
Kommunikation

Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag

Herausgegeben von

Rolf Sethe

Andreas Heinemann

Reto M. Hilty

Peter Nobel

Roger Zäch

Sonderdruck



Stämpfli Verlag AG Bern · 2011

Transparenz(en) im Konzern

PETER V. KUNZ*

Inhaltsverzeichnis

I.	Vorbemerkungen.....	124
1.	Persönliches.....	124
2.	Einführung zum Konzern	124
a)	Struktur	124
aa)	Zwei Grundelemente	124
bb)	Ebenen sowie Interessenten	126
b)	Lebensbahnen	127
3.	Transparenz bei Gesellschaften	128
a)	Information sowie Kommunikation	128
b)	Fundamentaltransparenzen zum Konzern	129
II.	Ausgewählte Transparenzen	130
1.	Gesellschafts-Ebene	130
a)	Obergesellschaft.....	130
aa)	Spannungsfeld („Recht auf Information“)	130
bb)	Geschäftsbericht.....	131
b)	Untergesellschaft(en).....	134
aa)	Spannungsfeld („Pflicht zur Information“)	134
bb)	Aspekte zur Konzernrechnung(slegung).....	135
c)	Konzern als einfache Gesellschaft?	136
2.	Gesellschafter-Ebenen.....	137
a)	Obergesellschaft.....	137
aa)	Spontane Informationen	137
bb)	Reaktive Informationen.....	138
b)	Untergesellschaft(en).....	141
aa)	Spontane Informationen	141
bb)	Reaktive Informationen.....	142
3.	Gesellschaftsgläubiger-Ebenen	143
a)	Obergesellschaft.....	143
aa)	Spontane Informationen	143
bb)	Reaktive Informationen.....	144
b)	Untergesellschaft(en).....	144
aa)	Spontane Informationen	144
bb)	Reaktive Informationen.....	145
4.	Besonderheiten	146

* Ich bedanke mich bei meinem wissenschaftlichen Assistenten, MLaw LUCIANO DONATI, für dessen Unterstützung – der Beitrag wurde anfangs Januar 2011 abgeschlossen.

a)	Publikumsgesellschaften.....	146
aa)	Ausgangslage	146
bb)	Besonderheiten im Konzern	146
b)	Umstrukturierungen	147
aa)	Ausgangslage	147
bb)	Besonderheiten im Konzern	148
III.	Schlussbemerkungen.....	149

I. Vorbemerkungen

1. Persönliches

ROLF H. WEBER kann ohne Zweifel bereits zum 60. Geburtstag eines der umfassendsten (Lebens-)Werke im Bereich des schweizerischen Wirtschaftsrechts vorweisen. Dass die *hohe Qualität* der Publikationen von WEBER zu überzeugen vermag, kann bei einem Ordinarius für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht der Universität Zürich nicht überraschen. Darüber hinaus muss anerkennend – wenn auch fast etwas neidisch – die grosse Zahl und die enorme Breite der Themenwahl der Veröffentlichungen von WEBER erwähnt werden.

ROLF H. WEBER und der Unterzeichner kennen sich bis heute mehr aus Distanz als auf persönlicher Ebene, was angesichts zweier Universitätsordinate mit zahlreichen wissenschaftlichen Überschneidungen¹ etwas überraschen (und m.E. bedauert werden) muss. Der Unterzeichner hatte und hat seit Jahren grössten Respekt vor dem Schaffen von WEBER; aus diesem Grund melde ich mich hier nun mit einem Beitrag zu Worte, der hoffentlich auf das Interesse von ROLF H. WEBER treffen wird – und „last but not least“: *Herzliche Gratulation!*

2. Einführung zum Konzern

- a) Struktur
- aa) Zwei Grundelemente

Der sog. *Konzern* hat im schweizerischen Recht *keine umfassende Legaldefinition* erfahren, sondern erscheint – z.B. im Aktienrecht² (nämlich: Art. 663e

¹ Erwähnt werden können z.B. die aktienrechtlichen Informationsrechte (Art. 697 OR), die Sonderprüfung im Aktienrecht (Art. 697a ff. OR) sowie die börsenrechtliche Meldepflicht (v.a. Art. 20 BEHG) – u.a. auf diese Themen soll im Folgenden in Bezug auf Konzernverhältnisse eingegangen werden.

² Es bestehen ausserdem anders lautende Konzernbegriffe, z.B. im Bankenrecht (Art. 3c Abs. 1 BankG); Übersicht: SEBASTIAN HARSCH, Die einheitliche Leitung im Konzern, Basel 2005, 7 ff.

Abs. 1 OR³)⁴ – als Tatbestand zur Rechtsfolge der Konzernrechnung oder der konsolidierten Jahresrechnung.⁵ Im Wesentlichen handelt es sich bei einem Konzern um „eine Gruppe von Gesellschaften bzw. (korrekter) von Unternehmen, die zwar *juristisch selbstständig*, aber *wirtschaftlich nicht unabhängig* sind“.⁶ Ein Konzern ist weder rechtsfähig noch handlungsfähig und umfasst zwei strukturelle Elemente, nämlich ein quantitatives und ein qualitatives:

Quantitativ braucht es *mindestens zwei* Konzerngesellschaften, nämlich m.E. eine einzige⁷ Obergesellschaft (bzw. herrschende Unternehmung bzw. „Muttersgesellschaft“) sowie im Minimum eine Untergesellschaft (bzw. abhängige Unternehmung bzw. „Tochtergesellschaft“); eine maximale Zahl als Obergrenze besteht hingegen nicht.

Qualitativ hat die Obergesellschaft eine *einheitliche Leitung* gegenüber der bzw. den Untergesellschaften wahrzunehmen, d.h. sie hat den abhängigen Unternehmungen zu sagen, „wo’s lang geht“ – die Leitungsmacht ist eine Art von „Leim“, die den Konzern zusammenhält.⁸ Bis anhin basiert diese Konzernleitungsmacht auf dem sog. *Leitungsprinzip*, d.h. auf einer tatsächlich wahrgenommenen Beherrschung der abhängigen Gesellschaft – das neue Aktien- bzw. Rechnungslegungsrecht dürfte das sog. *Kontrollprinzip* einführen, womit für eine Konzernierung die bloße Beherrschungsmöglichkeit genügt.⁹ Die Transparenz(en) im Konzern werden durch diesen Paradigmenwechsel nicht berührt.

In der Schweiz herrschen die sog. *Beteiligungskonzerne* vor, d.h. die einheitliche Leitung wird in erster Linie durch die von Aktien vermittelte Stimmkraft der herrschenden Unternehmung bei der abhängigen Unterneh-

³ Art. 663e Abs. 1 OR: „Fasst die Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammen (Konzern), so [...]“; nunmehr im (neuen) Revisionsrecht: Art. 728 Abs. 6 OR.

⁴ Die vorliegenden Ausführungen sind und bleiben auf das Aktienrecht fokussiert, obwohl in der Wirtschaftsrealität immer häufiger neben Aktiengesellschaften (AG) auch andere Gesellschaften – insbesondere GmbH – als Konzerngesellschaften zum Einsatz gelangen.

⁵ Konzernrechnung sowie konsolidierte Jahresrechnung sind Synonyme; allg.: LUKAS HANDSCHIN, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Basel 1992, 188 ff.

⁶ PETER V. KUNZ, Konzernrechtliche Skizzen zum Wettbewerbsrecht im weiteren Sinne [...], in: Peter V. Kunz/Dorothea Herren/Thomas Cottier/René Matteotti (Hrsg.), Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, 177, 184; Hervorhebungen im Original.

⁷ Mehrere herrschende Unternehmungen in einem Konzern sind ausgeschlossen, d.h. es gibt nur *eine* einheitliche Leitung – ein sog. „Konzern im Konzern“ bzw. ein sog. Teilkonzern ist unzulässig; allg.: CHRISTOPH VON GREYERZ, Der Teilkonzern, in: Jean Nicolas Druey (Hrsg.), Das St. Galler Konzernrechtsgespräch, Bern 1988, 149 ff. – dies ist umstritten bei den Zwischengesellschaften: Vgl. dazu hinten Ziff. II. 1. b) bb).

⁸ Allg.: KATRIN BEYELER, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Zürich 2004, 113 ff.; HARSCH (Fn. 2), 43 ff. sowie 113 ff.; FLORIAN JÖRG, Altes und Neues zum Konzerngesellschaftsrecht, in: Oliver Arter/Florian Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II, Bern 2007, 19, 35 ff.

⁹ Botschaft: BBl 2008, 1723; Art. 963 E-OR.

mung wahrgenommen (Art. 663e Abs. 1 OR),¹⁰ und zwar in der Generalversammlung (GV) und im Verwaltungsrat (VR); die Transparenz(en) basieren insofern auf Aktienbeteiligungen. Wesentlich seltener kommen die sog. *Vertragskonzerne* vor, bei denen sich die Konzerngesellschaften vertraglich „unterordnen“ bzw. organisieren; die Transparenzansprüche werden somit vereinbart – m.E. hat gerade ein Vertragskonzern grosses (privatautonomes) Potential für eine umfassende Konzerntransparenz.

bb) Ebenen sowie Interessenten

In einem Konzern bestehen zwei *Hierarchieebenen*, nämlich die Oberebene (= Obergesellschaft) sowie die Unterebene (= Untergesellschaft[en]); ob es mehrere „verschachtelte“ Unternehmungen und allenfalls verschiedene „Zwischenebenen“ bei den Untergesellschaften gibt, spielt betreffend die Konzerntransparenz im Prinzip keine Rolle. Die *Informationsflüsse* innerhalb eines Konzerns sind damit in *drei Richtungen* möglich,¹¹ nämlich „von oben nach unten“ („downstream“), „von unten nach oben“ („upstream“) sowie schliesslich „seitwärts“ („sidestream“). Die Transparenzbedürfnisse sind durchaus unterschiedlich.

Im Wesentlichen kommen *drei Informationsinteressenten* in Frage,¹² nämlich die Konzerngesellschaften, die „Konzerngesellschaftler“ sowie die „Konzerngesellschaftsgläubiger“ – wobei sich diese Interessenten-Kategorien mit den beiden Hierarchieebenen „überschneiden“, so dass *sechs Szenarien* bestehen.¹³ Die Gesellschaften, die Gesellschafter und die Gläubiger können sich in Abhängigkeit von den beiden Ebenen im Konzern bezüglich ihren Transparenzansprüchen auf *verschiedene Rechtsgrundlagen* berufen; in diesem Zusammenhang sind die Konzerngesellschaftler besonders interessant.¹⁴

¹⁰ Da die Partizipationsscheine (PS) gemäss Art. 656a ff. OR kein Stimmrecht gewähren (Art. 656a Abs. 1 OR), erscheint eine Konzernierung durch PS unmöglich – die mit dem Stimmrecht „zusammenhängenden Rechte“ (Art. 656c Abs. 1 / Abs. 2 OR) reichen m.E. nicht aus zur notwendigen Beherrschung.

¹¹ Bei den Informationsflüssen verhält es sich somit wie bei den Finanzierungsflüssen; zu den letzteren: PETER V. KUNZ, Unternehmensfinanzierung sowie Konzernfinanzierung, in: Peter V. Kunz/Florian Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V*, Bern 2010, 45, 85 ff.

¹² Nicht berücksichtigt werden hier die Öffentlichkeit sowie die Behörden (z.B. die Steuerbehörden).

¹³ Herrschende Unternehmung (als solche) sowie ihre Gesellschafter und ihre Gläubiger; abhängige Unternehmung (als solche) sowie ihre Gesellschafter und ihre Gläubiger.

¹⁴ Variante 1: Obergesellschaft hält eine 100 Prozent-Beteiligung an Untergesellschaft („Perspektive der Muttergesellschaft“); Variante 2: Untergesellschaft wird nicht ausschliesslich von Konzernmutter beherrscht, sondern hat konzernunabhängige, d.h. sog. freie Gesellschafter („Perspektive der Tochtergesellschaft“) – MARTIN PLÜSS, *Der Schutz der freien Aktionäre im Konzern*, St. Gallen 1977, 113 ff. kritisiert die mangelhafte Publizität; generell: BERNHARD BRATSCHI, *Die Stellung des freien Aktionärs im Konzern*, Bern 1996, 5 ff.; PETER V. KUNZ, *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht*, Bern 2001, § 14 N 17 ff.

Das Konzernrecht basiert auf der sog. *Trennungstheorie*, d.h. angesichts der rechtlichen Unabhängigkeit dürfen die Konzerngesellschaften nicht einfach als „grosses Ganzes“ behandelt werden¹⁵ – es herrscht m.a.W. eine *formalrechtliche* Betrachtungsweise vor. Bei gewissen Aspekten der Konzernrealität wäre dies indes weltfremd, so dass (ausnahmsweise) von einer sog. *Einheitstheorie* ausgegangen¹⁶ und eine *wirtschaftsrechtliche* Betrachtungsweise – z.B. bei der Konzernrechnung oder beim „Durchgriff“ – verfolgt wird;¹⁷ zumindest gewisse *Transparenz(en)* fallen ebenfalls in diese Kategorie (meist „von oben nach unten“).

b) Lebensbahnen

Konzerne funktionieren, zugegebenermassen etwas trivialisiert, ähnlich wie *lebendige Organismen*. Insbesondere bestehen sozusagen Lebensbahnen im Konzernorganismus. Die Finanzströme versorgen die Konzerne mit der notwendigen Energie und stellen somit die „*Blutbahnen*“ dar; die Informationsflüsse verursachen die erforderlichen Reize innerhalb des Organismus und können mit den „*Nervenbahnen*“ verglichen werden.

