

Benjamin Weber\*

## Konzernrechtliche Grenzen des Informationsflusses im aktienrechtlichen Konzern

### Abstract

„Wissen ist Macht“.<sup>1</sup> Dieses von *Thomas Hobbes* geprägte Sprichwort gilt auch innerhalb eines Konzerns. Denn das Wissen über den Zustand der einzelnen Untergesellschaften schafft eine Konzernleitungsmacht, die nötig ist, um den Konzern gut zu leiten. Das deutsche Konzernrecht beschränkt jedoch die Einflussnahme „von oben“ auf abhängige Gesellschaften. Dadurch könnte der Informationsfluss im Konzern, besonders im faktischen Konzern, gefährdet sein. Der Beitrag zeigt, dass auch im faktischen Konzern die Informationsweitergabe im Rahmen von § 311 Abs. 1 AktG zulässig ist und durch die Treuepflicht des herrschenden Unternehmens ein Schutz gegen Missbrauch der erlangten Informationen sichergestellt wird.

---

\* Der Beitrag beruht auf einer Seminararbeit, die der Verfasser im Rahmen des Studiums der Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg angefertigt hat.

<sup>1</sup> *Hobbes*, *Leviathan*, Erster und zweiter Teil, Reclam 2019, S. 81; gewöhnlich wird dieses Sprichwort *Francis Bacon* (bei dem *Thomas Hobbes* eine Zeit lang Sekretär war) zugeschrieben; ein nicht ganz wortidentischer Ausspruch findet sich bei *Bacon* in *Meditationes Sacrae* (1597); auch in der Bibel findet sich ein ähnlicher Satz (Sprüche 24, 5).

## A. Einleitung

Das moderne Wirtschaftsleben ist geprägt von vielschichtigen und großen Konzernen. So verfügt beispielsweise die *ThyssenKrupp AG* über 373 Unternehmen, die in ihren Konzernabschluss einbezogen sind.<sup>2</sup> Um einen solchen Konzern sinnvoll führen zu können, bedarf es eines stetigen Informationsaustauschs. Die engen Verflechtungen, aber auch die hohen Compliance-Anforderungen, machen daher einen Informationsaustausch zwischen den Einzelunternehmen unabdingbar. Die rechtliche Zulässigkeit dieser Informationsweitergabe in einem Aktienkonzern richtet sich nach dem Konzernrecht, das sich besonders in den §§ 15 ff. und §§ 291 ff. AktG findet.

Dieser Beitrag nimmt zunächst einleitend die zugrundeliegende Problematik des Konzernrechts und die verschiedenen Abstufungen konzernrechtlicher Einflussnahme in den Blick (dazu **B.**). Im Zentrum dieses Beitrags steht die Beurteilung der Frage, inwieweit im faktischen Konzern Informationen weitergegeben werden dürfen (dazu **C.**). Zum Schluss findet sich noch eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (dazu **D.**)

## B. Die konzernrechtliche Ausgangslage

### I. Der „Konzernkonflikt“

Das Konzernrecht dient besonders dem Schutz der abhängigen Gesellschaft vor einer gesellschaftsrechtlich vermittelten Einflussnahme, die das Unternehmen schädigen kann.<sup>3</sup> Anknüpfung für das Konzernrecht ist daher grundsätzlich die Abhängigkeit einer Gesellschaft von einer anderen.<sup>4</sup> Dies bedeutet nach § 17 AktG, dass das herrschende Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen herrschenden Einfluss auf das abhängige Unternehmen ausübt. Hieraus erwächst der sogenannte Konzernkonflikt<sup>5</sup>: Ein herrschendes Unternehmen kann zu seinen Gunsten Einfluss auf das abhängige Unternehmen ausüben und dessen Interessen zurückdrängen oder sogar das Vermögen der Gesellschaft

---

<sup>2</sup> Vgl. *ThyssenKrupp AG*, Anteilsbesitz zum 30.9.2020, abrufbar unter: [https://ucpcdn.thyssenkrupp.com/\\_binary/UCPthyssenkruppAG/de/investoren/praesentationen-und-veranstaltungen/capital-market-days/berichterstattung-und-publikationen-kopie/link-D01-Anteilsbesitzliste-Konzern---313-HGB-\\_17\\_11\\_2020\\_de\\_final.pdf](https://ucpcdn.thyssenkrupp.com/_binary/UCPthyssenkruppAG/de/investoren/praesentationen-und-veranstaltungen/capital-market-days/berichterstattung-und-publikationen-kopie/link-D01-Anteilsbesitzliste-Konzern---313-HGB-_17_11_2020_de_final.pdf) (zuletzt abgerufen am 11.7.2021).

<sup>3</sup> *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 9. Aufl. 2019, § 15 Rn. 6; *Hirschmann*, in: *Hölter*, 3. Aufl. 2017, § 15 Rn. 3.

<sup>4</sup> So bspw. in §§ 291 Abs. 2, 308 Abs. 1 S. 1, 311 Abs. 1 AktG.

<sup>5</sup> Zur historischen Entwicklung des Konzernkonflikts bzw. der Konzerngefahr vgl. *Altmeppen*, in: *Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel II*, 2007, Kap. 23 Rn. 10 ff.

schädigen.<sup>6</sup> Davor wird nicht nur die abhängige Gesellschaft geschützt, sondern auch deren Gläubiger und deren Minderheitsgesellschafter, da diese ein besonderes Interesse an dem ungeschmälernten Erfolg des abhängigen Unternehmens haben.<sup>7</sup> Derartige negative Einflussnahmen will das Konzernrecht verhindern und stellt dazu Grenzen auf, die sich je nach Grad der Konzernierung unterscheiden.<sup>8</sup>

Zugleich ermöglicht das Konzernrecht dem herrschenden Unternehmen, Einfluss im Rahmen der gesetzten Grenzen auf das abhängige Unternehmen auszuüben. Nur so ist es erst möglich, dass Konzerne gebildet werden können und diese nicht aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Strukturen ineffektiv werden.<sup>9</sup> Das Konzernrecht besitzt neben der Schutzfunktion also auch eine Ermöglichungsfunktion.<sup>10</sup> Damit ist das zugrundeliegende Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz vor Schäden einerseits und der Ermöglichung von Einflussnahme andererseits aufgezeigt, wofür das Konzernrecht eine angemessene Regelung finden muss.

## II. Möglichkeiten der Einflussnahme im Konzern

Die Frage nach den Grenzen der Informationsweitergabe im Konzern ist im Kern eine Frage nach den Grenzen der konzernrechtlichen Einflussnahme. Denn nur wenn die konzernrechtlichen Grenzen eingehalten werden, darf sich der Vorstand der abhängigen Gesellschaft beispielsweise einer Anfrage zur Weiterleitung sensibler Informationen öffnen, die grundsätzlich eine nachteilige Einflussnahme darstellt.<sup>11</sup> Die Grenzen der Einflussnahme der

---

<sup>6</sup> *Altmeyden* (Fn. 5), Kap. 23 Rn. 52 f.; *Schall*, in: BeckOGK-AktG, Stand: 1.6.2021, § 15 Rn. 31 f.

<sup>7</sup> *Grigoleit*, in: Grigoleit, Aktiengesetz, 2013, § 15 Rn. 4 f.; *Koch*, in: Hüffer/Koch, 14. Aufl. 2020, § 15 Rn. 3; *Schall*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 15 Rn. 31.

<sup>8</sup> *Fett*, in: Bürgers/Körber, 3. Aufl. 2014, § 15 Rn. 2; *Franz*, in: Wachter, 3. Aufl. 2018, § 15 Rn. 3; *Grigoleit*, in: Grigoleit (Fn. 7), § 15 Rn. 4.

<sup>9</sup> *Schall*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 15 Rn. 33; dies wird besonders deutlich an dem Weisungsrecht, das § 308 Abs. 1 AktG gewährt, was nach § 308 Abs. 2 AktG die Weisungsfreiheit (§ 76 Abs. 1 AktG) in dieser Hinsicht stark beschränkt.

<sup>10</sup> *Leuering/Goertz*, in: Hölterers (Fn. 3), § 311 Rn. 2 ff.; *Schall*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 15 Rn. 31 ff.

<sup>11</sup> *Altmeyden*, in: MüKo-AktG, 5. Aufl. 2020, § 311 Rn. 2, 20; *Bödeker*, in: Henssler/Strohn, 5. Aufl. 2021, § 308 Rn. 17 f.; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 311 Rn. 2, 4; *Veil/Walla*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 308 Rn. 2 f.

