

Wolf-Dieter ARNOLD\*)

## Die Pflicht des Vorstandes zur Auskunftsverweigerung in der Hauptversammlung

**§ 112 AktG steht unter der Überschrift „Auskunftsrecht des Aktionärs“. Er regelt aber nicht nur dieses Recht des Aktionärs, sondern auch das Recht (des Vorstandes) der AG, Auskunft zu verweigern. Hier soll nun untersucht werden, ob für den Vorstand der AG allenfalls auch eine Pflicht zur Auskunftsverweigerung besteht. Der Beitrag kommt zum Ergebnis, dass dies aus vielerlei Gründen der Fall sein kann.**

### I. Recht auf Auskunft – Recht auf Verweigerung der Auskunft

1. Das Recht des Aktionärs, in der Hauptversammlung<sup>1)</sup> Auskunft über Angelegenheiten der AG zu verlangen, ist im § 112 Abs 1 AktG und die Art der Auskunft im § 112 Abs 2 AktG geregelt. Abs 3 leg cit legt fest, unter welchen Voraussetzungen die *Auskunft* (durch den Vorstand) *verweigert werden darf* (und welche – beschränkten<sup>2)</sup> – Möglichkeiten der Aktionär dagegen hat). § 112 Abs 3 AktG, mit dem der Gesetzgeber des AktG 1965 einen „neuen Weg“ eingeschlagen<sup>3)</sup> hat, bestimmt hinsichtlich dieser Auskunft im Einzelnen:

„Sie darf nur insoweit verweigert werden, als die Angaben nach vernünftiger unternehmerischer<sup>4)</sup> Beurteilung geeignet sind, dem Unternehmen oder einem verbundenen Unternehmen einen erheblichen Nachteil zuzufügen, oder es die nationale Sicherheit des Bundes oder das wirtschaftliche Wohl des Bundes, der Länder, der Gemeinden oder Gemeindeverbände erfordert. Ob diese Voraussetzung vorliegt, entscheidet der Vorstand gemäß den Vorschriften dieses Bundesgesetzes. Verweigert der Vorstand die Auskunft, so kann das Verlangen nur dann weiterverfolgt werden, wenn es vom Aufsichtsrat unterstützt wird.“

2. Aussagen zum *Recht* des Vorstandes, die Auskunft zu verweigern (arg: „darf nur insoweit verweigert werden“), finden sich in den einschlägigen österreichischen Kommentaren zum AktG.<sup>5)</sup> Die entsprechenden Ausführungen, die § 112 Abs 3 AktG jeweils als „Schutzklausel“ bezeichnen, decken allerdings nicht alle in Betracht kommenden Probleme ab.<sup>6)</sup>

### II. Pflicht zur Verweigerung der Auskunft – allgemeine Überlegungen

1. Sucht man Belegstellen zur Frage, ob der Vorstand nicht nur berechtigt, sondern in bestimmten Fällen auch *verpflichtet* ist, dem Aktionär in der Hauptversammlung die (formal zulässig) begehrte Auskunft zu verweigern, so wird man kaum fündig.

1.1. *Kastner*<sup>7)</sup> hat zur Stammfassung des § 112 Abs 3 AktG (1965), der primär auf „überwiegende Interessen“ der Gesellschaft abstellte, gelehrt, dass eine Interessensabwägung vorzunehmen ist und daraus gefolgert, dass dann, wenn deren Ergebnis gegen die Auskunftserteilung spricht, der Vorstand die Fragebeantwortung abzulehnen „hat“<sup>8)</sup>.

1.2. *Strasser*<sup>9)</sup> weist iZm der Verschwiegenheitspflicht des Vorstands (die Vorstandsmitglieder haben gem § 84 Abs 1 Satz 2 AktG über vertrauliche Angaben Stillschweigen zu bewahren) darauf hin, dass diese nicht gegenüber dem Aufsichtsrat<sup>10)</sup> gilt, und setzt dann – ohne diese unterschiedliche Rechtslage aaO darzustellen – fort: „Anders ist die Rechtslage bezüglich der Auskunftserteilung des Vorstandes und des Aufsichtsrats gegenüber den Aktionären ...“. An der aaO verwiesenen Stelle<sup>11)</sup> finden sich Überlegungen zum Recht der Auskunftsverweigerung und zur Frage, ob der Vorstand uU verpflichtet ist, die Auskunft zu verweigern, jedoch keine weiteren Ausführungen. An anderer Stelle<sup>12)</sup> führt *Strasser*<sup>13)</sup> aller-

\*) Hon.-Prof. Dr. Wolf-Dieter Arnold ist Rechtsanwalt in Wien.

<sup>1)</sup> Oder in der gesonderten Versammlung der Vorzugsaktionäre (§ 117 Abs 3 AktG).

<sup>2)</sup> Der Aktionär kann auch ein Zwangsstrafenverfahren nach § 258 Abs 1 AktG (dazu siehe im Text unter IV.2.) anregen. Nach *Kalss/Schauer*, Die Reform des Kapitalgesellschaftsrechts, GesRZ 2006, 172 bleibt der Minderheitenschutz in Gestalt von Auskunfts- (Überprüfungs- und Durchsetzungs-)Rechten im österreichischen Recht „wesentlich hinter dem internationalen Standard zurück und ist Gegenstand internationaler Kritik“. Das Auskunftsrecht des Aktionärs ist allerdings Teil der Verwaltungsrechte des Aktionärs (siehe auch FN 55), iZm der Weisungsfreiheit des Vorstandes zu sehen und nicht auf Minderheitenschutz beschränkt.