Die Finanzströme im Konzern bzw. die *Konzernfinanzierungen* gehören zu den beliebteren Themen der Konzernrechtsliteratur und werden von der Wissenschaft regelmässig erforscht und beschrieben.¹⁸ Etwas anders verhält es sich mit den Informationsflüssen im Konzern im Allgemeinen sowie mit den *Konzerntransparenz(en)* im Besonderen, die in der Schweiz etwas vernachlässigt werden¹⁹ – der vorliegende Beitrag kann zwar auf die zahlreichen Fragestellungen nicht mit der gebotenen wissenschaftlichen Vertiefung eingehen, bietet aber immerhin eine *systematische Übersicht* und soll die Grundlage für künftige Forschungen sein.

¹⁵ Zur Trennungstheorie: URS BERTSCHINGER, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, N 293 ff. m.w.H.; zur Praxis: CARL BAUDENBACHER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar: Obligationenrecht II, 3. Aufl., Basel 2008, Vor Art. 620 OR, N 23.

¹⁶ Ablehnend PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 11 N 155 f. m.w.H., der die Einheitstheorie als „permanente[n] Durchgriff“ bezeichnet (a.a.O. N 155).

¹⁷ Übersicht zu weiteren Differenzierungen in der Theorie (nämlich sog. „modifizierte Einheitstheorie“ sowie sog. „modifiziertes Trennungsprinzip“): BERTSCHINGER (Fn. 15), N 293 ff.; FELIX HORBER, Die Informationsrechte des Aktionärs, Zürich 1995, N 903 ff., v.a. N 906 f.

¹⁸ Jüngst: KUNZ (Fn. 11), 80 ff. m.w.H.

¹⁹ Keine aktuelle Monographie befasst sich im Detail mit Konzerntransparenzen, was m.E. zu bedauern ist – es bleibt zu hoffen, dass sich künftig Dissertanten und Habilitanten der Thematik zuwenden.

3. Transparenz bei Gesellschaften

a) Information sowie Kommunikation

Begriffe wie „Transparenz“ oder „Publizität“²⁰ oder „Information“²¹ oder „Offenlegung“ werden in der Rechtswissenschaft und in der Rechtspolitik gerne (und häufig) verwendet, ohne dass definitive Bedeutungsinhalte vorhanden wären. Im Rahmen der vorliegenden Ausführungen wird *Transparenz* als *Oberbegriff* verwendet, und zwar für Information und Kommunikation, die zwei Seiten derselben Medaille darstellen – bei der *Information* steht der Inhalt und bei der *Kommunikation* deren Vermittlung oder Verbreitung im Vordergrund.

Regelmässig fallen die Information und deren Kommunikation zusammen. Es kann aber auch vorkommen, dass die Informationsvermittlung vom Inhalt separiert wird, womit deren Bedeutung unterstrichen werden soll (z.B. im Bereich der Ad-hoc-Mitteilungen). In der Lehre²² wird unterschieden zwischen den sog. *spontanen* Informationen einerseits und den sog. *reaktiven* Informationen andererseits; während bei der ersten Kategorie die Informationsvermittlung automatisch erfolgt,²³ müssen bei der zweiten Kategorie die Berechtigten (konkret: Gesellschafter oder Gläubiger) proaktiv werden, um die Informationen zu erhalten.²⁴

²⁰ Allg.: WOLFGANG ZÜRCHER, Der Gläubigerschutz im schweizerischen Aktienrechts-Konzern, Zürich 1993, 65 f.; zudem: WALTER ANDREAS EGGENSCHWILER, Konzernpublizität – Beiträge zur Offenlegung in einem Schweizerischen Konzernrecht, Bern 1983, 81 ff.

²¹ Bei den sog. Informationsrechten, die als Begriff zumindest im Gesellschaftsrecht (anders: Art. 330b OR sowie Art. 406g OR) nicht vorkommen, wird regelmässig zwischen Auskunft und Einsicht differenziert: Art. 697 OR (GV) sowie Art. 715a OR (VR); allg.: JEAN NICOLAS DRUEY, Die Information des Outsiders in der Aktiengesellschaft, in: Roland von Büren/Heinz Hausheer/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Grundfragen des neuen Aktienrechts, Bern 1993, 75 ff.; KUNZ (Fn. 14), § 12 N 4 ff. m.w.H.; zu den Informationssystemen im Konzern: PAUL ROBERT PEYROT, Informationspflichten der Konzernobergesellschaft gegenüber der Konzernuntergesellschaft, St. Gallen 2002, 11 ff.

²² Statt aller: MATTHIAS EPPENBERGER, Information durch Mitteilung oder durch Auskunft am Beispiel der Information des Aktionärs, St. Gallen 1989, 64 ff.; ROLF H. WEBER, Informationsrechte des Aktionärs, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich/St. Gallen 2010, 207, 208; zudem: PETER V. KUNZ, Das Informationsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung, AJP 10 (2001) 883 f.

²³ Im Vordergrund: Art. 696 OR (= sog. Geschäftsbericht zur Einsicht); der Geschäftsbericht besteht gemäss Art. 662 Abs. 1 OR aus dem Jahresbericht, aus der Jahresrechnung und aus der Konzernrechnung (hierzu: ROLF H. WEBER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter [Hrsg.], Basler Kommentar: Obligationenrecht II, 3. Aufl., Basel 2008, Art. 696 OR, N 4; LARISSA MAROLDA MARTINEZ, Information der Aktionäre nach schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, Zürich 2006, 116 ff.) – die Jahresrechnung umfasst die Erfolgsrechnung, die Bilanz und den Anhang (Art. 662 Abs. 2 OR).

²⁴ Beispiele: Art. 697 OR (Aktionäre) sowie Art. 716b Abs. 2 OR (u.a. Gläubiger).

b) Fundamentaltransparenzen zum Konzern

Sozusagen die Einstiegsfrage zur Konzerntransparenz geht dahin, ob intern oder extern erkennbar ist oder sein muss, *dass überhaupt* ein Konzern vorliegt (oder eben nicht).²⁵ Bei den meisten Unternehmungen des schweizerischen Gesellschaftsrechts, insbesondere bei den juristischen Personen, besteht diese Transparenz basierend auf deren *Firma* einerseits sowie auf der *Eintragung im Handelsregister* (HR) andererseits. Doch der Konzern ist keine juristische Person;²⁶ de lege lata fehlen dem Konzern diese beiden Fundamentaltransparenzen:

Mangels Rechtsfähigkeit²⁷ weist ein Konzern *keine Firma* auf: „Es gibt [...] keine firmenrechtliche (oder sonstige) Pflicht, [...] extern eine Gruppenzugehörigkeit einer Gesellschaft zu kommunizieren“;²⁸ m.E. macht eine solche *Pflicht*, die immerhin gelegentlich in der Doktrin vorgeschlagen wird,²⁹ rechtspolitisch keinen Sinn und ist abzulehnen.³⁰ Sofern ein Konzern dies im Einzelfall wünscht, kann immerhin – auf *freiwilliger* Basis – mittels einer sog. *Konzernfirma* für externe Transparenz gesorgt werden.³¹

Ausserdem gibt es – erneut mangels Rechtsfähigkeit – *keine HR-Eintragung* für den Konzern (als solchen),³² d.h. die allgemeine Publizitätsfunktion des HR hilft keinem Interessenten weiter.³³ Zwar wurde de lege ferenda eine Konzernregistrierung mindestens vereinzelt angeregt,³⁴ doch fand dieses Ansinnen keine Unterstützung, und zwar weder in der Rechtswissenschaft³⁵ noch in der Rechtspolitik; m.E. besteht denn auch *keine Notwendigkeit* (verschiedene Transparenzen weisen – mindestens mittelbar – eine Konzernierung aus), und ausserdem sprechen *praktische Probleme* gegen eine HR-Registrierung.

²⁵ Grundlegend: EGGENSCHWILER (Fn. 20), 291 ff.

²⁶ Allg.: ROLF H. WEBER, Juristische Personen, SPR II/4, Basel 1998, 13 f.

²⁷ Vgl. dazu vorne Ziff. I. 2. a) aa).

²⁸ KUNZ (Fn. 6), 201.

²⁹ Zur Diskussion: ZÜRCHER (Fn. 20), 80 ff.

³⁰ Gl.M.: ROLAND VON BÜREN, Der Konzern, SPR VIII/6, 2. Aufl., Basel 2005, 523 m.w.H.; BERTSCHINGER (Fn. 15), N 322.

³¹ Hinweise: KUNZ (Fn. 6), 201 Fn. 219 (z.B. „Novartis“ oder „Nestlé“ oder „UBS“); in der Praxis kommt dies nicht selten vor: BÖCKLI (Fn. 16), § 11 N 374, N 382.

³² KUNZ (Fn. 6), 183 Fn. 37.

³³ Dies gilt selbst für den Ausnahmefall, dass ein Konzern als einfache Gesellschaft qualifiziert werden muss: Vgl. dazu hinten Ziff. II. 1. c); einfache Gesellschaften können im HR nicht eingetragen werden.

³⁴ JEAN NICOLAS DRUEY, Schweizerisches Konzernrecht – Traktandum des Gesetzgebers?, in: Walter R. Schlupe (Hrsg.), Festschrift für Arnold Koller, Bern 1993, 238; Hinweise zur Diskussion: ZÜRCHER (Fn. 20), 68 f. sowie 77 Fn. 374.

³⁵ Hierzu: BERTSCHINGER (Fn. 15), N 322 m.w.H.

II. Ausgewählte Transparenzen

1. Gesellschafts-Ebene

- a) Obergesellschaft
- aa) Spannungsfeld („Recht auf Information“)

Niemand wird die *faktische Notwendigkeit* bestreiten, dass die Obergesellschaft über die Vorgänge und über die Ereignisse innerhalb des Konzerns (und innerhalb der einzelnen Konzernunternehmungen) mindestens *prinzipiell informiert* wird.³⁶ Dieses Realerfordernis steht nichtsdestotrotz in einem rechtlichen Spannungsfeld – insbesondere aus der Perspektive der abhängigen Gesellschaft(en).³⁷ Die Trennungstheorie³⁸ legt nahe, dass die Obergesellschaft *nicht ohne weiteres* auf Transparenz seitens der Untergesellschaften bestehen kann, sondern entsprechende Rechtsgrundlagen für ihre Informationsansprüche benötigt.

In der Praxis gibt es in diesem Zusammenhang selten Probleme. Die Wirtschaftsrealität folgt dem Motto: „Die Mutter verlangt Informationen, und die Töchter gehorchen“³⁹ – ein Gebrauch kann sich indes als Missbrauch erweisen. Die Transparenzansprüche „von oben nach unten“ können auf *zwei Rechtsprinzipien* abgestützt werden:⁴⁰

Die herrschende Gesellschaft hat eine sog. *Konzernrechnungspflicht* im Rahmen von Art. 663e ff. OR,⁴¹ d.h. sie muss (grundsätzlich) eine konsolidierte Jahresrechnung⁴² erstellen. Unerlässliche Folge ist die komplementäre Transparenz der Untergesellschaft(en) zur entsprechenden Pflichterfüllung; die Unternehmensführung im Konzern wird denn auch als „Informationsgeschäft“ bezeichnet.⁴³ Die Obergesellschaft hat m.E. somit Anspruch auf die

³⁶ Es geht um das Recht auf Information; ein anderes, nicht zu behandelndes Thema ist, ob die Obergesellschaft eine Pflicht zur Information gegenüber den Untergesellschaften hat – hierzu: PEYROT (Fn. 21), 65 ff.

³⁷ Vgl. dazu hinten Ziff. II. 1. b) aa).

³⁸ Vgl. dazu vorne Ziff. I. 2. a) bb).

³⁹ Meist wird ein permanenter Informationsfluss an die Muttergesellschaft vorgenommen.

⁴⁰ Im Beteiligungskonzern ist die Muttergesellschaft strukturell eine (bzw. die alleinige) Aktionärin der Tochtergesellschaft(en), so dass die Transparenz im Wesentlichen auf Art. 696 ff. OR beruht – diese verschiedenen Rechtsgrundlagen müssen zwar berücksichtigt werden, reichen aber alleine nicht aus.

⁴¹ Konzernrechnung: Konzernerfolgsrechnung und Konzernbilanz und Konzernanhang (BÖCKLI [Fn. 16], § 9 N 80 ff.) – generell zur Thematik: ANTON K. SCHNYDER, Art. 663e Obligationenrecht und seine Bedeutung für das schweizerische Konzernrecht, in: Roland von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz, Bern 1998, 333 ff.

⁴² Vgl. dazu hinten Ziff. II. 1. a) bb) aaa).

⁴³ BERTSCHINGER (Fn. 15), N 288.

