



Welcome to
FIR-HSG

the Research Center for Information Law at the University of St.Gallen,
Switzerland

REFERAT von lic. iur. HSG Paul Peyrot, Rechtsanwalt

15. Dezember 2000

1 Die Informationspflicht der Konzernmuttergesellschaft gegenüber ihrer Tochter

1.1 Einleitung

Gedanke:

- aus der Praxis hört man immer wieder Klagen über die desolate Situation eines Verwaltungsrates einer Tochtergesellschaft.
(nicht informiert, nicht involviert, reine Befehlsempfänger)
- Auch aus der publizierten Gerichtspraxis sind abschreckende Beispiele bekannt: Firestone; Urteil ZR 1999 („T in einem komplexen Firmenschwungel, die nicht einmal weiss, wer ihre M ist“)
- Was kann de lege lata zur Verbesserung der Informationslage der Tochter bzw. ihrer Organe getan werden?

Vorbemerkungen:

- a) Es wird versucht, die wesentlichen Thesen auf das positive Recht abzustützen. Naturgemäss kann man verschiedener Meinung sein, ob dies gelungen ist oder nicht. Aber auch falls man

den Versuch für gescheitert hält, lohnt sich die Auseinandersetzung mit ihnen, weil mit ihnen ein erster Schritt zu einer Diskussion über Corporate Governance im Konzern getan wird. (In der Corporate Governance Diskussion besteht die paradoxe Situation, dass der Fokus auf Grossgesellschaften liegt, die eigentlich immer Konzerne sind, die besonderen Probleme des Konzerns jedoch mit keinem Wort erwähnt werden.)

- b) Ziel der Thesen ist es, die Frage der Informationsordnung im Konzern auf die Agenda zu bringen und eine schöne Kontroverse auszulösen!
- c) Ein gut geführter Konzern wird meist im Sinne eines fortschrittlichen Informationsmanagements die in dieser Arbeit problematisierten Informationen ohne weiteres dem T-VR zur Verfügung stellen, damit dieser richtig arbeiten kann. Es ist aber nicht überflüssig, über mögliche Rechtspflichten nachzudenken, weil im Einzelfall Informationspathologien auftreten können. Dies v.a. bei Interessenkonflikten zwischen M und T bzw. Einsatz der Information als Machtinstrument.
Wenn im folgenden von einer Pflicht zur Informierung die Rede ist, dann ist damit immer gemeint, dass Information von genügender *Qualifität* geliefert werden muss, d.h. Informationen, die ihren Zweck erfüllen können¹.

1.2 Funktion der Information im Unternehmen aus betriebswirtschaftlicher Sicht

Es braucht nicht viele Worte zur Bedeutung von Information in der Unternehmung: „Information is the only asset a company needs to own.“ (Tom Peters)

Information wird oft als die entscheidende Ressource im Unternehmen betrachtet, die den sinnvollen koordinierten Einsatz der anderen Ressourcen (Kapital, Rohstoffe, Arbeitskräfte) erst ermöglicht. Sie wird damit zur unternehmerischen Ressource schlechthin.

Der Begriff der Information ist hier extrem weit. Von welcher Information ist im Folgenden die Rede? Wirtschaftlich gesehen hat die Information zwei verschiedene Funktionen: a) Ressource, Asset (Wissen, know how, immaterielle Güter b) Teil der Organisation, Leitung (Leitungsvorgänge können als Informationsvorgänge gesehen werden). Im folgenden geht es primär um letzteres, d.h. um die Information, die die Gesellschaftsorgane brauchen, um ihre Aufgaben zu erfüllen. Ausgangspunkt der Studie ist die rechtliche Informationsordnung der AG. Untersucht wird, wie sich die Konzernierung auf die Information in und über die T auswirkt und welche rechtlichen Folgen diese Auswirkungen nach sich ziehen müssen.

In der Betriebswirtschaftslehre (Informationsmanagement)² werden die Arten der Information, die zur Geschäftsführung gebraucht werden, folgendermassen katalogisiert:

- Prozess- oder Handlungsinformationen (beziehen sich auf konkrete Leistungserbringung)
- Sachinformationen: Die zur Sachbearbeitung erforderlichen Grundinformationen (Problembeschreibung, zur Lösung des Problems wichtige Sachverhalte etc.). Sachinformationen sind zweckorientiert, sie sind in den Handlungskontext der Aufgabenerledigung eingebettet.
- *Kontextinformationen* (implizite oder explizite Hinweise auf Organisation, Funktionsweise, Kernkompetenzen und –prozesse, dies alles bezogen auf „diejenige Organisation, welche insgesamt für das Ergebnis des verzweigten und arbeitsteiligen Geschäftshandelns verantwortlich zeichnet“, d.h. in unserem Kontext der K).

Lesca/Lesca, 1995, 14ff. unterscheiden folgende Arten der Information in der Unternehmung:

- information de fonctionnement (commande et contrôle)
- information d'influence
- information d'anticipation

1.3 Funktion der Information in der Gesellschaft aus juristischer Sicht

Die Informationsordnung in der AG ist ein wesentlicher Teil des Organisationsrechts!

(Das Gesellschaftsrecht schafft für die AG eine Informationsordnung, die das funktionieren der AG gewährleisten soll.)

Die Informationsordnung der AG dient:

- der Leitung in der AG (Information des VR)
- der Kontrolle/Aufsicht (Publizität)
- dem Minderheitenschutz bzw. der Wahrung der Rechte der Aktionäre und Gläubiger (Auskunft und Einsicht)

Oft steht hinter bestimmten Informationsrechten der Gedanke, dass Information bzw. Publizität als Ersatz für materielles Recht dienen kann.

¹ es geht also um den pragmatische Dimension der Information – da der Bedarf an Information in dieser Hinsicht unendlich ist, wird bewusst gesagt, dass es um Info. geht, die (objektiv gesehen) ihren Zweck erfüllen kann. Es geht also eher um die Deckung des Informationsbedarfs, nicht des Informationsbedürfnisses.

² Schaffroth, Paradigmenwechsel im Informationsmanagement

1.4 Fazit: Sowohl aus rechtlicher Sicht wie auch aus betriebswirtschaftlicher Sicht spielt die Information in einer Unternehmung eine überragende Rolle. Es ist deshalb von grösster Bedeutung, dass diese Information von genügender Qualität ist und ihre Funktion erfüllen kann.

1.5 Besondere Probleme der Informationsordnung im Konzern

Genügende und gute Information ist immer und überall ein Problem, auch in der unabhängigen AG. Wieso kann man den Konzern nicht einfach als Teil der relevanten Umwelt der T betrachten und es dem VR der T überlassen, mit irgendwelchen Mitteln bzw. aus irgendwelchen Quellen die notwendigen Informationen zu sammeln, genauso wie er Informationen über die Märkte sammelt?

Argumentationslinie:

Die Konzernierung führt zu einer grundlegenden Veränderung der Information in und über die T.

Die Veränderung kann dazu führen, dass die Information über und in der T nichts mehr taugt. Dies führt dazu, dass die gesetzliche Informationsordnung der AG unterlaufen wird. Dies widerspricht dem geltenden Recht.

