



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Pimmer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm und Dr. Gitschthaler, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Grohmann sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Univ.-Prof. Dr. Kodek als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Mag. J***** K*****, vertreten durch Löffler Jelincic Rechtsanwälte OG in Wien, gegen die beklagte Partei I***** AG (nunmehr: I***** GmbH), *****, vertreten durch Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen (Streitwert 20.000 EUR), über den Rekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 28. Oktober 2010, GZ 2 R 90/10k-22, mit dem das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 22. Februar 2010, GZ 46 Cg 140/08w-18, teilweise aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

Dem Rekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben und in der Sache selbst dahin zu Recht erkannt, dass die Entscheidungen der Vorinstanzen einschließlich der bereits rechtskräftig erledigten Teile wie folgt zu lauten haben:

„Die in der Hauptverhandlung der I***** AG vom 11. 9. 2008 gefassten Beschlüsse, wonach den Mitgliedern des Vorstands und den Mitgliedern des Aufsichtsrats für das Geschäftsjahr 2007/2008 die Entlastung erteilt wird, werden für nichtig erklärt.

Das Mehrbegehren, es werde festgestellt, dass die Nichtzulassung zur Abstimmung des zum

Tagesordnungspunkt 3. gestellten Antrags auf Sonderprüfung in der Hauptversammlung der I***** AG vom 11. 9. 2008 rechtswidrig gewesen ist, wird abgewiesen.

Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger die mit 2.821,77 EUR (darin 394,26 EUR Umsatzsteuer und 456,23 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger die mit 2.624,07 EUR (darin 327,79 EUR Umsatzsteuer und 657,33 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Beklagte ist eine an der Wiener Börse notierte Aktiengesellschaft. Der Kläger war zumindest vom 11. 9. 2008 bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz Aktionär der Beklagten.

Am 11. 9. 2008 fand eine ordentliche Hauptversammlung der Beklagten statt, bei der von insgesamt 833.824.125 Aktien 510.737.390 Stück von 167 Aktionären beziehungsweise Aktionärsvertretern repräsentiert wurden. Darunter waren auch der Kläger mit angemeldeten 80.000 Stück (Stimmkarte 369) und der Klagevertreter Dr. Martin Löffler mit angemeldeten 70.000 Stück für die ***** (Stimmkarte 371), 1.150.000 Stück für die ***** (Stimmkarte 370) und 114.238 Stück für die ***** (Stimmkarte 477). Dr. Martin Löffler nahm an der Hauptversammlung als Legitimationsaktionär des Klägers teil. Die I*****F***** AG repräsentierte 455.581.655 von insgesamt 510.737.390 Stimmen, also 89,20 % und war demnach Mehrheitsaktionärin. Deren Vorstandsmitglieder

waren zum damaligen Zeitpunkt MMag. Dr. K***** P*****, Mag. C***** T*****, Mag. M***** W***** und Mag. D***** J***** R*****.

Vorstandsmitglieder der Beklagten waren zum Zeitpunkt der Hauptversammlung MMag. Dr. K***** P*****, Dipl.-Ing. Dr. E***** R***** und Mag. C***** T*****; Aufsichtsratsvorsitzender war Dr. H***** S*****, sein Stellvertreter Dr. W***** R*****. Univ.-Prof. Mag. Dr. H***** K***** und Mag. C***** B***** waren die weiteren Mitglieder des Aufsichtsrats. Alle diese Personen nahmen an der Hauptversammlung teil.

Die Tagesordnung der Hauptversammlung umfasste unter anderem als Punkt 3. die „Beschlussfassung über die Entlastung des Vorstands und des Aufsichtsrats für das Geschäftsjahr 2007/2008“. Vor der Abstimmung stellte Dr. Martin Löffler gemäß § 118 AktG ad hoc den „Antrag auf Bestellung eines Sonderprüfers hinsichtlich der Bilanzierung der Forderungen gegenüber der [*Mehrheitsaktionärin*] und der Zulässigkeit dieses Darlehens gemäß § 118 AktG. Die Sonderprüfung soll sich darauf erstrecken, ob eine Abwertung der Forderungen gegenüber der [*Mehrheitsaktionärin*] in der Bilanz ausgehend vom Pricing der Convertible Bonds notwendig gewesen wäre und ob es sich um ein unzulässiges Rechtsgeschäft gemäß § 66a AktG handelt. Als zu bestellender Sonderprüfer wird Prof. Dr. Thomas Keppert, Theobaldgasse 19, 1060 Wien, namhaft gemacht“.