<sup>3)</sup> *Kastner*, Aktiengesetz 1965, JBl 1965, 397 = Gesammelte Aufsätze, 271.

<sup>4)</sup> Änderung durch Art III Z 4 HaRÄG (früher: „kaufmännischer“).

<sup>5)</sup> *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup>, § 112 Rz 6 (*Strasser*) bzw *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG, § 112 Rz 33 bis 36 (S. *Schmidt*).

<sup>6)</sup> So stellt sich zB im Hinblick auf die gerichtliche Strafdrohung des § 255 Abs 1 Z 3 AktG bei unrichtiger Wiedergabe, Verschleierung oder Verschweigen in „Auskünften in der Hauptversammlung“ die Frage nach der (sinngemäßen) Anwendbarkeit des Nemo tenetur-Grundsatzes (vgl VfGH, VfSlg 15.600/1999 und 9950/1984 bzw 10.394/1985).

<sup>7)</sup> In *Kastner*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts<sup>4</sup>, 225.

<sup>8)</sup> Hervorhebung in der jeweiligen Auflage durch Fettdruck. In der 5. Auflage (*Kastner/Doralt/Nowotny*) berücksichtigt *Doralt* (auf Seite 289) noch nicht die geänderte Fassung durch RLG 1990, BGBl 1990/475.

<sup>9)</sup> In *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup>, §§ 77 bis 84 Rz 89.

<sup>10)</sup> Auch nicht gegenüber dem Verschmelzungsprüfer.

<sup>11)</sup> Rz 6 zu § 112.

<sup>12)</sup> In *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup>, §§ 77 bis 84 Rz 92.

<sup>13)</sup> So gewichtet ist *Nowotny* (*Doralt/Nowotny/Kalss* [Hrsg], AktG<sup>4</sup>, § 84 Rz 19) zu verstehen, wonach weder im Zivil- noch im

dings an, dass dort, wo dem Vorstandsmitglied das Recht gegenüber den Behörden zusteht, seine Aussage zu verweigern, er (zB) bei Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen im Verhältnis zur Gesellschaft nicht nur berechtigt (zB § 321 Abs 1 Z 3 und 5 ZPO), sondern verpflichtet ist, eine Aussage zu verweigern.

1.3. *S. Schmidt*<sup>14</sup>) formuliert im Rahmen der Darstellung des Verweigerungsrechtes: „Anders als der Gesetzeswortlaut es nahe legt ist der Vorstand bei Vorliegen der Voraussetzungen des Abs 3 zur Auskunftsverweigerung nicht bloß berechtigt, sondern zum Schutz der Geheimhaltungsinteressen der AG verpflichtet“; und: „Das Kriterium der nationalen Sicherheit dürfte aber jedenfalls ein absolutes Kriterium sein, dessen Vorliegen den Vorstand zur Auskunftsverweigerung verpflichtet“. Anlässlich der Kommentierung der Verschwiegenheitspflicht des Vorstandes begnügt sich *Nowotny*<sup>15</sup>) insoweit mit dem allgemeinen Hinweis, dass § 112 AktG im Verhältnis zu den Aktionären die Auskunftserteilung in der Hauptversammlung regelt.

2. In beiden bereits erwähnten Kommentaren wird also durchgehend auf das AktG selbst abgestellt und in diesem Zusammenhang lediglich das *Bankgeheimnis* als Sonderproblem behandelt, und zwar – ausschließlich hinsichtlich des *Rechtes* der Auskunftsverweigerung – unter dem besonderen Aspekt, dass ja auch die Aktionäre (nicht aber die Berechtigten aus Partizipationskapital)<sup>16</sup>) eines Kreditinstituts gem § 38 Abs 1 Satz 1 BWG zur Wahrung des Bankgeheimnisses verpflichtet sind.

*Strasser*<sup>17</sup>) sieht es als strittig an, „ob Vorstandsmitglieder einer Bank AG“ unter Hinweis auf das Bankgeheimnis „Auskünfte verweigern können“.

*S. Schmidt* verneint ein auf das Bankgeheimnis gestütztes Verweigerungsrecht unter Hinweis auf die (auch) die Aktionäre nach § 38 Abs 1 Satz 1 BWG treffende Verpflichtung, das Bankgeheimnis zu wahren.