„Zahlen“ der abhängigen Unternehmungen, die in die Konzernrechnung zu integrieren sind.⁴⁴

Ausserdem hat die Obergesellschaft eine sog. *Konzernleitungspflicht* zu erfüllen,⁴⁵ d.h. sie ist nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, die einheitliche Leitung⁴⁶ wahrzunehmen und somit den Konzern zu führen. Die Konzernleitungsmacht basiert auf einer – mindestens im Grundsatz – umfassenden Transparenz der abhängigen Unternehmungen gegenüber der Muttergesellschaft, die insofern ein Recht auf Information geltend zu machen hat. Die herrschende Gesellschaft kann m.E. *sämtliche Informationen* beanspruchen, die sie zur Führung des Konzerns benötigt,⁴⁷ womit eine Interessenabwägung unerlässlich erscheint.⁴⁸

bb) Geschäftsbericht

aaa) Konzernrechnung etc.

Die zentrale Rechtsfolge einer Konzernierung ist die Pflicht zur sog. *Konzernrechnung*. Die *herrschende* Gesellschaft muss gemäss Art. 663e Abs. 1 OR eine „konsolidierte Jahresrechnung“ erstellen.⁴⁹ Die für „Kleinkonzerne“ bestehende Ausnahme von dieser Konsolidierungspflicht (Art. 663e Abs. 2 OR)⁵⁰ wird sogleich durch eine Gegenausnahme durchbrochen für den Fall,

⁴⁴ Generell: Art. 663g OR; verschiedene Konsolidierungsarten kommen in der Praxis vor – z.B. eine Vollkonsolidierung, eine Quotenkonsolidierung oder eine Konsolidierung nach der Equity-Accounting Methode.

⁴⁵ Zur Konzernleitungspflicht: JEAN NICOLAS DRUEY, *Leistungsrecht und -pflicht im Konzern*, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), *Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht*, Bern 2000, 24 ff.; MARC AMSTUTZ, *Konzernorganisationsrecht*, Zürich 1992, N 550 ff.; PEYROT (Fn. 21), 119 ff.; VON BÜREN (Fn. 30), 53 f. sowie 66 f.; JÖRG (Fn. 8), 44; BEYELER (Fn. 8), 55 ff.; HARSCH (Fn. 2), 198 ff.; die Thematik wurde erstmals diskutiert von: PETER HOMMELHOFF, *Die Konzernleitungspflicht: Zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts*, Köln 1982.

⁴⁶ Vgl. dazu vorne Ziff. I. 2. a) aa).

⁴⁷ Interna der Untergesellschaften, die für die Konzernführung ohne materielle Bedeutung sind (z.B. Arbeitsstreitigkeiten mit „untergeordneten“ Arbeitnehmern – anders hingegen, wenn es um den CEO oder um den CFO o.ä. geht), müssen bzw. dürfen der Obergesellschaft m.E. nicht kommuniziert werden.

⁴⁸ M.E. ist der Transparenzanspruch bei einer Alleinbeteiligung umfassender – ansonsten sind die Interessen der freien Aktionäre ebenfalls zu berücksichtigen.

⁴⁹ Die Konzernrechnung (= konsolidierte Jahresrechnung der Obergesellschaft) ist eine „Zusammenfassung der Einzelabschlüsse der zu einer Gruppe gehörigen Unternehmen, bei der sämtliche Positionen aus gruppeninternen Beziehungen eliminiert werden“; BBl 2008 1722 – plastisch zum Ziel der Konzernrechnung: BGE 132 III 77 a.E. Erw. 1.3.2; allg.: KUNZ (Fn. 14), § 14 N 53 ff.; PETER BERTSCHINGER, *Konzernrechnung und Konzernprüfung* [...], ST 65 (1991) 564 ff.

⁵⁰ Allg.: HANSJÖRG STÖCKLI, *Besonderheiten der Konsolidierung im Kleinkonzern*, ST 70 (1996) 897 ff.; die Ausnahme von der Konsolidierungspflicht bei „Kleinkonzernen“ gehört zu den umstrittensten Punkten der aktuellen Revision: BBl 2008 1627 f.

dass sich die Obergesellschaft über die Kapitalmärkte finanziert (Anleiensobligationen oder kotierte Aktien: Art. 663e Abs. 3 Ziff. 1, Ziff. 2 OR).⁵¹

Die Konzernrechnung steht im *Vordergrund* der Konzerntransparenz(en).⁵² Durch die Konsolidierungspflicht werden die „realen Finanzverhältnisse“ eines Konzerns ersichtlich, weil sozusagen die „Luft“ der konzerninternen Beziehungen „rausgelassen“ werden muss. Die konsolidierte Jahresrechnung bewirkt *Transparenz*, und zwar für verschiedene Beteiligte:

Die Konzernrechnung verschafft der *Obergesellschaft* einerseits und deren *Aktionären* andererseits⁵³ die notwendigen Informationen zu den „Konzernzahlen“ – die Aktionäre stimmen in der ordentlichen Generalversammlung sogar über dieses separate Traktandum ab (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 OR⁵⁴).⁵⁵ Verschiedene *weitere Beteiligte* (v.a. gewisse Gläubiger sowie freie Aktionäre) erhalten „Zugang“ zur Konzernrechnung mittels Art. 697h OR.⁵⁶

Art. 697h OR sieht nämlich unter bestimmten Voraussetzungen die „Offenlegung von Jahresrechnung und Konzernrechnung“ (Marginale) vor⁵⁷ – wobei keine Unterlagen aus den Vorjahren vorgelegt werden müssen.⁵⁸ Insbesondere bei Publikumsgesellschaften⁵⁹ entsteht ein Anspruch für *jedermann* (sog. Popularanspruch), indem „jeder Person, die es innerhalb eines Jahres seit Abnahme [durch die GV] verlangt, auf deren Kosten [u.a. die Konzernrechnung] in einer Ausfertigung zuzustellen“ ist (Art. 697h Abs. 1 Ziff. 2 OR).⁶⁰ Bei den übrigen Gesellschaften erhalten die *Gläubiger* (der Mutterge-

⁵¹ M.a.W. sind selbst „Kleinkonzerne“ konsolidierungspflichtig, wenn sie diese beiden spezifischen Finanzierungsinstrumente benutzen.

⁵² Hierzu: HANDSCHIN (Fn. 5), 188 ff. m.w.H.

⁵³ Vgl. dazu hinten Ziff. II. 2. a) aa).

⁵⁴ Mit der aktuellen Aktienrechtsrevision sollte diese GV-Kompetenz abgeschaffen werden (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 VE-OR = aufgehoben; Vorentwurf vom 2. Dezember 2005); nach Kritik in der Vernehmlassung hat der Bundesrat auf diese Änderung verzichtet (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 E-OR).

⁵⁵ Bei einer AG als Obergesellschaft erfolgt die Prüfung durch die (reguläre) Revisionsstelle, d.h. der frühere Konzernprüfer wurde abgeschafft: MAX BOEMLE, Zögerlicher Abschied vom Konzernprüfer, FuW Nr. 36 (2008) 27; bei einer GmbH als herrschende Unternehmung bedarf es nach wie vor eines spezifischen Konzernprüfers, was ein gesetzgeberisches Versehen ist: SAMUEL KRÄHENBÜHLER/FLORIAN ZIHLER, Handelsregisterrechtliche Praxis zum neuen Revisionsrecht, Reprax 2008, 69.

⁵⁶ Generell zu veröffentlichen ist die Konzernrechnung z.B. bei Bankkonzernen: Art. 6 Abs. 4 BankG; allg.: ROLF BACHMANN, Bankkonzernrechnung, Bern 1991, 5 ff.

⁵⁷ Obwohl in Art. 697h OR nicht ausdrücklich erwähnt, gehört der sog. Konzernrechnungsprüferbericht ebenfalls dazu: PETER V. KUNZ, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), OR Schweizerisches Obligationenrecht – Handkommentar, 2. Aufl., Zürich 2009, Art. 697h OR N 3 a.E. (früher bei AG und heute nach wie vor bei GmbH).

⁵⁸ Zur (impliziten) Jahresfrist: WEBER (Fn. 23), Art. 697h OR N 6; zudem: KUNZ (Fn. 57), Art. 697h OR N 3.

⁵⁹ Vgl. dazu hinten Ziff. II. 4. a) bb).

⁶⁰ Alternativ kann die Konzernrechnung im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert werden (Art. 697h Abs. 1 a.A. OR), was die Transparenz weiter erhöht – in der Praxis aber eigentlich nie vorkommt.

sellschaft)⁶¹ bei Interessennachweis „Einsicht in die [...] Konzernrechnung“ (Art. 697h Abs. 2 OR).

Die Regelung von Art. 697h OR wird durch die „grosse“ Aktienrechtsrevision gestrichen,⁶² allerdings nicht ersatzlos, sondern *inhaltsgleich ersetzt* – insbesondere zur konsolidierten Jahresrechnung – mit einer allgemeinen Neuordnung im geplanten rechtsformunabhängigen Rechnungslegungsrecht;⁶³ die Ordnung findet sich in Art. 958e E-OR,⁶⁴ der einige terminologische Änderungen bringen wird.

Jede Konzerngesellschaft – also z.B. die Obergesellschaft – muss schliesslich im Bereich der Rechnungslegung eine konzernrechtliche Sonderordnung zur *Mindestgliederung der Bilanz* beachten, nämlich Art. 663a Abs. 4 OR: „Gesondert angegeben werden [in der Bilanz die Gesamtbeträge] [...] der Forderungen und der Verbindlichkeiten gegenüber anderen Gesellschaften des Konzerns [...]“. Diese Regelung erhöht unbeschadet der Konzernrechnung die Konzerntransparenz für die *Aktionäre der herrschenden Gesellschaft*.⁶⁵

bbb) Jahresbericht bzw. Lagebericht

Der sog. *Jahresbericht* als Teil des Geschäftsberichts⁶⁶ (Art. 662 Abs. 1 OR) ist ein weiteres Transparenzmedium und wird den *Aktionären der herrschenden Gesellschaft* im Rahmen von Art. 696 Abs. 1 OR zugänglich gemacht⁶⁷ – keine Offenlegung entsteht indes gemäss Art. 697h OR.⁶⁸ Der Jahresbericht stellt „den Geschäftsverlauf sowie die wirtschaftliche und finanzielle Lage der Gesellschaft“ dar (Art. 663d Abs. 1 OR); m.E. wird unter „Gesellschaft“ ausschliesslich die *Obergesellschaft* und *nicht der Konzern* verstanden.⁶⁹

Mit dem vermutlichen neuen Aktien- bzw. Rechnungslegungsrecht werden die eine ordentliche Revision durchführenden Gesellschaften (u.a. die meisten Obergesellschaften) verpflichtet, *zusätzlich* einen sog. *Lagebericht* zu erstellen (Art. 961 Ziff. 3 E-OR).⁷⁰ Dieser Lagebericht muss gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 E-OR den Aktionären in einer GV separat zur Genehmigung

⁶¹ Vgl. dazu hinten Ziff. II. 3. a) bb); die Gläubiger der Untergesellschaften können sich hingegen nicht auf Art. 697h Abs. 1 OR, sondern einzig auf Art. 697h Abs. 2 OR berufen: Vgl. dazu hinten Ziff. II. 3. b) aa).

⁶² BBl 2008 1676.

⁶³ Die Verschiebung ist sinnvoll: WEBER (Fn. 22), 209.

⁶⁴ Hierzu: BBl 2008 1703 f.

⁶⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. II. 2. b) aa).

⁶⁶ Allg.: PEYROT (Fn. 21), 146 f.

⁶⁷ Künftig erfolgt eine kostenlose Zustellung des Geschäftsberichts: WEBER (Fn. 22), 209.

⁶⁸ Art. 697h OR erwähnt bewusst den Jahresbericht nicht.

⁶⁹ Ein spezifischer „verbaler Konzernjahresbericht“ besteht nicht: MAROLDA MARTINEZ (Fn. 23), 237.

⁷⁰ Marginale: „Zusätzliche Anforderungen an den Geschäftsbericht“.

vorgelegt werden; im Lagebericht muss der VR der herrschenden Unternehmung *ausdrücklich* Stellung nehmen zum Konzern und zu dessen Lage.⁷¹

b) Untergesellschaft(en)

aa) Spannungsfeld („Pflicht zur Information“)

Im Vordergrund der konzernrechtlichen Debatte zu den abhängigen Gesellschaften steht die *Pflicht zur Information* an die Muttergesellschaft und nicht das *Recht auf Information* seitens der Obergesellschaft⁷² – tatsächlich kommt das Spannungsfeld einzig bei der Pflicht zum Ausdruck, so dass sich die folgenden Ausführungen darauf fokussieren. Angesichts der Trennungstheorie⁷³ schulden die VR der Untergesellschaften ihre *Sorgfalts- und Treuepflichten* (Art. 717 OR) *nicht dem Konzern*, sondern „ihrer“ Gesellschaft; die VR befinden sich sozusagen im „Sandwich“, und der Interessenkonflikt wird offensichtlich.⁷⁴

Die VR der abhängigen Unternehmungen müssen ihre *Geheimhaltungspflicht* wahrnehmen⁷⁵ und ihre *Gleichbehandlungspflicht* gemäss Art. 717 Abs. 2 OR⁷⁶ in Bezug auf alle Aktionäre erfüllen – beide Pflichten stehen (potentiell)⁷⁷ im Gegensatz zur Konzerntransparenz. Besonders heikel erscheint der Informationsfluss „von unten nach oben“, wenn sog. *freie Aktionäre* (= Minderheitsgesellschafter in Untergesellschaften; BBl 1983 II 818)⁷⁸ vorhanden sind.