Dieser Antrag wurde vom Aufsichtsratsvorsitzenden, welcher auch Vorsitzender der Hauptversammlung war, nicht zur Abstimmung gebracht, wozu er ausführte, dass sich der Aufsichtsrat in der Zwischenzeit mit einem „Universitätsprofessor“ beraten habe. Als Ergebnis dieser Beratungen habe sich ganz klar

herausgestellt, dass dieser Geschäftsvorfall im Rahmen der Abschlussprüfung einer genauen Betrachtung und Würdigung insbesondere im Hinblick auf diese Drittvergleichsfähigkeit mit einer Related-Party-Transaction unterzogen und nicht beanstandet worden sei. Er sei im Aktiengesetz nicht vorgesehen und bedürfe einer gesonderten Ankündigung.

Demgegenüber wurde der Antrag auf Entlastung des Vorstands unmittelbar darauf bei einer Präsenz von 132 Aktionären beziehungsweise Aktionärsvertretern, die 510.655.574 Aktien repräsentierten, mit 506.707.046 JA-Stimmen bei 3.557.036 NEIN-Stimmen und 391.492 Stimm-ENTHALTUNGEN, mehrheitlich (99,23 %) angenommen. Der Antrag auf Entlastung des Aufsichtsrats wurde bei einer Präsenz von 130 Aktionären beziehungsweise Aktionärsvertretern, die 510.652.632 Aktien repräsentierten, mit 506.746.256 JA-Stimmen bei 3.523.676 NEIN-Stimmen und 382.700 Stimm-ENTHALTUNGEN, mehrheitlich (99,24 %) angenommen.

Im Anschluss an die Abhandlung des 6. Tagesordnungspunkts, zu dem eine Beschlussfassung wegen der Rückziehung des Antrags durch den Vorstand unterblieb, meldete sich Dr. Martin Löffler zu Wort und gab bekannt, „mit den Stimmkarten 370, 371 und 477 zu den Tagesordnungspunkten 2. bis jetzt und auch 5. Widerspruch zu Protokoll zu erklären“. In dem Protokoll ist anschließend festgehalten, dass der Kläger erklärt, mit der Stimmkarte 369 ebenfalls Widerspruch zu erklären.

Im Zuge der Hauptversammlung wurde der Kläger in seinen Rechten als Aktionär - abgesehen von der Nichtzulassung des Antrags zur Abstimmung - nicht behindert. Er konnte insbesondere beliebig viele Fragen stellen, welche ihm, wenn auch für ihn unbefriedigend,

beantwortet wurden.

Der **Kläger** begehrt - soweit dies für das Verfahren vor dem Obersten Gerichtshof noch relevant ist - die Nichtigkeitklärung, in eventu Feststellung der Nichtigkeit, der in der Hauptversammlung gefassten Beschlüsse, wonach den Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsrats für das Geschäftsjahr 2007/2008 die Entlastung erteilt wurde. Der Antrag auf Sonderprüfung sei zu Unrecht nicht zur Abstimmung gelangt, er wäre jedoch infolge Stimmverbots der Mehrheitsaktionärin - MMag. Dr. K***** P***** und Mag. C***** T***** seien Vorstandsmitglieder sowohl der Mehrheitsaktionärin als auch der Beklagten gewesen - von den übrigen Aktionären vermutlich angenommen worden. Damit seien auch die Entlastungsbeschlüsse wegen Verletzung zwingender Vorschriften des Aktiengesetzes als auch wegen Verfahrensfehler nichtig.

Die **Beklagte** wendete demgegenüber ein, der Kläger habe zu Punkt 3. der Tagesordnung keinen Widerspruch erhoben, er habe selbst auch keinen Antrag auf Sonderprüfung gestellt. Der Antrag habe eine rein hypothetische Frage beziehungsweise einen rein fiktiven Sachverhalt betroffen und sei zu unbestimmt gewesen. Dem Kläger fehle ein Rechtsschutzbedürfnis, weil lediglich die Entlastungsbeschlüsse beseitigt, nicht jedoch eine Sonderprüfung beschlossen würde; die Entlastungsbeschlüsse entfalteten jedoch kaum nennenswerte Rechtswirkungen. Die Nichtzulassung des Sonderprüfungsantrags habe sich nicht auf die Entlastungsbeschlüsse ausgewirkt; im Übrigen seien diese mit über 99 % der Stimmen zustandegekommen, wobei die Mehrheitsaktionärin keineswegs einem Stimmverbot unterlegen wäre.