ME ist diese Frage – analog zu den Grundsätzen des internen Bankgeheimnisses<sup>18</sup>) – zu bejahen und genügt es nicht, wenn allenfalls anwesende „Partizipanten“ vor der das Bankgeheimnis preisgebenden Beantwortung der Frage den Saal verlassen.<sup>19</sup>) Demzufolge wird sich idR sogar die *Pflicht* des Vorstandes ergeben, die Auskunft unter Hinweis auf das Bankgeheimnis zu verweigern. Ein aus § 38 Abs 1 Satz 1 BWG abgeleitetes Argument, wenn die Aktionäre als „Gesellschafter“ das Bankgeheimnis wahren müssen, gehe der Gesetzgeber doch davon aus, dass sie<sup>20</sup>) – via Auskunftserteilung (?) – Geheimnisse erfahren, greift mE zu kurz. § 38 Abs 1 Satz 1 BWG führt textlich unverändert den § 23 Abs 1 Satz 1 des KWG fort, das in seiner Stammfassung zB die OHG durchaus als konzessionsfähig angesehen hat (siehe § 5 Abs 1 Z 3 KWG idF vor Nov BGBl 1986/325), daher auf Gesellschafter Bedacht nehmen musste, die nach den Grundsätzen der Selbstorganschaft die (Bank-)OHG selbst vertreten und deren Geschäftsführung ausgeübt haben.

3. Dieser Befund ist wohl Anlass genug, sich ganz allgemein über den engen Blickwinkel des AktG selbst hinaus mit der Frage zu befassen, ob und bejahendenfalls inwie-

weit eine *Pflicht des Vorstandes* besteht, Aktionären in der Hauptversammlung Auskünfte zu verweigern. Soweit deutsche Kommentare – methodisch zutreffend – dem *Recht* der Auskunftsverweigerung die *Pflicht* zur Auskunftsverweigerung gegenüberstellen,<sup>21</sup>) wird die Pflicht zur Auskunftsverweigerung zwar nicht aus § 131 Abs 3 dAktG (entspricht vom Konzept her dem § 112 Abs 3 öAktG) abgeleitet, wohl aber „jedenfalls“<sup>22</sup>) aus § 93 Abs 1 dAktG (entspricht weitestgehend<sup>23</sup>) dem § 84 Abs 1 Satz 2 öAktG). Für *Kubis* schlägt das Verweigerungsrecht in eine Verweigerungspflicht um, wenn durch die Auskunftserteilung gegen § 93 Abs 1 dAktG verstoßen würde. Andererseits soll dann, wenn Auskunft nach § 131 dAktG erteilt werden muss (weil sie nach Abs 3 nicht verweigert werden darf), in der Auskunftserteilung nie ein Verstoß gegen § 93 Abs 1 dAktG liegen. Im Münchner Kommentar (2. Auflage) kommt auch *S. Schmidt*<sup>24</sup>) (in Bezug auf die österreichische Rechtslage) zum Ergebnis, dass der Vorstand (in einem bestimmten Fall) „die Aussage verweigern muss“, (nämlich) „wenn die Angaben geeignet sind, der AG oder einem verbundenen Unternehmen ... einen erheblichen Nachteil zuzufügen“. Sie führt als Begründung hierfür die durch RLG 1990 erfolgte textliche Neufassung<sup>25</sup>) des ersten Verweigerungsgrundes des § 112 Abs 3 öAktG

Strafprozess die Verschwiegenheitspflicht nach § 84 Abs 1 Satz 2 AktG [scilicet per se] (wohl aber gegebenenfalls der Grund, warum eine Verschwiegenheitspflicht besteht) einen Grund zur Zeugnisverweigerung begründet.

<sup>14</sup>) In *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG, § 112 Rz 34 (unter Hinweis auf § 84 Abs 1 Satz 2 AktG) und Rz 36.

<sup>15</sup>) In *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG, § 84 Rz 14.

<sup>16</sup>) § 23 Abs 4 und 5 BWG (Genussscheininhaber gem § 9 Abs 7 BFG).

<sup>17</sup>) In *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup>, § 112 Rz 6.

<sup>18</sup>) Siehe (auch mit Ausführungen zum DSGVO alt) OGH 25.2.1992, 4 Ob 114/91, SZ 65/23 = ÖBA 1992, 829 mit Anm *Jabornegg*.

<sup>19</sup>) So die beiden in FN 5 zitierten Kommentare. Es gibt aber keinen allgemeinen (= generellen) Grundsatz, dass Geheimnisschutz gegenüber Personen, die ihrerseits der Verschwiegenheit unterliegen, aufgehoben wäre. Vgl VwSlg 6147 F/1986 = AnwBl 1987, 91 mit Anm *Arnold*; VwSlg 6780 F/1983; *Wieser* in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 20/3 Rz 39.

<sup>20</sup>) Anders als die Aktionäre in der Hauptversammlung können die GmbH-Gesellschafter in der Generalversammlung die Entscheidung (zB über eine Kreditgewährung) an sich ziehen.

<sup>21</sup>) Siehe – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – zB *Kubis*, MünchKomm<sup>2</sup>, § 131 dAktG Rn 96; *Hüffer*, AktG<sup>7</sup>, § 131 Rn 23 jeweils mwN.

<sup>22</sup>) *Hüffer*, AktG<sup>7</sup>, § 131 Rn 23 unter Hinweis auf BGHZ 36, 121, 131. Seine Ausführungen lassen eine Aussage vermissen, welche der beiden Bestimmungen nun für seine Beurteilung vorrangig ist (siehe im Übrigen FN 41).

