruppen. Ebenso fehlen Vorschläge dazu, welche Handlungspflichten sich für die Konzernglieder aus dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben erwachsen. Ganz grundlegend verpflichtet Treu und Glauben die Rechtsgenossen, sich im Rechtsverkehr redlich, loyal und korrekt zu verhalten⁶¹⁹.

Innerhalb einer *vertraglichen* Beziehung konkretisiert Treu und Glauben die Pflichten der Parteien, umschreibt das schuldnerische Handeln im Hinblick auf den Leistungszweck näher. Eine besondere Stellung nehmen die Nebenpflichten ein, die nicht von den Parteien ausdrücklich vereinbart werden, sondern zur Konkretisierung der geschuldeten Leistungen herangezogen werden. In der Praxis haben sich folgende Nebenpflichten bzw. Fallgruppen herausgebildet⁶²⁰:

- Pflicht, ernsthaft auf die Erfüllung des Rechtsgeschäft hinzuwirken;

auch ein Sonderverhältnis. Es braucht also nicht im Einzelfall das Bestehen eines Sonderverhältnisses begründet zu werden, wenn klar ist, dass ein Konzern besteht.

⁶¹⁶ vgl. die Darstellung Druey/Vogel, 1999

⁶¹⁷ Vgl. Baumann, 1998, N 59, zu den Phasen einer rechtsgeschäftlichen Verbindung und den dabei im Vordergrund stehenden Fallgruppen der Anwendung von Art. 2 Abs. 1 ZGB.

⁶¹⁸ zu den in der Lehre gemachten Ansätzen zur näheren Charakterisierung einzelner Aspekte dieser Rechtsbeziehung, vgl. oben S. 71

⁶¹⁹ Baumann, 1998, N 26

⁶²⁰ Baumann, 1998, N 289ff.

- Aufklärungspflichten, deren konkreter Inhalt durch das Informationsumfeld genauer bestimmt wird (z.B. Aufklärungspflichten des Arztes bezüglich der medizinischen Risiken und der Versicherungsdeckung; Auskunftspflicht eines branchenkundigen Autoverkäufers bezüglich verdeckter Mängel);
- Obhuts- und Schutzpflichten;
- Mitwirkungs- und Verschaffungspflichten;
- Unterlassungspflichten.

Treu und Glauben sind kontaktbezogen⁶²¹: Welches Verhalten konkret verlangt wird, lässt sich nur aufgrund der konkreten Situation, des besonderen Kontakts⁶²², bestimmen.

Im Vordergrund stehen im Zusammenhang dieser Arbeit die Haftung für Verstösse gegen Treu und Glauben sowie die Informationspflichten als Nebenpflichten innerhalb der rechtlichen Sonderbeziehung.

2.4.1.3 Rechtliches Sonderverhältnis und Kommunikationsbeziehung

Nach der hier vertretenen Auffassung begründet das Konzernverhältnis zwischen der Mutter und der Tochter eines Konzerns ein Sonderverhältnis, mit der Folge, dass ihnen aus Treu und Glauben Rechtspflichten entstehen⁶²³. Nur kurz soll deshalb an dieser Stelle auf die Frage eingegangen werden, ob ein Sonderverhältnis durch einen (allenfalls besonderen) Kontakt oder eine besondere Kommunikation zwischen den Parteien begründet werden kann. Dies kann sich im Kontext dieser Arbeit vor allem dann von praktischer Bedeutung erweisen, wenn sich die Information an Personen richtet, die in keiner rechtlich relevanten Beziehung zum Sender stehen, z.B. bei Werbeaussagen an die Öffentlichkeit. So könnten man fragen, ob in einer Konstellation wie im *Swissair*-Entscheid des Bundesgerichts⁶²⁴ die Mutter in einem Sonderverhältnis zu den Gläubigern gestanden wäre, wenn nicht die Tochter die betreffenden werbemässigen Aussagen gemacht hätte, sondern sie selbst.

Es scheint klar, dass die Mutter für das von ihr in Anspruch genommene Vertrauen der Dritten nach den Grundsätzen der Vertrauenshaftung gehaftet hätte. Die Vertrauenshaftung hat jedoch ein dogmatisches Fundament, dass die Grundsätze von Treu und Glauben heranzieht, jedoch nicht direkt auf Art. 2 ZGB zurückgeführt wird⁶²⁵. Während die Vertrauenshaftung in erster Linie einen Schädiger unter gegebenen Voraussetzungen zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet, entstehen aus Treu und Glauben (wenn das vorausgesetzte rechtliche Sonderverhältnis besteht) noch weitere Pflichten, insb. Informationspflichten, die auch ohne Vorliegen eines Schadens selbständig eingeklagt werden können.

⁶²¹ Druey, 1995a, 190

⁶²² Bei der Beziehung zwischen der Tochter und der Mutter eines Konzerns handelt es sich sicher bereits an sich um einen rechtlich relevanten Kontakt (Druey, 1995a, 189), der sogar ein rechtliches Sonderverhältnis begründet (vgl. supra S. 154), zudem ergeben sich innerhalb dieses „Dach“-Kontakts noch weitere, konkretere rechtlich relevante Kontakte, z.B. bei Kommunikationsvorgängen.

⁶²³ vgl. oben S. 154

⁶²⁴ BGE 120 II 331ff.

⁶²⁵ infra S. 160

Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben entstehen nur dann gegenseitige Rechtspflichten für zwei Personen, wenn sie in einem Sonderverhältnis zueinander stehen. Nach dem *Swissair-Urteil* des Bundesgerichts hat die Lehre z.T. eine Ausweitung des Begriffs des Sonderverhältnisses diagnostiziert.⁶²⁶ Jedoch sind wegen der unterschiedlichen dogmatischen Verankerung der Vertrauenshaftung das in Art. 2 Abs. 1 ZGB und das in der Vertrauenshaftung jeweils vorausgesetzte Sonderverhältnis nicht notwendigerweise die gleichen. Es ist durchaus möglich, dass im Falle der Vertrauenshaftung das „Sonderverhältnis“ anders umschrieben und an andere Voraussetzungen geknüpft wird als bei der Anwendung von Art. 2 Abs. 1 ZGB.

Die auf Treu und Glauben gründenden Aufklärungspflichten im Privatrecht werden aus dem besonderen Rechtsverhältnis, das die Parteien durch gegenseitigen Kontakt begründen, abgeleitet⁶²⁷. Ein solcher Kontakt kann durch eine Kommunikation, einer Lieferung von Information, begründet werden. Wo eine qualifizierte Kommunikation stattfindet bzw. eine qualifizierte Information geliefert wird, kann zweifellos eine besondere Beziehungsnähe zwischen den Parteien entstehen, die derjenigen bei einem Vertrag gleichwertig ist. Mit anderen Worten kann die Lieferung von Information die Pflicht zur Lieferung weiterer Informationen begründen⁶²⁸. Eine solche Kommunikation oder Information muss aber besonders qualifiziert sein, damit sie ein Sonderverhältnis begründen kann. Kommunikation allein kann aber nur unter besonderen Umständen zur Begründung eines Sonderverhältnisses führen, da dies zu einer Verrechtlichung aller Kommunikationsbeziehungen führen würde⁶²⁹. Vorgeschlagen wurde, das Sonderverhältnis und die daraus entstehenden Pflichten als Folge der Interaktionen zwischen den Parteien und dem daraus entstehenden berechtigten Vertrauen zu sehen⁶³⁰. Verschiedene Faktoren können im Einzelfall wirken und solches Vertrauen erzeugen, etwa die Rechtsgüter des Interessierten, der Wissensvorsprung des Gegenparts und ein (vorbestehendes) vertrauenbegründendes Sonderverhältnis⁶³¹.

Als Beispiel für diese Argumentationslinie kann das *Swissair-Urteil* dienen. Das Bundesgericht hat dort Vertrauen hervorrufende Erklärungen dem besonderen Vertrauensverhältnis, das durch Vertragsverhandlungen begründet wird, gleichgestellt. Die besondere Qualifikation der Erklärungen sah das Bundesgericht darin, dass diese beim Empfänger berechnete Vertrauen hervorgerufen haben. Dem ist beizupflichten. Jedoch hätte das Bundesgericht nicht notwendigerweise mit der Haftung aus Konzernvertrauen eine neue Rechtsfigur schaffen müssen. Nachdem einmal die Zurechnung der Werbeaussagen der Tochter zur Mutter erfolgt war, hätte es zwanglos ar-

⁶²⁶ Forstmoser/Forrer, 2001, 492, meinen, das BGer. habe es „genügen lassen“, dass Werbeaussagen der Muttergesellschaft eines Konzerns (bzw. Aussagen der Tochtergesellschaft, die der Mutter zugerechnet wurden) bei Geschäftspartnern Vertrauen hervorriefen, um eine Sonderverbindung anzunehmen, aus der sich aus Treu und Glauben beruhende Schutz- und Aufklärungspflichten ergeben.

⁶²⁷ Druey, 1991, 159; Gasser, 2000, 401

⁶²⁸ Mit diesem Begründungsansatz liesse sich die Rechtsprechung erfassen, wonach derjenige, der um eine Auskunft gebeten wird, die Pflicht hat, diese wahrheitsgetreu zu beantworten (vgl. *infra* S. 171)

⁶²⁹ Druey, 1995b, 319f.

⁶³⁰ Druey, 1995b, 320

⁶³¹ Druey, a.a.O., bringt die dogmatischen Schwierigkeiten, die sich bei diesem Ansatz ergeben, zum Ausdruck, indem er angesichts der Dialektik die von der Vertrauensschutzlehre gewählte Bezeichnung „bewegliches System“ als „zu friedlich“ bezeichnet.

gumentieren können, dass diese Aussagen dermassen qualifiziert waren (durch ihren garantieähnlichen Charakter), dass sie ein rechtliches Sonderverhältnis zwischen der Swissair und der Wibru etabliert hätten. In diesem von Treu und Glauben beherrschten Sonderverhältnis hätte die Swissair die Pflicht gehabt, die Wibru über den wahren finanziellen Zustand der Tochter aufzuklären⁶³².

2.4.1.4 Haftung wegen Verletzung von Treu und Glauben

2.4.1.4.1 Deliktische Haftung und Vertrauenshaftung

Ein Verstoss gegen Treu und Glauben kann ein Delikt sein und zur Haftung nach Art. 41 OR führen. Ebenfalls sind die Grundsätze von Treu und Glauben ein wesentliches Element der Vertrauenshaftung.

Ein Verstoss gegen Treu und Glauben begründet für sich noch keine Widerrechtlichkeit. Art. 2 ZGB ist keine haftpflichtrechtliche Grundsatznorm. Dies hat das Bundesgericht mit aller Deutlichkeit festgestellt⁶³³ und damit den Diskussionen in der Lehre zumindest de lege lata ein Ende gesetzt⁶³⁴. Liegt ein rechtliches Sonderverhältnis vor, kann Treu und Glauben aber eine haftungsbegründende *Sachnorm* sein, aus der ein Haftungstatbestand abgeleitet werden kann. Dann ist ein Verstoss gegen Treu und Glauben widerrechtlich⁶³⁵. Traditionellerweise wurde denn auch die Haftung für ausservertragliche Auskunfts- und Raterteilung aus Art. 41 OR abgeleitet und die Widerrechtlichkeit nach denselben Kriterien wie ein Verstoss gegen Art. 2 Abs. 1 ZGB innerhalb einer Sonderbeziehung begründet⁶³⁶.

⁶³² Besteht einmal ein rechtliches Sonderverhältnis, das durch die Lieferung qualifizierter Information begründet wird, hat der Informant zu erkunden, welche Qualität die Information für den Informationsempfänger haben muss, und er muss die Information in der entsprechenden Qualität aufbereiten und liefern.

⁶³³ BGE 124 III 301 „Motor Columbus“.

⁶³⁴ Der Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts will mit Art. 46 Abs. 2 OR Treu und Glauben als allgemeine Haftungsnorm, die weder die Verletzung eines absoluten Rechts noch die Verletzung einer Schutznorm verlangt, verankern.

⁶³⁵ Baumann, 1998, N 24, 106ff., sieht Treu und Glauben neben Vertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag und unerlaubte Handlung als weiteren Haftungsgrund⁶³⁵. Er unterscheidet folgende Hauptgruppen von rechtlich relevanten Beziehungen, auf welche weder die delikts- noch die vertragsrechtlichen Regeln ohne weiteres angewendet werden können:

- „rechtlich relevante Kontakte, die ohne eine vorbestehende Beziehung erfolgen und nicht auf eine spätere rechtsgeschäftliche Bindung abzielen ...“;
- rechtlich relevante Kontakte im Vor- oder Umfeld, quasi neben einer bereits bestehenden Bindung ...“;
- rechtlich relevante Beziehungen in direktem Zusammenhang, d.h. im Hinblick auf eine angestrebte, werdende rechtliche Bindung, die sogenannte culpa in contrahendo ...“

Wyss/von der Crone, 2002, 117f., sehen ebenfalls Art. 2 ZGB als Schutznorm bei bewusst gestalteten und nicht zufällig ergebenden Kontakten unter Rechtssubjekten.

⁶³⁶ Das Bundesgericht hat die Pflicht zur wahrheitsgemässen und vollständigen Information, die bei bestimmten Voraussetzungen besteht, allerdings nie ausdrücklich auf Art. 2 Abs. 1 ZGB zurückgeführt, vgl. BGE 111 II 471, E. 3, sondern erwähnt eine „ungeschriebene Verhaltensnorm zum Schutz fremden Vermögens“, vgl. Entscheid des Bundesgerichts vom 26. September 2001, 4C.193/2000, E. 5. M.E. lässt sich diese Pflicht nur unter Zuhilfenahmen von Treu und Glauben begründen.

Das Bundesgericht zäumt neuerdings das Pferd offensichtlich etwas anders auf und lässt zusätzlich (d.h. kumulativ) zur deliktischen Haftung für Informationsmängel nun auch die Vertrauenshaftung als Haftungsgrundlage zu: Nach der in einer neueren Entscheidung zum Ausdruck gebrachten Konzeption sind die drei grundlegenden Haftungskategorien das Delikt, der Vertrag und die Vertrauenshaftung. Die Vertrauenshaftung beruht nicht direkt auf Treu und Glauben, sondern ist ein eigenständiges Institut, das zwischen Vertrag und Delikt anzusiedeln ist und das der deutschen Theorie des einheitlichen Schutzverhältnisses nahe steht⁶³⁷. Sie nimmt aber Treu und Glauben zur Hilfe bei der Bestimmung der gegenseitigen Pflichten der Parteien. Da aber auch die Vertrauenshaftung das Bestehen einer rechtlichen Sonderverbindung zwischen den Parteien voraussetzt und die gegenseitigen Schutzpflichten der Parteien mittels Rückgriff auf Treu und Glauben bestimmt, sind sich die beiden Haftungstatbestände ziemlich ähnlich und in der Praxis dürften meist beide erfüllt sein⁶³⁸.

Generell zur Frage der Haftung für ausservertragliche Auskunfts- und Raterteilung vgl. Kaiser, 1987; Meier-Schatz, 1990; kritisch zur jüngsten Praxis des Bundesgerichts, wonach die Informationshaftung auch deliktsrechtlich begründet werden kann: Werro, 2003, 13 sowie Wyss/von der Crone, 2002, 112ff.

⁶³⁷

Entscheid des Bundesgerichts vom 8. Juni 1998, SJ 1999 I 113 (117)

⁶³⁸

Entscheid des Bundesgerichts vom 26. September 2001, 4C.193/2000, E. 5

2.4.1.4.2 Haftung aus Vertrag

Die Sanktionen bei einer Verletzung von Nebenpflichten in einer vertraglichen Beziehung sind verschieden⁶³⁹:

- Ein Verstoss gegen Treu und Glauben innerhalb eines vertraglichen Verhältnisses ist vertragswidrig und führt zu einer vertraglichen Haftung, d.h., die Verletzung ist mit den allgemeinen Regeln über die Erfüllung (Art. 68ff. u. 97ff. OR) zu sanktionieren;
- Nebenpflichten, die zur Erfüllung des Geschäftszweckes notwendigerweise und objektiv vorausgesetzt werden müssen, gewähren einen Erfüllungsanspruch, unabhängig davon, um welche Art von Nebenpflichten es sich dabei handelt;
- Bei anderen Nebenpflichten führt ein Verstoss zu Anfechtungs- und Auflösungsmöglichkeiten (z.B. bei einer Verletzung von Aufklärungspflichten, wenn das Fehlverhalten das Fundament des Rechtsgeschäfts zerstört).

2.4.1.4.3 Welche Haftung für die Verletzung von Treu und Glauben im Konzernverhältnis?

Das Konzernverhältnis begründet eine rechtliche Sonderverbindung⁶⁴⁰, die – wie hier argumentiert wird – eigener Art ist. Innerhalb einer rechtlichen Sonderverbindung kann Art. 2 ZGB Schutznormcharakter haben, sodass ein treuwidriges Verhalten widerrechtlich wäre und zu Schadenersatz nach Art. 41 OR berechtigen würde⁶⁴¹. Möglich ist auch eine Haftung aus erwecktem Vertrauen, wenn eine Partei im Vertrauen auf Zusicherungen der anderen nachteilige Dispositionen getroffen hat. Im Falle der hier im Vordergrund stehenden Haftung für Informationsmängel hat das Bundesgericht die Vertrauenshaftung in den Vordergrund gestellt⁶⁴².

Ein Haftungsanspruch könnte sich im Verhältnis zwischen Mutter und Tochter je nach dem konkreten rechtlich relevanten Kontakt auf alle drei möglichen Haftungsgrundlagen (Delikt, Vertrag, Vertrauenshaftung) stützen.

Informationspflichten der Mutter gegenüber der Tochter können in der Konzernbeziehung

- Hauptleistungspflicht eines Vertrages sein, nämlich wenn die Mutter sich in einem expliziten oder impliziten Managementvertrag bzw. Leitungsvertrag verpflichtet, der Tochter Informationen zu liefern. Dies ist im hier vertretenen Leitungsmodell „Leitung durch Information“⁶⁴³ der Fall. In diesem Fall hätte

⁶³⁹ Baumann, 1998, N 290ff.

Im Kontext dieser Arbeit kann sich eine Haftung aus Vertrag ergeben, weil die Beziehung zwischen Mutter und Tochter als vertraglich angesehen wird.

⁶⁴⁰ vgl. oben S. 154

⁶⁴¹ Entscheid des Bundesgerichts vom 26. September 2001, 4C.193/2000, E. 4.a); vgl. Wyss/von der Crone, 2002, 113

⁶⁴² Entscheid des Bundesgerichts vom 26. September 2001, 4C.193/2000, E. 4.a)

⁶⁴³ supra S. 88

die Tochter einen Erfüllungsanspruch auf die Lieferung der für die Geschäftsführung benötigten Information;

- Nebenpflicht eines Vertrags sein, z.B. wenn Mutter und Tochter konkrete Geschäfte miteinander tätigen. Die Informationslieferung kann sich als Aufklärungspflicht bzw. Obhuts- und Schutzpflicht darstellen.
- Folge von Treu- und Glauben als haftungsbegründender Sachnorm sein (Verletzung von Treu und Glauben als Schutznorm in einem rechtlichen Sonderverbindung). Im Vordergrund stehen die Fälle der Vertrauenshaftung aufgrund ausgebliebener/ungenügender Information ausserhalb einer direkten vertraglichen Verbindung.

2.4.1.5 Informationspflichten aus Treu und Glauben

Da das Konzernverhältnis von Treu und Glauben regiert wird, erwachsen der Mutter und der Tochter besondere Verhaltenspflichten, unter anderem Informationspflichten.

Ein allgemeiner materiell-rechtlicher Informationsanspruch besteht nicht⁶⁴⁴. Aber auch in einer Sonderverbindung gibt es kein generelles Recht auf Information gestützt auf Treu und Glauben⁶⁴⁵. Selbst innerhalb einer Sonderverbindung kann nicht unter Anrufung von Treu und Glauben jede Information verlangt werden, sondern es ist an mehrere Voraussetzungen geknüpft. Aus Treu und Glauben kann zwar eine Regel entstehen⁶⁴⁶, jedoch ist die Normbildung grundsätzlich kasuell, indem aus konkreten Einzelfällen Fallgruppen entstehen und sich daraus die Pflichtenlagen der Parteien in bestimmten Situationen herauschälen und generalisieren lassen⁶⁴⁷.

Damit im Einzelfall eine auf Treu und Glauben beruhende Informationspflicht besteht, muss der Informationsgläubiger ein berechtigtes Informationsinteresse nachweisen⁶⁴⁸. Das besondere Informationsinteresse ist im Falle der Beziehung Mutter/Tochter zunächst in der Pflicht der Tochter-Verwaltung zur Wahrung des Integritätsinteresses und der daraus resultierenden Notwendigkeit des Zugriffs auf die Führungsinformation der Tochter zu sehen. Handelt es sich bei der verlangten Information nicht um Führungsinformation, kann sich das besondere Informationsinteresse aus einem speziellen, rechtlich relevanten Kontakt ergeben, z.B. aus einem vertraglichen Verhältnis. So wäre eine „Weisung“ der Mutter nach dem hier vertretenen Modell der rechtlich zulässigen Leitung im Konzern nicht als rechtlich verbindliche einseitige Handlung der Mutter zu verstehen, sondern als Leistung (Lieferung von Führungsinformation) in Erfüllung eines Managementvertrages⁶⁴⁹. Die verlangte Information könnte je nach Charakter als vertragliche Hauptpflicht oder als Nebenpflicht erscheinen. In der Lehre wurden zudem mehrere, nicht auf das Konzernverhältnis be-

⁶⁴⁴ Affolter, 1994, 10

⁶⁴⁵ Die deutsche Lehre und Rechtsprechung hingegen scheinen zu anerkennen, dass – innerhalb einer Sonderbeziehung - generell legitime Informationsbedürfnisse befriedigt werden sollen, sofern keine gewichtigen Interessen dem entgegenstehen. Für eine weitergehende Auseinandersetzung mit dieser Lehre vgl. Affolter, 1994, 13; Lorenz, 1995, 569ff.; Schmidt, 1984, 85

⁶⁴⁶ Druey, 1995a, 194, mit dem Beispiel, dass der Arzt über die Krankenkassendeckung aufzuklären hat.

⁶⁴⁷ Druey, 1995a, 194

⁶⁴⁸ Merz, 1966, N 278 zu Art.2 ZGB; Merz, 1966, N 261 zu Art.2 ZGB; Würsch, 1989, 40

⁶⁴⁹ supra S. 71ff.

zogene, Fallgruppen herausgearbeitet, wo ein berechtigtes Informationsinteresse typischerweise zu bejahen ist und deshalb Regeln entstanden sind. Je nach konkretem Kontakt zwischen Mutter und Tochter können diese Regeln zur Anwendung gelangen.

2.4.1.5.1 Präparatorische Informationsansprüche

Ein berechtigtes Informationsinteresse kann vorliegen, wenn der Informationsgläubiger die Information zur Vorbereitung und Feststellung von bestehenden Ansprüchen benötigt⁶⁵⁰.