Das **Erstgericht** wies das Klagebegehren ab. Der Kläger sei zwar klageberechtigt, weil er einerseits selbst Widerspruch erhoben und andererseits die Legitimationstreuhand des Klagevertreters Dr. Martin Löffler offengelegt habe; dieser sei als Legitimationsaktionär des Klägers aufgetreten. Ein Verfahrensfehler, der den Entlastungsbeschluss anfechtbar mache, könne darin erblickt werden, dass über den Sonderprüfungsantrag nicht abgestimmt worden sei. Allerdings sei die Nichtzulassung des Antrags hier nicht relevant gewesen, habe der Kläger doch ungehindert beliebig viele Fragen stellen können, die ihm auch beantwortet worden seien; er habe nach eigenen Angaben durch seine umfangreichen Fragen an den Vorstand Pflichtverletzungen aufgedeckt. Damit sei aber der Zweck der Einflussnahme auf den Willensbildungsprozess der Hauptversammlung in Bezug auf die Entlastung der Organe gewahrt worden.

Das **Berufungsgericht** trug dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 5.000 EUR übersteigt und der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig ist; sein Aufhebungsbeschluss hänge von Fragen des materiellen Rechts ab, zu denen es an Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs fehle, insbesondere zur Frage, ob das Übergehen eines Sonderprüfungsantrags bei möglichem Stimmrechtsausschluss des Mehrheitsaktionärs einen Eingriff in wesentliche Minderheitenrechte des Aktionärs darstellt, der zur Anfechtung von Entlastungsbeschlüssen berechtigt.

In der Sache selbst bejahte auch das Berufungsgericht die Anfechtungsbefugnis des Klägers im Hinblick auf die dem Klagevertreter Dr. Martin Löffler

eingräumte Legitimationstreuhand, womit der von diesem gestellte Sonderprüfungsantrag dem Kläger zuzurechnen sei. § 195 ABGB berechtere zur Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen; nach der hiezu nunmehr vom Obersten Gerichtshof vertretenen Relevanztheorie sei dafür ein ein wesentliches Minderheitenrecht beeinträchtigender Verfahrensverstoß darzutun. Das Recht, die Bestellung eines Sonderprüfers zu beantragen, stelle ein derartiges wesentliches Minderheitenrecht dar; der Sonderprüfungsantrag sei auch inhaltlich zulässig gewesen. Der Kläger hätte zwar gemäß § 118 Abs 2 AktG bei Gericht einen Antrag auf Sonderprüfung stellen können, weil sein Antrag in der Hauptversammlung nicht zur Abstimmung gelangt sei; allerdings habe er nicht über den nötigen Anteil von 10 % des Grundkapitals (83.382.413 Aktien) verfügt. Wäre die Mehrheitsaktionärin tatsächlich bei der Abstimmung über den Sonderprüfungsantrag mit einem Stimmverbot belegt gewesen, wie dies der Kläger behauptet, hätten jedoch für eine positive Beschlussfassung 27.577.868 Aktien ausgereicht. Damit wäre der Kläger durch die Nichtabstimmung über den Sonderprüfungsantrag in seinen Minderheitenrechten verletzt worden; dass - bei rechtmäßigem Verlauf der Hauptversammlung - die Ergebnisse der Sonderprüfung bei der Abstimmung über die angefochtenen Entlastungsbeschlüsse noch nicht vorgelegen wären, spiele keine Rolle, könnte doch andernfalls die Umgehung eines Sonderprüfungsantrags nie zu einer Anfechtung von im Anschluss daran ergangenen Beschlüssen führen. Hinsichtlich des Stimmverbots verwies das Berufungsgericht auf die Identität zweier Vorstandsmitglieder der Beklagten mit jenen der Mehrheitsaktionärin; darüber hinaus sei der Aufsichtsratsvorsitzende der Beklagten, Dr. H***** S*****,

auch Aufsichtsratsvorsitzender der Mehrheitsgesellschafterin gewesen. Das Erstgericht habe zu prüfen, ob diese in Doppelfunktionen tätigen Personen die Mehrheitsgesellschafterin derart massiv beeinflussten beziehungsweise beherrschten, dass von einer Identität von Beklagter und Mehrheitsgesellschafterin auszugehen sei. Sollte dies der Fall sein, wäre die Mehrheitsaktionärin gemäß § 114 AktG von der Abstimmung über die Sonderprüfung ausgeschlossen gewesen. Im Sinn der Relevanztheorie wären dann die Entlastungsbeschlüsse für nichtig zu erklären.

