



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

**„Informationsrechte der GmbH-Gesellschafter und
Aktionäre**

—

**Ein Rechtsvergleich zwischen Österreich und der
Schweiz“**

Verfasser

Mag. Jakob Egle

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2011

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: o. Univ.-Prof. DDr. Arthur Weilingner

Meinen Eltern in Dankbarkeit

Vorwort

Diese Dissertation entstand im Bestreben, meine gesellschaftsrechtlichen Kenntnisse durch wissenschaftliche Arbeit zu fundieren. Die Idee zu dieser Arbeit kam mir im Frühling 2010. Das gewählte Thema betrifft einen Kernpunkt des Gesellschaftsrechts, und behandelt verschiedenste Fragen, die für mich ungeklärt schienen.

Mein Dank gilt nun zunächst meinem Betreuer, Univ.Prof. Dr. Dr. Arthur Weilingner, der es mir ermöglicht hat, diese Dissertation zu verfassen. Bedanken möchte ich mich auch bei Univ.Prof. Dr. Helmut Ofner, der sich freundlicherweise bereit erklärt hat, die Zweitbegutachtung zu übernehmen.

Besonders bedanke ich mich bei meinen Eltern, Dr. Wolfgang und Dr. Hilde Egle, die mir meinen Ausbildungsweg ermöglicht haben, mich immer unterstützten und in unsicheren Momenten mit sanftem Druck in die richtige Richtung leiteten. Meiner Mutter möchte ich zusätzlich für die anregenden fachlichen Diskussionen und ihre Mühe beim Korrekturlesen dieser Arbeit danken.

Léonore und Fabian haben mich während der Arbeit an dieser Dissertation wohl am engsten begleitet. Ihnen sei besonderer Dank für die Geduld und die immer wieder aufmunternden und motivierenden Worte ausgesprochen.

Zuletzt möchte ich mich sehr herzlich bei Florian und Olivier bedanken, die mir mit ihrer großzügigen schweizerischen Gastfreundschaft die Arbeit in Zürich um vieles erleichtert haben.

Wien, im Mai 2011

Jakob Egle

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	I
Inhaltsverzeichnis.....	II
Abkürzungsverzeichnis.....	IV
I. Einleitung.....	1
II. Gesellschaft mit beschränkter Haftung.....	2
A. Österreich.....	2
1. Gesetzlich vorgeschriebene Informationsrechte.....	2
a) Das Recht auf Zusendung von Geschäftsunterlagen.....	2
b) Das Recht auf Bucheinsicht.....	7
c) Das Recht auf Einsicht in die Sammlung der Generalversammlungsbeschlüsse.....	15
d) Das Recht auf Zusendung einer Kopie der Generalversammlungsbeschlüsse	16
e) Die Sonderprüfung auf Minderheitsantrag	17
f) Das Recht auf Bucheinsicht nach Beendigung der Liquidation	37
2. Informationsrechte ohne ausdrückliche Grundlage im GmbHG	39
a) Das individuelle Auskunftsrecht in der Generalversammlung	39
b) Das allgemeine Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters	41
B. Schweiz	65
1. Informationsrechte der schweizerischen GmbH-Gesellschafter nach dem Obligationenrecht.....	65
a) Das Recht auf Einsicht in das Anteilbuch.....	65
b) Das Recht auf Zusendung des Geschäfts- und des Revisionsberichts	66
c) Das Recht auf Auskunft und Einsicht	68
2. Mit Fusion, Spaltung, Umwandlung und Liquidation in Zusammenhang stehende Informationsrechte	72
III. Aktiengesellschaft.....	73
A. Österreich.....	73
1. Mit der Hauptversammlung in Zusammenhang stehende Informationsrechte.....	73
a) Die Einberufung	73
b) Die Erstattung von Wahl- und Beschlussvorschlägen	75
c) Die Bereitstellung von Unterlagen im Vorfeld der Hauptversammlung.....	80
d) Die Einsicht in das Teilnehmerverzeichnis der Hauptversammlung.....	88
e) Das Auskunftsrecht im Zuge der Hauptversammlung	91

f) Die Informationspflichten im Zusammenhang mit in der Hauptversammlung gefassten Beschlüssen	100
2. Mit besonderen Maßnahmen in Zusammenhang stehende Informationsrechte	105
a) Verschmelzung	105
b) Spaltung	113
c) Umwandlung	116
d) Abwicklung	119
3. Sonstige Informationsrechte	121
a) Die Sonderprüfung	121
b) Die Einsicht in das Aktienbuch (§ 61 AktG)	129
B. Schweiz	130
1. Mit der Generalversammlung in Zusammenhang stehende Informationsrechte	130
a) Die Einberufung	130
b) Die Bereitstellung des Geschäftsberichts	132
c) Das Auskunftsrecht in der Generalversammlung	134
d) Die Einsicht in das Protokoll der Generalversammlung	139
2. Mit besonderen Maßnahmen in Zusammenhang stehende Informationsrechte	140
a) Fusion	141
b) Spaltung	146
c) Umwandlung	149
d) Vermögensübertragung	151
e) Liquidation	152
3. Sonstige Informationsrechte	153
a) Das Einsichtsrecht	153
b) Die Sonderprüfung	157
c) Die Veröffentlichung von Jahres- und Konzernrechnung	169
IV. Rechtsvergleich	170
A. GmbH	170
B. AG	176
Literaturverzeichnis	185
Judikaturverzeichnis	191
Abstract	195
Lebenslauf	197

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
aaO	am angeführten Ort
AB	Ausschussbericht
ABGB	Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt
Abs	Absatz
AC	„Sammlung von Entscheidungen zum Handelsgesetzbuch“, hrsg von <i>Adler</i> und <i>Clemens</i> , fortgeführt von Friedländer (1863 – 1913) (Österreich)
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AHGB	Allgemeines Handelsgesetzbuch
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Schweiz)
AktRÄG 2009	Österreichisches Aktienrechtsänderungsgesetz 2009
AktG	Österreichisches Aktiengesetz
aM	andere Meinung
Anm	Anmerkung
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
arg	argumento (folgt aus)
Art	Artikel
AußStrG	Österreichisches Außerstreitgesetz
BB	Betriebsberater (Zeitschrift, Deutschland)
BeteilFG	Österreichisches Beteiligungsfondsgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (Lausanne)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht in Lausanne
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BlgNR	Beilage(-n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates

Botschaft AG	Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23.2.1983 (Schweiz)
Botschaft FusG	Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13.6.2000 (Schweiz)
Botschaft GmbH	Botschaft zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht) vom 19.12.2001 (Schweiz)
Bsp	Beispiel
bspw	beispielsweise
BWG	Österreichisches Bankwesengesetz
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
ca	cirka (ungefähr)
dAktG	Deutsches Aktiengesetz
ders	derselbe
dGmbHG	Deutsches Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
dh	das heißt
DSG	Österreichisches Datenschutzgesetz
E	Entscheidung
EB	Erläuternde Bemerkungen (zur Regierungsvorlage)
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGZPO	Österreichisches Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EU-GesRÄG	EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz
EUR	Euro (Gemeinschaftswährung der Europäischen Union)
EvBl	Evidenzblatt (Österreich)
f	und der, die folgende
ff	und der, die folgenden

FN	Fußnote
FS	Festschrift
FusG	Schweizerisches Fusionsgesetz
gem	gemäß
GenG	Österreichisches Gesetz über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GeS	Zeitschrift für Gesellschafts- und Steuerrecht (Österreich)
GesKR	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (Zeitschrift, Schweiz)
GesRZ	Der Gesellschafter (Zeitschrift, Österreich)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Österreichisches Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHHR	Rundschau für die GmbH (Zeitschrift, Deutschland)
hA	herrschende Auffassung
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
Hs	Halbsatz
HWP	Schweizerisches Handbuch der Wirtschaftsprüfung
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen (Österreich)
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinn(e)
idZ	in diesem Zusammenhang
insb	insbesondere
iSd	im Sinn des, der
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
iZm	im Zusammenhang mit
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung (Zeitschrift, Österreich)

JB1	Juristische Blätter (Zeitschrift, Österreich)
Jud	Judikatur
JZ	Juristenzeitung (Deutschland)
Kap	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
lit	litera (Buchstabe)
leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
mE	meines Erachtens
Mio	Million(en)
mWH	mit weiteren Hinweisen
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Deutschland)
Nr	Nummer
NZ	Notariatszeitung (Österreich)
OG	Offene Gesellschaft
OGer ZH	Obergericht des Kantons Zürich
OGH	Oberster Gerichtshof der Republik Österreich
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv (Zeitschrift)
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
Pkt	Punkt
RAG	Schweizerisches Revisionsaufsichtsgesetz
RdW	Recht der Wirtschaft (Zeitschrift, Österreich)
RL	Richtlinie
RLG	Österreichisches Rechnungslegungsgesetz
Rsp	Rechtsprechung
Rn	Randnummer
RWZ	Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen (Österreich)
Rz	Randziffer
S	Seite, Satz
s	siehe
SAG	Schweizer Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
SFR	Schweizer Franken (Währung der Schweiz)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung

SnA	Schriften zum neuen Aktienrecht (Schweiz)
sog	sogenannt, -e, -er, -es
SpaltG	Österreichisches Spaltungsgesetz
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Schweiz)
ST	Der Schweizer Treuhänder
str	strittig
stRsp	ständige Rechtsprechung
SWK	Österreichische Steuer- und Wirtschaftskartei (Zeitschrift)
SZ	Entscheidungssammlung des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen, veröffentlicht von seinen Mitgliedern [Band/Nummer]
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
u	und
ua	a) und andere b) unter anderem
uÄ	und Ähnliche(s)
UGB	Österreichisches Unternehmensgesetzbuch
UmwG	Österreichisches Umwandlungsgesetz
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
va	vor allem
VAG	Österreichisches Versicherungsaufsichtsgesetz
vgl	vergleiche
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Österreich)
WTBG	Österreichisches Wirtschaftstreuhandberufsgesetz
Z	Zahl, Ziffer
zB	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Schweiz)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
zit	zitiert
ZPO	Österreichische Zivilprozessordnung
zT	zum Teil

I. Einleitung

Die Mitgliedschaft in Kapitalgesellschaften ist an den Aufwand von Kapital geknüpft. Natürliche oder juristische Personen investieren in Kapitalgesellschaften, die mit dem investierten Kapital verschiedene Zwecke verfolgen. Da nur selten jemand etwas gibt ohne im Gegenzug etwas zu nehmen werden den Kapitalgebern gewöhnlich verschiedenste Mitgliedschaftsrechte, wie Gewinnansprüche oder Mitbestimmungsrechte eingeräumt. Um diese Rechte effektiv ausüben zu können ist es erforderlich, dass den Ausübungsberechtigten Informationen zur Verfügung gestellt werden, die es ihnen ermöglichen, sich bspw über die Höhe ihres Gewinnanspruchs oder über Entscheidungskriterien zu informieren. Dieses Informationsinteresse wird in den in dieser Arbeit analysierten Rechtsordnungen Österreichs und der Schweiz durch Informationsrechte der Anteilsinhaber befriedigt.

Informationsrechte bestehen in unterschiedlichen Formen. Manche verpflichten die Gesellschaften, von selbst tätig zu werden und ihre Anteilsinhaber über diverse Umstände zu informieren. Andere räumen den Anteilsinhabern ein Recht auf Auskunftserteilung durch die Organwalter der Gesellschaft oder ein Einsichtsrecht in Gesellschaftsunterlagen ein, dessen Ausübung eine besondere Geltendmachung erfordert. Wieder andere berechtigen die Gesellschafter, eine Prüfung durch außenstehende Sachverständige zu veranlassen.

Ziel dieser Arbeit ist es, zu untersuchen, welche informationsrechtlichen Wege die Gesetzgeber in Österreich und der Schweiz gewählt haben, diese Wege zu analysieren und anschließend gegenüberzustellen. Es sollen Unstimmigkeiten aufgezeigt und, auch durch den Rechtsvergleich, Lösungen gefunden werden, die als Ansatz für Neuregelungen dienen können.

II. Gesellschaft mit beschränkter Haftung

A. Österreich

1. Gesetzlich vorgeschriebene Informationsrechte

a) *Das Recht auf Zusendung von Geschäftsunterlagen*

(1) *Allgemeines*

Die Geschäftsführer der GmbH sind nach § 222 Abs 1 UGB und, sollte die GmbH ein Beteiligungsunternehmen iSd § 228 UGB einheitlich leiten, nach § 244 Abs 1 UGB verpflichtet, einen Jahresabschluss und einen Konzernabschluss aufzustellen. Diese haben die Bilanz, die Gewinn- und Verlustrechnung sowie den Anhang zu umfassen und werden um den Lagebericht erweitert.

Allen Gesellschaftern ist nach § 22 Abs 2 S 1 GmbHG eine Abschrift des Jahresabschlusses sowie des Konzernabschlusses nach deren Aufstellung, auf die die Gesellschafter einen Anspruch haben¹, zuzusenden. Dies ist Aufgabe der Gesellschaft, die durch ihre Geschäftsführer handelt.² Die Zusendung hat ohne schuldhaftes Zögern seitens der Geschäftsführer unmittelbar nach Vorliegen der unterschriebenen Zusendungsdokumente zu erfolgen.³

Diese Vorschrift hat vor allem den Zweck, den Gesellschaftern Aufschluss über die Lage der Gesellschaft zu bieten.

(2) *Umfang der Zusendungspflicht*

Nach der Rsp ist die Gesellschaft nach § 22 Abs 2 S 1 GmbHG nur zur Zusendung des jeweils aktuellen, in der nächsten Generalversammlung zu beschließenden Jahresabschlusses verpflichtet. Ein Recht auf Zusendung älterer Jahresabschlüsse sei nur auf den von der Judikatur entwickelten, allgemeinen Informationsanspruch des

¹ *Koppensteiner*, Zum Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, in FS Kastner (1992), 229 (235); *Rieder*, Unbeschränktes Einsichts-/Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters?, SWK 2005, 5 (6).

² aA *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² (1997), Rz 2/726, der auch eine selbstständige Verpflichtung der Geschäftsführer annimmt.

³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³ (2007), § 22 Rz 27.

Gesellschafter zu stützen.⁴ *Koppensteiner*⁵ vertritt jedoch die Ansicht, dass das Zusendungsrecht, obwohl primär zur Vorbereitung der Generalversammlung gedacht, nicht zeitlich begrenzt sei. Sollten daher ältere Jahresabschlüsse noch nicht zugesendet worden sein, bestehe das Zusendungsrecht weiterhin. Dieser Beurteilung ist mE gegenüber der Judikatur aus folgenden Gründen der Vorzug zu geben:

Der Jahresabschluss hat aus Sicht des Gesellschafters vor allem die Aufgabe, Aufschluss über die Lage des Unternehmens zu geben. Dies kann aus verschiedenen Gründen (z.B. Nachvollziehung der Geschäftsentwicklung der letzten Jahre) auch retrospektiv von Interesse sein. Da das Zusendungsrecht nach genauerer Interpretation der Ansicht des OGH effektiv mit Ablauf der zu seiner Genehmigung einberufenen Generalversammlung erlischt müsste sich der Gesellschafter zur Erlangung dieser Informationen nach diesem Zeitpunkt auf den bereits angesprochenen, allgemeinen Informationsanspruch stützen. Dabei sieht er sich uU dem Einwand der Gesellschaft ausgesetzt, die fraglichen Jahresabschlüsse enthielten wettbewerbsrelevante Fakten. Die auf den allgemeinen Informationsanspruch gestützte Bucheinsicht kann nämlich nach Judikatur und Lehre versagt werden, wenn die Informationen zu gesellschaftsfremden Zwecken verwendet würden.⁶ Dem Gesellschafter könnte die Einsicht in die Jahresabschlüsse vergangener Jahre in diesem Fall verweigert werden. Zwar führt der OGH aus, dass ältere Jahresabschlüsse nicht schon prima facie geeignet sind, über den Kundenstock zum Zwecke der Abwerbung Auskunft zu geben.⁷ Dies kann jedoch nur bedeuten, dass die Jahresabschlüsse vergangener Jahre bei eingehender und schlüssiger Begründung der Einwände der Gesellschaft im Einzelfall sehr wohl als wettbewerbsrelevant angesehen werden können.

Die Zusendung des aktuellen Jahresabschlusses kann nach dem Gesetz aus wettbewerbsrechtlichen Gründen aber nicht verweigert werden. Die Gesellschaft wird daher durch die Vernachlässigung der Pflicht zur Zusendung des Jahresabschlusses im Ergebnis besser gestellt als wenn sie ihrer Verpflichtung nachkommt. Dies kann wohl kaum als wünschenswert erachtet werden. ME ist daher der Ansicht *Koppensteiners* zu

⁴ OGH 6 Ob 210/99x, RdW 2000, 155 = RWZ 2000, 74 mit Anm *Wenger*.

⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 27.

⁶ OGH 6 Ob 210/99x, RdW 2000, 155 = RWZ 2000, 74 mit Anm *Wenger*.

⁷ OGH 6 Ob 210/99x, RdW 2000, 155 = RWZ 2000, 74 mit Anm *Wenger*; zustimmend *Michlits/Unger* in *Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2008), § 22 Rz 39.

folgen. Das Recht auf Zusendung des Jahresabschlusses erlischt folglich so lange nicht, bis die Gesellschaft ihrer Verpflichtung nachgekommen ist.