Diese Auffassung wird in der Schweiz vor allem von *Merz* und von *Affolter* vertreten⁶⁵¹. Nach diesen Autoren besteht ein (präparatorischer) Anspruch auf Information zur Vorbereitung und Feststellung von Ansprüchen des Informationsberechtigten unter zwei Voraussetzungen:

2.4.1.5.1.1 Rechtliche Sonderverbindung zwischen Informationsgläubiger und –schuldner

Geht es nur um die Begründung einer Informationspflicht, so sind die Anforderungen an das materiell-rechtliche Sonderverhältnis weniger streng als bei anderen Pflichten: Es genügt, „wenn es gerade die *Natur bzw. das Wesen der zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehung* mit sich bringt, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen und Umfang seines Rechts im Ungewissen ist und der Verpflichtete die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderliche Auskunft unerschwer (ohne viel Mühe) erteilen kann.“⁶⁵²

2.4.1.5.1.2 Berechtigtes Informationsinteresse des Informationsgläubigers

⁶⁵⁰ Affolter, 1994, 11ff.

⁶⁵¹ Affolter, 1994, 10ff.; Merz, 1996, N 278 zu Art. 2 ZGB.

Merz, a.a.O., hält dazu fest: „Auskunfts- und Rechenschaftspflichten ergeben sich ... im Hinblick auf vermutete, gesetzliche oder vertragliche Ansprüche, über deren Entstehung und Inhalt der Berechtigte sich keine Gewissheit verschaffen kann, während der Verpflichtete Auskunft zu erteilen in der Lage ist.“

In Deutschland hat diese Lehre in wesentlich weiterer Form die Anerkennung der Gerichte gefunden und ist unter dem Stichwort der „Zauberformel des BGH“ bekannt. Vgl. dazu Lorenz, 1995 und – spezifisch zu Informationsrechten in Gesellschaften und Verbänden – Schmidt, 1984, 85. Nach dieser Praxis und Lehre ist ein Informationsanspruch bereits dann gegeben, wenn möglicherweise ein rechtliches Sonderverhältnis zwischen den Parteien besteht. Es geht somit nicht mehr um den Schutz von erwecktem Vertrauen, sondern viel genereller um die Befriedigung legitimer Informationsbedürfnisse. So wurde im Entscheid BGHZ 61, 180 einem Erben ein Auskunftsanspruch gegenüber einem vom Erblasser möglicherweise Beschenkten zugestanden. Zur Begründung wurde die oben erwähnte „Zauberformel“ herangezogen, wonach „ein Auskunftsanspruch nach Treu und Glauben bejaht [wird], wo der Berechtigte entschuldbar über das Bestehen und den Umfang des Rechts im Unklaren und deshalb auf die Auskunft des Verpflichteten angewiesen ist, der durch sie nicht unbillig belastet wird“. Die „Zauberformel“ kann aber in dieser Form und Weite in der Schweiz nicht als herrschende Lehre gelten und wurde auch in der Praxis nie verwendet.

⁶⁵² Affolter, 1994, 14 (unter Berufung auf die herrschende deutsche Lehre und Rechtsprechung)

Das Informationsinteresse ist von seinem Zweck, der Vorbereitung der Durchsetzung eines Anspruchs, abhängig. Deshalb kann nicht jede entfernte Möglichkeit eines Hauptanspruchs ein Informationsinteresse begründen, sondern der Anspruch muss glaubhaft gemacht werden⁶⁵³.

2.4.1.5.2 Information als Nebenpflicht

Am meisten Beachtung haben die Informationspflichten als Nebenpflicht in einem vorbestehenden Rechtsverhältnis gefunden⁶⁵⁴.

Wie bereits erwähnt, bestehen im Verhältnis Mutter/Tochter vielfältige Rechtsbeziehungen, dies aufgrund der Aktionärsstellung der Mutter, der Organstellung, der (als vertraglich verstandenen) Leitungsbeziehung und vielfältiger Austauschbeziehungen. Hier werden die besonderen Aufklärungspflichten aus dem besonderen Verhältnis, das die Parteien durch das Netz von Interaktionen begründen, hergeleitet. Aus diesem besonderen Verhältnis entsteht eine Rechtspflicht des Informationsschuldners, den Bedarf des Informationsgläubigers abzuklären (hinsichtlich der Art, der Quantität und der Qualität der Information) und zu erfüllen⁶⁵⁵. Regelmässig besteht diese Pflicht, wo eine besondere Beziehungsnähe zwischen den Parteien gegeben ist, z.B. bei Beratungsmandaten. Die Sorgfalts- und Treuepflicht des Beauftragten verlangt dort unbedingt die Abklärung des individuellen Informationsbedarfs und damit auch der informationellen Qualitätsvorstellungen.

Die rechtlich zulässige Konzernleitung als eine Art Managementvertrag kommt einem Beratungsmandat sehr nahe. Durch die Ausübung einheitlicher Leitung entsteht deshalb eine besondere Beziehungsnähe zwischen der Mutter und der Tochter, mit entsprechenden Aufklärungspflichten der Mutter als der Beauftragten. Sie kann sich insbesondere nicht damit begnügen, die Tochter mit standardisierten Informationen (wie etwa Jahresberichten, Pressecommuniqués oder Mitarbeiterorientierungen) abzuspeisen, sondern sie muss den situationsspezifischen Informationsbedarf der Tochter abklären. Mögliche Kriterien sind die Vorgeschichte der konkreten Situation, die Art und Weise der Konzernführung (zentral, dezentral) und die Interessen von Mutter und Tochter am Geschäft und an der konkreten Information.

Die Informationspflicht als Nebenpflicht kommt insbesondere auch im Verhältnis zwischen einem Konzernglied und einem konzernfremden Dritten zum Tragen. Die Lehre hat in folgenden Situationen eine Aufklärungspflicht betreffend des Konzerns befürwortet:

2.4.1.5.2.1 Aufklärung über den Konzernsachverhalt

Bei Vertragsverhandlungen mit Dritten muss ein Konzernglied, falls dies für den Vertragspartner von Bedeutung ist, darauf hinweisen, dass es Teil eines Konzerns ist

⁶⁵³ Affolter, 1994, 17, übernimmt von der deutschen Lehre den Begriff „plausibel“ – es ist jedoch angemessener, den in der Schweizer Praxis verwendeten Rechtsbegriff des Glaubhaftmachens zu verwenden.

⁶⁵⁴ Affolter, 1994, 10ff., mit weiteren Hinweisen

⁶⁵⁵ Gasser, 2000, 401

und nicht ein unabhängiges Unternehmen⁶⁵⁶. Dies ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn die juristische Selbständigkeit des betreffenden Konzernglieds nach aussen nicht in Erscheinung tritt sondern der Konzern als Einheit auftritt. Für den Vertragspartner ist es regelmässig von Bedeutung, klar zu wissen, wer die Leistung verspricht und von wem sie zu erbringen ist. Sodann ist auch das reine Faktum der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Konzern von Bedeutung, etwa weil sich der Einfluss der Konzernmutter auf die Vertragserfüllung auswirken kann.

Ein Beispiel für eine qualitativ ungenügende (unklare) Information über die Konzernverhältnisse ist BGE 123 III 220⁶⁵⁷: Es wurde durch die Namenswahl eine Verwechslungsgefahr zwischen Mutter und Tochter geschaffen. Eine Muttergesellschaft wechselte den Namen und verwendete ihren alten Namen zur Neugründung einer Tochter sodass die Geschäftspartner der Mutter ihre Ansprüche fälschlicherweise gegen die Tochter richteten, die ihnen ihre fehlende Passivlegitimation entgeghielt⁶⁵⁸.

2.4.1.5.2.2 Aufklärung in der Krise

Die deutsche Lehre und Praxis kennen die Pflicht jedes Vertragspartners, den andern über Umstände aufzuklären, die in der eigenen Sphäre angesiedelt sind und die den Vertragszweck zu vereiteln drohen (z.B. über eine drohende Insolvenz)⁶⁵⁹. Dies ist ebenfalls in Österreich der Fall, allerdings in etwas begrenzterem Umfang⁶⁶⁰.

In der Schweiz wurde eine solche Pflicht noch nicht konkret thematisiert – sie kann aber unter die als Generalklausel formulierte Aufklärungspflicht bei Vertragsverhandlungen subsumiert werden⁶⁶¹. Im Zusammenhang des Konzerns stellen sich

⁶⁵⁶ Von Büren, 1997, 319f.

⁶⁵⁷ i.S. S.F.M. Services Financiers & Management SA c. Omni Holding AG in Nachlassliquidation
⁶⁵⁸ Das Bundesgericht hielt dieses Spielchen nicht für rechtsmissbräuchlich, da die Klägerin einen zumutbaren Rechtsbehelf gegen die Mutter habe. Sie habe die Möglichkeit zur Klage gegen die Mutter, da diese wegen der Enttäuschung der über die Tochter geweckten Erwartungen für den entstandenen Schaden hafte. M.a.W. war die von der Mutter über das Publizitätsmittel des Handelsregistereintrags geschaffene Unklarheit über die Einheiten des Konzern klar widerrechtlich. Es handelt sich also um eine Haftung für qualitativ ungenügende Information.

⁶⁵⁹ BGHZ 87, 27 („Betonwerke“) hat den amtlichen Leitsatz:
 „1. Der Mehrheitsgesellschafter und alleinige Geschäftsführer einer GmbH, dessen Unternehmen in laufender Geschäftsbeziehung von einem Lieferanten Warenkredit in Anspruch nimmt, ist auf Anfrage des Lieferanten und dessen Bitte um persönliche Aufklärung verpflichtet, die wirtschaftliche Lage seines Unternehmens zu offenbaren.“

Die Lehre scheint diese Pflicht nicht nur als reaktive, sondern auch als spontane Informationspflicht zu verstehen, vgl. NJW 1983, 676 u. 1670

⁶⁶⁰ Urteil „Eumig“ des OGH, abgedruckt in JBI 1986, 713ff.
 Das OGH erhob in diesem Urteil die strafrechtlichen Konkursdelikte zum Schutzgesetz für zivilrechtliche Aufklärungspflichten.

⁶⁶¹ Baumann, 1998, N. 165; Der genaue Umfang der Aufklärungspflichten ist nicht bekannt – er wird einzelfallweise, je nach dem betreffenden Kontakt zwischen den Parteien, festgelegt. Zur Frage, ob in der Schweiz eine auf Treu und Glauben beruhende Pflicht zur Aufklärung in der Krise besteht, sind insbesondere die Grenzen der Aufklärungspflicht zu beachten. BGE 102 II 84 schränkt die Aufklärungspflicht ein: „Wer bei Vertragsverhandlungen nicht nach Irrtümern des Gegners forscht, die dieser bei gehöriger Aufmerksamkeit selber wahrnehmen könnte, handelt nicht gegen Treu und Glauben. Culpa in contrahendo setzt voraus, dass der

weitere Fragen, etwa ob ein Konzernglied in Verhandlungen mit einem Dritten auf eine allfällige finanzielle Schieflage des gesamten Konzerns hinweisen muss, wenn dies auf die betreffende Gesellschaft durchschlagen könnte. Ein anderes Beispiel, die Pflicht der Mutter, unter besonderen Umständen die Vertragspartner der Tochter auf deren missliche finanzielle Situation aufzuklären, wurde im *Swissair-Entscheid* unter Heranziehung der Figur der Haftung aus Konzernvertrauen bejaht⁶⁶². Im gleichen *Entscheid* (Erw. 5aa.) wurde festgestellt, aufgrund der Werbeaussagen hätten die Geschäftspartner der Tochter davon ausgehen dürfen, die Mutter werde diese zumindest in der Anfangsphase mit genügenden Mitteln dotieren.

Wenn eine Aufklärungspflicht in der Krise im konkreten Einzelfall bejaht wird, so muss die geschuldete Information konzerndimensional sein. Geschuldetes ist ein zutreffendes Bild über die Umstände, die für den Vertragspartner von Bedeutung sind, also eine Art „true and fair view“. Wo dies relevant ist, müssen deshalb die Informationen über das einzelne Konzernglied mit Informationen über den Konzern unterlegt bzw. ergänzt werden.

2.4.1.5.2.3 Aufklärung bei der Aufgabe der Beherrschung

Ähnlich gelagert ist der Fall, dass die Mutter plant, ihre Tochtergesellschaft aus dem Konzern zu entlassen. Gläubiger können einer Gesellschaft ein beträchtliches Vertrauen entgegenbringen, weil sie um deren Konzernzugehörigkeit wissen⁶⁶³. Konzerne setzen dieses besondere Vertrauen, das Gliedern eines als finanziell solide geltenden Konzerns geschenkt wird, denn auch gezielt in der Werbung ein und versuchen so, das positive Image auf die Tochter zu übertragen, um dieser so Wettbewerbsvorteile zu verschaffen (z.B. günstigere Finanzierungsbedingungen, Kundenvertrauen etc.). Wird die Tochter aus dem Konzernverband gelöst, entfällt dieses Vertrauen und die Tochter erscheint u.U. plötzlich nicht mehr ganz als so kreditwürdig wie das angenommen wurde. Zudem kann sich plötzlich die Unternehmenspolitik ändern, da sich die Tochter nicht mehr am Konzerninteresse orientiert, sondern nur noch am eigenen. Wurde die Tochter straff geführt, dann heisst das, dass wesentliches Geschäftsführungswissen in der Mutter gelagert war und zunächst wieder in die Tochter eingebracht werden muss bzw. dort wieder aufgebaut werden muss. Ferner muss sich die Tochter zumeist aus einem ganzen Bündel von Konzernbeziehungen (Finanzierung, Vertrieb, Produktion, konzerninterner Markt, Personal, Know-how etc.) lösen und entsprechende Äquivalente entweder selbst aufbauen oder auf dem freien Markt finden.

Der Kontrollwechsel stellt somit für alle Stakeholders der Tochter eine wesentliche Änderung in den wirtschaftlichen und rechtlichen Beziehungen zur Tochter dar, eine

Gegenpartei etwas verschwiegen wird, das sie nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist ...“

⁶⁶² BGE 120 II 331

⁶⁶³ Die Gläubiger vertrauen darauf, dass der Konzern, um seine Reputation zu retten, eher die Schulden der Tochter begleichen wird als auf die rechtliche Verschiedenheit zu setzen (Phänomen der Konzernsolidarität, vgl. BGE 116 Ib 331 „CS - Holding“, wo das Bundesgericht dieses (faktische) Phänomen bei der Beurteilung der (rechtlichen) Pflicht der Eigenmittelausstattung einer Bank berücksichtigte).

eigentliche Zäsur. Muss deshalb die Mutter, wenn sie plant die Tochter zu verselbständigen, dies im voraus ankündigen, und falls ja, wem?

Das Bundesgericht hat den Kontrollwechsel als ein Beispiel für das Bestehen einer Aufklärungspflicht als Folge von erwecktem Vertrauen genannt⁶⁶⁴. Nach dem vom Bundesgericht gewählten Ansatz besteht die Pflicht jedoch nur, wenn die Mutter zuvor das besondere Vertrauen geweckt hat, etwa durch besondere Aussagen und Zusicherungen. Dies muss nicht notwendigerweise der Fall sein. Zu prüfen ist deshalb, ob und unter welchen Umständen eine generelle Aufklärungspflicht besteht. In der Lehre wurde zumindest eine generelle Aufklärungspflicht verneint⁶⁶⁵.

Die Frage muss unter zwei Aspekten beantwortet werden:

- Zu welchen Personen steht die Mutter in einer rechtlichen Sonderverbindung und muss als Pflicht aus Treu und Glauben den Kontrollwechsel aufklären? Dies ist in erster Linie die Tochter selbst. Die Aufklärung drängt sich auch deshalb auf, weil es sich dabei um Geschäftsführungswissen handelt, das die Mutter der Verwaltung der Tochter (in diesem Falle) spontan zur Verfügung stellen muss. Zudem handelt es sich – nach dem Modell der rechtlich zulässigen Konzernleitung, das die Leitung als einen Managementvertrag sieht – um die Kündigung einer vertraglichen Beziehung, die natürlich erst mit dem Eingang bei der Tochter wirksam wird. Die Kündigung darf auch nicht zur Unzeit erfolgen. Damit die Kündigung als nicht zur Unzeit erfolgt betrachtet wird, ist es sinnvoll, die Kündigung des Konzernvertrags rechtzeitig anzukündigen. So rechtzeitig, dass die Tochter die notwendigen Änderungen in der Geschäftsführung vornehmen kann, insb. das zuvor bei der Mutter gelagerte Geschäftsführungswissen wieder selbst aufbauen kann. Aus dem letzten Faktor wird klar, dass eine zu späte Informierung eine eigentliche Verletzung des Integritätsinteresses sein kann.
- Bei welchen Personen hat die Mutter berechtigtes Vertrauen in das Fortbestehen der Konzernbeziehung erweckt? Hier hat die Mutter die Pflicht zur Aufklärung, will sie sich nicht aus Enttäuschung berechtigten Konzernvertrauens haftbar machen. Dieser Personenkreis ist naturgemäss besonders breit: da insbesondere in der Werbung die Konzernbeziehung herausgestrichen wird und diese breit gestreut wird (Produktwerbung, Personalwerbung, Gläubiger etc.) können potenziell sehr viele Personen glaubwürdig geltend machen, sie hätten im berechtigten Vertrauen auf die gemachten Werbeäusserungen mit der Tochter vertragliche Beziehungen unterhalten. Daraus folgt, dass die

⁶⁶⁴ BGE 120 II 337, unter Berufung auf Bosman, 1984, 191f.

⁶⁶⁵ Hünerwadel, 1995, 70ff., der sich allerdings in erster Linie auf das Verhältnis des Kontrollaktionärs zu den Minderheitsaktionären bezieht. Nach der Konzeption dieses Autors hat der Kontrollaktionär eine gewisse Treuhänderfunktion in Bezug auf die Interessen der Mitaktionäre, die er als Rücksichtspflicht umschreibt, um nicht den Begriff der Treuepflicht verwenden zu müssen. Diese gilt sowohl gegenüber den Mitaktionären wie auch gegenüber der Gesellschaft. Die Rücksichtspflicht ist mit der Machtstellung des Kontrollaktionärs begründet, nicht mit dem persönlichen Verhältnis zur Gesellschaft bzw. den Aktionären. Deshalb gilt sie auch unter juristischen Personen. Sie beinhaltet jedoch keine Pflicht zur Offenlegung einer geplanten Kontrolltransaktion - auch keine allgemeine Offenlegungspflicht. Dies weil die Sonderbindung des Kontrollaktionärs zur Gesellschaft und zu den Minderheitsaktionären in der Machtstellung des Kontrollaktionärs gründet. Diese bürdet ihm in erster Linie eine Unterlassungspflicht auf, nicht eine Pflicht, aktiv tätig zu werden.

Mutter die Aufklärung über die Entlassung der Tochter in die Eigenständigkeit ebenso breit streuen müsste, wie zuvor die Werbung.

2.4.1.5.3 Konturen der Aufklärungspflicht aus dem Kommunikationsverhältnis

Druey begründet die Aufklärungspflicht aus dem Kommunikationsverhältnis, das durch die Einlassung der Parteien gebildet wird⁶⁶⁶. Aus diesem Ansatz ergeben sich folgende *Konturen* der Aufklärungspflicht, die auf Treu und Glauben beruht⁶⁶⁷:

- Die Aufklärungspflicht hat den Zweck, ein Informationsgefälle zwischen den am Kommunikationsverhältnis beteiligten Parteien auszugleichen. Daraus folgt, dass der Informationsschuldner nur sein bereits vorhandenes Wissen zur Verfügung stellen muss und nicht etwa weitere Nachforschungen anstellen muss⁶⁶⁸.
- Der Inhalt der Aufklärungspflichten aus Treu und Glauben ist nicht wie bei den schuldrechtlichen Informationspflichten im Vertrag selbst bestimmt, sondern ergibt sich erst in einer besonderen Situation bei Eintreten bestimmter Umstände – d.h., sie aktualisiert sich erst aufgrund eines besonderen Anlasses. Da der Informationsgläubiger nicht von diesem Anlass weiss, kann er die Information nicht abrufen und der Informationsschuldner muss sie spontan zur Verfügung stellen.
- Die Aufklärungspflicht besteht nur dort, wo der Empfänger mangels eines genügenden Informationsstandes keinen Anlass sieht, selbst die Initiative zu ergreifen und sich zu erkundigen. Dies ist der Unterschied zur weitergehenden Beratungspflicht, wo auf erkannte Informationslücken des Empfängers nicht bloss hinzuweisen ist sondern diese auch gleich gefüllt werden müssen. Aber da es sich bei der Aufklärungspflicht um eine Schutzpflicht handelt, muss der Pflichtige immerhin den Wissensstand des Empfängers abklären.
- Die Aufklärungspflicht ist auf den Schutz eines Gutes bezogen. Deshalb muss sie sich nicht zwingend an den Träger des Gutes richten sondern kann sich

⁶⁶⁶ Druey, 1995a, 235. Betont wird, dass nicht jeder beliebiger soziale Kontakt zu einem solchen rechtlich relevanten Kommunikationsverhältnis führt, sondern nur Kontakte, die in einem engen Zusammenhang zu einem Rechtsgeschäft stehen und wo die Parteien sich bewusst sind, dass ihr Handeln eine rechtliche Relevanz aufweist.

Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid zur (Vertrauens-) Haftung die rechtliche Sonderverbindung so umschrieben: „Diese Sonderverbindung unterscheidet sich von der deliktsrechtlichen Konstellation des zufälligen und ungewollten Zusammenpralls beliebiger Personen dadurch, dass die Beteiligten – ausserhalb eines schon oder noch bestehenden Vertragsverhältnisses – rechtlich in besonderer Nähe zueinander stehen, wobei sie einander gegenseitig Vertrauen gewähren und Vertrauen in Anspruch nehmen. Aus dieser rechtlichen Sonderverbindung ergeben sich aus Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) hergeleitete Schutz- und Aufklärungspflichten (BGE 120 II 331 E. 5a S. 336). Eine derartige Sonderverbindung entsteht allerdings nur aus bewusstem oder normativ zurechenbarem Verhalten der in Anspruch genommenen Person (BGE vom 28. Januar 2000 E. 3a, abgedruckt in SJ 2000 I 549 ff., 554).“
a.a.O.

⁶⁶⁷ Obwohl der Begründungsansatz einen besonderen Schwerpunkt auf das Kommunikationsverhältnis legt, beruht er klar auf Treu und Glauben, so dass die Konturen der von den anderen Autoren hergeleiteten Aufklärungspflicht gleich zu fassen sind.

⁶⁶⁸ Im Falle einer informationspflichtigen Organisation heisst das, dass das in der ganzen Organisation vorhandene Wissen massgebend ist, nicht nur dasjenige der konkret auskunftserteilenden Person. Weiss diese Person gerade nicht Bescheid, muss sie vernünftigerweise in der Organisation danach forschen.

auch an eine andere Person richten, wenn diese zur Erhaltung des Gutes zuständig ist (Bsp.: gesetzlicher Vertreter).