Der **Rekurs der Beklagten** ist zulässig, weil das Berufungsgericht die Rechtslage zum Teil verkannt hat; er ist auch berechtigt.

1. Wie die Vorinstanzen bereits zutreffend erkannt haben und wie dies auch im Rekursverfahren vor dem Obersten Gerichtshof nicht in Zweifel gezogen wird, ist auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt noch die Rechtslage vor dem Aktienrechts-Änderungsgesetz 2009 anzuwenden.

2. Die Beklagte vertritt die Auffassung, der Kläger habe in der Hauptversammlung der Beklagten vom 11. 9. 2008 nicht hinreichend konkret Widerspruch gemäß § 197 Abs 1 Z 1 AktG erhoben; es sei daher davon auszugehen, dass sich sein Widerspruch nur gegen Tagesordnungspunkt 6. und nicht gegen den tatsächlich maßgeblichen Punkt 3. richtete.

Den Feststellungen der Vorinstanzen und dem Protokoll über die Hauptversammlung ist zu entnehmen, dass Dr. Martin Löffler am Ende der Behandlung des Tagesordnungspunkts 6. erklärte, mit den Stimmkarten 370, 371 und 477 zu den Tagesordnungspunkten 2. bis jetzt und auch 5. Widerspruch zu Protokoll zu erklären. Im unmittelbaren Anschluss daran ist festgehalten, dass auch der

Kläger erklärt, mit der Stimmkarte 369 „ebenfalls“ Widerspruch zu erheben. Die Beklagte weist in ihrem Rekurs selbst - und zutreffend - darauf hin, dass die herrschende Auffassung einen Widerspruch während der gesamten Dauer der Hauptversammlung gegen jeden Beschluss für zulässig erachtet (etwa *Szep*, Aktionärsrechte in der aktienrechtlichen Praxis, *ecolex* 1998, 31; *Hüffer* in *MünchKommAktG*² [2001] § 245 Rz 36; *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *AktG* [2003] § 196 Rz 25; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, *AktG II*⁵ [2010] § 196 Rz 3), sodass es dem Kläger nicht schaden kann, dass er nicht unmittelbar nach Behandlung des Tagesordnungspunkts 3. Widerspruch erhoben hat, sondern erst später. Der Kläger hat aber auch die weitere Voraussetzung erfüllt, wonach der Aktionär deutlich machen muss, gegen welchen Beschluss oder gegen welche Beschlüsse sich sein Widerspruch richtet; aus dem Wort „ebenfalls“ und dem unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Erklärung des Widerspruchs durch Dr. Martin Löffler und den Kläger ist hinreichend klar geworden, dass sich der Widerspruch des Klägers ebenfalls (unter anderem) gegen den Tagesordnungspunkt 3. richten sollte.

3. Die Beklagte stellt im Rekursverfahren nicht mehr in Frage, dass der von Dr. Martin Löffler gestellte Antrag auf Bestellung von Sonderprüfern auch dem Kläger zuzurechnen ist.

4.1. Nach § 118 AktG kann die Hauptversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit Prüfer zur Prüfung von Vorgängen bei der Gründung oder der Geschäftsführung, namentlich auch bei Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und Kapitalherabsetzung, bestellen. Diese Bestimmung soll ebenso wie § 45 GmbHG - wie der erkennende Senat erst jüngst dargelegt hat (6 Ob 86/11g mit

zahlreichen weiteren Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur) - den Aktionären beziehungsweise Minderheitsgesellschaftern jene Kenntnisse verschaffen, die notwendig sind, um mögliche Ansprüche gegen pflichtwidrig handelnde Organe verfolgen zu können oder sonstige Rechtsfolgen geltend zu machen. Sonderprüfer dürfen dabei zwar nicht generell mit der Kontrolle der Geschäftsführung beauftragt werden; vielmehr muss sich die Prüfung auf Vorgänge bestimmter Art beziehen, erfasst sind aber bestimmte Geschäftsführungsvorgänge, sofern sie nur die finanzielle Lage der Gesellschaft oder ihre Schilderung in der Bilanz zu beeinflussen vermöchten. Zu ergänzen sind diese Ausführungen dahin, dass der Begriff der Geschäftsführung nicht eng auszulegen ist (6 Ob 28/08y GesRZ 2008, 304 [S. Schmidt]; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ [2006] § 118 Rz 2; S. Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ [2010] § 130 Rz 2).