<sup>23</sup>) Während es im öAktG hinsichtlich der Vorstandsmitglieder lediglich heißt, dass sie über vertrauliche Angaben Stillschweigen zu bewahren haben, geht die deutsche Regelung insoweit weiter, als sie auch Geheimnisse „namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die den Vorstandsmitgliedern durch ihre Tätigkeit im Vorstand bekannt geworden sind“, anführt.

<sup>24</sup>) § 131 Rn 255 (siehe auch im Text unter II.1.3.).

<sup>25</sup>) Zur Ableitung einer Verweigerungspflicht aus der Stammfassung des § 112 Abs 3 Satz 1 AktG durch *Kastner* siehe im Text unter II.1.1.

ins Treffen. Die zitierte Wortfolge ist aber Teil einer Anordnung des Gesetzgebers, die nach wie vor mit den Worten beginnt: „Sie darf nur insoweit verweigert werden, als ...“, die also ein rechtliches Dürfen und nicht ein rechtliches Müssen zum Inhalt hat.

4. Die dem Verweigerungsrecht des § 112 Abs 3 Satz 1 AktG beigefügte Wortfolge „nur insoweit“ leitet keine taxative Aufzählung<sup>26)</sup> von Verweigerungsgründen (iSv „nur dann“) ein, sondern beschränkt das Verweigerungsrecht auf jenen Teil der begehrten Auskunft, der vom Verweigerungsgrund umfasst ist. Dieses Ergebnis einer Trennung hinsichtlich des Umfangs der Auskunft (im Rahmen des Möglichen) gilt mutatis mutandis auch hinsichtlich einer allfälligen Verweigerungspflicht.

5. Ganz allgemein ist jedenfalls zu sagen, dass *in allen Fällen*, in denen die AG und/oder ihre Vorstandsmitglieder (unter Beachtung der *gesamten Rechtsordnung*<sup>27)</sup>) zur *Verschwiegenheit* gesetzlich oder durch behördliche Anordnung *verpflichtet* sind, diese Verschwiegenheitspflicht nicht etwa durch ein Auskunftsrecht des Aktionärs durchbrochen ist, sondern auch den Aktionären gegenüber zu beachten ist. Dieses Ergebnis erscheint so selbstverständlich, dass sich eine diesbezügliche Aussage in den – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – durchgesehenen Textstellen (als Beispiel seien die tief schürfenden Ausführungen von Roth, Geheimnisschutz im Gesellschaftsrecht<sup>28)</sup>, angeführt) nirgends findet.

Untermauert werden kann dieses Ergebnis noch durch den Hinweis auf § 121 Abs 3 Satz 2 AktG, der in bestimmten Fällen die Aufnahme vertraulicher Mitteilungen etc in den Bericht des Sonderprüfers untersagt, bei deren Umschreibung aber nicht nur eine parallele Textierung<sup>29)</sup> zum § 112 Abs 3 Satz 1 AktG vornimmt, sondern *zusätzlich* auch die „*Geheimhaltungspflicht*“ erwähnt. Besteht in sinngemäßer Anwendung eben dieser (auch „*Geheimhaltungspflichten*“ umfassenden) Gesetzesbestimmung ein Geheimhaltungsinteresse, so hat der Verschmelzungsprüfer nach § 220b Abs 5 AktG „auch eine darauf Bedacht nehmende Fassung“ seines Prüfungsberichts „vorzulegen, die zur Einsicht der Aktionäre bestimmt ist (§ 221 Abs 2 Z 5)“.

### III. Pflicht zur Verweigerung der Auskunft – Einzelfälle

Die aufgezeigte „Selbstverständlichkeit“ einer gegebenenfalls vorliegenden *Verpflichtung* des Vorstandes zur *Auskunftsverweigerung* gegenüber den Aktionären soll nachstehend anhand von ausgewählten Beispielen<sup>30)</sup> erläutert werden (wobei jedes Beispiel für eine Gruppe gleichartiger Fälle steht).

1. Verbieta das *Gericht* in einem Einzelfall<sup>31)</sup> eine Auskunftserteilung, so etwa das Strafgericht nach § 145a Abs 4 letzter Satz StPO alt<sup>32)</sup> dem Kredit- oder Finanzinstitut durch das beschlussmäßig auferlegte Gebot<sup>33)</sup> „alle mit der gerichtlichen Anordnung verbundenen Tatsachen und Vorgänge gegenüber Kunden und Dritten vorläufig

geheim zu halten“, so besteht die Geheimhaltungspflicht auch gegenüber Aktionären des Kredit- oder Finanzinstituts. Diese sind iSd zitierten Gesetzesstelle „Dritte“.

2. Besteht ein generelles *gesetzliches Verbot* einer Auskunftserteilung, so etwa nach Maßgabe des *Datenschutzgesetzes* (für die AG und damit auch für ihren Vorstand) personenbezogene, insb sensible Daten<sup>34)</sup> zu „übermitteln“<sup>35)</sup> (§ 7 Abs 2 DSG 2000), so besteht dieses Verbot auch gegenüber einem in der Hauptversammlung einschlägig anfragenden Aktionär.