- Der Umfang der geschuldeten Information richtet sich nicht bloss nach dem Wissensstand des Informationsschuldners, sondern ist objektiv bestimmt: es ist die Information geschuldet, die mit zumutbarem Aufwand beschafft werden kann. Dies folgt aus dem Charakter der Aufklärungspflicht als Schutzpflicht.
- Ebenso leitet sich der Inhalt der geschuldeten Information aus der jeweiligen Schutzpflicht ab: diese muss durch die ausgewählte und mitgeteilte Information erfüllt werden.

Diese funktionale Prägung der Aufklärungspflicht heisst für den Fall der Informationspflicht der Mutter, dass diese die Tochter dann spontan informieren muss, wenn deren Integritätsinteresse gefährdet ist. Denn die Schutzpflicht der Mutter richtet sich in erster Linie auf die Erhaltung des Integritätsinteresses der Tochter⁶⁶⁹.

⁶⁶⁹

Supra S. 69, 76

2.4.2 Weitere Haftungsansätze

Dass Information in der heutigen Informationsgesellschaft eine überragende Rolle spielt, ist eine Banalität. Das Haftpflichtrecht hat eine zentrale Steuerungsfunktion in der Zivilgesellschaft. Trotzdem hat sich die Rechtswissenschaft erst punktuell mit der Kombination dieser beiden Elemente, der Rolle der Information im Haftpflichtrecht, auseinandergesetzt⁶⁷⁰.

Im Folgenden soll auf einige Aspekte hingewiesen werden, inwiefern die Mutter aus einer fehlenden oder qualitativ ungenügenden Information der Tochter haftpflichtig werden könnte.

2.4.2.1 Haftung für qualitativ ungenügende Information

Eine Haftung kann nicht nur eintreten, wenn die Mutter der Tochter bestimmte Informationen vorenthält (Haftung aus Unterlassen), sondern auch dann, wenn sie zwar die geschuldeten Informationen liefert, diese sich aber als qualitativ ungenügend⁶⁷¹, insb. als falsch, herausstellen (Haftung aus einem Tun)⁶⁷². Innerhalb einer vertraglichen Beziehung kann die Lieferung einer qualitativ ungenügenden Information zu einer vertraglichen Haftung nach Art. 97 OR führen⁶⁷³. Ausserhalb vertraglicher Beziehungen steht die allgemeine Deliktshaftung nach Art. 41 OR im Vordergrund⁶⁷⁴.

⁶⁷⁰ Entsprechend bahnbrechend und grundlegend neuerdings Gasser, 2002.

⁶⁷¹ Die Lehre hat sich bisher mit den Haftungsfolgen „falscher“ Information beschäftigt. An dieser Stelle wird der Begriff „qualitativ ungenügende Information“ verwendet, da dieser ein breiteres Spektrum von Informationspathologien (die einen Schaden verursachen können) abdeckt und innerhalb des Begriffes eine feinere Differenzierung möglich ist.

⁶⁷² vgl. dazu die umfassenden Darstellungen von Brehm, 1998 (zu Art. 41 OR); Kaiser, 1987; Kuhn, 1986; Meier-Schatz, 1990 und Zulauf, 2000 bzw. Zulauf 2001 (wo vorgeschlagen wird, für Fälle ungenügender Informationsqualität auf die objektive Widerrechtlichkeitstheorie zu verzichten und stattdessen auf die Verletzung von Sorgfaltspflichten abzustellen). Für den Sonderfall der Informationsmängel in der Ad hoc-Publizität nach dem Kotierungsreglement der Schweizer Börse, siehe Leu, 2002, 82ff.

⁶⁷³ Die Gerichtspraxis zur Haftung für qualitativ ungenügende Information hat sich mit den meisten Typen von mangelhafter Informationsqualität (vgl. supra S. 29ff.) auseinander gesetzt. Z.B. wurde in BGE 119 II 456 ein Chirurg zur Zahlung von Schadenersatz an eine Patientin verpflichtet, der er eine *unrichtige* Auskunft zur Übernahme der Behandlungskosten durch die Krankenkasse gegeben hatte (es handelt sich um einen der wenigen Fälle wo man von einer klar falschen Information sprechen kann: es gab nur zwei mögliche Werte („digital“ verstanden), nämlich Deckung besteht/besteht nicht, und die gegebene Auskunft hatte den falschen Wert). In BGE 124 III 155 haftete ein Broker dafür, weil seine AGB in ihrer Bedeutung nicht genügend *klar* waren (Unklarheitenregel bei AGB) und weil er den Kunden *nicht genügend* über die Risiken der getätigten Optionsgeschäfte aufgeklärt hatte. In BGE 118 Ib 473ff. äusserte sich das Bundesgericht zum Vorwurf, „Der Bund habe seit November 1987 nach dem Auftauchen von *Listeria monocytogenes* auf waadtländischem Vacherin Mont d'Or durch rechtlich und tatsächlich falsche, verspätete oder ungeeignete warnende Informationen der Öffentlichkeit und ungerechtfertigte Herabsetzung der Produkte der Kläger in der Öffentlichkeit – bzw. durch Unterlassen der angebrachten Informationen – Bestimmungen des Bundesrechts verletzt und namentlich durch einen dadurch bewirkten allgemeinen Verkaufsrückgang bei Weichkäsen Schaden verursacht“ (Regeste des Urteils).

⁶⁷⁴ Das Bundesgericht hat in einer langjährigen Praxis die Haftung aus Fehlinformation als eine unerlaubte Handlung nach Art. 41 OR abgehandelt (so in BGE 59 II 68, aber auch in BGE 111

II 471, wo die Haftung einer Bank für Kreditauskünfte dem Deliktsrecht unterstellt wurde). In BGE 122 III 176 führte es zusammenfassend aus:

„Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre ist eine Schadenszufügung im Sinne von **Art. 41 OR** widerrechtlich, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, indem entweder ein absolutes Recht des Geschädigten beeinträchtigt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine Norm bewirkt wird, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schäden schützen soll (BGE 119 II 127, insb. E. 3 S. 128 f. mit Hinweisen). Eine solche Verletzung einer Schutznorm liegt vor, wenn ein für die Gesellschaft handelndes Organ einen Dritten beim Vertragsabschluss täuscht. Klassisches Beispiel des unmittelbaren Gläubigerschadens ist deshalb der Fall, wo ein Gesellschaftsorgan einen Dritten durch falsche Auskünfte über die finanzielle Lage der Gesellschaft zur Kreditgewährung an die Gesellschaft veranlasst (**BGE 106 II 257** E. 2 S. 261; FORSTMOSER, a.a.O., S. 81 Rz. 197; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a.a.O., S. 421 Rz. 14). Inwieweit das blosses Verschweigen eine Haftung begründet, hängt davon ab, ob nach den Grundsätzen des Vertragsrechts eine Aufklärungspflicht besteht. Voraussetzung der Haftung eines Gesellschaftsorgans ist somit immer ein bestimmtes Verhalten (Handlung oder Unterlassung) in der direkten Beziehung zum Geschädigten (so schon **BGE 106 II 260** unten).“ In einem neueren Entscheid liess es aber die Rechtsnatur der Haftung für Rat und Auskunft wieder offen: „Es erscheint nach den Feststellungen des Appellationsgerichts sachgerecht, die Haftung für die falsche Auskunft i.c. deliktsrechtlich (**BGE 121 III 350** E. 6c) zu erfassen oder den Grundsätzen der Vertrauenshaftung bzw. culpa in contrahendo zu unterstellen (HANS PETER WALTER, Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, in: ZBJV 132 [1996] S. 273 f., 292; KRAMER, a.a.O., N. 147 und 151). Im einen wie im anderen Falle richten sich Bemessung von Schaden und Schadenersatz nach dem Erhaltungsinteresse des Gläubigers.“ Dieser Entscheid (BGE 124 III 363) zeigt mehr Bereitschaft, auch weitere vertragliche Haftungsgrundlagen für Fehlinformationen zu prüfen. In einem jüngeren Entscheid vom 26. September 2001 (Nr. 4C.193/2000) resümiert das Bundesgericht die bisherige Praxis und bezeichnet die Haftung aus falschem Rat und mangelhafter Auskunft im ausservertraglichen Bereich als Anwendungsfall der Vertrauenshaftung:

„4.- a) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Erteilung einer Auskunft, die weder in Ausübung eines Gewerbes noch sonst gegen Entgelt gegeben wird, nicht als Erfüllung einer übernommenen vertraglichen Verpflichtung anzusehen, sondern als ein ausservertragliches Handeln. Dies gilt auch für Bankauskünfte, die ein Kunde unabhängig von einem bestimmten Geschäft erbittet und erhält (BGE 124 III 363 E. II/5a S. 368 mit Hinweisen). Wer über Verhältnisse befragt wird, in die er kraft seiner Stellung besonderen Einblick besitzt, hat - wenn er sich überhaupt auf eine Antwort einlässt - wahrheitsgetreu Auskunft zu geben, sofern für ihn erkennbar ist, dass diese für den Adressaten voraussichtlich folgenschwere Bedeutung hat oder haben kann. Er darf nicht absichtlich falsche Tatsachen behaupten oder leichtfertig Angaben machen, deren Unrichtigkeit oder Ungenauigkeit ihm ohne lange Prüfung in die Augen springen muss. Der Angefragte handelt nicht bloss dann widerrechtlich, wenn er wider besseres Wissen oder leichtfertig unrichtige positive Angaben macht, sondern ebenso, wenn er Tatsachen verschweigt, die ihm bekannt sind und von denen er sich sagen muss, dass ihre Kenntnis den in Frage stehenden Entschluss beeinflussen könnte (BGE 111 II 471 E. 3; im gleichen Sinne BGE 116 II 695 E. 4; 121 III 350 E. 6c S. 355).

Stützt sich die Haftung für ausservertragliche unrichtige Auskunft- und Raterteilung auf Art. 41 OR, so bildet dafür eine entsprechende ungeschriebene Verhaltensnorm zum Schutz fremden Vermögens die Grundlage (so BGE 57 II 81 E. 2 S. 86; Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 2000, Rz. 50.24, S. 298). Nach neuerer Auffassung können die vom Angefragten zu erfüllenden Anforderungen aber auch als Verhaltenspflichten verstanden werden, die sich aus einem gesetzlichen Schutz- oder Schuldverhältnis ergeben (so BGE vom 8. Juni 1998 E. 3a, abgedruckt in SJ 1999 I 113, 117; BGE vom 23. Juni 1998 E. 3a, abgedruckt in Praxis 1998 Nr. 155, S. 828; Kramer, Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR, N. 147 f.; Moser/Berger, Vertrauenshaftung auch im Bankgeschäft, AJP 1999, S. 544 f.). Nach beiden Konzeptionen wird vorausgesetzt, dass mit der Anfrage und der Auskunfterteilung aufgrund der Umstände eine rechtliche Sonderverbindung zwischen den Beteiligten begründet wird, aus welcher sich höhere Anforderungen ergeben als die aus dem Massstab der Widerrechtlichkeit oder des Verstosses gegen die guten Sitten abzuleitende Forderung des ethischen Minimums, das von jedermann und in jeder Lage zu respektieren ist (Merz, Berner Kommentar, N. 34 zu Art. 2 ZGB). In verschiedenen jüngeren Entscheiden hat das Bundesgericht deshalb darauf hingewiesen, dass die Haftung aus

Bei der ausservertraglichen Haftung ergeben sich Schwierigkeiten regelmässig bei der Begründung der Widerrechtlichkeit der durch die ungenügende Information verursachten Schädigung⁶⁷⁵. Das Verhältnis zwischen Mutter und Tochter ist ein rechtliches Sonderverhältnis, das von Treu und Glauben regiert ist⁶⁷⁶.

Widerrechtlichkeit ist einmal dann gegeben, wenn die Lieferung ungenügender Information gegen Rechtsnormen verstösst, welche gerade dies untersagen⁶⁷⁷ oder welche wahrheitsgetreue Angaben verlangen⁶⁷⁸. Das Verschweigen einer Tatsache ist nur dann widerrechtlich, wenn eine Rechtsnorm ihre Offenbarung verlangt. Widerrechtlichkeit ist ferner auch dann gegeben, wenn eine Person Auskunft über Verhältnisse gibt, in die er kraft seiner (z.B. beruflichen) Stellung besonderen Einblick hat. Die Lehre spricht sich auch dafür aus, absichtliche und krasse Lügen, die zu einer Schädigung führen, als sittenwidrig im Sinne von Art. 41 Abs. 2 OR zu betrachten.

Im Kontext dieser Arbeit heisst dies, dass sich die Mutter haftbar machen kann, wenn sie der Tochter Informationen liefert, sich diese aber als qualitativ ungenügend herausstellen (und damit als vertrags-, rechts- oder sittenwidrig), und deshalb der Tochter ein Schaden entsteht⁶⁷⁹.

2.4.2.2 Geschäftsherrenhaftung

Im Vordergrund steht im Kontext dieser Arbeit die Haftung der Mutter als faktisches Organ der Tochter⁶⁸⁰. In der Lehre wird zudem eine Haftung der Mutter als Ge-

falschem Rat und mangelhafter Auskunft im ausservertraglichen Bereich in der neueren Lehre als Anwendungsfall der Vertrauenshaftung aufgefasst wird (BGE 124 III 363 E. II/5b; 121 III 350 E. 6c S. 355; 120 II 331 E. 5a S. 337; ebenso Guhl/Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. Zürich 2000, S. 105; Baumann, Zürcher Kommentar, N. 123 ff. zu Art. 2 ZGB).“

Vgl. die kritische Besprechung dieses Entscheides durch Werro, 2003 sowie Wyss/von der Crone, 2002, 112ff.

⁶⁷⁵ Meier-Schatz, 1990, 156

⁶⁷⁶ supra S. 154

⁶⁷⁷ Als solche Schutznormen kommen etwa die Straftatbestände des Betrugs (Art. 146 StGB), der Urkundenfälschung (Art. 251 StGB), der unwahren Angaben über kaufmännische Gewerbe (Art. 152 StGB) in Frage. Neuerdings wird in der Lehre für ein neues Verständnis der Widerrechtlichkeit plädiert (Loser-Krogh, 2000, 116; Zulauf, 2000, 121ff.). Gemäss der Theorie der objektiven Sorgfaltspflichtverletzung handelt unabhängig von der Art des verletzten Rechtsgutes widerrechtlich, wer nicht die Sorgfalt anwendet, welche eine vernünftige Person in der gleichen Situation angewendet hätte.

⁶⁷⁸ So für den Prospekt bei der Gründung der AG (Art. 631 OR) und im Rahmen der kaufmännischen Buchführung (Art. 957ff. OR); zum Charakter des Berichts der Revisionsstelle als Schutznorm (auch zugunsten der Aktionäre der Gesellschaft) vgl. den Entscheid des Bundesgerichts vom 19. Dezember 1997, in: Praxis 1998, 680ff. und die Kommentierungen von Hirsch (SZW 1999/1), Glanzmann (AJP 1998, 1235ff.) Honold (ST 1998, 1069ff.) und Vogt (recht 1998, 257ff.).

⁶⁷⁹ Mit anderen Worten: Wenn die Mutter (von sich aus) informiert, so muss sie dies auch richtig tun. Informiert sie in Erfüllung einer Informationspflicht, so ergibt sich die Pflicht zur Lieferung qualitativ genügender Information bereits aus der betreffenden Rechtsnorm.

Vgl. Böckli, 2003, 106, der im Rahmen der ad hoc Publizität nach Art. 72 des Kotierungsreglements der Schweizer Börse SWX die Auffassung vertritt, die unterlassene, unvollständige oder irreführende Aussage sei ebenso widerrechtlich wie die unwahre. Ebenso Leu, 2002, 80f.

⁶⁸⁰ vgl. oben S. 107

schäftsherrin diskutiert⁶⁸¹. Einerseits kann die Mutter für das - deliktische - Handeln ihrer Vertreter in der Tochter nach Art. 55 u. 101 OR verantwortlich gemacht werden, andererseits könnte in besonderen Konstellationen die Tochter als Organ und Hilfsperson der Mutter qualifiziert werden.

Die Geschäftsherrenhaftung ist tendenziell weiter gefasst als die Haftung aus faktischer Organstellung, weil sie von vornherein nicht auf bestimmte Bereiche (wo die Mutter Leitungshandlungen vorgenommen hat) beschränkt ist, sondern den ganzen Bereich der Geschäftsführung umfasst⁶⁸². Die Folge einer dermassen breit gefassten Geschäftsherrenhaftung der Mutter ist, dass sie die Aktivitäten ihrer Vertreter in der Tochter und – falls eine Konstellation vorliegt, in der die Tochter als Organ oder Hilfsperson der Mutter auftritt⁶⁸³ - der Tochter insgesamt überwachen muss, will sie nicht riskieren, Dritten für erlittene Schäden zu haften. Diese Lehre begründet die umfassende Geschäftsherrenstellung und –haftung mit der potenziell umfassenden Weisungsmacht und der faktischen Organisationskompetenz der Konzernspitze⁶⁸⁴. In dieser Sicht werden den Tochtergesellschaften die unternehmerischen Aufgaben erst von der Mutter zugewiesen, d.h., jede Unternehmenstätigkeit der Tochter ist auf die Konzernleitung zurückzuführen, mit der Folge, dass die Mutter als Geschäftsherrin für die gesamte Unternehmenstätigkeit im Konzern erscheint⁶⁸⁵. Deshalb verletzt der Verwaltungsrat der Mutter seine Sorgfaltspflicht, wenn er nicht darauf achtet, dass „die Geschäftsführung von Tochtergesellschaften sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht wird, und wenn er nicht dazu Sorge trägt, dass die Tochtergesellschaft keine Geschäfte tätigt, die ihre Verhältnisse übersteigen“⁶⁸⁶.

⁶⁸¹ Von Büren, 1997, 175ff.; Handschin, 1994, 317ff.; Vogel, 1997, 193ff.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist hingegen die Tochter (rechtlich) die Geschäftsherrin, da sie im Managementvertrag, der sie mit der Mutter verbindet, die Auftraggeberin ist.

⁶⁸² Vogel, 1997, 193

⁶⁸³ Zu weit geht es, die Mutter generell, d.h. unbesehen des Auftretens von Mutter und Tochter gegenüber Dritten im konkreten Einzelfall, als Geschäftsherrin der Tochter zu bezeichnen (vgl. Vogel, 1997, 194). Nur wenn die Mutter oder die Tochter kundgeben, dass die Tochter nicht für sich selbst, sondern für die Mutter resp. den ganzen Konzern handelt, kann man die Tochter als Organ oder Hilfsperson der Mutter qualifizieren.

⁶⁸⁴ Durch diese faktische Organisationskompetenz wird das in Art. 55 und 101 OR vorausgesetzte Subordinationsverhältnis begründet. Das Subordinationsverhältnis muss nicht auf rechtlicher Grundlage begründet sein, es kommt vielmehr auf die tatsächliche Beziehung zwischen zwei Personen an. Der Geschäftsherr muss die Möglichkeit haben, der Hilfsperson Weisungen zu erteilen und sie zu beaufsichtigen. Kein Subordinationsverhältnis ist hingegen gegeben, wenn die andere Person ihrerseits selbständig und damit als „Geschäftsherrin“ auftritt (Schnyder, Basler Kommentar, N 7f. zu Art. 55 OR).

⁶⁸⁵ Vogel, 1997, 194: „Weil die Konzernleitung faktisch frei über die zentrale oder dezentrale Zuteilung sämtlicher Teilbereiche der Unternehmensleitung entscheiden kann, ist sie auch als Geschäftsherrin für sämtliche Aspekte der Unternehmensleitung zu betrachten und nicht nur für jene, welche sie tatsächlich einheitlich leitet. Weist sie einzelnen Tochtergesellschaften unternehmerische Aufgaben zu, so trifft sie daher eine Pflicht zur sorgfältigen Auswahl der zugewiesenen Aufgaben, d.h., zur Prüfung, ob die betreffende Gesellschaft für die zuzuweisende Aufgabe geeignet ist, und zwar sowohl in finanzieller, personeller, organisatorischer, technischer und knowhowmässiger Hinsicht.“

⁶⁸⁶ Forstmoser, 1987, 244, N 808; zu berücksichtigen ist, dass nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht die Mutter wegen des Integritätsinteresses der Tochter nicht frei ist, deren Geschäftsführung *formell*, d.h., rechtlich verbindlich, auszuwählen, zu instruieren und zu überwachen, so wie Forstmoser dies voraussetzt. Sie hat jedoch die ihr zur Verfügung stehenden *faktischen* Leitungsmöglichkeiten zu diesem Zweck einzusetzen.

Folgt man dieser Lehrmeinung, so ist zu beachten, dass die daraus folgende Konzernleitungspflicht der Mutter beinhaltet, die Tochter auch informationell so zu stellen, dass sie die „übertragenen Aufgaben“ erfüllen kann. Kämen die Tochter⁶⁸⁷ oder Dritte zu Schaden, weil die Tochter sie ungenügend informiert hat, könnte die Mutter gegebenenfalls dafür haftbar gemacht werden.

2.4.2.3 Haftung aus Doppelorganschaft

Häufig sind Personen sowohl bei der Mutter wie auch bei der Tochter mit Führungsfunktionen befasst. Diese Personalunion von Führungskräften soll eine natürliche Schnittstelle zwischen Mutter und Tochter bilden, den Informationsfluss verbessern und so die einheitliche Leitung durchsetzen⁶⁸⁸. Sind diese Personen gemäss dem materiellen Organbegriff von Art. 55 ZGB sowohl bei der Mutter als auch bei der Tochter als Organe zu qualifizieren, geht die Lehre davon aus, dass das Handeln dieser Personen im Rahmen der Geschäftsführung bei der Tochter aufgrund von Art. 55 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 722 OR der Muttergesellschaft zugerechnet werden muss: „Die Geschäftsleitungsakte des Organs sind somit der Muttergesellschaft als deren eigenes Verhalten zuzurechnen. Letztere wird damit zum Organ der Tochtergesellschaft und untersteht – neben ihren Organen – einer entsprechenden aktienrechtlichen Verantwortlichkeit“⁶⁸⁹. Durch diese Zurechnung gelangt die Mutter haftungsmässig in eine ähnliche Stellung wie das faktische Organ⁶⁹⁰.

2.4.2.4 Vertrauenshaftung

Nachdem der Begriff des Konzernvertrauens lange Jahre ein Schattendasein in der (deutschen) Lehre geführt hatte⁶⁹¹, trat er wie ein Donnerschlag aus heiterem Himmel in die schweizerische Rechtspraxis als „Haftung aus Konzernvertrauen“ ans Tageslicht. Seit dem berühmten *Swissair*-Urteil hat sich die Figur (und generell die Vertrauenshaftung) in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung fest etabliert⁶⁹², in der Lehre bestehen hingegen manche Kontroversen über die Wünschbarkeit, die rechtliche Grundlage und den Umfang der Vertrauenshaftung⁶⁹³. Mit dem Begriff „Haftung aus Konzernvertrauen“ wird eine Variante der Vertrauenshaftung bezeichnet, näm-

⁶⁸⁷ Die Tochter kann sich auf die Geschäftsherrenhaftung bzw. Hilfspersonenhaftung berufen, wenn die Vertreter der Mutter ihr einen Schaden zufügen. Die Haftung ist nicht auf Ansprüche Dritter beschränkt.

⁶⁸⁸ Anesini, 1991, 102ff.