Die Doktrin diskutiert die praxisrelevante Frage kontrovers, ob bzw. inwiefern eine *Informationsprivilegierung* bei Grossaktionären (z.B. bei Obergesellschaften) zulässig ist. Die vertretenen Ansichten erscheinen *meist pragmatisch* und vorwiegend an „Praktikabilitäten“ orientiert, wobei die

⁷¹ Art. 961c Abs. 1 E-OR: „Der Lagebericht stellt den Geschäftsverlauf und die wirtschaftliche Lage des Unternehmens sowie gegebenenfalls des Konzerns [...] dar [...]“; einschränkend: Art. 961d E-OR.

⁷² Vgl. dazu vorne Ziff. II. 1. a) aa) – ob die abhängige Gesellschaft ein Recht auf Information hat, gehört zur Thematik der (allfälligen) Pflicht zur Information durch die Obergesellschaft, die nicht behandelt wird; allg.: PEYROT (Fn. 21), 65 ff.

⁷³ Vgl. dazu vorne Ziff. I. 2. a) bb).

⁷⁴ Allg.: PETER BÖCKLI, Die Stellung des Verwaltungsrates einer in den Konzern eingeordneten Untergesellschaft, in: Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern 2000, 35 ff.; FLURIN VON PLANTA, Der Interessenkonflikt des abhängigen Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft, Zürich 1988, 5 ff.; es wird von einem sog. doppelten Pflichtnexus gesprochen: HARSCH (Fn. 2), 96 ff. – bei einer Verletzung droht eine Verantwortlichkeit (Art. 754 ff. OR); generell: KARL HOFSTETTER, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates im Konzern, in: Rolf H. Weber/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zürich 2008, 1 ff.

⁷⁵ Geheimhaltungspflicht (im Konzern): BÖCKLI (Fn. 16), § 13 N 618 ff.

⁷⁶ Gleichbehandlungspflicht: KUNZ (Fn. 14), § 8 N 63 ff.

⁷⁷ M.E. unproblematisch erscheint die Gleichbehandlungspflicht bei Alleinbeteiligungen, weil keine freien Aktionäre benachteiligt werden können.

⁷⁸ Grundlegend: BRATSCHI (Fn. 14), 5 ff.

Bandbreite der Meinungen⁷⁹ etwas wenig Rechtssicherheit verschafft. M.E. muss bei *Konzernverhältnissen* („von unten nach oben“) differenziert werden:

Unzulässig ist eine Privilegierung der Obergesellschaft, wenn z.B. die Aktien der Untergesellschaft an einer Schweizer Börse kotiert sind,⁸⁰ d.h. es handelt sich bei ihr um eine *Publikumsgesellschaft*. Zulässig erscheint hingegen ein Informationsfluss von der abhängigen Gesellschaft zur Muttergesellschaft im Rahmen deren konzernspezifischer *Rechte auf Information* (sc. Konsolidierungspflicht sowie Konzernleitungspflicht).⁸¹ Unproblematisch ist die Privilegierung schliesslich für den Ausnahmefall⁸² einer Qualifikation als *einfache Gesellschaft*, weil in diesem Fall die Obergesellschaft eine Treuepflicht hat.⁸³ Im Übrigen hat der VR der Untergesellschaft eine *sorgfältige Interessenabwägung* vorzunehmen.⁸⁴

bb) Aspekte zur Konzernrechnung(slegung)

Anders als die Obergesellschaft⁸⁵ hat die Untergesellschaft (grundsätzlich) *keine Pflicht* zur Erstellung einer konsolidierten Jahresrechnung – immerhin ist die abhängige Konzerngesellschaft im Rahmen der Konsolidierungspflicht der herrschenden Unternehmung⁸⁶ verpflichtet, diese mit den erforderlichen Informationen (sc. „Zahlenmaterial“ für die Konzernrechnung) zu versorgen. Die Untergesellschaft hat im Übrigen *keinen* „Zugang“ zur konsolidierten Jahresrechnung, wobei Art. 697h OR⁸⁷ vorbehalten bleibt.

Anders verhält es sich bei derjenigen abhängigen Unternehmung, die als sog. *Zwischengesellschaft* im Konzern zu qualifizieren ist.⁸⁸ Die Zwischenge-

⁷⁹ Relativ grosszügig: KARL HOFSTETTER, Die Gleichbehandlung der Aktionäre in börsenkotierten Gesellschaften, SZW 68 (1996) 228 ff.; ROLF WATTER/DIETER DUBS, Anchor Shareholders und Grossaktionäre [...], in: Rudolf Tschäni (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XII, Zürich 2010, 27 ff.; relativ streng: CLAIRE HUGUENIN JACOBS, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994, 242 ff., v.a. 244 ff.; KUNZ (Fn. 14), § 8 N 73 ff., v.a. N 78 ff.; MAROLDA MARTINEZ (Fn. 23), 101; wohl vermittelnd: PETER BÖCKLI/CHRISTOPH B. BÜHLER, Vorabinformationen an Grossaktionäre [...], SZW 77 (2005) 101 ff.; die Lehre setzt sich jedoch nicht spezifisch mit Konzernverhältnissen auseinander.

⁸⁰ Dies ist selten der Fall – sollte eine Konzerngesellschaft kotierte Beteiligungspapiere haben, handelt es sich (meist) um die herrschende Unternehmung: Vgl. dazu Ziff. II. 4. a) aa).

⁸¹ Vgl. dazu vorne Ziff. II. 1. a) aa).

⁸² Vgl. dazu hinten Ziff. II. 1. c).

⁸³ KUNZ (Fn. 14), § 8 N 79.

⁸⁴ Es bedarf der Auslegung von Art. 717 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 697 OR; allg.: KUNZ (Fn. 14), § 9 N 97 ff. – bei der Blankettnorm der „gleichen Voraussetzungen“ (Art. 717 Abs. 2 OR) kann z.B. wie folgt unterschieden werden: je sensibler und je wichtiger eine Information ist, desto weniger zulässig ist eine Privilegierung; je grösser die Beteiligung der Obergesellschaft ist, desto eher kann eine Privilegierung akzeptiert werden; sicherlich nicht in Frage kommt eine generelle Privilegierung.

⁸⁵ Vgl. dazu vorne Ziff. II. 1. a) bb) aaa).

⁸⁶ Vgl. dazu vorne Ziff. II. 1. a) aa).

⁸⁷ Vgl. dazu vorne Ziff. II. 1. a) bb) aaa).

⁸⁸ Was eine Zwischengesellschaft ausmacht, erscheint nicht gänzlich klar – z.B. betrachtet BÖCKLI (Fn. 16), § 9 N 31 nur diese „Zwischenholdings“ als eigentliche Zwischengesell-

sellschaft muss „keine besondere Konzernrechnung erstellen, wenn sie die Konzernrechnung der Obergesellschaft ihren Aktionären und Gläubigern wie die eigene Jahresrechnung bekanntmacht“ (Art. 663f Abs. 1 OR)⁸⁹ – was voraussetzt, dass ihr die Konzernrechnung überhaupt zur Verfügung gestellt wird, wozu die Muttergesellschaft nicht verpflichtet ist. Unter den Voraussetzung von Art. 663f Abs. 2 OR muss die Zwischengesellschaft eine „besondere Konzernrechnung“ erstellen.

Jede Konzerngesellschaft, also auch die Untergesellschaft, muss schliesslich im Bereich der Rechnungslegung eine konzernrechtliche Sonderordnung zur *Mindestgliederung der Bilanz* beachten, nämlich Art. 663a Abs. 4 OR (sc. Angabe „der Forderungen und der Verbindlichkeiten gegenüber anderen Gesellschaften des Konzerns“ in Gesamtbeträgen).⁹⁰ Diese Regelung, die keinen Bezug zur Konzernrechnung aufweist, erhöht im Bereich der Rechnungslegung die Konzerntransparenz für die Aktionäre der *abhängigen* Gesellschaft.⁹¹

c) Konzern als einfache Gesellschaft?

Konzerne sind ohne Zweifel keine juristischen Personen.⁹² Offen scheint indes die Anschlussfrage, ob allenfalls eine Rechtsqualifikation als *einfache Gesellschaften* gemäss Art. 530 ff. OR möglich ist. Das Bundesgericht hat m.W. die Frage (noch) nicht definitiv entschieden, sondern bis anhin offen gelassen.⁹³ Die Lehre debattiert die Thematik seit Jahren kontrovers;⁹⁴ zwar stellt ein Konzern – zumindest im Regelfall⁹⁵ – *keine einfache Gesellschaft* dar, doch können durchaus *Ausnahmen* vorkommen.⁹⁶

schaften, die ihrerseits (unabhängig von der Obergesellschaft) eine einheitliche Leitung wahrnehmen, so dass sie konzernrechnungspflichtig wären.

⁸⁹ Allg.: KONRAD FISCHER/THOMAS KOCH, Konsolidierungspflicht einer Zwischengesellschaft nach schweizerischem Aktienrecht, SZW 71 (1999) 138 ff.; zudem: BÖCKLI (Fn. 16), § 9 N 32 a.E.

⁹⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. II. 1. a) bb) aaa).

⁹¹ Vgl. dazu hinten Ziff. II. 2. b) aa).

⁹² Vgl. dazu vorne Ziff. I. 3. b).

⁹³ Im Jahre 2004 lehnt das Bundesgericht mit BGE 4C.217/2003 Erw. 3.3 die These zwar (noch) nicht ab, zeigt sich aber skeptisch: „Même si l’on ne rejetait pas d’emblée la conception des auteurs minoritaires, l’existence d’une société simple, en l’espèce, serait douteuse“.

⁹⁴ Zur Debatte: HENRY PETER/FRANCESCA BIRCHLER, Les groupes de sociétés sont des sociétés simples, SZW 70 (1998) 113 ff.; ROLAND VON BÜREN/MICHAEL HUBER, Warum der Konzern keine einfache Gesellschaft ist – eine Replik, SZW 70 (1998) 213 ff.; jüngst: HENRY PETER/FRANCESCA CAVADINI-BIRCHLER, Pourquoi les groupes de sociétés sont des sociétés simples – une duplique, in: Peter V. Kunz/Dorothea Herren/Thomas Cottier/René Matteotti (Hrsg.), Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, 131 ff.; apodiktisch ablehnend: BÖCKLI (Fn. 16), § 11 N 154 und v.a. N 157 ff.

⁹⁵ KUNZ (Fn. 11), 81 Fn. 233.

⁹⁶ Eine automatische Gleichschaltung der Interessen der Konzernunternehmungen besteht zwar nicht ex lege; immerhin scheint m.E. eine Qualifikation als einfache Gesellschaft nicht

Eine solche Rechtsqualifikation hat Konsequenzen für die Konzerntransparenz(en). Die ausnahmsweise Qualifikation des Konzerns als einfache Gesellschaft führt etwa dazu, dass m.E. eine (umfassende) Informationsprivilegierung der *Obergesellschaft* unproblematisch erscheint infolge deren Treuepflicht gegenüber den abhängigen Gesellschaften.⁹⁷ Ausserdem haben m.E. die *Untergesellschaften* des Konzerns gegenüber der herrschenden Unternehmung im Rahmen von Art. 541 Abs. 1 OR ein weit gehendes Informationsrecht zum „Gange der Gesellschaftsangelegenheiten“, d.h. zur Leitung des Konzerns.⁹⁸

2. Gesellschafter-Ebenen

a) Obergesellschaft

aa) Spontane Informationen

Die *Konzernrechnung* stellt das wichtigste Informationsmedium⁹⁹ für die Gesellschafter der Obergesellschaft dar, die darüber anlässlich einer GV zu beschliessen haben (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 OR).¹⁰⁰ Zudem wird die *Transparenz erhöht* dadurch, dass im Rahmen von Art. 696 OR die konsolidierte Jahresrechnung mindestens 20 Tage vor der ordentlichen GV der herrschenden Unternehmung an deren Sitz zur *Einsicht aufzulegen* ist; die Aktionäre können verlangen, dass ihnen „unverzüglich eine Ausfertigung dieser Unterlagen“ – z.B. der Konzernrechnung – zugestellt wird (Art. 696 Abs. 1 Satz 2 OR).

Im *Anhang* der (Konzern-)Bilanz, der im Rahmen von Art. 663g Abs. 2 OR finanzielle Einblicke zum Konzern zu verschaffen hat, muss „jede Beteiligung, die für die Beurteilung der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft wesentlich ist“, aufgeführt werden (Art. 663b Ziff. 7 OR).¹⁰¹ de lege lata wird also die Transparenz *eingeschränkt* mit der Voraussetzung der „Wesentlichkeit“. In Zukunft sollen im Anhang „Unternehmen, an denen direkte oder wesentliche indirekte Beteiligungen bestehen“ aufgeführt werden (Art.

abwegig, wenn es um Alleinbeteiligungen und um Gesellschaften mit statutarischen Konzernklauseln (allg. BEYELER [Fn. 8], 64 ff.) geht.