3. Hat die AG ein gesetzliches *Berufsgeheimnis* zu wahren (die AG ist zB eine zulässige Gesellschaftsform nach § 66 Z 4 WTBG und auch der Bilanzbuchhalterberuf darf nach § 7 BibuG durch eine AG ausgeübt werden), so gelten die gesetzlichen Verschwiegenheitspflichten (§ 91 WTBG bzw § 76 BibuG) nach dem jeweiligen Abs 5 sinngemäß auch für Gesellschafter und „Aufsichtsräte“ (recte „Aufsichtsratsmitglieder“). In *meinem* Beitrag „Das Berufsgeheimnis der freien Berufe“<sup>36)</sup> befasste ich mich mit diesem Problem und führe als Beispiel § 28 der Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs (RL-BA 1977) an, der in seinem zweiten Halbsatz bestimmt, dass der Rechtsanwalt<sup>37)</sup> berufs fremden Gesellschaftern (§ 21c RAO) nur solche Einsichts- und Kon-

<sup>26)</sup> AA Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht<sup>3</sup>, 851, der den Katalog des § 131 Abs 3 dAktG nur durch „Mißbrauch des Informationsrechts“ erweitert.

<sup>27)</sup> Dass die Entscheidung des Vorstandes nach Satz 2 „gemäß den Vorschriften dieses Bundesgesetzes“ zu erfolgen hat bedeutet nicht die Unbeachtlichkeit des sonstigen gesatzten Rechts.

<sup>28)</sup> In Ruppe (Hrsg), Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben, 69 ff, zur AG und zum Aktionär unter I.4.a (73 ff).

<sup>29)</sup> Die Parallelität wurde jüngst durch Art III Z 4 (vgl FN 4) und Z 5 HaRÄG unterstrichen.

<sup>30)</sup> Unterstellt wird hier jeweils, dass es sich um eine Angelegenheit der Gesellschaft handelt, „die mit dem Gegenstand der Verhandlung im Zusammenhang steht“, die Anfrage des Aktionärs also formal betrachtet zulässig ist.

<sup>31)</sup> Einstweilige Verfügungen des OGH (gegen den ORF) zur Sicherung der Wahrung des Datenschutzes (gegenüber dem Rechnungshof) siehe OGH 21.1.2004, 9 ObA 73/03f und 9 ObA 77/03v.

<sup>32)</sup> § 116 Abs 5 letzter Satz StPO neu (das Wort „vorläufig“ entfällt).

<sup>33)</sup> Ein gesetzliches Gebot, das keiner konkretisierenden behördlichen Verfügung bedarf, gilt nach § 41 Abs 4 Satz 1 BWG: „Die Kredit- und Finanzinstitute haben alle Vorgänge, die der Wahrnehmung der Abs 1 bis 3 [des § 41 BWG betreffend zB Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung] dienen, gegenüber Kunden und Dritten geheim zu halten“. Ähnlich § 18 Abs 3 Satz 2 SMG.

<sup>34)</sup> Siehe auch § 285 Satz 1 Nr 9 lit a (iVm Abs 5) dHGB idF dVorstandsvergütungsoffenlegungsg (2005) betreffend börsennotierte Aktiengesellschaften.

<sup>35)</sup> Vgl Duschanek in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, § 1 DSG, insb Rz 32 bis 34.

<sup>36)</sup> In Ruppe (Hrsg), Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben, 225 (260); die aus dem Jahr 1979 stammenden Ausführungen sind zB insoweit zu aktualisieren als der Gesetzgeber zwischenzeitig für die Gesellschafter von Wirtschaftstreuhandgesellschaften eine gesetzliche Verschwiegenheitspflicht festgelegt hat.

<sup>37)</sup> Arg e cont aus § 1a Z 1 RAO ist die Ausübung der Rechtsanwaltschaft in der Rechtsform einer AG unzulässig.

trollrechte zugestehen darf, die ihn an der Erfüllung seiner Berufspflichten, vor allem der Verschwiegenheitspflicht nicht beeinträchtigen.

Das Bankgeheimnis wurde bereits unter II.2. erörtert. Seine Verletzung ist nach Maßgabe des § 101 BWG gerichtlich strafbar.<sup>38)</sup>

4. Die Verletzung bestimmter (fremder) Berufs- bzw. Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse kann die *Privatanklagedelikte* nach den §§ 121 bzw 122 StGB verwirklichen. So kann eine AG zB eine Krankenanstalt bzw nach hA<sup>39)</sup> durchaus gerichtlicher Sachverständiger sein, was im Fall der Geheimnisverletzung die verantwortlichen natürlichen Personen nach § 121 Abs 1 bzw 3 und 4 StGB und die AG selbst nach VbVG sowie mit Schadenersatzansprüchen und uU dem weiteren „Nachteil“<sup>40)</sup> des Verlustes der Vertrauenswürdigkeit (vgl sinngemäß § 2 Abs 2 Z 1 lit e SDG) bedroht.

5. Ist gesetzlich eine *Verschwiegenheitspflicht* des Vorstandes gegenüber dem Aufsichtsrat angeordnet, so gilt diese – im Wege des *Größenschlusses* – umso mehr gegenüber dem in der Hauptversammlung anfragenden Aktionär.