⁶⁸⁹ Vogel, 1997, 202f.

⁶⁹⁰ vgl. S. 110

⁶⁹¹ Der Begriff wurde bereits von Rehbindler, 1969, 231ff. eingeführt; vgl. auch Hofstetter, 1995, 218 u. 227f.

⁶⁹² vgl. BGE 120 II 331 (*Wibru c. Swissair*); 123 III 230 (*S.F.M. c. Omni Holding*), 124 III 297 (*Musikvertrieb c. Motor Columbus*) zur Haftung aus Konzernvertrauen. Zur Vertrauenshaftung generell siehe etwa Praxis 85, 168 (*X c. Schweiz. Amateurringerverband*) und ZBJV 1999, 173ff. (*Bezahlung des Restkaufpreises bei formungültigem Grundstückkaufvertrag*).

⁶⁹³ spezifisch zur Haftung aus Konzernvertrauen: Brechtbühl, 1998; Brehm, 1998, N 53a zu Art. 41 OR; Kuzmic, 1998; Druey, 2000; Druey, 2001a; Lutter, 1997; von Büren, 1999; von der Crone/Walter, 2001.

Die Literatur zur Vertrauenshaftung generell ist kaum mehr überblickbar: vgl. zuletzt Wyss/von der Crone, 2002; Loser-Krogh, 2000; Loser-Krogh, 2003.

lich wenn sich das erweckte berechnigte Vertrauen auf ein bestimmtes Verhalten des Konzerns richtet. Es handelt sich also um eine konzernspezifische Vertrauenshaftung⁶⁹⁴

Die Vertrauenshaftung ist in ihrer dogmatischen Herleitung nicht ganz deckungsgleich mit der Haftung wegen Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben, hängt jedoch mit jener eng zusammen⁶⁹⁵. An dieser Stelle genügt es, darauf hinzuweisen, dass die Vertrauenshaftung auch im Verhältnis zwischen Mutter und Tochter ebenso eine Rolle spielen kann wie im Verhältnis zwischen einem Konzernglied und einem Dritten. Zwischen Mutter und Tochter besteht ein Sonderverhältnis, aus dem besondere Verhaltenspflichten erwachsen⁶⁹⁶. Die Parteien des Sonderverhältnisses sind einander zu erhöhter Rücksichtnahme verpflichtet, dürfen aber auch im Gegenzug mehr Vertrauen in das Verhalten der Gegenpartei haben. Unter diesen Umständen wird im Verhältnis zwischen Ober- und Untergesellschaft sehr oft im konkreten Einzelfall das Vorliegen von rechtlich geschütztem berechtigtem Vertrauen auf ein bestimmtes Handeln bzw. auf eine bestimmte Information vorliegen. Berechnigtes Vertrauen kann nicht nur durch Kommunikation geweckt werden, sondern auch durch ein bestimmtes *Verhalten* oder durch eine bestimmte *Organisation*, die bestimmte Zuständigkeiten im Konzern bezeichnet⁶⁹⁷.

Das Vertrauen könnte sich im konkreten Fall auch auf eine bestimmte Art der Konzernleitung richten und insbesondere auf die Tätigkeit des Konzernmutter. *Von der Crone und Walter*⁶⁹⁸ gehen davon aus, dass wegen des entsprechenden *Vertrauens in die Organisation* der Mutter (dieses Vertrauen wird durch das Herausstreichen der Konzernverbindung in der Öffentlichkeit erzeugt, das als *Konzernerklärung* gewertet wird) diese die *gleiche Stellung innehaben wie ein Mitglied des Verwaltungsrates* und sie deshalb zumindest die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats nach Art. 716a OR erfüllen müsse. Nach diesem Ansatz beschränkt sich die Verantwortlichkeit der Mutter nicht punktuell auf die Bereiche, in denen sie tätig geworden ist⁶⁹⁹, sondern umfasst generell die gesamte Geschäftsführung der Tochter, d.h., es stellt „jedes gegen Art. 716a und 717 OR verstossende Tun oder Unterlassen eine Pflichtverletzung im Sinne von Art. 754 OR dar“⁷⁰⁰. Wird

⁶⁹⁴ Als typische Tatbestände nennt das *Swissair-Urteil* (BGE 120 II 337) etwa

- die Pflicht, die Untergesellschaft wirtschaftlich genügend abzusichern;
- eine Aufklärungspflicht gegenüber den Geschäftspartnern der Tochter, wenn sich die Obergesellschaft aus der konzernmässigen Mitverantwortung zurückziehen will;
- eine Aufklärungspflicht gegenüber den Geschäftspartnern der Tochter, wenn sich bei der Tochter existenzbedrohende Entwicklungen im Geschäftsverlauf abzeichnen.

Diese Pflichten bestehen aber nur, wenn die Konzernobergesellschaft (bzw. die Untergesellschaft mit Wissen und Billigung der Obergesellschaft) zuvor bei den betr. Personen ein berechtigtes Vertrauen auf ein Konzernverhalten geweckt hat, das durch das Unterlassen der oben aufgeführten Pflichten enttäuscht würde.

⁶⁹⁵ vgl. supra S. 175 bzw. 162

⁶⁹⁶ vgl. supra S. 154

⁶⁹⁷ Wenn z.B. die Mutter die Tochter X dazu bestimmt, für den gesamten Konzern die Komponente A zu fertigen und diese erhebliche Investitionen in die Fertigungskapazitäten tätigt, so hat diese ein berechtigtes Vertrauen darauf, dass ihr Änderungen in dieser Strategie so zeitgerecht mitgeteilt werden, dass sie den Schaden minimieren kann. Sonst könnte sie die Übernahme durch die Enttäuschung des Vertrauens entstandenen Schadens verlangen.

⁶⁹⁸ von der Crone/Walter, 2001, 64

⁶⁹⁹ entgegen der in der Lehre dominierenden Meinung (vgl. supra S. 110)

⁷⁰⁰ von der Crone/Walter, 2001, 64

die Geschäftsführungspflicht mit dem von der Mutter erzeugten Vertrauen begründet, seien, so *von der Crone* und *Walter*, nur die Gläubiger und die Aktionäre der Tochtergesellschaft geschützt, denn nur sie könnten mangels besseren Wissens ein berechtigtes Vertrauen darin haben, dass die Mutter die Geschäftsführung in der Tochter tatsächlich wahrnehme bzw. beaufsichtige. Da sich die Tochter selbst hingegen die naturgemäss vorhandene Kenntnis des Fehlens einer Konzernintegration anrechnen lassen müsse, könne sie keinen Schutz beanspruchen⁷⁰¹.

Diese Auffassung geht zu weit. Zuzustimmen ist ihr in der generellen Stossrichtung, insbesondere im Bestreben, die Verantwortung der Mutter weiter zu fassen als bloss eine Haftung für einzelne schädigende Eingriffe. Durch die Ausübung der einheitlichen Leitung erlangt die Mutter eine organschaftliche Stellung, die eine entsprechende Treuepflicht nach sich zieht⁷⁰². Jedoch begründet der blosser Hinweis (und auch das plakative „Herausstreichen“) per se noch nicht ein berechtigtes Vertrauen Dritter auf eine ganz bestimmte Rolle der Mutter in der Geschäftsführung der Tochtergesellschaft⁷⁰³. Eine Pflicht zur umfassenden Geschäftsführung der Mutter gemäss dem Pflichtenheft des Verwaltungsrats in Art. 716a Abs. 1 OR wäre auch nicht mit der gesetzlichen Leitungsordnung und dem Integritätsinteresse der Tochter vereinbar⁷⁰⁴. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Muttergesellschaft nur dann eine Handlungspflicht hat, wenn sie durch ihre Kommunikation oder durch ihr Verhalten konkrete und spezifische Erwartungen in ihr Leitungsverhalten erweckt hat⁷⁰⁵. Dies entspricht auch der bundesgerichtlichen Praxis⁷⁰⁶.

⁷⁰¹ Dieser Einschränkung kann nur bedingt zugestimmt werden: Sie kann nur gelten, wenn die Mutter sich nie oder in nicht relevantem Masse in die Geschäftsführung der Tochter eingemischt hat. Hat sie jedoch regelmässig Konzernleitung ausgeübt, entsteht auch bei der Tochter ein berechtigtes Vertrauen in die Weiterführung der Leitung (Druey, 2000a, 26f.). Dieses Vertrauen ist natürlich dann besonders gross, wenn im Zuge der Konzernleitung wesentliches Entscheidungswissen von der Tochter in die Mutter verlagert wurde oder gar die Verwaltung der Tochter wegen der Konzernleitung informationell so schlecht gestellt ist, dass das Integritätsinteresse verletzt ist. Ein berechtigtes Vertrauen in die Weiterführung der Leitung besteht im Übrigen nicht nur bei der Tochter selbst, sondern auch bei deren Aktionären und Gläubigern. Die Verpflichtung der Mutter, eine einmal wahrgenommene Konzernleitung auch weiterzuführen bis die Verwaltung der Tochter dazu wieder selbst in der Lage ist, kann auch als Ausfluss der *Handlungstreue* (vgl. dazu insbesondere den BGE in Praxis 1996, 617 (Ringerfall)) gesehen werden. Diese verbietet das einseitige abrupte Abweichen von eingenommenen Positionen in einer Sonderbeziehung.

⁷⁰² vgl. supra S. 110

⁷⁰³ vgl. die ausführliche Besprechung bei Druey, 2001a

⁷⁰⁴ Zu den möglichen Formen einer Konzernleitung, die das Integritätsinteresse der Tochter wahrt, vgl. S. 71ff.

⁷⁰⁵ ebenso (im Zusammenhang der Handlungspflichten der Mutter aus kundgegebener Organstellung) Vogel, 2002, 632ff.

⁷⁰⁶ Im *Swissair*-Entscheid (BGE 120 II 331) führte das Bundesgericht aus, die Haftung aus Konzernvertrauen bestehe nur dann, „wenn die Muttergesellschaft durch ihr Verhalten bestimmte Erwartungen in ihr Konzernverhalten und ihre Konzernverantwortung erweckt“. Im Fall *Dispodrom/Motor Columbus* (BGE 124 III 297) betonte es, das blosser Hervorstreichen der Konzernbeziehung in Werbeprospekten sei noch keine genügende Zusicherung eines bestimmten Verhaltens der Mutter.

2.4.2.5 Spezialhaftungsnormen

Mehrere Haftungsnormen bestimmen den Haftpflichtigen aufgrund von tatsächlichen Beherrschungsmomenten (z.B. „Halter„ eines Fahrzeuges in Art. 58 Abs. 1 SVG, „Inhaber„ eines Betriebes oder einer Anlage in Art. 69 Abs. 1 GSchG), sodass die Mutter, die die entsprechenden Kriterien erfüllt, da sie aufgrund ihrer Leitungsmacht die faktische Kontrolle über die betreffenden Objekte ausübt, für Schädigungen Dritter geradestehen muss, auch wenn sie im Eigentum der Tochter stehen⁷⁰⁷.

2.4.2.6 Haftungsvermeidung und Information

Information kann je nach Konstellation der Vermeidung von Haftungsfällen dienen. Ist die Mutter in der Lage, durch Informierung der Tochter den Eintritt eines Schadens abzuwenden, so ist die Verwaltung der Mutter aufgrund ihrer Konzernleitungspflicht (hier verstanden als Pflicht zur optimalen Einsatz der Konzernressourcen) verpflichtet, dies zu tun. Ein Beispiel sind die Instruktions- und Warnpflichten im Produkthaftpflichtrecht: Nimmt der Verwaltungsrat der Mutter wahr, dass die Tochter diesen Pflichten nicht nachkommt, müsste sie die Verwaltung der Tochter darauf hinweisen und sie bei weiterer Untätigkeit durch den Einsatz der faktischen Leitungsmittel veranlassen, dies zu tun. Fruchten die Bemühungen der Mutter bei der Tochter nicht, müsste sie Möglichkeiten prüfen, die Warnung an die Kunden der Tochter selbst vorzunehmen. Ansonsten würde der Verwaltungsrat der Mutter unsorgfältig handeln.

Wie das Urteil „Swissair“ drastisch gezeigt hat, spielt im Bereich der Vertrauenshaftung die qualitativ genügende Information aller Kontaktpartner des Konzerns eine eminente Rolle. Die Konzernmutter muss deshalb eine eigentliche Informationspolitik betreiben, die sich auf den ganzen Konzern bezieht (d.h., auch die Informationspolitik muss konzerndimensional angelegt sein) und zum Zweck hat, sowohl die Konzerngesellschaften als auch deren Geschäftspartner so zu informieren, dass ihnen kein Schaden entsteht. In erster Linie müssen die Tochtergesellschaften informationell in die Lage versetzt werden, ihre Geschäftspartner korrekt zu informieren und zu behandeln. Diese Information muss konzerndimensional sein, soll sie ihren Zweck erfüllen. Geschieht dies nicht, so entsteht ein Konflikt zwischen den Leitungsverantwortlichkeiten und den Leitungsmöglichkeiten im Konzern. Wenn es darum geht, den Konzern als wirtschaftliche Einheit vor Schaden zu bewahren, so ist die Verantwortung faktisch auf die Mutter und die Tochter aufgeteilt: Beide haben die Pflicht, Haftungsfälle nach Möglichkeit zu vermeiden⁷⁰⁸.

⁷⁰⁷

Handschin, 1995, 111

⁷⁰⁸

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht nimmt auch die Verwaltung der Tochter eine Funktion im Konzern ein, weshalb sie einen ausgewiesenen Bedarf an Informationen aus dem Gesamtkonzern hat, d.h., an einer konzerndimensionalen Informationsversorgung.

2.4.3 Vertragsfiguren

Vor allem wenn im Konzern geschäftliche Beziehungen zwischen Mutter und Tochter bestehen oder wenn die Mutter wesentliche Geschäftsführungsmassnahmen wahrnimmt, wird man im Einzelfall oft auf das Bestehen von (stillschweigenden) Verträgen schliessen können. Diese müssen nicht so weit gehen, dass von einem eigentlichem Managementvertrag⁷⁰⁹ gesprochen werden kann. Es kann oft aufgrund der Umstände des Einzelfall von einer Vereinbarung über gegenseitige Informierung über bestimmte Fakten ausgegangen werden. Z. B. kann vereinbart werden, das jeweils vorhandene Know-how zu teilen oder dass eine Konzerngesellschaft als eine zentrale Dienstleistung für den ganzen Konzern die Absatzmärkte und die technologische Entwicklung verfolgt und die Informationen in aufbereiteter Form periodisch zur Verfügung stellt. Solche (informellen) Vereinbarungen können, den entsprechenden Willen der Parteien vorausgesetzt, durchaus als einklagbare Verträge qualifiziert werden. Regelmässig dürfte dies der Fall sein, wenn die Leistungen verrechnet werden.

Wie bereits erwähnt, können Informationspflichten auch Nebenpflichten in einer anderen Vertragsbeziehung sein⁷¹⁰.

2.4.4 Gleichbehandlungspflichten

Gleichbehandlungspflichten bestehen nicht nur im Aktienrecht, sondern sind in allen Rechtsgebieten und insbesondere im Privatrecht an verschiedenen Orten verankert, was nicht weiter erstaunt, ist doch „Gleichbehandlung die Fundamentalregel aller menschlichen Rollenverteilung“⁷¹¹. Deshalb muss überall dort, wo eine Person die Rechtsverhältnisse zu mehreren anderen Personen, die in der gleichen Position sind, einseitig festsetzen kann, eine Gleichbehandlungspflicht unter Privaten verlangt werden⁷¹².

Die Konzernbeziehung ist eine Sonderbeziehung nach Art. 2 ZGB, die die Beteiligten zu erhöhter gegenseitiger Rücksichtnahme im gegenseitigen Handeln verpflichtet⁷¹³. Es ist durchaus möglich, dass in einer konkreten Situation Treu und Glauben verlangen, dass die Mutter eine Tochter gleich behandelt wie eine andere.

Die Gleichbehandlungspflicht spielt im Kontext dieser Arbeit jedoch keine zentrale Rolle:

Nach der wichtigsten These dieser Arbeit hat die Mutter die Pflicht, für einen *genügenden* Informationsstand der Verwaltung der Tochter zu sorgen⁷¹⁴. Versorgt die Mutter tatsächlich jede Tochter mit genügenden Informationen, so kommt sie dem

⁷⁰⁹ vgl. supra S. 88ff.

⁷¹⁰ Druey, 1995a, 321ff.

⁷¹¹ Druey, 1995, 660

⁷¹² Druey, 1977, 89f.

⁷¹³ vgl. supra S. 154

⁷¹⁴ primäres Kriterium ist also der Informationsbedarf, nicht die Gleichbehandlung

Gebot der Gleichbehandlung sehr nahe, denn Gleichbehandlung kann nicht bedeuten, jeder Tochter die gleichen Informationen zu geben, sondern sie im gleichen Masse mit den für sie jeweils notwendigen Informationen zu versorgen. Damit ist automatisch eine relative Gleichbehandlung verbunden in dem Sinne, dass jede Tochter den gleichen Zugang zu den für sie notwendigen Informationen hat.

Relevant ist eine allfällige Gleichbehandlungspflicht jedoch im gewissermassen „überobligatorischen“ Bereich, also in dem Masse, als die Mutter einer Tochter nützliche Informationen zukommen lässt, die nicht für die Geschäftsführung geradezu notwendig sind⁷¹⁵. Auch solche Informationen können für die Töchter von grösster Bedeutung sein. Augenscheinlich ist das dort, wo es sich um Informationen z.B. über besondere Geschäftschancen handelt. In solchen Fällen würde es gegen die Gleichbehandlungspflicht verstossen, wenn die Informationen selektiv nur einer Tochter zugeleitet würden, den andern Töchtern aber nicht.

⁷¹⁵ Das Gleichbehandlungsgebot muss im gleichen Masse für die spontane wie für die reaktive Information gelten. Es kann nicht wesentlich sein, ob die Mutter die Töchter von sich aus informiert oder ob sie das auf eine konkrete Anfrage hin tut. Jedoch gilt auch hier, dass die *Relevanz* die Grenze für die Informationsansprüche bildet (Druey, 1995a, 64ff.).

3 Illustration und Test der entwickelten Konzepte anhand konkreter Informationspflichten

Im vorangehenden Teil wurde eine Reihe von rechtlichen Figuren und Argumentationslinien dargestellt, die dazu verwendet werden können, eine Informationspflicht der Mutter gegenüber der Tochter zu begründen. Einige von diesen sind auf bestimmte Kontakte zwischen Mutter und Tochter bezogen, andere ergeben sich aus der dauernden Konzernbeziehung und bestehen ebenso lange. Besteht ein konkreter Informationsbedarf der Tochter, spielen u.U. mehrere Figuren zusammen, die Begründung des Anspruchs ist über mehrere verschiedene Wege möglich. In der Praxis werden hingegen auch die hier weitgehend ausgeklammerten Grenzen des Informationsanspruchs eine bedeutende Rolle spielen⁷¹⁶.

Im folgenden Teil wird versucht, einige denkbare Informationsansprüche der Tochter darzustellen und diese in lockerer, stichwortartiger Form unter Einsatz der dargestellten Instrumente zu begründen. Dies soll der Illustration der entwickelten Konzepte dienen und gleichzeitig als erster Test, da sich bei jedem Argument entsprechende Gegenargumente aufdrängen.

Die hypothetischen Beispiele sind in thematische Problemfelder gegliedert. Innerhalb des gleichen Problemfeldes ergeben sich oft für die verschiedenen Informationsansprüche die gleichen Argumentationslinien, jedoch stehen innerhalb dieser dann wiederum einzelne Aspekte oder Figuren im Vordergrund.

3.1 Problemfeld: Informationen über die Mutter an sich (Identität und Organisation des Konzerns)

3.1.1 Informationsbedarf

Die Tochter eines Konzerns muss wissen, ob sie Teil eines Konzerns ist, und falls ja, welche Identität die Mutter hat, worauf die Konzernbeziehung beruht und wie der Konzern insgesamt aufgebaut ist. Dies ist nicht blosser Befriedigung der Neugier.

Abhängigkeitslagen führen zu einer tief greifenden Veränderung der Zuständigkeits-, Finanzierungs-, und Haftungsordnung in der Gesellschaft. Es besteht daher ein grosses Bedürfnis für die Beteiligten, über Abhängigkeits- und Konzernlagen informiert zu sein. Diese sind oft nicht einmal den abhängigen Gesellschaften bekannt. Diese kennen ihre Gesellschafter, die mittelbar beteiligten Unternehmen und die Schwe-

⁷¹⁶

Dazu kommt, dass die Durchsetzung des Informationsanspruchs oft eine reine faktische Machtfrage sein wird: Wenn die Verwaltung der Tochter sich trotz einer bestehenden Rechtspflicht nicht getraut, sich gegen den Willen der Mutter durchzusetzen und lieber ein Haftungsrisiko auf sich nimmt, wird es in der Konzernrechtspraxis nicht zu vielen Klagen auf Informationsleistung kommen.

Selbst wenn dies der Fall sein sollte, ist die Informationspflicht der Konzernmutter gegenüber ihrer Tochter nicht einfach toter Buchstabe: Werden die Pflichten zur Informationslieferung resp. -nachfrage missachtet, ergeben sich gegen die betreffenden Personen in der Mutter und in der Tochter Haftungsansprüche. Dies wird oft eine schärfere und auch präventiv wirksamere Waffe sein als die Klage auf Informationslieferung.

stergesellschaften nicht⁷¹⁷. Grundsätzlich ist die Offenlegung der Konzernbeziehungen zumindest in besonderen Situationen gesetzlich anerkannt, jedoch lösen die Offenlegungspflichten das Problem nur ungenügend. Vor allem fehlt es an einem System: es herrscht eher ein Durcheinander von ganz verschiedenen Offenlegungspflichten mit unterschiedlichsten Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen. Letztere sind zudem oft nur schwer durchzusetzen. Schon früh wurde deshalb in der Lehre die generelle Transparenz der Konzernbeziehungen gefordert⁷¹⁹.

Die Risiken des Konzerns bestehen nicht nur in der Abschöpfung von Gewinnen und der Kaschierung der finanziellen Situation, sondern v.a. auch in der Veränderung in der Interessenausrichtung der konzernierten Gesellschaften. Die Tochter wird in die Interessen des Konzerns eingebunden, Gewinne werden nicht mehr nur im Interesse der Tochter und ihrer Aktionäre erwirtschaftet und verteilt, sondern des ganzen Konzerns, der Verwaltungsrat der Mutter wird zum Konzernverwaltungsrat, der Verwaltungsrat der Tochter zu einem zu ausführenden Organ.