Anders gelagert ist der Fall, wenn die Zusendung bereits übersandter Jahresabschlüsse erneut verlangt wird. Dies ist wohl als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren.⁸

Auch für Jahresabschlüsse, die im Zuge der Liquidation der Gesellschaft aufgestellt werden, gilt § 22 Abs 2 S 1 GmbHG.⁹ Sie sind den Gesellschaftern daher ebenfalls zuzusenden.

(3) Erweiterter Umfang der Zusendungspflicht bei Ausschluss des Einsichtsrechts gemäß § 22 Abs 2 S 3 GmbHG

Sollte das weiter unten zu behandelnde Einsichtsrecht der Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag unter den Voraussetzungen des § 22 Abs 2 S 3 GmbHG ausgeschlossen oder abgeschwächt worden sein so hat die Gesellschaft den Gesellschaftern gemäß § 22 Abs 3 GmbHG neben den oben angeführten Dokumenten (Jahres-/Konzernabschluss samt Lagebericht) auch einen Gewinnverteilungsvorschlag der Geschäftsführer, den Prüfungsbericht und den Konzernprüfungsbericht zuzusenden. Die Erwähnung des Lageberichts in diesem Absatz beruht wohl auf einem gesetzgeberischen Versehen, da dieser bereits explizit im § 22 Abs 2 S 1 GmbHG erwähnt ist.¹⁰

Trotz der vermeintlich eindeutigen Formulierung in § 22 Abs 3 GmbHG ist die Frage, ob den Gesellschaftern ein Gewinnverteilungsvorschlag tatsächlich nur im Falle der Beschränkung des Einsichtsrechts gemäß § 22 Abs 2 S 3 GmbHG zugesendet werden muss, bisher unterschiedlich beantwortet worden. Der OGH hat kürzlich für vertretbar erachtet, dass ein Gewinnverteilungsvorschlag immer zugesendet werden muss.¹¹ Er stützt sich dabei auf eine mE veraltete Auffassung von *Kastner/Doralt/Nowotny*¹², nach der ein Gewinnverteilungsvorschlag immer mitsamt den in (nunmehr) § 22 Abs 2 S 1 GmbHG genannten Unterlagen zu übersenden war, weil es als „Versehen des Gesetzgebers“ angesehen wurde, dass dieser im Zuge der GmbH-

⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 27; ebenso andeutungsweise OGH 6 Ob 210/99x, RdW 2000, 155 = RWZ 2000, 74 mit Anm *Wenger*.

⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 92 Rz 5.

¹⁰ *Grünwald*, Änderungen im GmbHG durch das RLG, eolex 1992, 21 (22).

¹¹ OGH 6 Ob 33/08h, RdW 2008, 452.

¹² *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990), 436 FN 10.

Novelle 1980 den damaligen § 22 Abs 4 GmbHG nicht angepasst hatte. *Kastner/Doralt/Nowotny* sind weiters der Auffassung der Gewinnverteilungsvorschlag stehe sachlich nicht mit dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Einsichtsrechts in Verbindung. Diese Meinung wird, wie vom OGH zitiert, von *Nowotny*¹³ nach wie vor kritiklos vertreten. Es ist ihr aber nicht zuzustimmen.

Zwar steht der Gewinnverteilungsvorschlag wohl tatsächlich nicht sachlich mit dem Bestehen des Einsichtsrechts in Zusammenhang. Allerdings kann in diesen im Rahmen unbeschränkter Bucheinsicht nach § 22 Abs 2 S 2 GmbHG eingesehen und dieser wohl auch kopiert werden.¹⁴ Dass der Gewinnverteilungsvorschlag im Zuge der Novellierung des GmbHG durch das RLG 1990¹⁵ erneut nicht in die Liste der in § 22 Abs 2 S 1 GmbHG genannten Unterlagen aufgenommen wurde kann daher, wie *Grünwald*¹⁶ richtig ausführt, nur dahingehend gedeutet werden, dass eine Zusendung des Gewinnverteilungsvorschlags durch das Gesetz nicht vorausgesetzt wird. Diese Argumente wurden vom OGH nicht beachtet. Vielmehr wurden zur Unterstützung der oben dargelegten Ansicht unrichtige Zitate angeführt. So erwähnt *Koppensteiner*¹⁷ an der vom OGH zitierten Stelle in der zweiten Auflage seines GmbHG-Kommentars den Gewinnverteilungsvorschlag überhaupt nicht und enthält sich an anderer Stelle einer Festlegung, ob ein Gewinnverteilungsvorschlag immer zugesendet werden muss oder nicht. UA verweist er dort jedoch auf die oben angeführte, richtige Ansicht *Grünwalds*. In der nachfolgenden Auflage dieses Kommentars wird an der offenbar ebenfalls unrichtig zitierten Stelle, wie schon in der Voraufgabe¹⁸, nur von der Zusendung des Gewinnverteilungsvorschlags im Falle einer Beschränkung des Einsichtsrechts iSd § 22 Abs 3 GmbHG gesprochen.¹⁹ Der vom OGH somit erweckte Anschein, dass in der Lehre zur Streitfrage, ob ein Gewinnverteilungsvorschlag immer mitsamt den in § 22 Abs 2 S 1 GmbHG genannten Unterlagen zugesendet werden muss, eine einhellige Meinung vertreten werde, ist daher unrichtig. Vielmehr hätte auch die oben angeführte

¹³ *Nowotny* in *Straube*, HGB II²/RLG (2000), § 222 Rz 10.

¹⁴ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I², Rz 2/740.

¹⁵ BGBl 1990/475.

¹⁶ *Grünwald*, *ecolex* 1992, 21 (22); aA *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I², Rz 2/726; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008), Rz 4/222.

¹⁷ *Koppensteiner*, GmbHG-Kommentar² (1999), § 22 Rz 27.

¹⁸ *Koppensteiner*, GmbHG-Kommentar², § 22 Rz 35.

¹⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 35.

Ansicht *Grünwalds*²⁰ in Betracht gezogen und bei genauer Überprüfung als zutreffend erachtet werden müssen.

(4) *Anspruchsdurchsetzung*

Sollte die Gesellschaft ihrer Verpflichtung zur Zusendung des Jahresabschlusses nach dessen bereits erfolgter Aufstellung nicht nachkommen kann der Gesellschafter dieses Recht im außerstreitigen Rechtsweg beim zuständigen Firmenbuchgericht durchsetzen. Gegner des Antrags ist nur die Gesellschaft, nicht jedoch die Geschäftsführer, da diese nur der Gesellschaft verpflichtet sind und zwischen ihnen und den Gesellschaftern keine direkte Rechtsbeziehung besteht.²¹

²⁰ *Grünwald*, *ecolex* 1992, 21 (22).

²¹ OGH 6 Ob 1039/95, *ecolex* 1996, 696; *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG-Kommentar*³, § 22 Rz 30; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, *Gesellschaftsrecht*, Rz 4/334; aA *Reich-Rohrwig*, *GmbH-Recht I*², Rz 2/750.

b) Das Recht auf Bucheinsicht

(1) Allgemeines

Gemäß § 22 Abs 2 S 2 GmbHG ist jeder Gesellschafter berechtigt, im Zeitraum von 14 Tagen vor der zur Prüfung des Jahresabschlusses angesetzten Generalversammlung in die Bücher und Schriften der Gesellschaft Einsicht zu nehmen.

Vorrangiger Zweck dieser Vorschrift ist es, dem Gesellschafter die Möglichkeit zu geben, die Korrektheit des Jahresabschlusses zu überprüfen und sich für seine Generalversammlungsentscheidung darüber vorbereiten zu können.

(2) Umfang des Einsichtsrechts

Das Einsichtsrecht umfasst alle Geschäftsunterlagen.²² Von vorn herein irrelevante Unterlagen existieren zwecks Überprüfung des Lageberichts nicht.²³ Zur Einsicht geeignet sind somit trotz des funktionellen Zusammenhangs mit der Überprüfung des Jahresabschlusses über das abgelaufene Geschäftsjahr auch Unterlagen über das aktuelle Geschäftsjahr. Dies vor allem um nachvollziehen zu können ob Aufwendungen für das abgelaufene Geschäftsjahr verspätet verbucht und daher im zu überprüfenden Jahresabschluss unrichtig abgegrenzt wurden.²⁴ Ebenso sind Unterlagen über verbundene Unternehmen bei Bedarf zur Einsicht vorzulegen. Auf diese Weise kann vermieden werden, dass das Bucheinsichtsrecht durch Auslagerung der Aktivitäten der Gesellschaft ausgehöhlt wird.²⁵

Die dem Gesellschafter in § 22 Abs 2 GmbHG zugestandenen Informationsrechte können durch den Gesellschaftsvertrag erweitert werden.²⁶ Eine solche Erweiterung kann bspw die Verlängerung der Einsichtsfrist, die Anordnung der Zusendung zusätzlicher Dokumente oder die Anordnung einer Auskunftserteilung durch die Geschäftsführer enthalten.

Im Gegensatz dazu kann eine Einschränkung der Informationsrechte nur in sehr beschränktem Rahmen erfolgen. Das Recht auf Zusendung des Jahresabschlusses nach

²² Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I², Rz 2/731.

²³ Koppenssteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 30; Koppenssteiner in FS Kastner, 229 (236).

²⁴ Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I², Rz 2/732.

²⁵ Michlits/Unger in Straube, GmbHG, § 22 Rz 32.

²⁶ Koppenssteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 33; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I², Rz 2/741.

§ 22 Abs 2 S 1 GmbHG ist aufgrund des Bedürfnisses der Gesellschafter nach einem Mindestmaß an Information überhaupt unabdingbar.²⁷ Das Bucheinsichtsrecht nach § 22 Abs 2 S 2 GmbHG hingegen kann gemäß § 22 Abs 2 S 3 GmbHG sehr wohl Gegenstand von Beschränkungen sein. Beispiele hierfür wären der vollständige Ausschluss der Bucheinsicht, die Beschränkung der gesetzlichen Einsichtsfrist von 14 Tagen, aber auch die Anordnung, dass die Bucheinsicht ausschließlich durch Bevollmächtigte wie bspw zur Berufsverschwiegenheit verpflichtete Sachverständige ausgeübt werden darf.²⁸ Auf die durch solche Beschränkungen ausgelöste Pflicht zur Zusendung weiterer Unterlagen gemäß § 22 Abs 3 GmbHG wurde bereits oben hingewiesen. Darüber hinaus ist eine Beschränkung des Bucheinsichtsrechts des Gesellschafters gemäß § 22 Abs 2 S 3 GmbHG nur möglich wenn für die Gesellschaft ein Aufsichtsrat bestellt wird. Ein im Gesellschaftsvertrag vorgesehener, bloß fakultativer Aufsichtsrat oder ein Beirat reichen nicht aus.²⁹ Sollte bei Feststellung des Jahresabschlusses ein Aufsichtsrat nicht vorhanden oder ein Bericht nach § 30k GmbHG nicht erstattet worden sein, ist der Feststellungsbeschluss anfechtbar.³⁰ Im Gesellschaftsvertrag können nach Ansicht von *Koppensteiner/Rüffler*³¹ auch nur einzelne Gesellschafter in ihrem Bucheinsichtsrecht eingeschränkt werden, da sie beim Vertragsabschluss selbst nicht des Schutzes des Gesetzes vor einer gleichheitswidrigen Bestimmung bedürfen. Bei einer Satzungsänderung jedoch spielt der Gleichheitsgrundsatz sehr wohl eine Rolle. Sollte daher das Bucheinsichtsrecht einzelner Gesellschafter ohne ihre Zustimmung durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrages beschränkt werden, so ist diese Änderung anfechtbar.³²

Das Bestehen eines Auskunftsrechts im Zuge der Bucheinsicht, wenn auch nur in beschränktem, unbedingt notwendigen Umfang, wird von *Koppensteiner*³³ zu Recht angezweifelt, da in der Generalversammlung die Möglichkeit besteht, aufgrund der erlangten Informationen Fragen an die Geschäftsführung zu richten. Aus den gleichen

²⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 33.

²⁸ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I², Rz 2/744.

²⁹ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I², Rz 2/743; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 33; *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbHG⁷ (2007), § 22 Rz 16.

³⁰ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I², Rz 2/743; zustimmend *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 33.

³¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 34, § 4 Rz 19.

³² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 34.

³³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 30; aA *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I², Rz 2/734.

Gründen lehnt *Koppensteiner*³⁴ zu Recht eine, von *Reich-Rohrwig*³⁵ verlangte, Vollständigkeitserklärung der Geschäftsführer bezüglich der von der Bucheinsicht betroffenen Geschäftsunterlagen ab.

Den Gesellschaftern steht auch während der Liquidation der Gesellschaft das Recht auf Bucheinsicht nach § 22 Abs 2 S 3 GmbHG weiterhin zu.³⁶

(3) Zur Einsicht berechtigter Personenkreis

Zur Einsicht berechtigt ist jeder aktuelle Gesellschafter. Weiters können auch bereits ausgeschiedene Gesellschafter berechtigt sein, wenn Einsicht in Unterlagen aus der Zeit, in der der Gesellschafter noch nicht ausgeschieden war, verlangt wird.³⁷ Der Gesellschafter muss dazu ein Interesse, bspw noch aufrechte Vermögensrechte die aus der ehemaligen Gesellschafterstellung herrühren, darlegen.³⁸ Dass er eine Einsicht während aufrechten Gesellschaftsverhältnisses unterlassen hat, lässt dieses Recht nicht erlöschen.³⁹

Strittig ist, ob ein Dritter die Bucheinsicht stellvertretend für den Gesellschafter ausüben kann. Vorauszuschicken ist dazu, dass durch die dogmatische Abhängigkeit des Informationsrechts von der Mitgliedschaft wohl grundsätzlich eine persönliche Bucheinsicht vorausgesetzt werden kann.⁴⁰ Dennoch können Regelungen zu diesem Thema bereits in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden.⁴¹ Sollten solche Vorkehrungen nicht getroffen worden sein, ist zwischen der Unterstützung und Vertretung des Gesellschafters durch Buchsachverständige und der voraussetzungslosen Ausübung der Bucheinsicht durch beliebige Dritte zu differenzieren.

Die Unterstützung des Gesellschafters durch Buchsachverständige ist nach hM und Rechtsprechung zulässig und aufgrund der häufig hohen Komplexität von Geschäftsbüchern auf jeden Fall geboten.⁴² Das Unterbleiben der Mitwirkung des

³⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 30.

³⁵ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I², Rz 2/734.

³⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 92 Rz 5.

³⁷ OGH 6 Ob 323/98p, wbl 1999, 569; OGH 6 Ob 17/90, SZ 63/150 = GesRZ 1990, 222 = ecolex 1991, 25 mit Anm *Thiery*.

³⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 28.

³⁹ OGH 6 Ob 323/98p wbl 1999, 569.

⁴⁰ *Rassi*, Fragen der Bucheinsicht im Gesellschaftsrecht, ecolex 1999, 546 (547).

⁴¹ OGH 3 Ob 78/ 62, EvBl 1962/378; *Rassi*, ecolex 1999, 546 (547).

⁴² OGH 8 Ob 221/66, EvBl 1966/518; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 28; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I², Rz 2/735; *Wünsch*, Kommentar zum GmbHG (1988), § 22 Rz 104.

Gesellschafter selbst ist laut Judikatur jedoch nur bei Vorliegen triftiger Gründe, wie bspw längerer Krankheit oder Abwesenheit, möglich.⁴³ Dies ist jedoch für den Fall, dass ein zur Amts- oder Berufsverschwiegenheit verpflichteter Sachverständiger, also bspw ein Rechtsanwalt oder Notar, beauftragt wurde nicht verständlich. Die persönliche Anwesenheit des Gesellschafters ist hier wohl rechtlich und praktisch überflüssig.⁴⁴

Dass die Bucheinsicht auch voraussetzungslos durch beliebige Dritte durchgeführt werden darf, wird in Österreich nur von *Reich-Rohrwig*⁴⁵ bejaht. Dieser meint, dass die Berechtigung zur Ausübung dieses Rechts durch einen Bevollmächtigten aus einer Analogie zu § 39 Abs 3 GmbHG, der die Ausübung des Stimmrechts durch Bevollmächtigte ermöglicht, gewonnen werden kann. Weiters weist er darauf hin, dass es im modernen Wirtschaftsleben einen unzumutbaren Arbeitsaufwand bedeute, wenn jeder Gesellschafter selbst und alleine die große Fachkenntnisse voraussetzende Bucheinsicht durchführen müsste. Er übersieht jedoch, dass die Bucheinsicht die Interessen der Gesellschaft wesentlich intensiver gefährdet als die bloße Ausübung eines Stimmrechts. Die von ihm geforderte, analoge Anwendung des § 39 Abs 3 GmbHG ist daher nicht geboten. Dem Argument des unzumutbaren Arbeitsaufwands ist die oben dargelegte Möglichkeit der Unterstützung durch Buchsachverständige entgegenzuhalten. ME ist daher der richtigen hM und Rechtsprechung zu folgen und eine stellvertretende Bucheinsicht durch beliebige Dritte nicht zulässig.⁴⁶

Nach früherer Rechtsprechung konnte auch ein Gesellschafter, der zur Gesellschaft in Konkurrenzbeziehung steht, die Bucheinsicht verlangen, wenn diese nötig war um essentielle Informationen für die Stimmabgabe in der Generalversammlung zu gewinnen.⁴⁷ Dass die Gesellschaft dadurch eine besondere Gefährdung ihrer Interessen zu besorgen hatte, wurde offenbar nicht als entscheidend angesehen. Heute kann diese Ansicht aber als überholt bezeichnet werden. Zwar besteht bei jeder Einschränkung des Bucheinsichtsrechts die Gefahr, dass die Geschäftsführer von ihnen begangene Fehler

⁴³ OGH 8 Ob 221/66, EvBl 1966/518.