Konzernobergesellschaft auf die Untergesellschaft bestimmen sich nach dem jeweiligen Grad der Konzernierung.<sup>12</sup>

### 1. Eingliederung und Vertragskonzern

Eingliederung und Vertragskonzern gewähren der Obergesellschaft weitreichende Befugnisse, auf die Untergesellschaft einzuwirken. Hierdurch erhält die Konzernobergesellschaft gegenüber dem Vorstand der abhängigen Aktiengesellschaft ein weitgehendes Weisungsrecht.<sup>13</sup> Damit wird der Grundsatz der weisungsfreien Leitung durch den Vorstand der jeweiligen Gesellschaft gemäß § 76 Abs. 1 AktG (partiell) durchbrochen.<sup>14</sup> Das herrschende Unternehmen kann beispielsweise im Rahmen eines Compliance-Systems durch das bestehende Weisungsrecht erreichen, dass die abhängige Gesellschaft die notwendigen Informationen an die Konzernobergesellschaft weitergibt.<sup>15</sup> Folglich ist der Informationsfluss hier unproblematisch, weil er durch das Weisungsrecht gesichert ist.<sup>16</sup>

### 2. Faktischer Konzern

Anders verhält es sich im faktischen Konzern, also bei Nichtbestehen eines Beherrschungsvertrags. Hier handelt der Vorstand – trotz Abhängigkeit der Gesellschaft – weiterhin weisungsfrei.<sup>17</sup> Dieses „Minus“ an Konzernleitungsmacht geht jedoch auch mit einer Verringerung der Haftung des herrschenden Unternehmens einher.<sup>18</sup> Es besteht also insgesamt eine geringere

---

<sup>12</sup> *Fett*, in: Bürgers/Körper (Fn. 8), § 15 Rn. 2; *Franz*, in: Wachter (Fn. 8), § 15 Rn. 3; *Grigoleit*, in: Grigoleit (Fn. 7), § 15 Rn. 4.

<sup>13</sup> §§ 308 Abs. 1, 323 Abs. 1 S. 1 AktG; vgl. *Lutter*, in: FS Goette, 2011, S. 292 ff.

<sup>14</sup> *Altmeyden*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 308 Rn. 84, 87; *Bödeker*, in: Henssler/Strohn (Fn. 11), § 308 Rn. 18; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 308 Rn. 38; § 76 Rn. 111; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 308 Rn. 20; *Leuering/Goertz*, in: Hölters (Fn. 3), § 308 Rn. 49.

<sup>15</sup> *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, 4. Aufl. 2019, § 91 Rn. 74; *Fleischer*, Corporate Compliance im aktienrechtlichen Unternehmensverbund, CCZ 2008, 1 (6); *Holle*, Legalitätskontrolle im Kapitalgesellschafts- und Konzernrecht, 2014, S. 206; *Immenga*, in: FS Schwark, 2009, 199 (204 f.); *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 76; *Lutter* (Fn. 13), S. 289 (293); *Verse*, Compliance im Konzern, ZHR 175 (2011), 401 (418).

<sup>16</sup> *Mader*, Der Informationsfluss im Unternehmensverbund, 2016, S. 361 f.

<sup>17</sup> *KG*, Beschl. v. 3.12.2002 – 1 W 363/02, AG 2003, 500 (504); *Bödeker*, in: Henssler/Strohn (Fn. 11), § 311 AktG Rn. 1; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 78; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 76, Rn. 52; *Müller*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 311 Rn. 125.

<sup>18</sup> *Elsner*, Die laufende Kontrolle der Tochtergesellschaften durch die Verwaltung der Muttergesellschaft: Eine Konkretisierung der aktienrechtlichen Grundlagen, 2004, S. 71 f.; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 8.

Verflechtung. Hierdurch ermöglicht das Konzernrecht, das neben dem Schutz der abhängigen Gesellschaft eben auch eine Privilegierungsfunktion („*enabling law*“) hat,<sup>19</sup> dem herrschenden Unternehmen die Wahl einer dezentralen Konzernierung.<sup>20</sup> Für diesen Fall bildet § 311 Abs. 1 AktG die zentrale Grenze jeglicher Einflussnahme.

### C. Grenzen des Informationsflusses im faktischen Konzern

§ 311 Abs. 1 AktG beschränkt den Einfluss des herrschenden Unternehmens im faktischen AG-Konzern und begrenzt damit die Informationsweitergabe. Diese Norm wirft im faktischen Konzern einige Unklarheiten auf. Denn in der Praxis besteht vor allem im Rahmen von Compliance-Systemen ein hohes Bedürfnis an der Weitergabe von Informationen (dazu **I.**). Die rechtliche Beurteilung dieser Informationsweitergabe stellt sich hier als der Dreh- und Angelpunkt dar (dazu **II.**).

#### I. Notwendigkeit der Informationsweitergabe

Wie bereits zu Beginn mit dem Beispiel der *ThyssenKrupp AG* angedeutet,<sup>21</sup> ist der Informationsfluss in Konzernen überlebensnotwendig für die gesamte Unternehmung. Nicht nur bei der Rechnungslegung, sondern auch für die Überwachung und Koordinierung des Tagesgeschäfts spielt der Fluss von Informationen eine Schlüsselrolle.<sup>22</sup>

Daneben gilt im Konzern auch die Pflicht zur Compliance, aus der sich weitgehende Informationsbedürfnisse ergeben. Compliance, zu Deutsch „Rechtstreue“<sup>23</sup>, ist der Oberbegriff einer trivialen Erkenntnis: Unternehmen

---

<sup>19</sup> Hierzu schon unter **B.**

<sup>20</sup> *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 1 ff.; *Hijffer*, Unternehmenszusammenschlüsse: Bewertungsfragen, Anfechtungsprobleme und Integrationsschranken, ZHR 172 (2008), 572 (589); zur Privilegierungsfunktion *BVerfG*, NZG 2011, 1379 (1380); *BGH*, NJW 2009, 850 (852), *MPS*; *Mülbert*, Unternehmensbegriff und Konzernorganisationsrecht, ZHR 163 (1999), 1 (22); *Habersack/Schürnbrand*, Cash Management und Sicherheitenbestellung bei AG und GmbH im Lichte des richterrechtlichen Verbots der Kreditvergabe an Gesellschafter, NZG 2004, 689 (692).

<sup>21</sup> Siehe unter **A.**

<sup>22</sup> Eingehend *Mader* (Fn. 16), S. 8 ff.

<sup>23</sup> Wörtlich übersetzt zunächst nur „Einhaltung“, „Befolgung“, „Übereinstimmung“, aber als juristischer *terminus technicus* bezogen auf die Einhaltung der Normen, *Groh*, „Compliance“, in: Creifelds Rechtswörterbuch, 23. Aufl. 2019; *Grützner/Jakob*, „Corporate Compliance“, in: Grützner/Jakob, Compliance von A-Z, 2. Aufl. 2015; *Theussinger/Jung*, in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, § 24 Rn. 3.

müssen sich im Rahmen des geltenden Rechts bewegen.<sup>24</sup> Mit dem wegweisenden Urteil des *LG München I* in Sachen *Siemens* gegen *Neubürger* vom 10.12.2013<sup>25</sup> hat auch in Deutschland die Diskussion um Compliance an Fahrt aufgenommen.<sup>26</sup> Im Rahmen der Geschäftsleiterpflichten wird eine Pflicht zur Compliance üblicherweise eng mit der Legalitätskontrollpflicht verbunden oder sogar synonym verstanden. Die *Legalitätskontrollpflicht* ist als Ausfluss der Legalitätspflicht<sup>27</sup> ein eigenständiger Teil der Sorgfaltspflichten eines Geschäftsleiters.<sup>28</sup> Auch die *Legalitätspflicht* ist als Ausfluss aus §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG eine zentrale Pflicht des Vorstandes.<sup>29</sup> Während die Legalitätskontrollpflicht mittlerweile allgemein anerkannt ist, herrscht noch Uneinigkeit darüber, ob und wie weit daraus eine Pflicht zur Etablierung eines Compliance-Systems folgt.<sup>30</sup> Hierzu hat das *LG München I* zutreffend festgestellt, dass ein Vorstand eines größeren Unternehmens seine Legalitätskontrollpflicht nicht erfüllen kann, ohne ein Compliance-System einzurichten:

„Seiner Organisationspflicht genügt ein Vorstandsmitglied bei entsprechender Gefährdungslage nur dann, wenn er eine auf Schadensprävention und Risikokontrolle angelegte Compliance-Organisation einrichtet.“<sup>31</sup>

---

<sup>24</sup> So auch der Deutsche Corporate Governance Kodex (Grundsatz 5 DCGK in der Fassung v. 16.12.2019); *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance: Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, 3. Aufl. 2016, Rn. 2; *Koch*, „Compliance“, in: Schaub/Koch, Arbeitsrecht von A-Z, Beck-Rechtsberater, 24. Aufl. 2020.

<sup>25</sup> *LG München I*, NZG 2014, 345 (345).

<sup>26</sup> *Larisch/v. Hesberg*, Vorstandspflichten und Compliance-Anforderungen im eingetragenen Verein, CCZ 2017, 17 (17).

<sup>27</sup> *Verse* (Fn. 15), S. 423; vgl. *Holle* (Fn. 15), S. 45 f.; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 93 Rn. 6c.

<sup>28</sup> *Weller/Kaller/Schulz*, Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, AcP 216 (2016), 387 (416); zur Unterteilung in Sorgfaltspflichten und Treuepflichten *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 15), § 93 Rn. 12 ff., 113 ff.; vgl. *Spindler*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 93 Rn. 125; zur rechtsformübergreifenden Geltung *Fleischer*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 93 Rn. 19; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 93 Rn. 6; vgl. beispielsweise für den Verein *Larisch/v. Hesberg* (Fn. 26), S. 19.

<sup>29</sup> *BGH*, NJW 2010, 3458 (3459); *Hoffmann/Schieffer*, Pflichten des Vorstands bei der Ausgestaltung einer ordnungsgemäßen Compliance-Organisation, NZG 2017, 401 (402).