In vielen Situationen kann die Verwaltung der Tochter darüber im Unklaren sein, ob überhaupt ein Konzern vorliegt und falls ja, worauf die Konzernbeziehung beruht, d.h., ob und wie Leitungsmacht ausgeübt werden kann. Der Normalfall dürfte zwar sein, dass dies feststeht, da die Mutter direkt die Geschäftsführung in der Tochter beeinflussen will. Die Mutter kann es aber auch vorziehen, anonym zu bleiben und keine offenen, direkten Leitungshandlungen vorzunehmen. Zu denken ist etwa an Treuhandverhältnisse, „Grossmutter“-Verhältnisse (mehrstufige Konzerne⁷²⁰ wo eine

⁷¹⁷ Burgard, 1990, Einleitung, führt aus dem Wirtschaftsalltag folgende Beispiele ungenügender Transparenz über die Beteiligungs-, Abhängigkeits- und Konzernlagen an:

- Feldmühle Nobel: heimlicher Aufbau einer Beteiligung von 46%, obwohl die beiden Käufer Gert- Rudolf „Mick“ und Christian „Muck“ Flick wiederholt beteuerten, keine Käufe zu tätigen und kein Interesse an einer Übernahme zu haben. Diese verkauften dann das Paket an den Veba Konzern.

Dies Beispiel zeigt, dass Aktionäre und die Gesellschaft also bereits bezüglich der Absicht eines Paketerwerbs ein Interesse an Transparenz haben.

- Rätselraten um den geheimen Grossaktionär der Bremer Vulkan AG.
- Bayrische Hypotheken- und Wechselbank AG: Als bei der Thiemig AG eine Liquiditätskrise eintrat, wurde diese mit der Drohung der Kündigung der Kredite gezwungen, einen bestimmten Unternehmensberater zu einem jährlichen Millionenhonorar mit der Geschäftsführung zu beauftragen. Der Verdacht des Zusammenwirkens zwischen Bank und Unternehmensberatung konnte nicht entkräftet werden – angenommen wurde, dass die Bank den wirtschaftlichen Einfluss zu rechtswidrigen mittelbaren, verdeckten Gewinnausschüttungen nutzte.
- co op AG: legendäres komplexes, verschachteltes, intransparentes Konglomerat, wo kaum jemand wusste, welche Beteiligung wem gehört. Über verschachtelte Beteiligungen, Kaufoptionen und Treuhänder gehörte co op zu 83.5 % sich selbst. Die Unübersichtlichkeit diente der Verschleierung der finanziellen Risiken.

⁷¹⁸ Druey, 1980, 380 (N 211)

In der jüngsten Aktienrechtsrevision in Italien wurde die verbesserte Transparenz des Konzerns nach innen wie nach aussen, d.h., für Aktionäre wie für Gläubiger, ausdrücklich aufgenommen (Art. 10, lit. d Legge 3 ottobre 2001, n. 366 . Delega al Governo per la riforma del diritto societario).

⁷¹⁹ Druey, 1980, 380 (N 211)

In der jüngsten Aktienrechtsrevision in Italien wurde die verbesserte Transparenz des Konzerns nach innen wie nach aussen, d.h., für Aktionäre wie für Gläubiger, ausdrücklich aufgenommen (Art. 10, lit. d Legge 3 ottobre 2001, n. 366 . Delega al Governo per la riforma del diritto societario).

⁷²⁰ Schmidt, 2002a, 506, mit Beispiel zu Informationspflichten

Zwischengesellschaft zwischen der eigentlichen Konzernleitung und der abhängigen Gesellschaft geschoben ist und die einheitliche Leitung auch nur indirekt ausgeübt wird) und andere Fälle von Auseinanderfallen von Aktienbesitz und Leitungsausübung (z.B. kann die als Mutter auftretende Gesellschaft selbst bloss ein untergeordneter Teil eines Konzerns sein oder die effektive Leitung kann auch von einem anderen Konzernteil (z.B. Management-Gesellschaft) ausgehen). Wenn die Leitung durch die Stimmabgabe in der Generalversammlung erfolgt, ist die Ausübung der Leitung nicht zu unterscheiden etwa vom Zusammenschluss von Aktionären in einem Aktionärsbindungsvertrag oder von einem Mehrheitsaktionär (der keinen Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben will). Überhaupt hat die Verwaltung möglicherweise nur rudimentäre Kenntnisse über die Aktionäre der Gesellschaft und ihren Aktienbesitz. Wenn es sich um Inhaberaktien handelt oder ein Namenaktionär nach dem Erwerb eines bedeutenden Aktienpaketes temporär auf die Eintragung im Aktienbuch verzichtet, erlangt sie nicht automatisch Kenntnis von der Zusammensetzung des Aktionariats⁷²¹.

Als Beispiel kann der Entscheid ZR 98 (1999) 52 (S. 225ff.) dienen. Hier machte die eine Partei (OD-Bank) geltend, sie wisse gar nicht, wer an der Spitze des Konzerns stehe, dem sie angehöre. Es handelte sich bei dem Gebilde tatsächlich um eine äusserst verschachtelte Struktur, in der wesentliche Beteiligungen von einem Offshore-Trust gehalten wurden. Das Gebilde wurde kontrolliert von der Person „WKR“. Diese war nicht in die formellen Strukturen des Konzerns eingebunden und hielt sich bei seinen Leitungshandlungen auch nicht daran. Er missachtete auch die Idee des beherrschenden Trusts. Er war das Machtzentrum, das Leitungszentrum, das nicht bei der Mutter der OD-Bank lag, sondern ganz woanders.

Die Tochter braucht indes unter allen Umständen das Wissen, ob sie Teil eines Konzerns ist und welche dessen Identität ist. Zunächst ist der Konzern Teil der unmittelbaren geschäftlichen Umwelt der Tochter. Zur Geschäftsführung muss der Verwaltungsrat einschätzen können, wie sich die Einbindung in den Konzern auf seine Gesellschaft auswirkt. Insbesondere muss er einschätzen können, ob und welche Leitungshandlungen von der Mutter her kommen könnten. Diese können sämtliche Planungsebenen der Unternehmung betreffen.

Für eine Tochter können sich Nachteile aus dem Konzernzustand als solchem ergeben, auch ohne dass die Mutter konkret Leitungshandlungen trifft. Z.B. wird oft von

721

Weder bei Inhaber- noch bei Namenaktien hat der Erwerber die Pflicht, sich bei der Gesellschaft zu melden. Eine solche Pflicht war in der parlamentarischen Beratung zur Aktienrechtsrevision von 1991 diskutiert, dann aber fallengelassen worden (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, 1996, 589). Bei praktisch allen Gesellschaften, die Namenaktien kotiert haben, besteht ein mehr oder weniger grosser Bestand an diesen sogenannten Dispoaktien. Bei diesen Aktien ist die bei den Namenaktien erwünschte Kenntnis der Aktionäre unmöglich (a.a.O.).

Die Meldepflichten von Art. 20 BOEHG treffen nur den Erwerber von Aktien kotierter Unternehmen. Für den Aktionär und den Gläubiger der Tochter ist die Situation noch prekärer als für die Verwaltung, da sie nur einen sehr eingeschränkten Einblick in die Geschäftsführung haben und deshalb nicht beurteilen können, ob Leitung ausgeübt wird oder nicht und falls ja, wie und in welchen Bereichen.

der Hausbank des Konzerns eine Höchstgrenze für die einem Konzern gesamthaft zu gewährenden Kredite gesetzt.⁷²²

In solchen Situationen hat die Tochter besonderes Interesse an der Kenntnis des Konzerns, seiner Glieder und der Geschäftsbeziehungen mit Dritten, die den Gesamtkonzern betreffen. Im angeführten Beispiel braucht die Tochter A für ihre Finanzplanung eigentlich noch Informationen über die Kreditlimiten und über die Kreditplanung des gesamten Konzerns.

Bsp.: Die Tochter hat auf den verschiedensten Ebenen der Geschäftsführung besondere Informationsbedürfnisse.

- Ebene der Investitionsplanung: Der Tochterverwaltungsrat plant, in eine neue Produktionsanlage zu investieren. Er wird die Investition nicht beschliessen, wenn er weiss, dass die Mutter plant, die Produktion der betreffenden Ware in einem anderen Werk konzernweit zu zentralisieren. Die Investition würde sich dann als nutzlos erweisen und die Tochter würde geschädigt.
- Ebene der Personalplanung: Werden von der Mutter Vertreter in die Tochter entsendet? Ist die Tochter noch frei in der Besetzung der wichtigen Posten?
- Ebene der Finanzplanung: Wird die Mutter das gemäss des voraussichtlichen Finanzbedarfs benötigte Kapital stellen? Oder wird sie im Gegenteil auf die Ausschüttung von bedeutenden Dividenden oder die Gewährung von konzerninternen Darlehen bestehen?
- Ebene der Absatzplanung: Muss die Tochter damit rechnen, dass ihr von der Mutter bestimmte Absatzgebiete zugewiesen werden oder ihr der Marktauftritt von der Mutter diktiert wird? Auch wenn von der Mutter her keine direkten Leitungshandlungen kommen, besteht immer die Möglichkeit, dass die Mutter durch die Einlegung eines „Vetos“ Einfluss auch die Geschäftsführung der Tochter nimmt.

Auch in ihren Kontakten mit Dritten braucht die Tochter das Wissen um ihre Mutter, da sie ihnen gegenüber u.U. weitere Aufklärungspflichten betr. das Vorliegen eines Konzerns hat.

Auch bei der konzernfreien Gesellschaft können die Aktionäre einen starken Einfluss ausüben. Zwischen Mutter und Tochter besteht aber eine wesentlich stärkere Beziehung: Die "einheitliche Leitung", die den Konzern definiert, ist besonders intensiv und kann alle Bereiche der Geschäftsführung beschlagen, was bei der Einflussnahme der Aktionäre über die Generalversammlung nicht der Fall ist⁷²³.

Auch für die Rechnungslegung und Revision ist das Wissen um die Konzernbeziehung wichtig. Die finanzielle Verflechtung mit anderen Konzerngliedern kann die tat-

⁷²² Dies kann zu einer Situation führen, dass Tochter A für Investition Fremdmittel aufnehmen möchte und ebenso Tochter B. Wenn nach der Kreditaufnahme von Tochter A die konzernweite Limite erschöpft ist, geht Tochter B leer aus. In einem solchen Fall wird oft die Mutter entscheiden, welche Tochter welche Fremdmittel aufnehmen kann und der Bank entsprechende Anweisungen geben.

⁷²³ Die Kompetenzen der Generalversammlung in der Geschäftsführung sind nach der herrschenden Paritätstheorie begrenzt.

sächliche Situation der Gesellschaft verschleiern. Auf der Ebene der Mutter wird deshalb die Erstellung einer konsolidierten Konzernrechnung vorgeschrieben (Art. 663e OR). Bei der Tochter besteht das Risiko, dass die Rechnungslegung zu wenig aussagekräftig ist, da sie nur auf die Einzelgesellschaft bezogen ausgestaltet ist und die Konzerndimensionalität bzw. –sensibilität der Information ausser Acht lässt⁷²⁴.

In einem Konzern kommt es ferner zu einer Veränderung der Interessenlage der Verwaltung. Automatisch wird diese versuchen, die Geschäfte soweit möglich gemäss den angenommenen oder kundgegebenen Vorgaben der Mutter zu führen, um nicht abberufen zu werden. Wird faktisch nebst dem Interesse der Tochter noch ein anderes Interesse berücksichtigt, kann dies für die konzernfreien Aktionäre gravierende Nachteile nach sich ziehen. Um die Geschäftsführung der Verwaltung beurteilen zu können, müssen sie deshalb wissen, ob ein Konzern vorliegt und welche Identität er hat⁷²⁵.

Die Bedeutung des Bestehens einer Konzernbeziehung hat zum generellen Postulat geführt, dass die Offenlegung des Konzernverhältnisses Voraussetzung der Konzernleitung sein sollte⁷²⁶. Dieses Postulat der Lehre wurde jedoch in dieser generellen Form noch nicht in die Praxis umgesetzt.

Für den Verwaltungsrat ist das Wissen um die Beziehung der Tochter zu einem Konzern wegen dessen Bedeutung ein Teil der sorgfältigen Geschäftsführung (Art. 717 Abs. 1 OR). Deshalb muss er sich aktiv um dieses Wissen bemühen.

Allererste Voraussetzung dafür, dass der Tochterverwaltungsrat die für die Geschäftsführung notwendige Information über die Mutter sammeln kann, ist das Wissen über das Bestehen einer Konzernbeziehung und die Identität der Muttergesellschaft. Daran knüpft jede weitere Nachforschung an.

3.1.2 Ist-Situation: beschränkte Offenlegung des Konzernverhältnisses

Eine generelle Pflicht zur Veröffentlichung einer Konzernbeziehung besteht de lege lata nicht. Diesbezügliche Vorschläge in der Lehre sind Postulat geblieben⁷²⁷. Insbesondere ist die Ausübung der Leitungsmacht nicht explizit an die Offenlegung der Konzernbeziehung als Voraussetzung gebunden.

⁷²⁴ vgl. supra S. 54

⁷²⁵ Die Unbefangenheit und Unabhängigkeit eines Mitgliedes des Verwaltungsrates ist wesentlich bei der Beurteilung, ob eine Handlung, die zu einem Nachteil für die Gesellschaft führte, als blosser Fehlentscheidung oder als eigentliche Pflichtverletzung beurteilt werden muss (Grass, 2000, 6).

Für die konzernfreien Aktionäre hat das Wissen um das Bestehen eines Konzerns Bedeutung für die Beurteilung ihrer eigenen faktischen Stellung in der Tochter und der Interessenlage der Verwaltung. Für sie geht es um die Frage "wessen Herr Diener ist der Verwaltungsrat?".

Dabei ist zu berücksichtigen, dass Minderheitsaktionäre andere Interessen haben können als die Mutter, was das Risiko erhöht, dass es zu Verantwortlichkeitsklagen kommt, weil eine Gruppe die Interessen der Tochter verletzt sieht.

⁷²⁶ Cereghetti, 188, mit weiteren Hinweisen

⁷²⁷ vgl. die vertieften Darstellungen bei Cereghetti, 1995 und Röthlisberger, 1998
Vgl. auch supra S. 50ff.

Wegen dieses konstatierten Ungenügens der bestehen Vorschriften zur Schaffung von Transparenz über die Konzernbeziehungen, muss untersucht werden, wie die Tochter gegenüber der Mutter einen Anspruch auf die benötigten Informationen begründen kann.

3.1.3 Frage: „Kann die Tochter von der (vermuteten) Mutter bzw. einem Hauptaktionär verlangen, offenzulegen, ob eine Beziehung vorliegt, die einheitliche Leitung ermöglichen könnte? Falls ja, kann sie die Nennung weiterer Angaben über die Identität der Mutter verlangen?“

Will die Mutter einheitliche Leitung ausüben, so wird sie der Verwaltung der Tochter ihre Wünsche in irgendeiner Form kommunizieren. Dadurch wird dieser in aller Regel klar werden, welche Person über Leitungsmacht verfügt und welcher Art diese ist. Dies ist aber nicht immer der Fall. So kann ein Mehrheitsaktionär darauf verzichten, gegenüber der Gesellschaft in Erscheinung zu treten. Da er diese Strategie jederzeit ändern kann, ist die blossе Möglichkeit, einheitliche Leitung auszuüben, für die betroffene Gesellschaft (und natürlich auch für deren Minderheitsaktionäre) von grösster Bedeutung. Als weitere Möglichkeit kommt in Betracht, dass eine Person über Leitungsmacht verfügt und diese auch ausübt, sich aber gegenüber der Tochter nicht zu erkennen gibt, sondern die Leitung nur indirekt ausübt. Hier hat die Tochter ebenfalls ein erhebliches Interesse daran, zu wissen, von wem die Leitung effektiv ausgeht.

Rechtsvergleichend sind zwei Anmerkungen angebracht:

- Im englischen Recht hat eine Gesellschaft das Recht, von einem Aktionär⁷²⁸ Auskunft über seine Person und über den Umfang seiner Beteiligung an der Aktiengesellschaft zu verlangen⁷²⁹.
- Das Gesellschaftsrecht der EU geht in dieser Hinsicht nicht wesentlich weiter als die schweizerische Rechtsordnung. Der inzwischen abgeschriebene Vorschlag zu einer 9. EU-Richtlinie (Konzernrecht) sah noch im Art. 7 die Offenlegung von Konzernbeziehungen vor⁷³⁰.

Im schweizerischen Aktienrecht erlangt der Verwaltungsrat Kenntnis von den Namenaktionären, die sich ins Aktienbuch eintragen lassen (Art. 686 OR). Darüber hinaus hat die Verwaltung nach herrschender Auffassung kein Recht, Aktionäre über ihre Identität und ihre Beteiligung auszuforschen. Es gibt kein generelles Recht des Verwaltungsrates auf Kenntnis der Identität der Aktionäre, sondern es gilt der Grundsatz der Anonymität des Aktionärs⁷³¹.

⁷²⁸

Auch von einer Person, von der zu vermuten ist, dass sie Aktien hält.

⁷²⁹

S. 212 des Company Act; vgl. Prentice, 2001, 114: "Die Gesellschaft kann die Informationen verlangen, ohne ein besonderes Interesse dafür geltend machen zu müssen, da prima facie die Gesellschaft ein unbeschränktes Recht hat zu wissen, wer die wahren Eigentümer ihrer stimmberechtigten Aktien sind."; Wymeersch, 1993, 289

⁷³⁰

Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, 1996, § 68 N 36; Text abgedruckt bei Lutter, 1994, 321ff.

⁷³¹

Böckli, 1996, N 772ff.

Dieser Grundsatz lässt sich aber nicht auf den Konzern übertragen. Zwar übt die Mutter oft ihre Leitungsmacht als Aktionärin in der Generalversammlung aus, jedoch geht die Ausübung der „einheitlichen Leitung“ wesentlich weiter als die blosser Ausübung von Aktionärsrechten in der konzernfreien bzw. pluralistischen Aktiengesellschaft. Die Konzernbeziehung hat eine wesentlich andere Qualität als die Beziehung zwischen Aktionär und AG⁷³². Die Mutter kann sich nicht auf das Prinzip der Anonymität des Aktionärs berufen⁷³³. Dies aus verschiedenen Gründen nicht: Zunächst kommt die Stellung der Mutter derjenigen eines Organs nahe. Die Organe der Gesellschaft müssen jedoch bekannt sein (z.B. Eintragung in das Handelsregister, Art. 641 Ziff. 8-10 OR; Orientierung über die Organisation der Geschäftsführung, Art. 716b Abs. 2 OR). Das Recht des Aktionärs auf Anonymität ist zudem bereits in der normalen AG relativiert, als es nicht besteht, wo gesetzliche Offenlegungspflichten bestehen⁷³⁴. Im Konzern ist zudem eine minimale Transparenz der Konzernbeziehung durch verschiedene Bestimmungen anerkannt⁷³⁵. Wenn die Transparenz des Konzerns grundsätzlich anerkannt ist, besteht kein Grund, dem Verwaltungsrat der Tochter diese Information vorzuenthalten.

Die Transparenz der Konzernbeziehung wurde schon früh in der Lehre gefordert und der Gesetzgeber hat verschiedene Normen eingeführt, um die Transparenz in den Konzernbeziehungen zu verbessern⁷³⁶. Jedoch folgt aus dem Aktienrecht kein direktes Recht des Verwaltungsrates, von einer (vermuteten) Konzernmutter Auskunft über deren Identität und die Mittel zur Ausübung von Konzernleitungsmacht⁷³⁷ zu erhalten.

Es treffen die Tochter jedoch Offenlegungspflichten, die sich auch auf einen Konzern beziehen. Dies sind die Pflicht zur Bekanntgabe bedeutender Aktionäre von börsenkotierten Gesellschaften (Art. 663c OR) und die Angabe des Konzerns in der schriftlichen Orientierung über die Geschäftsführung (Art. 716b Abs. 2 OR)⁷³⁸. Art. 663c OR soll die Beherrschungsverhältnisse bei börsenkotierten Gesellschaften im Interesse der Publikumsaktionäre und einer weiteren Öffentlichkeit bzw. dem Markt allgemein zugänglich machen (BGE 124 II 581). Dieser Zweck kann aber nicht erreicht werden, wenn der Verwaltungsrat der Tochter nicht die Mittel hat, aktiv nachzuforschen und von (vermuteten) bedeutenden Aktionären Auskunft über ihre Identität und ihre Beteiligung zu verlangen. Allerdings wurde Art. 663c OR vom Gesetzgeber insofern „hinkend“ ausgestaltet, als nur der Tochter bereits *bekannte* Grossaktionäre offengelegt werden müssen und dem Verwaltungsrat keine weiteren Mittel in die

⁷³² Es handelt sich um ein rechtliches Sonderverhältnis, vgl. supra S. 154, das Mutter und Tochter im Verkehr miteinander Pflichten aus Treu und Glauben auferlegt.

⁷³³ Es besteht kein Prinzip der Anonymität der Konzernmutter – im Gegenteil, wie die verschiedenen Ansätze zur Transparenz von Konzernen zeigen!

⁷³⁴ Dies ist bei der börsenkotierten AG (Art. 663c OR) und im Anwendungsbereich des Bankengesetzes der Fall, BGE 124 II 581 i.S. BZ Bank AG.

⁷³⁵ Vgl. infra S. 185

⁷³⁶ Vgl. infra S. 183

⁷³⁷ Zu denken wäre an:

- Mitglieder eines Aktienpools, der die Tochter (oder die Mutter!) beherrscht
- Parteien eines Aktionärsbindungsvertrages
- Treugeber beim Treuhandverhältnis
- Anteilseigner bei einer weiteren Konzernbeziehung bzw. wo der Verdacht besteht, dass die Leitungsmacht von einer anderen Gesellschaft ausgeübt wird.

⁷³⁸ Druey, 1994, 16

Hand gegeben wurden, sich die notwendige Information zu beschaffen. Aus Art. 663c OR lässt sich somit kein unmittelbares Recht auf die gewünschte Auskunft ableiten.

Dies lässt sich aber im Falle von Art. 716b Abs. 2 OR nicht sagen. In der schriftlichen Orientierung über die Organisation der Geschäftsführung muss der Konzern aufgeführt werden und die Einbettung der Tochter im Konzern muss ersichtlich sein⁷³⁹. Die Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger haben einen Anspruch auf diese Angaben. Dieser Anspruch richtet sich gegen die Tochtergesellschaft, umfasst aber auch Information über die Muttergesellschaft. Wenn die Tochter keine Möglichkeit hat, die Information über die Mutter von dieser zu erlangen, verliert Art. 716b Abs. 2 OR seine Funktion bzw. das entsprechende Informationsrecht der Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger ist nichts wert, da die Konzernbeziehung ein wesentlicher Teil der Organisation der Tochter ist. Erst durch die Konzernierung verliert der Verwaltungsrat der Tochter die Möglichkeit, seiner Pflicht nachzukommen, da er nicht mehr allein die Organisation der Tochter bestimmt, sondern die Mutter diese zumindest mit beeinflusst, wenn nicht gar selbst ein Teil der Organisation der Tochter ist. In einem solchen Fall hat die Tochter gegenüber der Mutter den Anspruch, dass diese ihr die zur Erfüllung der Informationspflicht notwendige Information zur Verfügung stellt. Die Mutter muss dem Verwaltungsrat der Tochter diejenige Information geben, die sie in der Orientierung über die Organisation aufführen muss. Dazu sind zunächst das Bestehen einer Konzernbeziehung und die Identität der Mutter zu zählen.