Der Konzern ist ein ganz spezifischer Hintergrund (Kontext) für die Informationen über die T: es ist nicht das Gleiche, ob das in der Bilanz aufgeführte wesentliche Darlehen der Konzernmutter oder einer Drittgesellschaft gewährt wurde³. Es ist auch wesentlich zu wissen, ob ein bestimmter Entscheid des T-VR von der M vorbestimmt wurde. Die Möglichkeit der Ausübung der Leitungsmacht führt dazu, dass die Organe der T ganz anders handeln als bei der konzernfreien. Der Bedingungsrahmen ist ein anderer und dies muss bei der Beurteilung jeder Information über die T berücksichtigt werden.

Der Konzern ist aber nicht nur eine spezifische Umwelt für die T, er schafft auch einen ganz eigenen Informationsbedarf, der mit der Ausübung der Leitung bzw. der damit einhergehenden Abhängigkeit einhergeht. Ohne dass der T-VR weiss, was die M mit der T machen will und wird, kann er einfach nicht handeln.

These: Die Qualität der Information über eine AG ist gefährdet, wenn diese Teil eines Konzerns ist.

³ Bei einem Darlehen an Dritte besteht eine höhere Richtigkeitsgewähr: man kann davon ausgehen, dass die Geschäftsführung einen solchen Fall intensiver prüft als bei einer Kreditgewährung an die M, und beim Entscheid nur das Interesse der eigenen Gesellschaft berücksichtigt, nicht des K. → durch den Einfluss der Leitungsmacht erscheinen in der abhängigen Konzerngesellschaft alle Entscheidungen als potentiell zweifelhaft, weil möglicherweise fremdbestimmt bzw. -nützig!

1.6 Anforderungen an die Informationsordnung im Konzern aus betriebswirtschaftlicher Sicht

- sowohl die Konzernspitze wie die einzelnen Glieder müssen Zugriff haben auf die für ihre Funktion notwendige Information. Dieses setzt sich zusammen aus Prozessinformation, Sachinformation und Kontextinformation.
Kongruenz der Leitungsordnung mit der Informationsordnung
- Die Information wird zeitgerecht und in bedarfsgerechter Qualität zur Verfügung gestellt; Überinformation ist genauso zu vermeiden wie fehlende Information
- Keine Einschränkung des Informationsflusses durch die rechtliche Organisationsform. (Juristisch würde dies zur Frage führen, ob in einem Konzern eine Freizügigkeit der Informationen herrscht, die die Grenzen der verschiedenen juristischen Personen überwindet)⁴
- Konzerndimensionalität der Information: notwendige Einbettung der Information über ein bzw. in einem Konzernglied in den Gesamtzusammenhang des Konzerns.

Die Information über die T muss mit Information über den K ergänzt sein, damit sie ihren Zweck erfüllen kann⁵.

Die Information ist ungenügend, wenn sie der rechtlichen Organisation folgt und nicht das Konzernganze umfasst (wird nur über die T orientiert, so genügt dies nicht, da diese Informationen nur im Gesamtzusammenhang des Konzern richtig bewertet werden können): Würde die Information immer nur eine einzige juristische Person betreffen, würde dies zu einer organisatorischen Verkürzung der Informationsversorgung bzw. zu einem faktischen Ausschluss von den Informationsquellen und –grundlagen führen.

These: Der Konzern braucht eine besondere Informationsordnung.

⁴ Achtung: Die Leitungsordnung ist durch das Gesellschaftsrecht vorgegeben – die M ist nicht frei darin, alle Leitung bzw. Kompetenzen an sich zu ziehen und so auch die Informationsordnung zu bestimmen. Es muss zunächst bestimmt werden, wie eine zulässige Konzernleitungsordnung aussieht, dann muss die Informationsordnung im Konzern gestaltet werden.

⁵ Die pragmatische Dimension der Information steht auf dem Spiel: aus dieser Sicht ist das Informationsbedürfnis unendlich (Unendlichkeit der Relevanz), deshalb muss an einer Stelle ein Schnitt gemacht werden, um die Nachfrage zu begrenzen

1.7 Ansätze zur Begründung einer rechtlichen Pflicht zur Gestaltung der Informationsordnung im Konzern im oben geschilderten Sinne

Das Problem, das sich stellt ist jetzt folgendes: Wie finden die Postulate der BWL und der Informationstheorie Eingang ins Recht, bzw. wie werden aus ihnen konkrete Rechtspflichten?

Die BWL und die Informationstheorie können zwar keine Rechtspflichten begründen, sie können jedoch herangezogen werden, wenn es darum geht, den Inhalt von bestehenden Informationsrechten und –pflichten zu konkretisieren. Es geht also darum, bestehende Normen anzuwenden, so dass sie als Schnittstelle zwischen dem Recht und der BWL bzw. der Informationstheorie wirken können.

Ansatz: Ausgangspunkt ist der Informationsbedarf der T bzw. ihrer Organe⁶. Das Gesetz hat für die AG eine Informationsordnung aufgestellt, die bestimmt, wie dieser Informationsbedarf zu decken ist. Diese Informationsordnung ist durch das positive Recht geschützt, auch im Konzernzusammenhang. Der Informationsbedarf kann aber nur gedeckt werden, wenn die erhaltene Information bestimmten Eigenschaften genügt, die deren Qualität ausmachen.

1.7.1 1. Schnittstellen Informationstheorie/Recht

1.7.1.1 - Qualität der Information

These: besteht ein Anspruch auf Information, dann geht dieser auf Information von genügender Qualität. Genügende Qualität besteht nur, wenn eine Information in den Hintergrund eingebettet ist bzw. von Hintergrundinformationen (Kontextinformation) begleitet wird.

Die Qualität der Information wird durch folgende Eigenschaften bestimmt (nach Druey):

- Richtigkeit
- Vollständigkeit
- Sicherheit
- Klarheit
- Schlüssigkeit
- Aufnehmbarkeit

⁶ Informationsbedarf ist objektiv betrachtet; Informationsbedürfnis ist subjektiv betrachtet.

- Nützlichkeit (insb. Zeitgerechtigkeit)

Weitere Elemente (Definitionsansätze):

- Problemrelevanz (Zweckorientiertheit: trägt die Information zur Lösung eines Problems bei?)
- Wahrscheinlichkeit (Grad der Sicherheit, wahr zu sein)
- Bestätigungsgrad (Glaubwürdigkeit aufgrund verfügbaren Erfahrungswissens)
- Überprüfbarkeit (Möglichkeit, einen Wahrheitsbeweis zu führen);
- Genauigkeit (Präzision, Detailliertheit);
- Aktualität (Neuheitsgrad).

Qualitativ genügende Information muss ein im Einzelfall bestimmtes Optimum der verschiedenen Eigenschaften sein, aber es muss für jede Eigenschaft eine Untergrenze erreicht sein, sonst taugt die ganze Information nichts.

These: Die Richtigkeit, Vollständigkeit und Nützlichkeit der Information in der T und über die T⁷ sind ungenügend, wenn sie nicht konzerndimensional ausgestaltet sind, d.h. mit den notwendigen Informationen über den Konzern ergänzt sind.

These: Damit die Information über eine und in einer konzernierten Gesellschaft qualitativ genügend ist, muss sie von Hintergrundinformationen über den gesamten Konzern begleitet sein, m.a.W. muss sie konzerndimensional ausgestaltet sein.

1.7.1.2 - Informationsmotive

Druey teilt sie in die Kategorien Organisation und Kommunikation ein. Es handelt sich dabei um Gleichbehandlung⁸, Betroffenheit, Abhängigkeit, Zuständigkeit, Kontrolle, Durchsetzung von anderweitigen Rechten. Diese Motive begründen für sich selbst noch keine Rechte und Pflichten, sondern dienen als Argumente bei der Diskussion um die Begründung solcher.