⁴⁴ Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 28 mWn.

⁴⁵ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I², Rz 2/735.

⁴⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 28; *Wünsch* GmbHG, § 22 Rz 103; OGH 8 Ob 221/66, EvBl 1966/518.

⁴⁷ OLG Graz in OGH 6 Ob 14/89, ecolex 1990, 153 = NZ 1990, 232 = RdW 1990, 47; OGH vom 4.2.1913, AC 3138.

verschleiern könnten.⁴⁸ Dennoch wurde vom OGH ausgesprochen, dass ein Verweigerungsrecht der Gesellschaft nicht nur dann bestehe, wenn der Informationsanspruch rechtsmissbräuchlich wäre oder einem gesetzlichen Verbot zuwiderliefe, sondern auch dann, wenn der Verwendungszweck der begehrten Information gesellschaftsfremd sei und daraus der Gesellschaft oder einem mit ihr verbundenen Unternehmen ein Schaden zu erwachsen drohe, was etwa dann der Fall sein könne, wenn der Gesellschafter ein Konkurrenzunternehmen betreibe.⁴⁹ Eine solche, gesellschaftsfremde Verwendung müsste von der sich gegen die Bucheinsicht stellenden Gesellschaft jedoch konkretisiert behauptet und bescheinigt werden.⁵⁰ Der konkurrierende Gesellschafter sollte aber nur von der Bucheinsicht in wettbewerbsrelevante Geschäftsunterlagen ausgeschlossen werden.⁵¹ Andere Unterlagen, die zur Kontrolle des Jahresabschlusses erforderlich sind, aber keine Wettbewerbsrelevanz aufweisen, sollten daher weiterhin dem Einsichtsrecht des konkurrierenden Gesellschafters unterliegen.⁵² Das sich aus dieser Konstellation ergebende Spannungsfeld zwischen dem Informationsinteresse des Gesellschafters und dem Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft könnte entschärft werden, indem man auf eine in Deutschland entwickelte Lösung zurückgreift: Das Bucheinsichtsrecht wird von einem zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten (wohl meist einem Buchsachverständigen) ausgeübt.⁵³ Jener könnte dem Gesellschafter die für ihn notwendigen Informationen zukommen lassen, ohne die Interessen der Gesellschaft zu verletzen. Dies wäre kein Fall der oben ausgeführten Beziehung eines Buchsachverständigen, da der Dritte hier eine vermittelnde Rolle zwischen Gesellschaft und Gesellschafter inne hätte und die Bucheinsicht nicht nur im Interesse des Gesellschafters vollzöge.

Nichtgesellschaftern steht grundsätzlich weder das oben dargelegte Recht auf Zusendung des Jahresabschlusses nach § 22 Abs 2 S 1 GmbHG noch das Bucheinsichtsrecht nach § 22 Abs 2 S 2 GmbHG zu. Dennoch wurde im Falle der

⁴⁸ Reich-Rohrwig, Zum Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, *ecolex* 1992, 334f.

⁴⁹ OGH 6 Ob 18/91, RdW 1992, 173 = wbl 1992, 199; zustimmend Reich-Rohrwig, *ecolex* 1992, 334; OGH 6 Ob 323/98p, wbl 1999, 569; OGH 6 Ob 210/99x, RdW 2000, 155 = RWZ 2000, 74 mit Anm Wenger.

⁵⁰ OGH 6 Ob 18/91, RdW 1992, 173 = wbl 1992, 199; zustimmend Reich-Rohrwig, *ecolex* 1992, 334 (335).

⁵¹ OGH 6 Ob 215/97d, SZ 70/157; OGH 6 Ob 323/98p, wbl 1999, 569.

⁵² Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 29; zustimmend Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I², Rz 2/737.

⁵³ BGH BB 1979, 1315; Rassi, *ecolex* 1999, 546 (549).

Pfändung eines Geschäftsanteils von der älteren Rechtsprechung eine Ausnahme zugelassen.⁵⁴ Diese Auffassung ist problematisch, weil die Pfandgläubiger nicht berechtigt sind, an der Feststellung des Jahresabschlusses mitzuwirken.⁵⁵ Der OGH ist daher in der Zwischenzeit unter anderem unter Verweis darauf, dass die Pfändung nur die mit dem Geschäftsanteil verbundenen Vermögensrechte, nicht jedoch sämtliche dem Gesellschafter zustehenden Rechte umfasse, richtigerweise von dieser Ansicht abgegangen.⁵⁶ Jedenfalls einsichtsberechtigt sind aber gesetzliche Vertreter eines Gesellschafters, Testamentsvollstrecker sowie der Masseverwalter des Vermögens eines Gesellschafters.⁵⁷

(4) *Anspruchsdurchsetzung*

Die Frage, ob das Bucheinsichtsrecht im streitigen oder außerstreitigen Verfahren durchzusetzen sei, wurde in der Judikatur und Rechtsprechung früher durchaus divergierend beantwortet. In der älteren Judikatur wurde zu dieser wie auch zur ähnlich gelagerten Frage der Durchsetzung des Anspruchs auf Zusendung des Jahresabschlusses nach § 22 Abs 2 S 1 GmbHG über auf dem Klagsweg eingebrachte Begehren bzw. explizit in der Frage ob außerstreitiges oder streitiges Verfahren anwendbar ist zu Gunsten des streitigen Verfahrens entschieden.⁵⁸ Diese Ansicht fand in der älteren Lehre durchaus Anklang.⁵⁹ Nach einhelliger moderner Lehre und Rechtsprechung sind die Informationsansprüche nach § 22 GmbHG aber im außerstreitigen Rechtsweg durchzusetzen.⁶⁰ Zur Begründung dafür wird auf § 102 GmbHG verwiesen. Dieser besagt, dass über Angelegenheiten, die im GmbHG dem Gericht zugewiesen sind, der zur Ausübung der Handelsgerichtsbarkeit berufene, zuständige Gerichtshof erster Instanz im Verfahren außer Streitsachen entscheidet, sofern es sich nicht um bürgerliche Rechtsstreitigkeiten handelt, die dem Prozessgericht zugewiesen sind. *Bajons* zufolge nimmt § 102 GmbHG daher die Zuweisung zu einer bestimmten Verfahrensart nicht

⁵⁴ OGH vom 24.11.1911, AC 2998.

⁵⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 31.

⁵⁶ OGH 6 Ob 27/95, *ecolex* 1996, 174.

⁵⁷ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I², Rz 2/734; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 31.

⁵⁸ OGH 24.11.1911 AC 2998; OGH 4.2.1913 AC 3138; OLG Wien 4 R 244/58, NZ 1959, 42.

⁵⁹ *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht (1983), 231.

⁶⁰ OGH 6 Ob 14/89, *ecolex* 1990, 153 = NZ 1990, 232 = RdW 1990, 47; OGH 1 Ob 518/91, *GesRz* 1991, 160 = RdW 1991, 232 = *ecolex* 1991, 465; OGH 6 Ob 323/98p wbl 1999/372; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 32; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I², Rz 2/750; *ders* Spezielle Fragen der Bucheinsicht und der Sonderprüfung bei der GmbH, JBl 1987, 364 (369ff); *Wünsch*, GmbHG, § 22 Rz 105; *Rassi*, Verfahrensrechtliche Fragen der Bucheinsicht, ÖJZ 1997, 891 (893).

selbst vor, sondern setzt sie vielmehr bereits voraus.⁶¹ Dies ist mE nicht zutreffend. Vielmehr enthält § 102 GmbHG eine Generalklausel, die prinzipiell alle Entscheidungen über die im GmbHG geregelten Angelegenheiten in das Verfahren außer Streitsachen verweist. Eine Zuweisung in das streitige Verfahren muss daher explizit im Gesetz erfolgen.⁶² Auch aus praktischen Überlegungen ist eine generelle Zuweisung von Streitigkeiten, die im Gesellschaftsleben (im rechtlichen Sinn) vorkommen, in das Verfahren außer Streitsachen zu begrüßen. Diese Verfahrensart ist von einem eher präventiven Charakter geprägt und somit weit besser geeignet Konflikte sowie eine dauerhafte Vergiftung des Klimas zwischen den Gesellschaftern zu verhindern als ein Zivilprozess, der meist nur als ultima ratio gesehen wird.⁶³ Weiters ist die Gefahr, dass das Verfahren verschleppt wird, im Verfahren außer Streitsachen wesentlich geringer als im Zivilprozess. Dies ist insbesondere bei Streitigkeiten über die Bucheinsicht, die von den Beteiligten gewöhnlich möglichst rasch begehrt wird, wünschenswert.⁶⁴ Die generelle Zuweisung von Streitigkeiten über Angelegenheiten die im GmbHG wurzeln und insbesondere die Zuweisung von Streitigkeiten über die Bucheinsicht nach § 22 Abs 2 S 2 GmbHG in das Außerstreitverfahren ist daher zu begrüßen.

Der OGH hat in einer Entscheidung eine Einschränkung der im Verfahren außer Streitsachen zugelassenen Bucheinsicht verweigert, da diese nicht hinreichend bestimmt beantragt war, die Bucheinsicht aber exekutiv durchsetzbar sein müsse.⁶⁵ Daraus wurde zu Recht abgeleitet, dass die verfügte Bucheinsicht einen exekutiv durchsetzbaren Titel darstellt.⁶⁶

(5) Durchführung der Bucheinsicht

Das Recht auf Bucheinsicht ist innerhalb von 14 Tagen vor der zur Prüfung des Jahresabschlusses vorgesehenen Generalversammlung bzw. vor Ablauf der für die

⁶¹ *Bajons*, Die Beweisführung durch Handelsbücher, NZ 1991, 51 (57).

⁶² So auch der OGH 6 Ob 14/89, *ecolex* 1990, 153 = NZ 1990, 232 = RdW 1990, 47; aA *Rassi*, ÖJZ 1997, 891 (893).

⁶³ *Rassi*, ÖJZ 1997, 891 (894).

⁶⁴ *Rassi*, ÖJZ 1997, 891 (894).

⁶⁵ OGH 6 Ob 215/97d, SZ 70/157.

⁶⁶ *Michlits/Unger* in *Straube*, GmbHG, § 22 Rz 63.

schriftliche Abstimmung darüber festgesetzten Frist auszuüben.⁶⁷ Es umfasst nach hM auch die Anfertigung von Fotokopien und Abschriften.⁶⁸

Die Bucheinsicht hat dort stattzufinden, wo sich die Bücher befinden.⁶⁹ Dies kann neben den Geschäftsräumlichkeiten der Gesellschaft auch bspw eine Steuerberatungskanzlei sein.⁷⁰ Sollte hingegen die räumliche Entfernung zwischen den Geschäftsräumlichkeiten der Gesellschaft und dem Aufbewahrungsort der Bücher zu groß sein, kann wohl in der Regel verlangt werden, dass diese für den Einsichtszeitraum in die Geschäftsräumlichkeiten der Gesellschaft gebracht werden.⁷¹

Die Gesellschafter müssen die Kosten der Bucheinsicht grundsätzlich selbst tragen. Sollten dem Gesellschafter durch von der Gesellschaft verursachte oder ihr zuzurechnende Umstände (bspw Unordnung der Unterlagen) Mehrkosten entstehen, so sind diese von der Gesellschaft selbst zu tragen.⁷²

⁶⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 30.

⁶⁸ OLG Wien 6 R 179/95, 6 R 195/95, NZ 1997,99; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I², Rz 2/740; *Rassi*, *ecolex* 1999, 546 (548f); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 30.

⁶⁹ *Rassi*, *ecolex* 1999, 546 (549).

⁷⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 30.

⁷¹ *Wünsch*, GmbHG, § 22 Rz 100.

⁷² *Rassi*, *ecolex* 1999, 546 (548).

c) Das Recht auf Einsicht in die Sammlung der Generalversammlungsbeschlüsse

Gemäß § 40 Abs 1 S 1 GmbHG sind die in der Generalversammlung gefassten Beschlüsse unmittelbar nach der Beschlussfassung in eine Niederschrift aufzunehmen. Hiefür sind die Geschäftsführer im Namen der Gesellschaft verantwortlich.⁷³ Ein allenthalben geführtes Protokoll, das Auskunft über die gefassten Beschlüsse gibt, ist geeignet eine solche Niederschrift zu ersetzen. Schriftlich gefasste Beschlüsse erfordern keine gesonderte Niederschrift.⁷⁴ Der Niederschrift muss der Inhalt von Beschlüssen, die in der Generalversammlung gefasst wurden, entnommen werden können.⁷⁵ Die Niederschriften sind gemäß § 40 Abs 1 S 2 GmbHG geordnet aufzubewahren. Zu den Gesichtspunkten der Ordnung schweigt das Gesetz. Dennoch ist wohl vor allem die Chronologie der Beschlüsse hierfür entscheidend.⁷⁶ Dies vor allem, weil der Zweck dieser Norm mE primär darauf beruht, die gesellschaftlichen Vorgänge für die Zukunft nachvollziehbar zu machen. Einer weiteren Unterteilung bspw nach Beschlussgegenständen ist selbstverständlich nichts entgegenzusetzen.

In die Sammlung der Niederschriften von Generalversammlungsbeschlüssen kann jeder Gesellschafter gemäß § 40 Abs 1 S 3 GmbHG Einsicht nehmen. Diese Einsicht hat während der Geschäftsstunden zu erfolgen. Bezüglich der Hinzuziehung Dritter gilt das bereits oben zu § 22 Abs 2 S 2 GmbHG gesagte.

⁷³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 40 Rz 2; *Reich-Rohrwig*, Beginn der Anfechtungsfrist für GmbH-Generalversammlungsbeschlüsse – Urteilsanmerkung, *ecolex* 1998, 137.

⁷⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 40 Rz 3.

⁷⁵ OGH 4 Ob 188/97v, JBl 1997, 781 (783) mit Anm *Karollus*.

⁷⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 40 Rz 5a.

d) Das Recht auf Zusendung einer Kopie der Generalversammlungsbeschlüsse

Gemäß § 40 Abs 2 GmbHG ist jedem Gesellschafter unverzüglich nach Beschlussfassung eine Kopie der gefassten Beschlüsse mit eingeschriebenem Brief zuzustellen. Dieser Zustellungsmodus hat offenbar den Zweck, den Tag der Absendung leicht nachweisbar zu machen.⁷⁷ Dies ist im Hinblick auf § 41 Abs 4 GmbHG wichtig, da dieser die einmonatige Frist zur Klage auf Nichtigkeitklärung eines Gesellschafterbeschlusses mit dem Tag der Absendung der Kopie gemäß § 40 Abs 2 GmbHG beginnen lässt.

In der Mitteilung muss der Tag der Aufnahme der Beschlüsse in die Niederschrift angegeben werden. Hiermit ist das Datum der Ablage der Niederschrift in die Niederschriftensammlung gemeint, und nicht die Erstellung derselben. Durch diese Interpretation sind auch (niederschriftenersetzende) Versammlungsprotokolle und schriftliche Beschlüsse von dieser Vorschrift umfasst.⁷⁸ Da bei schriftlichen Beschlüssen eine gesonderte Niederschrift iSd § 40 Abs 1 S 1 GmbHG nicht erforderlich ist, genügt zur Erfüllung der Verpflichtung nach § 40 Abs 2 GmbHG die Zusendung der Dokumentation dieser Beschlüsse. Sollte dennoch eine Niederschrift erstellt worden sein, so genügt wohl auch die Zusendung einer Kopie eben dieser.⁷⁹ Sollte der Wortlaut eines Beschlusses offen lassen, worauf sich dieser bezieht (*Koppensteiner*⁸⁰ führt hierzu das Beispiel „Feststellung des Jahresabschlusses“ an), so ist auch das entsprechende Dokument zuzusenden.

Den Gesellschaftern wird durch die Bestimmung des § 40 Abs 2 GmbHG ein Anspruch eingeräumt. Darauf lässt bereits der Wortlaut der Vorschrift schließen. Darüber hinaus ist § 40 Abs 2 GmbHG mit anderen Informationsrechten, insbesondere denen nach § 22 Abs 2 GmbHG, in Zusammenhang zu bringen. Der Anspruch der Gesellschafter richtet sich gegen die Gesellschaft, und ist nach § 102 GmbHG im außerstreitigen Rechtsweg zu verfolgen.⁸¹

⁷⁷ OGH 4 Ob 188/97v JBl 1997, 781 (784) mit Anm *Karollus*; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 40 Rz 9.

⁷⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 40 Rz 9.

⁷⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 40 Rz 9.

⁸⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 40 Rz 9a.

⁸¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 40 Rz 9a.

e) Die Sonderprüfung auf Minderheitsantrag

(1) Allgemeines

Die Sonderprüfung auf Minderheitsantrag, die in den §§ 45 – 47 GmbHG geregelt ist, stellt eine konkrete Kontrollmöglichkeit für Minderheitsgesellschafter dar. Diese können unter bestimmten Voraussetzungen bei Gericht die Bestellung von Revisoren zur Untersuchung von Vorfällen bei der Geschäftsführung beantragen. Zwar ist schon die Gesellschaftergesamtheit gemäß § 35 Abs 1 Z 5 GmbHG berechtigt, Regeln und Maßnahmen zur Überwachung und Überprüfung der Geschäftsführer zu beschließen⁸², selbst durchzuführen oder von sachverständigen Dritten⁸³ durchführen zu lassen. Die Sonderprüfung auf Minderheitsantrag steht jedoch auch dann zur Verfügung, wenn die Mehrheit der Gesellschafter kein Interesse an einer Untersuchung oder Überprüfung hat und die Berechtigung nach § 35 Abs 1 Z 5 GmbHG daher ins Leere laufen würde.