So bestimmt zB § 275 UGB zur Verschwiegenheitspflicht des Abschlussprüfers, dass diese, wenn eine Prüfungsgesellschaft Abschlussprüfer ist, auch dem Aufsichtsrat der Prüfungsgesellschaft und dessen Mitgliedern gegenüber besteht.<sup>41)</sup> Es ist nicht einmal gesagt, dass alle berufsangehörigen Mitgesellschafter der Abschlussprüfer-Gesellschaft mit der konkreten Abschlussprüfung befasst sind (vgl sinngemäß die Judikatur<sup>42)</sup> zum internen Bankgeheimnis).

Dieses Argument gilt (im Beispielsfall) zusätzlich zum bisher zum Berufsgeheimnis Gesagten.

§ 275 UGB – die in seiner Überschrift genannte „*Verantwortlichkeit*“ erfasst auch die im Abs 1 geregelte Verschwiegenheitspflicht – gilt sinngemäß zur Gänze für Sonderprüfer (§ 120 AktG), Verschmelzungsprüfer (§ 220b AktG), Spaltungsprüfer (§ 5 SpaltG) und Prüfer nach § 7 SEG bei Sitzverlegung sowie im hier maßgeblichen Bereich für Gründungsprüfer (§ 42 AktG), ferner nach § 21 Abs 2 Satz 2 PSG (lediglich mit einer Ausnahme gegenüber „*anderen Stiftungsorganen und gegenüber der in der Stiftungserklärung mit Prüfungsaufgaben betrauten Personen*“).

6. Die Untersuchung der Beachtlichkeit *vertraglicher Verschwiegenheitsverpflichtungen* würde den Rahmen des vorliegenden Artikels sprengen.<sup>43)</sup>

7. Ist die AG ein *beliehenes Unternehmen* – unter näheren Voraussetzungen kann jeder privatrechtsförmige Rechtsträger „beliehen“ werden<sup>44)</sup>, also auch eine AG (vgl zB<sup>45)</sup> die Wiener Börse AG<sup>46)</sup>) – so ist keineswegs gesagt, dass zB der Bund oder ein Land Aktionär oder gar Alleinaktionär sein muss. Soweit die (beliehene) AG mit Verwaltungsaufgaben betraut ist und ihre (Verwaltungs-) Organe zur *Amtsverschwiegenheit* (Art 20 Abs 3 B-VG) verpflichtet sind, besteht diese Verschwiegenheitspflicht auch gegenüber den Aktionären.<sup>47)</sup>

Die Sanktionen für eine allfällige Verletzung der hier bspw aufgezeigten Pflichten werden sich idR primär im jeweiligen Materienbereich finden.

#### IV. Sonstiges

1. Vorstehende Ausführungen gelten jedenfalls dort *sinngemäß*, wo (der gesamte<sup>48)</sup>) § 112 AktG sinngemäß gilt, zB nach § 50 Abs 1 VAG beim Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit hinsichtlich der Mitglieder des obersten Organs, bzw sinngemäß anzuwenden ist, nämlich zB nach § 9 Abs 7 letzter Satz BFG für Genusscheininhaber. Hat das Versicherungsunternehmen Zusatzkapital ausgegeben, so können die Inhaber von Partizipationsscheinen nach § 73c Abs 8 VAG Auskünfte „im Sinn des § 112 AktG“ begehren.<sup>49)</sup>

(Nur) § 112 Abs 3 Satz 1 AktG ist nach § 220a letzter Satz, § 220c erster Satz und § 221a Abs 6 letzter Satz AktG (betreffend Verschmelzung), nach § 8 SEG, nach § 4 Abs 1 bzw § 6 Abs 1 SpaltG, nach § 2 Abs 3 Z 5 und 6 UmwG sowie (mehrfach) nach § 3 Z 5 und 6 GesAusG sinngemäß anwendbar. § 221a Abs 6 AktG billigt dem Aktionär unmittelbar (bei Verschmelzungen) oder mittelbar (bei der Spaltung gem § 17 SpaltG bzw bei der Umwandlung gem § 2 Abs 3 UmwG) objektsbezogen erweiterte

<sup>38)</sup> Soweit sich der Vorstand durch die Erteilung „der Auskunft strafbar machen würde“, „darf“ nach § 131 Abs 3 Nr 5 dAktG der Vorstand die Auskunft verweigern.

<sup>39)</sup> *Rechberger in Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen<sup>2</sup> III, Vor §§ 351 ff ZPO Rz 7.

<sup>40)</sup> Eine Verletzung dieser (oder sonstiger hier aufgezählter) Pflichten ist keineswegs zwingend geeignet, dem Unternehmen jedenfalls einen „erheblichen“ Nachteil zuzufügen. Die Verweigerungspflicht ist daher mE gegebenenfalls auch unabhängig von den Kriterien des § 112 Abs 3 Satz 1 AktG zu sehen.

<sup>41)</sup> *Lechner* (in *Straube*, HGB<sup>2</sup>, § 275 Rz 7) führt (nur) den Fall der „an der Prüfungsgesellschaft beteiligten beruhsfremden Gesellschafter“ an, „etwa wenn sie gesellschaftsrechtliche Informationsrechte geltend machen wollen (vgl *Grünwald*, WBl 1990, 155 ff)“.

<sup>42)</sup> Siehe in FN 18.