Im Verhältnis M/T spielen mehrere Motive sehr stark hinein: die T ist von Leitungshandlungen der M betroffen, sie ist von dieser abhängig, aus der übergeordneten Sicht der Konzernorganisation hat sie bzw. ihre Organe eine besondere Zuständigkeit im Konzern.

⁷ Info über die T: Bsp. Bilanz und Information über die Organisation der Ges. nach OR 716b
Info in der T: Bsp. Information des VR nach OR 715a

1.7.2 2. Schnittstellen BWL/Recht

Ich sehe folgende mögliche Einfallstore für die Erkenntnisse der BWL ins Recht:

- Rechtspflicht zur Wahrung des Integritätsinteresses (Schluep, Amstutz) bzw. der zwingenden Kompetenzordnung im Konzern (Druey, Böckli, Forstmoser)

Wenn es so ist, dass die M der T einen gewissen Grad an Autonomie einräumen muss, so muss sie sie auch mit den Informationen über den Konzern versorgen, die die Basis dieser Autonomie bilden.

- Konzernleitungspflicht (Stichwort: konzernweites Informationsmanagement als sorgfältige Konzernführung)

Leitung erfolgt durch Information. Wirksames Konzerninformationssystem ist Teil der Leitungspflicht. Die BWL sieht die Konzernzentrale in einer Mittlerrolle im Rahmen eines aktiven Informationsaustausches zwischen den verschiedenen Unternehmensbereichen. Sie soll den Wissenstransfer zwischen den verschiedenen Business Units ermöglichen.

These: Aus der externen KLP muss die M die T in die Lage versetzen, ihre Informationspflichten (konzerndimensional verstanden) zu erfüllen. D.h. wenn die T ihren Informationsgläubigern Informationen über die M liefern muss, muss die M ihr diese zur Verfügung stellen.

These: Aus der internen KLP⁹ muss die M dem T-VR die Informationen zur Verfügung stellen, die dieser für eine optimale Geschäftsführung für die T im Rahmen des Konzerns braucht.

These: Aus dem Recht der T auf Leitung folgt ein Recht auf Lieferung der für die Geschäftsführung notwendigen Information.

⁸ Druey, Information, S. 201: Gleichversorgung mit Kenntnis aus der Organisation ist bei organisatorisch gleicher Einordnung geboten.

⁹ Druey/Vogel, 375: Drei verschiedene Grundlagen einer Konzernleitungspflicht, die alle drei eine interne KLP begründen (intern heisst die Pflicht besteht nicht gegenüber Dritten sondern von der M der T gegenüber). Pflicht der M-Organen, das in den Beteiligungen liegende Potential zu nutzen
Pflicht der M gegenüber der T, die beanspruchte Leitungsmacht zum besten der Tochter wahrzunehmen
Pflicht der M, besondere Leitungspflichten gemäss eigener Kundgabe oder speziellen gesetzlichen Bestimmungen zu erfüllen.

Druey, Leitungsrecht- und Pflicht, 27, meint, die Konzernleitungspflicht könne auch von der T beansprucht werden, diese also ein Recht auf Leitung habe. Denn übt die M Leitung aus, so ist dies als Auslagerung von Leitungszuständigkeiten von der T auf die M zu betrachten – daraus entsteht ein Schutzbedürfnis der T bzw. eine Zuständigkeit der M. Die T hat aus Treu und Glauben ein Recht auf Leitungsimpulse von genügender Qualität.

- Sorgfaltspflichten des VR

Art. 717 OR ist ebenfalls ein Einfallstor für die Konzepte der BWL ins Recht: Was Sorgfalt in der Geschäftsführung im Kontext eines Konzerns ist, soll nach betriebswirtschaftlichen Kriterien bestimmt werden. Dies gilt sowohl für den M VR wie für den T VR.

1.8 Ansätze zur Begründung von Informationspflichten der M im Gesellschaftsrecht

1.8.1 Konzernleitungsmodelle: zulässige Leitung im Konzern im Konzern erfolgt durch Information bzw. setzt sie voraus!

Wie darf Leitung im Konzern rechtlich zulässigerweise ausgeübt werden? Die Frage wird in der Lehre unterschiedlich beantwortet, weshalb ich die wichtigsten Ansätze kurz darstellen möchte und versuche, herauszuschälen, inwiefern sie im hier interessierenden Bereich der Informationsflüsse in Richtung der T Gemeinsamkeiten aufweisen.

1.8.1.1 Rozenblum Grundsätze/Vorschlag des Forum Europaeum für Konzernrecht¹⁰

Das Forum Europaeum schlägt vor, die französische „Rozenblum-Doktrin“ als Grundsätze ordnungsgemässer Konzerngeschäftsführung zu übernehmen. Die Idee ist folgende: Es kann eine Handlung vorgenommen werden, die sich zum Nachteil der T und zum Vorteil des K auswirkt, wenn

¹⁰ Hommelhoff, 2000, 190

- der Konzern insgesamt ausgewogen und verfestigt strukturiert ist
- die Nachteilsübernahme im Rahmen einer allgemeinen Konzernpolitik geschieht
- diese Konzernpolitik erwarten lässt, dass sich mittelfristig Chancen und Risiken für die abhängige Gesellschaft ausgleichen
- der konkrete Nachteil für die T nicht zu riskant ist.

Klar scheint mir, dass dieses Modell implizit einen autonomen T-VR voraussetzt, der die Beziehung zwischen M und T überblickt und immer darüber wacht, dass die Voraussetzungen erfüllt werden. Diese selbständige Überwachungsaufgabe setzt Informationen über alle Vorgänge zwischen M und T sowie über den K als Ganzes voraus.

1.8.1.2 Modell Leitung durch Information (Druey)

Dieses Modell sieht die Konzernierung als faktischen Vorgang, also nicht als rechtlichen, wie etwa bei einer Delegation. Die formelle Verantwortlichkeit für die Geschäftsführung bleibt den den T-Organen, diese müssen die von der M stammenden Leitungsimpulse herausfiltern. Die einheitliche Leitung erfolgt durch Information, nicht durch formell verbindliche Weisungen. Die T-Organen müssen diese Information in formelle Beschlüsse umsetzen. Leitung bzw. Leitungsinformation erscheint so als Ressource, die von aussen bezogen werden kann: Im Konzern erfolgt ein Outsourcing der Produktion der Leitungsinformationen. Der T-VR hat die Pflicht, die Qualität dieses Inputs zu beurteilen bevor er sie in (formelle) Entscheide umsetzt – er kann zwar auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Information vertrauen, jedoch nicht blind.

Die M trifft in diesem Modell eine Leitungspflicht (d.h. eine Pflicht, der T die notwendigen Leitungsimpulse zu geben)¹¹. Dem steht ein Recht der T auf Leitung gegenüber: Bei starker Eingliederung der T in K führt Unterlassung der Leitung zu einem Schaden der T – aus diesem Grund hat die T selbst ein Recht darauf, geleitet zu werden. Dies weil ein schützenswertes Vertrauen der T darauf entsteht, dass die M die notwendigen Leitungsimpulse weiterhin wahrnimmt.

¹¹ Diese Konzernleitungspflicht entsteht

-- als Pflicht der M VR zur normalen betriebswirtschaftlichen Optimierung (Pflicht gegenüber M bzw. deren Gesellschafter)

-- aus Konzernvertrauen (Pflicht gegenüber Aussenstehenden); M muss so auf die T einwirken, dass das in das Konzernverhalten geschaffene Vertrauen nicht enttäuscht wird.