4.2. Die Beklagte meint nun unter Hinweis auf den in der Hauptversammlung vom 11. 9. 2008 gestellten Sonderprüfungsantrag, dieser beziehe sich auf die Bilanzierung, insbesondere die Bewertung von Forderungen der Beklagten gegenüber der Mehrheitsaktionärin, und die Zulässigkeit eines Darlehens der Beklagten an die Mehrheitsaktionärin vor dem Hintergrund des § 66a AktG. Dies könne aber nicht Gegenstand einer Sonderprüfung sein.

Soweit die Beklagte zur Begründung ihrer Auffassung, der Jahresabschluss als solcher könne nicht Gegenstand einer Sonderprüfung sein, auf die Entscheidungen 6 Ob 3/88 und 6 Ob 28/08y verweist, so ist diesen eine derartige Aussage nicht zu entnehmen. Vielmehr hat der erkennende Senat in der letztgenannten Entscheidung ganz ausdrücklich festgehalten, es könne keinem Zweifel

unterliegen, dass auch der Jahresabschluss der Gesellschaft Gegenstand einer Sonderprüfung sein kann, sei es doch anerkannt, dass es sich bei dessen Erstellung durch den Vorstand um eine Maßnahme der Geschäftsführung handelt.

§ 66a AktG verbietet die finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbs durch die Aktiengesellschaft (*Karollus in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ [2006] § 66a Rz 2). Warum ein Darlehen der Gesellschaft an ihren Mehrheitsaktionär nicht Gegenstand einer Sonderprüfung sein kann, wie die Beklagte ausführt, ist nicht ersichtlich, gesteht die Beklagte doch selbst ein, dass die Sonderprüfung „freilich“ auch Geschäfte mit über- oder untergeordneten Konzerngesellschaften umfassen kann. Dass in der Folge die Sonderprüfung etwa aufgrund (allenfalls) nicht bestehender Einsichts- und Auskunftsrechte bei der anderen Gesellschaft möglicherweise keine vollständige Aufklärung zu erbringen vermag, macht sie nicht von vornherein unzulässig.

4.3. Zwar wurde durch das Aktienrechts-Änderungsgesetz 2009 das Antragsrecht der Aktionäre in § 119 AktG ausdrücklich geregelt; es ist jedoch nicht zweifelhaft, dass ein derartiges Recht auch schon vor dem Inkrafttreten des § 119 AktG nF anerkannt war (vgl etwa *S. Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ [2010] § 119 Rz 1). Demnach hatte jeder Aktionär das Recht, in der Hauptversammlung Anträge zur Beschlussfassung zu stellen. Dieses Antragsrecht beruhte auf keiner eigenen gesetzlichen Grundlage, sondern wurde vom Aktiengesetz vorausgesetzt. Es diente der Teilnahme und Einflussnahme auf den Willensbildungsprozess, also auf die Beschlussfassung der Hauptversammlung, und musste von der Tagesordnung gedeckt sein (*Kalss/Linder*, Minderheits- und Einzelrechte von Aktionären [2006] Teil II.10.). Zum Tagesordnungspunkt

der Entlastung der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats konnte dabei die Hauptversammlung auch ohne gesonderte Ankündigung eine Sonderprüfung über einzelne, mit der Geschäftsführung während des letzten Geschäftsjahrs zusammenhängende und für die Entlastung relevante Vorgänge beschließen (*Reich-Rohrwig*, Anträge in der Hauptversammlung, *ecolex* 1991, 460; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ [2006] § 118 Rz 5; *S. Schmidt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG [2003] § 118 Rz 16).