<sup>43)</sup> Nicht nur der Emittent von Finanzinstrumenten, sondern auch die für seine Rechnung handelnden Personen können eine AG sein. Zu Insiderinformationen und Ad-hoc-Mitteilungen siehe § 92 BörseG iVm § 48d (hier insb Abs 3 Satz 2) BörseG.

<sup>44)</sup> VfGH, VfSlg 14.473/1996.

<sup>45)</sup> Siehe auch die Oesterreichische Nationalbank als beliehenes Unternehmen. Die OeNB ist eine AG (§ 2 Abs 1 Satz 1 NBG und § 1 letzter Satz NBG). Zur Verpflichtung der Organe der OeNB, das Bankgeheimnis als Amtsgeheimnis zu wahren, siehe § 38 Abs 1 Satz 2 BWG.

<sup>46)</sup> In VfSlg 16.048/2002 verweist der VfGH auf § 2 Abs 1 BörseG 1989; zur hier zwingend vorgeschriebenen Rechtsform einer AG siehe § 3 Abs 1 Z 1 BörseG 1989.

<sup>47)</sup> Das Spannungsverhältnis gem Art 20 Abs 3 letzter Satz B-VG (die Amtsverschwiegenheit besteht für die von einem allgemeinen Vertretungskörper bestellten Funktionäre nicht gegenüber diesem Vertretungskörper, wenn er derartige Auskünfte ausdrücklich verlangt) und Fragen einer allfälligen Entbindung von der Amtsverschwiegenheit können hier nicht untersucht werden.

<sup>48)</sup> Fälle der Geltung lediglich des ersten Satzes siehe anschließend im Text.

<sup>49)</sup> Siehe auch § 23 Abs 5 BWG und § 29 Abs 2 PKG.

Auskunftsrechte – bezüglich aller (für die Verschmelzung) wesentlichen Angelegenheiten der anderen beteiligten Gesellschaften – zu.<sup>50)</sup> Diese Regelung zu Lasten dritter Gesellschaften einerseits bzw der Umstand, dass es – in anderen Fällen – bei schriftlichen<sup>51)</sup> Unterlagen nicht die Spontansituation der Hauptversammlung gibt, andererseits, bzw hinsichtlich des GesAusG das Faktum, dass der Aufsichtsrat in gewisser Hinsicht vom Hauptgesellschafter abhängig sein wird, mag Grund für die Entscheidung des Gesetzgebers gewesen sein, in den aufgezeigten Fällen auf die sinngemäße Anwendbarkeit (auch) der Sätze 2 und 3 des § 112 Abs 3 AktG zu verzichten.

Vorstehend angeführte Grundsätze werden dadurch nicht beeinträchtigt. Die relevanten Materien legen aber uU einen (gegenüber den allgemeinen Grundsätzen) differierten Maßstab hinsichtlich des Auskunftsverweigerungsrechtes nahe.

2. Die *gerichtliche Zwangsstrafenregelung* des § 258 Abs 1 AktG<sup>52)</sup> ermöglicht es, Vorstandsmitglieder „zur Befolgung“ ua auch des „§ 112 Abs 3“ AktG – gemeint der Auskunftspflicht des § 112 Abs 2 AktG im durch Abs 3 abgesteckten Rahmen – „durch Zwangsstrafen bis zu 3.600 Euro“ anzuhalten. Eine (behauptete) Pflicht zur Auskunftsverweigerung wird für die Entscheidung des Gerichts dann aktuell sein, wenn entweder die Sätze 2 und 3 des § 112 Abs 3 AktG nicht gelten oder der Aufsichtsrat das Verlangen nach Auskunft (iSd Satzes 3) „unterstützt“ hat.

*Verfassungsrechtliche Fragen* können in diesem Zusammenhang für das Gericht angesichts des allgemeinen Gebots einer verfassungskonformen Interpretation und für ein Gericht zweiter Instanz sowie für den OGH im Hinblick auf Art 140 Abs 1 B-VG von Bedeutung sein. Der verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums umfasst nach deutscher Ansicht<sup>53)</sup> auch das Recht des Aktionärs, Informationen über die AG zu erhalten. In den vom BVerfG bislang behandelten Fällen (siehe vorstehende FN) wurden die jeweils bekämpften gesetzlichen Auskunftsverweigerungsrechte (nach § 131 Abs 3 dAktG) allerdings als zulässige Eigentumsbeschränkungen<sup>54)</sup> angesehen.

3. Das *Gleichbehandlungsgebot* (§ 47a AktG) verpflichtet bspw den Vorstand, der in der Hauptversammlung eine Auskunft verweigert hat, es zu unterlassen, einzelnen Aktionären die angefragte Auskunft dann außerhalb der Hauptversammlung zu erteilen.<sup>55)</sup>

4. Derjenige, der als Gründer oder Zeichner oder in Ausübung eines Bezugsrechtes eine Aktie *für Rechnung der Gesellschaft* oder eines Tochterunternehmens übernommen hat, wird zwar Aktionär,<sup>56)</sup> aber erst wenn er die Aktie auf eigene Rechnung übernommen hat, stehen ihm Rechte<sup>57)</sup> aus der Aktie zu (§ 51 Abs 3 AktG). Der Vorstand darf ihm daher (sofern dieser Aktionär überhaupt Zutritt erlangt haben sollte) auf Anfrage in der Hauptversammlung keine Auskunft<sup>58)</sup> erteilen.