1.8.1.3 Modell Böckli: Einordnungskonzept/Aushandlungsmodell

Böckli differenziert bei seinem Leitungsmodell zwischen der 100% beherrschten T und der T mit Minderheitsaktionariat.

a) Bei 100% beherrschter T gilt das Einordnungskonzept

Nach dem Vorschlag sind die Pflichten des VR in einer abhängigen Gesellschaft beschränkt, weil es keine einheitliche Leitung geben kann ohne Entzug von Leitungsfunktionen bei der T. Art. 716a OR ist einer teleologischen Reduktion zu unterziehen: Die zwingenden Aufgaben des VR können im K grösstenteils an die M delegiert werden. Es bleibt aber eine minimale Selbständigkeit des T-VR. Diesem bleiben folgende Minimalaufgaben:

- Gestaltung und Durchsetzung eines angemessenen Konzernkonzepts.
 - die Beaufsichtigung der Konzernorganisation im Bereich der T
 - Überwachung der Finanzvorgänge und der Solvabilität der T
 - Begleitung und Überwachung der vom K eingesetzten Führungspersonen
 - Überwachung der Funktionsfähigkeit der (vom K) eingerichteten Aufsicht und ihrer Ergebnisse.
- Kern der Aufgabe ist also eine „kognitive und begleitende Tätigkeit mit einer residuellen Eingriffspflicht“

b) bei T mit aussenstehendem Aktionariat gilt das Aushandlungsmodell

Das Aushandlungsmodell geht ein bisschen in Richtung des „dealing at arm's length“: Der VR der T ist dafür verantwortlich, dass in den Beziehungen M/T ein Interessenausgleich ausgehandelt wird¹²Darüber muss er jederzeit Rechenschaft ablegen können.

In beiden Fällen treffen also auch nach diesem Modell den T-VR wesentliche Kontroll- und Überwachungsfunktionen. Dazu muss er darüber informiert sein, was im K läuft.

1.8.1.4 Modell „zulässige Arbeitsteilung im Konzern“ (Bertschinger)

Bertschinger geht noch weiter als Böckli mit seinem Modell der Einordnung der 100%igen Tochter. Nach dieser Auffassung steht bei einer richtigen, nämlich konzernspezifischen Auslegung von Art. 716a OR, einer Übertragung von Pflichten des T-VR auf eine Konzernleitung nichts entgegen, sofern die neuen Aufgabenträger bekannt sind. Die tatsächliche

¹² M.E. muss Interessenausgleich nicht die gleichen Massstäbe anlegen wie das "dealing at arm's length": ist offener, insbesondere kann die Interessenkonvergenz im K berücksichtigt werden.

Konzernorganisation ist dann Massstab für das Verantwortlichkeitsrecht, der T-VR haftet nur noch für die ihm verbleibenden Pflichten, also dort, wo keine einheitliche Leitung ausgeübt wird. Dies unter der Voraussetzung, dass über die Konzernorganisation Transparenz hergestellt wird.

Die Transparenz über die Konzernorganisation wirkt haftungsmindernd für die T-Organe, so dass diese (nicht aber die M bzw. deren Organe!) ein Interesse daran haben, Konzerntransparenz herzustellen. Die T-Organe haben aber keinen geschützten Aufgabenbereich und deshalb keine bes. Informationsrechte. Man kann ganz im Gegenteil argumentieren, dass je weniger von der M informiert wird, desto enger ist der Aufgabenbereich der T. Durch ihr Informationsverhalten bestimmt sie den Bereich, wo die T selbständig Geschäftsführungsaufgaben übernehmen kann.

Für die Informationsgläubiger der T sieht es etwas besser aus: Im Modell Bertschinger kann zwar die Selbständigkeit der T auf null reduziert werden, aber bei einer solchen Aufgabenteilung, übernimmt die M auch die Pflicht zur Informierung der Informationsgläubiger (die Informationspflicht ist gewissermassen an die entsprechenden Geschäftsführungsaufgaben gebunden).¹³ Auch der T-VR ist gewissermassen ein Informationsgläubiger der T - hat er deshalb Anspruch auf Information von der M in den delegierten Bereichen?

1.8.1.5 Konzept Integritätsinteresse (Strohn; Schlupe, Amstutz)

-
Das Eigeninteresse einer T ist nicht nur unter einem vermögensrechtlichen Aspekt zu sehen, sondern auch wirtschaftlich-organisatorisch – es umfasst 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 konzernabhängigen U. einen bleibenden Nachteil zuzufügen, wobei „Nachteil“ wie gesagt nicht bloss vermögensmässig, sondern auch wirtschaftlich-organisatorisch zu verstehen ist!¹⁴

Integritätsinteresse der T setzt m.E. Versorgung mit (konzerndimensionaler) Information voraus:

Wahrung des Integritätsinteresses in bezug auf die Information heisst, dass die T in die Lage versetzt

¹³ Kann daraus eine generelle Aussage zur Bedeutung der Aufgabenteilung für Informationspflichten gemacht werden? Wer ist bei einer zulässigen Aufgabenteilung bzw. -delegation für die Einhaltung der Informationsordnung zuständig?

¹⁴ Hier treffen sich die Modelle Integritätsinteresse, Rozenblum-Grundsätze und die Modelle zulässiger Leitung! Allen drei ist gemeinsam, dass die T ein Eigeninteresse hat, das auch im Konzernverhältnis zu berücksichtigen ist und deshalb die T nicht zum Instrument reduziert werden darf. Alle Modelle setzen (zumindest implizit) einen funktionierenden (d.h. auch aktiven) VR voraus, der die Einhaltung der Grundsätze überwacht.
-> in der Arbeit soll Integritätsinteresse als Oberbegriff verwendet werden, der die beiden anderen Konzepte mitumfasst!

wird, die erforderlichen (formellen) Beschlüsse, die von der M vorgegeben werden, in voller Kenntnis der Tragweite nachzuvollziehen und die Informationsansprüche der Informationsberechtigten in der AG zu befriedigen.

Fazit:

Nach allen vorgestellten Modellen ausser dem von Bertschinger (d.h. zur Leitungsausübung durch Information, zu einer konsequenten Konzernpolitik im Sinne der Rozenblum-Grundsätze, zur Überwachungsaufgabe und zur Wahrung der Integritätsinteressen der T) gehört, dass der T-VR Zugang hat zu den für die selbständige Geschäftsführung notwendigen Informationen¹⁵.

Ich möchte es wagen, als grobe Richtlinie den gemeinsamen Nenner zwischen den verschiedenen Auffassungen so zu formulieren:

Die einheitliche Leitung verstösst gegen die in Art. 716a OR festgelegte Leitungsordnung, wenn nicht der T-VR über alle Aspekte der Leitung informiert ist, und (explizit oder implizit) seine Zustimmung zu den einzelnen Leitungshandlungen gibt. Da der T-VR in die Qualität der Leitung der M vertrauen darf, kann seine Zustimmung zu einzelnen Leitungshandlungen vermutet werden. Dies aber nur, wenn zu diesen Leitungshandlungen Informationen in genügender Qualität erhalten hat. Es handelt sich somit um eine Art des informed consent/consentement éclairé wie er aus dem ärztlichen Behandlungsvertrag bekannt ist¹⁶. Der consent zu den Leitungshandlungen muss aber ziemlich konkret sein: Globale Zustimmung genügt nicht, der VR muss über die einzelnen Handlungen so detailliert informiert sein, wie wenn er die betreffenden Entscheide autonom treffen könnte, also ohne Vorgaben durch die M. Für jede wesentliche¹⁷ Leitungshandlung muss er einzeln die formellen Entscheide treffen, d.h. seine Zustimmung dazu geben.