<sup>30</sup> *Goette*, Organisationspflichten in Kapitalgesellschaften zwischen Rechtspflicht und Opportunität, ZHR 175 (2011), 388 (395 ff.); *Hölters*, in: Hölters (Fn. 3), § 93 Rn. 92 m. w. N.; *Spindler*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 91 Rn. 67.

<sup>31</sup> *LG München I*, NZG 2014, 345, Leitsatz 1; das *LG München I* leitet dies noch aus der Legalitätspflicht selbst ab.

Dieses Pflichtenprogramm überträgt sich auf den Konzern: Auch wenn die Details eine Vielzahl an Fragen aufwerfen, so kann das grundsätzliche Bestehen einer Legitimitätskontrollpflicht des Geschäftsleiters auch im Konzern als weitgehend anerkannt festgehalten werden.<sup>32</sup> Die Geschäftsleiter der Konzernobergesellschaft sind also nicht nur für die Einhaltung der Rechtsnormen im eigenen Unternehmen, sondern auch in den nachgeordneten Unternehmen verantwortlich.<sup>33</sup>

Damit die Konzernobergesellschaft ihrer Legitimitätskontrollpflicht gegenüber den abhängigen Gesellschaften überhaupt nachkommen kann, ist es unerlässlich, dass Informationen zwischen der Tochter- und Muttergesellschaft ausgetauscht werden.<sup>34</sup> Das herrschende Unternehmen kann nur dann seine Compliance-Pflicht bezüglich des abhängigen Unternehmens erfüllen, wenn es umfassend über dessen Tätigkeit informiert ist. Es ist also eine Vielzahl sensibler Informationen für das herrschende Unternehmen von Interesse. Daher stellt sich die Frage, welche Grenzen das Konzernrecht einem Informationsbegehren der Konzernobergesellschaft setzt, was besonders im Rahmen von konzernweiten Compliance-Systemen virulent wird.<sup>35</sup> Was rechtlich nicht zulässig ist, kann kaum rechtlich gefordert werden.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> Grundlegend *Verse* (Fn. 15), S. 414 ff.; vgl. Grundsatz 5 DCGK; *Habersack*, Gedanken zur konzernweiten Compliance-Verantwortung des Geschäftsleiters eines herrschenden Unternehmens, in: FS Möschel, 2011, S. 1175; *Harbarth*, Anforderungen an die Compliance-Organisation in börsennotierten Unternehmen, ZHR 179 (2015), 136 (139 ff.); *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 76 Rn. 20; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, 3. Aufl. 2018, Anhang zu § 13 Rn. 1194 f.; *Seibt*, in: Schmidt/Lutter, Aktiengesetz, 3. Aufl. 2015, § 76 Rn. 28; *Weller/Kaller/Schulz* (Fn. 28), S. 414 ff.; schon *Schneider*, Die Personengesellschaft als herrschendes Unternehmen im Konzern, ZHR 143 (1979), 485 ff.

<sup>33</sup> *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 15), § 91 Rn. 70 ff.; *Schneider*, Compliance im Konzern, NZG 2009, 1321 (1325 f.).

<sup>34</sup> Vgl. nur *Bauckhage-Hoffer/Katko*, Compliance-Systeme und Datentransfer im Konzern, WM 2012, 486 (486).

<sup>35</sup> *Fleischer* (Fn. 15), S. 6; *Lutter* (Fn. 13), S. 289, 294; *Verse* (Fn. 15), S. 422; *Wirtz*, Die Aufsichtspflichten des Vorstandes nach OWiG und KonTraG, WuW 2001, 342 (349); hierin liegt keine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht aus § 93 Abs. 1 S. 3 AktG, da diese im faktischen Konzern weitgehend ausgehebelt ist, vgl. *Fleischer*, Investor Relations und informationelle Gleichbehandlung im Aktien-, Konzern- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2009, 505 (533); *Habersack/Verse*, Zum Auskunftsrecht des Aktionärs im faktischen Konzern, AG 2003, 300 (305 f.); *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 93 Rn. 31; *Link*, in: Wachter (Fn. 8), § 93 Rn. 58; eingehend *Mader* (Fn. 16), S. 420 ff.

<sup>36</sup> Statt vieler *Verse* (Fn. 15), S. 402.

## II. Konzernrechtliche Begrenzung des Informationsflusses

Die Zulässigkeit der Informationsweitergabe richtet sich im faktischen Konzern wesentlich nach § 311 Abs. 1 AktG (dazu 1.). Daneben bestehen zwar noch weitere konzernrechtliche Verpflichtungen, die zu beachten sind; diese weiteren konzernrechtlichen Schranken sind allerdings gegenüber § 311 Abs. 1 AktG kaum von Belang (dazu 2.).

### 1. Weitergabe von Informationen als unzulässige Nachteilszufügung?

Bei der Weitergabe von Informationen ist § 311 Abs. 1 AktG deshalb von besonderer Bedeutung, da sich der Tochtervorstand dem Informationsverlangen nur öffnen darf, soweit dessen Voraussetzungen vorliegen;<sup>37</sup> bei Verstoß hiergegen haftet er persönlich der Gesellschaft für den entstandenen Schaden nach § 93 Abs. 2 AktG.<sup>38</sup> Der Tatbestand des § 311 Abs. 1 AktG weist für den Informationsfluss an zwei Stellen besondere Probleme auf, nämlich einerseits bei der Beurteilung des Nachteilsbegriffs (dazu a)), andererseits bei der Frage, ob der Nachteil quantifizierbar ist (dazu b)).

#### a) Nachteil i. S. v. § 311 Abs. 1 S. 1 AktG

Die Weitergabe von Informationen an die Muttergesellschaft könnte einen Nachteil i. S. v. § 311 Abs. 1 AktG darstellen. Ein Nachteil ist nach Rechtsprechung des *BGH* jede Minderung oder konkrete Gefährdung der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft ohne Rücksicht auf Quantifizierbarkeit, soweit diese Beeinträchtigung als Abhängigkeitsfolge eintritt.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> *Altmeyden*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 311 Rn. 2, 20; *Bödeker*, in: Henssler/Strohn (Fn. 11), § 308 Rn. 17 f.; *Veil/Walla*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 308 Rn. 2 f.

<sup>38</sup> *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 78; *Pentz*, Auskunftsverlangen des Großaktionärs, in: FS Priester, 2007, S. 593 (609).

<sup>39</sup> *BGH*, NJW 1999, 1706 (1707); *BGHZ* 179, 71 (75 f.) = *BGH*, NJW 2009, 850 (851), *MPS*; *BGHZ* 190, 7 (20 f.) = *BGH*, NJW 2011, 2719 (2722), *Telekom*, *Dritter Börsengang*; *BGH*, NZG 2013, 233 (236); vgl. *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 39 m. w. N.



## aa) Das herrschende Verständnis des Nachteilsbegriffs

In der Literatur wird zum Teil angenommen, dass die Weitergabe von Informationen generell keinen<sup>40</sup> oder generell immer<sup>41</sup> einen Nachteil darstelle. Demgegenüber entspricht es der überwiegenden Auffassung, dass auch die Informationsweitergabe grundsätzlich nachteilhaft sein kann, es aber einer Einzelfallbetrachtung bedarf.<sup>42</sup> Letzteres ist durchaus nachvollziehbar, wenn man bedenkt, dass es sich bei den weitergegebenen Informationen zumeist (aber nicht immer) um sensible Daten handelt, die bei Missbrauch die Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft zu schädigen geeignet erscheinen; dieser Missbrauch wird allerdings in vielen Fällen nicht vorliegen.

## bb) Dennoch: Divergierende Nachteilsdefinitionen beim Informationsfluss

Auch wenn der überwiegende Teil der Literatur der Definition des *BGH* zustimmt,<sup>43</sup> wird diese bei der Bestimmung des Nachteilsbegriffs im Rahmen des Informationsflusses bislang nur begrenzt herangezogen.<sup>44</sup> Stattdessen findet man vielfach eigene Annäherungsversuche an den Nachteilsbegriff, die damit

---

<sup>40</sup> *Drexler*, Wissenszurechnung im Konzern, ZHR 161 (1997), 491 (513); *Menke*, Befugnis des Vorstands einer börsennotierten Aktiengesellschaft zur bevorzugten Information eines Aktionärspools, NZG 2004, 697 (699 f.); *Schneider/Burgard*, Treuepflichten im mehrstufigen Unterordnungskonzern, in: FS Ulmer, 2003, S. 579 (598); tendenziell *Fabritius*, Zu den Grenzen der Durchsetzung eines kapitalmarktrechtlich begründeten Informationsinteresses des herrschenden Unternehmens im faktischen Konzern, in: FS Huber, 2006, S. 705 (714); *Pentz* (Fn. 38), S. 610.

<sup>41</sup> *Müller*, in: Spindler/Stilz (Fn. 15), § 311 Rn. 47; vgl. *Bauckhage-Hoffer/Katko* (Fn. 34), S. 487.

<sup>42</sup> *Fleischer* (Fn. 35), S. 535; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 51a; *Hüffer* (Fn. 20), S. 589 f.; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 311 Rn. 36b; *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, 2002, S. 113 ff.; *Mader* (Fn. 16), S. 368; *Müller*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 311 Rn. 109; *Vetter*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 32), § 311 Rn. 72; *Wundenberg*, Compliance und die prinzipiengeleitete Aufsicht über Bankengruppen, 2011, S. 191 f.