5. *Wertpapierdienstleistungsunternehmer* – diese müssen gem § 20 Abs 1 Z 1 WAG grundsätzlich in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder einer Genos-

senschaft geführt werden – sind gem § 21a Abs 1 WAG zur Verschwiegenheit über Geheimnisse, welche sie ausschließlich aus Wertpapiergeschäften ihrer Kunden, die sie im Auftrag ihrer Kunden vermitteln oder im Rahmen ihrer Vollmacht für diese ausführen, erfahren haben, verpflichtet, sofern dieser Verschwiegenheitspflicht keine gesetzliche Auskunftspflicht<sup>59)</sup> entgegensteht.<sup>60)</sup> Eine teleologische Interpretation dieser Gesetzesstelle ergibt, dass die aus dem „Auskunftsrecht des Aktionärs“ nach § 112 AktG erfließende Auskunftspflicht des Vorstandes keine „gesetzliche Auskunftspflicht“ im Begriffsverständnis des § 21a Abs 1 Satz 1 WAG darstellt.

6. Eine *allfällige Richtlinienbestimmung*<sup>61)</sup> „Fragerecht und Antwortpflicht bestehen vorbehaltlich etwaiger Maßnahmen, die die Mitgliedstaaten ergreifen gestatten, um ... den Schutz der Vertraulichkeit der Vertraulichkeit und der Geschäftsinteressen der Gesellschaften zu gewährleisten“ brächte keine Änderung der vorstehenden Ergebnisse und einschlägig auch keinen Handlungsbedarf des österreichischen Gesetzgebers mit sich. Der Begriff „*Schutz der Vertraulichkeit*“ ist umfassend und deckt auch die besprochenen gesetzlichen Verbote ab; er steht gleichberechtigt neben dem Begriff „*Geschäftsinteressen der Gesellschaften*“ und ist mE nicht auf die jeweilige Aktiengesellschaft, deren Aktionär der Fragesteller ist, beschränkt.

<sup>50)</sup> Dazu siehe insb *Kalss*, Das neue österreichische Verschmelzungsrecht nach dem Ministerialentwurf, GesRZ 1995, 247; *Kalss*, Handkommentar zur Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 220a AktG Rz 11 (§ 220c AktG Rz 10; § 4 SpaltG Rz 7); § 221a AktG Rz 17; *Szep in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup>, § 220a Rz 9 und § 221a Rz 16 spricht von einer „Erweiterung“ der Auskunftspflicht (im Hinblick auf Informationen über andere Gesellschaften) und davon, dass „der Hinweis auf Satz 1 das Auskunftsrecht begrenzt“.

<sup>51)</sup> Siehe *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 221a AktG Rz 17: „Da für das Auskunftsrecht die allgemeinen Bestimmungen gemäß § 112 gelten ...“, bzw § 220a AktG Rz 11: „sieht das Gesetz Einschränkungen im Sinn von § 112 Abs 3 vor“.

<sup>52)</sup> In Deutschland siehe das Verfahren auf Auskunftserteilung nach § 132d AktG.

<sup>53)</sup> So BVerfG 1 BvR 636/95 vom 20.9.1999, Absatz Nr 17 und 1 BvR 168/93 vom 20.9.1999, Absatz Nr 19 zu Art 14 Abs 1 Satz 1 GG. Ob es sich beim Auskunftsrecht des Aktionärs um ein „vermögenswertes Privatrecht“ handelt, könnte angesichts der Judikatur des VfGH zu Art 5 StGG (Art 1 des 1. ZPMRK) strittig sein.

<sup>54)</sup> VfGH-Judikatur zu zulässigen Eigentumsbeschränkungen siehe zB VfSlg 12.227/1989 mwN.

<sup>55)</sup> Die Auskunft wird der Hauptversammlung, mithin allen Aktionären (und nicht nur dem anfragenden Aktionär) gegeben (vgl OGH 17.10.2006, 4 Ob 101/06s, GesRZ 2007, 48). Sie wird daher auch gegebenenfalls allen Aktionären verweigert.

<sup>56)</sup> *Sauer in Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG, § 51 Rz 45.

<sup>57)</sup> Ein bloßes Ruhen des Stimmrechts allein schaden nicht. Vgl *S. Schmidt in Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG, § 12 Rz 33 und 34 und § 112 Rz 9.

<sup>58)</sup> Eine Verletzung dieser „Pflicht“ wird idR sanktionslos sein.

<sup>59)</sup> Die gesetzliche Auskunftspflicht gegenüber den Abgabenbehörden (§ 143 BAO) ist nach Maßgabe des § 21a Abs 3 WAG eingeschränkt.

<sup>60)</sup> Oder der Kunde der Offenbarung des Geheimnisses zustimmt.

<sup>61)</sup> Zitat nach Art 9 Abs 2 Satz 1 des Entwurfs idF, wie er dem Beitrag von *Bachner/Dokalik* in diesem Heft, Seite 104, zugrunde liegt.