These: VR der T muss Zugriff haben auf das für die T notwendige Entscheidungswissen, wo auch immer dieses im Konzern gelagert ist. Die These ist dadurch zu erweitern, dass er auch Zugang

¹⁵ Insofern ist die These Druey vom Zugang zum Entscheidungswissen aus den Rozenblum Grundsätzen bzw. aus der Konzept des Integritätsinteresses abzuleiten!

¹⁶ Dieser Ansatz führt zu zwei Wirkungsarten:

a) indirekte Wirkung: M muss der T alle benötigte Information geben, wenn sie nicht riskieren will, dass dieser die erforderlichen formellen Beschlüsse nicht fasst. T-VR darf die Beschlüsse nicht fassen, wenn er die Information die er braucht, nicht hat, d.h. gar keine Information hat oder der gelieferten Information nicht vertrauen kann.

b) direkte Wirkung: T hat einen direkten Informationsanspruch gegen die M aus dem Recht aus Leitung, der Pflicht zur Respektierung des Integritätsinteresses und den Rozenblum Grundsätzen.

¹⁷ Massstab für die Wesentlichkeit muss in Art. 716a OR gefunden werden: was ist so wesentlich, dass darüber der VR entscheiden muss? Was ist der bei diesen Entscheiden vorausgesetzte Detaillierungsgrad der Information, die der VR erhalten bzw. sich beschaffen soll, damit er seine Sorgfaltpflicht erfüllt? Bei einer allfälligen Delegation der Geschäftsführung haben die betreffenden Organe das Recht auf die Informationen.

zur Information braucht, die er benötigt um weitere Informationsansprüche (gesellschaftsintern und –extern) zu befriedigen.

Der Anspruch auf diese Information soll im Folgenden unter dem Oberbegriff des informationellen Integritätsinteresses zusammengefasst werden.

1.8.2 Schutz der Informationsordnung in der AG

1.8.2.1 Schutz vor Entwertung durch fehlende Konzerndimensionalität

These: Genauso wie die Leitungsordnung der AG (Art. 716a OR) ist auch die Informationsordnung der AG im Konzern zu schützen.

Durch die Konzernierung dürfen die Informationsrechte in der Gesellschaft (T) nicht verkürzt werden; der Tatsache, dass ein zusätzlicher relevanter „Hintergrund“ hinter die einzelne Ges. tritt (Konzern, der eine andere Qualität hat als der „normale“ Hintergrund des Marktes), muss dadurch Rechnung getragen werden, dass die Informationen über die T mit Hintergrundinformationen über den K angereichert werden müssen (Konzerndimensionalität).

Anschlussthese: M muss es der T ermöglichen, ihre Informationspflichten zu erfüllen.

Insbesondere muss sie dafür sorgen, dass die Information in und über die T konzerndimensional sein kann.

Druey/Vogel, 316 begründen diese These damit, dass die Auslagerung von Leitungsfunktionen und damit von Entscheidungswissen keine Einschränkung der Rechte der Minderheitsaktionäre und der anderen Beteiligten zur Folge haben darf.

Hier steht also der Schutz der subjektiven Rechte im Vordergrund.

Mein Ansatz ist leicht anders: Es geht um den Schutz der Informationsordnung der Gesellschaft, so wie sie in den gesetzlichen Informationsrechten und –pflichten zum Ausdruck kommt. Der Anspruch stützt sich daher auf die einzelnen Gesetzesnormen des Gesellschaftsrechts, die insgesamt die Informationsordnung ausmachen. Die Pflicht der M zur Lieferung der zur Erstellung der notwendigen konzerndimensionalen Information stammt aus der Pflicht zur Wahrung des Integritätsinteresses.

Im Vordergrund steht der Schutz der objektiven Ordnung¹⁸.

Weil es beim Schutz der Informationsordnung letztlich um die Wahrung des Integritätsinteresses geht, ist es nicht bloss ein Recht der einzelnen Organe, sondern auch ein Recht der T selbst!

Die Tochter selbst hat einen Anspruch auf Informationen von der M, nicht bloss die Aktionäre und Gläubiger.

Die These kann auch begründet werden mit der Treuepflicht die aus der faktischen Organschaft der M entsteht. Herangezogen werden kann auch das Argument der besonderen Konzernbeziehung, insb. von Treu und Glauben, wenn es sich um einzelne konkrete Informationsbegehren handelt.

1.8.2.2 Konzernspezifische Anwendung des Durchgriffs als Schutz vor Abschneiden der Informationsansprüche durch Trennungsprinzip

Das Trennungsprinzip des Gesellschaftsrechts führt dazu, dass der Anspruch bei den Gliedgesellschaften stehen bleibt, obwohl die entsprechende Information, auf die der Anspruch geht, in einer anderen Gesellschaft liegt.

Als mögliche Lösung ist an den Durchgriff zu denken: man kann sich fragen, ob in einem solchen Fall der Informationsberechtigte der T (VR, Akt., Gl.) seinen Anspruch direkt gegen die M richten könnte, nicht bloss gegen die T.

Dies wäre möglich bei einer konzernspezifische Anwendung des Instituts Durchgriff. Konzernspezifisch wäre, das verlangte Missbrauchselement in der Missachtung des Integritätsinteresses der T zu sehen. Das Integritätsinteresse der T ist verletzt, weil die T wegen der Konzernleitung nicht über eine Information verfügt, über die als konzernfreie Ges. verfügen würde. Also: Der Durchgriff erscheint so als die Sanktion bei einer Verletzung des Integritätsinteresses. (Einwand: Genügt die Missachtung des Integritätsinteresses für die Begründung des Missbrauchs? Juristische Person lässt sich ja bis zu einem gewissen Grad instrumentalisieren. Der klassische

¹⁸ ist weiter als bloss die subjektiven Rechte der Aktionäre und Gläubiger: insb. ist dabei auch die Information des VR und der Revisionsstelle umfasst. Der Fokus liegt zudem mehr darauf, dass es sich um ein Ganzes handelt, das in einem engen Zusammenhang zur Leitungsordnung steht und dessen Funktionen gewährleisten soll.

Durchgriff erfolgt nur bei einem eigentlichem Vorschieben der j.P. Also: Was macht die Missachtung des Integritätsinteresses bereits zu einem Missbrauch?¹⁹

1.8.3 Anwendung einer Vielzahl von rechtlichen Figuren auf die Konzernbeziehung

Wenn man die Konzernbeziehung generell charakterisieren will, stechen drei Besonderheiten hervor:

a) von Treu und Glauben regiert (Sonderverhältnis)

Aus Treu und Glauben können sich in einer konkreten Situation Informationspflichten ergeben.

b) faktische Organschaften

M und ihre Mitarbeiter können als faktische Organe der T qualifiziert werden, wenn sie Einfluss auf die Geschäftsführung in der T nehmen.

M.E. treffen das faktische Organ allgemein Sorgfaltspflichten/eine Treuepflicht, nicht nur dann, wenn er eine bestimmte Handlung ausführt!