3.1.3.1 Ansätze für die Beantwortung (und Bejahung) der Ausgangsfrage:

- Informationelles Integritätsinteresse:
Die Tochter muss die Konzernbeziehung offenlegen⁷⁴⁰. Sie hat deshalb aus dem Konzept des *Integritätsinteresses* einen Anspruch gegenüber der Mutter, dass sie die dazu notwendige Information erhält.
- Rozenblum Grundsätze:
Die Mutter kann sich wohl erst dann auf die Grundsätze der französischen Rozenblum-Praxis und deren entlastende Wirkung berufen, wenn sie sich der Tochter gegenüber als Mutter zu erkennen gegeben hat⁷⁴¹. Nur dann kann die Verwaltung der Tochter das vorausgesetzte Abwägen zwischen Vor- und Nachteilen des Konzerneinflusses richtig vornehmen.
- Faktische Organschaft:

⁷³⁹ Druey, 1994, 16 führt drei Gründe an:

1. Die Tochter muss in der Auskunft über die Organisation der Geschäftsführung nach OR 716b faktische Organe aufführen.
2. Auch die Einbettung in den Konzern muss hier erscheinen, da es sich um einen Teil der Organisation handelt.
3. Es besteht eine Aufschlusspflicht gegenüber dem Tochteraktionär über Belange der Mutter, wenn die Zweckverfolgung auf die Interessen der Mutter ausgerichtet wird.

Ferner kann die Tochter weitere Aufklärungspflichten über ihre Konzernzugehörigkeit haben, z.B. muss sie u.U. ihre Vertragspartner darüber aufklären.

⁷⁴⁰ So in der Orientierung über die Organisation der Geschäftsführung nach Art. 716b Abs. 2 S. 2 OR. Vgl. dazu supra S. 51

⁷⁴¹ Es ist ja durchaus denkbar, dass die Mutter Einfluss auf die Tochter ausübt, ohne dass sie als Mutter in Erscheinung tritt, z.B. indem sie Strohmänner vorschreibt.

Die Mutter wird erst durch konkrete Einmischung in die Geschäftsführung der Tochter zum faktischen Organ⁷⁴². Ist dies aber der Fall, muss sie sich als solche bzw. als Mutter, die über Leitungsmacht verfügt, zu erkennen geben? Dies könnte angesichts des Interesses der Tochter an der Transparenz der Konzernbeziehung ein Ausfluss der Sorgfalts- und Treuepflicht, die auch das faktische Organ trifft, sein. Zur Erfüllung der Sorgfalts- und Treuepflicht gehört mindestens, von der Tochter an sie gerichtete Informationsbegehren zu erfüllen.

- Mandatsrechtliche Rechenschaftspflicht:
Zulässige Konzernleitung erfolgt durch eine mandatsähnliche Vereinbarung über die Lieferung von Führungsinformationen durch die Mutter. Das bedeutet, dass keine rechtmässige Konzernleitung erfolgen kann, ohne dass sich die Mutter als solche zu erkennen gibt und diese Vereinbarung getroffen werden kann. Wurde eine solche Vereinbarung über die Konzernleitung einmal getroffen, muss die Mutter als Beauftragte über die Umstände der Mandatsausübung Rechenschaft ablegen.
- Informationsanspruch des Verwaltungsratsmitglieds:
Der Informationsanspruch des Verwaltungsratsmitgliedes ist sehr weit gefasst und muss insbesondere auch konzerndimensional verstanden werden. Die oben geschilderten Informationen sind Geschäftsführungswissen der Tochter, da ja die Mutter Geschäftsführungsaufgaben der Tochter wahrnimmt und deshalb sogar als Teil der Organisation der Tochter betrachtet werden kann. Diese Informationen unterliegen deshalb dem Informationsanspruch deren Verwaltungsrats, wo sie auch immer im Konzern gelagert sind. Das Mitglied des Tochter-Verwaltungsrats kann sein Auskunftsbegehren direkt an die Mutter richten oder an einen der Vertreter der Mutter im Verwaltungsrat der Tochter.

3.1.4 Frage: Was kann die Tochter über den Hintergrund der Mutter erfahren?

Wie tief geht das Recht auf Kenntnis des Konzerns bzw. des „Stammbaums“ der Mutter? Hier geht es um die Frage, ob die Tochter von der Mutter verlangen kann, dass ihr der ganze Konzern offen gelegt wird.

3.1.4.1 Mögliche Ansätze zur Beantwortung der Frage:

- Integritätsinteresse:
Die Tochter hat aus dem Integritätsinteresse einen Anspruch darauf zu wissen, wer die wahre Mutter ist, d.h., wo das eigentliche Entscheidungszentrum im Konzern ist. Deshalb geht der Anspruch auf Offenlegung der Mutter durch sämtliche Ebenen des Konzerns hindurch: in einem verschachtelten Konzern kann dies u.U. eine „Grosstante“ umfassen, wenn die Tochter von dort aus geleitet wird. Dies gilt auch in horizontaler Sicht. Falls die Leitung durch irgendeine andere Konzerntochter ausgeübt wird (Management-Gesellschaft) und diese durch die Leitungsausübung Organstellung erhält, muss diese als solche offen gelegt werden.

⁷⁴²

Immer dann, wenn die *einheitliche Leitung* wahrgenommen wird, handelt es sich allerdings bei der Mutter um ein faktisches Organ.

Die Anschlussfrage geht dahin, ob „the whole picture“ geschuldet ist, d.h., ein eigentliches *Organigramm*⁷⁴³ des Konzerns abgegeben werden muss. Ein komplettes Konzernorganigramm kann nicht unbedingt als Teil der für die Verwaltung der Tochter notwendigen Geschäftsführungsinformation betrachtet werden. In diesem verlangt das informationelle Integritätsinteresses nicht, dass die Mutter es der Tochter zur Verfügung stellt.

- **Konzerndimensionale Informationsansprüche:**

Die aktienrechtlichen Informationsansprüche sind konzerndimensional in ihrer Reichweite. So verlangt z.B. der gesetzgeberische Zweck der Transparenz bedeutender Aktionäre börsenkotierter Gesellschaften, der in Art. 663c OR seinen Niederschlag gefunden hat, dass auch im Konzern bekannt ist, wer letztlich hinter der Mutter steht. Zur richtigen (konzerndimensionalen) Anwendung von Art. 663c OR muss deshalb durch die Mutter hindurch gegriffen werden und es müssen deren Aktionäre in analoger Anwendung der Voraussetzungen von Art. 663c OR bekannt gegeben werden.

Oben wurde die Bedeutung der Konzernierung für alle Stakeholders der Tochter dargestellt. Deshalb kann sich die Mutter anders als im Falle der unabhängigen Gesellschaft nicht damit zufrieden geben, einfach nur die ihr bekannten Aktionäre offen zu legen. Sie muss als Ausfluss ihrer Sorgfaltspflicht vielmehr aktiv danach forschen, ob sie Teil eines Konzerns ist und falls sie über genügende Information über den Sachverhalt verfügt, diese auch ihren eigenen Informationsgläubigern zugänglich machen.

3.1.5 Frage: Hat die Tochter Anspruch auf ein Exemplar des Konzernorganigramms bzw. des Organisationshandbuches?

3.1.5.1 Informationsbedarf

Es geht darum, dass der Verwaltungsrat und auch die weiteren Informationsberechtigten der Tochter wissen, wie diese im Konzern eingebettet ist, d.h., welche Aufgaben konzernweit von wem genau wahrgenommen werden. Die Tochter und ihre Informationsgläubiger haben einen Informationsbedarf bezüglich der konkreten Organisation der Konzerngeschäftsführung. Ein „Mini-„ Organigramm, das bloss die Beteiligungsverhältnisse darstellt, genügt in dieser Hinsicht nicht. Vielmehr braucht sie einen detaillierteren, tiefer gehenden Einblick in die konkrete Organisation – wer macht im Konzern was? Wo ist die Verantwortung für konkrete Entscheidungen und bestimmte Geschäftsbereiche angesiedelt? Welche Personen sind verantwortlich? Als Vorbild könnte etwa die schriftliche Auskunft über die Organisation der Geschäftsführung (Art. 716b Abs. 2 S. 2 OR) dienen.

Die eingangs gestellte Frage geht somit dahin, ob die Tochter Anspruch auf ein Konzernorganigramm der Mutter hat, das diesen Ansprüchen genügt.

⁷⁴³

Diese Frage geht dann in die nachfolgend gestellte Frage über, ob ein Organigramm geschuldet ist, das mehr ist als bloss eine Übersicht über die Besitzverhältnisse.

Im Konzern werden oft sog. "Terms of Reference" oder Konzernorganisationshandbücher als Mittel zur Durchsetzung der einheitlichen Leitung eingesetzt. Diese legen die finanziellen und organisatorischen Kompetenzen für den Gesamtkonzern fest. Müssen solche Unterlagen der Tochter ausgehändigt werden?

3.1.5.2 Begründungsansätze:

Organisation und Leitung (Abhängigkeit, Betroffenheit) sind *Informationsmotive* und können als Argumente für eine Informationspflicht herangezogen werden und so die Durchsetzung der positiven Ansprüche verstärken.

Zur Begründung des oben dargestellten Informationsanspruchs können folgende Argumentationslinien herangezogen werden:

- **Geschäftsführungsinformation, Integritätsinteresse:**
Die Konzernleitung führt zu einer (faktischen) Auslagerung von Geschäftsführungsaufgaben von der Tochter auf die Mutter. Dabei wird auch Geschäftsführungswissen der Tochter auf die Mutter übertragen, bzw. es wird dort von den für die Geschäftsführung der Tochter tätigen Personen erarbeitet und gelagert. Die betreffenden Bereiche der Mutter, wo die Konzernleitung für die Tochter stattfindet, sind faktisch Teile der Organisation der Tochter. Die Kenntnis der betreffenden Stellen und Personen in der Mutter sind deshalb ein Teil des Geschäftsführungswissens der Tochter und die Mutter würde das Integritätsinteresse der Tochter verletzen, wenn sie sie nicht darüber informieren würde. Enthält ein Organisationshandbuch Informationen über die Tochter, über die eine unabhängige Gesellschaft selbst verfügen würde, gehört es ebenfalls zum Integritätsinteresse der Tochter, dass sie Zugriff auf diese Informationen hat.
- **Rechenschaftspflicht des Beauftragten:**
Übt die Mutter einheitliche Leitung aus, nimmt sie Geschäftsführungsaufgaben der Tochter wahr. Nach dem Konzept der rechtlich zulässigen Konzernleitung wird sie dabei als Beauftragte der Tochter tätig und ist dieser daher Rechenschaft schuldig. Zu dieser Rechenschaft gehört auch die Information darüber, wie die Wahrnehmung der Geschäfte des Auftraggebers intern organisiert ist, d.h., welche Stellen und Personen für den Auftraggeber beim Auftragnehmer tätig sind und wie sie ihre Aufgaben erfüllen.
- **Erfüllung der Informationspflichten der Tochter:**
Die Tochter muss über ihre eigene Organisation informieren. Da der Konzern ein Teil dieser Organisation ist, muss sie in der schriftlichen Orientierung über die Organisation der Geschäftsführung erscheinen (Art. 716b OR). Es muss ersichtlich sein, welche Führungsaufgaben und Unternehmensfunktionen (Finanzen, Unternehmensentwicklung, Marketing etc.) von der Mutter (bzw. von Konzerngesellschaften generell) wahrgenommen werden. Die Mutter muss der Tochter diejenigen Informationen liefern, die diese zur Erfüllung dieser Informationspflicht braucht.
- **Konzerndimensionales Informationsrecht des Verwaltungsrats der Tochter (Art. 715a OR):**
Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei den hier diskutierten Informationen

um Geschäftsführungswissen der Tochter, auch wenn sie in der Konzernmutter gelagert sind. Dem Verwaltungsrat der Tochter muss deshalb Zugriff darauf gewährt werden, indem sein Informationsrecht konzerndimensional gefasst wird⁷⁴⁴.

Keinen direkten Anspruch auf diese Informationen gegenüber der Mutter haben hingegen die Aktionäre und Gläubiger der Tochter. Jedoch muss die ihnen gelieferte Information konzerndimensional sein⁷⁴⁵. Sie haben ihre Informationsansprüche an die Organe der Tochter zu richten. Dies genügt, wenn diese über die betreffenden Informationen verfügt. Verfügt sie darüber aber nicht, müssen die Informationsgläubiger ihren Anspruch direkt gegen die Mutter richten. Dazu kann man sich denken, dass entweder der Kreis der Informationsschuldner konzerndimensional gefasst wird und deshalb auch die Mutter dazugezählt wird oder es wird zum informationellen Durchgriff gegriffen. Wenn die Tochter über die betreffende Information nicht verfügt, ist ihr Integritätsinteresse verletzt. Darin ist der für den Durchgriff vorausgesetzte Missbrauch zu sehen.

⁷⁴⁴ Druey/Vogel, 1999, 314ff.

⁷⁴⁵ Der Aktionär nimmt an sich als Teilhaber einer Konzerngesellschaft auch am Konzerngeschehen teil, bzw. das Konzerngeschehen beeinflusst auch „seine“ Konzerngesellschaft. Er erleidet einen Verlust an Kontrolle, wenn er nicht entsprechende konzerndimensionale Informationen erhält. Jedoch nützt ihm eigentlich die konzerndimensionale Information für sich noch recht wenig, da ihm die *konzernweiten Handlungsmöglichkeiten* weitgehend fehlen. Aber: durch die betreffende Information kann er die Verantwortlichkeit lokalisieren, das ist ohnehin seine stärkste Waffe!

3.2 Problemfeld: Rechnungslegung der Mutter

3.2.1 Informationsbedarf

Die Informationen über die Tochter müssen mit Informationen über die Mutter ergänzt werden, damit sie überhaupt brauchbar sind. Die Information über die Tochter muss in den Gesamtzusammenhang des Konzerns gestellt werden können⁷⁴⁶.

Einzelabschlüsse der Konzerngesellschaften haben nur eine begrenzte Aussagekraft. Die konzerninternen Geschäfts- und Finanzbeziehungen erlauben weitgehende Vermögensverlagerungen und Beeinflussungen der ausgewiesenen Ergebnisse. Zudem bestehen aufgrund der intensiven Verflechtung der Gesellschaften im Konzern besondere Risiken (Solidaritätseffekte etc.), die aus dem Einzelabschluss i.d.R. nicht ersichtlich sind. Auch wenn die Tochter A eine noch so gesunde Bilanz ausweisen kann, kann sie von der maroden Schwester B in den Abgrund gerissen werden, wenn sie von der Mutter zu weitgehenden Hilfeleistungen verpflichtet wird.

Die finanzielle Verflechtung von Konzernunternehmen ergibt sich in der Praxis meistens aus

- den kapitalmässigen Verflechtungen (direkte und indirekte Beteiligung der Konzerngesellschaften untereinander; gegenseitige Darlehensbeziehungen, Bürgschaften, Haftungen, Sicherheitsleistungen);
- den konzerninternen Lieferungen und Leistungen (gegenseitige Abhängigkeiten in Produktion, Entwicklung, Administration; Verlust an Wettbewerbsfähigkeit bei Verrechnung von nicht marktgerechten Preisen ...);
- dem allfälligen gemeinsamen Kredit- und Cash-Management.

Eine einheitliche konzernweite Finanzierung hat für die einzelne Gesellschaft auch besondere Risiken:

- bei einer Verschlechterung der Kreditwürdigkeit des Konzerns wirkt sich dies auf die einzelnen Gesellschaften aus;
- Entzug von Liquidität zugunsten des zentralen Cash-Managements;
- Verlust an finanzieller Autonomie (z.B. Mutter veranlasst die Tochter, einen höheren Verschuldungsgrad einzugehen oder drängt sie zu höheren Finanzierungsrisiken).

Gefährlich in nicht konsolidierten Bilanzen ist der sog. *Pyramideneffekt im verschachtelten Konzern*⁷⁴⁷. Es geht um die Gefahr, dass das im Konzernkreis einge-

⁷⁴⁶

Bsp.: Wie gross ist der Anteil der Produkte, die für den Konzern produziert werden? Oder Art. 663a Ziff. 4 OR: Es muss zwar der Gesamtbetrag der Beteiligungen, der Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber anderen Konzerngesellschaften angegeben werden. Es muss aber nur der Umfang angegeben werden. Die nackte Zahl sagt aber noch nichts aus. Zu verlangen sind auch Angaben, die eine *Beurteilung der Bonität* erlauben. Allgemein kann die ganze finanzielle Information über die Tochter nicht ohne die entsprechenden (konsolidierten) Zahlen der Mutter als Hintergrund beurteilt werden.

setzte Kapital mehrfach erfasst wird. Diese finanzielle Verschachtelung wird bewusst zu folgenden Zwecken angestrebt:

- Umsatzmultiplikator: Mit verhältnismässig wenig Eigenkapital kann ein grösseres Umsatzvolumen beeinflusst werden. Mit konstantem Kapitaleinsatz vervielfältigt sich das kontrollierte Geschäftsvolumen;
- Rentabilitäts-/Risikohebel: Es lässt sich bei gegebenem Verschuldungsgrad ein positiver Leverage-Effekt in Bezug auf die Rentabilität erzielen. Dieser Effekt wird auf Kosten der Minderheitsgesellschafter der Untergesellschaften erzielt;
- Nachteil ist ein wesentlich höheres Kapitalstrukturrisiko: Weder die ausgewiesene Verschuldung der einzelnen Konzernunternehmen noch der konsolidierte Konzernverschuldungsgrad zeigen die tatsächliche verschuldungsbedingte Risikoposition des Konzerns.

Aus diesen besonderen Risiken im Konzernverhältnis folgt ein besonderer Informationsbedarf. Die möglichen Informationsgläubiger (Tochter/Verwaltungsrat/Aktionäre/Revisoren/ Gläubiger) benötigen die Publizität der Mutter, um die Publizität der Tochter richtig bewerten zu können (die Tochter bzw. der Verwaltungsrat der Tochter brauchen die betreffenden Informationen über den Konzern wohl bereits, um den eigenen Geschäftsbericht zu erstellen⁷⁴⁸).

3.2.2 Ist-Situation

Art. 697h Abs. 1 OR verpflichtet Gesellschaften, die Anleiheobligationen ausstehend haben oder die börsenkotiert sind, ihre Jahresrechnung und die Konzernrechnung offenzulegen. Nach Art. 697h Abs. 2 OR können bei den übrigen Gesellschaften deren Gläubiger Einsicht in die Jahresrechnung, die Konzernrechnung und die Revisionsberichte verlangen, wenn sie ein schutzwürdiges Interesse nachweisen. Es bestehen Unterschiede in der Anspruchsberechtigung:

- bei den kotierten Gesellschaften ist „jede Person“ anspruchsberechtigt;
- bei den nichtkotierten Gesellschaften haben nur die Gläubiger, die ein schutzwürdiges Interesse nachweisen, Anspruch.

⁷⁴⁷

Der Begriff geht zurück auf Schierenbeck, vgl. dazu Theisen, 1991a, 320

⁷⁴⁸

Zur Erstellung der Bilanz der Tochter müssen z.B. die der Mutter gewährten Darlehen bewertet werden bzw. alle bilanzmässig relevanten Beziehungen zur Mutter müssen erfasst werden. Der (verbale) Jahresbericht müsste vernünftigerweise auch die Lage des Gesamtkonzerns mit einbeziehen. Zu denken ist vor allem auch an die Revisoren – diese müssen die Verbindung zwischen Mutter und Tochter nachvollziehen können und zur Bewertung der entsprechenden Posten auch die finanzielle Lage der Mutter bzw. des Gesamtkonzerns beurteilen können. Die Bedeutung der konsolidierten Konzernrechnung für die Beurteilung der finanziellen Situation eines Konzernglieds wurde in der Gerichtspraxis bereits relativ früh erkannt, vgl. Bundesgerichtsentscheid IBZ vom 11. November 1975, in: ZR 75 21 und ST 50 (1976) 9/14 ff. (vgl. auch Böckli, 1996, 575 (N 1163), der den Entscheid „rechtsfortbildend“ nennt) und Obergericht Zürich, „TGSF-AG“ (vgl. die Besprechungen in Pedrazzini, 1989)

Das betreffende Publizitätskonzept von Art. 697h OR weist aber Lücken auf:

- Lücken in der Pflicht zur Erstellung einer Konzernrechnung wegen der Ausnahmen in Art. 663e Abs. 2 OR;
- Pflicht zur Veröffentlichung trifft nur die Gesellschaften, die kotiert sind oder Anleiensobligationen ausgegeben haben;
- bei den übrigen Gesellschaften, d.h., den nichtkотиerten Konzernen, haben weder die Verwaltung der Tochter, noch deren Aktionäre, noch deren Gläubiger, noch deren Revisionsstelle einen ausdrücklichen Anspruch auf die Konzernrechnung der Mutter;
- Bei Zwischengesellschaften besteht eine spezielle Situation. Hier wurde mit Art. 663f OR eine Spezialnorm geschaffen. Diese wurde in der Lehre⁷⁴⁹ so gedeutet, dass damit der Gesetzgeber die Besonderheit der Informationslage im Konzern anerkannt habe und deshalb die Informationsordnung im Konzern entsprechend angepasst werden müsse.
- Nur bei kotierten Gesellschaften hat die Tochter als „Person“ einen direkten gesetzlichen Anspruch auf die Jahresrechnung und die Konzernrechnung. Bei nicht kotierten Gesellschaften hingegen muss der Anspruch speziell begründet werden.
- Der Geschäftsbericht kann je nach Situation zwar veröffentlicht werden, jedoch wird er oft aufgrund des ungenügenden Detaillierungsgrades für die Zwecke der Tochter qualitativ ungenügend sein – sie braucht wesentlich detailliertere Informationen (z.B. über einzelne Positionen, konkrete Bewertungsansätze etc.).

3.2.3 Frage: Hat der Verwaltungsrat der Tochter Anspruch auf die (konsolidierte) Bilanz der Mutter?

3.2.3.1 Informationsbedarf

Bei der Begründung des Anspruchs der Tochter auf die „Zahlen“ der Mutter⁷⁵⁰ stehen zwei Schwierigkeiten im Vordergrund:

- Hat sie einen Anspruch in denjenigen Fällen, wo sie sich nicht direkt auf eine gesetzliche Bestimmung stützen kann?
- Problem der genügenden Qualität des Zahlenmaterials. Könnte sie u.U. für ihre Zwecke besonders detaillierte Informationen oder zusätzliche Informationsmittel verlangen (z.B. interne Bilanz, interne Berichte oder Notizen über die Durchführung der Revision, Geschäftsbericht⁷⁵¹)?

⁷⁴⁹ Fischer/Koch, 1999, 144

⁷⁵⁰ vgl. dazu die Vorschläge von Hommelhoff, dargestellt supra S. 57

⁷⁵¹ Zu den Begriffen vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, 1996, 366:

- Jahresbericht ist die verbale Berichterstattung
- Bilanz informiert über Vermögenslage am Bilanzstichtag
- Erfolgsrechnung zeigt die erfolgswirksamen Vorgänge des Rechnungsjahres

3.2.3.2 Begründungsansätze:

Grundsätzlich geht es um den Schutz der Informationsordnung des Aktienrechts im Konzern. Art. 662ff. OR wären im Konzern erheblich relativiert, müsste nicht eine entsprechende Ergänzung der Information über die Tochter mit jener aus dem Konzern stattfinden.