Umstritten sind bei der Sonderprüfung auf Minderheitsantrag insbesondere ihr Normzweck sowie der Umfang der Prüfung und der in den Bericht aufzunehmenden Vorfälle. Diese Fragen werden im Folgenden genauer untersucht.

(2) Entwicklungsgeschichte der Sonderprüfung auf Minderheitsantrag

Obwohl das GmbHG bei seiner Einführung stark an das deutsche GmbHG angelehnt wurde, sucht man eine Parallelbestimmung zu den Vorschriften über die Sonderprüfung auf Minderheitsantrag dort vergeblich. Auch in der Regierungsvorlage zum GmbHG waren solche Bestimmungen noch nicht enthalten. Erst die Herrenhauskommission inkludierte diese und begründete sie in ihrem Bericht damit, dass die Gesellschafter der GmbH „in ihrer ganzen Persönlichkeit beinahe wie offene Gesellschafter erfasst“ würden.⁸⁴ Es sei daher auch einer bloßen Minderheit die Möglichkeit zu geben, in Fällen, in denen das Gesellschaftsvermögen durch Missbrauch gefährdet wäre, als „außerordentliches Organ“ Rechte der Gesellschaft geltend zu machen.⁸⁵ Weiters wurde

⁸² Reich-Rohrwig, JBl 1987, 364 (419); Gellis/Feil, GmbHG⁷, § 35 Rz 19; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³, § 35 Rz 29.

⁸³ OGH 6 Ob 3/88, SZ 61/37 = JBl 1988, 383 = RdW 1988, 163; Reich-Rohrwig, JBl 1987, 364 (419); Gellis/Feil, GmbHG⁷, § 35 Rz 19; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³, § 35 Rz 29.

⁸⁴ Bericht der Kommission des Herrenhauses, 272 BlgHH, XVII. Session (1905), abgedruckt bei Skerlj, Das Gesetz vom 6. März 1906, RGBL. Nr. 58 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (1906) 64 ff (in weiterer Folge zitiert als „Skerlj, GmbHG, Seitenzahl“).

⁸⁵ Skerlj, GmbHG, 64; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 1.

die GmbH als personalistische Gesellschaft mit der KG verglichen.⁸⁶ Wäre man daher alleine von dieser Argumentation ausgegangen, so hätte das Recht auf gerichtliche Bestellung von Revisoren konsequenterweise als Individualrecht im Gesetz verankert werden müssen. Die GmbH wurde in diesem Zuge aber auch mit der Aktiengesellschaft in Bezug gesetzt, und, obwohl die Kommission selbst darlegte, dass die GmbH eigentlich nicht für eine größere, den Aktiengesellschaften vergleichbare Anzahl von Gesellschaftern konzipiert wurde, das Entstehen von sehr großen, wohl ganz und gar nicht mehr personalistischen GmbH nicht ausgeschlossen.⁸⁷ Letztendlich wurde die Bestimmung bloß als Minderheitsrecht vergleichbar dem im AktG in das GmbHG aufgenommen. Die Gründe hierfür gehen aus dem Bericht der Kommission nicht befriedigend hervor⁸⁸, und sind auch sonst nach wie vor nicht nachvollziehbar. *Geist*⁸⁹ meint, die endgültige Regelung resultiere offenbar daraus, dass angesichts der potenziell höheren Gesellschafteranzahl ein Individualrecht zu einer unzumutbaren Belastung für die Gesellschaft führen könnte. *Koppensteiner*⁹⁰ lässt diese Begründung nicht gelten und meint wohl zu recht, dass diese Überlegung eher zu einer gesetzlichen Unterscheidung zwischen personalistisch und kapitalistisch strukturierten GmbH geführt hätte.

Die Bestimmungen über die Sonderprüfung auf Minderheitsantrag sind seit ihrer Einführung inhaltlich nur geringfügig verändert worden. Wichtigste Neuerung war die Koppelung des Antragsrechts auf gerichtliche Bestellung von Revisoren an einen absoluten Betrag des Geschäftsanteiles von 700.000 EUR (10 Mio Schilling) durch das RLG.⁹¹

(3) Zweck und Funktion der Sonderprüfung auf Minderheitsantrag

Vorrangiger Zweck der Sonderprüfung auf Minderheitsantrag ist es, den Minderheitsgesellschaftern eine Möglichkeit zu geben, durch das Verhalten der Gesellschaftsorgane verursachte Unregelmäßigkeiten und Gesetzesverstöße aufzudecken, vor allem um allfällige Ersatzansprüche für die Gesellschaft geltend

⁸⁶ *Skerlj*, GmbHG, 65.

⁸⁷ *Skerlj*, GmbHG, 66; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 1.

⁸⁸ Vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 1.

⁸⁹ *Geist*, Zum Gegenstand der Sonderprüfung auf Minderheitsantrag im GmbH-Recht, ÖJZ 1995, 658 (660f).

⁹⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 1.

⁹¹ BGBl 1990/475.

machen zu können.⁹² Dies geht insbesondere aus § 47 Abs 3 GmbHG hervor, der dem Aufsichtsrat aufträgt, der Generalversammlung über eventuell der Gesellschaft zustehende Ersatzansprüche zu berichten. Weiters kann als Konsequenz von durch die Sonderprüfung hervorgekommenen Umständen an die Abberufung oder Nichtentlastung von Organmitgliedern der Gesellschaft gedacht werden.⁹³

*Geist*⁹⁴ leitet aus den Materialien zum GmbHG weiters eine Abschlussprüfungsfunktion der Sonderprüfung auf Minderheitsantrag ab. Er begründet dies damit, dass im damaligen österreichischen GmbH-Recht eine regelmäßige externe Abschlussprüfung nicht vorgesehen gewesen sei. Um daher auch denjenigen, die die Einsichtsrechte nach § 22 Abs 2 GmbHG (damals § 22 Abs 3 GmbHG) bspw wegen mangelnder Fachkenntnis nicht wirksam ausüben konnten, ein Kontrollinstrument in die Hand zu geben, sei die Sonderprüfung auf Minderheitsantrag als Ersatzjahresabschlussprüfung konzipiert worden. *Geist* gesteht zwar zu, dass die Abschlussprüfungsfunktion durch die Einführung einer verpflichtenden Abschlussprüfung für große und aufsichtsratspflichtige GmbH, sowie durch die Möglichkeit, sich, wie oben bereits dargelegt, durch Buchsachverständige bei der Ausübung der Einsichtsrechte nach § 22 Abs 2 GmbHG unterstützen lassen zu können, stark an Bedeutung verloren hat. ME ist jedoch bereits seine Grundthese als verfehlt, weil zu weitgehend zu beurteilen. Dieser widerspricht nämlich, dass § 45 Abs 1 S 2 GmbHG zwingend die Glaubhaftmachung von Unredlichkeiten oder groben Gesetzesverletzungen zur Voraussetzung für die Sonderprüfung macht. Es kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, dass er davon ausging, dass in allen GmbH Jahr für Jahr Umstände vermutet würden, die eine gerichtliche Bestellung von Revisoren rechtfertigten und somit eine regelmäßige Abschlussprüfung durch gerichtlich bestellte Revisoren erforderlich machten. Die Sonderprüfung als eine Ersatzabschlussprüfung zu sehen strapaziert den Normzweck mE daher in übertriebener Weise.⁹⁵

Weiters behauptet *Geist*⁹⁶, die Sonderprüfung auf Minderheitsantrag habe eine dem außerordentlichen Informationsrecht aus wichtigem Grund, das Kommanditisten und

⁹² OGH 6 Ob 223/04v, ecolex 2005, 135; OGH 6 Ob 313/01z, RdW 2002, 413; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 1; *Geist*, ÖJZ 1995, 658 (662); *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 45 Rz 2.

⁹³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 3; *Geist*, ÖJZ 1995, 658 (662); *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 45 Rz 2.

⁹⁴ *Geist*, ÖJZ 1995, 658 (660f).

⁹⁵ ebenso *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 1.

⁹⁶ *Geist*, ÖJZ 1995, 658 (660f).

stillen Gesellschaftern zusteht, ähnliche Funktion. Er leitet diese Auffassung aus dem Bericht der Kommission des Herrenhauses ab, der für den Fall, dass man von einer Ähnlichkeit der GmbH mit der KG ausgehe, ausspricht, dass sodann auch dem GmbH-Gesellschafter ein dem Kommanditisten und stillen Gesellschafter vergleichbares Einsichtsrecht aus wichtigem Grund eingeräumt werden müsse. In diesem Bericht wird aber auch angeführt, dass für den Fall, dass eine GmbH wie eine Aktiengesellschaft gestaltet sei (hohe Anzahl von Gesellschaftern), man ein Recht der Minderheit auf gerichtliche Bestellung von Revisoren schaffen müsse.⁹⁷ In der endgültigen Gestaltung der Bestimmung des § 45 GmbHG wurde sodann das Recht auf Sonderprüfung auf Minderheitsantrag nach aktienrechtlichem Vorbild verankert. Dass die Gründe für diese Entscheidung im Bericht der Kommission nicht eindeutig hervorkommen, mag die Schlussfolgerung *Geists*, der Gesetzgeber habe durch die Sonderprüfung auf Minderheitsantrag eine dem angesprochenen Informationsrechts der Kommanditisten und stillen Gesellschafter vergleichbare Befugnis des GmbH-Gesellschafters verankern wollen, nicht stärken. Dieser steht nämlich einerseits entgegen, dass das Recht als Minderheits- und nicht als Individualrecht verankert wurde. Weiters bestellt das Gericht Revisoren nur dann, wenn Unredlichkeiten oder grobe Gesetzesverletzungen glaubhaft gemacht wurden. Ein Informationsrecht aus wichtigem Grund ist jedoch weitergehend. So kann ein wichtiges Interesse des Kommanditisten dann bestehen, wenn er Informationen benötigt um die ihm im Gesellschaftsvertrag eingeräumten Rechte ausüben zu können⁹⁸, oder über eine Gesellschaftsvertragsänderung zu entscheiden.⁹⁹ Es kann dem Wortlaut des § 45 Abs 1 GmbHG jedoch keinesfalls entnommen werden, dass das Gericht auch in solchen Fällen Revisoren zu bestellen hat. Überhaupt kommt die von *Geist* behauptete Zielsetzung im Wortlaut des Gesetzes nicht zum Ausdruck. Der Ansicht, die Sonderprüfung auf Minderheitsantrag gemäß § 45 ff GmbHG erfülle auch die Funktion eines Informationsrechts aus wichtigem Grund, kann daher nicht gefolgt werden.

Richtig ist, dass die Vorschriften über die Sonderprüfung auf Minderheitsantrag die anderen den Gesellschaftern zustehenden Informationsrechte ergänzen. Durch sie wird Rücksicht darauf genommen, dass es für manche Gesellschafter auch trotz gegebener Möglichkeiten zur Bucheinsicht und Unterstützung durch Buchsachverständige

⁹⁷ *Skerlj*, GmbHG, 66.

⁹⁸ *H.Torggler*, Zum Informationsrecht des Kommanditisten insbesondere im Konzern, *GesRZ* 1994, 102 (106).

⁹⁹ *U.Torggler/H.Torggler in Straube*, HGB³ (2003), § 166 Rz 15.

schwierig ist, sich einen vollständigen Überblick über die Lage ihres Unternehmens zu verschaffen.¹⁰⁰ Aufgrund des auf den Schutz der Minderheit abzielenden Zwecks der Norm ist das Recht auf Beantragung einer gerichtlichen Bestellung von Revisoren anders als das Einsichtsrecht nach § 22 Abs 2 S 2 GmbHG nicht im Gesellschaftsvertrag abdingbar.¹⁰¹

(4) Voraussetzungen der Sonderprüfung auf Minderheitsantrag

(a) Ablehnung eines Antrags auf Sonderprüfung durch die Gesellschafter

In § 45 Abs 1 GmbHG wird als erste Voraussetzung für die Sonderprüfung auf Minderheitsantrag die Ablehnung eines Antrags auf Durchführung einer Sonderprüfung des letzten Jahresabschlusses durch die Gesellschafter genannt. Einen solchen Antrag können Gesellschafter, die gemäß § 78 Abs 1 GmbHG im Firmenbuch eingetragen sind¹⁰² und deren Geschäftsanteile 10 Prozent der Stammeinlage ausmachen, gemäß § 38 Abs 3 GmbHG auf die Tagesordnung der Generalversammlung setzen lassen. Des Weiteren kann ein solcher Beschlussantrag im Rahmen der Feststellung des Jahresabschlusses oder der Entlastung der Geschäftsführung gestellt werden.¹⁰³

Nach dem Gesetzeswortlaut hat Gegenstand des Antrages und des Beschlusses immer die Prüfung des letzten Jahresabschlusses zu sein. Ob dieser bereits festgestellt worden ist oder nicht, tut nichts zur Sache. Vielmehr ist bloßes Vorliegen ausreichend.¹⁰⁴ Im nur in rechtswidriger Weise möglichen Fall, dass die Generalversammlung mit mehreren Jahresabschlüssen gleichzeitig befasst ist, kann sich der Antrag auf Sonderprüfung auf jeden dieser Abschlüsse beziehen.¹⁰⁵ Die für die Sonderprüfung ursächlichen Vorgänge müssen im Antrag bezeichnet werden.¹⁰⁶ Der Antrag kann unabhängig davon, ob der Antragsteller auf Beteiligungserträge angewiesen ist oder sich die Gesellschaft bereits

¹⁰⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 3.

¹⁰¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 3; *Enzinger in Straube*, GmbHG, § 45 Rz 5.

¹⁰² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 4.

¹⁰³ *Reich-Rohrwig*, JBl 1987, 364 (422); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 4.

¹⁰⁴ OLG Wien 21 R 20/77, GesRZ 1978, 174 mit Anm *H. Torggler*; OLG Wien 6 R 34/90, NZ 1990, 305; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 2.

¹⁰⁵ OLG Wien 28 R 86/98t, NZ 1999, 349; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht, 408; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 7.

¹⁰⁶ OGH 6 Ob 3/88 SZ 61/37 = JBl 1988, 383 = RdW 1988, 163; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 4.

in Liquidation befindet eingebracht werden.¹⁰⁷ Letzteres ist schon auf Grund des Zwecks der Vorschrift selbstverständlich.¹⁰⁸

Sollten die Vorgänge, deren Überprüfung angestrebt wird, mit der Entlastung eines Geschäftsführers oder des Aufsichtsrats oder mit der Einleitung eines Rechtsstreits zwischen Gesellschaft und Mitgliedern der Geschäftsführung oder des Aufsichtsrates in Zusammenhang stehen, so sind diese, so sie auch Gesellschafterstellung haben, bei der Abstimmung über die Sonderprüfung nicht stimmberechtigt. Dies lässt sich aus einer Analogie zu § 118 Abs 1 S 2 AktG gewinnen.¹⁰⁹ Dementsprechend sind auch bevollmächtigte Vertreter der betroffenen Mitglieder der Geschäftsführung und des Aufsichtsrates, juristische Personen oder Personengesellschaften, deren Stimmverhalten maßgeblich von jenen Mitgliedern beeinflusst wird, sowie frühere Organwalter, wenn die in Frage stehenden Vorgänge in ihre Amtszeit fallen, von der Abstimmung ausgeschlossen.¹¹⁰

Der ablehnende Gesellschafterbeschluss ist Grundvoraussetzung für die gerichtliche Beantragung der Sonderprüfung durch die Minderheitsgesellschafter. Die Anfechtung dieses Beschlusses durch die Minderheitsgesellschafter ist nicht erforderlich¹¹¹, da das Gericht dessen Rechtmäßigkeit in jedem Fall überprüfen muss.¹¹² Eine ablehnende Äußerung des Mehrheitsgesellschafters außerhalb des Beschlussverfahrens reicht nicht aus.¹¹³ Dem gleichzuhalten ist es in sinngemäßer Anwendung des § 48 Abs 1 GmbHG, wenn der Antrag übergangen und somit nicht zur Abstimmung gebracht oder sonst wie vereitelt wird.¹¹⁴ Als Ablehnung zu behandeln ist auch die vorzeitige Abberufung eines von der Generalversammlung bestellten Sonderprüfers¹¹⁵, ein Prüfungsbeschluss ohne Bestimmung von Prüfern¹¹⁶ sowie eine bloß scheinbare Prüferbestellung.¹¹⁷ Anders gelagert ist der Fall, wenn ein von der Generalversammlung wirksam bestellter

¹⁰⁷ OLG Graz 1 R 199/87, wbl 1988, 200.

¹⁰⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 6.

¹⁰⁹ OGH 1 Ob 536, 541/52, SZ 25/200 = JBI 1953, 185; OGH 6 Ob 28/08y, GesRZ 2008, 304; *Reich-Rohrwig*, JBI 1987, 364 (424); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 4.

¹¹⁰ *Reich-Rohrwig*, JBI 1987, 364 (424).

¹¹¹ OLG Wien 21 R 20/77, GesRZ 1978, 174 mit Anm *Torggler*; OLG Graz 1 R 199/87, wbl 1988, 200.

¹¹² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 6.

¹¹³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 4.

¹¹⁴ OLG Wien 21 R 20/77, GesRZ 1978, 174 mit Anm *Torggler*; *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 45 Rz 5; *Keinert*, Sonderprüfungen im Recht der Kapitalgesellschaften, GesRZ 1976, 18 (23); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 5; *Reich-Rohrwig*, JBI 1987, 364 (424).

¹¹⁵ *Reich-Rohrwig*, JBI 1987, 364 (424); *Keinert*, GesRZ 1976, 18 (23); *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 45 Rz 5.

¹¹⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 5; *Keinert*, GesRZ 1976, 18 (23).

¹¹⁷ *Keinert*, GesRZ 1976, 18 (23).

Sonderprüfer an der Durchführung der Prüfung behindert wird. Denn einem von der Gesellschaft selbst bestellten Revisor stehen die gleichen Rechte zu wie nach § 46 Abs 1 GmbHG einem vom Gericht bestellten. Diese Rechte sind exekutiv im Wege des § 79 AußStrG durchzusetzen.¹¹⁸ Bestehen nach Bestellung eines Prüfers durch die Gesellschaftermehrheit in der Generalversammlung begründete Befürchtungen hinsichtlich dessen Unbefangenheit, so kann das Gericht in analoger Anwendung von § 130 Abs 3 AktG selbst einen Sonderprüfer bestellen.¹¹⁹

(b) Beantragung durch legitimierte Personen

Nur eine Gesellschafterminderheit, die mindestens 10 Prozent des Stammkapitals oder aber Geschäftsanteile im Nennbetrag von 700.000 Euro (10 Mio Schilling) repräsentiert, ist berechtigt, eine gerichtliche Einsetzung von Sonderprüfern zu beantragen. ME sollten die Geschäftsanteile von Personen die, wie oben dargelegt von der Abstimmung über die Sonderprüfung ausgeschlossen sind, bei der Berechnung des Minderheitsanteils von 10 Prozent des Stammkapitals nicht berücksichtigt werden. Auf diese Weise würde dem Schutz der Gesellschafterminderheit effektiv entsprochen. Ob die Stammeinlagen voll einbezahlt sind oder nicht, ist nicht ausschlaggebend.¹²⁰ Auch Mehrheitsgesellschafter sind antragsbefugt, wenn sie aufgrund einer gesellschaftsvertraglichen Regelung nicht im Stande sind durch ihr Abstimmungsverhalten einen die Sonderprüfung ablehnenden Gesellschafterbeschluss zu verhindern.¹²¹ Die Gesellschafterstellung muss zum Zeitpunkt des ablehnenden Beschlusses zwar noch nicht gegeben sein¹²², muss jedoch im Zeitpunkt der Revisorenbestellung durch das Gericht jedenfalls fortbestehen.¹²³ Ein die Sonderprüfung ablehnendes Abstimmungsverhalten steht einem späteren Minderheitsantrag auf Sonderprüfung bei Gericht nicht im Wege.¹²⁴ Weiters besteht das Antragsrecht auch dann, wenn ein obligatorischer Abschlussprüfer bestellt ist, da dessen Aufgabenbereich anders definiert ist als der eines gerichtlich bestellten Revisors. Insbesondere hat er im Rahmen der regulären Jahresabschlussprüfung nur dann über

¹¹⁸ Zum alten AußStrG vgl OGH 6 Ob 10/82, SZ 56/19; OLG Wien 6 R 34/90, NZ 1990, 305.

¹¹⁹ OGH 6 Ob 3/88, SZ 61/37 = JBl 1988, 383 = RdW 1988, 163; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 5; *Enzinger in Straube*, GmbHG, § 45 Rz 5.

¹²⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 9.

¹²¹ OLG Wien 21 R 20/77, GesRZ 1978, 174 mit zustimmender Anm *Torggler*; *Reich-Rohrwig*, JBl 1987, 364 (424); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 9.

¹²² *Reich-Rohrwig*, GmbHR, 409.

¹²³ *Enzinger in Straube*, GmbHG, § 45 Rz 7.

¹²⁴ *Reich-Rohrwig*, GmbHR, 409; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 9; zweifelnd *Enzinger in Straube*, GmbHG, § 45 Rz 7.

Rechtsverstöße zu berichten, wenn solche bei seinen in andere Richtungen zielenden Prüfungshandlungen hervorgekommen sind.¹²⁵

Sollten einzelne oder mehrerer Gesellschafter ihren Antrag auf Sonderprüfung bei Gericht zurückziehen und das repräsentierte Stammkapital dadurch unter 10 Prozent bzw. 700.000 Euro fallen, so ist der Antrag abzuweisen. Die bereits begonnene Revision ist nur abubrechen, wenn alle Antragsteller ihre Anträge zurückziehen.¹²⁶ Eine Zurückziehung des Antrags kann, analog zu § 483 Abs 3 ZPO (mit Zustimmung des Antragsgegners), jederzeit, also auch noch im Rechtsmittelverfahren erfolgen.¹²⁷

Solange die gerichtlich bestellten Revisoren die Sonderprüfung nicht beendet haben, können die Antragsteller ihre Geschäftsanteile gemäß § 45 Abs 2 GmbHG nur mit Zustimmung der Gesellschaft veräußern. Der Zweck dieser Vorschrift liegt wohl darin, den Antragsteller zu einem gewissen Maß an die Gesellschaft, die durch seine Antragsstellung einer etwaigen Wertminderung ausgesetzt sein könnte, zu binden. Darüber hinaus wird so gesichert, dass Ansprüche der Gesellschaft gegen den Antragsteller, die durch dessen missbräuchliche Antragsstellung entstanden sind, durch exekutiven Zugriff auf dessen Gesellschaftsanteil gedeckt werden können.¹²⁸ Dieser Zweck wird von *Enzinger*¹²⁹ als rechtlich nicht relevant angesehen. Dies mag zwar zutreffen, übersehen wird dabei jedoch, dass der Geschäftsanteil ein wesentlich attraktiveres Pfändungsobjekt darstellt als die dafür entrichtete Gegenleistung. Der Sinn dieser Vorschrift ist mE daher nicht so dunkel, wie *Enzinger* es vermuten lässt.

Können sich die Minderheitsgesellschafter, die den Minderheitsantrag auf Sonderprüfung beim Gericht gestellt haben, die benötigten Informationen auch auf andere Weise sicher beschaffen, so hat eine gerichtliche angeordnete Sonderprüfung zu entfallen.¹³⁰ Als Beispiele hierfür können vor allem der Fall, dass sich die Mehrheits- und die Minderheitsgesellschafter bereits auf die Durchführung einer Sonderprüfung geeinigt haben¹³¹, oder der Fall, in dem die Höhe des Geschäftsführergehalts, die durch

¹²⁵ *Doralt*, Zum Entwurf einer Novelle des GmbH-Gesetzes, JBl 1977, 124 (130); *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß, 393; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 8; *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 45 Rz 7.

¹²⁶ *Reich-Rohrwig*, GmbHG, 409.

¹²⁷ OGH vom 25.3.1999, 6 Ob 272/98p; *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 45 Rz 10.

¹²⁸ *Keinert*, GesRZ 1976, 18 (24).

¹²⁹ *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 45 Rz 15.

¹³⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 8; *Enzinger* in *Straube*, GmbHG § 45 Rz 8.

¹³¹ OGH 6 Ob 10/82, SZ 56/19.

Sonderprüfung überprüft werden soll, den Minderheitsgesellschaftern bereits hinlänglich bekannt ist¹³² genannt werden.

(c) Notwendiger Inhalt des Antrags

Der Antrag richtet sich auf die Bestellung eines oder mehrerer Sonderprüfer. Ein konkreter Prüfer muss nicht genannt werden.¹³³ Nachzuweisen ist, dass ein Antrag auf Sonderprüfung von der Mehrheit der Gesellschafter in einer der bereits oben diskutierten Formen abgelehnt worden ist.¹³⁴ Außerdem sieht das Gesetz vor, dass die Antragsteller im Antrag Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrags glaubhaft machen müssen um eine gerichtliche Einsetzung von Revisoren zu erreichen. Der Maßstab, der an eine solche Glaubhaftmachung gesetzt wird, darf jedoch nicht allzu streng sein, da den Minderheitsgesellschaftern häufig die Mittel zur Beweiserlangung fehlen werden.¹³⁵ *Enzinger*¹³⁶ lässt überhaupt in der Regel die Darlegung eines Sachverhalts, aus dem sich nach der Lebenserfahrung schlüssig derartige Unregelmäßigkeiten ergeben, genügen. Als tatbestandsmäßig können ua die Verletzung von Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften, die Bildung unverhältnismäßig hoher Reserven, unzulässige Entnahmen, die Verrechnung betriebsfremder Ausgaben, ein mangelhaftes Belegwesen oder sonstige Bilanzverschleierungen betrachtet werden.¹³⁷ Von wem die Umstände zu vertreten sind ist unwichtig. Vielmehr werden auch Mitglieder fakultativer Gesellschaftsorgane (Beiräte) erfasst.¹³⁸

(d) Änderung der Voraussetzungen durch Gesellschaftsvertrag

Eine Erschwerung der Voraussetzungen, unter denen ein Minderheitsantrag auf Sonderprüfung bei Gericht gestellt werden kann, durch den Gesellschaftsvertrag ist

¹³² OGH 6 Ob 223/04v, *ecolex* 2005, 135.

¹³³ *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 45 Rz 10; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 10; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷, § 45 Rz 5.

¹³⁴ *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 45 Rz 10; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 10.

¹³⁵ OGH 3 Ob 221/51, NZ 1951, 127; OLG Wien 5 R 26/91, NZ 1992, 76; wohl strenger OLG Wien 28 R 86/98t, NZ 1999, 349; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 10; *Reich-Rohrwig*, GmbHR, 409.

¹³⁶ *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 45 Rz 10.

¹³⁷ OGH 3 Ob 221/51, NZ 1951, 127; OGH 6 Ob 231/68, NZ 1969, 57; OLG Wien 5 R 26/91, NZ 1992, 76; OLG Wien 28 R 86/98t, NZ 1999, 349; OLG Graz 1 R 199/87, wbl 1988, 200; OLG Wien 21 R 20/77, GesRZ 1978, 174 mit Anm *Torggler*; *Enzinger* in *Straube*, GmbHG § 45 Rz 10; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 10; *Umfahrer*, GmbH⁶ (2008), Rz 501.

¹³⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 10.

nicht möglich.¹³⁹ *Koppensteiner*¹⁴⁰ erkennt völlig richtig, dass der minderheitenbezogene Schutzzweck der Normen zur Sonderprüfung auf Minderheitsantrag nicht zur Disposition der Gesellschafter stehen kann. Es ist daher nicht zulässig, die Beteiligungsquote für den Antrag auf gerichtliche Bestellung von Sonderprüfern im Gesellschaftsvertrag zu erhöhen.

Unrichtig ist mE jedoch *Koppensteiners* Auffassung, es sei ebenso unzulässig, für den Gesellschafterbeschluss auf Bestellung von Revisoren eine höhere als die einfache Mehrheit zu verlangen. Eine solche Beschränkung ergibt sich aus dem Gesetz nicht zwingend. Eine Regelung, die eine höhere als die einfache Mehrheit für den Beschluss zur Bestellung von Revisoren verlangt, würde den Schutzzweck der §§ 45 ff GmbHG nicht unterminieren weil das Recht, einen Minderheitsantrag auf Sonderprüfung zu stellen, unabhängig davon unverändert aufrecht bleibt, sofern die anderen Voraussetzungen des § 45 Abs 1 GmbHG erfüllt sind. Die Verschärfung der Quoren für die Bestellung von Revisoren als unzulässig zu erklären ginge daher mE zu weit, weil dadurch die Privatautonomie der Gesellschafter ohne Notwendigkeit beschränkt würde.

Eine Erleichterung der Voraussetzungen, unter denen die Sonderprüfung bei Gericht beantragt werden kann, wird nach heute herrschender Meinung jedoch zu Recht als zulässig erachtet.¹⁴¹ Die in eine entgegengesetzte Richtung gehende, ältere Judikatur¹⁴² ist als veraltet zu betrachten.¹⁴³

(5) *Gegenstand und Umfang der Sonderprüfung auf Minderheitsantrag*

Nach dem Gesetzeswortlaut ist die Ablehnung eines Antrags auf Überprüfung des letzten Jahresabschlusses durch die Generalversammlung Voraussetzung für einen erfolgreichen Antrag auf gerichtliche Bestellung von Revisoren. Daraus leitet die richtige hM ab, dass all jene Vorgänge, die für die Beurteilung der finanziellen Lage der

¹³⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 11; *Enzinger in Straube*, GmbHG, § 45 Rz 9; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷, § 45 Rz 5; *Keinert*, GesRZ 1976, 18 (23).

¹⁴⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 11.

¹⁴¹ *Reich-Rohrwig*, JBl 1987, 364 (425); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 11; *Enzinger in Straube*, GmbHG, § 45 Rz 9.

¹⁴² OGH vom 17.10.1906, AC 2603; OGH vom 15.03.1910, AC 2880.

¹⁴³ *Reich-Rohrwig*, JBl 1987, 364 (425).

Gesellschaft bedeutsam sind und im letzten Jahresabschluss ihren Niederschlag gefunden haben oder hätten finden müssen, Gegenstand der Sonderprüfung sind.¹⁴⁴

Der hM treten *Reich-Rohrwig*¹⁴⁵ und *Geist*¹⁴⁶ entgegen und sprechen sich gegen eine Konnexität der Sonderprüfung zum letzten Jahresabschluss aus. *Reich-Rohrwig* befürwortet die Einbeziehung „einzelner Vorgänge bei der Gründung oder Geschäftsführung, die gegen Gesetz oder Gesellschaftsvertrag verstoßen, insbesondere wenn sie Grundlage von Ansprüchen gegen Gründer, Organmitglieder, Gesellschafter, Dienstnehmer oder Dritte sein können“. Er begründet dies einerseits damit, dass das Gesetz in § 45 Abs 1 S 2 GmbHG keine Auswirkung der Unredlichkeiten und Gesetzesverletzungen auf den Jahresabschluss erfordere. Nach der hM geht aus dem Wortlaut der §§ 45 Abs 1, 46 Abs 1 und 47 Abs 1 GmbHG jedoch sehr wohl hervor, dass ein solcher Bezug erforderlich ist.¹⁴⁷ Weiters begründet *Reich-Rohrwig*¹⁴⁸ seine Ansicht damit, dass in den Parallelbestimmungen zur Sonderprüfung im AktG alle Vorgänge bei der Geschäftsführung innerhalb der letzten 2 Jahre überprüfbar sind. Mit diesen Bestimmungen wäre bei konsequenter Anwendung eines Analogieschlusses bestenfalls die zweijährige Frist des § 130 Abs 2 AktG argumentierbar, nicht jedoch die von *Reich-Rohrwig* geforderte Zulässigkeit der Überprüfung von Vorgängen der letzten 5 Jahre, wie sie im dAktG normiert ist.¹⁴⁹ Da der zutreffenden hM zufolge die Vorschriften über die Sonderprüfung auf Minderheitsantrag im GmbHG in diesem Punkt lückenfrei¹⁵⁰ sind und eine etwaige Schließung einer Lücke daher nicht erforderlich ist, ist diese Argumentation nicht überzeugend.¹⁵¹

*Geist*¹⁵² argumentiert, neben der bereits von *Reich-Rohrwig* vorgenommenen Anlehnung an das Aktienrecht, mit weiteren Gesichtspunkte die zum Ergebnis einer Loskoppelung der Sonderprüfung einzelner Akte der Geschäftsführung vom letzten

¹⁴⁴ OGH 6 Ob 3/88, SZ 61/37; OGH 6 Ob 1011/92, RdW 1993, 76; OGH 6 Ob 223/04v, ecolex 2005, 135; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 15; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷, § 45 Rz 2; *Enzinger in Straube*, GmbHG, § 46 Rz 3, § 47 Rz 3; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß, 393.

¹⁴⁵ *Reich-Rohrwig*, JBl 1987, 364 (425).

¹⁴⁶ *Geist*, ÖJZ 1995, 658.

¹⁴⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 7; *Enzinger in Straube*, GmbHG, § 45 Rz 4.

¹⁴⁸ *Reich-Rohrwig*, GmbHR, 408.

¹⁴⁹ So auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 7 in Bezug auf *Geist*, ÖJZ 1995, 658 (665).

¹⁵⁰ *Enzinger in Straube*, GmbHG § 45 Rz 4; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 7.

¹⁵¹ Der Entscheidung des OLG Wien 6 R 41/87, wbl 1988, 200, die als einzige der Ansicht *Reich-Rohrwigs* gefolgt war und auch Vorgänge bei der Geschäftsführung, die nicht länger als 5 Jahre zurücklagen, der Revision unterwarf, wurde vom OGH in der Entscheidung 6 Ob 3/88, SZ 61/37 = JBl 1988, 383 = RdW 1988, 163, widersprochen.

¹⁵² *Geist*, ÖJZ 1995, 658.

Jahresabschluss führen sollen. So behauptet er, dass in der GmbH ein Informationsdefizit des Gesellschafters bestehe, das der Gesetzgeber durch die Sonderprüfung auf Minderheitsantrag habe ausgleichen wollen. Seinen Argumenten für diese Behauptung, Zweck der Sonderprüfung seien eine Ersatzabschlussprüfung und die Einräumung eines Informationsrechts des Gesellschafters aus wichtigem Grund, wurde bereits oben entgegengetreten. Auch seine Ausführungen zu systematischen, methodischen und rechtsformübergreifenden Gesichtspunkten, die immer wieder unter der Prämisse getroffen werden, dass ein Informationsdefizit des Gesellschafters tatsächlich bestehe, vermögen nicht zu begründen, warum man den klaren Wortlaut der §§ 45 Abs 1, 46 Abs 1 und 47 Abs 1 GmbHG missachten und auch länger zurückliegende Vorgänge, die mit dem aktuellen Jahresabschluss nicht in Zusammenhang stehen, der Sonderprüfung unterwerfen sollte.¹⁵³

An eine Überprüfung von länger zurückliegenden Vorgängen ist nur dann zu denken, wenn in der Generalversammlung, rechtswidrigerweise, mehrere Jahresabschlüsse zur Beschlussfassung vorgelegt wurden.¹⁵⁴

(6) Anspruchsdurchsetzung und Verfahren

Zuständig für die Behandlung des Minderheitsantrags auf Sonderprüfung ist das Handelsgericht am Sitz der Gesellschaft.¹⁵⁵ Den Parteien steht es frei, stattdessen ein Schiedsgericht einzusetzen.¹⁵⁶ Das zuständige Gericht entscheidet mit Beschluss im Verfahren außer Streitsachen (§ 102 GmbHG).¹⁵⁷

Als Parteien am Verfahren beteiligt sind nur die antragstellenden Gesellschafter und die Gesellschaft als Antragsgegnerin, nicht aber der Geschäftsführer oder andere Gesellschafter.¹⁵⁸ Begründet wird dies damit, dass die Sonderprüfung vornehmlich zum Ziel hat, im Interesse der Gesellschaft den Jahresabschluss und die ihm zugrunde liegende Geschäftsgebarung zu überprüfen. Auch wird nur die Gesellschaft mit den administrativen und finanziellen Aufwendungen, die die Sonderprüfung nach sich zieht,

¹⁵³ Ebenso *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 45 Rz 4; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 7.

¹⁵⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 7.

¹⁵⁵ *Reich-Rohrwig*, JBl 1987, 364 (426); *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 45 Rz 11; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 12.

¹⁵⁶ *Enzinger* in *Straube*, GmbHG § 45 Rz 11; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 12.

¹⁵⁷ Vgl ua OGH 6 Ob 10/82, SZ 56/19; OGH 6 Ob 2016/96f, ecolex 1997, 436.

¹⁵⁸ OGH 1 Ob 55/67, HS 6606/11; OGH 6 Ob 10/82, SZ 56/19; OLG Wien 6 R 46, 58, 59/93, NZ 1993, 285.

belastet. Dass Sonderprüfungen zumeist nach Vorwürfen gegen Handlungen der Geschäftsführer durchgeführt und eben diese Handlungen sodann genauester Betrachtung unterzogen werden, reicht nicht aus, um ein Interesse des Geschäftsführers, das seine Parteistellung erforderlich erscheinen lassen würde, zu begründen. Auch das zwingende Erfordernis des § 45 Abs 4 GmbHG, Geschäftsführer und Aufsichtsrat vor der Bestellung zu hören, erfolgt vornehmlich im Interesse der Gesellschaft und ändert daher nichts am Kreis der Verfahrensparteien.¹⁵⁹ Diese Anhörung kann wohl auch schriftlich durchgeführt werden.¹⁶⁰

Sollte dem Antrag stattgegeben werden, bestellt das Gericht gemäß § 45 Abs 3 S 1 GmbHG einen, in besonders komplexen Fällen eventuell auch mehrere Sonderprüfer. Da die in § 45 Abs 3 S 2 GmbHG genannten Listen nicht im Verordnungsweg erlassen wurden¹⁶¹, wurde von der herrschenden Lehre der frühere § 119 AktG aF für analog anwendbar gehalten.¹⁶² In diesem Sinne durften als Prüfer beeidete Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, beeidete Buchprüfer und Steuerberater, sowie Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften und Buchprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften bestellt werden. Diese Berufsgruppen waren früher stark miteinander verbunden. So konnte Wirtschaftsprüfer nur werden, wer bereits Steuerberater war. Nunmehr sind diese Berufe jedoch auch unabhängig voneinander erreichbar. Der durch das AktRÄG 2009¹⁶³ neu formulierte § 131 AktG, der den alten § 119 AktG ersetzt, trägt dem Rechnung und erlaubt für die gerichtlich angeordnete Sonderprüfung bei der AG nur mehr die Bestellung von Wirtschaftsprüfern und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften als Revisoren. Dies ist insofern vernünftig, als viele der österreichischen AG große oder mittelständische Unternehmen sind, bei denen zu überprüfende Umstände wohl häufig eine hohe Komplexität aufweisen. Die Einsetzung von Wirtschaftsprüfern, deren berufliche Kernkompetenz in der Prüfung von wirtschaftlichen Umständen liegt, ist daher naheliegend. GmbH, die in Österreich um ein vielfaches häufiger sind als AG, stellen jedoch oft nur kleine Unternehmen dar, die zuweilen nicht einmal abschlussprüfungspflichtig sind. Hier nun nur Wirtschaftsprüfer als Sonderprüfer zu bestellen erscheint aus verschiedenen Gründen zu eng. Zum einen

¹⁵⁹ OGH 6 Ob 10/82, SZ 56/19; zustimmend *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 12.

¹⁶⁰ *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 45 Rz 12 mit Zitat von *S. Schmidt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum AktG (2003), § 118 Rz 40.

¹⁶¹ *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 45 Rz 13.

¹⁶² *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 45 Rz 13; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 13; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷, § 45 Rz 6; *Reich-Rohrwig*, GmbHR, 410.

¹⁶³ BGBl I 2009/71.

sind die zu prüfenden Umstände bei kleineren Unternehmen ungleich weniger komplex, zum anderen könnten die relativ hohen Stundensätze von Wirtschaftsprüfern eine unzumutbare finanzielle Belastung der Gesellschaften bedeuten. ME sollte daher der Kreis der potentiellen Sonderprüfer dem Kreis der gerichtlichen Sachverständigen für Rechnungswesen angenähert werden. So könnten auch Personen mit langjähriger Berufserfahrung im Rechnungswesen (bspw Bankangestellte) aber auch wie bisher Steuerberater und Buchprüfer zu Revisoren bestellt werden.

Dem Gericht steht es frei, den Parteien einen Kostenvorschuss aufzuerlegen.¹⁶⁴ Dieser ist jedoch nicht mit der Sicherheitsleistung nach § 45 Abs 5 GmbHG gleichzusetzen. Eine solche kann das Gericht auf Antrag zur Voraussetzung für die Bestellung von Revisoren machen. Zweck dieser Sicherheitsleistung ist vornehmlich die Sicherstellung der Abdeckung von Nachteilen, die der Gesellschaft im Zuge der Sonderprüfung entstehen können.¹⁶⁵ Das Gericht kann nach überwiegender Ansicht eine Sicherheitsleistung aber nur fordern, wenn die Gesellschaft einen ihr durch die Sonderprüfung drohenden Nachteil auch nachweisen kann.¹⁶⁶ Zu denken ist vor allem an einen eventuell entstehenden Imageschaden für die Gesellschaft.¹⁶⁷ Durch die Sonderprüfung drohende Prozesskosten dürften für die Forderung einer Sicherheitsleistung nicht ausreichen.¹⁶⁸ Nach richtiger Ansicht gilt das gleiche für drohende Kosten für Personal und Infrastruktur, die zur Unterstützung der Sonderprüfung anstehen, da die Kostentragung vom Ergebnis der Sonderprüfung abhängt.¹⁶⁹ Die Folgen der verspäteten Erlegung der Sicherheitsleistung haben sich analog nach § 60 Abs 3 ZPO zu richten.¹⁷⁰

Um die gerichtliche Bestellung in Wirksamkeit erwachsen zu lassen muss sich der bedachte Prüfer seinerseits bereit erklären, das Amt des Revisors zu übernehmen, Sollte

¹⁶⁴ *Enzinger in Straube, GmbHG*, § 45 Rz 13; *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar*³, § 45 Rz 13; vgl ua OGH 6 Ob 2016/96f, *ecolex* 1997, 436.

¹⁶⁵ Dies ergibt sich schon aus dem Verweis auf § 42 Abs 3 GmbHG; in diesem Sinne ua *Enzinger in Straube, GmbHG*, § 45 Rz 13.

¹⁶⁶ OLG Wien 2 R 86/98t, NZ 1999, 349; *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar*³, § 45 Rz 14; *Enzinger in Straube, GmbHG*, § 45 Rz 13; *Keinert, GesRZ* 1976, 18 (23).

¹⁶⁷ *Reich-Rohrwig, GmbHR*, 415; *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar*³, § 45 Rz 14.

¹⁶⁸ *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar*³, § 45 Rz 14.

¹⁶⁹ *Enzinger in Straube, GmbHG*, § 45 Rz 14; aA *Reich-Rohrwig, GmbHR*, 415; *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar*³, § 45 Rz 14.

¹⁷⁰ *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar*³, § 45 Rz 14; *Enzinger in Straube, GmbHG*, § 45 Rz 13.

er dies verweigern ist ein anderer Prüfer zu bestellen.¹⁷¹ Der Revisor hat sodann vor Übernahme des Amtes den Eid gemäß § 45 Abs 6 GmbHG zu leisten.

Nach erfolgter Bestellung und Abschluss der Sonderprüfung entscheidet das Gericht gemäß § 47 Abs 4 GmbHG über die Verteilung der Kosten der Sonderprüfung. Die Kosten beinhalten nicht nur das vom Gericht gemäß § 46 Abs 2 GmbHG zu bestimmende Entgelt des Revisors sondern wohl auch unabhängig davon entstandene Kosten.¹⁷² Diese sind nach den allgemeinen Regeln des AußStrG zu bestimmen, welches in § 78 AußStrG einen Kostenersatz vorsieht.¹⁷³ Das Gericht entscheidet nur mangels einer Einigung der Beteiligten. Die Kostenverteilungsentscheidung ist von der Entscheidung über die Höhe des Entgelts des Sonderprüfers gemäß § 46 Abs 2 GmbHG zu unterscheiden und muss gesondert beantragt werden.¹⁷⁴

(7) Rechtsstellung des Revisors

Der Revisor an sich ist kein Organ des Gerichts.¹⁷⁵ Überhaupt ist seine Stellung im Gesetz unklar. Die Bezeichnung als „außerordentliches Organ der GmbH“¹⁷⁶ ist mE unzutreffend, da zwischen Revisor und Gesellschaft kein Auftragsverhältnis besteht, es ihm nicht gestattet ist ein anderes als ein vom Gericht festgesetztes Entgelt anzunehmen (§ 46 Abs 2 GmbHG) und er keinem Organ der Gesellschaft untersteht.¹⁷⁷ Am ehesten ist der Revisor daher wohl wie ein Sachverständiger zu behandeln. Daran anknüpfend haftet er den Parteien für einen durch ein unrichtiges Gutachten entstandenen Schaden nach den allgemeinen Schadenersatzgrundsätzen, insbesondere nach § 1299 ABGB.¹⁷⁸

Die Aufgabe der Revisoren, zu überprüfen ob der letzte Jahresabschluss ein möglichst getreues Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens vermittelt, setzt voraus, dass sich diese auch die dafür notwendigen Informationen beschaffen können. Daher steht ihnen nach § 46 Abs 1 GmbHG das Recht zu, in alle Geschäftsbücher und Unterlagen der Gesellschaft, die ihnen für die Untersuchung

¹⁷¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 45 Rz 15.

¹⁷² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 47 Rz 5.

¹⁷³ *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 47 Rz 8; *Klicka* in *Rechberger*, Kommentar zum Außerstreitgesetz (2008), § 78 Rz 1 ff.

¹⁷⁴ OLG Wien 6 R 50/93, NZ 1994, 67; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 47 Rz 5.

¹⁷⁵ *Gellis/Feil*, GmbHG⁷, § 46 Rz 1; *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 46 Rz 2.

¹⁷⁶ *Reich-Rohrwig*, JBl 1987, 364 (427).

¹⁷⁷ Vgl *Gellis/Feil*, GmbHG⁷, § 46 Rz 1.

¹⁷⁸ *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 46 Rz 2; zur Haftung des Sachverständigen *Rechberger* in *Rechberger*, Kommentar zur ZPO³ (2006), Vor § 351 Rz 7.

prüfungsrelevanter Vorkommnisse bedeutsam erscheinen, Einsicht zu nehmen. Den Geschäftsführern ist es daher nicht gestattet, die Herausgabe von Unterlagen zu verweigern, nur weil sie sie für irrelevant halten. Auf diese Weise wird auch verhindert, dass die Geschäftsführer die Revisoren bei ihrer Tätigkeit kontrollieren können.¹⁷⁹ Selbstverständlich sind von diesem Einsichtsrecht auch alle elektronisch gespeicherten Geschäftsunterlagen umfasst. Sollten die Geschäftsbücher nicht am Sitz des Unternehmens sondern bspw bei einem externen Steuerberater aufbewahrt werden, so ist dem Revisor auch dort die Einsicht zu ermöglichen.¹⁸⁰

Zusätzlich zum Einsichtsrecht normiert § 46 Abs 1 GmbHG ein Auskunftsrecht. Dieses kann der Revisor gegenüber allen Mitgliedern der Gesellschaftsorgane sowie allen Angestellten, die mit der Buchführung der Gesellschaft befasst sind, ausüben. Zu diesem Personenkreis zu zählen sind auch externe, mit der Buchführung betraute Steuerberater.¹⁸¹ *Reich-Rohrwig*¹⁸² sieht dies richtigerweise aufgrund des Normzwecks der Vorschrift als geboten an, da dem Revisor durch das Auskunftsrecht möglichst gute Unterstützung durch jene Personen, die die Bücher gewöhnlich führen, geboten werden soll. Die gegenteilige Ansicht würde zu einer unsachgemäßen Differenzierung zwischen Gesellschaften, die Buchführung betriebsintern erledigen und Gesellschaften, die sich dafür externer Berater bedienen, führen. Vom Revisor gewünschte Auskünfte sind unverzüglich, vollständig, richtig und nicht irreführend zu erteilen.¹⁸³

Sollte der Revisor in seinen Einsichtsbefugnissen behindert oder ihm hilfreiche Auskunft verweigert werden, so besteht über die §§ 79 f AußStrG die Möglichkeit, diese gerichtlich durchzusetzen.¹⁸⁴ Dort als Zwangsmittel demonstrativ aufgezählt sind unter anderem Verweise, Geld- und Arreststrafen. Voraussetzung ist, dass das Gericht auf Antrag eine an das widerstrebende Organ oder die widerstrebenden Personen (bspw Angestellte der Buchführung) gerichtete gerichtliche Verfügung erlässt.¹⁸⁵ Diese ist wohl darauf gerichtet, den Adressaten zur Auskunft bzw. zur Ermöglichung der Bucheinsicht zu verhalten. Beantragen können eine solche Verfügung die Parteien des

¹⁷⁹ *Reich-Rohrwig*, JBl 1987, 364 (427).

¹⁸⁰ *Reich-Rohrwig*, JBl 1987, 364 (427).

¹⁸¹ *Reich-Rohrwig*, JBl 1987, 364 (427f); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 46 Rz 1; *Enzinger in Straube*, GmbHG, § 46 Rz 5.

¹⁸² *Reich-Rohrwig*, JBl 1987, 364 (427f).

¹⁸³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 46 Rz 1; *Enzinger in Straube*, GmbHG, § 46 Rz 5.

¹⁸⁴ Im alten AußStrG war diese Möglichkeit noch über § 19 öAußStrG gegeben. Vgl OGH 6 Ob 10/82, SZ 56/19; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 46 Rz 1; *Enzinger in Straube*, GmbHG, § 46 Rz 8; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß, 393.

¹⁸⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 46 Rz 1.

Antragsverfahrens sowie der Sonderprüfer selbst.¹⁸⁶ Sollte der Verfügung nicht entsprochen werden, kann sodann von den Zwangsmitteln der §§ 79 f AußStrG Gebrauch gemacht werden.

Die Rechte, die den gerichtlich bestellten Revisoren vom Gesetz eingeräumt werden, sind nach der überwiegend herrschenden Ansicht auch solchen Revisoren, die durch einen Beschluss der Generalversammlung der Gesellschaft eingesetzt worden sind, einzuräumen.¹⁸⁷

§ 46 Abs 1 S 3 GmbHG normiert, dass der Aufsichtsrat (als Organ) der Revision beizuziehen ist. Der Zweck dieser Vorschrift ist aufgrund der ohnehin bestehenden, umfassenden Auskunftspflicht unklar, wird aber in der Lehre durchwegs dahingehend gedeutet, dass dem Aufsichtsrat dadurch eine über die Auskunftspflicht hinausgehende Beratungs- und eventuell sogar Überwachungsfunktion zugewiesen wird. Er ist daher wohl berechtigt, zu einzelnen Prüfungsergebnissen Stellung zu nehmen.¹⁸⁸ Dass die Geschäftsführer nicht ebenso hinzuziehen sind, erklärt sich wohl daraus, dass Gegenstand der Sonderprüfung meist ihr eigenes Verhalten ist.¹⁸⁹ Das zuständige Gericht kann außerdem gemäß § 46 Abs 1 S 4 GmbHG die Zuziehung von weiteren Personen, die einen Minderheitsantrag auf Sonderprüfung nach § 45 Abs 1 GmbHG gestellt haben, gestatten.