Informierung des VR über für die T wesentliche Umstände gehört zur Treuepflicht. Dieser Ansatz ist vor allem für die Doppelorgane bedeutsam! Diese verbinden das Wissen aus beiden Sphären²⁰!

c) besondere Verantwortung/Treuepflicht aus der Konzernbeziehung bzw. der Ausübung der Konzernleitung

Zu prüfen ist im Einzelfall aus diesem Ansatz eine Informationspflicht abgeleitet werden kann (unten mehr).

- Einzelne Figuren:

-- Konzernleitungspflicht

¹⁹ Mögliche Ansätze Unterscheidung "instrumentalisierbare/nicht instrumentalisierbare Ges." je nach Zweck (Konzernklausel, reine Servicegesellschaft), Eigeninteressen, aussenstehende Interessen → verschiedene Motive, die im Einzelfall hineinspielen können.

²⁰ Im Konzern kommt das Sphärenkonzept ev. nur bedingt zum Tragen, denn K und T Sphären vermischen sich. M und T haben eine sehr grosse gemeinsame Sphäre!

Diese beinhaltet die Pflicht der M/das Recht der T auf Versorgung mit den notwendigen und nützlichen Informationen²¹. Ich habe bereits vorne erwähnt, dass es sich in meinen Augen um eine der wichtigsten Schnittstellen zwischen dem Recht und der BWL und der Informationstheorie handelt.

-- Haftungsansätze

Im Vordergrund stehen die Haftung faktischer Organe und die Haftung aufgrund von Konzernvertrauen: die Haftung kann ausgelöst werden durch ungenügende Information (Swissair: Vorwurf ging dahin, dass die M die Gläubiger der T hätte informieren müssen)

-- Vertragsfiguren

wenn man die rechtlich zulässige Konzernleitung als Vertrag betrachtet, wie z.B. im Leitungsmodell Druey, kommen verschiedene Vertragsfiguren für die Anwendung auf das Verhältnis in Frage: Managementvertrag, Auftrag, Geschäftsführung, Informationsvertrag, ev. könnte man sogar einzelne Elemente Gesellschaftsfiguren²² heranziehen, wenn dies auf eine solche vertragliche Beziehung im Konzern am besten passt

vertragliche Beziehungen führen typischerweise zu gegenseitigen Informationspflichten, man könnte aber auch an einen impliziten Informationsvertrag als Teil einer solchen vertraglichen Beziehung denken.

Zentral in vertraglichen Beziehungen: Rechenschaftspflicht.

-- Doppelorgane

Der Informationsfluss über die Personen, die sowohl bei der M wie bei der T Organstellung haben, ist sehr interessant: In der Praxis handelt es sich dabei wohl um den wichtigsten Informationskanal, die Doppelorgane sind meist die Schnittstelle zwischen M und T. Sind sie nun aber ganz bewusst als „Verbindungsoffiziere“ eingesetzt, so heisst das nichts anderes, als sie nach dem Willen der M Informationen sammeln und verteilen sollen, in beiden Gesellschaften.

In unserem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Doppelorgane verpflichtet sind, ihr Wissen von der einen auf die andere Konzerngesellschaft zu übertragen. Dafür spricht die Sorgfalts- und Treuepflicht zur jeweiligen Gesellschaft, für die sie gerade tätig sind²³ und in den meisten Fällen der ausdrückliche oder implizite Auftrag der M.

²¹ N.B.: Die Auswahl der geschuldeten Informationen erfolgt nicht nach rechtlichen Gesichtspunkten, sondern nach wirtschaftlichen. Grund: Begründungsansatz ist der optimale Einsatz der Ressourcen, dies ist ein betriebswirtschaftliches Kriterium. Das Recht auf Leitung (Vertrauensgesichtspunkt, berechnete Erwartungen) kann auch so gesehen werden.

²² Auch wenn der K keine einfache Gesellschaft ist, heisst das noch nicht, dass nicht einzelne Normen auf den Konzern anzuwenden sind (per analogiam; Konzernverhältnis als eine Art „Innominatkontrakt“.

²³ Bsp.: Der Vertreter der M ist für die T tätig, wenn er an deren VR-Sitzung teilnimmt. Er ist deshalb ihr zur Treue verpflichtet.

Nur wenn die M klar gemacht hat, dass das Doppelorgan eine bestimmte Information nicht an die T weiterleiten soll, stellt sich die Frage, ob der Wille der T oder der M vorgeht.²⁴

Auffassung Druey: Das Doppelorgan trägt zwei verschiedene Hüte - er muss diesen Konflikt in sich selbst austragen und selbst entscheiden, welche Information zu welcher Sphäre gehört und ob sie aus dieser in die andere Sphäre übertragen werden darf.

-- Sonderprüfung

Frage, inwieweit diese konzernweit ausgedehnt werden kann, ist noch nicht abschliessend beantwortet, weder in bezug auf die auskunftspflichtigen Personen (kann der Sonderprüfer z.B. die Doppelorgane befragen über ihr Wissen über die M? ist die M als faktisches Organ der T dem Sonderprüfer auskunftspflichtig?), noch in bezug auf das Objekt der Prüfung (welche Vorgänge im Konzernverhältnis können abgeklärt werden? nur Vorgänge in der Tochter, Geschäfte im Konzern generell, was ist mit Entscheiden, die die M oder eine Managementgesellschaft gefällt hat?)

Tendenz meiner Antwort: Wie der VR Zugriff auf das gesamte Entscheidungswissen der T haben muss, wo auch immer es im Konzern gelagert ist, muss doch auch der Sonderprüfer Zugang haben zur Information über alle getroffenen Geschäftsführungsentscheide, wer auch immer im K diese getroffen hat!)

1.9 Test und Illustration der Konzepte anhand konkreter Informationsansprüche

²⁴ Das Argument gegen eine Pflicht der Doppelorgane, ihr Wissen aus der einen Ges. in die andere Ges. einzubringen ist jenes, dass es sich um zwei verschiedene Sphären handelt und eine Übertragung gegen die Interessen des „Besitzers“ verstossen würde.

Die Sphären werden aber schon nach dem Willen der beteiligten Gesellschaften nicht getrennt, sondern gezielt verbunden (um Synergieeffekte durch ein konzernweites Informationsmanagement zu erzielen und eine effiziente Führung zu ermöglichen). Unter solchen Umständen muss man doch davon ausgehen, dass

1. eine generelle Zustimmung zur Übertragung von Informationen andere Ges. des gleichen Konzerns vorliegt
2. in den Fällen, wo die Eigensphäre der T von der M nicht respektiert wird, was in der Praxis wohl meist der Fall sein dürfte, kann sich auch die M nicht auf ihre Eigensphäre berufen. Das würde missbräuchlich erscheinen, weil dann eine eigentliche Sphärenvermischung vorliegt.
3. durch die Integration der T im Konzern eine sehr grosse gemeinsame Sphäre vorliegt (alles gemeinsame Geschäftsführungswissen), innerhalb der das Wissen m.E. ohne weiteres verschoben werden darf, bzw. das Sphärenargument nicht als Grenze wirkt, weil in diesem gemeinsamen Bereich die Grenzen aufgehoben sind.

Verschiedene Problemfelder sollen durch Musterfragen illustriert werden und anhand dieser die vorgeschlagenen Thesen diskutiert werden.

N.B.: Es können keine fixen Antworten werden, nur Tendenzen bzw. mögliche Lösungsansätze. Im Einzelfall müsste das gesamte „Instrumentarium“ angewendet werden und denn auch untersucht werden, was der Informierung entgegensteht!