4.4. Damit hat der die Hauptversammlung leitende Aufsichtsratsvorsitzende der Beklagten aber zu Unrecht den Antrag auf Sonderprüfung nach § 118 AktG nicht zur Abstimmung gebracht. Auf den Umstand, dass dem Antragsteller in der Hauptversammlung die Möglichkeit einer Antragstellung bei Gericht nach § 118 Abs 2 AktG nicht nur bei Ablehnung seines Antrags durch die Hauptversammlung, sondern auch dann zugestanden wird, wenn der Antrag gar nicht zur Abstimmung gebracht wurde (*Wünsch*, Rechtliche Probleme im Umfeld der Sonderprüfung, FS Egger [1997] 560; *S. Schmidt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG [2003] § 118 Rz 29; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ [2006] § 118 Rz 7; *S. Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ [2010] § 130 Rz 12), konnte der Kläger dabei nicht verwiesen werden, enthielt § 118 Abs 2 (ebenso wie nunmehr § 130 Abs 2) AktG doch eine Kapitalschwelle von 10 %, die der Kläger mit seinen 80.000 Stück Aktien nicht erreicht hat.

5.1. Der Oberste Gerichtshof ist in jüngerer Zeit bereits mehrfach von der zu § 195 AktG vertretenen Kausalitätstheorie abgegangen und hat sich der so genannten Relevanztheorie angeschlossen (4 Ob 101/06s SZ 2006/155; 4 Ob 229/07s; 6 Ob 91/08p; 6 Ob 258/08x). Während nach der Kausalitätstheorie auch der nicht sanierte Formverstoß kein

Anfechtungsgrund war, wenn es am Kausalzusammenhang zwischen diesem und einem Rechtsnachteil fehlte (zum Beispiel wenn auch eine fehlerfrei einberufene spätere Generalversammlung zweifellos gleich entschieden hätte; vgl RIS-Justiz RS0059771), steht nach der Relevanztheorie der beklagten Aktiengesellschaft bei einer rechtswidrigen Beeinträchtigung des Rede- und Auskunftsrechts des Aktionärs nicht der Beweis offen, dass der angefochtene Beschluss auch bei Ausübung des Auskunftsrechts zustande gekommen wäre (zu den Unterschieden vgl etwa auch *Schröckenfuchs/Ruhm*, Relevanz oder Kausalität? wbl 2003, 461). Nach der Relevanztheorie ist der Zweck der eingehaltenen Verfahrensbestimmungen für die Anfechtbarkeit entscheidend. Nur wenn durch die Verletzung ein konkretes Informations- oder Partizipationsinteresse eines Aktionärs verletzt wurde, begründet er die Anfechtbarkeit; irrelevante Mängel scheiden daher aus (6 Ob 91/08p).

5.2. Nach den Feststellungen der Vorinstanzen war der Kläger bei der Hauptversammlung vom 11. 9. 2008 anwesend; dort wurde er - abgesehen von der Nichtzulassung des Antrags zur Abstimmung - in seinen Rechten als Aktionär nicht behindert, er konnte insbesondere beliebig viele Fragen stellen, welche ihm, wenn auch für ihn unbefriedigend, beantwortet wurden. In seinen Informations- und Partizipationsrechten wurde der Kläger somit insoweit nicht verletzt.

5.3. Der erkennende Senat hat allerdings in der Entscheidung 6 Ob 91/08p auch das Fehlen von (nach dem Gesellschafter-Ausschlussgesetz vorzulegenden) Unterlagen anhand der Relevanztheorie geprüft und die Möglichkeit eines relevanten Verfahrensverstößes vor dem Hintergrund gesehen, dass in einem solchen Fall das (gesetzlich vorgesehene)

Informationsrecht des (auszuschließenden) Gesellschafters ganz massiv beschränkt würde; die Gesellschaft könnte ja ganz bewusst bestimmte Unterlagen von der Vorlage ausnehmen.

