
Datum: 27.05.2003
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 27. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 27 U 106/02
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2003:0527.27U106.02.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 13 O 9/01

Tenor:

Das Versäumnisurteil des Senats vom 16. Januar 2003 wird aufrechterhalten.

Die weiteren Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Vollstreckung aus diesem Urteil und aus dem Versäumnisurteil des Senats vom 16. Januar 2003 durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe:

A.

Der Kläger ist Aktionär der Beklagten. Er begehrt die Nichtigerklärung der Beschlüsse der Hauptversammlung der Beklagten vom 18.12.2000. Er rügt, daß die in seinem Klageantrag im einzelnen näher bezeichneten Beschlüsse unter Anwendung des sog. Subtraktionsverfahrens zustandegekommen seien. Dies sei schon grundsätzlich unzulässig. Jedenfalls habe die Beklagte keine hinreichenden Maßnahmen getroffen, um sicherzustellen, daß die Präsenz der Stimmberechtigten bei den einzelnen Abstimmungen genauestens festgehalten worden sei.

1

2

3

Es liegt eine Anwesenheitsliste der Hauptversammlung (Computerausdruck) vor. Sie besteht aus folgenden fünf Spalten: lfd. Nr. (1 - 802), Name, Vorname, Bevollmächtigter, Aktien. In dieser letzten Spalte "Aktien" ist jeweils eine Anzahl eingetragen. Am Ende dieser Spalte befindet sich darunter die Zahl 68.100. Die Anwesenheitsliste ist vom Versammlungsleiter unterzeichnet. Daneben liegt eine 7seitige handschriftliche Aufzeichnung der Mitarbeiterin Frau B vor. Sie hat nach der Darstellung der Beklagten immer dann, wenn ein Hauptversammlungsteilnehmer den Saal verlassen habe, sich von diesem seine Aktien aushändigen lassen und seine Stimmen durch handschriftlichen Vermerk von den präsenten Stimmen abgezogen. Wenn der entsprechende Hauptversammlungsteilnehmer den Saal wieder betreten habe, habe er von ihr die Aktien zurückerhalten und sie habe ebenfalls durch einen handschriftlichen Vermerk seine Stimmen wieder hinzuaddiert. Vor jeder Abstimmung habe der Versammlungsleiter bei Frau B die jeweilige präsente Stimmenzahl abgefragt. Diese sei dann in das Protokoll der Hauptversammlung übernommen worden. Die handschriftliche Aufzeichnung beginnt mit dem Datum "18.12.2000" sowie dem Vermerk "Beginn: 10.15 Uhr" und "Gesamtstimmzahl: 68.263". Sodann beginnt eine Auflistung, die als erstes + 59 Aktien unter 10.25 Uhr vermerkt und zur Summe von 68.322 Aktien (1. Abstimmung) gelangt. Anschließend finden sich die genannten Vermerke über Ab- und Zugänge, wobei in der linken Spalte jeweils eine bestimmte Anzahl subtrahiert oder addiert worden ist und in der rechten Spalte eine "lfd. Nr." vermerkt ist. Zudem sind jeweils die Zeitpunkte der verschiedenen Abstimmungen vermerkt. Die Aufzeichnung ist von der Mitarbeiterin B und dem Versammlungsleiter unterzeichnet.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands erster Instanz wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 5

Der Kläger hat beantragt, 6

wie im Versäumnisurteil des Senats erkannt. 7

Die Beklagte hat beantragt, 8

die Klage abzuweisen. 9

Sie hat behauptet, durch die Verfahrensweise der Kontrolle der Anwesenheit, insbesondere durch die Aufzeichnungen der Mitarbeiterin B, sei sichergestellt gewesen, daß auch bei der Anwendung der Subtraktionsmethode ein zutreffendes Abstimmungsergebnis habe festgestellt werden können. 10

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat die Anfechtungsbefugnis des Klägers zwar bejaht. Jedoch sei die Auszählung der Stimmen nach der sog. Subtraktionsmethode grundsätzlich zulässig. Erforderlich sei lediglich, daß die Gesellschaft Vorkehrungen treffe, daß sich die Gesamtzahl der Hauptversammlungsteilnehmer für den jeweiligen Abstimmungsgang hinreichend zuverlässig aus dem Teilnehmerverzeichnis und einer daneben geführten Präsenzliste entnehmen lasse. Diese Vorkehrungen seien hier auch im Grundsatz ausreichend getroffen worden. Allerdings habe die Mitarbeiterin B ihre Aufgabe nicht hinreichend sorgfältig wahrgenommen, wie sich aus den offensichtlich unzutreffenden handschriftlichen Zahlen in der von ihr geführten Präsenzliste ergebe. Gleichwohl seien die auf der Basis dieser Methode ermittelten Abstimmungsergebnisse und hiernach gefaßten Beschlüsse in der Hauptversammlung nicht anfechtbar. Denn es könne entgegen der Behauptung des Klägers nicht davon ausgegangen werden, daß es bei der Anwendung der Additionsmethode zu einem vollständig anderen Abstimmungsergebnis gekommen wäre. Denn unstreitig sei der weit überwiegende Teil der Aktionäre mit einem Stimmenanteil von 11