<sup>43</sup> *Bödeker*, in: Henssler/Strohn (Fn. 11), § 311 Rn. 16; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 39; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 311 Rn. 24; *Krieger*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts IV, 4. Aufl. 2015, § 70 Rn. 82; *Leisering/Goertz*, in: Hölters (Fn. 3), § 311 Rn. 51; *Müller*, in: Spindler/Stilz (Fn. 15), § 311 Rn. 27; *Schatz/Schödel*, in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, Nomos Kommentar, 5. Aufl. 2020, § 311 Rn. 53; *Vetter*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 32), § 311 Rn. 40; etwas weiter fassend *Teichmann*, in: Teichmann, Compliance: Rechtliche Grundlagen für Studium und Unternehmenspraxis, 2014, § 4 Rn. 248; a. A. *Altmeyden*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 311 Rn. 157 ff.

<sup>44</sup> Verwendung der Konkretisierung bei *Dreher/Ballmaier*, Solvency II und Gruppenaufsicht, ZGR 2014, 753 (800); *Verse* (Fn. 15), S. 420.

notwendigerweise zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.<sup>45</sup> Weite Zustimmung findet die These, dass bei einer Informationsverwendung nur zur Kontrolle der Tochtergesellschaft kein Nachteil vorliege.<sup>46</sup> Dagegen liege regelmäßig ein Nachteil vor, wenn die Informationen zu eigenen Zwecken der Konzernobergesellschaft verwendet würden.<sup>47</sup> Eine subsumtionsfähige Definition des Nachteilsbegriffs ist aber im Bereich der Informationsweitergabe nicht unmittelbar ersichtlich; stattdessen wird auf eine differenzierende Einzelfallbetrachtung verwiesen, wobei hier wiederum unterschiedliche Kriterien zur Beurteilung herangezogen werden.<sup>48</sup>

### c) Beschränkung auf konkrete Gefährdungen

Die Frage der Zulässigkeit der Informationsweitergabe entscheidet sich zentral – will man einmal von gestaltenden Lösungsansätzen wie Garantieverklärungen u. Ä.<sup>49</sup> absehen – an der Definition des Nachteilsbegriffs. Unter Anlegung der Maßstäbe des *BGH* ist es möglich, den Nachteilsbegriff etwas subsumtionsfähiger zu konturieren. Der *BGH* hat im Urteil *MPS* konstatiert, dass es einer Minderung oder einer *konkreten* Gefahr bedarf, damit ein Nachteil vorliegt, woran der *BGH* auch in späteren Urteilen weiterhin festgehalten hat.<sup>50</sup>

#### (1) Einordnung in das konzernrechtliche Regelungsregime

Zunächst soll untersucht werden, wie sich die durch den *BGH* konkretisierte Nachteilsdefinition in das Regelungsgefüge des (Aktien-)Konzernrechts einfügt.

##### (a) Wortlaut und Historie

Der Wortlaut von § 311 Abs. 1 AktG ist für die Nachteilsbestimmung nicht sehr ergiebig. Aus der Ausgleichspflicht kann nicht auf die Bestimmung des Nachteilsbegriffs geschlossen werden. Die Historie könnte für eine weite Auslegung des Nachteilsbegriffs sprechen, denn diese Norm soll dem

---

<sup>45</sup> So reichen bspw. *Löbbe* (Fn. 42), S. 114 ff., auch schon potentielle Nachteile, auch wenn *Löbbe* nicht generell die Nachteiligkeit annimmt; *Grigoleit*, in: Grigoleit (Fn. 7), § 311 Rn. 27, hält schon nachteilige Einwirkungen auf den Börsenkurs für Nachteile; dagegen will die wohl überwiegende Ansicht im Einzelfall nach der jeweiligen Verwendung die Nachteiligkeit prüfen, vgl. *Mader* (Fn. 16), S. 367 f. m. w. N.

<sup>46</sup> *Löbbe* (Fn. 42), S. 114; *Mader* (Fn. 16), S. 368 m. w. N.

<sup>47</sup> *Mader* (Fn. 16), S. 368 m. w. N.

<sup>48</sup> So differenziert bspw. *Mader* (Fn. 16), S. 377 ff., 384 ff., weiter nach der Art der Information sowie der konkreten Verwendung; *Elsner* (Fn. 18), S. 73 f., dagegen knüpft an eine Überschreitung des wirtschaftlichen Ermessens an.

<sup>49</sup> Hierzu eingehend *Mader* (Fn. 16), S. 400 ff.

<sup>50</sup> BGHZ 179, 71 (75 f.) = *BGH*, NJW 2009, 850 (851), *MPS*; BGHZ 190, 7 (20 f.) = *BGH*, NJW 2011, 2719 (2722), *Telekom, Dritter Börsengang*; *BGH*, NZG 2013, 233 (236).

umfassenden Schutz der Vermögensinteressen der abhängigen Gesellschaft dienen.<sup>51</sup>

(b) Telos

§ 311 Abs. 1 AktG bezweckt einerseits den Schutz der abhängigen Gesellschaft, der Gläubiger und der außenstehenden Aktionäre, andererseits die Privilegierung der herrschenden Gesellschaft, Einfluss in begrenztem Maße ausüben zu können.<sup>52</sup> Die Schutzfunktion spricht für eine weite Auslegung des Nachteilsbegriffs, denn ein Nachteil ist nicht dadurch weniger nachteilhaft, dass eine bloß abstrakte und nicht eine konkrete Gefahr für die Vermögenslage vorliegt. Die Privilegierungsfunktion hingegen sagt wenig über die Auslegung des § 311 Abs. 1 AktG aus, da diese zum Inhalt hat, dass Einfluss ausgeübt werden darf, nicht aber in welchen Grenzen.

(c) Systematik

Die Systematik spricht dafür, dass § 311 Abs. 1 AktG nur die spezifischen konzernbedingten Nachteile erfassen soll. Allgemeine Lebensrisiken fallen gerade nicht unter §§ 311 ff. AktG. Denn das Risiko, dass ein Mitarbeiter, Lieferant o. Ä. sich rechtswidrig verhält und beispielsweise erlangte Informationen missbraucht, besteht jederzeit. Die Verantwortlichkeit hierfür muss sich aus den allgemeinen Haftungsnormen (beispielsweise §§ 823, 826 BGB) ergeben. Insoweit ist es im Grundsatz unerheblich, ob der sich rechtswidrig verhaltende Dritte zugleich Aktionär ist. Denn § 311 Abs. 1 AktG will keine zusätzliche Haftung für jegliche Schädigungen neben den allgemeinen Haftungstatbeständen etablieren, sondern nur für den Fall einer konkreten Nachteilszufügung die Vermögenslage der abhängigen Gesellschaft sichern.<sup>53</sup>

(2) Bewertung anhand der Bedenken in der Literatur

Die Rechtsprechung des *BGH* steht dem (aktien-)konzernrechtlichen Regelungsregime nicht offensichtlich entgegen. In der Literatur werden dennoch verschiedene Bedenken gegen die vom *BGH* getroffene Konkretisierung des Nachteilsbegriffs angeführt. Auf diese soll nun näher eingegangen werden.

---

<sup>51</sup> BT-Drucks. IV/171, S. 229 f.; vgl. *Gessler*, Der Schutz der abhängigen Gesellschaft, in: FS Schmidt, 1959, S. 247 (256 ff.); zu den Diskussionen zum Aktiengesetz 1937.

<sup>52</sup> *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 1; *Müller*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 311 Rn. 2 f.

<sup>53</sup> *Altmeyden*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 311 Rn. 5, 13 f.; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 17), § 311 Rn. 4 f.; *Müller*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 311 Rn. 2; *Vetter*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 32), § 311 Rn. 40 ff.

## (a) Ein ungleich höheres Risiko bei Unternehmensinterna?

So wird gegen die Verallgemeinerung der Rechtsprechung des *BGH* eingewandt, es bestehe – anders als im Fall *MPS* – ein ungleich höheres Risiko, dass Unternehmensinterna zum Nachteil der Tochtergesellschaft verwendet würden.<sup>54</sup> Dies beruhe darauf, dass kein gesetzlicher Schutz gegen eine nachteilhafte Verwendung der Daten gegeben wäre.<sup>55</sup> Bei der Bewertung dieses Arguments sind die Geltung der allgemeinen Schutzmechanismen (dazu (aa)), die Treuepflichtbindung (dazu (bb)) sowie der Umstand, dass die Informationsweitergabe nicht generell nachteilhaft sein muss (dazu (cc)) zu bedenken.

## (aa) Geltung der allgemeinen Schutzmechanismen

Das (noch<sup>56</sup>) das Recht des faktischen Konzerns prägende Trennungsprinzip hat zur Folge, dass das Vorliegen einer faktischen Konzernierung den allgemeinen Schutz der Rechte und Rechtsgüter des Unternehmens nicht direkt tangiert; allgemeine Haftungsinstitute werden demnach nicht ausgehebelt.<sup>57</sup> Es besteht also, wenn auch sehr grobmaschig, weiterhin Schutz der Informationen des abhängigen Unternehmens über beispielsweise § 823 Abs. 1 BGB<sup>58</sup> sowie § 826 BGB, möglicherweise auch über § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB.<sup>59</sup> Ein Schutz über speziell datenschutzrechtliche Vorschriften ist nicht unproblematisch, auch wenn dem Unternehmen ein grundgesetzlich und europarechtlich unterlegter Schutz der informationellen Selbstbestimmung zusteht.<sup>60</sup> Das allgemeine Schutzsystem

---

<sup>54</sup> *Holle* (Fn. 15), S. 136.