⁹⁷ Vgl. dazu vorne Ziff. II. 1. b) aa).

⁹⁸ Die Konzernleitung kann als „Geschäftsführung“ gemäss Art. 541 Abs. 1 OR verstanden werden.

⁹⁹ Vgl. dazu vorne Ziff. II. 1. a) bb) aaa).

¹⁰⁰ Ein weiteres Element des Gesellschafterschutzes liegt im Minderheitenrecht von Art. 663e Abs. 3 Ziff. 3 OR, indem Aktionäre mit mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals der Obergesellschaft selbst für den Fall eines „Kleinkonzerns“ eine Konzernrechnung verlangen können.

¹⁰¹ Es handelt sich – im Gegensatz zu Art. 663c Abs. 1 OR: Vgl. dazu hinten Ziff. II. 4. a) bb) (= „Tochter-Perspektive“) – um eine Art von „Mutter-Perspektive“.

959c Abs. 2 Ziff. 3 E-OR)¹⁰² – damit wird m.E. die Konzerntransparenz *ausgebaut*.

Schliesslich muss Art. 663a Abs. 4 OR aufgeführt werden, der ebenfalls für die Obergesellschaft gilt;¹⁰³ diese konzernrechtliche Transparenzordnung für die *Mindestgliederung der Bilanz* erhöht die generelle Publizität für die Aktionäre der herrschenden Gesellschaft.

bb) Reaktive Informationen

Der Aktionär hat – als sog. Einzelrechte, d.h. unbesehen der Höhe der konkreten Aktienbeteiligung – Informationsansprüche gemäss Art. 697 OR¹⁰⁴ (konkret: Auskunft und Einsicht) sowie einen Anspruch auf Sonderprüfung¹⁰⁵ im Rahmen von Art. 697a ff. OR,¹⁰⁶ und zwar betreffend die *Obergesellschaft*. Da die abhängigen Gesellschaften zum Konzern gehören und in die einheitliche Leitung der herrschenden Unternehmung sozusagen „eingebunden“ sind (z.B. als Aktiven der Obergesellschaft), stellt sich die Frage, ob sich Art. 697 OR sowie Art. 697a ff. OR ebenfalls auf die *Untergesellschaft(en)* beziehen.¹⁰⁷

Die *Doktrin* beschäftigt und beschäftigt sich seit langer Zeit in mehr oder weniger umfassender Weise mit diesen Fragestellungen. In aller Regel wird die „Ausdehnung“ von Art. 697 OR auf die Untergesellschaft(en) *befürwortet*, doch sind *zahlreiche Differenzierungen* beispielsweise betreffend den Gegenstand oder die Voraussetzungen (z.B. Erforderlichkeit zur Ausübung der Aktionärsrechte, Unterscheidung zwischen Alleinbeteiligungen und Tochtergesellschaften mit freien Aktionären) der Informationsrechte zu beachten.¹⁰⁸

¹⁰² Botschaft zum OR: BBl 2008 1708.

¹⁰³ Vgl. dazu vorne Ziff. II. 1. a) bb) aaa).

¹⁰⁴ Übersicht: KUNZ (Fn. 57), Art. 697 OR N 1 ff. m.w.H.

¹⁰⁵ Zum künftigen Recht: ROLF H. WEBER/ORSOLYA FERCSIK SCHNYDER, Von der Sonderprüfung zur Sonderuntersuchung, GesKR Sondernummer 2008, 113 ff.

¹⁰⁶ Statt aller: ROLF H. WEBER, Sonderprüfung – Hürdenlauf ohne Ende für den Aktionär?, in: Roland von Büren (Hrsg.), Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz, Bern 1998, 401 ff.; KUNZ (Fn. 14), § 12 N 59 ff.

¹⁰⁷ Dabei steht nicht zur Debatte, ob sich die herrschende Gesellschaft auf Art. 697 OR bzw. auf Art. 697a ff. berufen kann (dies ist eine Selbstverständlichkeit als Folge der Gesellschafterstellung); vielmehr geht es um die Thematik, ob Art. 697 OR bzw. Art. 697a ff. OR von den Aktionären der Obergesellschaft als Rechtsgrundlagen gegenüber den Untergesellschaften angerufen werden können.

¹⁰⁸ Detailliert: PETER FORSTMOSER, Corporate Governance in verbundenen Unternehmen, in: Marc Amstutz (Hrsg.), Die vernetzte Wirtschaft, Zürich 2004, 151, 167 ff. m.w.H.; BEYERLER (Fn. 8), 233 ff.; WEBER (Fn. 23), Art. 697 OR N 15; KARL HOFSTETTER, Corporate Governance im Konzern, in: Hans Caspar von der Crone/Rolf H. Weber/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich 2003, 301, 305 ff.; MAROLDA MARTINEZ (Fn. 23), 237 ff.; HORBER (Fn. 17), N 903 ff.; schon früh: HEIN F. WYSS, Das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung (Art. 697 OR) unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, Zürich 1953, 257 ff., v.a. 270 ff.

Die (frühere) Praxis erwies sich ebenfalls als relativ grosszügig.¹⁰⁹ Das Bundesgericht hat sich in zwei jüngeren Urteilen zu Art. 697 OR im Konzern mittelbar bzw. unmittelbar geäussert,¹¹⁰ nämlich in BGE 4C.234/2002 vom 4. Juni 2003¹¹¹ sowie in BGE 132 III 71 vom 2. November 2005;¹¹² nur im zweiten Entscheid wurde konzernrechtlich argumentiert – im Vordergrund des Urteils stand das *Einsichtsrecht* des Aktionärs.

Relativ *grosszügig* äusserte sich das Gericht zum Gegenstand: „Im Konzern bezieht sich das Einsichtsrecht des Aktionärs [...] auf die schriftlichen Unterlagen, die sich bei jener Gesellschaft befinden, an welcher er selbst direkt beteiligt ist. Ist er an der Konzernobergesellschaft beteiligt, können dies auch *vorhandene* Unterlagen über die *Untergesellschaften* sein. [...] Die von der Klägerin [i.c.] bezeichneten Jahresrechnungen und Revisionsberichte stellen deshalb einen *möglichen Gegenstand* ihres Einsichtsrechts dar.“¹¹³

Relativ *streng* fielen die Äusserungen zur *Erforderlichkeit* aus: „Wenn die Klägerin über die ihr zur Verfügung stehende Konzernrechnung hinaus Einsicht in die Jahresrechnungen [der Untergesellschaften] und die zugehörigen Revisionsberichte verlangt, muss sie somit *nachweisen*, dass diese *weitergehenden* Informationen *für sie erforderlich* sind, um ihre Aktionärsrechte in der Beklagten als Konzernobergesellschaft sinnvoll ausüben zu können. Dabei ist zu beachten, dass sie nur an der *Muttergesellschaft* als Aktionärin beteiligt ist, ihr in den Tochtergesellschaften aber keinerlei Aktionärsrechte zustehen.“¹¹⁴

¹⁰⁹ Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich: SAG 45 (1973) 49 – da damals keine Konzernrechnung zu erstellen war, wird der Entscheid als nicht (mehr) relevant erachtet: BGE 132 III 80 Erw. 1.3.3; zudem: Semjud 114 (1992) 338 ff. – SZW 65 (1993) 63.

¹¹⁰ Es handelt sich um verschiedene Sachverhalte, aber (vermutlich) um die identischen Beteiligten.

¹¹¹ Die Vorinstanz verpflichtete eine Obergesellschaft, ihrem eigenen Minderheitsaktionär – Aktienbeteiligung von 47 Prozent – Auskunft zu erteilen über ein Darlehen, das deren (vollständig beherrschte) Untergesellschaft gewährt hatte; das Bundesgericht bestätigte dieses Urteil, ohne sich konzernrechtlich zu äussern.

¹¹² Es ging ausschliesslich um das Einsichtsrecht des Aktionärs der Obergesellschaft (ein Auskunftsbegehren in der GV wurde überhaupt nicht gestellt: BGE 132 III 81 f. Erw. 2), und zwar in Bezug auf die Jahresrechnungen bzw. auf die Revisionsberichte einer Tochtergesellschaft – das Begehren des Gesellschafters wurde zwar i.c. abgewiesen (BGE 132 III 78 ff. Erw. 1.3.3 bzw. BGE 132 III 80 Erw. 1.3.5), aber nicht generell, sondern nur für den konkreten Einzelfall, weil der Nachweis der Erforderlichkeit vom Aktionär der herrschenden Gesellschaft nicht erbracht wurde; allg.: MATTHIAS NÄNNI/HANS CASPAR VON DER CRONE, Auskunft und Einsicht im Konzern, SZW 78 (2006) 150 ff., v.a. 153 ff.; JÖRG (Fn. 8), 78 ff., v.a. 84 ff.

¹¹³ BGE 132 III 75 Erw. 1.2; Hervorhebungen hinzugefügt; der Hinweis auf „vorhandene Unterlagen“ bedeutet nicht, dass die Obergesellschaft den Gegenstand einschränken könnte, indem sie entsprechende Dokumente vernichtet oder nicht bei sich aufbewahrt – zum Gegenstand gehören m.E. alle Unterlagen einer Tochtergesellschaft, die normalerweise einer Muttergesellschaft zur Verfügung gestellt werden (müssen).

¹¹⁴ BGE 132 III 78 Erw. 1.3.3 a.A.; Hervorhebungen hinzugefügt – der Umstand allein, dass die Jahresrechnungen bzw. die Revisionsberichte der Untergesellschaften zusätzliche Infor-

Als „obiter dictum“ hielt das Bundesgericht zum *Auskunftsrecht* des Aktionärs fest: „Zu unterscheiden ist [...] zwischen dem Anspruch auf Auskunft über Geschäftsvorgänge in den Tochtergesellschaften und der Einsicht in die Jahresrechnungen der Tochtergesellschaften. Die mit Dritten getätigten Geschäftsvorgänge der Tochtergesellschaften fliessen in die *Konzernrechnung* ein. Hat ein solcher Vorgang eine *entsprechende Tragweite*, ist auch ein berechtigtes Informationsinteresse des Aktionärs der Muttergesellschaft zu bejahen“.¹¹⁵

M.E. darf nur als „*ultima ratio*“ ein „Informationsdurchgriff“ (Auskunft oder Einsicht) auf die Untergesellschaften zugunsten der Aktionäre der Obergesellschaft gewährt werden, steht diesen Gesellschaftern doch primär die Konzernrechnung zur Verfügung.¹¹⁶

Handelt es sich bei der abhängigen Gesellschaft um eine *Alleinbeteiligung*, ist über sie „grundsätzlich in gleicher Weise Auskunft zu erteilen [und m.E. Einsicht zu gewähren] wie über die eigene Gesellschaft“¹¹⁷ (= herrschende Unternehmung); es darf aber *keine Privilegierung* erfolgen gegenüber den freien Aktionären, d.h. deren Informationsrechte bilden den *Maximalrahmen* für die Gesellschafterinformation bei der herrschenden Gesellschaft.¹¹⁸

Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur *Einsicht* soll bei der aktuellen Aktienrechtsrevision *legifert* werden: „Unter den gleichen Voraussetzungen kann jeder Aktionär einer Konzernobergesellschaft in die Geschäftsbücher und Korrespondenz einer Konzernuntergesellschaft Einsicht nehmen“ (Art. 697^{bis} Abs. 3 E-OR).¹¹⁹ Der Entwurf äussert sich *nicht* zur *Auskunft*, sondern ausschliesslich zur *Einsicht* des Aktionärs; m.E. mit gutem rechtspolitischen Grund kritisiert der Jubilar die „nicht identische Regelung von Einsicht und Auskunft“.¹²⁰

In der Gerichtspraxis stand bis anhin nicht zum Entscheid, ob sich im Rahmen von Art. 697a ff. OR eine *Sonderprüfung* bei einer *herrschenden* Gesellschaft auf deren *abhängige* Gesellschaft(en) beziehen könne; die Lehre hat sich mit der Fragestellung beschäftigt und ist zu verschiedenen Ergebnis-

mationen liefern, die sich nicht aus der Konzernrechnung ergeben, genügt (noch) nicht: BGE 132 III 76 Erw. 1.3.1.

BGE 132 III 79 Erw. 1.3.3.

¹¹⁵ Zudem: KUNZ (Fn. 57), Art. 697 OR N 9.

¹¹⁶ FORSTMOSER (Fn. 108), 169.

¹¹⁷ Gl.M. statt aller: HOFSTETTER (Fn. 108), 306; allg.: BEYELER (Fn. 8), 233.

¹¹⁸ Botschaft: BBl 2008 1608 Fn. 24 sowie 1672; für eine ersatzlose Streichung (weil „überflüssig“) der konzernrechtlichen Norm sprechen sich aus: HANS-UELI VOGT/EMANUEL SCHIWOW/KARIN WIEDMER, Die Aktienrechtsrevision unter Corporate-Governance-Aspekten, AJP 18 (2009) 1364.