Das Gericht setzt das Entgelt der Sonderprüfer gemäß § 46 Abs 2 GmbHG mittels exekutiv durchsetzbarer Entscheidung fest.¹⁹⁰ Ein anderes als das vom Gericht festgesetzte Entgelt darf von den Sonderprüfern nicht angenommen werden. Dem entgegenstehende Verträge sind nichtig. Die Höhe des Entgelts bestimmt sich in Ermangelung eines Übereinkommens der Parteien nach den anwendbaren Tarifregelungen.¹⁹¹ Das Gericht bestimmt gemäß § 47 Abs 4 GmbHG nach den

¹⁸⁶ OLG Wien 6 R 41/87, wbl 1988, 200; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 46 Rz 1.

¹⁸⁷ OLG Wien 6 R 41/87, wbl 1988, 200; OLG Wien 6 R 34/90, NZ 1990, 305; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 46 Rz 2; *Enzinger in Straube*, GmbHG, § 46 Rz 7; enger OGH 3 Ob 129/59, HS 364/25.

¹⁸⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 46 Rz 3; *Enzinger in Straube*, GmbHG, § 46 Rz 6; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷, § 46 Rz 2.

¹⁸⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 46 Rz 3.

¹⁹⁰ *Gellis/Feil*, GmbHG⁷, § 46 Rz 3; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 46 Rz 4; OGH 6 Ob 10/82, SZ 56/19.

¹⁹¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 46 Rz 4.

Ergebnissen der Revision, wer die Kosten zu tragen hat. Die Zahlung hat nicht an das Gericht sondern direkt an den Revisor zu erfolgen.¹⁹²

(8) *Ergebnis der Sonderprüfung*

Nach Beendigung der Revision haben die Revisoren gemäß § 47 Abs 1 GmbHG einen schriftlichen¹⁹³ Bericht über die von ihnen ermittelten Ergebnisse zu verfassen und diesen unverzüglich den Geschäftsführern und dem Aufsichtsrat vorzulegen. Sollten mehrere Revisoren bestellt worden sein, können auch mehrere Berichte verfasst werden. Den Revisoren wird für die Erstellung zwar keine Frist gesetzt, dennoch wird der Bericht in einem angemessenen Zeitraum erstellt werden müssen.¹⁹⁴ Der Inhalt des Berichts wird durch den Gegenstand der Prüfung bestimmt.¹⁹⁵ Er hat daher anzugeben, ob die von den Antragstellern behaupteten und glaubhaft gemachten Gesetzesverletzungen und Unregelmäßigkeiten tatsächlich vorliegen, und ob der überprüfte Jahresabschluss ein getreues Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage vermittelt.¹⁹⁶ Alle Tatsachen, die zu den Feststellungen in die eine oder in die andere Richtung geführt haben, sind im Bericht zu inkludieren.¹⁹⁷

Vorgänge und Handlungen, die nach dem Bilanzstichtag vorgefallen sind oder getätigt wurden, sind nach *Koppensteiner/Rüffler*¹⁹⁸ im Bericht nicht zu behandeln. *Reich-Rohrwig*¹⁹⁹ und *Enzinger*²⁰⁰ widersprechen dieser Ansicht und wollen offenbar alle Vorgänge nach dem Bilanzstichtag, die eine Änderung der Lage des Unternehmens nach sich ziehen, in den Sonderprüfungsbericht und somit auch in die Sonderprüfung selbst einbeziehen. ME vergessen hier alle Autoren, dass in die Sonderprüfung jene Sachverhalte einzubeziehen sind, die für die Beurteilung der Lage der Gesellschaft bedeutsam sind und im letzten Jahresabschluss ihren Niederschlag gefunden haben oder hätten finden müssen.²⁰¹ Daher müssen Handlungen, die nach dem Bilanzstichtag

¹⁹² OLG Wien 6 R 50/93, NZ 1994, 67; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 47 Rz 5.

¹⁹³ *Gellis/Feil*, GmbHG⁷, § 47 Rz 1; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 47 Rz 1.

¹⁹⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 47 Rz 2.

¹⁹⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 47 Rz 1; *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 47 Rz 3.

¹⁹⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 47 Rz 1; *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 47 Rz 3; *Grünwald*, *ecolex* 1992, 21 (24).

¹⁹⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 47 Rz 1; *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 47 Rz 3.

¹⁹⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 47 Rz 1.

¹⁹⁹ *Reich-Rohrwig*, GmbHG, 413.

²⁰⁰ *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 47 Rz 3.

²⁰¹ Ua OGH 6 Ob 1011/92, RdW 1993, 76; OGH 6 Ob 223/04v *ecolex* 2005, 135; krit *Geist*, ÖJZ 1995, 658 (659) FN 7, der aufgrund des Stichtagsprinzips keine Sachverhalte, die nach Abschluss des Geschäftsjahres verwirklicht wurden, in die Prüfung einbeziehen will.

gesetzt wurden, richtigerweise aber bereits davor vorgenommen hätten werden müssen, oder Vorgänge, die ihre Wurzel noch vor dem Bilanzstichtag hatten, jedoch erst später hervorgekommen sind und durch welche das Bild des Unternehmens, wie es der Jahresabschluss gezeichnet hat, konterkariert würde, von der Sonderprüfung und somit auch vom Sonderprüfungsbericht umfasst sein. Die Ansicht von *Koppensteiner/Rüffler*, alles was nach dem Bilanzstichtag vorfällt, sei auszugrenzen, ist mE daher zu eng²⁰², jene von *Reich-Rohrwig* und *Enzinger*, ohne Unterschied alle Vorfälle nach dem Bilanzstichtag in die Sonderprüfung einzubeziehen, zu weit gefasst.

Im Bericht sind die Prüfungsergebnisse nach Maßgabe des § 273 Abs 1 UGB generell zu erläutern. Auch ob alle Aufklärungen und Nachweise erbracht worden sind muss angeführt werden. Weiters ist der Bericht von den Prüfern zu unterfertigen.²⁰³

Die für den Bericht über die Sonderprüfung auf Minderheitsantrag erörterten Regeln gelten auch für alle anderen Arten der Sonderprüfung (bspw wenn ein Antrag gemäß § 45 Abs 1 GmbHG angenommen wurde oder zwischen Minderheitsgesellschafter und Gesellschaft ein Vertrag über die Sonderprüfung geschlossen wurde). Sollten diese Regeln verletzt werden steht den Minderheitsgesellschaftern konsequenterweise wieder das Recht zu, die gerichtliche Bestellung von Revisoren zu beantragen.²⁰⁴

Gesellschafter, die den Minderheitsantrag auf gerichtliche Revisorenbestellung gestellt haben, sind gemäß § 47 Abs 2 GmbHG berechtigt, in den Geschäftsräumen der Gesellschaft in den Bericht der Revisoren Einsicht zu nehmen. Auch ist ihnen die Anfertigung von Abschriften und Fotokopien gestattet.²⁰⁵

Der Bericht ist von Geschäftsführern und Aufsichtsrat gemäß § 47 Abs 3 GmbHG in der nächsten Generalversammlung auf die Tagesordnung zu setzen und zu verlesen. Weiters müssen sich die Organe der Gesellschaft zum Resultat des Berichts und zu den zur Abstellung eines nicht gesetzmäßigen Zustandes eingeleiteten Schritten erklären. Zusätzlich muss der Aufsichtsrat über etwaige, der Gesellschaft zustehende Ersatzansprüche berichten. Gemeint sind hiermit Ansprüche gegen die Geschäftsführung. Ansprüche gegen andere Gesellschaftsorgane müssen die

²⁰² *Koppensteiner/Rüffler* selbst führen in Rz 7 zu § 45 die von mir zitierte Judikatur an, ziehen daraus aber den falschen Schluss, dass nur vorperiodische Tatsachen berücksichtigungsfähig sind.

²⁰³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 47 Rz 1; *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 47 Rz 3.

²⁰⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 47 Rz 1.

²⁰⁵ *Reich-Rohrwig*, GmbHR, 412.

Gesellschafter somit selbst auf Basis des Prüfungsberichts ermitteln.²⁰⁶ Sie können die Prüfer, die empfehlenswerter Weise zu der Generalversammlung eingeladen werden, zu dem Bericht befragen.²⁰⁷

Eine Versammlung ist auf jeden Fall dann unverzüglich einzuberufen, wenn in dem Bericht grobe Gesetzesverletzungen ausgewiesen sind.²⁰⁸ *Enzinger*²⁰⁹ verlangt sogar immer eine unverzügliche Einberufung der Generalversammlung. Dies ist mE jedoch vom Wortlaut des Gesetzes nicht gedeckt und zu weitgehend. Eine schriftliche Behandlung und Erledigung des Berichts ist nicht ausreichend, da dieser nach dem Zweck des § 47 Abs 3 GmbHG in der Generalversammlung beraten werden soll.²¹⁰

Die Gesellschafter sind nicht zur Beschlussfassung auf Grund des Sonderprüfungsberichts verpflichtet.²¹¹ Dennoch besteht die Möglichkeit, in der Generalversammlung direkt zu beschließen, ob und welche Ersatzansprüche der Gesellschaft verfolgt werden sollen. Ein solcher Beschluss ist vom Tagesordnungspunkt betreffend die Sonderprüfung ausreichend (iSd § 38 Abs 2 GmbHG) umfasst, da der wohl wichtigste Zweck der Sonderprüfung in der Ermittlung potenzieller Ersatzansprüche der Gesellschaft besteht.²¹²

Sollte sich der Antrag auf Revision nach Beendigung der Revision als unbegründet erweisen, so haften gemäß § 47 Abs 5 GmbHG Antragsteller, denen böse Absicht oder grobe Fahrlässigkeit nachgewiesen werden kann, der Gesellschaft zur ungeteilten Hand in Höhe des ihr entstandenen Schadens. In der Praxis sind Fälle, in denen diese Vorschrift zu Anwendung gekommen ist, bisher nicht bekannt. Dies lässt sich wohl durch das Erfordernis der Glaubhaftmachung von Unredlichkeiten oder Gesetzesverletzungen bereits vor Bestellung der Sonderprüfer erklären.²¹³

²⁰⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 47 Rz 4.

²⁰⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 47 Rz 4; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷, § 47 Rz 2.

²⁰⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 47 Rz 4; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷, § 47 Rz 2.

²⁰⁹ *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 47 Rz 5.

²¹⁰ *Gellis/Feil*, GmbHG⁷, § 47 Rz 2; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 47 Rz 4; *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 47 Rz 5; *Skerlj*, GmbHG, 70.

²¹¹ *Enzinger* in *Straube*, GmbHG, § 47 Rz 6.

²¹² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 47 Rz 4.

²¹³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 47 Rz 5.

f) Das Recht auf Bucheinsicht nach Beendigung der Liquidation

(1) Allgemeines

Die Bücher der Gesellschaft sind gemäß § 93 Abs 3 GmbHG nach Liquidation der Gesellschaft einem der Gesellschafter oder einem Dritten für sieben Jahre zur Verwahrung zu übergeben. Sollte der Gesellschaftsvertrag nicht vorsehen, wer die Bücher zu verwahren hat bzw. sollten die Gesellschafter nicht mittels Beschluss darüber entscheiden, so bestimmt das Gericht die Person des Verwahrers. Die verwahrten Bücher sind Gegenstand des in § 93 Abs 4 GmbHG normierten Bucheinsichtsrechts.

(2) Zur Einsicht berechtigter Personenkreis

§ 93 Abs 4 S 1 GmbHG zufolge steht den Gesellschaftern von österreichischen GmbH sodann nach Beendigung der Liquidation der Gesellschaft ein Einsichtsrecht in die gemäß § 93 Abs 3 GmbHG verwahrten Bücher der Gesellschaft zu. Auch Gesellschaftsgläubigern kann nach § 93 Abs 4 S 2 GmbHG vom Gericht die Einsicht in die Bücher gestattet werden.

Voraussetzung ist wohl die Löschung der Gesellschaft, was unter bestimmten Umständen kritisch sein kann.²¹⁴ Zum einen können die Gesellschafter durch das Unterlassen der Entlastung des Liquidators die Löschung der Gesellschaft verhindern und somit den Gläubigern die Möglichkeit nehmen, vom Gericht zur Bucheinsicht ermächtigt zu werden. Andererseits könnten auch die Liquidatoren untätig bleiben und die Beantragung der Löschung unterlassen. In diesem Fall wäre sowohl das Einsichtsrecht der Gesellschafter, als auch das durch gerichtliche Ermächtigung bedingte Einsichtsrecht der Gläubiger vereitelt. Zwar hat das Firmenbuchgericht bei Vermögenslosigkeit der Gesellschaft ein amtswegiges Lösungsverfahren einzuleiten, die Vermögenslosigkeit ist jedoch häufig nur schwer feststellbar.²¹⁵ Ob daher tatsächlich am Erfordernis der Löschung der Gesellschaft festgehalten oder nicht vielmehr die bloße Beendigung der Liquidation für das Entstehen des Bucheinsichtsrechts nach § 93 Abs 4 GmbHG ausreicht ist mE zumindest diskussionswürdig.

²¹⁴ OLG Graz 1 R 74/89, EvBl 1989/180; OLG Wien 28 R 42/05k, NZ 2005, 281 mit krit Anm *Andrae*.

²¹⁵ OLG Wien 28 R 42/05k, NZ 2005, 281 mit krit Anm *Andrae*.

(3) Umfang und Voraussetzungen des Bucheinsichtsrechts nach § 93 Abs 4 GmbHG

Das Einsichtsrecht nach § 93 Abs 4 GmbHG umfasst alle verwahrten Bücher und Schriften. Es ermöglicht die Anfertigung von Abschriften, auch ein Buchsachverständiger kann zur Unterstützung beigezogen werden.²¹⁶ Beschränkungen dieses Einsichtsrechts sind nur dann zulässig, wenn der Antragsgegner allfällige, aus Schutzgesetzen ableitbare Geheimhaltungsinteressen dritter Personen konkret behauptet und diese auch bescheinigen kann.²¹⁷

Dem Einsichtsrecht nach § 22 Abs 2 S 2 GmbHG vergleichbare Voraussetzungen (nur innerhalb von 14 Tagen vor der zur Prüfung des Jahresabschluss festgesetzten Generalversammlung) sind für das Bucheinsichtsrechts nach Liquidation der Gesellschaft nicht normiert. Es kann daher jederzeit ausgeübt werden. Dies ist insofern angebracht, da bei einer gelöschten Gesellschaft die Geheimhaltungsinteressen deutlich verdünnt, bei Vermögenslosigkeit sogar überhaupt nicht mehr vorhanden sind.²¹⁸

(4) Anspruchsdurchsetzung

Der Anspruch auf Bucheinsicht nach § 93 Abs 4 GmbHG richtet sich gegen den Verwahrer der Bücher.²¹⁹ Er ist für Gesellschafter und Gläubiger gleichermaßen im Verfahren außer Streitsachen durchzusetzen.²²⁰

²¹⁶ OGH 6 Ob 314/03z, RdW 2004, 415; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 93 Rz 11.

²¹⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 93 Rz 11

²¹⁸ OGH 6 Ob 50/04z, GesRZ 2005, 85 = RdW 2005/130 = ecolex 2005/14; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 93 Rz 11; *Geist*, Allgemeines Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters?, ÖJZ 1993, 641 (643f).

²¹⁹ OGH 2 Ob 270/34, SZ 16/113; OGH 6 Ob 314/03z RdW 2004, 415; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 93 Rz 11.

²²⁰ OGH 6 Ob 50/04z, GesRZ 2005, 85 = RdW 2005/130 = ecolex 2005/14; OGH 6 Ob 314/03z, RdW 2004, 415; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 93 Rz 11.

2. Informationsrechte ohne ausdrückliche Grundlage im GmbHG

a) *Das individuelle Auskunftsrecht in der Generalversammlung*

(1) *Allgemeines*

Zusätzlich zu den im GmbHG verankerten Informationsrechten wird in Österreich ein Auskunftsanspruch des GmbH-Gesellschafters in der Generalversammlung anerkannt.²²¹ Dieser wird aus der analogen Anwendung des § 118 AktG (früher § 112 AktG), der den Aktionären ein Auskunftsrecht in der Hauptversammlung der österreichischen AG einräumt, abgeleitet. Hier wird dieser Anspruch nur grob umrissen. Einzelheiten sind weiter unten im aktienrechtlichen Teil dieser Arbeit ausgeführt. Diese gelten sinngemäß auch für die GmbH.

(2) *Umfang des Auskunftsrechts*

Der Gesellschafter kann zu allen Angelegenheiten der Gesellschaft Auskunft verlangen, die relevant für die sachgemäße Beurteilung eines Tagesordnungspunkts der jeweiligen Generalversammlung sind.²²² Entscheidend ist der Zusammenhang der begehrten Auskunft mit dem jeweiligen Tagesordnungspunkt. Die rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen der Gesellschaft zu einem verbundenen Unternehmen unterliegen unter den gleichen Voraussetzungen der Auskunftspflicht.