<sup>55</sup> *Ebd.*, S. 136 f.

<sup>56</sup> Zu den „Angriffen“ auf das konzernrechtliche Trennungsprinzip eingehend *Poelzig*, Angriffe auf das konzernrechtliche Trennungsprinzip und ihre Folgen für die Konzernleitung, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Gesellschaftsrecht in der Diskussion, 2017, S. 83.

<sup>57</sup> *Lutter* (Fn. 13), S. 289; zu beachten ist, dass die allgemeinen Schutzmechanismen ggf. durch aktienrechtliche Ansprüche verdrängt werden.

<sup>58</sup> In Betracht kommen hier sowohl das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Unternehmenspersönlichkeitsrecht) sowie, soweit anzuerkennen, das Recht an den eigenen Daten; zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht bei Unternehmen vgl. *BGH*, GRUR 1980, 1090 (1092), *Das Medizin-Syndikat I*; *OVG Lüneburg*, NJW 2009, 2697, Leitsatz 1; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig I, 92. EL 2020, Art. 2 Abs. 1 Rn. 224 f.; *Dreier*, in: Dreier I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 86; zum Recht an den eigenen Daten *Spindler*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 1.2.2020, § 823 Rn. 183 ff.

<sup>59</sup> *Raff*, in: MüKo-BGB VIII, 8. Aufl. 2020, § 1004 Rn. 37 f.

<sup>60</sup> *EuGH*, EuZW 2010, 939 (941); *BVerfG*, NJW 1988, 890 (896); *BVerwG*, NVwZ 2002, 1522 (1524); *Schild*, in: BeckOK-Datenschutzrecht, Ed. 31, Stand: 1.2.2020, Art. 4 DSGVO Rn. 6 ff.; hierbei ist weiterhin fraglich, inwieweit der Schutz im Konzern besteht,

ist nicht gerade fein, vermag aber schwerwiegende Pflichtverstöße angemessen zu regeln.

(bb) Treuepflichtbindung der Konzernobergesellschaft

Weitaus relevanter, da feiner, sind die Vorgaben, die aus der Treuepflicht für den Umgang mit den Daten der Tochtergesellschaft folgen. Die Geltung der Treuepflicht sowie deren konkreter Inhalt sind nicht unproblematisch. Es wird sich noch zeigen: Die Treuepflichten verpflichten die Konzernobergesellschaft zum ordnungsgemäßen Umgang mit den Informationen, sodass die Unternehmensinterna (auch ohne Vertraulichkeitsvereinbarung) besonders geschützt sind.<sup>61</sup> Ein Verstoß gegen die Treuepflicht führt über § 280 Abs. 1 BGB zum Schadensersatzanspruch der Tochtergesellschaft.<sup>62</sup>

(cc) Informationsfluss ist nicht generell nachteilhaft

Würde schon eine bloß abstrakte Gefährdung der Vermögenslage für das Vorliegen eines Nachteils ausreichen, würde sich die überwiegende Ansicht damit in Wertungswiderspruch mit sich selbst setzen: Denn eine abstrakte Gefahr einer nachteiligen Verwendung durch die Konzernobergesellschaft ist bei jeglicher Weitergabe von Informationen gegeben, da hierdurch mehr Personen als unbedingt notwendig Einblick in sensible Daten erhalten.<sup>63</sup> Dies ist nach der überwiegenden Ansicht aber gerade abzulehnen und es wird betont, dass die Informationsweitergabe nachteilig sein kann, aber nicht muss.<sup>64</sup>

---

wegen der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte; vom *BVerfG* geringerer Schutz ggü. Dritten bei bloßem Bestehen einer Mehrheitsbeteiligung angenommen, *BVerfG*, NJW 1988, 890 (896); eingehend *Mader* (Fn. 16), S. 160 ff.; *Schneider*, Investigative Maßnahmen und Informationsweitergabe im konzernfreien Unternehmen und im Konzern, NZG 2010, 1201 (1203 ff.).

<sup>61</sup> Siehe unter cc) (3), S. 14 ff.

<sup>62</sup> *Born*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handlungsgesetzbuch I, 4. Aufl. 2020, § 109 Rn. 25; *Mader* (Fn. 16), S. 411; *Schäfer*, in: MüKo-BGB (Fn. 59), § 705 Rn. 160; *Servatius*, in: Henssler/Strohn (Fn. 11), § 705 BGB Rn. 41; *Sprau*, in: Palandt, 80. Aufl. 2021, § 705 Rn. 27.

<sup>63</sup> *Hüffer* (Fn. 15), S. 194; *Löbbe* (Fn. 42), S. 116 f.; *Pentz* (Fn. 38), S. 610; *Wundenberg* (Fn. 42), S. 192 f.

<sup>64</sup> *Fleischer* (Fn. 35), S. 535; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 51a; *Hüffer* (Fn. 20), S. 589 f.; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 311 Rn. 36b; *Löbbe* (Fn. 42), S. 113 ff.; *Müller*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 311 Rn. 109; *Vetter*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 32), § 311 Rn. 72; *Wundenberg* (Fn. 42), S. 191 f.; vgl. *Mader* (Fn. 16), S. 368 Fn. 22 m. w. N.

## (dd) Zwischenergebnis

Der geäußerte Einwand scheint nicht völlig überzeugend. Das allgemeine Haftungssystem, besonders aber die Treuepflicht der Obergesellschaft gewähren, dass die Informationen nicht missbraucht werden.<sup>65</sup> Damit besteht eher keine höhere Missbrauchsgefahr bei Unternehmensinterna, sodass eine Verallgemeinerung der *BGH*-Definition nicht deswegen abgelehnt werden sollte.

## (b) Überlagerung durch das Bankenaufsichtsrecht?

Speziell auf dem Gebiet der Bankenaufsicht wird als Argument gegen eine Heranziehung der *MPS*-Rechtsprechung beim Informationsfluss die bankenaufsichtsrechtliche Überlagerung des Konzernrechts angeführt.<sup>66</sup> Dieses Argument greift jedoch nicht bei Unternehmen, die nicht unter die Aufsichtspflicht des KWG fallen, da dieses ein nicht ohne Weiteres verallgemeinerbares *lex specialis* darstellt.<sup>67</sup>

(c) Die *MPS*-Rechtsprechung als Einzelfallentscheidung?

Es werden auch noch weitere Aspekte in der Literatur zu bedenken gegeben: Zunächst werde die Reichweite der *MPS*-Rechtsprechung überschätzt. Sie sei aber jedenfalls auf den Informationsfluss im Konzern nicht übertragbar, denn die Wahrscheinlichkeit der Verwendung zulasten der Tochtergesellschaft könne wegen der subjektiven Verwendungsabsicht „schlicht nicht festgestellt werden“.<sup>68</sup>

## (aa) Weitgehend anerkannte Nachteilsdefinition

Gegen diese grundsätzlichen Bedenken hinsichtlich der Reichweite der Entscheidung könnte man anführen, dass der *BGH* nicht erst in *MPS*, sondern schon zuvor den Nachteilsbegriff so definiert hat.<sup>69</sup> *MPS* war damit keine Begründung einer neuen, sondern eine Verfestigung einer bereits bestehenden

---

<sup>65</sup> *Holle* (Fn. 15), S. 138 f.

<sup>66</sup> *Tröger*, Konzernverantwortung in der aufsichtsunterworfenen Finanzbranche, ZHR 177 (2013), 475 (507 f.).

<sup>67</sup> *Verse* (Fn. 15), S. 409; *Wundenberg* (Fn. 42), S. 190 ff.; eingehend *Mader* (Fn. 16), S. 373 ff.; selbiges gilt entsprechend für die Aufsicht von Versicherungsunternehmen oder Finanzkonglomeraten.

<sup>68</sup> *Mader* (Fn. 16), S. 394 f.

<sup>69</sup> *BGH*, NJW 1999, 1706 (1707); *BGHZ* 179, 71 (75 f.) = *BGH*, NJW 2009, 850 (851), *MPS*; *BGHZ* 190, 7 (20 f.) = *BGH*, NJW 2011, 2719 (2722), *Telekom*, *Dritter Börsengang*; *BGH*, NZG 2013, 233 (236).