Dieser Grundgedanke ist auch dann anzuwenden, wenn ein Aktionär in seinem Informationsrecht dadurch massiv beschränkt wird, dass er etwa Unregelmäßigkeiten der Geschäftsführung vermutet und diese durch eine Sonderprüfung aufklären lassen will. Der erkennende Senat hat in diesem Zusammenhang bereits ausgesprochen, dass die Sonderprüfung auch ein Beweissicherungsmittel zur Ausforschung (Erhärtung) vermuteter Pflichtwidrigkeiten ist (6 Ob 223/04v; 6 Ob 86/11g). Geht es aber nun um vermögensrechtliche Transaktionen zwischen zwei Konzerngesellschaften, die in einem Über- und Unterordnungsverhältnis stehen und über (zumindest teilweise) personenidentische Organe verfügen, und verweigert - wie im vorliegenden Fall - eine dieser Personen (der die Hauptversammlung leitende Aufsichtsratsvorsitzende der Beklagten und der Mehrheitsaktionärin) unzulässigerweise die Abstimmung über eine beantragte Sonderprüfung zu diesen vermögensrechtlichen Transaktionen im weitesten Sinn, so besteht ebenfalls die Gefahr der Beeinträchtigung relevanter Informationsrechte des betreffenden Aktionärs.

5.4. Die Beklagte versucht in ihrem Rekurs die mangelnde Relevanz der Nichtzulassung des Sonderprüfungsantrags zur Abstimmung für die Willensbildung in der Hauptversammlung und für die Teilnahme- und Mitwirkungsrechte darzutun. Sie argumentiert dabei allerdings einerseits vornehmlich mit Überlegungen der - von der jüngeren Rechtsprechung abgelehnten - Kausalitätstheorie und gesteht andererseits

selbst zu, dass Informationen wesentliche Voraussetzung für die sachgerechte Wahrnehmung eines objektiv urteilenden Aktionärs sind; eine Anfechtung komme dann in Betracht, wenn die - nicht erteilte - Information so gewichtig ist, dass sie das Verhalten eines objektiv urteilenden Aktionärs beeinflusst hätte.

Letzterem ist durchaus beizupflichten (vgl aus dem deutschen Rechtsbereich etwa *Spindler*, Die Reform der Hauptversammlung und der Anfechtungsklage durch das UMAG, NZG 2005, 825; *Fleischer*, Das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, NJW 2005, 3525; *Schütz*, UMAG Reloaded, NZG 2005, 5; dBGH II ZR 225/99, II ZR 250/02), ebenso den Überlegungen im Rekurs der Beklagten, nicht jeder Rechtsverstoß könne nach der Relevanztheorie zur Anfechtung berechtigen. Irrelevante Mängel scheiden tatsächlich aus (6 Ob 91/08p). Allerdings hält der erkennende Senat das Unterbleiben einer Abstimmung über einen Sonderprüfungsantrag jedenfalls in einer Konstellation wie der vorliegenden nicht für irrelevant, könnte die Sonderprüfung doch Ergebnisse zeitigen, aufgrund deren ein objektiv urteilender Aktionär dem Vorstand und dem Aufsichtsrat die Entlastung verweigern würde. Insoweit wurde - entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung - der Leistungszweck des § 118 Abs 1 AktG nicht bereits dadurch erreicht, dass dem Kläger ein ungehindertes Fragerecht in der Hauptversammlung zugekommen ist.

Dem im Rekurs wiederholten Argument, das Ergebnis der Sonderprüfung wäre keinesfalls bereits in der Hauptversammlung vom 11. 9. 2008 vorgelegen, hat das Berufungsgericht bereits zutreffend entgegen gehalten, dass bei Berechtigung dieses Einwands die Nichtabstimmung über

einen Sonderprüfungsantrag nie zu einer Anfechtbarkeit von im Anschluss daran ergangenen Beschlüssen - wie hier über die Entlastung der Gesellschaftsorgane - führen könnte. Eine derartige Rechtsschutzlücke kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein.

5.5. Die Ausführungen der Beklagten in ihrem Rekurs, bei entsprechender Beschlussfassung der Hauptversammlung über den gestellten Sonderprüfungsantrag hätte der Vorstand der Gesellschaft nach § 70 AktG diesen infolge Gesetz- beziehungsweise Satzungswidrigkeit anfechten müssen, sind nicht verständlich. Wie bereits dargelegt, entsprach der Sonderprüfungsantrag des Klägers den Voraussetzungen des § 118 Abs 1 AktG.