Wieder kommen die gleichen Argumentationslinien zum Tragen:

- **Konzerndimensionale Informationsrechte des Aktienrechts:**
Die Informationsrechte des Aktienrechts sind konzerndimensional auszugestalten, sowohl was ihren Inhalt betrifft, als auch was den Kreis der Berechtigten und Verpflichteten betrifft. Der Aktionär hat einen Anspruch darauf, dass der Geschäftsbericht den Konzern genügend berücksichtigt. Sonst ist die Information nicht von genügender Qualität. Die geschuldete Informationsqualität kann dadurch erreicht werden, dass ihm der Geschäftsbericht der Mutter übergeben wird. Aus diesem Grund muss entweder die Tochter diesen von der Mutter beanspruchen können, oder der Aktionär muss seinen Anspruch auf den Geschäftsbericht direkt gegenüber der Mutter geltend machen können (dies könnte durch eine konzerndimensionale Anwendung von Art. 696 Abs. 1 OR erfolgen) indem der Kreis der Informationsschuldner konzernweit gezogen wird.
- **Integritätsinteresse:**
Auch hier geht es darum, dass die Tochter die gesetzlichen Informationspflichten erfüllen können muss. Damit die von ihr erstellte Information von genügender Qualität ist, muss sie konzerndimensional ausgestaltet sein. Die Mutter hat ihr bei der Erfüllung dieser Pflicht behilflich zu sein und ihr die notwendige Information zur Verfügung zu stellen.
- **Art. 697h Abs. 1 OR:**
Wenn die Mutter börsenkotiert ist, hat die Tochter aus Art. 697h Abs. 1 OR einen Anspruch auf die Jahres- und Konzernrechnung, wenn diese nicht im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert werden.

Bei den übrigen Aktiengesellschaften besteht die Möglichkeit, den Anspruch über eine konzernspezifische Auslegung von Art. 697 Abs. 2 OR zu begründen:

- a) Anspruchsberechtigt sind die Gläubiger, die ein schutzwürdiges Interesse nachweisen. Das geschilderte Interesse der Tochter an der Information (Herstellung von Konzerndimensionalität der Information) ist schutzwürdig,

- Bilanzanhang vermittelt zusätzliche Informationen (z.B. die wesentlichen Beteiligungen, Bürgschaften und Garantieverpflichtungen zugunsten Dritter), bei kotierten G. die bedeutenden Aktionäre.

Im Geschäftsbericht sind wesentliche Angaben über den Konzern als Ganzes enthalten:

- OR 663a Abs. 4: Angabe der Finanzbeziehungen im Konzern;
- OR 663b Ziff. 7: Offenlegung wesentlicher Beteiligungen;
- OR 663c Abs. 1: Bekanntgabe bedeutender Aktionäre und deren Beteiligungen;
- OR 663d Abs. 1: der Jahresbericht enthält u.U. Angaben zum Konzern;
- OR 663e: Konzernrechnung, die nebst den finanziellen Daten auch Angaben zum Konsolidierungskreis enthält.

auch wenn es sich nicht genau um die Interessen handelt, die der Gesetzgeber im Auge hatte (typische Interessen des Aktionärs und des Gläubigers).

- b) Die Tochter wird faktisch praktisch immer „Gläubigerin“ der Mutter sein, da im Konzern meist Austauschbeziehungen gepflegt werden.
- Kontextinformation:
Das grössere Problem liegt in der Begründung von weitergehenden Ansprüchen der Tochter, insb. auf detailliertere und allenfalls interne Information. Hier hilft das Gesetz nicht direkt weiter. Ausgangspunkt der Überlegung muss die Tatsache sein, dass die Informationen über die Tochter sich verändern, wenn sie in einem Konzern eingebettet ist. Um deren Berichterstattung zu verstehen (nicht nur die finanzielle Information sondern auch die verbale Schilderung der Lage der Gesellschaft) benötigt man die entsprechende Publizität der Mutter, man muss die Information über die Tochter in den grösseren Zusammenhang des Konzerns zu stellen. Die Argumentationslinie geht also dahin, dass der Informationsgläubiger einen anderen Informationsanspruch geltend macht und dann weitere Informationen als Kontextinformationen verlangt, damit sein primärer Informationsanspruch nicht ins Leere geht.

3.2.4 Frage: Hat der Verwaltungsrat der Tochter Anspruch auf die Bilanzen der Schwestergesellschaften?

3.2.4.1 Informationsbedarf

Aufgrund der Interdependenz zwischen den Gliedern eines Konzerns kann sich die Schlagseite auch einer blossen Schwestergesellschaft gravierend auswirken. Deshalb haben die Verwaltungsräte der anderen Töchter ein erhebliches Interesse daran, solche Risiken erkennen und einschätzen zu können.

3.2.4.2 Begründungsansätze

Der grundsätzlich zu anerkennende Anspruch der Informationsgläubiger der Tochter auf konzerndimensionale Information würde den Schluss nahe legen, dass ein solcher Anspruch anerkannt werden sollte, da auch diese Information notwendig sein kann. In besonderen Einzelfällen (klar ausgewiesener Informationsbedarf) kann deshalb ein solcher Anspruch bestehen. Generell ist aber zu beachten, dass die Grenze des Anspruchs auf „Konzerndimensionalität“ in der Information in der Relevanz liegt. Sonst wachsen die Ansprüche ins Unendliche⁷⁵².

Ein solcher Anspruch ist deshalb zu verneinen – dem Bedarf nach Risikoeinschätzung ist mit der konsolidierten Rechnung der Mutter genüge getan. Eine faktische Beistandspflicht wirkt zwischen allen Gliedern des Konzerns – der Konzern wird als „faktische Solidargemeinschaft“ eher gemeinsam untergehen. Deshalb kann hier die Information über das Ganze die Information über den Teil ersetzen.

⁷⁵²

Druey, 1995a, 64f.

3.3 Problemfeld: Information über die Konzernstrategie (Konzernpolitik, und –struktur, Planungsinformation)

3.3.1 Informationsbedarf

Die Mutter beeinflusst die Geschäftsführung bei der Tochter. Die Konzernpolitik wirkt sich direkt auch auf die Tochter aus. Entweder passt sich die Tochter selbständig daran an oder sie wird Anweisungen dazu erhalten. Aber wenn solche konkreten Anweisungen ausbleiben, muss sich die Tochter an Änderungen der Konzernstrategie anpassen, denn der Konzern ist meist die unmittelbare Umwelt für die Tochter und ihre unternehmerische Tätigkeit und dementsprechend ist sie meist mit einem ganzen Bündel von Beziehungen mit dem Konzern verbunden. Die Tochter braucht deshalb für die Geschäftsführung auch Informationen betreffend die im Konzern verfolgte Geschäftspolitik, im Sinne von Unternehmensstrategien/langfristigen Vorgaben/Zielen.

Es gibt in der betriebswirtschaftlichen Literatur keine einheitliche Umschreibung der strategischen Unternehmensplanung bzw. –entwicklung. In einer weiten Definition wird die Aufgabe darin gesehen, die „strukturellen, technischen, wirtschaftlichen, politischen und gesellschaftlichen Veränderungen und Entwicklungen zu erkennen und unter deren Berücksichtigung zukünftige und erfolgversprechende Tätigkeitsfelder bzw. Geschäftsfelder, Elemente und Struktur der Unternehmung zielorientiert zu bestimmen.“ Gegenstand sind „alle unternehmenspolitischen Entscheidungen, die das Geschehen im Unternehmen und vor allem in seinen Umweltbeziehungen nachhaltig bestimmen.“⁷⁵³

Solche unternehmenspolitischen Entscheidungen sind im Konzern etwa:

- Strategische Entscheide der Mutter in Bezug auf die Tochter (z.B. wird die einheitliche Leitung straff oder lose ausgeübt? Welche Rolle wird der Tochter im Konzern zugeordnet?)
Solche Massnahmen greifen extrem stark in die Geschäftsführung der Tochter ein! Als Beispiel kann auf die Presseberichterstattung über die Netstal AG hingewiesen werden, wo die Mutter eine weitgehende *Integration* der Tochter durchsetzen wollte und sich in deren Management Widerstand dagegen bildete⁷⁵⁴!
- Änderungen in der Konzernstruktur⁷⁵⁵: z.B. kann die Mutter mit einer anderen Gesellschaft fusionieren, sie kann die Tochter verselbständigen oder mit einer

⁷⁵³ Struckmeier, 1996, 52
Dazu gehören:

- Massnahmen zur Verteidigung bestehender oder Erschliessung neuer Märkte
- Unternehmensfusionen oder –akquisitionen
- Aufbau neuer Vertriebswege
- Produkt- und Verfahrensinnovationen
- Ressourcensicherung
- tiefgreifende Reorganisationen
- grundlegende Aspekte der Personalentwicklung.

⁷⁵⁴ NZZ Nr. 130, 9. Juni 1998, S. 28; Nr. 132, 11. Juni 2001, S.19 etc.

⁷⁵⁵ sowohl auf der Ebene der Mutter als auch derjenigen der Tochter

anderen Gesellschaft (sei es im Konzern, sei es mit einer konzernfremden) fusionieren.

Wesentliche Änderung der Ausrichtung des Konzerns oder der Tochter (z.B. Fokussierung, Aufgabe von Geschäftsfeldern), Eingehen einer strategischen Allianz.

3.3.2 Ist-Situation

Das Aktienrecht kennt keine explizite Pflicht für eine Informierung der Tochter über die Konzernstrategie. Es bestehen lediglich vereinzelte Bestimmungen, die für eine gewisse Transparenz betreffend ausgewählter Transaktionen sorgen. Diese Bestimmungen sind jedoch kapitalmarktrechtlicher Art und dienen primär den Zwecken des Marktschutzes und des Anlegerschutzes. Sie sind deshalb nur bedingt für die Zwecke der Tochter tauglich. So bringt Art. 20 BEHG (Meldepflicht) eine gewisse Transparenz bei Konzernbildungsmassnahmen, wenn die Aktien einer börsenkotierten Gesellschaft erworben oder verkauft werden. Potenziell von grösserer Bedeutung (im Kontext der vorliegenden Arbeit) ist die Ad hoc-Publizität von Art. 72 des Kotierungsreglements der Börse SWX. Bedeutende Änderungen in der Strategie eines börsenkotierten Konzernteils dürften in vielen Fällen kursrelevant sein und deshalb der Bekanntgabepflicht unterliegen. Da Informationsadressat der Markt ist, also praktisch die Öffentlichkeit, wird die Tochter automatisch mitinformiert. Die Ad hoc-Publizität ist jedoch in keiner Weise geeignet, den Informationsbedarf der Tochter zu decken:

- Die Informationsdichte/der Detaillierungsgrad der Information ist für die Zwecke der Tochter völlig ungenügend.
- Der Raster von Art. 72 ist viel zu grob: was aus der Sicht des Marktes als unwesentlich und damit nicht bekanntgabepflichtig erscheinen kann, kann für die Tochter bereits existentiell sein. Es ist überdeutlich dass der unterschiedliche Adressatenkreis die Annahme nicht zulässt, mit der Ad hoc-Publizität sei auch ein wesentlichen Informationsbedarf der Tochter gedeckt.
- Nicht alle für die Tochter wesentlichen Vorgänge und Informationen sind als Tatbestände erfasst. Bekanntgabepflichtig sind ja nur die Tatsachen, die üblicherweise wesentliche Auswirkungen auf die Börsenkurse haben. Wesentliche Führungsinformation fällt aber nicht darunter, v.a. solche, die die rechtliche Struktur der Gesellschaft nicht verändert, wie z.B. gerade der Entscheid darüber, ob die Tochter straff oder lose geführt werden soll.

3.3.3 Frage: "Muss die Mutter eine Konzerntochter über wesentliche Änderungen in der Strategie informieren?"

3.3.3.1 Informationsbedarf

Ein bekanntes praktisches Beispiel zur Illustration der Bedeutung dieser Frage ist der Fall „Firestone“⁷⁵⁶, in dem die amerikanische Muttergesellschaft die schweizerische Tochter nicht rechtzeitig über die beschlossene Schliessung des schweizerischen Produktionsbetriebs informierte, sodass die Verwaltung der Tochter ihren durch Gesamtarbeitsvertrag eingegangenen Informationspflichten gegenüber den Arbeitnehmern nicht mehr nachkommen konnte. Dieses Beispiel erscheint als klare Verletzung des Integritätsinteresses der Schweizer Tochtergesellschaft: der Entscheid wurde in der Mutter gefällt und durch Einsatz der Leitungsmacht bei der Tochter durchgesetzt. Die Verwaltung der Tochter wurde nicht rechtzeitig informiert. Allerdings hätte diese aufgrund der mit dem Entscheid verbundenen Verletzung von Rechtspflichten die formelle Umsetzung des Entscheides verweigern müssen.

Das Beispiel zeigt, welche Bedeutung die Pflicht der Mutter zur *spontanen Informierung* hat: Die Mutter hätte in diesem Fall die Initiative ergreifen und die Tochter von sich aus rechtzeitig über die Pläne informieren müssen. Die Tochter hatte keine Kenntnis von den Plänen, da es sich um innere Vorgänge bei der Mutter handelte. Dass die Mutter u.U. deshalb zu spät über die geplante Schliessung des Produktionswerks informierte, weil sie nicht um die von der Tochter mit den Gewerkschaften vereinbarten Informationspflichten wusste, entlastet sie nicht. Die Unkenntnis hat sie sich selbst zuzuschreiben, da sie es unterlassen hatte, den Informationsbedarf der Tochter auszuloten. Zudem hätte sie unter dem Gesichtspunkt des organisatorischen Integritätsinteresses die Verwaltung der Tochter *kontinuierlich* über die Planung informieren müssen.

3.3.3.2 Begründungsansätze

- Integritätsinteresse:
Dass die Mutter durch das Fällen und die Durchsetzung eines für die Strategie der Tochter wesentlichen Entscheides ohne rechtzeitige Informierung der Tochter deren Integritätsinteresse verletzt, wurde am Beispiel Firestone soeben dargelegt. Bei einem solchen Entscheid über die Geschäftsführung handelt es sich ganz klar um einen Entscheid, der in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrats der Tochter fiel und der dieser nur unter rechtzeitiger und genügender Information hätte fällen dürfen. Indem die Mutter durch den Einsatz der Leitungsmacht den Entscheid bei der Tochter durchsetzte, verletzte sie deren Integritätsinteresse.
- Konzernleitungspflicht:
Im obgenannten Beispiel hat die Mutter auch ihre Konzernleitungspflicht in

⁷⁵⁶

Fälle „Firestone“ in: Recht und Politik im Kantons Basel Landschaft, Bd. 5, Urteile Firestone, Liestal 1984 und BGE 107 Ia 152

mehrfacher Hinsicht verletzt. Diese verpflichtet sie, der Tochter durch die (rechtzeitige) Lieferung von Geschäftsführungsinformation eine gesetzes- bzw. vertragskonforme Geschäftsführung zu ermöglichen. Nimmt sie solche Geschäftsführungsaufgaben (faktisch) selbst wahr, muss sie die gesetzlichen und vertraglichen Pflichten der Tochter einhalten. Durch die verspätete Informierung würde sie der Tochter einen Schaden durch die Begründung eines Haftungsfalles zufügen. Die Konzernleitungspflicht verpflichtet die Verwaltung der Mutter, Schädigungen der Tochter zu verhindern. Sie hätte bei wahrge- nommener Untätigkeit der Tochter sogar selbst für eine genügende Informie- rung der Vertragspartner der Tochter sorgen müssen.

- **Doppelorgane:**
Falls im Beispiel Firestone Doppelorgane bestanden, so hätten diese versagt. Deren Sorgfalts- und Treuepflicht gegenüber der Tochter hätte verlangt, dass sie bei der Planung für die Tochter ihr Wissen um die mögliche Betriebsschlie- ssung eingebracht hätten. Ihre Pflicht gegenüber der Mutter hätte verlangt, dass sie diese auf die bestehenden vertraglichen Informationspflichten der Tochter hingewiesen und auf eine rechtzeitige Informierung der Tochter hin- gewirkt hätten.
- **Mutter als faktisches Organ:**
Die Mutter hat einen wesentlichen Geschäftsentscheid getroffen, der klarerweise der Verwaltung der Tochter vorbehalten ist. Damit ist klar, dass sie als faktisches Organ der Tochter zu qualifizieren ist. Es trifft sie die Sorgfalts- und Treuepflicht des Organs (Art. 717 Abs. 1 OR). Sie muss für die gesetzes- und vertragsgemässe Geschäftsführung sorgen und hätte deshalb eine di- rekte, eigene Pflicht gehabt, die Arbeitnehmer rechtzeitig über die Schliessung des Produktionswerks zu informieren⁷⁵⁷.
- **Rozenblum-Grundsätze:**
In diesem Fall hätte sich die Muttergesellschaft kaum auf die Rozenblum- Grundsätze berufen können, um eine konkrete Schädigung der Tochter im Interesse des Konzerns zu rechtfertigen. Es scheint klar, dass der Verwal- tungsrat der Tochter über den Entscheid nicht genügend informiert war und deshalb gar nicht in der Lage war, den Entscheid darauf hin zu überprüfen, wie er zum Interesse der Tochter und der Mutter stand⁷⁵⁸. Ob der Entscheid auch materiell gegen den Grundsatz der Ausgleichs von Mutter- und Toch- terinteressen versties, kann hier nicht beurteilt werden, da nicht ausge- schlossen werden kann, dass sich die Aufgabe der Produktion auch/erst recht bei einer unabhängigen Gesellschaft aufgedrängt hätte.

⁷⁵⁷ Nach heutiger Gesetzeslage besteht in einem solchen Fall der Betriebsschliessung eine be- sondere gesetzliche Pflicht zur rechtzeitigen Information der Arbeitnehmer: vgl. die Informati- onspflichten bei Massenentlassungen nach Art. 335g OR und Betriebsübertragungen nach Art. 333a OR.

⁷⁵⁸ Dieses Beispiel zeigt, dass die Anwendung der Rozenblum-Grundsätze einen relativ unab- hängigen, informationell autonomen Tochter-Verwaltungsrat voraussetzt. Nur ein solcher ist in der Lage, die Voraussetzungen der Grundsätze zu prüfen und zu beurteilen, ob für die Toch- ter ein Gleichgewicht zwischen den Vor- und Nachteilen des Konzerns besteht. Diese Über- wachungsaufgabe muss dauernd erfolgen und kann sinnvollerweise nur vom Verwaltungsrat der Tochter wahrgenommen werden.

3.3.4 Frage: Hat die Mutter eine Pflicht zur spontanen Informierung der Tochter?

3.3.4.1 Informationsbedarf

Im Fall „Firestone“ ist die Bedeutung der spontanen Informierung ersichtlich: Da die Tochter über den Planung der Mutter nicht informiert war, hatte sie keinen Grund, sich diesbezüglich bei der Mutter zu erkundigen. Damit die Tochter ihre vertraglichen Pflichten hätte einhalten können, hätte die Mutter die Tochter von sich aus rechtzeitig informieren müssen.

3.3.4.2 Begründungsansätze

Generell muss ein Informationsschuldner in zwei Situationen spontan informieren:

- Durch die spontane Informierung wird die reaktive Informationslieferung erst ermöglicht. Im Falle der Konzernmutter müsste diese der Tochter einen *Grundstock an Informationen* über die Konzernstrategie vermitteln, sodass diese daraufhin spezifische weitere Informationen abrufen kann⁷⁵⁹. Aufgrund ihrer Pflichtenlage in der Tochter muss die Mutter der Tochter ein generelles Bild über die Situation im Konzern und dessen zukünftigen Strategie präsentieren. Dann kann die Tochter ihre spezifischen Informationsansprüche geltend machen und damit gezielt weitere Informationen abfragen.
- *Detailinformation* ist dann spontan geschuldet, wenn das zur Erfüllung einer besonderen Handlungspflicht der Mutter gehört (Konzernleitungspflicht, Treu und Glauben, Pflichten als faktisches Organ etc.)

Am einfachsten und effektivsten würde die Mutter ihre Informationspflichten gegenüber der Tochter erfüllen, wenn sie ein (technisch unterstütztes) *Konzerninformationssystem* aufbaut und die Töchter darin einbindet⁷⁶⁰.

3.3.4.3 Hinweis auf ausländische Ansätze:

Die beiden folgenden Beispiele haben (noch) nicht Eingang in die Rechtsordnung gefunden. Zudem ist ihre Stossrichtung die Information der Arbeitnehmer. Sie dienen

⁷⁵⁹ Gewisse Sachverhalte spielen sich gänzlich ausserhalb des Wissensbereichs der Tochter ab. Sie kann nicht aktiv Informationen verlangen. Es braucht einfach einen minimalen Fluss an spontanen Informationen, damit es überhaupt zu reaktiver Information kommt.

⁷⁶⁰ Vgl. zu den dabei verteilten Informationen Hichert/Moritz, 1995, 35 und 55 (Methodenbank) Die strategische Planung muss unbedingt in ein Führungsinformationssystem eingebunden werden, da sie einen ausgesprochen hohen Stellenwert für die Unternehmensführung hat. Es geht dabei nicht nur um die Bereitstellung, Auswertung und Präsentation von Daten, sondern die Führungskräfte sollen denjenigen Teil der strategischen Planung, für den sie verantwortlich sind, interaktiv durchführen können.

denn auch nur als Illustration dessen, was nach der gerade erläuterten These die Mutter der Tochter an spontaner Information zukommen lassen muss.

3.3.4.3.1 „Vredeling Vorschlag“

Der als „Vredeling-Vorschlag“ in der Literatur⁷⁶¹ bekannte Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie über die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer sah in Art. 3 eine Art Generalklausel betreffend allgemeiner Informationen über den Konzern vor. Danach müsste die Leitung eines Unternehmens mindestens einmal jährlich den Tochterunternehmen in der EU allgemeine erläuternde Informationen geben, die ein klares Bild der Tätigkeit des Mutterunternehmens und seiner Tochterunternehmen als Ganzes vermitteln. Die Unterrichtung müsste sich vor allem auf die Struktur, die wirtschaftliche und finanzielle Lage, die voraussichtliche Geschäftsentwicklung, die Beschäftigungslage und die voraussichtlichen Investitionen beziehen.

3.3.4.3.2 EU- Konzernrichtlinie

Der inzwischen abgeschriebene Vorentwurf für eine 9. EU-Richtlinie (Konzernrichtlinie) sah eine ähnliche Berichterstattungspflicht vor, die aber die Tochter getroffen hätte. Die Tochter hätte einen Sonderbericht mit einer umfassenden Darstellung der Beziehungen zur Mutter erstellen müssen. Er hätte keine Darstellung einzelner Geschäfte sein, sondern die Konzernbeziehungen nach Umfang und Intensität aufzeigen sollen.

Ein solcher Sonderbericht hätte nach der hier vertretenen These gleich in zweierlei Hinsicht anders ausgestaltet werden müssen, um den Informationsbedarf nicht der Arbeitgeber, sondern der Tochter abzudecken:

- Zunächst müsste er von der Mutter zuhanden der Tochter erstellt werden. Die Mutter bestimmt die Geschicke der Tochter und verfügt über einen wesentlichen Informationsvorsprung.
- Sodann ist er nicht retrospektiv, sondern prospektiv auszugestalten. Er soll eine mit Fakten untermauerte Prognose über die Entwicklung des Konzerns generell und der Auswirkungen auf die Tochter sein.