Rechtsprechung. Im Übrigen war die Nachteilsdefinition so auch schon in der Literatur anerkannt – und auch heute ist sie noch herrschend.<sup>70</sup>

(bb) Verwendungszweck bei Compliance erkennbar

Den Bedenken, dass keine Informationsgrundlage für den Missbrauch der weitergegebenen Daten bestehe, sondern es vielmehr von der subjektiven Verwendungsabsicht der Konzernobergesellschaft abhängt, ist grundsätzlich zuzustimmen.<sup>71</sup> Allerdings erscheint es für die Informationsweitergabe beispielsweise im Rahmen eines Compliance-Systems etwas anders zu sein, da für den Tochtervorstand hier der Verwendungszweck erkennbar ist und er darauf vertrauen darf, dass die Informationen nur zu diesem Zweck verwendet werden.<sup>72</sup> Denn solange keine gegenteiligen Indizien vorliegen (die dann wohl auch eine konkrete Informationsgrundlage darstellen könnten), darf der Tochtervorstand von rechtstreuem Verhalten der Muttergesellschaft ausgehen.<sup>73</sup> Wäre dem nicht so, so würden auch die Lösungsversuche scheitern, die eine Verpflichtung der Gesellschaft vorschlagen, da diesen ebenfalls das (fernliegende) abstrakte Risiko der Vertragsbrüchigkeit immanent wäre.

(cc) Schutz des unternehmerischen Spielraums

Dennoch bleibt die Frage, wie das Risiko des Missbrauchs durch das herrschende Unternehmen zu handhaben ist, das „sich schlicht nie ausschließen“ lässt.<sup>74</sup> Man könnte meinen, dass § 311 Abs. 1 AktG – aufgrund der Schutzfunktion – auch solche abstrakten Risiken erfassen müsse.<sup>75</sup> Wenn man allerdings mit einbezieht, dass § 311 AktG nach hier vertretener Auffassung gerade nicht das abstrakte Risiko des rechtswidrigen Verhaltens Dritter erfassen soll, kann man zu einem anderen Ergebnis gelangen, das der Definition des *BGH* entspricht.<sup>76</sup> Darüber hinaus ist zu beachten, dass dem Tochtervorstand auch im Rahmen des § 311

---

<sup>70</sup> Bödeker, in: Henssler/Strohn (Fn. 11), § 311 Rn. 16; Habersack, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 39; Koch, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 311 Rn. 24; Krieger (Fn. 43), § 70 Rn. 82; Leuering/Goertz, in: Hölter (Fn. 3), § 311 Rn. 51; Müller, in: Spindler/Stilz (Fn. 15), § 311 Rn. 27; Schatz/Schödel, in: Heidel (Fn. 43), § 311 Rn. 53; Vetter, in: Schmidt/Lutter (Fn. 32), § 311 Rn. 40; etwas weiter fassend Teichmann (Fn. 43), § 4 Rn. 248; a. A. Altmeyden, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 311 Rn. 157 ff.

<sup>71</sup> Mader (Fn. 16), S. 395 f.

<sup>72</sup> Vgl. zur Treuepflicht unten unter cc) (3), S. 14 ff.

<sup>73</sup> So auch Pentz (Fn. 38), S. 610.

<sup>74</sup> Mader (Fn. 16), S. 397.

<sup>75</sup> Ebd.

<sup>76</sup> Hierzu bei der systematischen Auslegung, siehe oben unter (2) (c).

Abs. 1 AktG ein unternehmerischer Spielraum zusteht und zustehen muss.<sup>77</sup> Damit kann gerade nicht das abstrakte Risiko stets als Nachteil gewertet werden, sondern es ist die Pflicht des Vorstandes, zu ermitteln, ob ein solcher Nachteil vorliegt. So kann der Vorstand differenziert und situationsangemessen reagieren, anstatt in seiner unternehmerischen Freiheit durch die pauschale Pflicht zu Garantieverpflichtungen, etc.<sup>78</sup> beschnitten zu werden. Andernfalls würde gerade nicht der von § 311 Abs. 1 AktG angestrebte Zweck erreicht, die Gesellschaft so zu stellen, als wäre sie unabhängig.<sup>79</sup>

### (3) Zwischenergebnis – ein Plädoyer für die Definition des *BGH*

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass auch die weiteren in der Literatur geäußerten Bedenken einer Verallgemeinerung der Nachteilsdefinition auf den Bereich des Informationsflusses nicht zwingend entgegenstehen. Die vom *BGH* entwickelte Definition des Nachteilsbegriffs stellt eine gute Grundlage für die Subsumtion dar. Sie fügt sich auch in das Regelungssystem des Konzernrechts ein.

Die vom *BGH* entwickelte Nachteilsdefinition sollte auch auf den Informationsfluss im Konzern angewandt werden, insbesondere im Fall der Konzern-Compliance. Die Weitergabe von Informationen stellt danach nur einen Nachteil dar, wenn eine konkrete Gefahr für die Vermögenslage besteht, beispielsweise wenn konkrete Anhaltspunkte für den Missbrauch der Informationen entgegen des Compliance-Zwecks bestehen. Fehlt es an einer solchen Gefahr, was regelmäßig der Fall sein wird, besteht kein Nachteil und der Tochtervorstand darf die Informationen weitergeben.

#### *b) Quantifizierbarkeit des Nachteils?*

Der zweite hier problematische Prüfungsschritt im Rahmen des § 311 Abs. 1 AktG ist die Frage, ob der Nachteil quantifiziert werden kann.

##### aa) Quantifizierbarkeit als notwendige Voraussetzung

Aus der Nachteilsausgleichspflicht des § 311 Abs. 1 AktG ergibt sich, dass nur solche Nachteile erfolgen dürfen, die als Nachteil bezifferbar, d. h. quantifizierbar,

---

<sup>77</sup> *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 40, 53; *Winter/Harbarth*, Verhaltenspflichten von Vorstand und Aufsichtsrat der Zielgesellschaft bei feindlichen Übernahmeangeboten nach dem WpÜG, ZIP 2002, 1 (6); *Müller*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 311 Rn. 92; *Vetter*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 32), § 311 Rn. 40 f.

<sup>78</sup> Zu den vorgeschlagenen Lösungsansätzen eingehend *Mader* (Fn. 16), S. 400 ff.

<sup>79</sup> Vgl. *Teichmann* (Fn. 43), § 4 Rn. 248.



sind.<sup>80</sup> Dem Schutz der abhängigen Gesellschaft wird nur dann voll Rechnung getragen, wenn die Nachteile genau bestimmt werden können.<sup>81</sup> Die Quantifizierung muss *ex ante* stattfinden.<sup>82</sup> Kann ein Nachteil nicht beziffert werden, so ist dieser mangels Ausgleichsmöglichkeit von vornherein rechtswidrig.<sup>83</sup> Zum Teil wird jedoch auf die Möglichkeit verwiesen, dass durch die Übernahme einer Garantie oder eine andere Form der Sicherung eine Quantifizierbarkeit gegeben sein solle bzw. hierdurch schon die Qualität als Nachteil entfallen würde.<sup>84</sup> Das setzt jedoch voraus, dass der Nachteil später bestimmt werden kann.<sup>85</sup> Zudem muss die Ausgleichsvereinbarung ihrerseits auch einen bezifferten Anspruch enthalten – vage Ausgleichsansprüche genügen nicht.<sup>86</sup>

#### bb) Grenzen der Bezifferung des Nachteils

Die Anwendung der Nachteilsdefinition des *BGH* hat zur Folge, dass abstrakt-generelle Nachteile grundsätzlich außer Betracht zu lassen sind. Demnach stellt sich das Problem der Quantifizierbarkeit nur bei Vorliegen einer konkreten Gefährdung der Vermögens- und Ertragslage, beispielsweise aufgrund von Verdachtsmomenten, die einen Missbrauch durch die Obergesellschaft nahelegen. Für die Quantifizierbarkeit ist damit aber nicht viel gewonnen, da die Informationsgrundlage zwar konkreter ist, damit aber keinesfalls eine wirtschaftliche Berechenbarkeit dieses Nachteils einhergeht. Wie solle man etwa das Risiko bewerten, dass es aufgrund konkreter Verdachtsmomente nahe liegt, dass das herrschende Unternehmen die weitergegebenen Kundendaten für eigene Werbezwecke gebrauchen will? Man mag (dystopische) Schadensszenarien hiermit simulieren können, aber von einer realistischen Nachteilsfeststellung sind derartige „Berechnungen“ weit entfernt.

---

<sup>80</sup> *Grigoleit*, in: Grigoleit (Fn. 7); § 311 Rn. 28; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 43; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 311 Rn. 42; *Müller*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 311 Rn. 102.

<sup>81</sup> *Grigoleit*, in: Grigoleit (Fn. 7), § 311 Rn. 47.

<sup>82</sup> *Leuering/Goertz*, in: Hölterers (Fn. 3), § 311 Rn. 57 ff.; *Müller*, in: Spindler/Stilz (Fn. 15), § 311 Rn. 40.

<sup>83</sup> *Grigoleit*, in: Grigoleit (Fn. 7), § 311 Rn. 28, 47; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 311 Rn. 24; *Müller*, in: Spindler/Stilz (Fn. 15), § 311 Rn. 40.

<sup>84</sup> *Altmeyden*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 311 Rn. 198 ff.; *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 1981, S. 127 f.; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG VI, 3. Aufl. 2004, § 311 Rn. 135 f.

<sup>85</sup> *BGH*, NZG 2012, 1030 (1032); *Krieger* (Fn. 43), § 70 Rn. 91.

<sup>86</sup> *BGH*, NZG 2012, 1030, Leitsatz 2.