55.000 - 56.000 Stimmen von Herrn G vertreten worden. Da aber ausweislich des Protokolls bei sämtlichen Abstimmungen ein Anteil an Ja-Stimmen von mehr als 55.000 - 56.000 Stimmen ermittelt worden sei, ergebe sich daraus zwangsläufig, daß Herr G, bei dem eine einheitliche Stimmabgabe unterstellt werden könne, jeweils den Ja-Stimmen zuzurechnen gewesen sei. Es erscheine ausgeschlossen, daß Herr G bei der Anwendung des Additionsverfahrens anders abgestimmt hätte als mit "Ja". Soweit der Kläger außerdem noch bestreite, daß Herr G tatsächlich von allen, in der Teilnehmerliste mit diesem Vermerk ausgewiesenen Aktionären bevollmächtigt gewesen sei, sei diese Beanstandung nicht innerhalb der Anfechtungsfrist gem. § 246 Abs. 1 AktG erfolgt und deshalb nicht zu überprüfen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Mit seiner Berufung verfolgt der Kläger seinen erstinstanzlichen Klageantrag weiter. Er hält nach wie vor die Anwendung der Subtraktionsmethode generell für unzulässig. Außerdem rügt er, daß das Landgericht verkannt habe, daß aufgrund der Aufzeichnungen gerade nicht feststehe, daß Herr G während der Abstimmungen im Saal gewesen sei. Denn ausweislich der handschriftlichen Aufzeichnungen der Mitarbeiterin B hätten mehrfach Aktionäre den Saal verlassen, die nach der Anwesenheitsliste von Herrn G vertreten worden seien. Gleichwohl habe Frau B dann jeweils nur den auf diesen Aktionär entfallenden Aktienanteil und Stimmanteil abgezogen, nicht jedoch den gesamten, auf Herrn G durch Bevollmächtigungen entfallenden Anteil. 12

Der Senat hat durch Versäumnisurteil vom 16. Januar 2003, auf das wegen der Einzelheiten verwiesen wird, das angefochtene Urteil abgeändert und dem Klageantrag (Nichtigerklärung der im einzelnen bezeichneten Beschlüsse der Hauptversammlung der Beklagten vom 18.12.2000) stattgegeben. 13

Hiergegen hat die Beklagte zulässigen Einspruch eingelegt. 14

Sie behauptet nunmehr, Herr G habe an allen Abstimmungen teilgenommen, er habe die Stimmen für die von ihm vertretenen Aktionäre einheitlich abgegeben und er habe während der Abstimmungen den Saal nicht verlassen (Beweis: Zeugnis I). Zudem sei er von allen Aktionären, für die er abgestimmt habe, bevollmächtigt worden (Beweis: wie vor). 15

Der Kläger rügt dieses Beweisangebot als verspätet; die Beklagte sei mit ihm außerdem nach § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen. 16

B. 17

Der zulässige Einspruch der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Die zulässige Berufung des Klägers ist begründet. Das Versäumnisurteil des Senats ist daher aufrechtzuerhalten. 18

I. 19

Die Anfechtungsklage ist zulässig. Das Landgericht hat in zutreffender Weise die Anfechtungsbefugnis des Klägers nach § 245 Nr. 1 AktG bejaht. Auf die Ausführungen hierzu im angefochtenen Urteil wird Bezug genommen. Der Widerspruch gegen das Wahl- und Auszählungsverfahren durch den Kläger umfaßt ohne weiteres alle mit diesem Verfahren durchgeführten Abstimmungen und damit alle hier angefochtenen Beschlüsse. 20

II. 21

Es liegt auch ein Anfechtungsgrund nach § 243 Abs. 1 AktG vor. Das Abstimmungsverfahren entsprach nicht den Anforderungen des § 133 AktG. 22

1. 23

Zwar neigt auch der Senat wie das Landgericht im angefochtenen Urteil dazu, die Anwendung des sog. Subtraktionsverfahrens nicht generell für unzulässig zu halten (ebenso BGH NJW 2002, 3629 ff. m.w.N.). Dies kann aber letztlich offen bleiben. 24