¹²⁰ WEBER (Fn. 22), 213.

sen gelangt.¹²¹ M.E. muss – im Prinzip – die Sonderprüfung auf die Unterlagen bzw. auf die Organe der Muttergesellschaft beschränkt bleiben.

Ein Aktionär hat schliesslich Anspruch auf Information über die *Organisation der Geschäftsführung* der Gesellschaft¹²² gemäss Art. 716b Abs. 2 Satz 2 OR;¹²³ dieser Gesellschafteranspruch bedarf – und damit anders als beim Anspruch des Gläubigers – nicht des Glaubhaftmachens eines schutzwürdigen Interesses für die Information.¹²⁴ M.E. kommt dieser Regelung eine *konzernweite Bedeutung* zu, d.h. sie funktioniert „von oben nach unten“.¹²⁵ Insofern komplettiert Art. 716b Abs. 2 Satz 2 OR die Konzerntransparenz(en).

b) Untergesellschaft(en)

aa) Spontane Informationen

Den Gesellschaftern der abhängigen Unternehmung¹²⁶ stehen die „regulären“ spontanen Informationen gemäss Art. 696 OR zu,¹²⁷ d.h. sie haben „Zugang“ insbesondere zur Jahresrechnungen der „eigenen“ Gesellschaft (Art. 696 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 662 OR). M.E. gehört allerdings die Konzernrechnung der Obergesellschaft gerade *nicht* dazu;¹²⁸ eine Ausnahme besteht insofern, als die Muttergesellschaft eine Publikumsgesellschaft ist – in diesem Fall können sich die freien Aktionäre (wie jedermann) auf Art. 697h Abs. 1 OR berufen.¹²⁹

Zu erwähnen ist zudem Art. 663a Abs. 4 OR, der ebenfalls für die Untergesellschaft gilt;¹³⁰ diese konzernrechtliche Transparenzordnung für die *Mindestgliederung der Bilanz* erhöht die generelle Publizität für die freien Aktionäre im Konzern.¹³¹

¹²¹ Allg.: PEYROT (Fn. 21), 137 ff.; zudem: WEBER (Fn. 106), 401 ff.; pro Ausdehnung auf die Tochtergesellschaften: HANDSCHIN (Fn. 5), 152 f.; contra Ausdehnung auf die Tochtergesellschaften: ANDREAS CASUTT, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1991, § 12 N 93 ff., v.a. N 98; MAROLDA MARTINEZ (Fn. 23), 240 Fn. 1294.

¹²² Es geht bei Art. 716b Abs. 2 OR in erster Linie um die Thematik, wer und in welcher Funktion tätig war – und nicht darum, was getan oder unterlassen wurde, d.h. es bedarf einer engen Auslegung.

¹²³ Übersicht: KUNZ (Fn. 14), § 12 N 53 ff.; PEYROT (Fn. 21), 147 f.

¹²⁴ M.E. bezieht sich das Erfordernis des „schutzwürdigen Interesses“ ausschliesslich auf den Gläubiger und nicht auf den Aktionär: PETER V. KUNZ, Zu den Haftungsvoraussetzungen und zu einigen weiteren Themen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, AJP 7 (1998) 1280 Fn. 168; a.M.: BERTSCHINGER (Fn. 15), N 129 m.w.H.

¹²⁵ GL.M.: BERTSCHINGER (Fn. 15), N 319; anders „von unten nach oben“: Vgl. dazu hinten Ziff. II. 2. b) bb).

¹²⁶ Bedeutsam ist die Thematik nur, aber immerhin, wenn keine Alleinbeteiligung gegeben ist.

¹²⁷ Grundlegend: BEYELER (Fn. 8), 206 ff. m.w.H.; BRATSCHI (Fn. 14), 123.

¹²⁸ GL.M.: BRATSCHI (Fn. 14), 125; der Geschäftsbericht der abhängigen Gesellschaft umfasst eben gerade keine Konzernrechnung gemäss Art. 662 Abs. 1 OR.

¹²⁹ Vgl. dazu hinten Ziff. II. 4. a) bb).

¹³⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. II. 1. a) bb) aaa).

¹³¹ BEYELER (Fn. 8), 210 f.

Eine Spezialität ist bei der *Zwischengesellschaft* (= abhängige Unternehmung) im Konzern¹³² beachtlich. Damit diese spezifische Untergesellschaft keine „besondere Konzernrechnung“ erstellen muss, kann sie *ihren* Aktionären *spontan* die konsolidierte Jahresrechnung, sofern vorhanden, zur Verfügung stellen (Art. 663f Abs. 1 OR), womit auf dieser Ebene für die Gesellschafter die *Konzerntransparenz erhöht* wird; vorbehalten bleibt Art. 663f Abs. 2 OR.

Vereinzelt wird geltend gemacht, dass die freien Aktionäre mittels *Medienberichterstattung* an zusätzliche Informationen über die abhängige Unternehmung gelangen können.¹³³ Eine Rechtsgrundlage oder ein Rechtsanspruch darauf besteht allerdings nicht. Zudem konzentrieren sich die Medien meist auf Publikumsgesellschaften,¹³⁴ die regelmässig Obergesellschaft und nicht Untergesellschaft in einem Konzern sind.

bb) Reaktive Informationen

Sollte es sich bei der abhängigen Gesellschaft nicht um eine Alleinbeteiligung handeln, bestehen freie Aktionäre; was diese Gesellschafter anbelangt, kann ein Informationsbedürfnis kaum bestritten werden.¹³⁵ Diese können sich unbeschauen der Höhe der Aktienbeteiligung (also im Sinne von Einzelansprüchen) auf die Aktionärsrechte einerseits gemäss Art. 697 OR (= Auskunft sowie Einsicht) und andererseits gemäss Art. 697a ff. OR (= Sonderprüfung) berufen, und zwar in Bezug auf die „eigene“ *Untergesellschaft*. Gleich verhält es sich bei Art. 716b Abs. 2 Satz 2 OR (= Information zur Organisation der Geschäftsführung).¹³⁶

M.E. erweist sich hingegen eine Konzernbetrachtung „von unten nach oben“ in diesen Bereichen generell als ausgeschlossen.¹³⁷ Die *Obergesellschaft* stellt nämlich bei der in Frage stehenden Unternehmung nicht ein Aktivum, sondern eine Gesellschafterin dar, auf die ein „Informationsdurchgriff“ unzulässig ist.¹³⁸ Es herrscht somit die *Trennungstheorie* vor,¹³⁹ und zwar für alle vier erwähnten Informationsrechte.¹⁴⁰

¹³² Vgl. dazu vorne Ziff. II. 1. b) bb).

¹³³ BRATSCHI (Fn. 14), 133 f.

¹³⁴ Vgl. dazu hinten Ziff. II. 4. a).

¹³⁵ Statt aller: WYSS (Fn. 108), 100 ff.

¹³⁶ Übersicht: KUNZ (Fn. 14), § 12 N 53 ff.

¹³⁷ Differenzierend: BEYELER (Fn. 8), 234 ff.; zudem: MAROLDA MARTINEZ (Fn. 23), 240 ff.; generell: WYSS (Fn. 108), 273 ff.

¹³⁸ Zwischen Aktionären bestehen im Regelfall keine Treuepflichten; anders könnte es aussehen, wenn der konkrete Konzern als einfache Gesellschaft zu qualifizieren wäre; vgl. dazu vorne Ziff. II. 1. c).

¹³⁹ Vgl. dazu vorne Ziff. I. 2. a) bb).

¹⁴⁰ M.E. kommt insbesondere der Sonderprüfung gemäss Art. 697a ff. OR bei einer abhängigen Gesellschaft nichtsdestotrotz eine nicht zu unterschätzende konzern-transparenzrechtliche Bedeutung zu, obwohl sie ausschliesslich Informationen zur konkreten Untergesellschaft

Eine Spezialität ist bei der *Zwischengesellschaft* (= abhängige Unternehmung) im Konzern¹⁴¹ beachtlich. Diese spezifische Untergesellschaft muss eine sog. „besondere Konzernrechnung“ im Sinne von Art. 663f Abs. 1 OR erstellen, sofern *ihre* Aktionäre, die mindestens zehn Prozent des Aktienkapital vertreten, dies verlangen (Art. 663f Abs. 2 OR); es handelt sich um ein konzernrechtliches Minderheitenrecht, das *Transparenz* für diese Gesellschafter schafft.

3. Gesellschaftsgläubiger-Ebenen

a) Obergesellschaft

aa) Spontane Informationen

Die *Gläubigerinformationsrechte* – spontan oder reaktiv¹⁴² – sind *schwach ausgestaltet* im Aktienrecht.¹⁴³ Immerhin liegt es in der privatautonomen Macht der Gesellschaftsgläubiger, über Rechte auf Information zu verhandeln und solche Ansprüche zu *vereinbaren*; m.E. droht in diesem Bereich allerdings die Gefahr einer Qualifikation als sog. faktisches Organ, nämlich insbesondere, wenn neben Informations- auch Mitspracherechte eingeräumt werden.

Im Prinzip bestehen von Gesetzes wegen *keine spontanen Informationsrechte* für die Gläubiger. Ausnahmsweise haben die Gläubiger der Obergesellschaft spontan (und ohne Interessennachweis) immerhin „Zugang“ zur Konzernrechnung im Falle von Art. 697h Abs. 1 OR.¹⁴⁴ Zudem erhalten die Gläubiger nicht nur, aber auch im Konzern spontane Informationen durch diverse *Schuldenrufe* (z.B. bei einer Aktienkapitalherabsetzung der Muttergesellschaft gemäss Art. 733 OR oder bei umstrukturierungsrechtlichen Transaktionen^{145, 146}).

vermitteln kann (dies gilt ebenfalls für das Auskunftsrecht bzw. für das Einsichtsrecht wegen der sog. Subsidiarität der Sonderprüfungsklage: Art. 697a Abs. 1 OR) – sollte z.B. der VR der abhängigen Unternehmung bei „Vermögensverschiebungen“ innerhalb des Konzerns (allg. zur Thematik: RALPH MALACRIDA, Die Konzernübertragung aus privatrechtlicher Sicht, in: Unternehmen – Transaktion – Recht, Zürich 2008, 315 ff.) zugestimmt haben, die nicht „at arm’s length“ (sog. Drittmannstest) erfolgten, kann die Untergesellschaft von „ihren“ Minderheitsgesellschaftern mittels einer Sonderprüfungsklage eingeklagt werden, und zwar im Hinblick auf einen allfälligen Rückforderungsanspruch (Art. 678 OR) der freien Aktionäre; zur Sonderprüfung „von unten nach oben“ differenzierend: MAROLDA MARTINEZ (Fn. 23), 242 f. sowie 248 ff.; BRATSCHI (Fn. 14), 131; allg.: HORBER (Fn. 17), N 917.

¹⁴¹ Vgl. dazu vorne Ziff. II. 1. b) bb).

¹⁴² Vgl. dazu vorne Ziff. I. 3. a).

¹⁴³ Hinweise: PETER V. KUNZ, Transparenz für den Gläubiger der Aktiengesellschaft, SJZ 99 (2003) 53 ff.

¹⁴⁴ Vgl. dazu hinten Ziff. II. 4. a) bb).

¹⁴⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. II. 4. b) aa).

¹⁴⁶ Die Schuldenrufe sind Vorbereitungsmaßnahmen für einen weitergehenden Gläubigerschutz.

bb) Reaktive Informationen

Der Gesellschaftsgläubiger hat *keine* Ansprüche auf *Auskünfte* oder auf *Einsichten* im Rahmen von Art. 697 OR. Zudem steht dem Gläubiger der Obergesellschaft (sowie der Untergesellschaft)¹⁴⁷ – obwohl es m.E. rechtspolitisch durchaus wünschbar wäre¹⁴⁸ – *kein Sonderprüfungsanspruch* zu,¹⁴⁹ d.h. die Sonderprüfung dient ausschliesslich dem Gesellschafterschutz und nicht dem Gläubigerschutz.¹⁵⁰ Es gibt ex lege¹⁵¹ zwei *reaktive* Informationsrechte:

Der Gläubiger der Obergesellschaft hat Anspruch auf *Einsicht in die Konzernrechnung*, sofern er ein „schutzwürdiges Interesse nachweisen“ kann (Art. 697h Abs. 2 OR),¹⁵² an den Interessennachweis werden m.E. de lege lata *keine (allzu) hohen* Anforderungen gestellt,¹⁵³ was sich künftig ändern könnte.¹⁵⁴ Der Gläubiger kann einzig Einsicht nehmen, aber *keine Zustellung* der Unterlagen und *keine Herstellung* von Kopien verlangen.¹⁵⁵

Im Rahmen von Art. 716b Abs. 2 Satz 2 OR¹⁵⁶ kann der Gläubiger (z.B. der herrschenden Unternehmung) Informationen über die *Organisation der Geschäftsführung* verlangen. Er muss – vergleichbar mit Art. 697h Abs. 2 OR – ein „schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen“. Gleich wie beim Gesellschafter der Obergesellschaft¹⁵⁷ kommt m.E. dieser Regelung eine *konzernweite Bedeutung* zu, d.h. sie funktioniert „von oben nach unten“¹⁵⁸ (= Geschäftsführung des Konzerns) und komplettiert die Konzerntransparenz(en).

b) Untergesellschaft(en)

aa) Spontane Informationen

Die Gläubiger der Untergesellschaft(en) haben *keine spontanen* Informationsrechte; vorbehalten bleiben immerhin – wie bei den Gesellschaftsgläubigern

¹⁴⁷ Vgl. dazu hinten Ziff. II. 3. b) bb).

¹⁴⁸ In diesem Sinne: KUNZ (Fn. 14), § 9 N 92; die aktuelle Aktienrechtsrevision geht auf dieses rechtspolitische Postulat überhaupt nicht ein.

¹⁴⁹ Es handelt sich bei der Ordnung de lege lata um ein qualifiziertes Schweigen: BBl 1983 II 908 („Gläubiger sind nicht antragsberechtigt“).

¹⁵⁰ Statt aller: KUNZ (Fn. 57), Art. 697a OR N 2.

¹⁵¹ Die Gläubiger können Informationsrechte vereinbaren.

¹⁵² Entgegen dem Wortlaut genügt ein Glaubhaftmachen des schutzwürdigen Interesses: WEBER (Fn. 23), Art. 697h OR N 8; KUNZ (Fn. 57), Art. 697h OR N 14.

¹⁵³ Statt aller: ZÜRCHER (Fn. 20), 73 f.; KUNZ (Fn. 57), Art. 697h OR N 12 ff.

¹⁵⁴ Betreffend die geplante Regelung in Art. 958e Abs. 2 E-OR hält die Botschaft fest: „Ein schutzwürdiges Interesse wird in der Praxis nicht leichthin angenommen. Die Einsicht darf nicht dazu dienen, Neugierde zu befriedigen oder Geschäftsgeheimnisse auszukundschaften. Vielmehr muss [...] die Forderung der Gläubigerin oder des Gläubigers in ihrer Einbringlichkeit konkret gefährdet erscheinen“ (BBl 2008 1704).

¹⁵⁵ WEBER (Fn. 23), Art. 697h OR N 6/N 8.

¹⁵⁶ Übersicht: KUNZ (Fn. 14), § 12 N 53 ff.

¹⁵⁷ Vgl. dazu vorne Ziff. II. 2. a) bb).

¹⁵⁸ In diesem Sinne: BERTSCHINGER (Fn. 15), N 319.

der herrschenden Unternehmung¹⁵⁹ – der Popularanspruch von Art. 697h Abs. 1 OR¹⁶⁰ sowie die verschiedenen Schuldenrufe (z.B. im Zusammenhang mit einigen Umstrukturierungen).¹⁶¹

Eine Spezialität ist bei der *Zwischengesellschaft* (= abhängige Unternehmung) im Konzern¹⁶² beachtlich. Damit diese spezifische Untergesellschaft keine „besondere Konzernrechnung“ erstellen muss, kann sie *ihren* Gläubigern *spontan* die konsolidierte Jahresrechnung, sofern vorhanden, zur Verfügung stellen (Art. 663f Abs. 1 OR), womit auf dieser Ebene für die Gläubiger die *Konzerntransparenz erhöht* wird; vorbehalten bleibt Art. 663f Abs. 2 OR.

bb) Reaktive Informationen

Noch schlechter sieht es auf der Ebene der abhängigen Gesellschaft(en) aus, indem deren Gläubigern *überhaupt keine reaktiven* Informationsrechte zustehen. Wie schon auf der Ebene der Obergesellschaft¹⁶³ kann sich der Gläubiger der Untergesellschaft niemals auf Art. 697 OR (Auskunft sowie Einsicht) oder auf Art. 697a ff. OR (Sonderprüfung) berufen.

Doch als Verschlechterung gelangen die *zwei reaktiven* Informationsrechte, die den Gläubigern der Obergesellschaft eine nicht zu unterschätzende Konzerntransparenz gewähren,¹⁶⁴ auf der Ebene der Untergesellschaft(en) *nicht* zur Anwendung. Art. 697h Abs. 2 OR sowie Art. 716b Abs. 2 Satz 2 OR stellen zwar mögliche Anspruchsgrundlagen für die Gläubiger dar, doch ausschliesslich in Bezug auf „ihre“ Schuldnerin (= abhängige Unternehmung); m.E. funktionieren beide Informationsrechte *nicht* „von unten nach oben“ im Konzern.

Diese schlechte Informationslage von Gesetzes wegen kann privatautonom verändert werden, d.h. die Gläubiger können Transparenzen vereinbaren („caveat creditor“)¹⁶⁵ – gerade bei Sanierungssituationen ist dies gang und gäbe.

¹⁵⁹ Vgl. dazu vorne Ziff. II. 3. a) aa).

¹⁶⁰ Vgl. dazu hinten Ziff. II. 4. a) bb).

¹⁶¹ Vgl. dazu hinten Ziff. II. 4. b) aa).

¹⁶² Vgl. dazu vorne Ziff. II. 1. b) bb).

¹⁶³ Vgl. dazu vorne Ziff. II. 3. a) bb).

¹⁶⁴ Vgl. dazu vorne Ziff. II. 3. a) bb).

¹⁶⁵ HOFSTETTER (Fn. 108), 315.

4. Besonderheiten

a) Publikumsgesellschaften

aa) Ausgangslage

Konzerngesellschaften können sog. *Publikumsgesellschaften* sein, d.h. über *kotierte Aktien* an einer schweizerischen Börse verfügen. Dies bringt für die konkrete Gesellschaft das Börsengesellschaftsrecht (sc. spezifische Aktienrechtsbestimmungen, das Börsengesetz [BEHG] sowie die Kotierungsrechte der SIX Swiss Exchange oder der BX Berne Exchange) zur Anwendung.¹⁶⁶ Bei den kotierten Konzernunternehmungen handelt es sich meist um die *herrschende* Gesellschaft, doch eine *abhängige* Unternehmung¹⁶⁷ kommt ebenfalls in Frage.

Das Börsengesellschaftsrecht wird vom *Prinzip der Transparenz* beherrscht. Da die Publikumsgesellschaften die Finanzmärkte zur Finanzierung benutzen (wollen), müssen sie für die Märkte und für die Investoren ausreichende Publizität sicherstellen. Als *Beispiele* können erwähnt werden die Regulierungen von Art. 663c OR¹⁶⁸ und von Art. 697h OR (= Aktienrecht) sowie von Art. 20 BEHG¹⁶⁹ (= Börsenrecht); nicht zu vergessen sind die Selbstregulierungen zur Rechnungslegung¹⁷⁰ sowie zur Ad-hoc-Publizität (= Kotierungsrecht).

bb) Besonderheiten im Konzern

Das *Aktienrecht* sieht für Publikumsgesellschaften im Konzern zwei gewichtige Transparenzvorschriften vor. Einerseits muss eine kotierte *abhängige* Gesellschaft gemäss Art. 663c Abs. 1 OR sog. „bedeutende Aktionäre“ im Anhang zur Bilanz angeben¹⁷¹ – dadurch kann eine Konzernierung ersichtlich werden.¹⁷² Andererseits ermöglicht Art. 697h Abs. 1 OR bei einer kotierten

¹⁶⁶ Übersicht: VON BÜREN (Fn. 30), 124 ff. sowie 333 ff.

¹⁶⁷ Zur heiklen Corporate Governance-Lage (z.B. im Bereich der Publizität) bei kotierten abhängigen Gesellschaften: FORSTMOSER (Fn. 108), 173 f. m.w.H.

¹⁶⁸ Hierzu: PETER FORSTMOSER, OR 663c – ein wenig transparentes Transparenzgebot, in: Hans Ulrich Walder/Tobias Jaag/Dieter Zobl (Hrsg.), *Aspekte des Wirtschaftsrechts*, Zürich 1994, 69 ff.; detailliert: KUNZ (Fn. 14), § 10 N 107 ff.

¹⁶⁹ Statt aller: ROLF H. WEBER, Börsenrechtliche Meldepflichten im Spannungsfeld von Gesellschafts- und Finanzmarktrecht, in: Peter V. Kunz/Dorothea Herren/Thomas Cottier/ René Matteotti (Hrsg.), *Festschrift für Roland von Büren*, Basel 2009, 769 ff.; PETER V. KUNZ, Kapitalmarktrechtliche Beteiligungstransparenz im Lichte moderner Finanzinstrumente [...], *GesRZ* 39 (2010) 252 ff.

¹⁷⁰ Generell: PEYROT (Fn. 21), 57 ff.

¹⁷¹ Es handelt sich – im Gegensatz zu Art. 663b Ziff. 7 OR: Vgl. dazu vorne Ziff. II. 2. a) aa) (= „Mutter-Perspektive“) – um eine Art von „Tochter-Perspektive“.

¹⁷² Als „bedeutende Aktionäre“ gelten Aktionäre bereits ab einer Beteiligung von fünf Prozent der Stimmrechte (Art. 663c Abs. 2 OR) – bei einem Beteiligungskonzern liegen die Anteile meist wesentlich höher.

herrschenden Gesellschaft jedermann einen „Zugang“ zu deren Konzernrechnung, und zwar ohne Interessennachweis – auf diese Regelung können sich z.B. freie Aktionäre und Gläubiger von Untergesellschaften berufen.

Im *Börsenrecht* verschafft die Regelung von Art. 20 BEHG zwar Transparenz über die Beteiligung der Investoren, hingegen nicht über weitere Aspekte (z.B. die Absichten). Bei einer kotierten *abhängigen* Gesellschaft ergänzt diese Investorenpflicht der herrschenden Unternehmung als sog. „beneficial owner“ („indirekt“) Art. 663c Abs. 1 OR. Sollten die Beteiligungen *innerhalb des Konzerns* unter verschiedenen Gesellschaften „verteilt“ sein, liegt eine Gruppen-Meldepflicht vor (Art. 20 Abs. 3 BEHG).¹⁷³

Das *Kotierungsrecht* erhöht die Massstäbe der *Rechnungslegung* (etwa betreffend die Konzernrechnung) für die an den beiden Börsen in der Schweiz kotierten Unternehmungen. Zudem muss die *Ad-hoc-Publizität* erfüllt werden,¹⁷⁴ d.h. sämtliche Informationen, die kursrelevant sein können, sind offenzulegen (Art. 53 f. KR SIX oder Art. 18 KR BX). Sollten die Beteiligungspapiere der *herrschenden* Gesellschaft kotiert sein, müssen m.E. Tatsachen des *Konzerns* ebenfalls kommuniziert werden;¹⁷⁵ zwar sind keine allgemeingültigen Aussagen machbar, doch Konzernbeteiligungen *können* durchaus kursrelevant sein.

b) Umstrukturierungen

aa) Ausgangslage

Das schweizerische Umstrukturierungsrecht, d.h. das am 1. Juli 2004 in Kraft getretene *Fusionsgesetz* (FusG) regelt *vier Transaktionsformen* zur Anpassung der rechtlichen Strukturen von Gesellschaften: Fusionen, Spaltungen, Umwandlungen sowie Vermögensübertragungen. Diese Transaktionen *gefährden* – in unterschiedlichem Ausmasse – die Interessen der Beteiligten (also der Gesellschaften, der Gesellschafter sowie der Gläubiger). Das Umstrukturierungsrecht sieht in diesem Zusammenhang¹⁷⁶ verschiedene Schutzmechanismen¹⁷⁷ vor – darunter insbesondere¹⁷⁸ eine *umfassende Transparenz*:

¹⁷³ Ausdrücklich auf Verordnungsstufe: „Eine Abstimmung der Verhaltensweise liegt [bei Art. 20 Abs. 3 BEHG] namentlich vor bei: [...] der Zusammenfassung von natürlichen oder juristischen Personen durch die Mehrheit von Stimmrechten oder Kapitalanteilen oder durch eine Beherrschung auf andere Weise zu einem Konzern oder zu einer Unternehmensgruppe“ (Art. 10 Abs. 2 lit. c BEHV-FINMA); als weitere konzernrechtliche Spezialität(en): Art. 17 Abs. 2 lit. b/Abs. 3 BEHV-FINMA.

¹⁷⁴ Allg.: MARIE VON FISCHER, Die Ad-hoc-Publizität nach Art. 72 Kotierungsreglement, Bern 1999, 5 ff.; PETER HSU, Ad-hoc-Publizität, Zürich 2000, 5 ff.; zudem: ALEXANDER I. DE BEER, Fairness und Transparenz durch Ad-hoc-Publizität, ST 72 (1998) 35 ff.

¹⁷⁵ Dazu gehört z.B. der „Wechsel der Revisionsstelle bzw. des Konzernprüfers“: N 15 zu Rz. 3 im Kommentar zur Richtlinie betr. Ad hoc-Publizität (RLAhP) der SIX Exchange.

¹⁷⁶ Weitere Transparenzvorschriften: Art. 82 FusG sowie Art. 93 FusG.

¹⁷⁷ Beispiele sind die sog. Mitgliedschaftskontinuität sowie das sog. Mehrbelastungsverbot.

Die Gesellschafter werden durch *Einsichtsrechte* in wichtige Transaktionsdokumente¹⁷⁹ vorgängig¹⁸⁰ zu den GV-Beschlussfassungen orientiert;¹⁸¹ sie erhalten ausserdem *unentgeltliche Kopien* davon,¹⁸² um sich für die GV vorzubereiten. *Schuldenrufe* informieren die Gläubiger¹⁸³ über die geplanten bzw. vollzogenen Transaktionen (Fusionen und Spaltungen laufen in diesem Bereich nicht identisch ab),¹⁸⁴ damit sie sich absichern können. Durch *Handelsregistereintragungen* werden die FusG-Transaktionen abgeschlossen¹⁸⁵ – und extern für jedermann erkennbar bzw. transparent. Bei den Vermögensübertragungen gelangt schliesslich im Nachhinein eine *spezifische Transparenzordnung* zur Anwendung.¹⁸⁶

bb) Besonderheiten im Konzern

Konzerne und deren einzelne *Konzerngesellschaften* können ebenfalls *umstrukturiert* werden. Die Transaktionen beziehen sich entweder ausschliesslich auf die Unternehmen eines Konzerns („konzernintern“) oder auch auf konzernfremde Gesellschaften („konzernextern“). Sofern *reguläre* Fusionen bzw. Spaltungen bzw. Umwandlungen bzw. Vermögensübertragungen vorgenommen werden, sind *keine Besonderheiten* zu berücksichtigen, d.h. die *reguläre* umstrukturierungsrechtliche Transparenz¹⁸⁷ liegt vor.

Bei einigen wenigen *Konzern-Fusionen* können im Rahmen von Art. 23 f. FusG erleichterte Verfahren durchgeführt werden.¹⁸⁸ Die „Erleichterung“

¹⁷⁸ Übersicht zu den Transparenzvorschriften: PETER V. KUNZ, Das neue Fusionsgesetz (FusG), in: Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht I, Bern 2006, 190 ff.

¹⁷⁹ Beispiele: Fusionsvertrag, Fusionsbericht, Spaltungsvertrag bzw. Spaltungsplan, Spaltungsbericht, Umwandlungsplan, Umwandlungsbericht, diverse Prüfungsberichte sowie zahlreiche Jahresrechnungen.

¹⁸⁰ Die Zeiträume betragen 30 Tage (Fusion: Art. 16 Abs. 1 FusG; Umwandlung: Art. 63 Abs. 1 FusG) bzw. zwei Monate (Spaltung: Art. 41 Abs. 1 FusG).

¹⁸¹ Art. 16 FusG, Art. 41 FusG sowie Art. 63 FusG.

¹⁸² Art. 16 Abs. 3 FusG, Art. 41 Abs. 3 FusG sowie Art. 63 Abs. 3 FusG.

¹⁸³ Art. 25 Abs. 2 FusG (Fusion) sowie Art. 45 FusG (Spaltung).

¹⁸⁴ Bei der Fusion erfolgt ein sog. nachträglicher Gläubigerschutz (Art. 25 Abs. 1 FusG) und bei der Spaltung ein sog. vorgängiger Gläubigerschutz (Art. 43 Abs. 1 FusG i.V.m. Art. 45 f. FusG).

¹⁸⁵ Art. 21 f. FusG, Art. 51 f. FusG, Art. 66 f. FusG sowie Art. 73 FusG.

¹⁸⁶ Art. 74 FusG – die Gesellschafter werden im Anhang zur Jahresrechnung informiert (Art. 74 Abs. 1 FusG); sollte allerdings kein Anhang zu erstellen sein, müssen die Gesellschafter an der GV orientiert werden.

¹⁸⁷ Vgl. dazu vorne Ziff. II. 4. b) aa).

¹⁸⁸ Gemeint sind Alleinbeteiligungsfusionen, und zwar im „Mutter-Tochter-Verhältnis“ (d.h. 100 Prozent der übertragenden Gesellschaft gehören der übernehmenden Gesellschaft: Art. 23 Abs. 1 lit. a FusG) und im „Schwestern-Verhältnis“ (d.h. eine Gesellschaft hält 100 Prozent der fusionierenden Gesellschaften: Art. 23 Abs. 1 lit. b FusG), sowie gewisse „Mutter-Tochter-Fusionen“ mit einer Beteiligung von mindestens 90 Prozent der übernehmenden Gesellschaft an der übertragenden Gesellschaft (Art. 23 Abs. 2 FusG); nicht dazu gehören hingegen z.B. „Schwester-Fusionen“ oder „Reverse Mergers“ oder „Grossmutter-Enkelin-

liegt u.a. darin, dass betreffend Gesellschafter die *Einsichtsrechte relativiert* werden (nämlich: Art. 24 Abs. 1 bzw. Abs. 2 FusG). M.E. kann das erleichterte Verfahren gemäss Art. 23 f. FusG ausserdem auf die identischen *Konzern-Spaltungen* – allerdings nicht auf die Umwandlungen oder auf die Vermögensübertragungen innerhalb eines Konzerns – angewendet werden.¹⁸⁹ D.h. in diesen *beiden* Bereichen werden die Konzerntransparenz(en) *abgeschwächt*.

Es kann durchaus vorkommen, dass die Minderheitsaktionäre der Obergesellschaft durch die Ausgliederungen oder die Gründung von Untergesellschaften (also „von oben nach unten“) gefährdet bzw. benachteiligt werden. In Deutschland wurde diese Thematik erstmals im Jahre 1982 mit dem bekannten Urteil „Holzmüller“ behandelt.¹⁹⁰ Ein vergleichbarer Schutz für die Gesellschafter der herrschenden Unternehmung besteht in der Schweiz nicht. Weitergehende Ausführungen würden den Rahmen dieses Beitrags sprengen.

III. Schlussbemerkungen

Im Rahmen dieser Ausführungen wird – zumindest *am Rande* – einige Male auf die *aktuelle Aktienrechtsrevision* verwiesen, sofern nämlich Elemente der Konzerntransparenzen betroffen sind. Angesichts der nach wie vor ungewissen Zukunft dieser Gesetzesvorlage(n) wurde darauf *verzichtet*, den *aktuellsten Stand* der parlamentarischen Beratungen aufzuzeigen; verwiesen wird jeweils nur, aber immerhin auf die bundesrätliche Botschaft sowie auf den Entwurf des Bundesrats vom 21. Dezember 2007.

Angesichts der quantitativen Vorgaben für diesen Beitrag konnten *keine rechtsvergleichenden* Betrachtungen vorgenommen werden. Nur der guten Ordnung halber sei immerhin erwähnt, dass die Konzerntransparenzen ein im Ausland häufig diskutiertes Thema darstellen.¹⁹¹

Die Darlegungen fokussieren sich auf das *Aktienrecht*, so dass insbesondere auf Besonderheiten zur Transparenz oder zum Informationsfluss in anderen

Fusionen“ o.ä. – in diesen Bereichen kann m.E. zwar nicht erleichtert, aber regulär fusioniert werden.

¹⁸⁹ Gl.M. (zur Konzern-Spaltung): LUKAS GLANZMANN, Umstrukturierungen, 2. Aufl., Bern 2008, N 143.

¹⁹⁰ Hinweise: HOFSTETTER (Fn. 108), 307.

¹⁹¹ Allg.: WINFRIED VEELKEN, Der Schutz der Minderheitsgesellschafter in der abhängigen Gesellschaft in rechtsvergleichender Sicht, in: Ernst-Joachim Mestmäcker/Peter Behrens (Hrsg.), Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, Baden-Baden 1991, 505 ff., v.a. 525 f.; UWE H. SCHNEIDER, Der Auskunftsanspruch des Aktionärs im Konzern, in: Uwe H. Schneider et al. (Hrsg.), Festschrift für Marcus Lutter, Köln 2000, 1193 ff.; DERS., Die aktienrechtliche Sonderprüfung im Konzern, AG 53 (2008) 305 ff.; SUSANNE KALSS, Auskunftsrechte und -pflichten für Vorstand und Aufsichtsrat im Konzern, GesRZ 39 (2010) 137 ff.; MARTIN WITTMANN, Informationsfluss im Konzern, Bonn 2007, 5 ff.

Bereichen – z.B. im Zusammenhang mit Bankkonzernen¹⁹² – nicht eingegangen wird. Ausserdem konzentrieren sich die Ausführungen auf die Situation ex lege, d.h. *privatautonomie* Gestaltungsmöglichkeiten der Informationsvermittlung (z.B. in Sanierungssituationen) werden ausgeklammert.¹⁹³

Den verschiedenen Konzerntransparenzen kommt in rechtspolitischer Hinsicht in erster Linie eine *kompensatorische Funktion* zu: „Je effizienter die Konzerntransparenz geregelt ist, desto weniger materieller Konzernrechtsnormen bedarf es, um Aussenstehenden genügenden Schutz zu bieten“.¹⁹⁴ Die Transparenz ist also Teil des Schutzes (u.a. der Gesellschafter) und kompensiert dessen Mängel de lege lata und de lege ferenda.

Die *Konzernrechnung* stellt das gewichtigste Transparenzmedium dar. Zu bedauern ist, dass die konsolidierte Jahresrechnung – vorbehaltlich von Art. 697h Abs. 1 OR – weder den freien Aktionären noch den „Konzerngläubigern“ zusteht. Damit „verpuffen“ diese Informationen fast nutzlos. Bedauerlich ist weiter, dass die *Informationsrechte* gemäss Art. 697 OR sowie Art. 697a ff. OR zwar „von oben nach unten“, aber *nicht* „von unten nach oben“ greifen. Die schutzbedürftigste Ebene bleibt somit relativ schutzlos; es sollte eine Stärkung der Konzerntransparenz für die sog. *Konzernbetriebsphase* erwogen werden.

Die Informationslage der *Gläubiger* im Allgemeinen sowie der „Konzerngläubiger“ im Besonderen erscheint unbefriedigend. Immerhin verbessern Art. 697h Abs. 2 OR sowie Art. 716b Abs. 2 Satz 2 OR zumindest für die *Gläubiger* der *Obergesellschaft* die minimale Konzerntransparenz; eine sog. parallele Auslegung der beiden Regelungen scheint angebracht zu sein. Rechtspolitische Verbesserungen wären zum Gläubigerschutz ebenfalls sinnvoll.

Mit der anstehenden Aktienrechtsrevision erfolgt eine sog. *Elektronisierung* der GV und der Aktionärsrechte¹⁹⁵ – dieser Umstand wird ebenfalls die Publizität (u.a. im Konzern) erhöhen.¹⁹⁶ Beispielsweise wird die *Transparenz zum GV-Protokoll* generell verbessert: „Den Aktionären ist innerhalb von 20 Tagen nach der Generalversammlung das Protokoll auf elektronischem Weg zugänglich zu machen, oder es ist jedem Aktionär auf dessen Wunsch eine Kopie des Protokolls zuzustellen“;¹⁹⁷ zudem können schriftlich erteilte *Ant-*

¹⁹² Auswahl: PETER HONEGGER/THOMAS A. FRICK, Das Bankgeheimnis im Konzern [...], SZW 68 (1996) 1 ff.; WERNER DE CAPITANI, Das Bankgeheimnis im Konzern [...], SZW 69 (1997) 76 ff.; ADRIAN ANDERMATT, Die konzerninterne Bekanntgabe von geschützten Bankdaten im Ausland, GesKR 2/2007, 405 ff.

¹⁹³ Dieser Aspekt ist in der Wirtschaftsrealität insbesondere für die Gläubiger wichtig.

¹⁹⁴ ZÜRCHER (Fn. 20), 76.

¹⁹⁵ Allg.: INES PÖSCHEL, Generalversammlung und Internet: Versuch einer Enttäuschung, in: Rolf Watter (Hrsg.), Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision, Zürich/St. Gallen 2010, 223 ff.

¹⁹⁶ Hierzu: PETER V. KUNZ, Evolution ins 21. Jahrhundert – zur nahen Zukunft der Generalversammlung bei Aktiengesellschaft in der Schweiz, AJP 20 (2011) 155 ff.

¹⁹⁷ Art. 702 Abs. 3 E-OR.

worten *auf Fragen* künftig elektronisch publiziert werden.¹⁹⁸ Diese Neuerungen verstärken die Transparenz für die freien Aktionäre sowie für die Minderheitsaktionäre der Muttergesellschaft.

In der Schweiz – und ebenso im Ausland – fehlt heute ein *schlüssiges Konzerntransparenzkonzept*. Vielmehr überwiegen *einzelne* Transparenzen, die fast schon etwas „zufällig“ den jeweiligen Beteiligten eingeräumt werden. Generell ist die Konzerntransparenz „von oben nach unten“ stärker ausgebaut, obwohl der *Schutzbedarf* „von unten nach oben“ wesentlich grösser erscheint; rechtspolitische Interventionen liegen nahe. Es erstaunt angesichts der Bedeutung der Konzerne in der Schweiz, dass sich der Aktienrechtsetzgeber mit diesen Fragestellungen (bis anhin) nur *am Rande beschäftigt* hat.

¹⁹⁸ Art. 697 Abs. 2 Satz 3 E-OR; ausführlich: BBl 2008 1671 f. (ebenso a.a.O. 1608).