So besteht hier im Ergebnis Einigkeit, dass die Quantifizierbarkeit in der Praxis zumeist kaum möglich sein wird.<sup>87</sup> Denn *ex ante* wird die Tochtergesellschaft kaum erkennen können – selbst in dem Fall, in dem konkrete Anhaltspunkte für einen Missbrauch bestehen –, wie die Obergesellschaft die Informationen missbrauchen wird und welche Nachteile hieraus erwachsen. Dies gilt umso mehr, wenn man – abweichend von der Definition des *BGH* – auch abstrakte Gefährdungen als Nachteile i. S. v. § 311 Abs. 1 AktG versteht.<sup>88</sup> Folgt man dieser Ansicht, kommt man zu dem – zugegeben unbefriedigenden<sup>89</sup> – Ergebnis, dass das herrschende Unternehmen wegen des (immer bestehenden, wenn auch vagen) Risikos des Missbrauchs quasi keinerlei Informationen erhalten bzw. die Tochtergesellschaft keinerlei Informationen weitergeben darf.<sup>90</sup> Folglich darf in den Fällen der Informationsweitergabe, in denen ein Nachteil gemäß § 311 Abs. 1 AktG vorliegt, die Einflussnahme also zumeist nicht erfolgen, da diese mangels Quantifizierbarkeit unzulässig ist.

*c) Rahmenbedingungen für zulässigen Informationsfluss*

Damit würde § 311 Abs. 1 AktG jeglichen Informationsfluss und damit insbesondere jegliche effiziente Konzern-Compliance unterbinden.<sup>91</sup> Um trotz fehlender Quantifizierbarkeit einen Informationsfluss im faktischen Konzern zu ermöglichen, werden verschiedene Ansätze vorgeschlagen.

aa) Kompensation durch Vorteile?

Zwar erwachsen der abhängigen Gesellschaft insbesondere bei der Einbindung in ein konzernweites Compliance-System einige Vorteile, jedoch ist anerkannt, dass ein nicht quantifizierbarer Nachteil in der Regel nicht durch damit einhergehende (ggf. nicht quantifizierbare) Vorteile ausgeglichen werden kann.<sup>92</sup> Ein Ausgleich durch mögliche Vorteile scheidet daher grundsätzlich aus.

---

<sup>87</sup> *Holle* (Fn. 15), S. 134 („kaum bezifferbar“); *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 311 Rn. 36b („Ausgleich wegen fehlender Quantifizierbarkeit schwierig“); *Launhard*, Geheimhaltung und Offenlegung bei der Due Diligence anlässlich der Vorbereitung eines Unternehmens- bzw. Beteiligungskaufs, 2010, S. 103 f. („sehr schwierig“); *Wundenberg* (Fn. 42), S. 192 f. („[lassen sich] in der Regel nicht quantifizieren“).

<sup>88</sup> *Holle* (Fn. 15), S. 134; *Löbbe* (Fn. 42), S. 114.

<sup>89</sup> *Mader* (Fn. 16), S. 400 m. w. N.

<sup>90</sup> *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 9, 78.

<sup>91</sup> *Holle* (Fn. 15), S. 134.

<sup>92</sup> *Altmeyden*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 311 Rn. 348 f.; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 64; *Müller*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 311 Rn. 115; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 61 Rn. 34; *Schatz/Schödel*, in: Heidel (Fn. 43), § 311 Rn. 67; vgl. *Mader* (Fn. 16), S. 401 m. w. N.

bb) Vertraulichkeitsvereinbarungen<sup>93</sup>

Dem Informationsverlangen könnte ihr nachteiliger Charakter entzogen werden (sodass sich die Frage der Quantifizierbarkeit nicht mehr stellt<sup>94</sup>), indem sich die herrschende Gesellschaft zur vertraulichen Verwendung verpflichtet.<sup>95</sup> Eine (ggf. strafbewehrte) Vertraulichkeitsvereinbarung könnte dafür sorgen, dass die Informationsweitergabe jedenfalls nicht generell nachteilhaft ist, da diese sicherstellen würde, dass die erlangten Informationen nicht zum Nachteil des Tochterunternehmens verwendet würden.<sup>96</sup> Möglicherweise kann man aber auch ohne den Abschluss einer separaten Vertraulichkeitsvereinbarung zu einem zulässigen Informationsfluss kommen.

cc) Maßgaben unter Zugrundelegung der *MPS*-Rechtsprechung

Bei Anwendung der vom *BGH* entwickelten Nachteilsdefinition kann man das Problem auch ohne bestehende Vertragsregelungen eingrenzen. Denn unter die Beschränkung durch § 311 Abs. 1 AktG fallen danach nur solche Nachteile, bei denen eine konkrete Gefährdung der Vermögens- und Ertragslage vorliegt.<sup>97</sup> Diese durch konkrete Verdachtsmomente nachteilig erscheinenden Maßnahmen wären vermutlich nicht oder nur kaum zu quantifizieren, wie zuvor schon ausgeführt, und damit grundsätzlich unzulässig.<sup>98</sup> Alle anderen Maßnahmen, die nicht eine konkrete Gefährdung der Vermögens- und Ertragslage darstellen, wären nach der Definition des *BGH* keine Nachteile und würden damit diese Hürde des § 311 Abs. 1 AktG ohne größere Probleme passieren. Der Tochtervorstand dürfte sich diesen Maßnahmen also aus aktienkonzernrechtlicher Sicht öffnen. Dennoch bleibt die Frage offen, was mit den einmal an das herrschende Unternehmen gelangten Informationen geschieht und inwieweit die Tochterinteressen beim Umgang mit diesen Daten gewahrt bleiben. Hierfür könnten sich schon aus der Treuepflicht Verpflichtungen des herrschenden Unternehmens ergeben.

## dd) Treuepflicht des herrschenden Unternehmens

Das Bestehen einer Treuepflichtbindung zwischen Aktiengesellschaft und Aktionären ist spätestens seit dem grundlegenden *Linotype*-Urteil des *BGH*

---

<sup>93</sup> Zur Frage, ob (abstrakte) Garantievereinbarungen die Nachteiligkeit entfallen lassen vgl. *Löbbe* (Fn. 42), S. 115 f.; *Mader* (Fn. 16), S. 403 ff.

<sup>94</sup> *Habersack* (Fn. 32), S. 1190 f.; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 311 Rn. 36b, 42.

<sup>95</sup> So *Fabritius* (Fn. 40), S. 713 f.; *Pentz* (Fn. 38), S. 593 (610); differenzierend *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 51a.

<sup>96</sup> *Fabritius* (Fn. 40), S. 714, im Ergebnis auch *Löbbe* (Fn. 42), S. 115 f.

<sup>97</sup> Vgl. die Nachteilsdefinition oben unter **C. II. 1. a)**.

<sup>98</sup> Vgl. vorstehend unter bb).

anerkannt.<sup>99</sup> Diese gilt jedoch nicht bei einem einzigen Alleinaktionär<sup>100</sup> bzw. der Ein-Personen-GmbH<sup>101</sup>, sodass hier nur eine vertragliche Verpflichtung in Betracht kommt.

#### (1) Anwendbarkeit der Treuepflicht

Der Anwendbarkeit der Treuepflicht könnte entgegenstehen, dass im Rahmen der §§ 311 ff. AktG die Treuepflicht keine Geltung entfaltet.<sup>102</sup> Denn bei Anwendung der Treuepflicht dürfte die herrschende Gesellschaft keinerlei nachteiligen Einfluss, nicht einmal mit Ausgleich ausüben; dies wird ihr aber gerade durch § 311 Abs. 1 AktG gestattet.<sup>103</sup> Nach überwiegender Ansicht ist daher ein Rückgriff auf die Treuepflicht im Rahmen der § 311 ff. AktG abzulehnen.<sup>104</sup> Mittlerweile ist (wenn auch im Einzelnen umstritten) anerkannt, dass außerhalb des Anwendungsbereiches der §§ 311 ff. AktG Raum für die Treuepflicht bleibt.<sup>105</sup>

Man könnte jedoch einwenden, die Anwendung der Treuepflicht sei zirkulär, da dieser zufolge die Maßnahme nicht nachteilig wäre, was hier aber gerade Voraussetzung der Anwendbarkeit der Treuepflicht ist, da diese nur bei nicht nachteiligen Einflussnahmen (d. h. außerhalb von § 311 Abs. 1 AktG) Anwendung findet. Diese Bedenken erscheinen nicht gänzlich unbegründet, wenn man schon in der Weitergabe der Informationen einen Nachteil erblicken will (wegen der abstrakten Missbrauchsgefahr).<sup>106</sup> Wenn man in der

---

<sup>99</sup> Schon BGHZ, 14, 25, Leitsatz 6 = BGH, NJW 1954, 1401; BGHZ 103, 184 (194 f.) = BGH, NJW 1988, 1579 (1581 f.), *Linotype*, BGHZ 129, 136 (142 ff.) = BGH, NJW 1995, 1739 (1741 ff.), *Girmes*; vgl. *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 32), § 53a Rn. 42; *Götze*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 53a Rn. 42; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 53a Rn. 14; *Raiser/Veil* (Fn. 92), § 11 Rn. 44 ff.

<sup>100</sup> *Drygalla*, in: KölnKomm-AktG I, 3. Aufl. 2011, § 53a Rn. 89 f.; *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 32), § 53a Rn. 51; *Götze*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 53a Rn. 30.