Denn jedenfalls kann im Wege des Subtraktionsverfahrens die Zahl der Stimmen für die 3. Abstimmungsfrage nur dann zweifelsfrei aus der Zahl der Stimmen für die ersten beiden Abstimmungsfragen errechnet werden, wenn für den Zeitpunkt der jeweiligen Abstimmung die Anzahl der anwesenden Abstimmungsberechtigten und deren Stimmkraft feststeht (BGH a.a.O.). Deshalb ist für die Zulässigkeit der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses durch die Subtraktionsmethode Voraussetzung, daß die Gesamtzahl der Hauptversammlungsteilnehmer für den jeweiligen Abstimmungsgang hinreichend zuverlässig aus dem Teilnehmerverzeichnis und der hierneben geführten Präsenzliste entnommen werden kann (Hüffer, AktG, 5. Aufl., § 133 Rdn. 24). Voraussetzung für ein ordnungsgemäßes Funktionieren der Ermittlung der Stimmenzahl durch die Subtraktionsmethode ist die zum Zeitpunkt jeder Abstimmung einwandfrei feststellbare tatsächliche Präsenz, die nur durch eine strenge Kontrolle und Erfassung der nach Aufstellung der Anwesenheitsliste den Versammlungsraum neu betretenden und ihn verlassenden Aktionäre und Aktionärsvertreter möglich ist (Barz in Großkommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., § 119 Anm. 41 a.E.). 25

2. 26

Das Landgericht hat bereits zutreffend festgestellt, daß diese Voraussetzungen der Zulässigkeit der Anwendung des Subtraktionsverfahrens zur Ermittlung der Stimmenzahl für die Beschlüsse in der Hauptversammlung der Beklagten vom 18.12.2000 nicht gegeben waren. Die handschriftlichen Aufzeichnungen der Frau B, auf denen die jeweils vom Versammlungsleiter festgestellte Anzahl der präsenten Stimmen beruht (vgl. das Protokoll der Hauptversammlung, GA 11 ff., mit den handschriftlichen Zahlen der Frau B (Anlage zum Schriftsatz vom 02.04.2002)), sind offensichtlich unrichtig. So ist schon die Ausgangszahl nicht nachvollziehbar. Sie entspricht nicht der in der Anwesenheitsliste, die als solche vom Versammlungsleiter abgezeichnet ist, als Summe ausgewiesenen Zahl. Sodann stimmen auch die jeweilige Anzahl der Aktien, die auf einen Aktionär nach der Liste entfallen, nicht mit der von Frau B jeweils unter der lfd. Nr. notierten Anzahl überein. So hat beispielhaft Frau B beim Verlassen des Aktionärs, den sie mit der lfd. Nr. 783 bezeichnet hat, 112 Aktien von der Gesamtstimmzahl abgezogen. Tatsächlich entfallen aber auf den Aktionär mit der lfd. Nr. 783 nach der Anwesenheitsliste (Herr X 156 Stimmen. Ein weiteres Beispiel ist der von Frau B mit Nr. 751 bezeichnete Aktionär, bei dem sie 48 Stimmen abgezogen hat. Nach der Anwesenheitsliste entfielen auf diesen Aktionär (Herr X2 jedoch 78 Stimmen. Diese Beispiele ließen sich beliebig fortführen. 27

Zudem haben nach der handschriftlichen Aufzeichnung mehrfach Personen den Saal verlassen, die nach der Anwesenheitsliste gar nicht selbst anwesend waren, sondern vertreten wurden, und insbesondere auch durch Herrn G (vgl. lfd. Nr. 801, 742, 780 usw.). Hier ist es nicht anders denkbar, als daß der Vertreter den Saal verlassen hat. Dann aber hätten die Stimmen sämtlicher Aktionäre, die durch diesen Vertreter vertreten wurden, abgezogen werden müssen (darauf, daß besonders auf solche Fälle geachtet werden muß, verweist zutreffend auch Zöllner, ZGR 1974, 1, 5). Das ist jedoch nicht erfolgt. 28

Schließlich tauchen in den handschriftlichen Notizen der Frau B auch lfd. Nrn. auf, die es in der Anwesenheitsliste gar nicht gibt, so daß nicht nachvollziehbar ist, welche Aktionäre hiermit gemeint sein könnten.	29
Zusammenfassend ergibt sich aus den vorgelegten Unterlagen und geführten Listen nicht nur keine zuverlässige Feststellung der Präsenz, sondern überhaupt nicht, wer zu welchem Zeitpunkt anwesend war und mit welcher Stimmenzahl die Aktionäre jeweils vertreten waren.	30
3.	31
Entgegen der Auffassung des Landgerichts kann aufgrund der vorliegenden Unterlagen nicht ausgeschlossen werden, daß diese Fehler bei der Feststellung der Abstimmungsergebnisse zur Feststellung falscher Mehrheiten geführt haben. Denn aus der Tatsache, daß ausweislich des Protokolls der Hauptversammlung bei sämtlichen Abstimmungen ein Anteil an Ja-Stimmen von mehr als 55.000 - 56.000 Stimmen ermittelt worden ist, ergibt sich nicht zwangsläufig, daß Herr G mit seinem 55.000 Stimmen übersteigenden Stimmenanteil jeweils den Ja-Stimmen zugerechnet werden muß. Denn bei dieser Betrachtungsweise wird nicht berücksichtigt, daß dieses Ergebnis der Ja-Stimmen nur rechnerisch ermittelt worden ist. Seine Richtigkeit setzt voraus, daß Herr G bei den Abstimmungen jeweils im Saal anwesend war. Nur dann darf sein Schweigen als Zustimmung zu der jeweiligen Abstimmungsfrage gewertet werden. Ausweislich der vorgelegten Anwesenheitsliste mit den handschriftlichen Aufzeichnungen der Frau B steht jedoch gerade nicht fest, daß Herr G durchgehend im Saal anwesend war. Zum anderen ist auch fraglich, ob ohne weiteres die einheitliche Abgabe der von ihm vertretenen Stimmen unterstellt werden muß oder kann.	32
4.	33
Die nunmehr aufgestellte Behauptung der Beklagten, Herr G habe die Stimmen für die von ihm vertretenen Aktionäre einheitlich abgegeben und habe während der Abstimmungen den Saal nicht verlassen, ist unerheblich.	34
a)	35
Zwar ist dieser Vortrag nach § 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO noch zulässig, weil es für das Landgericht auf diesen Vortrag nicht angekommen ist und es damit diesen Gesichtspunkt für unerheblich gehalten hat. Denn nach der Auffassung des Landgerichts (s.o. 3.) ergab sich ja bereits aus den festgestellten Stimmenzahlen, daß Herr G jeweils den Ja-Stimmen zuzurechnen gewesen sei.	36
b)	37
Die Behauptung der Beklagten ist aber unerheblich. Denn sie ändert nichts daran, daß die tatsächliche Ermittlung der Abstimmungsergebnisse im Wege der Subtraktionsmethode aufgrund der unzureichenden Vorkehrungen der Beklagten zur zuverlässigen und richtigen Feststellung der Stimmen unzulässig war. Vielmehr wird durch diese Behauptung diese Feststellung bestätigt. Denn wenn Herr G tatsächlich durchgehend anwesend war und für alle von ihm lt. Anwesenheitsliste vertretenen Aktionäre abgestimmt hat, ist die Ermittlung der tatsächlich im Saal Anwesenden durch die Aufzeichnungen der Frau B erst recht in jeder Hinsicht falsch gewesen. Wie bereits dargelegt hat Frau B mehrfach verzeichnet, daß Aktionäre den Saal verlassen hätten, die nach der Anwesenheitsliste und der jetzigen Behauptung der Beklagten von Herrn G vertreten gewesen sein sollen.	38
	39

Bei einer unzulässigen weil grundsätzlich unzuverlässigen Wahl des Auszählungsverfahrens sind die hiermit festgestellten Beschlüsse aber in jedem Fall anfechtbar. Es kommt nicht darauf an, ob bei der Anwendung eines anderen Verfahrens mit zutreffender Auszählung der Stimmen hinsichtlich der Mehrheitsverhältnisse dieselben Ergebnisse herausgekommen wären. Das gewählte Auszählungsverfahren muß wenigstens im Ansatz geeignet gewesen sein, richtige Mehrheitsverhältnisse festzustellen. Ist dies nicht der Fall, erfordert es der Grundsatz der Klarheit, Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit der Durchführung der Hauptversammlung einschließlich der auf ihr gefaßten Beschlüsse, daß letztere erfolgreich anfechtbar sind.

Würde man den Einwand zulassen, im Rechtsstreit durch eine Beweisaufnahme feststellen zu können, wie die tatsächlichen Anwesenheiten und Stimmabgaben waren, könnte sich per Zufall jede Feststellung eines Abstimmungsergebnisses auf noch so fehlender oder fehlerhafter Grundlage als richtig und damit unanfechtbar erweisen. 40

Diese Situation ist nicht vergleichbar mit einzelnen Unrichtigkeiten (etwa Zählfehlern, Berücksichtigungen von Stimmen trotz Stimmverbots oder Nichtigkeit), die aus sich selbst heraus ersichtlich die Mehrheitsverhältnisse nicht beeinträchtigt haben und deshalb letztlich keine Anfechtbarkeit begründen können (vgl. hierzu Hüffer, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., § 243 Rdn. 41). Denn vorliegend wirkt sich die Fehlerhaftigkeit des Verfahrens bei der Auszählung insgesamt auf das vom Versammlungsleiter festgestellte Ergebnis aus. Entsprächen die festgestellten Beschlüsse tatsächlich dem Willen der damals anwesenden Mehrheit, wäre dies reiner Zufall. 41

III. 42

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Vorausset 43

zungen zur Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) liegen nicht vor. 44