1.9.1 1. Problemfeld: Information über die Mutter (Identität und Organisation des Konzerns – Aufklärung über den Konzernsachverhalt und daraus abgeleitete Umstände²⁵)

Fragen:

- Kann die T (d.h. immer der VR) von der (vermuteten) Mutter bzw. einem Hauptaktionär Auskunft darüber verlangen, ob diese die Möglichkeit und den Willen hat, einheitliche Leitung auszuüben (bzw.: ob eine Konzernbeziehung vorliegt)?

Es geht bei dieser Frage darum, abzuklären, wer die M ist, wer die Leitung ausübt oder ausüben kann/darf. Unhaltbar ist die Situation, dass die T in einem undurchsichtigen Firmengeflecht sitzt und einfach von überall her Weisungen erhält. Der T-VR muss Übersicht haben über die Beteiligungsstruktur, Organisationsstruktur und Leitungsstruktur. Zu weit geht die These von Hommelhoff, wonach Leitungsstruktur und Beteiligungsstruktur sich decken müssen. Im hier verwendeten Modell, das Leitung als Information bzw. als Ressource sieht, die von irgendwoher bezogen werden kann, solange die formellen Beschlüsse vom T-VR gefällt werden. Die formellen Konzernbeziehungen müssen aber transparent sein, es muss für den T-VR klar sein, dass es sich bei der erhaltenen "Leitungsinformation" um den authentischen Ausdruck des Konzernwillens handelt. Es ist wesentlich für die Qualität bzw. semantische u. pragmatische Dimension der Information, zu wissen, von wem sie kommt und welche Macht/Aufgabe/Kompetenzen das betreffende Organ hat (v.a. natürlich, wenn es sich um Leitungsinformation handelt!).

Bsp.: Fall ZR 1999, Werner K. Rey stand ausserhalb der Beteiligungsstruktur und der Organisationsstruktur des Konzerns und gab trotzdem als "spiritus rector" des ganzen unüberblickbaren Ganzen an alle Konzernglieder Weisungen, obwohl er (auch) aufgrund der formellen Konzernstruktur dazu überhaupt nicht befugt war.

T muss den K offen legen (OR 716b II). Argument, dass die M die T die Informationen liefern muss, die sie zur Erfüllung ihrer Informationspflichten braucht.

Treu und Glauben bei einer Anfrage

Das Wissen um die Identität kann als Teil des Geschäftsführungswissens betrachtet werden, so dass die KLP die Offenlegung der Identität verlangt.

- Falls ja, kann die T die Nennung weiterer Angaben über die Identität der M verlangen?

Analog zu oben: Konzerndimensionalität der Information enthält insofern einen „automatischen informationellen Durchgriff“, als die wesentliche bzw. richtige Information nicht auf die Information über die unmittelbare M beschränkt ist. Stellt man fest, dass nicht die M die Leitung ausübt, sondern eine Management Gesellschaft oder eine Grossmutter, dann müssen diese Angaben ebenfalls geliefert werden.

- Muss die Information über die Organisation der Geschäftsführung (OR 716b II) den Konzern einbeziehen? Muss ein Konzernorganigramm erstellt werden?

Ja, unbedingt. K führt (zwingend) zu einer Delegation von Aufgaben an die M. Die Wahrnehmung der einheitlichen Leitung ist eine (delegierte) Geschäftsführungsaufgabe, auch wenn es sich nur um einen faktischen Vorgang handelt, nicht um einen rechtlichen. Die Information über die Geschäftsführung muss auch andere wesentliche Geschäftsführungsaufgaben, die von anderen Konzerngliedern wahrgenommen werden, auflisten (z.B. zentrales Finanzwesen, Personalwesen). Bei einem stark integrierten Konzern wird aus dieser Orientierung ein eigentliches Konzernorganigramm.

- Hat die T Anspruch auf ein Exemplar des Konzernorganigramms bzw. des Organisationshandbuches?

Konzernorganigramm dient der Erfüllung der eigenen Offenlegungspflicht (vgl. oben). Das Organisationshandbuch ist Geschäftsführungswissen – notwendig zur effizienten Zusammenarbeit im Konzern. KLP verlangt die Herausgabe an T.

Die Frage nach dem Organisationshandbuch ist interessant, weil man damit die Grenzen des Informationsanspruches ausloten kann. Ein Organisationshandbuch enthält detaillierte Angaben zur Organisation, zu den Stellen und deren Aufgaben und Kompetenzen, den Dienstwegen etc. Es handelt sich um eigentliche Interna der Gesellschaft. Deshalb muss die Antwort differenziert

²⁵ Vlg. AT 1.26.1

ausfallen.

Findet eine weitgehende Arbeitsteilung statt, dann geht die Organisation der T in die Organisation des Konzerns über. Die Information über die Organisation der T (OR 716b II) muss den K mit umfassen. Im Übrigen ist auch der Informationsanspruch des VR konzerndimensional: er muss über die Organisation des Gesamtkonzerns informiert sein, wenn wegen der engen Verflechtung der Organisationen die K-Organisation als wesentlich für die T-Organisation erscheint. Der Konzern ist dann eine „Angelegenheit der Gesellschaft“ im Sinne von OR 715a (dies zumindest in den Bereichen, wo die M Geschäftsführungsaufgaben für die T wahrnimmt).

Könnte sich der VR mit seinem Informationsbegehren gleich an die M wenden? Wäre eine abschlägiger Bescheid auf das Gesuch ein Verstoss gegen Art. 2 ZGB?

Beim nicht integrierten Konzern ist das Konzernorganisationshandbuch für die T nicht relevant. An diesem Bsp. wird auch die Begrenzung der Informationsansprüche durch das Kriterium der Relevanz sichtbar: T kann nicht fishing expeditions starten und unter dem Titel des „Entscheidungswissens“ beliebige Informationen abrufen. Das „Entscheidungswissen“ umfasst nicht beliebige Interna, die in keinem Zusammenhang mit der T oder den Geschäften zwischen M und T stehen. Es umfasst nur solche Informationen, über die eine konzernfreie Ges. verfügen würde, die aber als Folge der Konzernierung bei der M liegen.

1.9.2 2. Problemfeld: Finanzielle Situation des Konzerns

Frage:

“Hat die T Anspruch auf die Bilanz der M?“

Es geht um Herstellung der Konzerndimensionalität der finanziellen Information über die T, d.h. der Anspruch folgt aus den Informationsrechten des VR und des Aktionärs (OR 696), bzw. deren Schutz vor unzulässiger Verkürzung. Ebenso kann er auf OR 662a (Grundsätze der ordnungsmässigen Rechnungslegung: Vollständigkeit, Klarheit und Wesentlichkeit, Vorsicht, ...) gestützt werden.

Auch hier ist der gedachte zweite Schritt der, dass bei einer solchen ausgewiesenen Pflicht der T zur Lieferung von konzerndimensionaler Information die M mit den notwendigen Informationen einspringen muss. (Weil sie ja durch die Ausübung von einheitlicher Leitung ja die Gefahr deren Verkürzung zu verantworten hat.)

1.9.3 3. Problemfeld: Information über die Konzernstrategie (Konzernpolitik und –struktur, Planungsinformation)

Fragen:

- Muss die M eine T informieren über wesentliche geplante oder beschlossene Änderungen in der Konzernstruktur und deren Auswirkungen auf die T?

Bsp.: Wird die einheitliche Leitung in Zukunft straff oder lose ausgeübt, welche Rolle ist der T im Konzern zugeordnet, welche strategischen Allianzen wird der K eingehen?