<sup>101</sup> *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG (Fn. 32), Anhang zu § 13 Rn. 398; *Verse*, in: Henssler/Strohn (Fn. 11), Anhang § 13 GmbHG Rn. 44 m. w. N.

<sup>102</sup> Vgl. h. M. *Altmeppen*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 317 Rn. 119; *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 32), § 53a Rn. 61; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 53a Rn. 24; *Mader* (Fn. 16), S. 416; *Verse*, in: Bayer/Habersack (Fn. 5), Kap. 13 Rn. 45 f.

<sup>103</sup> *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), Vor § 311 Rn. 5; Anh. § 318 Rn. 22 f.; *Verse*, in: Bayer/Habersack (Fn. 5), Kap. 13 Rn. 45 f.

<sup>104</sup> *Vetter*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 32), § 311 Rn. 126 m. w. N.

<sup>105</sup> *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz (Fn. 15), § 53a Rn. 61 ff.; *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 32), § 53a Rn. 61; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 53a Rn. 24, § 311 Rn. 52; *Koppensteiner*, in: KölnKomm-AktG (Fn. 84), § 311 Rn. 167 ff.; *Verse*, in: Bayer/Habersack (Fn. 5), Kap. 13 Rn. 46.

<sup>106</sup> *Holle* und *Mader* sind eher in die Richtung zu verstehen, dass schon in der Weitergabe der Informationen ein Nachteil bestehe, vgl. *Holle* (Fn. 15), S. 136 f.; *Mader* (Fn. 16),

Informationsweitergabe schon keinen Nachteil erblickt, kann man für den späteren Umgang mit den Informationen die Treuepflicht fruchtbar machen.<sup>107</sup> Nach dem hier vertretenen Nachteilsverständnis ist die Treuepflicht daher anwendbar.

## (2) Inhalt der Treuepflicht

Die Treuepflicht besagt im Kern, dass die Aktionäre ihre Befugnisse zur Förderung des Gesellschaftszwecks gebrauchen sollen und somit zuwiderlaufende Maßnahmen zu unterlassen haben. Somit sind nachteilige Einwirkungen zu unterlassen.<sup>108</sup> Dies fügt sich trefflich in das Regelungsregime des § 311 Abs. 1 AktG ein: Denn nachteilige Einwirkungen sind nur im Rahmen von § 311 Abs. 1 AktG erlaubt; jeglicher weitergehende Gebrauch<sup>109</sup> der Informationen der Tochtergesellschaft bedarf – laut § 311 Abs. 1 AktG – einer Entscheidung des Tochtervorstandes und eines Nachteilsausgleichs oder er ist – so besagt es die Treuepflicht – gar nicht zulässig.

## (3) Praktische Bedenken

In der Praxis wird der Tochtervorstand häufig auf die gerichtliche Durchsetzung der bestehenden Treuepflichtverletzung verzichten. Stattdessen ist davon auszugehen, dass der Tochtervorstand einem Auskunftsbeglehen der Konzernobergesellschaft regelmäßig nachkommen wird.<sup>110</sup> Dies ist allerdings ein grundsätzliches Problem der §§ 311 ff. AktG, die versagen, wenn die abhängige Gesellschaft auf die Geltendmachung ihres Schutzes verzichtet.<sup>111</sup>

### d) Zwischenfazit

Die abhängige Gesellschaft ist bei der Informationsweitergabe schon hinreichend durch die Treuepflicht geschützt, über die sie bei Verletzung auch Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1 BGB verlangen kann.<sup>112</sup> Es ist daher von

---

S. 399; ihrer Ansicht nach entfällt gerade durch die Treuepflicht die Nachteiligkeit, vgl. *Holle* (Fn. 15), S. 138 f.; *Mader* (Fn. 16), S. 407 f.

<sup>107</sup> So *Verse* (Fn. 15), S. 421.

<sup>108</sup> *Fleischer*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 32), § 53a Rn. 54 f.; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 53a Rn. 19.

<sup>109</sup> Der „weitere“ Gebrauch außerhalb der bisherigen Befugnis ist streng genommen damit wieder eine neue (nachteilige) Einflussnahme, die sich an den allgemeinen konzernrechtlichen Grenzen messen muss (§ 311 Abs. 1 AktG).

<sup>110</sup> *Fleischer* (Fn. 15), S. 6; *Lutter* (Fn. 13), S. 289, 294; *Verse* (Fn. 15), S. 422; *Wirtz* (Fn. 35), S. 349.

<sup>111</sup> *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 7), § 311 Rn. 36c.

<sup>112</sup> *Born*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Fn. 62), § 109 Rn. 25; *Schäfer*, in: MüKo-BGB (Fn. 59), § 705 Rn. 160; *Servatius*, in: Henssler/Strohn (Fn. 11), § 705 BGB Rn. 41.

Gesetzes wegen nicht zwingend erforderlich, dass eine Vertraulichkeitsvereinbarung oder ähnliches abgeschlossen wird.

## 2. Weitere konzernrechtliche Schranken

Die weiteren Tatbestandsmerkmale des § 311 Abs. 1 AktG stellen keine größeren Hürden dar. Aus den §§ 312 ff. AktG und auch aus § 308 Abs. 2 S. 2 AktG ergeben sich weitere Schranken, die hier aber keine größere Rolle spielen.<sup>113</sup> Die Diskussion um Geschäftsleiterermessen bei Compliance-Systemen überträgt sich auch auf den § 311 AktG; nach überwiegender Ansicht wird es sich hierbei aber um unternehmerische Entscheidungen handeln, die von der *business judgement rule* erfasst sind.<sup>114</sup> Der Vorstand kann sich daher bei einer Entscheidung für die Weitergabe von Informationen auf den Schutz des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG berufen und der unternehmerische Ermessenspielraum wird damit auch im Rahmen von § 311 Abs. 1 AktG geschützt.<sup>115</sup>

## D. Thesenartige Zusammenfassung

Wie sich gezeigt hat, ist die Beurteilung der Frage, ob der notwendige Informationsfluss im faktischen Konzern gewährleistet ist, nicht unproblematisch. Das deutsche Konzernrecht ermöglicht aber auch in großen Konzernen einen Austausch von Informationen, ohne dabei die Interessen der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter außer Acht zu lassen.

1. Die vom *BGH* entwickelte Nachteilsdefinition ist auch im Rahmen des Informationsflusses im Konzern konsequent heranzuziehen. Diese Nachteilsdefinition lautet: Ein Nachteil ist jede Minderung oder konkrete Gefährdung der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft ohne Rücksicht auf Quantifizierbarkeit, soweit diese Beeinträchtigung als Abhängigkeitsfolge eintritt.<sup>116</sup>

---

<sup>113</sup> Nach §§ 312 ff. AktG bestehen besondere Berichts- und Prüfpflichten, die insb. im Rahmen des Jahresabschlusses relevant werden; § 308 Abs. 2 S. 2 AktG darf der Vorstand sich weigern, Weisungen zu befolgen, die offensichtlich nicht dem Konzerninteresse dienen, was aber bei der Informationsweitergabe nur in wenigen Ausnahmefällen zutreffen wird.

<sup>114</sup> Vgl. *Spindler*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 93 Rn. 115; hier ist abzugrenzen zur Legalitäts(kontroll)pflicht, bei der kein Ermessen besteht; jedoch ist die Ausgestaltung des Compliance-Systems keine gebundene Entscheidung.

<sup>115</sup> *Altmeyden*, in: MüKo-AktG (Fn. 11), § 311 Rn. 193; *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 53; *Leuering/Goertz*, in: Hölters (Fn. 3), § 311 Rn. 53; *Müller*, in: BeckOGK-AktG (Fn. 6), § 311 Rn. 92.

<sup>116</sup> *BGH*, NJW 1999, 1706 (1707); *BGHZ* 179, 71 (75 f.) = *BGH*, NJW 2009, 850 (851), *MPS*; *BGHZ* 190, 7 (20 f.) = *BGH*, NJW 2011, 2719 (2722), *Telekom*, *Dritter Börsengang*;

2. Regelmäßig liegt in der Informationsweitergabe von einer abhängigen Gesellschaft an das herrschende Unternehmen keine konkrete Gefährdung der Vermögens- oder Ertragslage der abhängigen Gesellschaft, sodass kein Nachteil i. S. v. § 311 Abs. 1 AktG vorliegt und damit ein solches Informationsverlangen grundsätzlich befolgt werden darf. Ob Anhaltspunkte bestehen, die nahelegen, dass mit der Weitergabe von Informationen eine konkrete Gefährdung der Vermögens- und Ertragslage einhergeht, ist stets im Einzelfall zu prüfen. Auf die nachgelagerte Frage der Quantifizierbarkeit (die man nahezu immer verneinen muss), kommt es für die Frage der Nachteilsermittlung nicht an.

3. Die Treuepflicht verbietet dem herrschenden Unternehmen einen nachteiligen Gebrauch der erlangten Daten zulasten der abhängigen Gesellschaft außerhalb von § 311 Abs. 1 AktG. Eine separate Vertraulichkeitsvereinbarung ist von Gesetzes wegen nicht gefordert, insbesondere nicht in den Fällen, in denen keine konkreten Anhaltspunkte für einen Missbrauch durch das herrschende Unternehmen vorliegen.

---

BGH, NZG 2013, 233 (236); vgl. *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 3), § 311 Rn. 39 m. w. N.