5.6. Die Beklagte meint weiters, ein Aktionär, dessen Antrag auf Sonderprüfung nicht zur Abstimmung gelangte, könne sich nach § 118 Abs 2 (nunmehr § 130 Abs 2) AktG an das Gericht wenden, sofern er die Kapitalschwelle überschreitet; weitere rechtliche Schritte bestünden nicht. Dieser Auffassung stehen jedoch sowohl die Rechtsprechung (6 Ob 22/94 NZ 1995, 166) als auch die Literatur (*S. Schmidt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG [2003] § 118 Rz 17; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ [2006] § 118 Rz 5) entgegen. Überschreitet der Aktionär die Kapitalschwelle von 10 % des Grundkapitals nicht, bleibt ihm nur die Anfechtung des zum betreffenden Tagesordnungspunkt gefassten Beschlusses (6 Ob 22/94; *S. Schmidt* aaO).

5.7. Da somit der Antrag des Klägers auf Sonderprüfung zu Unrecht in der Hauptversammlung vom 11. 9. 2008 nicht zur Abstimmung gebracht wurde, damit die Informationsrechte des Klägers massiv beeinträchtigt wurden und dieser Verfahrensmangel (nach der anzuwendenden Relevanztheorie) beachtlich ist, sind die vom Kläger

angefochtenen Beschlüsse für nichtig zu erklären.

6. Das Berufungsgericht hat die Verbreiterung der Sachverhaltsgrundlagen durch das Erstgericht mit der Begründung für nötig erachtet, das Recht, die Bestellung eines Sonderprüfers zu beantragen, stelle - ebenso wie das Rede- und Auskunftsrecht - ein wesentliches Minderheitenrecht dar, dessen Ausübung sowohl für den einzelnen Aktionär als auch für die Gesellschaft, die von der Aufklärung von Missständen profitiert, bedeutend sei. Ob ein Eingriff in dieses Recht durch Nichtzulassung des Antrags zur Abstimmung den Beweis der Einflusslosigkeit auf die bekämpften Beschlüsse aus teleologischen Gründen verbiete, hänge jedoch von der Tragweite der Konsequenzen ab, die aus der Nichtzulassung folgten. Deshalb müsse geprüft werden, ob der Kläger bei Durchführung der Abstimmung unter Berücksichtigung des von ihm behaupteten Stimmverbots zu Lasten der Mehrheitsaktionärin die Sonderprüfung hätte durchsetzen können. Diesen Überlegungen kann nicht gefolgt werden.

6.1. Der Kläger strebt die Nichtigerklärung der Entlastungsbeschlüsse zu Gunsten des Vorstands und des Aufsichtsrats der Beklagten an. Wie aufgezeigt, war infolge Nichtabstimmung über den Sonderprüfungsantrag das in der Hauptversammlung eingehaltene Verfahren vor dieser Beschlussfassung relevant fehlerhaft. Damit hat der Kläger das von ihm in diesem Verfahren angestrebte Ziel erreicht.

6.2. Die Aufträge des Berufungsgerichts an das Erstgericht würden letztlich dazu führen, feststellen zu können, ob tatsächlich - bei Durchführung der Abstimmung - die beantragte Sonderprüfung in der Hauptversammlung vom 11. 9. 2008 beschlossen worden wäre. Ein derartiges Begehren hat der Kläger aber gar nicht

gestellt. Die Aufträge erübrigen sich somit.

7. Nach ständiger Rechtsprechung kann der Oberste Gerichtshof anlässlich seiner Entscheidung über einen Rekurs gegen einen Aufhebungsbeschluss des Berufungsgerichts nach § 519 Abs 1 Z 2 ZPO auch in der Sache selbst entscheiden; die Entscheidungsbefugnis des Berufungsgerichts über die Berufung (hier des Klägers) devolviert an den Obersten Gerichtshof (RIS-Justiz RS0043853). In diesem Verfahren vor dem Obersten Gerichtshof gilt das Verschlechterungsverbot (hier zu Lasten der Beklagten) nicht (RIS-Justiz RS0043856). Infolge Spruchreife waren daher die Entscheidungen der Vorinstanzen im Sinn des vom Kläger gestellten Berufungsantrags dahin abzuändern, dass dem Klagebegehren stattgegeben wird.

Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens erster Instanz gründet sich auf § 43 Abs 1 ZPO, jene über die Kosten des Berufungsverfahrens auf § 43 Abs 1, § 50 ZPO und jene über die Kosten des Rekursverfahrens auf §§ 41, 50 ZPO. Der Kläger ist im Verfahren erster und zweiter Instanz mit 2/3 seines Begehrens durchgedrungen, im Verfahren vor dem Obersten Gerichtshof zur Gänze.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 18. Juli 2011
Dr. P i m m e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: