Susanne Kalss, Stephan Frotz, Paul Schörghofer (Hg.)

# Handbuch für den Vorstand

Sonderdruck

# Die Verschwiegenheitspflicht des Vorstands

von Marie-Agnes Arlt

Autor in Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch Vorstand (2017) Rz ../...

#### Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Alle Angaben in diesem Fachbuch erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr, eine Haftung der Autoren oder des Verlages ist ausgeschlossen.

Copyright © 2017 Facultas Verlags- und Buchhandels AG facultas Universitätsverlag, 1050 Wien Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und der Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten.

Satz: Wandl Multimedia-Agentur Druck: Ueberreuter Print

Printed in Austria

Zitiervorschlag:

ISBN 978-3-7089-1364-3

# Inhaltsverzeichnis

	rortrortrort	
	irzungsverzeichnis	
	emeine Literatur	
I. De	er Vorstand – eine erste Einordnung	
1.	Was ist eine gute Führungskraft?  Gerhard Speckbacher	47
2.	Die Unabhängigkeit des Vorstands nach österreichischem und deutschen Aktienrecht – Schein und Wirklichkeit Peter Doralt/Maria Doralt	55
II. N	Aitglieder und Zusammensetzung	
3.	Zusammensetzung des Vorstands und Anforderungen an seine Mitglieder Stephan Frotz/Paul Schörghofer	81
4.	Vorstände und Headhunter – eine Win-win-Symbiose?  Hans Jorda	
5.	Diversität im Vorstand Heike Mensi-Klarbach	101
	Rechtsbeziehungen zwischen dem Vorstand und der ellschaft	
6.	Bestellung und Abberufung des Vorstands  Bernhard Rieder/Miriam Lehner	113
7.	Anstellungsverhältnis des Vorstandsmitglieds Felix Schörghofer/Andreas Tinhofer	153
8.	Das gefallene Vorstandsmitglied Georg Schima	187
9.	Rechtliche Rahmenbedingungen für die Vergütung von Vorstandsmitgliedern Susanne Kalss	211
10.	Wettbewerbsverbot  Matthias Schimka/Alexander Leonhartsberger	241

11.	Rechtsgeschäfte mit und Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder Julia Kusternigg/Rainer Werdnik	293
IV.	Aufgaben des Vorstands	
12.	Leitung der Gesellschaft Susanne Kalss	307
13.	Compliance für den Vorstand  Elke Napokoj	351
14.	Handlungspflichten des Vorstands bei Compliance-Verstößen Stephan Frotz/Paul Schörghofer/Ines Krausler	375
15.	Vorstandstätigkeit und Interessenkonflikte Peter Kunz/Daniel Liemberger	391
<b>V. C</b>	Organisation des Vorstands	
16.	Organisationsverfassung des Vorstands Clemens Spitznagel	459
17.	Der Vorstandsvorsitzende Clemens Hasenauer/Lorenz Pracht	481
18.	Paperwork für den Vorstand  Ulrich Tauböck	501
19.	Das Informationsregime im Vorstand  Georg Durstberger/Susanne Kalss	535
VI.	Der Vorstand im Verhältnis zu anderen Organen	
20.	Das Verhältnis von Vorstand und Aufsichtsrat  Helge Schäfer/Jonas Wittgens	557
21.	Das Verhältnis von Vorstand und Hauptversammlung  Christoph Diregger	585
22.	Vorstand und Hauptversammlung Susanne Kalss/Georg Riedl	619
23.	Das Verhältnis von Vorstand und Abschlussprüfer Thomas Wenger	665

VII.	Der Vorstand in besonderen Situationen	
24.	Der Vorstand im Konzern Stephan Frotz/Paul Schörghofer	685
25.	Der Vorstand in der Unternehmenskrise Florian Linder	. 707
26.	Der Vorstand in der Insolvenz  Ulla Reisch	. 727
27.	Besonderheiten des Vorstands in börsenotierten Gesellschaften Michael Kutschera	. 787
28.	Best Practice der Corporate Governance für den Vorstand – die Sicht des ÖCGK  Anne d'Arcy	805
29.	Der Vorstand bei M&A-Transaktionen  Gerhard Hermann/Wendelin Ettmayer	815
30.	Der Vorstand der Zielgesellschaft im Übernahmeverfahren Ulrich Edelmann	841
31.	Der Vorstand bei Umgründungen und Squeeze-out  Heinrich Foglar-Deinhardstein/Jakob Hartig	. 877
32.	Der Vorstand beim Management Buy-Out (MBO)  Heinrich Foglar-Deinhardstein/Jakob Hartig	. 947
33.	Vorstand und Schiedsverfahren Nikolaus Pitkowitz	. 957
VIII.	. Der Vorstand in besonderen Unternehmenstypen	
34.	Der Vorstand im Familienunternehmen Stephan Probst	999
35.	Besonderheiten eines Konzernvorstands eines Staats- unternehmens Katharina Schelberger/Susanne Semtner	1023
36.	Besonderheiten des Vorstands in Kreditinstituten  Robert Schmidbauer	1073
37.	Besonderheiten des Vorstands eines Versicherungs- unternehmens Manuel Schalk	1139

IX.	Der Vorstand in unterschiedlichen Rechtsträgern	
38.	Steuerungsmöglichkeiten des Vorstands im Vergleich zum GmbH-Geschäftsführer Julia Nicolussi	. 1157
39.	Der Verwaltungsrat der SE Peter Huber/Clemens Grossmayer	. 1193
40.	Der Stiftungsvorstand einer Privatstiftung. Ein Vergleich zum Vorstand der Aktiengesellschaft Nikolaus Arnold	. 1221
X. V	Verantwortlichkeit des Vorstands	
41.	Business Judgment Rule  Martin Winner	. 1239
42.	Beiziehung von Sachverständigen Alexander Schopper/Mathias Walch	. 1253
43.	Die Verschwiegenheitspflicht des Vorstands  Marie-Agnes Arlt	. 1303
44.	Die Haftung des Vorstands aus zivilrechtlicher Sicht Andreas Kletečka/Christoph Kronthaler	. 1341
45.	Die Entlastung des Vorstands Philip Aumüllner/Alfred Heiter	. 1363
46.	Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorstands Norbert Wess	. 1383
47.	Die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorstands Martin Oppitz	. 1425
48.	D&O-Versicherung – Überblick über die wichtigsten Versicherungsbedingungen und Praxishinweise Michael Walbert	. 1449
XI.	Vergleich zum deutschen Recht	
49.	Die Pflichten des Vorstands in der deutschen AG Frank Fischer/Lars Freytag/Karl Koenen/Michael Walbert	. 1473
Stick	wyortyorzajobnic	1407

# Die Verschwiegenheitspflicht des Vorstands

# Marie-Agnes Arlt

§§: 84, 99 AktG; L-Regeln 9, 14, 20, C-Regeln 17, 18a, 34 ÖCGK

#### Literatur

Ablasser-Neuhuber/Neumayr, Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in Kartellsachen, ecolex 2011, 103; Adensamer/Eckert, Vorstandshaftung nach österreichischem Recht in Kalss, Vorstandshaftung in Europa (2005) 165; Bachmann, Der Grundsatz der Geleichbehandlung im Kapitalmarktrecht, ZHR 170 (160) 144; Birkner/Winkler, Informationsweitergabe bei due diligence und Aktienerwerb, GesRZ 1999, 234; Briem, Zustimmungspflichtige Geschäfte in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2016) 352; Endl/Zumbo, Der Aufsichtsratsvorsitzende. Erster unter Gleichen? in FS Nowotny (2015) 285; Fleischer, Investor Relations und informationelle Gleichbehandlung im Aktien-, Konzern- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2009, 505; Fleischer/Körber in Berens/Brauner/Strauch/Knauer, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen (2013) 295; Götze, ZGR 1999, 218; Gruber/ Auer, Die Verschwiegenheitspflicht der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einer nicht börsenotierten AG, GesRZ 2013, 173; Hasenauer/Eichler, Novelle der Emittenten-Compliance-Verordnung 2007, GesRZ 2012, 222; Hofmann, Due Diligence – Möglichkeiten und Grenzen des Managements (2006); Hasenauer/Stingl, Due Diligence (2015); Hofmann, Due Diligence – Möglichkeiten und Grenzen des Managements (2006); Kalss, Anlegerinteressen. Der Anleger im Handlungsdreieck von Vertrag, Verband und Markt (2001); Kalss, Auskunftsrechte und -pflichten für Vorstand und Aufsichtsrat im Konzern, GesRZ 2010, 137; Kalss, Das entsendete und das nominierte Aufsichtsratsmitglied in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2016) 279; Kalss, Das Informationsregime des Aufsichtsrats in Kalss/ Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2016) 833; Kalss, Geheimnisschutz-Datenschutz-Informationsschutz im Gesellschaftsrecht in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht, Geheimnisschutz-Datenschutz-Informationsschutz 237; Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) 3/402; Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> (2015); Körber, Verschwiegenheitspflicht in Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts (2006) 313; Koppensteiner, Aktienrechtliches Auskunftsrecht und Unternehmensverbund, GesRZ 2008, 200; Krejci, Verschwiegenheitspflicht des AG-Vorstandes bei Due Diligence-Prüfungen, RdW 1999, 574; Lutter, Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung, ZIP 2007,841; *Lutter*, Die Due Diligence des Erwerbers beim Kauf einer Beteiligung, ZIP 1997, 613; Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats<sup>6</sup> (2014); Mertens, Die Information des Erwerbers einer wesentlichen Unternehmensbeteiligung an einer Aktiengesellschaft durch deren Vorstand, AG 1997, 541; Müller, Die Gestattung der Due Diligence durch den Vorstand der Aktiengesellschaft, NJW 2000, 3452; Nowotny, Fragen der Aufsichtsratsvergütung, RdW 2014, 570; Oppitz, Die börsegesetzlichen Marktmanipulationstatbestände im Licht des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots, ÖBA 2009, 171; Rieder, Verschwiegenheitspflichten der Organmitglieder vs Auskunftspflichten bei der Due Diligence in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence<sup>2</sup> 357; G Roth, Geheimnisschutz im Gesellschaftsrecht in Ruppe, Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben (1980) 6; Sabara, Entlassung eines Bankvorstands wegen Geheimnisverrats, ARD 2016, 8; Schauer, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2016) 1427; Schima, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016); Schima, Zur Effizienz von Syndikatsverträgen, insbesondere bei der AG in Festschrift Heinz Krejci (2001), 825; Schima/Arlt, Leitung und Überwachung – Corporate Governance im Konzern in Haberer/Krejci, Handbuch Konzernrecht (2016) 279; Schröckenfuβ, Der Gleichheitsgrundsatz und die Information der Aktionäre durch die Gesellschaft, JBI 2003, 541; Schumacher, Zeugnisverweigerung wegen eines Geschäftsgeheimnisses (§ 321 Abs 1 Z 5 ZPO), ÖJZ 1987, 673; Stoffels, Grenzen der Informationsweitergabe durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft im Rahmen einer "Due Diligence", ZHR 165 (2001) 362; *Strasser*, Treuepflicht und "due diligence"-Prüfung, ecolex 2001, 748; *Volhard*, Die Rechte der Aktionäre in der Hauptversammlung *in Semler/Volhard/Reichert*, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung³ (2011) 476; *Welser*, Aufsichtsräte im Spannungsfeld von Verschwiegenheits- und Offenlegungspflichten in FS Jud (2012), 745 ff; *Ziemons*, Die Weitergabe von Unternehmensinterna an Dritte durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft, AG 1999, 492; *Zollner*, Aufsichts- und Handlungsinstrumente des Aufsichtsrats in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016), 709.

Gli	ede	erung	Rz
[.	No	ormative Grundlagen	1–4
Π.	Ein	nleitung	5-10
III.	Ges	sellschaftsrechtliche Verschwiegenheitspflicht	. 11–30
	A.	Die Regelungen im Allgemeinen	. 11–18
	В.	Vertrauliche Information	. 19–26
		Bezug zur Vorstandstätigkeit?	
IV.	Zul	lässige Weitergabe von Informationen	. 31–71
		Interesse der Gesellschaft	
		Informationsfluss innerhalb des Vorstands	
	C.	Eigeninteressen von Vorstandsmitgliedern	. 37–39
	D.		. 40–46
	E.		. 47–48
	F.	Information im Rahmen von Umstrukturierungen	. 49–50
	G.	Informationsweitergabe im Rahmen der Vorstandstätigkeit.	. 51–53
	Н.		
		Allgemeine Grundsätze	. 54–57
		2. Aktienrechtliches Gleichbehandlungsgebot als	
		Grundlage für die Weitergabe von Informationen	. 58–63
		3. Kapitalmarktrechtliche Grundsätze	64
		4. Aktienrechtliche Informationsrechte von Aktionären	
V.	Sor	nderfragen	72–128
	A.	Konzern	. 72–78
	В.	Due Diligence	. 79–90
	C.	Kapitalmarkt- und börsenrechtliche Besonderheiten	
		1. Insiderrecht	
		2. Informationsgestützte Marktmanipulation 1	.03–104
		3. Strafrahmen	105
	_	4. Emittenten-Compliance-Verordnung 2007 1	06–109
		Bankgeheimnis	110–112
	E.		
		Öffentlichkeit	
		Datenschutzrechtliche Aspekte	
VI.	Rec	chtsfolgen eines Verstoßes	29–133

# I. Normative Grundlagen

- 1 Die Verschwiegenheitspflicht des Vorstands ist in § 84 Abs 1 Satz 2 AktG verankert und lautet: "Über vertrauliche Angaben haben sie [die Vorstandsmitglieder] Stillschweigen zu bewahren."
- Die gesellschaftsrechtliche Regelung wird durch das bisher in § 48b BörseG geregelte insiderrechtliche Weitergabeverbot flankiert, das nunmehr durch die Marktmissbrauchsverordnung¹ neu kodifiziert und gleichzeitig verschärft wurde. § 48b Abs 1 BörseG lautete: "Wer als Insider eine Insider-Information mit dem

Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmussbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richt-

Vorsatz ausnützt, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, indem er [...] 2. diese Information, ohne dazu verhalten zu sein, einem Dritten zugänglich macht, ist vom Gericht mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, wenn durch die Tat ein 50 000 Euro übersteigender Vermögensvorteil verschafft wird, jedoch mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen."

Seit 2. August 2016 sind die gerichtlich strafbaren Insider-Geschäfte und Offenlegungen in § 48m BörseG geregelt. Die zur Offenlegung relevanten Regelungen des § 48m BörseG lauten: "[...] (3) Wer als Insider² über eine Insiderinformation verfügt und diese einem anderen unrechtmäßig offenlegt, ist, wenn die in Abs. 2 genannten Umstände eingetreten sind, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen. Der Versuch (§ 15 StGB) ist nicht strafbar. [...] (5) Wer sonst wissentlich eine Insiderinformation oder von einem Insider eine Empfehlung erlangt hat und diese auf die in Abs. 1 Z 1, 2 oder 3 genannte Weise nutzt, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen. Wer jedoch bloß zur Nutzung einer Empfehlung beiträgt (§ 12 dritter Fall StGB), ist nicht strafbar. [...] (7) Wer wissentlich eine Insiderinformation oder von einem Insider eine Empfehlung erlangt hat und diese einem Dritten unrechtmäßig offenlegt, ist, wenn die in Abs. 2 genannten Umstände eingetreten sind, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen. Der Versuch (§ 15 StGB) ist nicht strafbar. [...] "

Art 10 der Marktmissbrauchsverordnung lautet: "Für die Zwecke dieser Verordnung liegt eine unrechtmäßige Offenlegung von Insiderinformationen vor, wenn eine Person, die über Insiderinformationen verfügt und diese Informationen gegenüber einer anderen Person offenlegt, es sei denn, die Offenlegung geschieht im Zuge der normalen Ausübung einer Beschäftigung oder eines Berufs oder der normalen Erfüllung von Aufgaben."

Der Österreichische Corporate Governance Kodex ("ÖCGK") enthält an verschiedenen Stellen Regelungen zur Verschwiegenheitspflicht des Vorstands. § 84 Abs 1 AktG wird in L-Regel 9 verankert und durch verschiedene weitere Bestimmungen (wie etwa C-Regel 17, die den Vorstand für die Kommunikationsaufgaben verantwortlich zeichnen) flankiert. Der ÖCGK etabliert ein Netz an Informationspflichten, die in erster Linie die Zusammenarbeit zwischen Vorstand und Aufsichtsrat betreffen.

# II. Einleitung

Vertraulichkeit ist ebenso wie der geregelte Informationsfluss zwischen den 5 Organen einer Aktiengesellschaft Grundvoraussetzung einer ordentlichen Geschäftsführung. Der Geheimnisschutz steht in einem ständigen Spannungsverhält-

linie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission ("Marktmissbrauchsverordnung").

Als Insider gilt nach § 48m Abs 4 BörseG: "(4) Insider ist, wer über Insiderinformationen verfügt, weil er 1. dem Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan des Emittenten oder des Teilnehmers auf dem Markt für Emissionszertifikate angehört, 2. am Kapital des Emittenten oder des Teilnehmers auf dem Markt für Emissionszertifikate beteiligt ist, 3. aufgrund der Ausübung einer Arbeit oder eines Berufs oder der Erfüllung von Aufgaben Zugang zu den betreffenden Informationen hat oder 4. sich die Information durch die Begehung strafbarer Handlungen verschafft hat."

nis zur Etablierung eines internen und auch externen Informationsregimes.<sup>3</sup> Die Auflösung dieses Spannungsverhältnisses verlangt daher Interessenabwägung und -ausgleich zwischen dem Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft auf der einen Seite und dem Informationsbedürfnis der verschiedenen Akteure auf der anderen Seite

- Telos der Verschwiegenheitspflicht ist der Schutz der Gesellschaft sowohl in Hinblick auf ihre Wahrnehmung und Stellung am Markt als auch innerhalb des Unternehmens, um eine vertrauensvolle Zusammenarbeit innerhalb des Vorstands sowie mit dem Aufsichtsrat und anderen Gremien zu gewährleisten.<sup>4</sup> Denn mangelnde Vertraulichkeit kann das Ansehen beschädigen und die Entscheidungsfindung innerhalb der Gesellschaft erschweren oder zu einem nachhaltigen Vertrauensverlust innerhalb des Unternehmens führen. Können sich die Mitglieder des Vorstands zB nicht darauf verlassen, dass die in der Vorstandssitzung besprochenen Themen, Diskurse, Meinungsverschiedenheiten oder auch Auseinandersetzungen geheim bleiben, zerstört das die Grundlage der Zusammenarbeit.
- Die Besonderheit der Verschwiegenheitspflicht bzw des Geheimnisschutzes liegt darin, dass die Folgen eines Verstoßes mannigfaltig und kaum bis gar nicht reversibel sind. Sie sind in der Regel schwer einschätzbar, einzufangen oder einzudämmen. Regelmäßig ist ein Verstoß mit Vertrauens- und Reputationsverlust innerhalb der Gesellschaft, in der Öffentlichkeit oder bei Geschäftspartnern verbunden. Einmal erteilte oder nach außen gedrungene Informationen seien sie unvollständig oder vollständig, richtig oder falsch können zudem nicht mehr zurückgenommen werden. Wie *Kalss*<sup>5</sup> zutreffend festhält, bewirkt ein ungeordneter Informationsfluss oftmals die Verhinderung der Durchführung von Geschäften und die Vernichtung von Geschäftschancen. Gleichzeitig unterliegt die Vertraulichkeit freilich einer zeitlichen Komponente, dh die Geheimhaltung kann teilweise nur temporär erforderlich und in diesem Zeitraum gegebenfalls essentiell sein.
- Im Gegenzug kann die unberechtigte teilweise oder gänzliche Zurückbehaltung von Informationen weitreichende Folgen nach sich ziehen. Sie resultiert in der Regel in einer fehlerhaften oder unvollständigen Entscheidungsgrundlage und damit falschen Entscheidungen. Die Verschwiegenheitspflicht wird daher durch die Informationspflichten innerhalb der Gesellschaft (vor allem gegenüber dem Aufsichtsrat) komplettiert und dann durchbrochen, wenn die Weitergabe von Informationen im überwiegenden Interesse der Gesellschaft liegt.
- 9 Der Vorstand steht daher in der Regel in folgenden Spannungsfeldern, die er aufzulösen hat:
  - (i) innerhalb der Gesellschaft: Hier spielen insbesondere die Interessen der Gesellschaft mit denen von Vorstand(smitgliedern), Aufsichtsrat(smitgliedern), Mitarbeitern, Aktionären, Abschlussprüfern und anderen Gremien bzw deren Mitgliedern eine Rolle.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> G Roth in Ruppe, Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben 69; Kalss in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 26 Rz 7; Kalss in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht, Geheimnisschutz – Datenschutz – Informationsschutz 238.

Vgl Hopt/Roth in Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 280 mwN.

Kalss in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 26 Rz 7 mwN.

- (ii) Kapitalmarkt/Öffentlichkeit: Die in diesem Zusammenhang relevanten Akteure sind in der Regel (potentielle) Investoren, (potentielle) strategische Partner der Gesellschaft, (potentielle) Anleger und potentielle Kunden.
- (iii) Partner der Gesellschaft: Hier gilt es das Informationsbedürfnis von bestehenden oder potentiellen Geschäftspartnern, Kunden oder Projektpartnern auszugleichen.
- (iv) Behörden und Gerichte: Im Fall von Verfahren vor Gerichten und Behörden steht die Verschwiegenheitspflicht in einem besonderen Blickwinkel; denn es gilt zum einen den gesetzlichen Aussagepflichten nachzukommen und zum anderen die Interessen der Gesellschaft zu wahren.



Aufgrund der Wichtigkeit des Schutzes vertraulicher Angaben sind daher die 10 Verschwiegenheit und die Gewährleistung derselben eine Kardinalspflicht jedes Vorstandsmitglieds. Der Vorstand hat im Einzelfall zu prüfen, ob (i) eine vertrauliche Angabe vorliegt oder nicht und (ii) ob bzw unter welchen Voraussetzungen diese weitergegeben werden darf oder muss. Der Vorstand agiert als Souverän der Information und des Stillschweigens. Wie weit die Schweigepflicht geht, steht überdies in einer Wechselwirkung zur Unternehmenspolitik (Strategie und Planung) des Vorstandes, der durch ihre Determinierung gleichzeitig den Rahmen für die Geschäftsgeheimnisse schafft.6

# III. Gesellschaftsrechtliche Verschwiegenheitspflicht A. Die Regelung im Allgemeinen

Nach § 84 Abs 1 AktG haben die Vorstandsmitglieder über vertrauliche An- 11 gaben Stillschweigen zu bewahren. Die Konzeption des AktG geht von der Ver-

Kalss in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 2 Rz 7 mwN.

Neben der gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht kann diese freilich auch im Anstellungsvertrag näher determiniert werden.

**43** 12–15 Arlt

schwiegenheitspflicht des Vorstands aus, die im Einzelfall (dazu unten) durchbrochen werden darf oder muss.<sup>8</sup>

- Die deutsche Parallelregelung des § 93 Abs 1 Satz 3 dAktG regelt ihrem Wortlaut nach die Verschwiegenheitspflicht breiter und bestimmt, dass die Vorstandsmitglieder über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die den Vorstandsmitgliedern durch ihre Tätigkeit im Vorstand bekanntgeworden sind, Stillschweigen zu bewahren haben.
- Wenngleich sich der Wortlaut der beiden Bestimmungen im Detaillierungsgrad unterscheidet, sind im Ergebnis Inhalt und Umfang der Verschwiegenheitspflicht dennoch gleichlaufend. § 84 Abs 1 AktG umfasst nach der hA nämlich neben vertraulichen Angaben ebenfalls Geheimnisse (Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse) der Gesellschaft.<sup>9</sup>
- Die Verschwiegenheitspflicht leitet sich aus der Organstellung und der damit verbundenen **Treuepflicht** jedes einzelnen Vorstandsmitglieds gegenüber "seiner" Gesellschaft ab. <sup>10</sup> Sie dient wie eingangs erwähnt ebenso wie die Informationspflicht als ihr Gegenstück zur Schadensvermeidung und -abwendung im Innenund Außenverhältnis. Dementsprechend umfasst § 84 Abs 1 Satz 2 AktG nicht nur gesellschaftsfremde Dritte, sondern erstreckt sich auch auf das Innenverhältnis. <sup>11</sup> Die Schweigepflicht gilt daher soweit keine gesetzlichen Ausnahmen bestehen etwa gegenüber Arbeitnehmern, Betriebsräten und Aktionären (auch dominierenden Mehrheitsaktionären<sup>12</sup>).
- 15 § 84 Abs 1 AktG verpflichtet **jedes einzelne Vorstandsmitglied** zur Verschwiegenheit unabhängig von der Art seiner Bestellung. Umfasst sind somit auch

Kalss in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 26 Rz 12; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 99 Rz 23; Kalss, GesRZ 2010, 141; Gruber/Auer, GesRZ 2013, 177; Kalss in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht, Geheimnisschutz – Datenschutz – Informationsschutz (2008) 245.

Die Verschwiegenheitspflicht umfasst daher grundsätzlich nur vertrauliche Angaben sowie Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Gesellschaft, nicht aber Geheimnisse Dritter. Aufgrund der vertraglichen Beziehungen zu Dritten kann sich aber sehr wohl eine Verschwiegenheitspflicht ergeben, die auch im Interesse der eigenen Gesellschaft sein kann. Hopt/Roth in Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 284.

Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>2</sup> §§ 77–84 Rz 86; Kalss in Nowotny/Kalss/Schauer, Gesellschaftsrecht 3/402; Kalss in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 93 Rz 353; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 182; s auch Gruber/Auer, GesRZ 2013, 173 f; Wiesner, Münch HB AG<sup>4</sup> § 25 Rz 46; Spindler in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 93 Rz 96; Hüffer/Koch, AktG<sup>12</sup> § 93 Rz 29; Hopt/Roth in Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 279 mwN; Nach anderer Ansicht ist die Verschwiegenheitspflicht durch die Sorgfaltspflicht begründet oder ein Zusammenspiel der beiden (s dazu Hopt/Roth Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 279 mwN; Mertens/Cahn in Köln-Komm AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 113).

Hopt/Roth sprechen davon, dass die Vertraulichkeit dem Schutz des Unternehmensinteresses nach außen in Bezug auf Wettbewerbsfähigkeit und Ansehen und nach innen im Hinblick auf die Zusammenarbeit unter den Organen betrifft (Hopt/Roth in Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 280), wobei dies – mE – Facetten eines breiteren Gesellschaftsinteresses und potentieller Schäden bzw Nachteile der Gesellschaft sind.

S dazu auch unten Rz 54 ff.

faktische, vom Gericht oder nach § 90 Abs 2 AktG bestellte oder stellvertretende Vorstandsmitglieder. Die Schweigepflicht nach § 84 AktG gilt grundsätzlich nur während des Bestehens des Mandats. Die Pflicht zur Verschwiegenheit greift jedoch auch über die Beendigung des Mandats hinaus; Grundlage hierfür ist indes nicht § 84 AktG. Die Fortdauer der Verschwiegenheitspflicht leitet sich vielmehr aus der Treuepflicht des Vorstandsmitglieds ab. Das Nachwirken der Verschwiegenheitspflicht muss nicht (kann aber zusätzlich) vertraglich vereinbart werden, sondern die Pflicht ergibt sich aus der ehemaligen Organangehörigkeit.

Die Pflicht zur Verschwiegenheit ist **zwingend**.<sup>15</sup> Der Vorstand kann daher nicht selbst entscheiden, ob er die Verschwiegenheitspflicht erweitert oder enger gestaltet. Aufsichtsrat und/oder Vorstand können aber – ohne Verschiebung der Letztverantwortung des Vorstands – Richtlinien für die Einhaltung der Vertraulichkeit erlassen, die als Richtschnur für die Beurteilung der Schweigepflicht oder Zulässigkeit der Weitergabe vertraulicher Informationen dienen können.<sup>16</sup>

Ob eine vertrauliche Angabe bzw ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis vorliegt oder nicht, liegt somit nicht im Ermessen des Vorstands, auch wenn freilich der Vorstand selbst am besten die Vertraulichkeit einer Information bzw das Vorliegen eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses beurteilen kann.<sup>17</sup> Durch die Festlegung des Unternehmensinteresses spannt der Vorstand allerdings den Rahmen vertraulicher Angaben. Der Vorstand kann jedoch für andere Organe bzw stakeholder (wie zB Arbeitnehmer) der Gesellschafter verbindlich feststellen, ob eine Information als vertrauliche Angabe bzw Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren ist. Die Adressaten der Entscheidung (etwa die Mitarbeiter) können sich darauf berufen, auch wenn die Angabe tatsächlich nicht als vertraulich einzustufen oder – entgegen der Festlegung – vertraulich gewesen wäre.<sup>18</sup>

Die Verschwiegenheitspflicht ist **nicht absolut**. <sup>19</sup> Der Umgang mit der vertraulichen Angabe (Offenlegung oder Geheimhaltung) liegt in der Disposition bzw dem pflichtgebundenen Ermessen des Vorstands. Je nach Wesentlichkeit der Information und/oder Vorliegen einer Geschäftsverteilung entscheidet das zuständige Vorstandsmitglied oder der Gesamtvorstand, wie mit der vertraulichen Angabe bzw dem Geschäftsgeheimnis umzugehen ist: <sup>20</sup> Grundsätzlich fällt die Entschei-

10

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>3</sup> §§ 77–84 Rz 88; s auch Gruber/Auer, GesRZ 2013, 174; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 84 Rz 14.

Zum Meinungsstand s etwa Kalss in Nowotny/Kalss/Schauer, Gesellschaftsrecht 3/402; Hopt/Roth in Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 308 mwN; Kalss in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 26 Rz 16; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>5</sup> § 99 Rz 36; Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats<sup>6</sup> Rz 285; vgl Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> §§ 77–84 Rz 91

<sup>15</sup> Hopt/Roth in Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 279.

Vgl Spindler in MünchKomm AktG<sup>4</sup> Rz 114 mwN; s auch Hopt/Roth in Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 309 mwN.

So etwa Mertens/Cahn in KölnKomm AktG<sup>3</sup> § 116 Rz 47; Gruber/Auer, GesRZ 2013, 179 f.

Spindler in MünchKomm AktG § 93 Rz 119 mwN; Mertens/Cahn, KölnKomm AktG³ § 116 Rz 47.

Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 84 Rz 15;

Hopt/Roth in Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 310 mwN; Spindler in MünchKomm AktG<sup>4</sup> Rz 121, 141.

**43** 19–21 Arlt

dung in die laufende Geschäftsführung, sodass jedes Vorstandsmitglied für sich im Rahmen seines Geschäftsbereichs über den Umgang mit vertraulichen Angaben bestimmt. Ist die Offenlegung aber von wesentlicher Bedeutung für die Gesellschaft, fällt die Kompetenz in die des Gesamtvorstands.<sup>21</sup> Bestehen Zweifel, kann ein Vorstandsmitglied angehalten sein, eine Entscheidung des Gesamtvorstands darüber zu verlangen, wie mit der in Frage stehenden Information umzugehen ist.<sup>22</sup>

#### **B.** Vertrauliche Information

- Wie eingangs erwähnt geht die Reichweite der gesetzlichen Bestimmung über vertrauliche Angaben hinaus.<sup>23</sup> Umfasst sind zudem sämtliche Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.
- 20 Vertrauliche Angaben betreffen Informationen, deren Bekanntwerden für die Gesellschaft nachteilig sein kann, auch wenn sie keine Geheimnisse sind. Es ist daher im Interesse der Gesellschaft, dass diese vertraulich behandelt werden. Vertrauliche Angaben gehen weiter als Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse. Zu ihnen gehören etwa Informationen über Beratungen innerhalb des Vorstands oder schwebende Verhandlungen. Sitzungen und Beratungen des Vorstands ebenso wie Meinungsäußerungen, die nur für die anderen Vorstandsmitglieder bestimmt waren, und der Willensbildungsprozess sind daher als vertrauliche Angabe zu qualifizieren. 24 Differenziert zu beurteilen ist die Frage, ob einzelne Tagesordnungspunkte bzw Beschlussgegenstände als vertrauliche Angabe gelten und damit unter den Geheimnisschutz fallen; dies ist etwa dann anzunehmen, wenn aus dem Tagesordnungspunkt auf eine vertrauliche Information geschlossen werden kann oder diese offengelegt wird.<sup>25</sup> Zu den vertraulichen Informationen zählen jedenfalls auch Informationen über Inhalt, Abstimmungen und Ablauf von Vorstandssitzungen.<sup>26</sup> Je nach Ausgestaltung der Tagesordnung oder der konkreten Situation können selbst das Stattfinden und/oder der Ort der Sitzung vertraulich sein.<sup>27</sup>
- 21 Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse umfassen sämtliche auf das Unternehmen bezogene Tatsachen oder Erkenntnisse (kommerzieller oder technischer Art), die (i) nur einer bestimmten oder beschränkten Personenanzahl bekannt, (ii) anderen nicht oder nur schwer zugänglich sind, (iii) nach dem Willen des Berechtigten (dh der Gesellschaft) nicht über den Kreis der Eingeweihten hinausdringen sollen

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Spindler in MünchKomm AktG<sup>4</sup> Rz 141; Körber in Fleischer, HB VorstandsR § 10 Rz 20; Lutter, ZIP 2007, 841.

Bei einer falschen Einstufung und/oder Handhabung mit der vertraulichen Information können die Vorstandsmitglieder – nach den allgemein geltenden Schadenersatzpflichten – gegenüber der Gesellschaft schadenersatzpflichtig werden (s dazu unten Rz 128 ff sowie Kletečka/Kronthaler Rz 44/12 ff).

<sup>23</sup> Krit hiezu Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>4</sup> §§ 77–84 Rz 87.

Vgl Gruber/Auer, GesRZ 2013, 176 f mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Gruber/Auer, GesRZ 2013, 176 f mwN.

Dies gilt freilich auch für Aufsichtsratssitzungen.

Hopt/Roth verweisen darauf, dass eine Verschwiegenheitspflicht etwa dann anzunehmen ist, wenn mit Protesten oder widrigen Reaktion auf die Sitzung zu rechnen ist (Hopt/Roth in Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 283).

und (iv) an deren Geheimhaltung er ein wirtschaftliches Interesse hat.<sup>28</sup> Sobald eine Information daher öffentlich bekannt ist oder bekannt gemacht wird, liegt kein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis mehr vor. Öffentlich bekannt sind Informationen immer dann, wenn eine gewisse Bereichsöffentlichkeit der relevanten Marktteilnehmer erreicht wird.<sup>29</sup> Gleiches gilt, wenn das Geheimhaltungsinteresse wegfällt.

Ob das Geheimhaltungsinteresse objektiv berechtigt ist oder nicht, ändert an 22 der Qualifikation als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis grundsätzlich nichts. Im Gegenzug ist aber sehr wohl ausschlaggebend, ob nach dem Willen des Geheimnisträgers (dh der Gesellschaft) ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis vorliegt. Nicht erforderlich ist, dass eine Information ausdrücklich als "vertraulich" oder "geheim" bezeichnet wird, wenngleich eine solche Bezeichnung eine gewisse Indizwirkung haben kann. Ob ein Geheimhaltungsinteresse besteht, ist daher im Einzelfall zu entscheiden.

Die Unterscheidung zwischen Betriebs- und Geschäftsgeheimnis knüpft an 23 den Inhalt an; Geschäftsgeheimnisse sind idR kommerzieller (kaufmännischer) Art und Betriebsgeheimnisse technischer Natur; die Unterscheidung hat jedoch keine Auswirkung darauf, ob eine aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht besteht

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind vielfältig. Als Beispiele sind zu nennen: Informationen über die Organisation der Gesellschaft, ihren Zustand (Umsatzzahlen etc) oder ihre finanzielle Situation, technische Bauleitungen, Rezepturen, Personalentwicklungsprogramme, Forschungsergebnisse, Computerprogramme oder Produktionsverfahren.

Der Begriff des Geschäftsgeheimnisses ist nunmehr auch Gegenstand der 25 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung;<sup>30</sup> sie ist bis 9. Juni 2018 umzusetzen.<sup>31</sup> Die Richtlinie soll den Schutz von Geschäftsgeheimnissen zur Stärkung von Unternehmen gewährleisten. Der Begriff des Geschäftsgeheimnisses knüpft nach Art 2 der Richtlinie an die folgenden drei Kriterien an:

(a) Geheim: Geschäftsgeheimnisse sind in dem Sinn geheim, dass sie weder in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich sind;

So ausdrücklich OGH 18.6.1970, 9 Os 7/70, EvBl 1971/101; Schumacher, ÖJZ 1987, 673 ff; vgl dazu Kalss in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 26 Rz 10, 14; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG4 §§ 77-84 Rz 87.

S dazu Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> § 21 Rz 25.

Als Rechtsverletzer wird jede natürliche oder juristische Person qualifiziert, die auf rechtswidrige Weise Geschäftsgeheimnisse erworben, genutzt oder offengelegt hat.

Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung.

**43** 26–30 Arlt

- **(b)** Wert: Sie sind von kommerziellem Wert, weil sie geheim sind;
- (c) Geheimhaltungsmaßnahmen: Sie sind Gegenstand von den Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen durch die Person, die die rechtmäßige Kontrolle über die Informationen besitzt.
- 26 Es bleibt abzuwarten, wie der österreichische Gesetzgeber die Richtlinie umsetzen wird.

## C. Bezug zur Vorstandstätigkeit?

- Von der Verschwiegenheitspflicht sind jedenfalls solche vertraulichen Informationen umfasst, die dem Vorstandsmitglied im Zuge der Ausübung oder in Zusammenhang mit seiner Tätigkeit zugegangen sind. An ein Vorstandsmitglied herangetragene Informationen werden der Gesellschaft grundsätzlich zugerechnet. Strittig ist jedoch, ob sich die Verschwiegenheitspflicht gemäß § 84 Abs 1 AktG auch auf sonst einem Vorstandsmitglied (also gerade nicht im Rahmen seiner Vorstandstätigkeit, sondern etwa privat) zugekommene Informationen erstreckt.
- Im Gegensatz zu § 93 dAktG nimmt § 84 Abs 1 AktG keinen Bezug zur Vorstandstätigkeit, weshalb teilweise vertreten wird, dass die Verschwiegenheitspflicht unabhängig davon greift, wie das Vorstandsmitglied Zugang zu Informationen erhalten hat.<sup>33</sup> Nach anderer Meinung muss ein funktionaler Bezug zur Organtätigkeit bestehen und eine strenge Trennung gezogen werden, sodass sonst erlangtes Wissen nicht schadet.<sup>34</sup>
- In Deutschland wird ein Bezug zur Tätigkeit verlangt, wobei aber dennoch eine Pflicht zur Wahrung der Interessen der Aktiengesellschaft (und damit der Schweigepflicht) gegebenenfalls auch bei sonst zur Kenntnis erlangten Informationen abgeleitet wird. Eine solche kann zwar grundsätzlich nicht auf § 93 dAktG gestützt werden, sie wird aber aus der allgemeinen Treuepflicht des Vorstandsmitglieds abgeleitet.<sup>35</sup>
- 30 Ein anderes Ergebnis wäre auch für Österreich nicht angemessen. Wenn ein Vorstandsmitglied daher Informationen außerhalb seiner Organtätigkeit erlangt, ergibt sich aus der Treuepflicht die Pflicht zur Verschwiegenheit, wenn ansonsten für die Gesellschaft ein Nachteil entstünde.<sup>36</sup>

Hopt/Roth in Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 284.

Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 84 Rz 13; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> §§ 77–84 Rz 87; vgl auch Gruber/Auer, GesRZ 2013, 175.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 99 Rz 23; Kalss in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 26 Rz 14.

<sup>35</sup> S hierzu Spindler in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 93 Rz 122; Krieger/Sailer-Coceani in Schmidt/ Lutter, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 25; Hopt/Roth in Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 289.

S dazu Spindler in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 93 Rz 122; Mertens/Cahn, KölnKomm AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 144; Krieger/Sailer-Coceani in Schmidt/Lutter, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 122.

# IV. Zulässige Weitergabe von Informationen A. Interesse der Gesellschaft

Oberste Leitschnur für die Entscheidung des Vorstands über die potentielle 31 Weitergabe von Informationen ist das Gesellschaftsinteresse. Bei der Entscheidung hat der Vorstand eine Nutzen-, Kosten- und Risikoanalyse in Hinblick auf die Weitergabe vertraulicher Angaben durchzuführen. Der Vorstand hat abzuwägen, inwieweit das Interesse an der Geheimhaltung das Interesse an der Weitergabe der Information überwiegt. Hat die Gesellschaft ein Interesse an einer selektiven Informationsweitergabe, muss diese – so schonend wie möglich<sup>37</sup> – zulässig sein. Bei der Entscheidung über die Informationsweitergabe hat einzufließen, in welchem Umfang und an welche Personen die Weitergabe erfolgen soll. Es macht einen Unterschied, ob allgemein gehaltene Angaben gemacht oder detaillierte Maßnahmen oder Pläne offengelegt und welche Ziele durch die Weitergabe verfolgt werden. Zu berücksichtigen ist zudem, inwieweit der Vorstand – etwa durch den Abschluss von Vertraulichkeitsvereinbarungen - weiterhin in einem gewissen Umfang "Herr über die Information" bleibt.

Bestimmte vertrauliche Informationen – wie etwa Angaben zum Ablauf und 32 Inhalt von Vorstandssitzungen als Schutz der Zusammenarbeit – dürfen nur unter engeren Voraussetzungen weitergegeben werden.<sup>38</sup> Die Weitergabe von Sitzungsprotokollen oder Informationen über die Abstimmungen wird nur unter strengen Voraussetzungen zulässig sein, etwa wenn dadurch ein massiver Schaden von der Gesellschaft abgewendet werden kann.

Der Vorstand hat im Einzelfall zum einen zu beurteilen, um welche Art ver- 33 traulicher Information es sich handelt, zum anderen hat er abzuwägen, ob die Weitergabe der Information oder aber die Geheimhaltung im Interesse der Gesellschaft ist.

#### B. Informationsfluss innerhalb des Vorstands

Von der Verschwiegenheitspflicht ist selbstverständlich nicht der Informations- 34 austausch innerhalb des Vorstands umfasst.<sup>39</sup> Die Vorstandsmitglieder sollen untereinander gleichermaßen informiert sein und dürfen Informationen in der Regel nicht voreinander geheim gehalten, dh es besteht eine Informationspflicht innerhalb des Vorstands. Ein anderer Zugang würde notgedrungen die (Zusammen-) Arbeit des Vorstands paralysieren und dazu führen, dass der Gesamtvorstand keine fundierten Entscheidungen treffen kann.

Die einzelnen Vorstandsmitglieder müssen freilich nicht in allen Angelegen- 35 heiten den identen Informationsstand haben. Ein unterschiedliches Informationslevel geht mE mit einer Ressortverteilung Hand in Hand. Innerhalb seines Ressorts hat das Vorstandsmitglied in der Regel einen tieferen Einblick und somit nähere Kenntnisse. Der unterschiedliche Informationsstand ändert aber nichts am

So auch *Hopt/Roth* in Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 295.

S hiezu iZm dem Aufsichtsrat Kalss in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 26 Rz 24.

Vgl iZm der GmbH BGHZ 135, 48, 56.

Grundsatz des Informationsflusses. Die Vorstandsmitglieder haben im Rahmen ihrer Tätigkeit die anderen Vorstandsmitglieder – insbesondere auch auf Anfrage eines anderen Vorstandsmitglieds – umfassend zu informieren.

In engen Ausnahmefällen kann aber auch zwischen den Vorstandsmitgliedern eine Verschwiegenheitspflicht oder das Recht zur Verschwiegenheit bestehen. Eine solche Informationsbeschränkung muss im Einzelfall gerechtfertigt sein und darf nur temporär bestehen. Der Informationsfluss kann etwa dann unterbrochen werden, wenn der Vorstand gegen ein bestimmtes Vorstandsmitglied vorgehen möchte oder Untersuchungen laufen. Gleiches gilt zB, wenn ein Vorstandsmitglied entgegen den Interessen der Gesellschaft die Veröffentlichung vertraulicher Angaben androht und die Vorenthaltung von Informationen dem Schutz der Gesellschaft dient. Die Weitergabe von Informationen würde in diesem Fall möglicherweise ein Aufdecken von Missständen verhindern.

### C. Eigeninteressen von Vorstandsmitgliedern

- 37 Im Einzelfall und nur ausnahmsweise kann das Vorstandsmitglied auch aufgrund persönlicher Interessen von der Verschwiegenheitspflicht abgehen.<sup>41</sup> Dies ist aber nur dann zulässig, wenn die **Eigeninteressen** eines Vorstandsmitglieds an einer Offenlegung überwiegen und das Festhalten an der Verschwiegenheit für das Vorstandsmitglied unzumutbar ist.
- Denkbar ist ein partielles Überwiegen von Eigeninteressen im Rahmen eines (potentiellen) Rechtsstreits zwischen der Aktiengesellschaft und einem Vorstandsmitglied. Eine Ausnahme kann auch dann bestehen, wenn ein Vorstandsmitglied selbst in Hinblick auf seine Vorstandstätigkeit externe Berater hinzuziehen will. Das Abgehen von der Verschwiegenheitspflicht wird aber immer nur im geringstmöglichen Ausmaß erlaubt sein und soweit möglich unter Beachtung der Interessen der Gesellschaft.
- Während die Offenlegung vertraulicher Angaben gegenüber zur Verschwiegenheit gesetzlich verpflichteten Beratern in der Regel erlaubt sein wird, wird zB eine aktive Litigation PR unter Offenlegung vertraulicher Angaben im Rahmen eines Rechtsstreites nur äußerst restriktiv zulässig sein.

#### D. Information des Aufsichtsrats

40 Im Verhältnis zum Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft besteht keine Schweigepflicht, sondern vielmehr eine Informationspflicht (Pflicht zur unbedingten Offenheit). 43 Mangelnde Transparenz zwischen Vorstand und Aufsichtsrat würde zwangsläufig dazu führen, dass eine ordentliche Geschäftsleitung ebensowenig möglich ist wie die erforderliche Kontrolle und strategiegebende Begleitung durch den Aufsichtsrat. Zwischen Vorstand und Aufsichtsrat muss daher ein Vertrauens-

Vgl dazu Gruber/Auer, GesRZ 2013, 174; s dazu unten Rz 43 iZm dem Aufsichtsrat.

Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>2</sup> §§ 77–84 Rz 94.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> S zum AR mit einem Überblick über den Meinungsstand *Welser* in FS Jud (2012) 753 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Zum Informationsregime innerhalb der Aktiengesellschaft siehe insbesondere Kalss in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 26 Rz 1 ff, 63 ff; siehe hiezu auch Gruber/Auer, GesRZ 2013, 174 mwN.

verhältnis bestehen, das von Transparenz und vollumfänglichen Informationsaustausch geprägt ist. § 99 AktG überbindet auch aus diesem Grund die Verschwiegenheitspflicht nach § 84 AktG auf die Aufsichtsratsmitglieder.<sup>44</sup>

Zwischen Vorstand und Aufsichtsrat besteht ein Wechselspiel an Bring- und 41 Holschulden. Das AktG sieht ein System an regelmäßigen Berichten vor, die der Vorstand dem Aufsichtsrat zu erstatten hat. Dadurch wird eine regelmäßige und situationsangepasste Information des Aufsichtsrats gewährleistet. Die Berichte sind schriftlich zu erstatten, wobei bei Sonderberichten (dazu gleich) auch Mündlichkeit ausreichend ist. 45 Die Berichtspflichten des Vorstands umfassen zusammengefasst:

- Jahresbericht: Gemäß § 81 Abs 1 S 1 AktG hat der Vorstand dem Aufsichtsrat mindestens einmal im Jahr über grundsätzliche Fragen der künftigen Geschäftspolitik des Unternehmens zu berichten sowie die künftige Entwicklung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage anhand einer Vorschaurechnung darzustellen. Dabei hat er auch Tochtergesellschaften in die Darstellung einzubeziehen, wenn sich diese auf den Gesamtkonzern auswirken.46
- Quartalsbericht: Gemäß § 81 Abs 1 S 2 AktG hat der Vorstand dem Aufsichtsrat regelmäßig (mindestens vierteljährlich) über den Gang der Geschäfte und die Lage des Unternehmens im Vergleich zur Vorschaurechnung unter Berücksichtigung der künftigen Entwicklung zu berichten.
- Sonderbericht: Aus wichtigem Anlass muss der Vorstand dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats sowie dem gesamten Aufsichtsrat über Umstände berichten, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind.47
- Anforderungsbericht: Um über bestimmte Angelegenheiten der Gesellschaft (nähere) Informationen einzuholen, kann der Aufsichtsrat vom Vorstand situationsabhängig nach § 95 Abs 2 AktG zusätzlich einen Anforderungsbericht verlangen. Dieses Recht des Aufsichtsrats wird zu seiner Pflicht, wenn Berichte oder Informationen des Vorstands lückenhaft sind oder der Aufsichtsrat die erteilten Informationen nicht nachvollziehen kann. 48
- Vorlagebericht: Hinsichtlich der vom Aufsichtsrat zu genehmigenden Geschäfte ist der Vorstand verpflichtet, den Aufsichtsrat ausreichend – mittels Vorlagebericht und erforderlichenfalls auch Zusatzinformationen – mit Entscheidungsgrundlagen zu versorgen, die es dem Aufsichtsrat ermöglichen, das zu genehmigende Geschäft (und damit auch seine Auswirkungen auf die Gesellschaft und ihr Fortkommen) zu beurteilen. 49

Vgl Durstberger/Kalss Rz 19/52; Schäfer/Wittgens Rz 20/13. Grundlegend zum Informationsaustausch und zur Verschwiegenheitspflicht Kalss in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 26 Rz 1 ff, 64.

S Kalss in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 26 Rz 67; s dazu auch Zollner in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 22 Rz 27 ff.

Kalss, GesRZ 2010, 139.

Vgl dazu Zollner in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 22 Rz 30 ff mwN.

Zum Vertrauensgrundsatz s Kalss in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 26 Rz 75 mwN.

Den Aufsichtsrat trifft in diesem Zusammenhang eine Prüfungspflicht; s ausführlich Kalss in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 26 Rz 78 mwN; s auch Briem, Zustimmungspflichtige Geschäfte in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 12 Rz 65 ff.

**43** 42–46 Arlt

- Corporate Governance Bericht: Bei börsenotierten Aktiengesellschaften muss der Vorstand einen Corporate Governance Bericht erstellen und dem Aufsichtsrat vorlegen (§ 243b UGB).
- Der Vorstand kann den Aufsichtsrat naturgemäß nicht über sämtliche Angelegenheiten der Gesellschaft in Kenntnis setzen. Das ist weder erforderlich noch rechtlich geboten. Der Informationsstand von Aufsichtsrat und Vorstand muss nicht ident sein. Eine ständige umfassende Information des Aufsichtsrats durch den Vorstand oder dieselbe Detailgenauigkeit in der Information wie beim Vorstand zu verlangen ginge an der jeweiligen Kompetenz der Gesellschaftsorgane vorbei und würde die Tätigkeit des Vorstands lahmlegen. Derselbe Grad an (Detail-)Information von Aufsichtsrat und Vorstand ist daher nicht notwendig.
- Im Einzelfall kann eine temporäre Zurückbehaltung von Informationen durch den Vorstand gegenüber einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern oder sogar dem gesamten Aufsichtsrat gerechtfertigt und teilweise geboten sein. Dies kann dann der Fall sein, wenn durch die Offenlegung etwa die Verwirklichung eines in Planung befindlichen Projektes gefährdet wird, mit einer Schädigung der Gesellschaft zu rechnen ist oder Aufsichtsratsmitglieder ihr Informationsrecht missbräuchlich geltend machen. Inwieweit der Vorstand Informationen zurückbehalten darf, muss wiederum am Interesse der Gesellschaft gemessen werden. Der Maßstab muss in diesem Fall aber ein strenger sein. Denn die Information des Aufsichtsrats ist grundlegend für die Erfüllung seiner Aufgaben.
- Der Vorstand hat in solchen Fällen oder bei Interessenkollisionen daher immer zu prüfen, ob die Information eines Aufsichtsratsausschusses statt des Aufsichtsratsplenums für einen ausreichenden Schutz der Gesellschaft sorgen würde. Die Interessenschieflage eines Aufsichtsratsmitglieds kann nämlich nicht ohne Weiteres auf das gesamte Gremium umgelegt werden. Die Unterbrechung des Informationsflusses muss daher so kurz und so gering wie möglich sein, dh dass der Vorstand das gelindeste Maß an Zurückhaltung an Informationen zu wählen hat.
- In äußersten Ausnahmefällen wird eine vorübergehende, gänzliche Informationszurückbehaltung gegenüber dem gesamten Aufsichtsrat zulässig sein, wenn die Interessenabwägung ergibt, dass auch eine selektive Information etwa nur des Aufsichtsratsvorsitzenden nicht geeignet ist, das Gesellschaftsinteresse zu wahren. 53 Dies kann zB dann der Fall sein, wenn im Rahmen einer Untersuchung eines inkriminierten Verhaltens oder eines Anspruchs der Gesellschaft gegen den Aufsichtsrat die Beteiligung aller Aufsichtsratsmitglieder geprüft werden muss. Eine beschränkte Informationspflicht besteht wohl auch dann, wenn die Gefahr eines Missbrauchs (etwa aufgrund der Gefahr der Weitergabe oder Verwertung derselben zugunsten eines Mitbewerbers) besteht. 54
- Eine eingeschränkte bzw selektive Informationsweitergabe ist soweit nicht ausnahmsweise der gesamte Aufsichtsrat betroffen ist mit dem Aufsichtsvor-

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Vgl hiezu *Kalss* in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 26 Rz 73 mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Vgl Kalss in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 93 Rz 354. Gruber/Auer, GesRZ 2013, 174.

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> Kalss in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 93 Rz 354.

Kalss in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 93 Rz 354; aA aber Endl/Zumbo in FS Nowotny, 285, 308.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Zu Missbrauchsfällen s *Hopt/Roth* in Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 293 mzwN.

sitzenden abzusprechen, damit dieser die Informationen gegebenenfalls temporär oder selektiv oder auch gar nicht weiterleitet.<sup>55</sup> Betrifft die Konfliktsituation den Aufsichtsratsvorsitzenden, ist dies mit seinem Stellvertreter zu koordinieren.

#### E. Information des Abschlussprüfers

Eine Informationspflicht besteht im Rahmen der Abschlussprüfung auch ge- 47 genüber dem Abschlussprüfer, dessen Prüfungstätigkeit durch das Auskunftsrecht nach § 272 UGB unterstützt wird. Der Vorstand ist daher zur Informationsweitergabe an den Abschlussprüfer zur Unterstützung und Gewährleistung seiner Prüfungstätigkeit verpflichtet.<sup>56</sup> Der Abschlussprüfer ist auch Teil des Informationsregimes des Aufsichtsrats, dem er seinen Prüfbericht vorzulegen hat.

Der Schutz der weitergegebenen Informationen ist dadurch gewährleistet, dass 48 der Abschlussprüfer einer beruflichen Verschwiegenheitspflicht unterliegt.

#### F. Information im Rahmen von Umstrukturierungen

Weitere Durchbrechungen der Verschwiegenheitspflicht des Vorstands ergeben sich im Rahmen von Umstrukturierungen wie Verschmelzungen, Spaltungen oder Ausschlüssen von Minderheitsgesellschaftern. Die bei Umstrukturierungen zu bestellenden Prüfer (zB Verschmelzungsprüfer nach § 220b AktG) haben ein umfassendes Informationsrecht, wodurch die Grundlage für die Prüfungstätigkeit geschaffen ist. 57 Das Informationsrecht – bestehend aus Einsichts- und Fragerecht – umfasst idR alle an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften sowie deren Mutter- und Tochterunternehmen.58

Der Schutz der Geschäftsgeheimnisse wird durch die sinngemäße Anwendung 50 von Schutzklauseln (s § 133 Abs 2 oder 118 Abs 3 AktG) gewährleistet. Demnach darf der Prüfer (s etwa für den Verschmelzungsprüfer § 220b Abs 5 AktG oder § 4 Abs 1 Satz 3 SpaltG) solche Tatsachen nicht in den Bericht aufnehmen und damit den Aktionären zugänglich machen, deren Darstellung im Bericht nach vernünftiger unternehmerischer Beurteilung geeignet ist, dem Unternehmen oder einem verbundenen Unternehmen einen erheblichen Schaden zuzufügen. Dies bedeutet freilich nicht, dass diese Informationen nicht Eingang in die Prüfung finden. Der Prüfer hat vielmehr die Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft zu wahren und daher den Bericht in zwei Fassungen, dh einer "bereinigten" und einer "vollumfänglichen" Version, zu erstellen. In der bereinigten Version ist – aus Transparenzgründen – auf die Inanspruchnahme der Schutzklausel hinzuweisen. 59

Endl/Zumbo in FS Nowotny, 285, 308; Kalss in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 26 Rz 96 mwN; Kalss in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 93 Rz 354.

Unter das Auskunftsrecht fällt somit alles, was der Klarstellung und Erläuterung des Jahresabschlusses, der Buchführung und des Lageberichts oder sonstiger Gegenstände der Abschlussprüfung sachdienlich ist; Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung<sup>6</sup> § 320 HGB Rz 29; Altenburger in Bertl/Mandl (Hrsg), Handbuch zum Rechnungslegungsgesetz (18. Lfg 2014) § 272 UGB Rz 22; Köll/Milla in Zib/Dellinger, UGB (2015) § 272 UGB Rz 18.

S dazu Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup> § 220b AktG Rz 21 ff.

S dazu etwa Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup> § 220b AktG Rz 17.

S dazu etwa mwN Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup> § 220a Rz 21 f, § 220b AktG Rz 31 f, § 4 SpaltG Rz 26 f.

**43** 51–53 Arlt

Die Schutzklauseln stehen freilich im Spannungsverhältnis zwischen dem Informationsbedürfnis der Aktionäre, die durch zu großzügige "Schwärzungen" ein Informationsdefizit etwa zur Beurteilung der Angemessenheit der Barabfindung oder des Umtauschverhältnisses haben (können), und auf der anderen Seite dem Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft. Der Geheimnisschutz darf jedenfalls nicht dafür missbraucht werden, dass die Berichte (zB durch Minderheitsgesellschafter) nicht mehr überprüfbar sind.

#### G. Informationsweitergabe im Rahmen der Vorstandstätigkeit

- Im Rahmen seiner Vorstandstätigkeit ist der Vorstand zwar auch innerhalb der Gesellschaft an die Verschwiegenheitspflicht gebunden. Die Schweigepflicht geht aber nicht so weit, dass der Vorstand keine Informationen an Mitarbeiter (Assistenten, Sekretäre etc) weitergeben darf. Für die Vorbereitung von Vorstandssitzungen und der Aufbereitung von Entscheidungen etwa kann der Vorstand Mitarbeiter hinzuziehen und Informationen offenlegen. Für die Planung und Vorarbeit für fachliche Entscheidungen kann der Vorstand zudem Sachverständige oder Berater (wie etwa Rechtsanwälte) beauftragen, damit diese die Grundlage für eine auf Wissen basierende Entscheidung schaffen. Sowohl die Mitarbeiter als auch hinzugezogene Sachverständige sind soweit keine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht besteht einer vertraglichen Verschwiegenheitspflicht zu unterwerfen, durch die das Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft gewahrt wird.<sup>60</sup>
- Diese Grundsätze gelten auch für die Durchführung von Arbeitsprojekten. Im Zuge von Arbeitsprojekten ist die (kontrollierte) Weitergabe von teilweise vertraulichen Informationen an Berater oder auch Geschäftspartner in der Regel Voraussetzung, damit ein Projekt überhaupt sinnvoll entwickelt und abgewickelt werden kann. Die Weitergabe an zur Verschwiegenheit verpflichtete Berater wird in diesen Fällen meist im Interesse der Gesellschaft liegen. Sind diese nicht aufgrund gesetzlicher Regelungen zur Verschwiegenheit verpflichtet, muss eine vertragliche Verschwiegenheitsverpflichtung abgeschlossen werden. Der Vorstand hat freilich dafür zu sorgen, dass der Informationsfluss bei den von ihm gewählten Beratern bzw Dritten endet bzw nicht unkontrolliert weiterläuft. Je nach Wichtigkeit der Information kann der Vorstand angehalten sein, die Weitergabe von Informationen durch eine angemessene Vertragsstrafe zu schützen. Im Idealfall sollte diese derart dimensioniert sein, dass ein etwaiger Vertragsbruch zu einem (teilweisen) Nachteilsausgleich führt oder zumindest eine abschreckende Wirkung hat.
- Die Verschwiegenheitspflicht gilt grundsätzlich auch gegenüber dem Betriebsrat, soweit nicht im Gesetz eine Informationspflicht geregelt ist. Informationspflichten ergeben sich ua aus §§ 92, 108 (wirtschaftliche Informations-, Interventions- und Beratungsrechte) oder 109 (personelle Änderungen) ArbVG. Der Betriebsrat ist nach § 115 Abs 4 ArbVG zur Verschwiegenheit verpflichtet, wodurch ein Ausgleich für die Informationsrechte des Betriebsrats bezweckt ist.

<sup>&</sup>lt;sup>60</sup> Vgl *Durstberger/Kalss* Rz 19/14 ff; Rz 19/8 ff)

<sup>61</sup> S dazu mzwN Krieger/Sailer-Coceani in Schmidt/Lutter, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 27.

#### H. Information der Aktionäre

#### 1. Allgemeine Grundsätze

Die Kommunikation mit und der Informationsfluss zwischen Aktionären und 54 "ihrer" Aktiengesellschaft unterliegt gesetzlichen Beschränkungen, die keinen uneingeschränkten offenen Informationskanal zulassen. Verschärft werden diese Regelungen, wenn eine Aktiengesellschaft an der Börse notiert und somit zusätzlich den börse- und kapitalmarktrechtlichen Regelungen unterliegt. Sobald eine Aktiengesellschaft an der Börse notiert ist - wesentliche Regelungen wie etwa die Ad-hoc Meldepflicht und Regelung zum Insiderhandel gelten seit 1. Juli 2016 nunmehr auch für am Dritten Markt notierte Gesellschaften - ist neben den aktienrechtlichen Regelungen auch das Börse- und Kapitalmarktrecht zu beachten. Durch die börse- und kapitalmarktrechtlichen Regelungen ist die Kommunikation mit Aktionären stärker eingeschränkt und strikt reguliert.

Ein unbeschränktes Informationsrecht oder uneingeschränktes Recht auf Herausgabe vertraulicher Angaben von Aktionären oder Aktionärsgruppen besteht aber weder bei nicht notierten noch bei börsenotierten Aktiengesellschaften. Soweit sich der Informationsanspruch nicht aus den gesetzlichen Regelungen ableiten lässt, unterliegt die Information von Aktionären den oben dargelegten Grundsätzen des § 84 AktG. Der Vorstand ist ohne Hinzutreten anderer Umstände in der Regel nicht berechtigt und schon gar nicht verpflichtet, einzelnen Aktionären Geheimnisse offenzulegen, ohne dass dies im Interesse der Gesellschaft wäre. 62

Bei börsenotierten Aktiengesellschaften muss der Vorstand parallel die Zulässigkeit, Unzulässigkeit oder auch das Erfordernis der Informationsveröffentlichung sowohl nach den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen als auch nach dem Börsegesetz bzw den relevanten kapitalmarktrechtlichen Vorschriften beurteilen, die zuletzt durch die Marktmissbrauchsverordnung verschärft bzw ausgedehnt wurden. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Weitergabe ist immer zusätzlich die börse- und kapitalmarktrechtliche Informationspflicht einzuhalten, bei der der Schutz eines funktionierenden Kapitalmarkts und die gleichmäßige Information der bestehenden und potentiellen Aktionäre im Vordergrund steht.

Aufgrund der weitreichenden Konsequenzen, die erteilte oder zurückbehaltene 57 Informationen oder Fehlinformationen am Kapitalmarkt oder auch allgemein in der Branche nach sich ziehen (können), ist gerade die Information der Öffentlichkeit und die Organisation und Überwachung derselben eine weitere essentielle Aufgabe des Vorstands. Die Kommunikation mit den Aktionären und der Öffentlichkeit wird daher – vor allem in größeren bzw börsenotierten Aktiengesellschaften – oftmals von eigenen Investor Relations Abteilungen übernommen, die die Informationen kanalisieren und auch bewusst (etwa in Zusammenhang mit Transaktionen oder auch als Litigation PR) einsetzen. 63 Durch die Kommunikation der Investors Relations Abteilung werden zum einen die gesetzlichen Informationspflichten wahrgenommen, zum anderen verfolgt Investors Relations auch finanzwirtschaftliche und kommunikationspolitische Ziele, etwa zur Stärkung des

<sup>62</sup> Kalss in MünchKomm AktG4 § 93 Rz 355.

Zu Investor Relations s insb Fleischer, ZGR 2009, 505 ff.

**43** 58–61 Arlt

Vertrauens in das Unternehmen und Stützung des Kurses der Wertpapiere. <sup>64</sup> Die Kommunikationskanäle sind dabei recht vielfältig. Neben Ad-hoc Mitteilungen, Pressemitteilungen und regelmäßigen Berichten gibt es etwa auch Analystengespräche und Roadshows sowie die Kanäle der sogenannten new media. <sup>65</sup>

# 2. Aktienrechtliches Gleichbehandlungsgebot als Grundlage für die Weitergabe von Informationen

Neben den oben dargelegten allgemeinen Grundsätzen über die Verschwiegenheitspflicht des Vorstands bietet das relative Gleichbehandlungsgebot nach § 47a AktG eine wichtige Grundlage für die Beurteilung der Zulässigkeit der (asymmetrischen) Information von Aktionären. 66 Demnach sind Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln. Im Umkehrschluss können unterschiedliche Voraussetzungen eine (temporäre) ungleiche Behandlung von Aktionären rechtfertigen. 67

Grundsatz ist, dass alle Aktionäre auch dieselben Informationen erhalten müssen. Gibt es eine sachliche Rechtfertigung im Einzelfall, kann es zulässig sein, dass einzelne Aktionäre Zugang zu weiteren Informationen erhalten. Werden einzelnen Aktionären "Sonderinformationen" erteilt, muss – so weit möglich – für ein Gleichziehen des Informationsstandes im Rahmen der nächsten Hauptversammlung oder auf der Homepage der Gesellschaft gesorgt werden. Aber auch hier ist im Einzelfall zu differenzieren. Denn die im Rahmen einer Due Diligence gewährten Informationen werden zB nicht im gleichen Umfang den anderen Aktionären erteilt werden, wenn dies nicht durch das Interesse der Aktiengesellschaft gedeckt ist. Gleichbehandlung kann hier etwa dadurch erreicht werden, dass allen Aktionären unter vergleichbaren Umständen – dh die zB vergleichbare Aktienpakete veräußern wollen bzw bei denen ein ähnlich gelagertes Unternehmensinteresse am Einstieg des potentiellen Erwerbers besteht – in gleicher Art und Weise die Durchführung einer Due Diligence Prüfung gewährt wird.

60 Im Ergebnis hat der Vorstand bei einer asymmetrischen Informationsweitergabe abzuwägen, inwieweit die Ungleichbehandlung aus Sicht der Aktiengesellschaft im Einzelfall gerechtfertigt und gleichzeitig, ob die Weitergabe von Informationen überhaupt im Interesse der Gesellschaft ist. IdR wird die bloße Mehrheitsbeteiligung für eine asymmetrische Information nicht ausreichen.

Die Stellung und Bedeutung eines Aktionärs für die Aktiengesellschaft kann aber mE im Einzelfall dennoch eine differenzierte Beurteilung rechtfertigen. Es macht nämlich einen Unterschied, ob der Vorstand einem Kernaktionär, einem institutionellen Investor oder einem Kleinanleger gegenübersteht. Ist etwa ein

Vgl Fleischer, ZGR 2009, 508 ff mwN.

<sup>65</sup> S dazu Fleischer, ZGR 2009, 509 f.

Vgl P. Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 47a Rz 17 mwN.

<sup>67</sup> S dazu Bachmann, ZHR 170 (2006), 146; Fleischer, ZGR 2009, 520 ff.

Vgl dazu gleich unten; M. Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 118 Rz 91 mwN; aA aber S Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> § 118 Rz 3, die sich gegen eine Informationserteilung außerhalb der Hauptversammlung aussprechen.

<sup>69</sup> S dazu unten 79 ff.

Vgl P. Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 47a Rz 19.

Kernaktionär vorhanden, der (de facto) über die Beschlussmehrheit verfügt, wird es oftmals gerechtfertigt sein, dass sich der Vorstand in unterschiedlichen Fragen mit diesem zur Abstimmung in Verbindung setzt.<sup>71</sup> Zu denken ist etwa daran, dass ausnahmsweise eine Zustimmung der Hauptversammlung zu einer Transaktion erforderlich ist. In diesem Fall ist eine Abstimmung mit einem ausschlaggebenden Kernaktionär – schon um frustrierte Kosten einer Hauptversammlung zu vermeiden - wohl im Interesse der Gesellschaft. Selbstverständlich ist auch hier der Informationsfluss nicht uneingeschränkt zulässig und muss entsprechend abgesichert sein. (Potentielle) Eigeninteressen sind bei der Entscheidung immer zu berücksichtigen.

Es ist auch denkbar, dass ein asymmetrischer Informationsaustausch außer- 62 halb der Hauptversammlung mit institutionellen Anlegern im Interesse der Gesellschaft ist. Dies kann etwa im Rahmen der Organisation und Abklärung von Kapitalmaßnahmen sogar erforderlich sein. Beim Informationsaustausch mit rein institutionellen Investoren herrscht aber in der Regel eine andere Interessenlage als bei Kernaktionären. Zu hinterfragen sind auch hier die Eigeninteressen des institutionellen Investors. So wird bei einem Investor, der ausschließlich die Gewinnmaximierung seines (kurzfristigen) Investments (etwa bei einem Hedgefonds, der in Aktien short gegangen ist) ein anderes Interesse hinter eine Anfrage liegen, als bei einem langfristigen, strategischen Investor. Dies spricht selbstverständlich keinem Anleger das Recht auf Information ab - denn auch shareholder activism kann für den Kapitalmarkt sehr wichtige Impulse geben -, für die Beurteilung der Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht durch den Vorstand ist dies aber jedenfalls von Bedeutung.

In der Beurteilung hat immer einzufließen, aus welchem Grund Information 63 von einem institutionellen Investor oder anderen Aktionären verlangt werden, welche Interessen hinter einer Anfrage liegen und in welcher Situation sich die Aktiengesellschaft gerade befindet. Ist gerade ein Aktionärsstreit im Gange, wird dies möglicherweise zu einer anderen Beurteilung führen, als in einer Situation, in der die Gesellschaft mit der Informationsweitergabe besondere Eigeninteressen verfolgt. Die Grenze wird aber immer im Verbot der Nachteilszufügung gegenüber der Gesellschaft zu ziehen sein.72

#### 3. Kapitalmarktrechtliche Grundsätze

Für börsenotierte Gesellschaften wird das allgemeine gesellschaftsrechtliche 64 Geleichbehandlungsgebot durch kapitalmarktrechtliche Grundsätze und Vorschriften ergänzt, die parallel zu den gesellschaftsrechtlichen Regelungen anzuwenden sind. Zu nennen sind beispielhaft:

Ad-hoc Meldepflicht/Veröffentlichung bzw Schutz von Insiderinformationen: Die Marktmissbrauchsverordnung regelt seit Anfang Juli 2016 auf europäischer Ebene den Umgang mit und die Veröffentlichung von Insiderinformationen. Zielsetzung ist die Hintanhaltung von Insiderhandel und die zeit-

So etwa in Zusammenhang mit der Beschlussfassung über die Aufsichtsratsvergütung Nowotny, RdW 2014, 572.

S dazu etwa Kalss, GesRZ 2010, 143.

**43** 64 Arlt

gleiche Weitergabe von Insiderinformationen an die Marktteilnehmer. Durch die Marktmissbrauchsverordnung wurden wesentliche Regelungen auch auf den Dritten Markt ausgedehnt. Zu verweisen ist hier auch auf die neue Regelung des § 48m BörseG, die ua die unzulässige Offenlegung von Insiderinformationen sanktioniert.

- Informationsgestütztes Marktmanipulationsverbot: Die Information der Öffentlichkeit muss immer dem Verbot der informationsgestützten Marktmanipulation standhalten. Dies gilt nicht nur für offizielle ad-hoc-Meldungen, sondern für jede Art von Informationen (etwa auch Interviews in der Fachpresse). Gerade Vorstandsmitglieder börsenotierter Aktiengesellschaften, die regelmäßig nach außen auftreten (müssen), stehen immer wieder im Blickfeld der Finanzmarktaufsicht. Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in der Vergangenheit des Öfteren mit informationsgestützter Marktmanipulation beschäftigt und die Anwendung des § 48c BörseG (nunmehr: § 48c iVm Abs 1 Z 3 BörseG, der auf die Artt 12 ff der Marktmissbrauchsverordnung verweist) insbesondere auch dann angenommen, wenn ein Vorstandsmitglied im Rahmen eines Interviews nach seinem Dafürhalten falsche, unvollständige oder irreführende Informationen erteilt hat, die falsche bzw irreführende Signale auf dem Markt gegeben haben oder geben hätten können.<sup>73</sup>
- Börserechtliches Gleichbehandlungsgebot: Für börsenotierte Aktiengesellschaften regelt § 83 BörseG, dass ein Emittent von Aktien<sup>74</sup> alle Aktionäre, die sich in der gleichen Lage befinden, gleich behandeln muss.<sup>75</sup> Das Gleichbehandlungsgebot gilt nach § 83 Abs 5 AktG auch für Emittenten von Partizipationsscheinen und Genussrechten gemäß § 174 AktG. Zur Absicherung, dass die Aktionäre ihre Rechte im Rahmen der Hauptversammlung wahrnehmen können, sieht § 83 Abs 2 BörseG zudem Informationspflichten der Gesellschaft vor.<sup>76</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> S dazu jüngst VwGH 18.12.2015, Ra 2015/02/0200; VwGH 24.06.2014, 2011/17/0249; vgl hierzu auch *Oppitz*, ÖBA 2009, 171 ff.

Emittenten von Aktien vertretenden Zertifikaten sind ebenfalls Emittenten iSd§ 81a Abs 1 Z 4 BörseG.

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> § 15 Rz 6 ff.

<sup>§ 83</sup> Abs BörseG lautet: "Der Emittent hat demnach sicherzustellen, dass alle Einrichtungen und Informationen, die die Aktionäre zur Ausübung ihrer Rechte benötigen, im Herkunftsmitgliedstaat zur Verfügung stehen und dass die Integrität der Daten gewahrt wird. [...] Insbesondere muss der Emittent 1. über Ort, Zeitpunkt und Tagesordnung der Hauptversammlung wie auch über die Gesamtzahl der Aktien und Stimmrechte und die Rechte der Aktionäre bezüglich der Teilnahme an den Hauptversammlungen informieren; 2. jeder Person, die berechtigt ist, an der Hauptversammlung stimmberechtigt teilzunehmen, zusammen mit der individuellen Benachrichtigung zur Hauptversammlung, falls eine solche ergeht, oder auf Verlangen nach ihrer Anberaumung ein Vollmachtsformular entweder in Papierform oder gegebenenfalls durch elektronische Hilfsmittel übermitteln; 3. ein Kredit- oder Finanzinstitut als bevollmächtigte Stelle benennen, über die die Aktionäre ihre finanziellen Rechte ausüben können; 4. die Zuteilung und Zahlung von Dividenden und die Emission neuer Aktien ankündigen sowie über Satzungsänderungen und Rechte in Bezug auf die Zuteilung, Zeichnung, Einziehung oder den Umtausch von Aktien informieren.

Die FMA hat den von der Europäischen Kommission gemäß Art. 27 Abs. 2 bis 2c der RL 2004/109/EG erlassenen Komitologiebestimmungen entsprechend durch Verordnung festzulegen, über welche Arten von Kredit- oder Finanzinstituten ein Aktionär die in Z 3 genannten finanziellen Rechte ausüben kann."

Die informationelle Gleichbehandlung wird zudem von verschiedenen Informationspflichten geschützt.77

#### 4. Aktienrechtliche Informationsrechte von Aktionären

Das Recht der Aktionäre auf Information ist grundsätzlich im Zuge einer Haupt- 65 versammlung geltend zu machen. Nach § 118 AktG ist jedem Aktionär auf Verlangen in der Hauptversammlung Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben, soweit sie zur sachgemäßen Beurteilung eines Tagesordnungspunkts erforderlich ist. Ein Auskunftsrecht außerhalb einer Hauptversammlung besteht nicht.

Das Informationsrecht der Aktionäre ist Bestandteil der mitgliedschaftlichen 66 Stellung der Aktionäre und ist mit dem Recht an die Teilnahme an der Hauptversammlung und dem Rede- und Antragsrecht verbunden. 78 Aufgrund der im Gesetz vorgesehenen Konnotation zwischen Information und Beurteilung eines Tagesordnungspunkts ist das Informationsrecht in erster Linie in Zusammenhang mit der Ausübung des Stimmrechtes in der Hauptversammlung zu sehen. Es begründet kein Recht auf unbeschränkten Zugang zu allgemeinen Informationen. Der Rechtsanspruch ist vielmehr mit der Tagesordnung gekoppelt. Ohne Hinzutreten anderer Voraussetzungen hat ein Aktionär daher auf Grundlage des § 118 AktG keinen zusätzlichen Anspruch auf Information oder Bucheinsicht.<sup>79</sup>

Das Informationsrecht ist zudem mit dem Teilnahmerecht des Aktionärs an der 67 Hauptversammlung zwingend verbunden.80 Außerhalb einer Hauptversammlung hat ein Aktionär - wie erwähnt - daher kein Auskunftsrecht. Es ist die Entscheidung des Vorstandes, ob und unter welchen Voraussetzungen er weitere Informationen herausgibt.81

Nach § 118 Abs 1 AktG erstreckt sich die Auskunftsplicht auf die rechtlichen 68 und geschäftlichen Beziehungen der Gesellschaft zu einem verbundenen Unternehmen (Konzernprivileg). Werden in der Hauptversammlung eines Mutterunternehmens der Konzernabschluss und der Konzernlagebericht vorgelegt, so erstreckt sich die Auskunftspflicht auch auf die Lage des Konzerns sowie der in den Konzernabschluss einbezogenen Unternehmen. Das Informationsrecht erweitert sich in diesem Fall daher auch auf die Informationen zu verbundenen Unternehmen.82 Das bedeutet aber wiederum kein direktes Einsichtsrecht in die Bücher verbundener Unternehmen. Während die Beziehung einer Gesellschaft zu einem verbundenen Unternehmen ebenso wie andere Umstände die Gesellschaft betref-

S dazu Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> § 15 Rz 23 ff mwN.

S hierzu M. Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 118 Rz 2 ff; Kersting in KölnKomm AktG<sup>3</sup> § 131 Rz 6; Decher in Großkomm AktG<sup>4</sup> § 131 Rz 5 ff.

S hierzu M. Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss AktG<sup>2</sup> § 118 Rz 4 ff, 21; Hüffer/Koch, AktG<sup>12</sup> § 131 Rz 1 mwN; Kubis in MünchKomm AktG<sup>3</sup> § 131 Rz 1 mwN.

S S. Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> § 118 RZ 4; Decher in Großkomm AktG<sup>4</sup> § 131 RZ 61; Kubis in MünchKomm<sup>2</sup> § 131 Rz 9; M. Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 118 Rz 27.

Vgl hierzu Volhard in Semler/Volhard/Reichert, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung<sup>3</sup> § 11 Rz 25; vgl Kalss/Riedl Rz 22/76 ff.

S dazu unten Rz 72 ff.

**43** 69–71 Arlt

69 fen, hat der Hinweis auf die Auskunftsplicht hinsichtlich der rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen der Gesellschaft rein deklaratorischen Charakter.<sup>83</sup>

§ 118 AktG vermittelt auch im Rahmen der Hauptversammlung keinen unbeschränkten Zugang zu Informationen; dem Aktionär ist kein uneingeschränktes Auskunftsrecht eingeräumt. Vielmehr kann und gegebenenfalls muss der Vorstand unter bestimmten Voraussetzungen das Auskunftsrecht eines Aktionärs limitieren. Nach § 118 Abs 3 AktG<sup>84</sup> darf die Auskunft etwa verweigert werden, soweit sie nach vernünftiger unternehmerischer Beurteilung geeignet wäre, dem Unternehmen oder einem verbundenen Unternehmen einen erheblichen Nachteil zuzufügen oder ihre Erteilung selbst strafbar wäre.

Ist ein Vorstandsmitglied nach § 118 AktG verpflichtet, Auskunft zu erteilen, liegt grundsätzlich kein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht vor. Recht auf Auskunftserteilung gegen § 84 Abs 1 AktG oder andere gesetzliche Verschwiegenheitspflichten verstoßen, muss nicht nur ein Recht auf Auskunftsverweigerung bestehen, sondern es ist von der Pflicht zur Auskunftsverweigerung auszugehen. Eine Pflicht zur Aussageverweigerung ist überdies aus der Sorgfalts- und Treueplicht des Vorstandes abzuleiten.

Der Vorstand hat daher im Rahmen der Hauptversammlung zu beurteilen, ob die Erteilung der Information für die Gesellschaft erheblich nachteilig wäre. Hierbei muss der Schaden bzw Nachteil nicht ausdrücklich feststehen. Er muss nur – ex ante betrachtet – plausibel sein, dh die Information muss "geeignet sein", einen erheblichen Nachteil zu verursachen. Ber Vorstand darf freilich nicht pauschal die Auskunft aufgrund einer potentiellen Nachteilszufügung verweigern. Strittig ist, ob bei der Entscheidung über die Nachteiligkeit eine Abwägung zwischen drohen-

Vgl hierzu Koppensteiner, GesRZ 2008, 200 ff; s hierzu auch Kubis in MünchKomm AktG³ § 131 RZ 62 mwN; Spindler in Schmidt/Lutter, AktG³ § 131 RZ 37 mwN; M. Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 118 RZ 55.

Das Recht zur Verweigerung einer mündlichen Auskunft ist nach § 118 Abs 4 AktG im Rahmen der Zurverfügungstellung von Informationen auf der Internetseite der Gesellschaft erweitert. Die mündliche Auskunft kann verweigert werden, wenn die Auskunft auf der Internetseite der Gesellschaft in Form von Frage und Antwort über mindestens sieben Tage vor Beginn der HV durchgehend zugänglich war. Zudem gilt eine einmonatige Frist nach der Hauptversammlung. Soweit diese einmonatige Frist nicht eingehalten wird, gibt es jedoch keine Sanktion. Vgl dazu M. Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 118 Rz 126 ff mwN.

<sup>85</sup> So auch M. Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 118 Rz 124.

<sup>86</sup> S etwa M. Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 118 Rz 124; Decher in GroßKomm AktG<sup>4</sup> § 131 Rz 292 mwN; Kubis in MünchKomm AktG<sup>3</sup> § 131 Rz 96; Hüffer/Koch, AktG<sup>12</sup> § 131 Rz 23; S. Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> § 84 Rz 16, § 118 Rz 19 f.

 $<sup>^{87}</sup>$   $\it H\"uffer/Koch, AktG^{12}~\S~131~Rz~23;~Kubis~in~M\"unchkomm~AktG^{3}~RZ~96;~BGHZ~36,~121,~131=NJW~1962,~104.$ 

<sup>88</sup> Hüffer/Koch, AktG<sup>12</sup> § 131 Rz 24; OLG Stuttgart AG 2012, 377, 381; Kubis in Münchkomm AktG<sup>3</sup> § 131 Rz 99.

Strittig ist, ob vertragliche Geheimhaltungsplichten ausreichen, um ein Auskunftsverweigerungsrecht zu begründen. Dies ist jedenfalls, dann anzunehmen, wenn die Geheimhaltungsverpflichtung für die Aktiengesellschaft selbst erforderlich war; s dazu ausführlich Hüffer/Koch, AktG<sup>12</sup> § 131 RZ 26.

dem Nachteil und Nutzen der Auskunft für den Aktionär angestellt werden muss. <sup>90</sup> Eine bloße Interessenabwägung geht aber mE an der Kompetenz des Vorstands vorbei, denn dieser hat die Interessen der Aktiengesellschaft und nicht die eines einzelnen Aktionärs zu wahren; dabei kann er allenfalls die Interessen des Aktionärs berücksichtigen, nicht aber darf er sie über die Interessen der Gesellschaft stellen

## V. Sonderfragen

#### A. Konzern

Das Spannungsgefüge zwischen Informationsrechten, Geheimnisschutz und Vertraulichkeit zeigt sich in einer weiteren Facette im Zusammenhang mit konzernmäßig verbundenen Gesellschaften. Die Interessenlagen von beherrschenden und beherrschten Unternehmen sind nicht immer gleich, sondern oft auch gegenläufig. Ein Grund dafür liegt darin, dass ein Konzern keine Rechtspersönlichkeit hat und es kein übergelagertes Konzerninteresse gibt. Darüber hinaus ist die Informationsweitergabe zwischen Konzernunternehmen nicht besonders geregelt, sodass sich diese nach den allgemeinen Regelungen und Prinzipien zu richten hat. Zu beachten sind in diesem Zusammenhang auch die datenschutzrechtlichen Bestimmungen, weil es in Österreich keine Konzernklausel gibt. <sup>92</sup>

Zu unterscheiden ist in diesem Zusammenhang zwischen der Informationsweitergabe aus Sicht der beherrschten Gesellschaft und dem Zugang zu Informationen für die beherrschende Gesellschaft, wobei die konkrete Ausgestaltung immer von der jeweiligen Rechtsform abhängt.<sup>93</sup>

Den Zugriff auf Informationen erhält die **beherrschende Gesellschaft** grundsätzlich im Rahmen der Ausübung ihrer Aktionärsrechte (etwa die Auskunftsmöglichkeit nach § 118 AktG) oder durch die Einräumung von Sonderrechten (wie insbesondere das Entsendungsrecht in den Aufsichtsrat nach § 88 AktG<sup>94</sup>). Ua auf Grundlage des § 118 AktG, der sich auch auf Konzernsachverhalte bezieht, wird abgeleitet, dass in gewissem Rahmen ein Informationsfluss zwischen konzernverbundenen Unternehmen zulässig sein muss. In der Regel liegt die Informationsweitergabe im Interesse der Aktiengesellschaft, weil auch nur dadurch die Konzernkoordination gewährleistet werden kann.

Volhard in Semler/Volhard /Reichert, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung<sup>3</sup> § 11 Rz 44.

<sup>91</sup> S dazu Schima/Arlt in Haberer/Krejci, HB Konzernrecht (2016) Rz 9.27 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>92</sup> S dazu Schima/Arlt in Haberer/Krejci, HB Konzernrecht (2016) Rz 9.64, 9.102 ff.

<sup>93</sup> S Schima/Arlt in Haberer/Krejci, HB Konzernrecht (2016) Rz 9.72 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>94</sup> S dazu etwa *Kalss* in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 26 Rz 34 ff, 44.