Bsp.: Firestone, Netstal

In einem solchen Fall gehört es zur Wahrung des Integritätsinteresses der T, diese rechtzeitig zu informieren und einzubeziehen. In solchen wesentlichen Entscheidungen steht der T-VR, der immer für die formelle Beschlussfassung zuständig bleibt, vor ganz besonders schwierigen Fragen. Qualitativ gute Information ist dazu unabdingbare Voraussetzung.

ein Fall wie Firestone darf sich nicht wiederholen!

-- Zugang zur Entscheidungswissen

Es handelt sich bei diesen Beispielen um Entscheidungswissen/Geschäftsführungswissen allererster Kategorie (v.a. wenn die T davon betroffen ist) – aus dieser Sicht muss die T so rechtzeitig informiert werden, dass sie auf den Entscheid rechtzeitig reagieren kann. Dies führt dazu, dass T eigentlich in die Planung einbezogen werden sollte! Der T-VR muss die Entscheide denn auch formell absegnen, was bedingt, dass er rechtzeitig und genügend informiert wird.

-- Faktische Organschaften

- Muss die M die T informieren über Entscheide, die sie für die T plan bzw. trifft?

Es geht hier um zwei Problemfälle:

a) M versucht den T-VR zu umgehen und die Entscheide direkt bei untergeordneten Stellen durchzusetzen.

b) Fälle in den die T zwar direkt betroffen ist, aber sich der Vorgang gar nicht in ihrer Sphäre abspielt und sie deshalb auf gar keiner Führungsebene davon erfahren muss. Bsp.: M macht mit der

Hausbank eine konzernweite Kreditlimite ab. T könnte leer ausgehen.

Ganz klar ja! Prinzip des „informed consent“ das den Modellen über die zulässige Konzernleitung zugrunde liegt. Formelle Beschlussfassung setzt entsprechende Information und Zustimmung der T- Organe voraus.

1.9.4 4. Problemfeld: Information über die geschäftlichen Beziehungen im Konzern

Fragen:

- Was kann die T erfahren über einzelne Geschäfte im Konzern (Darlehensbedingungen, Bezüge von Waren und Dienstleistungen, Verrechnungspreise)?

Solche Informationen sind für den T-VR wesentlich, weil er die Angemessenheit der konzerninternen Transaktionen beurteilen können muss. Sie können deshalb zum Entscheidungswissen geschlagen werden.²⁶

Leistungsmodelle bzw. Erfordernis des „informed consent“: Geschäfte dürfen nur getätigt werden, wenn die T vollständig und richtig informiert ist.

²⁶ Dies ist Beispiel für die Struktur des Vorganges:

a) ist die betreffende Information Entscheidungswissen?

b) falls ja, muss die M diese Information der T zur Verfügung stellen, weil diese Anspruch auf Entscheidungswissen der T hat, wo auch immer dieses im K gelagert ist.

→ Bestimmung des Entscheidungswissens:

a) Vergleich mit unabhängiger Gesellschaft: hätte der VR diese Information notwendigerweise zur Verfügung

b) liegt die Gefahr vor, dass die Information durch die Konzernierung negativ beeinflusst ist? Bsp.: VR der T weiss nicht, zu welchen Preisen der Lieferant Y an die Konkurrenz liefert. Bei den Verrechnungspreisen im Konzern liegt aber eine andere Situation vor, weil diese von der M einseitig festgelegt werden und oft dem Gewinntransfer dienen. Der T-VR muss einem solchen Transfer bewusst zustimmen und deshalb vorgängig Kenntnis haben von der Art und vom Ausmass. Verrechnungspreise können also Entscheidungswissen sein! N.B.: Entscheidungswissen ist nicht nur die Information, die der VR der unabhängigen Gesellschaft hätte, sondern auch diejenige, die er braucht, um die Veränderung der Information im K kompensieren zu können (u.a. Herstellung der Konzerndimensionalität)

c) objektiv bestimmter Informationsbedarf (welche Information braucht es, damit eine sorgfältige Geschäftsführung im Konzernverbund möglich ist?)

Ein anderer Begründungsansatz hat folgende Mechanik:

a) Hat ein Informationsberechtigter in der T einen Anspruch auf die Information?

b) Falls ja, muss diese Information konzerndimensional sein! D.h. er hat Anspruch auf Informationen über oder aus dem K

c) M hat die Pflicht, der T bei der Erfüllung der Informationspflichten behilflich zu sein.

Informationsansprüche des VR, des Aktionärs, des Gläubigers und das Recht auf Sonderprüfung:
Man kann daran zweifeln, ob diese Anspruch geben auf Kenntnis von Geschäften, die nicht die T
direkt betreffen, sondern andere Konzernglieder.²⁷

→ der Anspruch auf konzerndimensionale Information verlangt, dass die Information über und in der
T mit Informationen aus dem ganzen Konzern ergänzt werden (also nicht nur im direkten Verhältnis
zur M, sondern auch M zu Schwester, Schwester zu Schwester) und dass die M diese Information zur
Verfügung stellen muss.²⁸

- Muss M der T ihre eigene (konzernweite) Investitionsplanung/ihre Budgets zur Verfügung stellen?

Konzernleitungspflicht

Entscheidungswissen

1.9.5 5. Problembereich: Ergänzende Information/Feedback/Kommunikation/Diskurs

Hier geht es um die Fragen, ob das aus betriebswirtschaftlicher und kommunikationstheoretischer
Sicht notwendige „Feedback“ auf Informationen, die T der M gibt, Gegenstand einer Pflicht ist. Oder
ob der Informationsvorgang notwendiger ein Diskurs sein muss, wo mehrfach nachgefragt und neu
angesetzt werden darf.

Konzernleitungspflicht, Wahrung des Integritätsinteresses: Es gehört wohl zu einer
ordnungsgemässen und effizienten Führung, dass erhaltene Informationen quittiert werden und dem
Lieferanten (der T) kurz mitgeteilt wird, ob es das Gewünschte war, ob die M etwas damit anfangen
kann und was sich daraus (für die T) ergibt. Ebenso klar scheint, dass eine qualitativ genügende

²⁷ → der Anspruch geht auf Entscheidwissen der T, auch wenn dieses andere Gesellschaften betrifft. Bei einer
engen Integration im Konzern gehen die verschiedenen Sphären ineinander über – das Entscheidwissen wird
ausgedehnt auf Wissen, das es in der unabhängigen Gesellschaft oder in einem blossen Beteiligungskonzern
nicht wäre.

Es wäre zu eng, Entscheidwissen so zu definieren, dass es (bloss) das Wissen ist, das eine unabhängige
Gesellschaft zur Verfügung hätte – es braucht dazu noch zusätzliche Informationen deshalb, weil die T in einem
Verbund agiert, was zusätzliche Informationsbedürfnisse schafft (v.a. die Zusatzinformation, die es braucht, um
die Konzerndimensionalität der Info in und über die T herzustellen).

²⁸ Boiled to the bottom: Welche Information ist Entscheidwissen für die T oder ist notwendig zur Herstellung
der Konzerndimensionalität der Info?

Kriterien: 1) was hätte eine konzernfreie T an Info zur Verfügung? 2) wo besteht aufgrund der Veränderung der
Informationslage in der konzernierten T ein notwendiger Bedarf nach Ergänzung der Information?

Informationsvermittlung nicht auf einen einzigen Vorgang, eine einmalige Frage, eine einmalige Antwort beschränken kann – sie setzt eine richtige Kommunikation voraus.