⁷⁶¹ Timmerman/Timmermanns, in: Lutter, 1994

3.4 Problemfeld: Information über die geschäftlichen Beziehungen im Konzern

3.4.1 Informationsbedarf

Gegenstand dieser Frage sind die „alltäglichen“ geschäftlichen Beziehungen zwischen den Gliedern eines Konzerns.

Probleme ergeben sich in diesem Bereich durch:

- Gefahr der Vermögensverlagerung⁷⁶².
Es müssen die zwischen Mutter und Tochter getätigten Geschäfte eingeordnet und bewertet werden können. Nicht nur die Aktionäre der Tochter brauchen diese Information, sondern in erster Linie die einzelnen Verwaltungsräte der Tochter. Letztere sind nicht automatisch über solche Austauschbeziehungen im Bilde, da der Verwaltungsrat der Tochter im Konzern oft umgangen wird und die Stellen in der Mutter direkt mit den zuständigen Stellen in der Tochter kommunizieren (Problem der direkten Kommunikationsbeziehungen). Sie müssen deshalb das Wissen erst durch Nachforschungen in der eigenen Gesellschaft oder der Mutter erwerben.
- Speziell: Verrechnungspreise
Es gehört zu den Aufgaben der Konzernführung, die insgesamt erzielten Gewinne zu optimieren. Dazu sollen die Gewinne der einzelnen Gesellschaften so gesteuert werden, dass sie dort anfallen, wo es einer Optimierung der Steuerbelastung des gesamten Konzerns dient (Aspekt der Steueroptimierung), bzw. dort wo sie aus der Sicht der Konzernfinanzierung gebraucht werden (z.B. zur Finanzierung von Investitionen). Diesem Zweck dienen die sog. ergebnisverlagernden Transaktionen⁷⁶³, wobei die Verrechnungspreispolitik im Vordergrund steht. Die Festlegung der konzerninternen Verrechnungspreise beeinflusst unmittelbar die Geschäftstätigkeit und insb. die Gewinnerzielung der Konzernglieder. Die Information darüber, wie sie berechnet, festgelegt und konzernweit gehandhabt werden, ist deshalb für die Tochter wichtig zur Beurteilung der Angemessenheit der Transaktionen. Allgemein geht es um die Transparenz der Geschäftsbeziehungen im Konzern. Aus diesen lassen sich auch wichtige Rückschlüsse auf die Position und die Rolle der Tochter im Konzern machen (Stichwort: wohin fließen die Betriebsmittel?)⁷⁶⁴.

⁷⁶² Als Illustration dieser Problematik der Entscheid der Cour de Cassation GE, in: SJ 1992, 338 (= Druery/Vogel, 1999, 310). Nicht nur der Aktionär muss sich gegen solche Nachteile wehren können, sondern in erster Linie der Verwaltungsrat der Tochter. Deshalb wird an dieser Stelle nicht gefragt, inwieweit sich Art. 697 OR auf die Beziehungen zur Mutter bzw. auf den Konzern bezieht, sondern was die Tochter selbst über solche Geschäfte im Konzern in Erfahrung bringen kann.

⁷⁶³ Theisen, 1991a, 333
Bsp. für solche Transaktionen: Verrechnung von nicht marktgerechten Preisen für Warenlieferungen und Dienstleistungen, fiktive Geschäfte bezüglich der Vermittlung von Know-how oder anderen immateriellen Gütern, Darlehensgewährung zu nicht marktkonformen Bedingungen etc. Vgl. auch Johnson/La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer, 2000, zum „Tunnelling“

⁷⁶⁴ Unbestritten ist, dass auch bei der unabhängigen Gesellschaft die Gefahr besteht, dass mangels Transparenz auf den Märkten nachteilige Geschäfte geschlossen werden. Im Konzern geht es jedoch um mehr als bloss um fehlende Markttransparenz bei Geschäften. Wegen der

- Konzernklauseln:
Die Tochter kann durch die Mutter Dritten gegenüber verpflichtet werden, wenn die Mutter eine „Gesamtkonzernleistung“ verspricht⁷⁶⁵. Z.B. versprechen Muttergesellschaften oft in einer Klausel, dass die von der Mutter eingegangenen Verpflichtungen auch für alle Tochtergesellschaften gelten (Konzernklausel). Die Mutter kann durch Einsatz der Leitungsmacht die nachträgliche Genehmigung der Geschäfte durch die Tochter durchsetzen.
- Managementinformation:
Hier geht es um die Information, die es braucht, um die Tätigkeit der Konzernglieder im Alltag zu koordinieren. Die Glieder eines Konzerns sind oft durch ein ganzes Bündel von verschiedenen Beziehungen miteinander verbunden (Finanzen, gemeinsames Marketing, Lieferbeziehungen etc.), was einen erheblichen Koordinationsbedarf schafft. Eigentlich dürfte es in diesem Bereich nur selten Probleme geben, da es sich typischerweise um Fälle handelt, wo die Mutter ein eigenes Interesse an der Informierung der Tochter hat. Es ist ja an sich klar, dass bei wesentlichen Geschäften/Beschlüssen/Sachverhalten, die die Tochter betreffen, der Verwaltungsrat der Tochter vollständig informiert sein soll und in der Praxis wohl auch informiert wird. Wenn der Tochter doch ein eigentlicher Informationsanspruch eingeräumt werden soll, so geht es darum, dass solche Geschäfte der Tochter nicht einfach sollen diktiert werden können und dass der Verwaltungsrat zumindest eine Beurteilung des Geschäfts vornehmen kann (Aspekt des organisatorischen Integritätsinteresses). Deshalb muss die Mutter der Tochter alle für die Beurteilung des betreffenden Geschäfts notwendigen Informationen in genügender Qualität (insb. zeitgerecht) zur Verfügung stellen.

Trotz des natürlichen Anreizes des Mutters, dies zu tun, gibt es aber durchaus Interessenkonflikte:

- (a) sachlich, wenn die Mutter die Tochter nicht über eine für diese schädliche Disposition orientieren will;
- (b) zeitlich, wenn die Mutter zu einem anderen Zeitpunkt informieren möchte als die Tochter das bräuchte (rechtzeitig aus der Sicht der Mutter ist nicht rechtzeitig für Tochter, vgl. das oben genannte Beispiel „Firestone“) und
- (c) qualitativ, wenn die von der Mutter gelieferten Informationen der Tochter nicht genügen.

Leitungsmacht der Mutter besteht die Gefahr, dass der Verwaltungsrat seine Kontrollfunktion nicht genügend wahrnimmt und einseitige Vermögensverlagerungen auf die Mutter genehmigt. Bei der Auslagerung von Geschäftsführungsfunktionen auf die Mutter (z.B. Finanzmanagement) ist der Verwaltungsrat zudem auch von den Informationen abgeschnitten. Bei der konzernierten Gesellschaft sind die Benachteiligungsgefahren quasi dauernd akut bzw. institutionalisiert. Es gibt keine "Richtigkeitsgewähr" für die Entscheidungen des Verwaltungsrats, weil dieser zu grossen Teilen fremdbestimmt ist und auch die Generalversammlung als Kontrollorgan möglicherweise ausfällt, da sie von der Mutter beherrscht ist. Die Stellung des unabhängigen Mitglieds des Verwaltungsrats ist besonders prekär – gerade er braucht weitgehende Informationen. Sonst trägt er Entscheidungen mit, obwohl er nicht genügend informiert ist.

3.4.2 Ist-Situation

In diesem Problemfeld entsteht der Informationsbedarf der Tochter aus den mit den Konzerngliedern getätigten Geschäften. Aus dem Vertragsrecht erwachsen den Vertragsparteien gegenseitige Informationspflichten⁷⁶⁶. Diese haben jedoch nur die richtige Abwicklung des konkreten Vertrags zum Gegenstand, was im vorliegenden Kontext zu eng ist. Zum einen ist mit diesen Informationen allein kein Vergleich mit den Geschäften möglich, die die Mutter mit den andern Töchtern oder Dritten praktiziert. Das Informationsrecht müsste sich deshalb auch auf Verträge zwischen anderen Parteien beziehen – insb. wenn sie wie im Falle der Konzernklauseln die Tochter unmittelbar betreffen. Zum andern ist diese Information thematisch zu eng: sie soll nur die Abwicklung des konkreten Vertrags ermöglichen, mehr nicht. Keinesfalls erreichen sie einen Umfang, wie oben geschildert.

Das Aktienrecht kennt keine explizite Pflicht der Mutter zur Informierung der Tochter über die dargestellten geschäftlichen Beziehungen im Konzern.

3.4.3 Begründungsansätze:

- **Integritätsinteresse:**
Das Integritätsinteresse verlangt, dass die Tochter generell über alle Dispositionen (Leitungshandlungen, Transaktionen, Verträge) informiert wird, die die Mutter für sie trifft⁷⁶⁷. Dies betrifft etwa die konzernweite Implementierung bestimmter Aufgaben (Compliance-Bereich), Konzernklauseln in Verträgen, Sicherungsverträge zugunsten Dritter, Konzerndienstleistungen, erwartete Finanzflüsse; Konzernverrechnungsklauseln; konkrete Geschäfte etc. Besonderer Informationsbedarf entsteht bei einzelnen Geschäften oder Systemen (Bsp.: soll sich die Tochter an einem zentralen Cash-Management System beteiligen, muss sie die Bonität der daran angeschlossenen Konzernglieder beurteilen können). Wenn die Mutter über solche Geschäfte die Tochter nicht genügend informiert und die vorherige formelle Zustimmung des Tochter-Verwaltungsrats abwartet, sondern nur mit Hilfe der Leitungsmacht die nachträgliche Genehmigung durchsetzt, verletzt sie das Integritätsinteresse der Tochter.

⁷⁶⁶ vgl. etwa Abegglen, 1995; Guhl/Koller, 2000, 11ff.; Kramer/Schmidlin, 1986, N 96ff. Allgemeine Einleitung in das schweizerische OR

⁷⁶⁷ Viele derartige Geschäfte werden erst dann rechtsverbindlich, wenn die Tochter ihre Zustimmung gegeben hat. Hier darf nach dem vorgeschlagenen Konzernleitungsmodell der Verwaltungsrat der Tochter erst dann seine Zustimmung geben, wenn er die Informationen erhalten hat, die für einen Entscheid in genügender Sachkenntnis notwendig sind. Es gibt hingegen auch noch Situationen, in denen die Mutter Dispositionen für den ganzen Konzern trifft, eine Tochter aber davon nicht notwendigerweise rechtzeitig Kenntnis erhält. Z.B. wenn die Mutter mit der Hausbank des Konzern eine konzernweite Kreditlimite vereinbart. In anderen Konstellationen wird die Zustimmung der Tochter zu einer Verpflichtung, die die Mutter in ihrem Namen eingeht, angenommen werden. Z.B. wenn die Mutter in einem Vertrag mit einem Dritten erklärt, die Vereinbarung binde alle Gesellschaften des Konzerns. Wenn einheitliche Leitung im Konzern durch Doppelorgane hergestellt wird, so könnte deren Wissen um den Vertrag mit der Konzernklausel auch der Tochter als Wissen zugerechnet werden. In einem solchen Fall könnte ein Gericht zum Schluss kommen, die Tochter habe der Verpflichtung stillschweigend zugestimmt.

- **Konzerndimensionale Anwendung der Informationsrechte des Aktienrechts:**
Die im Gesetz garantierten Informationsrechte dürfen durch die Konzernierung nicht verkürzt und entwertet werden. Der Verwaltungsrat der Tochter muss Auskunftsbefehlen erfüllen, die sich auf den Konzern beziehen. Deshalb muss er von der Mutter informationell in die Lage versetzt werden, diese (berechtigten) Auskunftsbefehlen zu erfüllen⁷⁶⁸. Insbesondere müssen die Informationen, die die Tochtergesellschaft betreffen, in den Kontext des gesamten Konzerns gestellt, d.h., mit Hintergrundwissen ergänzt werden. Auch die Lieferung dieser Hintergrundinformation (über den Konzern generell oder über einzelne Geschäftsbereiche bzw. sogar Geschäfte) gehört deshalb zur Informationspflicht der Mutter⁷⁶⁹.
- **Rozenblum Grundsätze:**
Einzelne für die Tochter nachteilige Geschäfte sind zwar zulässig, setzen aber eine kongruente und genügende Informationspolitik voraus. Denn das dauernde Abwägen zwischen Nutzen/Kosten des Einflusses des Konzerns setzt ja eine informierte und autonome Verwaltung der Tochter voraus. Es ist kaum anzunehmen, dass die Mutter sich zu ihrer Entlastung auf die Rozenblum-Grundsätze berufen könnte, wenn sie nicht nachweisen kann, dass die Verwaltung der Tochter über die betreffenden Geschäfte genügend informiert und sie nach einer Abwägung der Vor- und Nachteile zugelassen hat. Die Mutter soll nur dann das „Rozenblum-Privileg“ für sich in Anspruch nehmen können, wenn die Verwaltung der Tochter informationell in der Lage war, die Auswirkungen der Konzernpolitik bzw. der Geschäfte mit der Mutter genügend zu beurteilen.
- **Konzerndimensionale Anwendung der Sonderprüfung:**

⁷⁶⁸ Das Auskunftsrecht nach Art. 715a OR muss deshalb sehr weit verstanden werden, wenn es sich um den Verwaltungsrat einer abhängigen Gesellschaft handelt. Dies ist notwendig zum Schutze der Tochter, die ein selbständiges Interessenzentrum ist (Druey/Vogel, 1999, 316, N 9).

Konkret ist deshalb zu fordern:

- Zum Kreis der auskunftspflichtigen Personen (Abs. 2+3 „die mit der Geschäftsführung betrauten Personen“) gehören auch die Personen, die in der Mutter mit der Geschäftsführung für die Tochter befasst sind.
- Das Objekt des Auskunftsanspruchs („alle Angelegenheiten der Gesellschaft“, „einzelne Geschäfte“, „Bücher und Akten“) ist so zu verstehen:
 - „Angelegenheiten der Gesellschaft“ betrifft alles Wissen über die Tochter, wo auch immer es im Konzern gelagert ist (Druey/Vogel, 1999, 316 N 9). Dazu gehört insbesondere alles, was es zur Erfüllung der unübertragbaren Aufgaben nach Art. 716a OR braucht (insb. Planung: Produktion, Finanzen, Personal etc. („Wer im Konzern macht wo was wie für die Tochter?“)).
 - „Einzelne Geschäfte“ bedeutet detaillierte Information über jedes Geschäft, das mit der Mutter oder irgendeinem anderen Konzernglied getätigt wird. Auf Art. 716a OR lässt sich die These stützen, dass bei jedem Geschäft umfassende Information von der Mutter mitgeliefert werden muss. D.h., dass die Mutter der Tochter auch über Details Auskunft geben müssen, sofern ein bestimmtes Geschäft die Tochter betrifft.
 - „Bücher und Akten“ sind auch solche, die bei der Mutter liegen bzw. deren Eigentum sind und von ihr erstellt wurden, falls sie inhaltlich relevant sind.

⁷⁶⁹ Z.B. kann die Revisionsstelle der Tochter einen Anspruch auf die Konzernrechnung auf Art. 728 OR stützen. Sie braucht diese zur Beurteilung der Rechnung der Tochter. Die Konzerndimensionalität spielt auch bei der Anzeigepflicht bei offensichtlicher Überschuldung (Art. 729b OR) hinein: Wenn eine Tochter massgebliche Darlehen an andere Konzernglieder gewährt hat, kann eine Überschuldungssituation eintreten, wenn sich diese Darlehen wegen der schlechten Finanzlage des Konzerns als gefährdet herausstellen.

Die Sonderprüfung ist ein hervorragendes Instrument, um Informationen über Transaktionen zu sammeln und zugänglich zu machen, die den Verdacht auf eine Schädigung der Interessen der Tochter erwecken.

3.4.4 Frage: „Muss die Mutter der Tochter ihre eigene (konzernweite) Investitionsplanung/ihre Budgets zur Verfügung stellen?“

3.4.4.1 Informationsbedarf

Die Verwaltung der Mutter erstellt oft einen Finanzplan für den ganzen Konzern. Dieser ist für die Tochter unmittelbar von Belang, denn deren eigene Investitions- und Desinvestitionsentscheide hängen davon ab, wie viel Mittel ihr zur Verfügung gestellt oder aus ihr abgezogen werden. Der Informationsbedarf ist deshalb in erster Linie damit begründet, dass die Mutter über die konzernweite Finanzplanung bzw. die Budgets massiv auf die Geschäftsführung der Tochter Einfluss nimmt.

3.4.4.2 Begründungsansätze:

- Konzernleitungspflicht:
Da sich die Tochter an den betreffenden Vorgaben ausrichten soll, ist es Teil der Konzernleitungspflicht, ihr die betreffenden Zahlen vollständig und rechtzeitig zur Verfügung zu stellen. Dies wird im Grundsatz denn auch nicht weiter streitig sein. Interessenkonflikte bestehen jedoch dadurch, dass die Tochter z.B. auch die Unterlagen einsehen will, die die Entscheidungsgrundlagen zu den Vorgaben darstellen oder einen höheren Detaillierungsgrad der Information verlangt.
- Integritätsinteresse/Geschäftsführungswissen:
Sind die Pläne und Budgets der Mutter für die Tochter (faktisch) verbindlich, so ersetzen diese die eigenen Pläne der Tochter (es handelt sich somit um einen typischen Fall der Auslagerung von Geschäftsführungswissen auf die Tochter bzw., wenn man den Vorgang der Erstellung der Vorgaben betrachtet, um eine Auslagerung von Geschäftsführungsfunktionen, die dem Verwaltungsrat vorbehalten sind). Zudem haben diese unmittelbaren Einfluss auf die weitere Geschäftsführung in der Tochter, sollen diese ja sogar bestimmen. Es handelt sich um Geschäftsführungsinformation, über die die Verwaltung in einer konzernfreien Gesellschaft unbeschränkt verfügen würde. Das Integritätsinteresse verlangt deshalb, dass solche Pläne und Budgets der Tochter zur Verfügung stehen.

Heikel ist dabei die Grenzziehung zwischen dem, was noch zum Geschäftsführungswissen der Tochter gehört und was nicht mehr. Die Relevanz als allgemeine Grenze für einen Informationsanspruch ist nicht ohne weiteres zu beurteilen. Je nachdem, was im konkreten Fall noch als relevant bezeichnet wird, bekommt die Tochter einen mehr oder weniger engen Ausschnitt aus der gesamten Finanzplanung für den Konzern zu sehen. Auf jeden Fall geht der Anspruch auf die „Zahlen“, die unmittelbare Vorgaben für die Tochter darstel-

len, und diejenigen Informationen, die es braucht, um diese Vorgaben zu verstehen und in den Kontext des gesamten Konzerns stellen zu können. D.h., dass dazu nicht nur die nackten Vorgaben gehören, sondern zusätzlich Hintergrundinformationen, damit die Tochter ein rundes, in sich geschlossenes Bild (in diesem Sinne eine „true and fair view“) über die Vorgaben hat. Dazu gehören auch die wesentlichen Entscheidungsgrundlagen (z.B. Annahmen über die Verkaufszahlen, Bedarf an Investitionen etc.). Nicht dazu gehören aber die Vorgaben für andere Konzernglieder oder die Mutter selbst. Solche Zahlen haben mit der Geschäftsführung in der Tochter nur sehr indirekt zu tun.

3.4.5 Frage: „Welche Informationen muss die Mutter der Tochter als Entscheidungsgrundlagen liefern, wenn sie jener (faktisch verbindliche) Weisungen erteilt?“

3.4.5.1 Informationsbedarf

Formell können nur die in der Tochter mit der Geschäftsführung betrauten Personen (d.h., der Verwaltungsrat und ev. die im Organisationsreglement bezeichneten Personen) für die Tochter rechtlich verbindliche Entscheide fällen. Diese können sich dabei nach Vorgaben der Mutter richten, jedoch bleiben sie für ihre Entscheide verantwortlich. Nur wenn sie Zugriff zu den den Weisungen der Mutter zugrunde liegenden Informationen, d.h., auf die Entscheidungsgrundlagen, haben, können sie ihre gesetzliche Sorgfalts- und Treuepflicht erfüllen.

Bsp: Die Mutter verlangt von der Tochter die Gewährung eines Darlehens. Insbesondere wenn die Konditionen nicht marktüblich sind, darf die Verwaltung der Tochter dieses nicht ohne weiteres gewähren. Sie muss von der Mutter die zur Beurteilung des Darlehensrisikos notwendigen und üblichen Informationen (Bonität des Konzerns, Sicherheit, Rückzahlungsfristen etc.) verlangen. Soll das Darlehen zu Konditionen gewährt werden, die zum Nachteil der Tochter nicht den am Markt üblichen entsprechen, braucht sie weitere Informationen, um eine Abwägung im Sinne der Rozenblum-Kriterien vorzunehmen. Erhält sie diese Informationen nicht, ist es die Pflicht des Verwaltungsrats, das Darlehen zu verweigern.

Bsp: Die Mutter gibt der Tochter die Anweisung, die Produktion des Gutes X einzustellen und dieses fortan bei einer Schwesterfirma zu beziehen. Hat die Verwaltung der Tochter Anspruch auf Einsicht in die Entscheidungsgrundlagen (Kostenvergleiche, Strategie Gesamtkonzern, Marktstudien)?

Bsp.: Der Verwaltungsrat der Tochter will wissen, wer die Finanzpolitik für den Konzern bestimmt; oder wer den Entscheid gefällt hat, den Geschäftsbereich XY aufzugeben; auf welchen Daten, Analysen etc. sich dieser Entscheid stützte.

3.4.5.2 Begründungsansätze

- **Faktische Organschaft**
Wenn die Mutter solche Weisungen erteilt, ist klar, dass (faktisch) ein Teil der Geschäftsführung, die eigentlich unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrates ist, auf die Mutter übertragen ist. Dann ist sie faktisches Organ und es treffen sie dessen Treue- und Sorgfaltspflichten. Sie ist deshalb im gleichen Masse wie ein ordentliches Mitglied des Verwaltungsrates verpflichtet, das Gremium Verwaltungsrat zu informieren und ihr Wissen zu teilen.
- **Integritätsinteresse**
Die Information, die der Entscheidung und der Weisung zugrunde liegt, ist Geschäftsführungswissen der Tochter. Stellt die Mutter dieses der Tochter nicht zur Verfügung, verletzt sie deren Integritätsinteresse.
- **Konzernleitungspflicht**
Eine Weisung kann nicht ausgeführt werden, wenn sie nicht mit Kontextinformationen ergänzt wird. Gerade im Konzern, wo oft von den Konzerngliedern eine hohe Autonomie (unter Ausrichtung auf die vorgegebenen Konzernziele) erwartet wird, müssen Weisungen so gefasst werden, dass die Tochter sie im grösseren Zusammenhang des Konzerns sieht und falls notwendig selbständig agieren kann.