<sup>95</sup> S Schima/Arlt in Haberer/Krejci, HB Konzernrecht (2016) Rz 9.72 ff.

Kalss, GesRZ 2010, 138 f; M. Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I² § 118 Rz 55; siehe auch Spindler in K. Schmidt/Lutter, AktG³ § 131 Rz 37 f mwN; Schima/Arlt in Haberer/Krejci, HB Konzernrecht (2016) Rz 9.102 ff.

**43** 75–77 Arlt

Der Vorstand der beherrschenden Gesellschaft kann zudem durch die Ausübung von Entsendungsrechten für einen gewissen Informationsfluss sorgen. Grenzen werden diesem asymmetrischen Informationsfluss durch das Gebot der Gleichbehandlung und das Verbot der Nachteilszufügung gezogen. Maßstab ist auch hier das Unternehmenswohl bzw das Gesellschaftsinteresse (und nicht das Interesse des beherrschenden Aktionärs). Eine asymmetrische Informationsweitergabe lässt sich auch dann rechtfertigen, wenn außenstehende Dritte an der beherrschten Gesellschaft beteiligt sind. Die ungleiche Weitergabe ist in diesem Fall oftmals vom relativen Gleichbehandlungsgrundsatz gedeckt. Die Grenze ist bei der Weitergabe an Informationen – wie erwähnt – immer dort zu ziehen, wo die berechtigten Interessen der betroffenen Gesellschaft verletzt werden oder der Gesellschaft ein Nachteil (jedenfalls ohne entsprechenden unverzüglichen Nachteilsausgleich) zugefügt wird. Die

Wie weit eine **beherrschte Aktiengesellschaft** Informationen weitergibt ist auch im Rahmen von konzernverbundenen Unternehmen durch den Vorstand zu entscheiden. Dieser hat auch in diesem Fall oftmals die Macht über das Gesellschaftsgeheimnis und hat zu beurteilen, inwieweit die Informationsweitergabe innerhalb des Konzerns bzw an eine konzernverbundene Gesellschaft zulässig sein darf. Eine unkritische Weitergabe von Informationen allein aufgrund eines "Konzerninteresses"<sup>102</sup> reicht aber jedenfalls nicht. <sup>103</sup>

Die Informationspflicht des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat ist grundsätzlich nach § 81 AktG auch auf konzernverbundene Unternehmen erweitert. Das Auskunftsrecht des Aufsichtsrats und die Berichtspflicht des Vorstands beziehen sich damit auch auf verbundene Unternehmen. Auf Ebene der herrschenden Gesellschaft ist der Vorstand daher gegenüber seinem Aufsichtsrat zu einem umfassenden Informationsfluss verpflichtet, der auch Konzernsachverhalte umfasst. <sup>104</sup> Die Berichtspflicht gilt aber nur innerhalb der Gesellschaftsebene; eine direkte Berichtspflicht des Vorstands einer beherrschten Gesellschaft gegenüber dem Aufsichtsrat der herrschenden Gesellschaft ist im AktG nicht vorgesehen. <sup>105</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>97</sup> Zu den Grenzen Kalss in Kalss/Kurz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 26 Rz 34 ff, 44; Nowotny, RdW 1999, 287; G. Schima in FS Krejci 840; Schima/Arlt in Haberer/Krejci, HB Konzernrecht (2016) Rz 9.102 ff, 9.159 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>98</sup> P. Doralt/Diregger in MünchKomm AktG V<sup>3</sup> Rz 43.

<sup>&</sup>lt;sup>99</sup> Kalss in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 26 Rz 44 mwN; Kalss in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 9 Rz 61 ff.

Schröckenfuβ, JBI 2003, 541 ff; Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 47a Rz 18; Schima/Arlt, Handbuch Konzernrecht (2016) Rz 9.159 ff.

Doralt/Diregger in MünchKomm AktienG IV<sup>4</sup> Rz 79 ff; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, Gesellschaftsrecht RZ 3/937f; Kalss, GesRZ 2010, 140f; Schima/Arlt in Haberer/Krejci, HB Konzernrecht (2016) Rz 9.159 ff.

Der Terminus "Konzerninteresse" ist zwar gebräuchlich, rechtlich gibt es ein solches aber nicht. Schima/Arlt, Handbuch Konzernrecht (2016) Rz 9.27 ff, Kalss in Doralt/Nowotny/ Kalss, AktG² § 95 Rz 33 mwN; s auch Hoffmann-Becking, ZHR 1995/159, 329 f.

<sup>&</sup>lt;sup>103</sup> Vgl hiezu Schima/Arlt in Haberer/Krejci, HB Konzernrecht (2016) Rz 9.27 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>104</sup> S dazu Kalss in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 26 Rz 35.

Vgl hierzu Kalss, in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 26 Rz 34 ff; Schima/Arlt in Haberer/ Krejci, HB Konzernrecht (2016) Rz 9.64, 9.102 ff.

Der Vorstand der beherrschten Gesellschaft ist freilich in einem bestimmten Rahmen zur Informationsweitergabe an die herrschende Gesellschaft verpflichtet.<sup>106</sup> Ist eine Weitergabe von Informationen zur Verfolgung der Konzernleitung erforderlich, so ist diese meist auch gerechtfertigt.<sup>107</sup>

#### **B.** Due Diligence

Ein besonderes Spannungsfeld für den Vorstand ergibt sich oftmals in Zusammenhang mit dem Wunsch von Aktionären, künftigen Investoren oder anderen Interessenten die Durchführung einer Due Diligence Prüfung zu ermöglichen. 108 Jeder potentielle Erwerber eines Aktienpakets oder Investor möchte sich ein umfassendes Bild von der Vermögens- und Finanzlage der Gesellschaft machen und gleichzeitig eine Risikoanalyse durchführen, wofür dieser Zugang zu nicht öffentlich verfügbaren Informationen und Unterlagen der Gesellschaft braucht. Die verkaufswilligen Aktionäre verlangen daher in der Regel vom Vorstand, dass dieser dem potentiellen Erwerber Zugang zu mehr oder weniger sensiblen und vertraulichen Informationen der Gesellschaft gewährt. 109 Teilweise wird auch von den verkaufswilligen Aktionären die Durchführung einer Vendor's Due Diligence verlangt, die dadurch den Verkauf besser strukturieren und ihre mit dem Verkauf verbundenen Risiken besser einschätzen können. 110

Wie sich bereits aus den oben dargelegten Grundsätzen ergibt, haben aber weder ein einzelner Aktionär noch ein außenstehender Dritter bzw potentieller Erwerber ein umfassendes Auskunftsrecht und damit ein Recht auf die Durchführung der Due Diligence Prüfung.<sup>111</sup> Ohne Zustimmung des Vorstands kann die Due Diligence daher nicht durchgesetzt werden.

Der Vorstand hat in seiner Verantwortung darüber zu entscheiden, ob er einem potentiellen Erwerber die Durchführung einer Due Diligence erlaubt und welchen Rahmen er für diese festlegt. <sup>112</sup> In die Entscheidungsfindung haben etwa die Größe des kaufgegenständlichen Aktienpakets, strategische oder finanzielle Vorteile der

Vgl hiezu Kalss in GesRZ 2010, 140; Kalss in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 26 Rz 36; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 84 Rz 15.

Kalss in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 26 Rz 35f; *Drygala* in Schmidt/Lutter, AktienG<sup>3</sup> §116 RZ 37 mwzN; *Kalss* in GesRZ 2010, 140; *Doralt/Diregger* in Münchkomm AktG IV<sup>4</sup> Rz 99; *Doralt/Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 84 Rz 18; *Lutter/Krieger/Verse*, Recht und Pflichten des Aufsichtsrates<sup>6</sup> Rz 281 f.

<sup>&</sup>lt;sup>108</sup> Vgl dazu mzwN *Hasenauer/Stingl*, Due Diligence (2015) 1 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>109</sup> Vgl dazu *Krejci*, RdW 1999, 574.

S dazu etwa Hasenauer/Stingl, Due Diligence (2015) 36 ff; vgl Hermann/Ettmayer Rz 29/68 ff.

Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 84 Rz 15; Krejci, RdW 1999, 574; Hofmann, Due Diligence – Möglichkeiten und Grenzen des Managements (2006) 140 ff; Birkner/Winkler, GesRZ 1999, 234; Strasser, ecolex 2001, 748; Rieder in Althuber/Schopper, HB Unternehmenskauf und Due Diligence² 359 mzwN; Mertens, AG 1997, 543; Stoffels, ZHR 165 (2001), 370; Ziemons, AG 1999, 496; Lutter, ZIP 1997, 616; Mertens, AG 1997, 541 (543); Strasser, ecolex 2001, 751; so auch Hasenauer/Stingl, Due Diligence (2015) 88; Hofmann, Due Diligence – Möglichkeiten und Grenzen des Managements 112 f.

<sup>&</sup>lt;sup>112</sup> S dazu Hopt/Roth in Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 304; vgl auch Hüffer/Koch, AktG<sup>12</sup> § 93 Rz 2 mzwN.

Gesellschaft durch den Einstieg des neuen Aktionärs und die Wahrscheinlichkeit bzw der Stand der Transaktion einzufließen. 113 Im Vordergrund steht auch bei dieser Entscheidung das Gesellschaftsinteresse, wobei dieselben Grundsätze wie bei jeder anderen Entscheidung über die Offenlegung von Informationen anzuwenden sind. Selbstverständlich sind in diesem Zusammenhang immer auch die datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu beachten.

- Die Entscheidungsbefugnis fällt dabei in der Regel in die Verantwortung des Gesamtvorstands. 114 Im Rahmen einer Due Diligence werden Informationen aus verschiedenen Ressorts offengelegt, sodass hier nicht ein ressortzuständiges Vorstandsmitglied über die Weitergabe aller Informationen entscheiden kann. Darüber hinaus wird bei einer Due Diligence dem Erwerber die Möglichkeit gegeben, sich durch den Zugang zu Informationen ein umfassendes Gesamtbild über die Gesellschaft zu verschaffen.
- Auch wenn die Entscheidung über die Due Diligence nicht in die Zuständigkeit des Aufsichtsrats fällt, kann der Vorstand jedenfalls den Aufsichtsrat in seine Entscheidung einbinden.<sup>115</sup> Er muss dies freilich tun, wenn sich die Befassungspflicht aus der Satzung oder Geschäftsordnung ergibt.
- Das Spektrum an Gestaltungsmöglichkeiten der Due Diligence ist weit und hängt ua von der Deal-Wahrscheinlichkeit und dem Fortgang der Verhandlungen ab. Im Verlauf der Durchführung einer Due Diligence kann sich die Notwendigkeit ergeben, den Due Diligence Prozess anzupassen oder diesen sogar abzubrechen.
- Der Vorstand hat die Due Diligence an die Interessen der Gesellschaft anzupassen und dabei ihr Geheimhaltungsinteresse bestmöglich zu schützen. Um die Vertraulichkeit der Informationen zu wahren, hat der Vorstand die Verschwiegenheitspflicht jedenfalls auf jene Personen vertraglich zu überbinden, die Zugang zu Informationen bekommen.<sup>116</sup>
- Zur Absicherung der Gesellschaft ist diese soweit möglich auch mit einer Vertragsstrafe zu flankieren. In der Praxis stellt sich hier aber mitunter das Problem, dass Vertragsstrafen von potentiellen Finanzinvestoren per se nicht akzeptiert werden. In diesem Fall ist abzuwägen, ob aus diesem Grund die Due Diligence aus diesem Grund gar nicht gewährt wird oder aber der Schutz der im Datenraum befindlichen Informationen nicht auch anders hergestellt werden kann (etwa durch die Gewährung der Due Diligence auf rein anwaltsvertraulicher Basis oder Ebene von Experten; Einrichtung eines physischen Datenraums statt eines virtuellen;

<sup>&</sup>lt;sup>113</sup> Zu verschiedenen Interessenslagen s etwa Rieder in Althuber/Schopper, HB Unternehmenskauf und Due Diligence<sup>2</sup> 366 ff mzwN.

Rieder in Althuber/Schopper, HB Unternehmenskauf und Due Diligence<sup>2</sup> 364 f mwN; vgl dazu Mertens/Cahn in Köln Komm AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 115; Stoffels, ZHR 165 (2001) 362, 376; Hofmann, Due Diligence (2006) 152; Körber in Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts (2006) § 10 Rz 20; Fleischer/Körber in Berens/Brauner/Strauch/Knauer, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen<sup>7</sup> (2013) 303; Krieger/Sailer-Coceani in Schmidt/Lutter, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 27.

<sup>115</sup> So auch *Rieder* in Althuber/Schopper, HB Unternehmenskauf und Due Diligence<sup>2</sup> 364.

<sup>&</sup>lt;sup>116</sup> Zu Vertraulichkeitsvereinbarung s etwa Mertens, AG 1997, 544; Götze, ZGR 1999, 218; Müller, NJW 2000, 3455; Stoffels, ZHR 165 (2001), 378; M. Strasser, ecolex 2001, 750; Hofmann, Due Diligence (2006) 168.

beschränkterer Zugang zu Informationen, sodass sensible Informationen gar nicht oder zu einem sehr späten Zeitpunkt, zu dem der Abschluss der Transaktion äu-Berst wahrscheinlich ist, offengelegt werden).

Im Rahmen der Gestaltung ist auch zu entscheiden, wem Zugang zu Informationen gewährt wird. In der Regel ist der Zugang zum Datenraum zu beschränken und genau zu dokumentieren, wem er gewährt wird und wer davon tatsächlich und in welchem Umfang Gebrauch macht. Bei einem virtuellen Datenraum - bei dem naturgemäß die Reproduktion von Daten kaum kontrolliert werden kann – werden in der Regel hoch sensible Informationen nur sehr restriktiv zugänglich gemacht werden dürfen.

Die zugänglich zu machenden Informationen sind zudem nach dem Ausmaß ihrer Vertraulichkeit und Sensibilität zu ordnen, sodass auch die Gewährung des Zugriffs zu diesen Informationen etwa hinsichtlich Zugang und Zeitpunkt gestaffelt bzw limitiert werden kann. Zugang zu hoch sensiblen Daten ("red files") wird etwa nur als physischer Datenraum (ohne Reproduktionsmöglichkeiten der darin enthaltenen Daten) und nur bestimmten Personen gewährt werden und - je nach Inhalt der red files - dies auch nur zu einem Zeitpunkt, zu dem der Abschluss der Transaktion entweder äußerst wahrscheinlich ist oder aber sogar das Signing schon stattgefunden hat. 117 Sollen Daten vor dem Signing offengelegt werden, kann der Zugang auch insoweit eingeschränkt werden, als der Informationsaustausch nur auf Expertenebene stattfinden darf. 118 Soweit dies zum Schutz der Aktiengesellschaft erforderlich oder datenschutzrechtlich geboten ist, können Informationen gegebenenfalls auch in nur anonymisierter Form weitergegeben werden.

Einschränkungen ergeben sich zudem bei börsenotierten Aktiengesellschaften. Hier hat der Vorstand jedenfalls zu gewährleisten, dass Insider-Informationen iSd Art 7 der Marktmissbrauchsverordnung (dazu sogleich) offengelegt, die Meldepflichten (insbesondere die ad-hoc Meldepflichten) eingehalten werden und Insiderhandel hintangehalten wird.119

Ist die Aktiengesellschaft selbst Vertragspartner im Rahmen eines Asset Deals ist die Interessenlage freilich eine andere. Denn in diesem Fall muss der Vorstand die Interessen der Gesellschaft in Zusammenhang mit der Transaktion vertreten. Auch in diesem Fall sind Zulässigkeit und Gestaltung der Due Diligence unter dem Gesichtspunkt der Wahrung der Gesellschafterinteressen zu beurteilen. 120

# C. Kapitalmarkt- und börserechtliche Besonderheiten 1. Insiderrecht

Vorstandsmitglieder zählen zu **Primärinsidern** iSd § 48m BörseG. Der Be- 91 griff der Insiderinformation basiert auf Art 7 der Marktmissbrauchsverordnung. Die bisher geltenden Regelungen des BörseG wurden durch die am 3. Juli 2016

89

90

Rieder in Althuber/Schopper, HB Unternehmenskauf und Due Diligence<sup>2</sup> 364.

Zu verschiedenen Schutzmaßnahmen vgl auch Hasenauer/Stingl, Due Diligence (2015) 96 ff mwN; s auch Strasser, ecolex 2001, 750.

<sup>&</sup>lt;sup>119</sup> Vgl dazu auch *Hasenauer/Stingl*, Due Diligence (2015) 111 ff mwN.

Krejci, RdW 1999, 575 mwN; s auch Hasenauer/Stingl, Due Diligence (2015) 91.

in Kraft getretene Marktmissbrauchsverordnung sowie durch die umzusetzende Marktmissbrauchsrichtlinie<sup>121</sup> ersetzt.<sup>122</sup>

- Nach § 48d Abs 1 BörseG alt ist eine Insiderinformation eine öffentlich nicht bekannte, genaue Information, die direkt oder indirekt einen oder mehrere Emittenten von Finanzinstrumenten oder ein oder mehrere Finanzinstrumente betrifft und die bei öffentlichem Bekanntwerden geeignet wäre, den Kurs dieser Finanzinstrumente oder den Kurs sich darauf beziehender derivativer Finanzinstrumente erheblich zu beeinflussen, weil sie ein verständiger Anleger wahrscheinlich als Teil der Grundlage seiner Anlageentscheidung nutzen würde. <sup>123</sup> Insiderinformationen können auch Ereignisse in anderen Konzerngesellschaften betreffen. Sie sind daher nicht unbedingt vertrauliche Angaben im Sinne des § 84 Abs 1 AktG und umgekehrt. <sup>124</sup> Die Weitergabe von Insiderinformationen ist nur unter sehr engen Voraussetzungen zulässig. <sup>125</sup>
- Art 7 der Missbrauchsverordnung, auf den § 48m BörseG verweist, regelt den Begriff der Insiderinformation nunmehr wie folgt: "[...]
- a) nicht öffentlich bekannte präzise Informationen, die direkt oder indirekt einen oder mehrere Emittenten oder ein oder mehrere Finanzinstrumente betreffen und die, wenn sie öffentlich bekannt würden, geeignet wären, den Kurs dieser Finanzinstrumente oder den Kurs damit verbundener derivativer Finanzinstrumente erheblich zu beeinflussen;
- b) in Bezug auf Warenderivate nicht öffentlich bekannte präzise Informationen, die direkt oder indirekt ein oder mehrere Derivate dieser Art oder direkt damit verbundene Waren-Spot-Kontrakte betreffen und die, wenn sie öffentlich bekannt würden, geeignet wären, den Kurs dieser Derivate oder damit verbundener Waren-Spot-Kontrakte erheblich zu beeinflussen, und bei denen es sich um solche Informationen handelt, die nach Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten, Handelsregeln, Verträgen, Praktiken oder Regeln auf dem betreffenden Warenderivate- oder Spotmarkt offengelegt werden müssen bzw. deren Offenlegung nach vernünftigem Ermessen erwartet werden kann;
- c) in Bezug auf Emissionszertifikate oder darauf beruhende Auktionsobjekte nicht öffentlich bekannte präzise Informationen, die direkt oder indirekt ein oder mehrere Finanzinstrumente dieser Art betreffen und die, wenn sie öffentlich bekannt würden, geeignet wären, den Kurs dieser Finanzinstrumente oder damit verbundener derivativer Finanzinstrumente erheblich zu beeinflussen;

Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie).

<sup>&</sup>lt;sup>122</sup> Vgl Kutschera Rz 27/18 ff; weiterführend Kalss/Oppitz/Zollner, Kaptialmarktrecht<sup>2</sup> § 16 Rz 3.

<sup>&</sup>lt;sup>123</sup> S dazu Kalss/Oppitz/Zollner, Kaptialmarktrecht<sup>2</sup> § 16 Rz 18 ff.

<sup>124</sup> So auch Hopt/Roth in Großkomm<sup>5</sup> § 93 Rz 283; zu Beispielen für die Offenlegung s Kalss/ Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> § 16 Rz 20.

Eine Weitergabe an Dritte kann eine Offenlegungspflicht nach § 48 d Abs 3 BörseG auslösen. Dazu sowie zur befugten Weitergabe s Kalss/Oppitz/Zollner, Kaptialmarktrecht² § 16 Rz 57 ff.

d) für Personen, die mit der Ausführung von Aufträgen in Bezug auf Finanzinstrumente beauftragt sind, bezeichnet der Begriff auch Informationen, die von einem Kunden mitgeteilt wurden und sich auf die noch nicht ausgeführten Aufträge des Kunden in Bezug auf Finanzinstrumente beziehen, die präzise sind, direkt oder indirekt einen oder mehrere Emittenten oder ein oder mehrere Finanzinstrumente betreffen und die, wenn sie öffentlich bekannt würden, geeignet wären, den Kurs dieser Finanzinstrumente, damit verbundener Waren-Spot-Kontrakte oder zugehöriger derivativer Finanzinstrumente erheblich zu beeinflussen."

Artikel 7 der Marktmissbrauchsverordnung regelt zudem, dass auch gestreckte Vorgänge bzw Zwischenschritte unter den Begriff der Insiderinformation fallen (können). Zudem ist die ESMA ermächtigt, Leitlinien für die Erstellung einer demonstrativen Liste von Informationen herauszugeben, deren Offenlegung nach vernünftigem Ermessen erwartet werden kann.

Der EuGH beschäftigte sich in seiner *Grøngaard* und *Bang*-Entscheidung<sup>126</sup> zur Insiderrichtlinie 89/592 EWG mit den Voraussetzungen für die Weitergabe von Insiderinformationen. So hat ein enger Zusammenhang zwischen Weitergabe und Ausübung der Arbeit oder des Berufs oder der Erfüllung der Aufgaben der betreffenden Person zu bestehen und die Weitergabe für die Ausübung der Arbeit oder des Berufs oder der Erfüllung der Aufgaben der betreffenden Person unerlässlich zu sein.<sup>127</sup> Diese Grundsätze bleiben auch nach der neuen Rechtslage bestehen

Nach § 48b Abs 1 Z 2 BörseG alt ist die Weitergabe von Insiderinformationen verboten, dh es ist verboten, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, indem unzulässig Insiderinformationen weitergegeben bzw zugänglich gemacht werden. <sup>128</sup> Entsprechend den oben angeführten strengen Kriterien des EuGH ist auch die Weitergabe von Insiderinformationen nach § 48b BörseG streng auszulegen; sie muss unerlässlich erforderlich sein und ihre Begründung in der Tätigkeit/Aufgabe bzw der Berufsausübung haben. Die Weitergabe ist daher nur dann zulässig, wenn eine (aktien-)gesetzliche Pflicht oder Berechtigung zur Weitergabe besteht. <sup>129</sup> § 48m BörseG sieht ebenfalls Sanktionen für unrechtmäßige Offenlegung von Insiderinformationen vor, soweit die in § 48m Abs 2 BörseG genannten Umstände eingetreten sind.

Nach Art 10 der Marktmissbrauchsverordnung liegt eine unrechtmäßige Offenlegung von Insiderinformationen vor, wenn eine Person, die über Insiderinformationen verfügt, diese Informationen gegenüber einer anderen Person offenlegt, es sei denn, die Offenlegung geschieht im Zuge der normalen Ausübung einer Beschäftigung oder eines Berufs oder der normalen Erfüllung von Aufgaben. Art 11 der Marktmissbrauchsverordnung sieht zudem Ausnahmen für sogenannte Marktsondierungen vor. So bestimmt Art 11 Abs 4 der Marktmissbrauchsverordnung:

97

98

<sup>&</sup>lt;sup>126</sup> EuGH 3.5.2001, Rs C-28/99, NJW 2006, 133.

<sup>&</sup>lt;sup>127</sup> EuGH 3.5.2001, Rs C-28/99, NJW 2006, 133, 134 Rz 34.

<sup>&</sup>lt;sup>128</sup> S dazu Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> Rz 21/15.

S dazu Kalss in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 93 Rz 356; s auch Kalss in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 26 Rz 55 f; Kalss, Anlegerinteressen 310 ff, 324; Hoffmann, Due Diligence 217.

"Für die Zwecke des Artikels 10 Absatz 1 [der Marktmissbrauchsverordnung] wird eine Offenlegung von Insiderinformationen, die im Verlauf einer Marktsondierung vorgenommen wurde, so betrachtet, dass sie im Zuge der normalen Ausübung der Beschäftigung oder des Berufs oder der normalen Erfüllung der Aufgaben einer Person vorgenommen wurde, wenn der offenlegende Marktteilnehmer die Verpflichtungen gemäß den Absätzen 3 und 5 dieses Artikels erfüllt."

Die Weitergabe von Insiderinformationen an den Aufsichtsrat ist im Rahmen der oben genannten Grundsätze zulässig und gegebenenfalls auch geboten. Die Weitergabe an Aktionäre ist hingegen nur dann zulässig, wenn dies aufgrund der gesellschaftsrechtlichen oder sonstigen gesetzlichen Vorgaben geboten bzw unerlässlich ist. Im Einzelfall kann daher die Weitergabe auch an einen Mehrheitsaktionär zulässig sein; dies aber nur unter der Voraussetzung, dass der Schutz der Information gewährleistet wird. Dabei ist immer auch die ad-hoc Meldepflicht zu berücksichtigen.

#### 2. Informationsgestützte Marktmanipulation

103 Marktmanipulation ist (nunmehr nach Art 15 der Marktmissbrauchsverordnung) verboten, wobei Marktmanipulation nicht nur durch handelsbezogene oder manipulative Maßnahmen vorgenommen werden kann. Bisher regelte § 48a Abs 1 Z 2 lit c BörseG alt zudem die informationsgestützte Marktmanipulation, die nunmehr von Art 12 Abs 1 lit c) der Marktmissbrauchsverordnung definiert ist. Demnach ist Marktmanipulation die Verbreitung von Informationen über die Medien einschließlich des Internets oder auf anderem Wege, die falsche oder irreführende Signale hinsichtlich des Angebots oder des Kurses eines Finanzinstruments, eines damit verbundenen Waren-Spot-Kontrakts oder eines auf Emissionszertifikaten beruhenden Auktionsobjekts oder der Nachfrage danach geben oder bei denen dies wahrscheinlich ist oder ein anormales oder künstliches Kursniveau eines oder mehrerer Finanzinstrumente, eines damit verbundenen Waren-Spot-Kontrakts oder eines auf Emissionszertifikaten beruhenden Auktionsobjekts herbeiführen oder bei denen dies wahrscheinlich ist, einschließlich der Verbreitung von Gerüchten, wenn die Person, die diese Informationen verbreitet hat, wusste oder hätte wissen müssen, dass sie falsch oder irreführend ist.

Informationsgestützte Marktmanipulation liegt daher immer schon dann vor, wenn irreführende Signale durch kommunikatives Verhalten (gegenüber zumindest einer Person) gesetzt werden und diese geeignet sind, den Preis zu beeinflussen. Umfasst sind damit Informationsveranstaltungen, Beiträge bei Fachvorträgen und vor allem Interviews mit Medien. Sobald ein Vorstandsmitglied einer börsenotierten Aktiengesellschaft daher Informationen nach außen erteilt, muss der Inhalt einer Prüfung in Hinblick auf die Richtigkeit bzw die Geeignetheit der Irreführung standhalten können.

<sup>&</sup>lt;sup>130</sup> Vgl dazu Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> § 22 Rz 39.

<sup>&</sup>lt;sup>131</sup> Vgl dazu ausführlich *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> § 22 Rz 39 mzwN.

#### 3. Strafrahmen

Im Rahmen der Umsetzung der Marktmissbrauchsverordnung wurden die Verwaltungsstrafen nunmehr massiv erhöht. Nach § 48c Abs 1 Z 3 BörseG ist bei einem Verstoß gegen das Verbot der informationsgestützten Marktmanipulation eine Geldstrafe von bis zu EUR 5 Millionen oder bis zu einem Dreifachen des aus dem Verstoß gezogenen Nutzens einschließlich eines vermiedenen Verlustes, soweit sich der Nutzen beziffern lässt, zu bestrafen. § 48e BörseG sieht die Strafbarkeit juristischer Personen vor, wobei die Strafbarkeit auch im Fall mangelnder Überwachung oder Kontrolle gegeben sein kann. Die Strafen für juristische Personen betragen nach § 48e Abs 3 BörseG für einen Verstoß gegen das Verbot von Insidergeschäften und unrechtmäßiger Offenlegung von Insiderinformationen (Art 14 der Marktmissbrauchsverordnung) oder gegen das Verbot der Marktmanipulation (Art 15 der Marktmissbrauchsverordnung) bis zu EUR 15 Millionen oder 15% des jährlichen Gesamtnettoumsatzes oder bis zum Dreifachen des aus dem Verstoß gezogenen Nutzens einschließlich eines vermiedenen Verlustes, soweit sich der Nutzen beziffern lässt. Die FMA kann von der Bestrafung eines Verantwortlichen (nach § 9 VStG) absehen, wenn für denselben Verstoß bereits eine Verwaltungsstrafe gegen die juristische Person verhängt wird und keine besonderen Umstände vorliegen, die einem Absehen von der Bestrafung entgegenstehen. Neben den Verwaltungsstrafen sind der FMA zudem die Ergreifung weiterer Maßnahmen (wie etwa Anordnungen, öffentliche Wahrungen, Entzug oder Aussetzung der Zulassung einer Wertpapierfirma, vorübergehendes oder dauerhaftes Verbot, Führungsaufgaben wahrzunehmen) eingeräumt.

Zusätzlich sind in § 48m BörseG justizstrafrechtliche Sanktionen geregelt, die bei einem Verstoß gegen das Verbot des Insiderhandels bzw der unberechtigten Offenlegung von Insiderinformationen (ab dem Erreichen bestimmter Kennzahlen) zur Anwendung kommen. Gemäß § 48m Abs 3 BörseG ist eine Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren im Fall unrechtmäßiger Offenlegung von Insiderinformationen zu verhängen. Die Schwelle für die Strafbarkeit ist mit einer Mindestkursveränderung über einen bestimmten Zeitraum und einem Mindestumsatz gezogen. Sie ist erfüllt, wenn es innerhalb der fünf auf das Bekanntwerden der Insiderinformation folgenden Handelstage bei den Finanzinstrumenten auf dem nach Liquiditätsaspekten wichtigsten Markt (Art. 4 Abs. 1 lit. a der Verordnung (EU) Nr. 600/2014) zu einer Kursveränderung von mindestens 35 % und zu einem Gesamtumsatz von mindestens 10 Millionen Euro kommt. Klargestellt ist, dass ein Versuch nach § 15 StGB nicht strafbar ist.

§ 46n BörseG sieht ähnliche Sanktionen für die gerichtlich strafbare Marktmanipulation bei Erreichen bestimmter Kennzahlen vor. Der Strafrahmen reicht hier von sechs Monaten bis fünf Jahre Freiheitsstrafe.

#### 4. Emittenten-Compliance-Verordnung 2007

Die Emittenten-Compliance-Verordnung 2007 (ECV 2007)<sup>132</sup> schützt compliance-relevante Informationen iSd § 3 Abs 1a ECV 2007, dh Insiderinforma-

BGBl II Nr 213/2007 zuletzt geändert durch BGBl II Nr 214/2016.

tionen nach § 3 Abs 1 ECV sowie sonstige vertrauliche und kurssensible<sup>133</sup> Informationen. Der Vorstand einer börsenotierten Aktiengesellschaft hat nach den Bestimmungen der ECV 2007 bestimmte Organisationspflichten (etwa Bestellung eines Compliance-Beauftragten) einzuhalten, die dem Schutz von compliance-relevanten Informationen dienen. Nicht umfasst sind solche Informationen, die sich aus Perspektive eines sachverständigen Anlegers nicht zu Insiderinformationen entwickeln (werden) oder für Insider-Sachverhalte relevant sein könnten.<sup>134</sup>

Zur Sicherung der compliance-relevanten Informationen hat der Vorstand für Vertraulichkeitsbereiche zu sorgen, sodass schon dadurch Insiderhandel hintangehalten wird. Vertraulichkeitsbereiche sind nach Art 3 ECV 2007 ständige und auch vorübergehend (projektbezogen) eingerichtete Unternehmensbereiche, in denen Personen regelmäßig oder anlassbezogen Zugang zu compliance-relevanten Informationen haben. Als ständige Vertraulichkeitsbereiche gelten demnach insbesondere Aufsichtsrat, Geschäftsleitung, Zentralbetriebsrat, die Gesamtheit der im Unternehmen des Emittenten gewählten Betriebsräte, sofern nicht ein Zentralbetriebsrat besteht, sowie die für Controlling, Finanzen, Rechnungswesen und Kommunikation zuständigen Unternehmensbereiche.

Schon die Informationsweitergabe innerhalb des Unternehmens ist – sofern diese nicht innerhalb institutionalisierter und vordefinierter Informationsabläufe erfolgt – nur zweckgebunden und im unbedingt erforderlichen Umfang zulässig.

Die Weitergabe von compliance-relevanten Informationen an unternehmensfremde Dritte ist ebenfalls nur im Rahmen des § 7 Abs 2 ECV 2007 zulässig, und zwar nur (i) wenn dies zu Unternehmenszwecken notwendig ist, (ii) in unbedingt erforderlichem Umfang und (iii) die Verschwiegenheit durch eine berufsrechtliche oder eine vertragliche Geheimhaltungs- und Vertraulichkeitsvereinbarung gewahrt wird. 136

# D. Bankgeheimnis

Vorstandsmitglieder von Kreditinstituten in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft sind nach § 38 Abs 1 BWG – eine Bestimmung im Verfassungsrang – zur Wahrung des Bankgeheimnisses verpflichtet. Gemäß § 38 Abs 1 BWG dürfen die Vorstandsmitglieder (wie auch die anderen Beschäftigten) Geheimnisse, die ihnen ausschließlich im Rahmen der Geschäftsverbindungen mit Kunden oder auf Grund des § 75 Abs 3 BWG anvertraut oder zugänglich gemacht worden sind, nicht offenbaren oder verwerten. Das Bankgeheimnis gilt über die Dauer der Vorstandstätigkeit unbegrenzt hinaus, dh zeitlich unbegrenzt.<sup>137</sup>

111 § 38 Abs 2 BWG regelt demonstrativ einige Ausnahmen zum Bankgeheimnis etwa im Zusammenhang mit Strafverfahren, im BWG geregelten Offenlegungs-

<sup>133</sup> Im Gegensatz zur Insiderinformation nach § 48a Z 1 lit a BörseG alt bzw Art 7 der Marktmissbrauchsverordnung ist keine erhebliche Kursrelevanz erforderlich.

<sup>&</sup>lt;sup>134</sup> So *Kalss* in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 93 Rz 357.

<sup>&</sup>lt;sup>135</sup> Vgl Hasenauer/Eichler, GesRZ 2012, 223 f.

<sup>&</sup>lt;sup>136</sup> S dazu *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> Rz 23/24 ff.

Hirsch/Sommer in Dellinger, BWG § 38 Rz 59 mwN; s auch Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> § 77–84 Rz 90.

pflichten oder allgemein gehaltenen banküblichen Auskünften über die wirtschaftliche Lage eines Unternehmens, wenn dieses der Auskunftserteilung nicht ausdrücklich widerspricht. Der vom Bankgeheimnis geschützte Kunde kann das Kreditinstitut auch vom Bankgeheimnis entbinden.

Im Rahmen von Zivilverfahren zwischen einem Kreditinstitut und einem (ehemaligen) Vorstandsmitglied verhindert das Bankgeheimnis die Geltendmachung von Ansprüchen nicht. Dies hat der OGH sowohl in Hinblick auf die Geltendmachung von Ansprüchen der Bank gegenüber einem Organmitglied als auch im umgekehrten Fall festgehalten. <sup>138</sup> Zur Wahrung des Bankgeheimnisses ist jedoch gegebenenfalls der Ausschluss der Öffentlichkeit für die Dauer der Abhandlung (Vorbringen, Urkundenverlesung etc) zu den geheimnisrelevanten Anspruchsgrundlagen erforderlich. <sup>139</sup>

# E. Aussageverweigerung und Ausschluss der Öffentlichkeit

Im Rahmen von **zivilgerichtlichen und sonstigen Verfahren** stellt sich oft die Frage, inwieweit ein Vorstandsmitglied zur Verweigerung einer Aussage berechtigt oder auch verpflichtet ist. Im Grundsatz hat ein Vorstandsmitglied immer dann die Aussage zu verweigern, wenn ihm dieses Recht eingeräumt wird und die Verschwiegenheit (Aussageverweigerung) aufgrund eines Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses im Interesse der Gesellschaft liegt. Soweit zulässig ist auch dafür zu sorgen, dass der Ausschluss der Öffentlichkeit beantragt wird, wenn dies im Interesse der Gesellschaft ist, sodass auch dadurch die Geheimhaltung in einem gewissen Rahmen gewahrt bleibt.

Zu unterscheiden ist zudem, ob ein Vorstandsmitglied als Partei oder als Zeuge vernommen wird. Ist die Aktiengesellschaft selbst Partei, kann der Vorstand nur als Partei, nicht aber als Zeuge einvernommen werden. Kraft ihrer Organstellung wird das Wissen des Vorstands der Aktiengesellschaft zugerechnet. Dies gilt grundsätzlich nur für amtierende Vorstandsmitglieder. Ehemalige Vorstandsmitglieder werden – weil sie kein Mitglied des Organs mehr sind – als Zeugen einvernommen.<sup>141</sup>

Ansonsten kann ein Vorstandsmitglied auch in seiner Organfunktion als Zeuge benannt werden; in diesem Fall sind die allgemeinen Regelungen für Zeugen heranzuziehen. Aufgrund der über die Amtsdauer hinausgehenden Verschwiegenheitspflicht von Vorstandsmitgliedern<sup>142</sup> gilt auch hier, dass die Aussage zu verweigern ist, soweit dies gesetzlich zulässig und im Interesse der Gesellschaft ist.

112

<sup>&</sup>lt;sup>138</sup> Vgl OGH 19.11.2014, 6 Ob 157/14b, EvBl 2015/61, 419 (Birgit Schneider); OGH 24.6.2015, 9 ObA 43/15m; Sabara, ARD 2016, 8 ff.

S aber OGH 24.6.2015, 9 ObA 43/15m, bei welcher ein Entlassungsgrund (bei der Vorlage von vom Bankgeheimnis geschützten Dokumenten) deshalb nicht angenommen wurde, weil zum Zeitpunkt der Entlassung noch ein Antrag auf Ausschluss der Öffentlichkeit gestellt hätte werden können und sodann aus faktischen Gründen keine Gefährdung der Interessen der Bank vorlag.

<sup>&</sup>lt;sup>140</sup> So auch *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>2</sup> §§ 77–84 Rz 92.

So auch in D *Hopt/Roth* in Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 315.

<sup>&</sup>lt;sup>142</sup> S dazu oben Rz 15.

**43** 116–121 Arlt

116 Nach § 380 ZPO – der auf das Recht zur Zeugnisverweigerung nach § 321 Abs 2 (ausgenommen Z 2) ZPO verweist (dazu sogleich) – kann eine Partei im Rahmen von zivilgerichtlichen Verfahren die Aussage aufgrund der Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses verweigern. Das erkennende Gericht hat die Aussageverweigerung jedoch bei der Beweiswürdigung (§ 381 ZPO) zu berücksichtigen. Relevant wird die Frage der Aussageverweigerung somit im Rahmen der Beweis- und Behauptungslast. Beruft sich ein Vorstandsmitglied im Rahmen seiner Parteieneinvernahme daher auf den Geheimnisschutz, sollte so weit wie möglich die Aussageverweigerung begründet werden, damit das erkennende Gericht den dahinterliegenden Grund nachvollziehen kann und diesen in der Beweiswürdigung berücksichtigt. Freilich darf die Erklärung nicht so weit gehen, dass auf den Inhalt des Geschäftsgeheimnisses geschlossen werden kann. Das Vorstandsmitglied hat abzuwägen, ob das Interesse der Gesellschaft an der Geheimhaltung oder das Interesse an der Offenlegung überwiegt. Das erkennende Gericht wird jedenfalls würdigen, wenn eine Partei nur partiell Informationen offenlegt oder Behauptungen nicht im Rahmen der Parteieneinvernahme gestützt werden.

117 Weiters kann nach § 305 Z 4 ZPO die Vorlage von Urkunden aufgrund des Geheimnisschutzes verweigert werden. Hier sind die oben genannten Grundsätze zur Aussage als Partei heranzuziehen.

Die ZPO schützt Geschäftsgeheimnisse auch im Rahmen von Zeugenaussagen gemäß § 321 Abs 1 Z 5 ZPO. Nach § 321 Abs 1 Z 5 ZPO darf die Aussage von einem Zeugen über Fragen verweigert werden, welcher der Zeuge nicht beantworten würde können, ohne ein Kunst- oder Geschäftsgeheimnis zu offenbaren. Dies gilt sowohl für Geschäftsgeheimnisse Dritter als auch der Gesellschaft.<sup>143</sup> Die Aussageverweigerung ist daher an das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses gebunden, nicht aber kann der Vorstand die Aussage verweigern, nur weil dies im Interesse seiner Gesellschaft wäre. Zwar verweist die Regelung der ZPO nur auf Geschäftsgeheimnisse, es besteht aber wohl kein Zweifel, dass unter diesen Begriff jedenfalls auch Betriebsgeheimnisse fallen.<sup>144</sup>

Soweit im Rahmen einer Aussage vor Gericht (sei es als Parteieneinvernahme oder Vernehmung als Zeuge) vertrauliche Angaben iSd § 84 Abs 1 AktG offengelegt werden sollen, ist das Vorstandsmitglied nicht nur berechtigt, sondern gegebenenfalls im Rahmen des gesetzlich Zulässigen zur Aussageverweigerung sogar verpflichtet.

Sollen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse im Rahmen eines Verfahrens offengelegt werden, kann die Öffentlichkeit nach § 172 ZPO ausgeschlossen werden. Dies ist etwa dann der Fall, wenn nur dadurch eine Aussage erreicht werden kann <sup>145</sup>

§ 26 UWG sieht ausdrücklich vor, dass zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen die Öffentlichkeit auf Antrag ausgeschlossen werden kann. 146

Vgl Schumacher, ÖJZ 1987, 675; Frauenberger in Fasching/Konecny, ZPO<sup>2</sup> § 321 Rz 51 mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>144</sup> Vgl hierzu Schumacher, ÖJZ 1987, 673 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>145</sup> Vgl dazu *Schragel* in Fasching/Konecny, ZPO<sup>2</sup> § 172 Rz 11 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>146</sup> S dazu *Herzig* in Wiebe/Kodek, UWG § 26 Rz 1 ff.

Da auch auf Grundlage des § 172 ZPO die Öffentlichkeit zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen ausgeschlossen werden kann, ist strittig, ob auch die Urteilsverkündung von § 26 UWG umfasst ist.<sup>147</sup>

Das KartG regelt in § 39 KartG den Geheimnisschutz und sieht zwei Maßnahmen zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen vor. Zum einen dürfen mehrere Verfahren ohne Zustimmung der geschützten Partei nicht verbunden werden, wenn dadurch eine Partei Zugang zu Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen bekäme, auf deren Offenlegung sie sonst keinen Anspruch hätte. Zum anderen dürfen Dritte nur mit Zustimmung der Parteien Einsicht in die Akten des Kartellgerichts nehmen.<sup>148</sup> Gleichzeitig kann nach § 47 Abs 2 Satz 2 KartG die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden, soweit dies zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen notwendig ist.

In **Strafverfahren** ist nach § 229 StPO die Öffentlichkeit auszuschließen, soweit dies für den Schutz eines Geheimnisses erforderlich ist oder dies bei Überwiegen schutzwürdiger Interessen geboten ist. Grundsätzlich kennt die StPO für Zeugen jedoch kein Aussageverweigerungsrecht zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen.

Im Rahmen von Strafverfahren gegen die Aktiengesellschaft sind Vorstandsmitglieder – sie sind als Entscheidungsträger des Verbandes iSd VbVG zu qualifizieren – nach § 17 Abs 1 VbVG als Beschuldigte zu vernehmen. Dies ist insoweit relevant, als Beschuldigte das Recht zu schweigen haben. 149 Das Gericht hat das Vorstandsmitglied auch darüber zu belehren, dass es berechtigt ist, sich entweder zur Sache zu äußern oder nicht auszusagen und sich zuvor mit seinem Verteidiger zu beraten. Die Aussage des Vorstandsmitglieds kann sowohl gegen den Verband (dh die Aktiengesellschaft) als auch gegen es selbst verwendet werden.

Im Rahmen parlamentarischer Untersuchungsausschüsse nach § 1 VO-UA (Verfahrensordnung für parlamentarische Untersuchungsausschüsse) können auch Vorstände von Aktiengesellschaften geladen werden. Sitzungen der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse sind grundsätzlich öffentlich. Zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist die Öffentlichkeit auch in diesem Rahmen auszuschließen.<sup>150</sup>

Auch die VO-UA kennt ein Aussageverweigerungsrecht zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Nach § 43 Abs 1 Z 5 VO-UA kann die Aussage verweigert werden, wenn durch die Beantwortung von Fragen, Geschäftsgeheimnisse offenbart würden. Wird die Aussage verweigert, sind die Gründe hierfür anzugeben und – so das von einem Mitglied des Untersuchungsausschusses oder dem Vorsitzenden verlangt wird – auch glaubhaft zu machen. Der Vorsitzende entscheidet sodann nach Beratung mit dem Verfahrensrichter über die Rechtmäßigkeit der Aussageverweigerung. Sollte er die Aussageverweigerung für nicht gerechtfertigt halten, kann er beim Bundesverwaltungsgericht begründet die Verhän-

122

126

So etwa *Herzig* in Handig/Thiele, UWG § 26 Rz 3.

<sup>148</sup> S Ablasser-Neuhuber/Neumayr, Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in Kartellsachen, ecolex 2011, 103 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>149</sup> Vgl dazu *Steiniger*, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz § 17 Rz 1 f, 13.

<sup>150 § 17</sup> Abs 2 Z 2 VO-UA.

gung einer Beugestrafe nach § 55 VO-UA beantragen. Die Zeugnisverweigerung ist insoweit von Bedeutung, als parlamentarische Untersuchungsausschüsse in der Regel durch die Medien intensiv begleitet werden und auch nach § 20 VO-UA die Veröffentlichung der Protokolle der Sitzung über die öffentliche Befragung von Auskunftspersonen beschlossen werden kann.

#### F. Datenschutzrechtliche Aspekte

- Im Rahmen der Weitergabe von Informationen dürfen auch die datenschutzrechtlichen Vorschriften nicht außer Acht gelassen werden. Der Informationsaustausch innerhalb des Vorstands bzw zwischen Vorstand und Aufsichtsrat ist von den dort geregelten Einschränkungen nicht betroffen. Bei Datenübermittlungen an einen Dritten hingegen kommen die Vorschriften des DSG 2000 freilich zur Anwendung. Als Dritte iSd DSG 2000 gelten etwa Konzerngesellschaften, Gesellschafter oder potentielle Erwerber. Die Weitergabe personenbezogener Daten ist in diesem Fall immer nur dann zulässig, wenn ein schutzwürdiges Interesse im Sinne des § 1 Abs 1 DSG 2000 besteht. Der Vorstand kann daher die Weiterleitung von Informationen etwa an Konzerngesellschaften oder die Einspielung von Daten in einen Datenraum im Zuge einer Due Diligence Prüfung eines potentiellen Erwerbers nicht pauschal zulassen, sondern muss diese einzelfallbezogen beurteilen.
- Die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen ist derzeit nach § 52 DSG 2000 mit Verwaltungsstrafen mit bis zu EUR 25.000 sanktioniert. Dieser Strafrahmen wird mit Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung<sup>152</sup> ab 25. Mai 2018 massiv erhöht. So sieht Art 83 Abs 5 DSGVO zB bei der Übermittlung personenbezogener Daten an einen Empfänger in einem Drittland Geldbußen in Höhe von bis zu EUR 20 Millionen oder im Fall eines Unternehmens von bis zu 4% seines gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs (je nachdem, welcher der Beträge höher ist) vor.

# IV. Rechtsfolgen eines Verstoßes

Ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht nach § 84 Abs 1 AktG, kann zur Schadenersatzpflicht eines Vorstandsmitglieds gegenüber der Gesellschaft und gegebenenfalls auch gegenüber verbundenen Gesellschaften führen. § 84 AktG regelt damit eine Innenhaftung, die die Vorstandsmitglieder – die ihre Pflichten verletzten – gegenüber der Gesellschaft als Gesamtschuldner zum Schadenersatz verpflichten. Voraussetzung ist freilich das Vorliegen der allgemeinen zivilrechtlichen Tatbestandselemente des Schadenersatzes, sprich Schaden, Kausalität, Pflichtverletzung und Verschulden. Von Bedeutung ist das Vorliegen der Beweis-

S hierzu *Kalss*, Informationsregime in Kalss/Kunz, HB Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 26 Rz 102 f.

Verordnung (EU) 2016/679 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG.

<sup>153</sup> S dazu Kletečka/Kronthaler Rz 44/11; Rz 44/42; vgl Schauer in Kalss/Kunz, HB für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 45 Rz 43.

lastumkehr: Liegt ein Schaden vor, wird das Verschulden und auch die Rechtswidrigkeit vermutet. 154

Nach § 134 AktG beschließt die Hauptversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit über die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen, wobei auch eine Minderheit von 10% des Grundkapitals unter bestimmten Voraussetzung die Durchsetzung verlangen kann (actio pro socio). Die Geltendmachung fällt grundsätzlich in die Zuständigkeit des Aufsichtsrats. Selbst wenn ein solcher Hauptversammlungsbeschluss nicht vorliegt, liegt es im Ermessen des Aufsichtsrats, über die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen zu entscheiden. Die Hauptversammlung hat indes das Recht, einen besonderen Vertreter für die Prozessvertretung zu bestellen, sodass in diesem Fall der Aufsichtsrat die Zuständigkeit verliert.

Je nach Schwere des Verstoßes gegen die Verschwiegenheitspflicht kann dieser auch eine Abberufung aus wichtigem Grund nach § 75 Abs 4 AktG und auch eine Beendigung des Dienstvertrages aus wichtigem Grund rechtfertigen.<sup>157</sup>

Zusätzlich sind auch in Sondergesetzen Sanktionen an den Verstoß gegen Verschwiegenheitspflichten geknüpft. Hierzu zählen etwa Insiderdelikte, die strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen. S 11 UWG sanktioniert zudem die Verwertung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, wobei die strafrechtliche Verfolgung von der Gesellschaft zu beantragen ist. Se bleibt abzuwarten, wie die Richtlinie zum Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen umgesetzt wird.

Weiters ist die vorsätzliche Auskundschaftung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen zur Verwertung oder Preisgabe an die Öffentlichkeit nach § 123 StGB strafrechtlich bewehrt. 160 Im Zentrum des § 123 StGB – ein Privatanklagedelikt – steht damit die vorsätzliche Ausforschung bzw Wirtschaftsspionage, nicht aber die bloße Weitergabe von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses. 161

30

<sup>&</sup>lt;sup>154</sup> Vgl dazu Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/410.

So etwa Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 97 Rz 16 f; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 84 Rz 40; aA Schima, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 581; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> § 77–84 Rz 105.

S dazu Kalss in Kalss/Nowonty/Schauer, Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/428; Schima, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 580

Vgl Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 84 Rz 19; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> §§ 77–84 Rz 93; Kalss in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 93 Rz 360; s dazu auch Krieger/Sailer-Coceani in Schmidt/Lutter, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 29.

<sup>&</sup>lt;sup>158</sup> S dazu ausführlich *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> § 21 Rz 68 ff.

<sup>159</sup> S dazu etwa *Thiele* in Wiebe/Kodek, UWG § 11 Rz 14 ff.

Vgl allgemein Wess Rz 46/1 ff.

Vgl dazu Lewisch in Höpfel/Ratz, WK<sup>2</sup> StGB § 123 Rz 6.



Susanne Kalss, Stephan Frotz, Paul Schörghofer (Hg.)

# Handbuch für den Vorstand

facultas 2017, 1.514 Seiten, Leinen mit Schutzumschlag ISBN 978-3-7089-1364-3 EUR 240,- (A) / EUR 234,- (D) / sFr 234,-