Zusätzlich zum Auskunftsrecht verlangt *Koppensteiner*²²³ dann, wenn die bloße Auskunft zur Beurteilung eines Tagesordnungspunkts nicht ausreicht, zu recht die Vorlage von schriftlichen Unterlagen bereits im Vorfeld der Versammlung. Die Auswirkungen dieser Ansicht werden unten im Zusammenhang mit dem allgemeinen Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters noch eingehender diskutiert.

(3) *Adressaten der Auskunftspflicht*

Nach früherer Rechtslage war im AktG nur der Vorstand zur Auskunftserteilung verpflichtet. Die Änderungen des Gesetzeswortlauts durch das AktRÄG 2009²²⁴ legen

²²¹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 38, § 34 Rz 13; *Wünsch*, GmbHG, § 22 Rz 118; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß, 392.

²²² Vgl. *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum AktG II⁵ (2010), § 118 Rz 6.

²²³ *Koppensteiner* in *FS Kastner*, 229 (233).

²²⁴ BGBl I 2009/71.

nahe, dass nunmehr auch der Aufsichtsrat zur Auskunft verpflichtet ist und zwar dann wenn seine Handlungsweise in Frage gestellt wird oder ein Mitglied des Aufsichtsrats besser als die Vorstände über gewisse Umstände informiert ist (was in der Praxis eher selten der Fall sein dürfte).²²⁵

Für die GmbH kann mE nur das gleiche gelten. Besteht daher ein Aufsichtsrat, so ist dieser, in den oben genannten Fällen, ebenso zur Auskunft verpflichtet wie die Geschäftsführer der Gesellschaft.

(4) Anspruchsdurchsetzung

Die hM zum AktG geht davon aus, dass ein Aktionär, dem die Auskunft verweigert wird, sein Auskunftsverlangen mit Leistungsklage gegen die Gesellschaft weiterverfolgen kann.²²⁶ Für GmbH-Gesellschafter muss mE im Hinblick auf die Bestimmung des § 102 GmbHG jedoch anderes gelten. Sie sind zur Durchsetzung ihrer Auskunftsverlangen auf den außerstreitigen Rechtsweg zu verweisen.

²²⁵ Vgl. Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 118 Rz 9.

²²⁶ Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 118 Rz 27; S. Schmidt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 118 Rz 41.

b) Das allgemeine Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters

(1) Allgemeines

In der Entscheidung 6 Ob 17/90 hat der OGH die Informationsbefugnisse des GmbH-Gesellschafters durch das Anerkennen eines allgemeinen Informationsrechts des GmbH-Gesellschafters bedeutend ausgeweitet. Diese Entscheidung wurde in der österreichischen Literatur zunächst sehr wohlwollend begrüßt.²²⁷ *Thiery*²²⁸ sprach ihr eine nicht hoch genug einzuschätzende Bedeutung für die zukünftige GmbH-Praxis zu und nannte sie einen „Markstein in der Fortbildung des GmbH-Rechts“. Dennoch wurden später auch kritische Stimmen laut.

In der Folge werden hier Umfang und Grenzen des allgemeinen Informationsrechts des Gesellschafters in seiner von der Judikatur anerkannten Form skizziert, auf die verschiedenen zur Begründung dieses Rechts herangezogenen Ansatzpunkte in Judikatur und Lehre eingegangen und dargelegt, inwieweit die Kritik daran gerechtfertigt ist. Sodann wird untersucht, ob und in welcher Form ein allgemeines Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters in Österreich vertreten werden kann.

(2) Umfang und Grenzen des allgemeinen Informationsrechts der GmbH-Gesellschafter

Die Entscheidung des OGH aus dem Jahr 1990²²⁹, in der ein allgemeines Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters anerkannt wurde, stellt einen atypischen, weil sehr markanten Fall richterlicher Rechtsfortbildung in Österreich dar. Der OGH sprach aus, dass jeder Gesellschafter in der Lage sein müsse, sich über die Sachverhalte zu informieren, die entscheidungswesentlich für Gesellschafterbeschlüsse sind. Aufgrund der mitunter komplexen Zusammenhänge der Entscheidungsgrundlagen in Gesellschaften sei es daher geboten, jedem Gesellschafter selbst, und nicht bloß der

²²⁷ *Grünwald*, Grenzen des allgemeinen Informationsrechtes des GmbH-Gesellschafters, *ecolex* 1991, 245; *Reich-Rohrwig*, Anträge in der Hauptversammlung, *ecolex* 1991, 460 (463); *ders.*, *ecolex* 1992, 334; *Wünsch*, *GmbHG*, § 22 Rz 96.

²²⁸ *Thiery*, Urteilsanmerkung, *ecolex* 1991, 27f.

²²⁹ OGH 6 Ob 17/90, SZ 63/150 = *GesRZ* 1990, 222 = *ecolex* 1991, 25 mit Anm *Thiery*; in weiterer Folge bestätigt in OGH 6 Ob 18/91, *RdW* 1992, 173 = *wbl* 1992, 199; OGH 6 Ob 7/96, SZ 69/216; OGH 6 Ob 215/97t, SZ 70/157; OGH 6 Ob 323/98b, *wbl* 1999, 569; OGH 6 Ob 210/99x, *RdW* 2000, 155 = *RWZ* 2000, 74 mit Anm *Wenger*; OGH 6 Ob 69/03w, *ecolex* 2004, 381; OGH 6 Ob 73/05m, SZ 2005/77 = *wbl* 2005, 533; OGH 6 Ob 72/05i, *ecolex* 2006, 398; OGH 6 Ob 138/06z, *ecolex* 2007, 187; OGH 6 Ob 11/08y, *ecolex* 2008, 541; OGH 6 Ob 178/09h, *ecolex* 2010/123.

Generalversammlung als Kollegialorgan oder einer Minderheit der Gesellschafter, die die Stammkapitalquote für Minderheitsrechte erreicht, einen Anspruch auf Information zuzuerkennen. Dieser sei vom ausübenden Gesellschafter nicht näher zu begründen, umfasse die Einsicht in die Bücher bezüglich aller Geschäftsangelegenheiten der Gesellschaft und ermögliche dem Gesellschafter außerdem, die Zusendung älterer, bereits genehmigter Jahresabschlüsse zu verlangen.

Nach Auffassung des OGH könne auch bereits ausgeschiedenen Gesellschaftern ein Informationsanspruch zustehen.²³⁰ Dies sei dann der Fall, wenn der ehemalige Gesellschafter noch aufrechte Vermögensansprüche gegen die Gesellschaft habe. Um die Verfolgung dieser Ansprüche zu ermöglichen bzw. zu erleichtern habe er ein Recht auf Information. Dieses sei jedoch insofern eingeschränkt, als der ehemalige Gesellschafter sein Informationsinteresse bereits bei außergerichtlicher Geltendmachung konkret darlegen und gegebenenfalls bescheinigen müsse. Andernfalls könnte dieser Anspruch auf Information ausgeschlossen werden.

In einer weiteren Entscheidung stellte der OGH sodann klar, dass die Geschäftsangelegenheiten einer GmbH auch die Angelegenheiten einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft umfassen.²³¹ Bezüglich anderer Tochtergesellschaften stehe den Gesellschaftern hingegen nur ein Auskunftsrecht zu.²³²

Im Übrigen erweiterte der OGH aber auch die Ausschlussgründe für den allgemeinen Informationsanspruch.²³³ So sprach er aus, dass der Gesellschaft jedenfalls dann ein Verweigerungsrecht zustehe, wenn der Informationsanspruch rechtsmissbräuchlich erhoben würde oder einem gesetzlichen Verbot zuwiderliefe. Darüber hinaus müsse aus den Wertungen des Grundsatzes der Gesellschaftstreue und der Verhältnismäßigkeit abgeleitet werden, dass die Gesellschaft den Informationsanspruch auch dann verweigern könne, wenn der angestrebte Verwendungszweck der Informationserlangung gesellschaftsfremd sei und der Gesellschaft oder einem mit ihr verbundenen Unternehmen ein Schaden drohe.²³⁴

²³⁰ Bestätigt in OGH 6 Ob 215/97t, SZ 70/157; OGH 6 Ob 323/98b, wbl 1999, 569; OGH 6 Ob 69/03w, ecolex 2004, 381; wbl 2005, 533.

²³¹ OGH 6 Ob 18/91, RdW 1992, 173 = wbl 1992, 199.

²³² OGH 6 Ob 7/96, SZ 69/216; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I², Rz 2/746; krit *Nowotny*, Zum Einsichtsrecht des GmbH-Gesellschafters, RdW 1997, 54.

²³³ OGH 6 Ob 18/91, RdW 1992, 173 = wbl 1992, 199.

²³⁴ So auch in OGH 6 Ob 215/97t, SZ 70/157; OGH 6 Ob 323/98b, wbl 1999, 569; OGH 6 Ob 210/99x, RdW 2000, 155 = RWZ 2000, 74 mit Anm *Wenger*.

In der Lehre wurden die Grenzen des allgemeinen Informationsrechts des GmbH-Gesellschafters eingehend diskutiert.²³⁵ Insbesondere wurde herausgestrichen, dass trotz des Widerstreits zwischen dem Interesse der Gesellschaft auf Geheimhaltung und dem Informationsinteresse der Gesellschafter nicht automatisch jeder gesellschaftsfremde Zweck des Informationsbegehrens einen Verweigerungsgrund darstelle. Es wurde eine konkrete Gefährdung, die mit hoher Wahrscheinlichkeit eine schwerwiegende Schädigung der GmbH erwarten lässt, gefordert, um den Geschäftsführern nicht die Möglichkeit zu geben, jedem Informationsbegehren pauschal mit solchen Einwänden entgegenzutreten.²³⁶ Nach Auffassung des OGH kann eine solche Gefährdung jedenfalls dann gegeben sein, wenn ein Gesellschafter ein Konkurrenzunternehmen betreibt und die begehrte Information für dieses Unternehmen verwenden möchte.²³⁷

In Fällen einer berechtigten Verweigerung der Bucheinsicht soll den Gesellschaftern die Möglichkeit zustehen, die Bucheinsicht durch einen zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen vornehmen zu lassen, der die erlangten Informationen nur insoweit weitergeben dürfe, als sie der Gesellschafter zur Rechtsverfolgung benötige.²³⁸ ME ist diesbezüglich zu bedenken, dass der Sachverständige wohl auf Kosten des Einsicht verlangenden Gesellschafters arbeiten würde. Ohne Sachverständigen hier nun häufige Pflichtverletzungen unterstellen zu wollen ist es ME nicht unbedingt denkunmöglich, dass bei Vorliegen einer solchen Konstellation wettbewerbsrelevante Informationen an den Gesellschafter weitergegeben werden. Eine solche Weitergabe nachzuweisen und so eine Haftung des Sachverständigen wegen Pflichtverletzung zu begründen ist in der Praxis aber wohl nur schwer möglich. ME ist diese Lösung daher nicht ideal, um das Spannungsfeld der Erlangung wettbewerbsrelevanter Information zu entschärfen.

Prozessual gilt, dass das allgemeine Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters im Verfahren außer Streitsachen geltend zu machen ist.²³⁹

²³⁵ Grünwald, *ecolex* 1991, 245; Reich-Rohrwig, *ecolex* 192, 334; ders GmbH-Recht I², Rz 2/737; Koppensteiner/Rüffler, *GmbHG-Kommentar*³, § 22 Rz 36.

²³⁶ Reich-Rohrwig, *ecolex* 192, 334 (335); weiters hat der OGH bereits in 6 Ob 18/91 RdW 1992, 173 = wbl 1992, 199 einer Partei die Informationsverweigerung aufgrund bloß pauschaler Begründung untersagt.

²³⁷ OGH 6 Ob 215/97t, SZ 70/157.

²³⁸ Koppensteiner/Rüffler, *GmbHG-Kommentar*³, § 22 Rz 29; Reich-Rohrwig, *GmbH-Recht* I², Rz 2/737; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, *Gesellschaftsrecht*, Rz 4/332.

²³⁹ OGH vom 19.6.1997, 6 Ob 33/97i; OGH 6 Ob 323/98b, wbl 1999, 569; Michlits/Unger in Straube, *GmbHG*, § 22 Rz 56; Reich-Rohrwig, *GmbH-Recht* I², Rz 2/750.

(3) *Ansatzpunkte für das allgemeine Informationsrecht des Gesellschafters*

In der Literatur wurden unterschiedliche Begründungen für das Bestehen eines allgemeinen Informationsrechts des Gesellschafters vertreten. Manche Autoren setzen bei konkreten Bestimmungen des GmbHG an, manche bei Bestimmungen in anderen österreichischen Gesetzen. Der OGH hat in der Begründung seiner Leitentscheidung zum Informationsrecht des Gesellschafters die meisten dieser Lehrmeinungen aufgezeigt, ohne sich jedoch konkret auf eine dieser Ansichten zu stützen. Vielmehr hat er die Informationsbefugnis einzelner Gesellschafter an die Zuweisung von Entscheidungsbefugnissen geknüpft.²⁴⁰ Im Folgenden soll untersucht werden, ob aus diesem Ansatzpunkt oder aus den weiteren in der Literatur vertretenen tatsächlich Argumente für ein allgemeines Informationsrecht des Gesellschafters gewonnen werden können.

(a) *Ableitung aus der Entstehungsgeschichte des § 22 GmbHG*

*Reich-Rohrwig*²⁴¹ zufolge sei aus der Tatsache, dass bei der Gesetzwerdung des GmbHG das Bucheinsichtsrecht des Gesellschafters nicht mit der Beschränkung des Art 160 Abs 2 AHGB (des nunmehrigen § 166 Abs 2 UGB), welche dem Kommanditisten die umfassenden Einsichtsrechte des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters einer offenen Gesellschaft (nunmehr § 118 UGB) ausdrücklich verwehrt, versehen wurde abzuleiten, dass im Umkehrschluss dem Gesellschafter einer GmbH ebendiese umfassenden Einsichtsrechte sehr wohl zustehen. Dies sei insofern gerechtfertigt, als es in der GmbH einerseits keine geschäftsführenden Gesellschafter kraft Gesetzes gebe, die Gesellschafter aber dennoch die oberste Kompetenz in wichtigen Geschäftsbelangen innehätten. Außerdem treffe die subsidiäre, unbeschränkte Ausfallhaftung des GmbH-Gesellschafters diesen wesentlich härter als die beschränkte Haftung des Kommanditisten jenen. Ein verstärktes Bucheinsichtsrecht sei daher durchaus gerechtfertigt.

Den Wortlaut des nunmehrigen § 22 Abs 2 S 2 GmbHG legt *Reich-Rohrwig* dahingehend aus, dass dem Gesellschafter bloß die Kontrolle des vorgelegten, noch nicht durch Gesellschafterbeschluss bestätigten Jahresabschlusses zustehe. Über das

²⁴⁰ OGH 6 Ob 17/90, SZ 63/150 = GesRZ 1990, 222 = ecolex 1991, 25 mit Anm *Thiery*.

²⁴¹ *Reich-Rohrwig*, JBl 1987, 364 (366f).

Bestehen oder Nichtbestehen eines allgemeinen Informationsrechts sage diese Bestimmung jedoch nichts aus.

Der OGH bezieht sich in seiner Leitentscheidung zudem auf den Bericht der Herrenhauskommission.²⁴² In diesem wurde zu § 22 GmbHG ausgeführt, es müsse Vorsorge getroffen werden, dass den Gesellschaftern bei Abfassung des Gesellschaftsvertrages nicht jede eingehende Kontrolle der Geschäftsführung entzogen werde. Darüber hinaus dürften dort, wo kein verpflichtender oder freiwilliger Aufsichtsrat bestehe und sich die Gesellschaft in ihrer Struktur eher einer Kommanditgesellschaft annähere, den Gesellschaftern die Einsichtsrechte der Kommanditisten nach Art 160 AHGB (nunmehr § 166 UGB) nicht versagt werden.²⁴³

ME können die oben wiedergegebenen Argumente zur Entstehungsgeschichte des Bucheinsichtsrechts nach § 22 Abs 2 GmbHG ein umfassendes allgemeines Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters nicht begründen.

Die Materialien zum GmbHG sprechen eher gegen als für die von *Reich-Rohrwig* daraus abgeleitete These. Der Bericht der Herrenhauskommission spricht insgesamt nicht für weitgehende Kontrollrechte der Gesellschafter, geht er doch bloß davon aus, dass ihnen im Gesellschaftsvertrag nicht jede eingehende Kontrolle der Geschäftsführung entzogen werden dürfe. Dem wird mE auch durch die Informationsrechte gemäß § 22 Abs 2 GmbHG Rechnung getragen. Im Weiteren wird zudem ganz klar davon gesprochen, die Bucheinsichtsrechte der GmbH-Gesellschafter jenen der Kommanditisten anzugleichen, worauf auch der OGH ausdrücklich hinweist.²⁴⁴ Diesen steht aber eben gerade kein umfassendes Auskunftsrecht zu.²⁴⁵ Aus dem bloßen Weglassen einer dem § 166 Abs 2 UGB vergleichbaren Bestimmung, die bereits dort nur klarstellenden Charakter hat und vielleicht sogar als überflüssig bezeichnet werden kann, einen Umkehrschluss zu ziehen, obwohl die Materialien in eine andere Richtung weisen, ist mE nicht zulässig.²⁴⁶

²⁴² OGH 6 Ob 17/90, SZ 63/150 = GesRZ 1990, 222 = ecolex 1991, 25 mit Anm *Thiery*

²⁴³ *Skerlj*, GmbHG, 29.

²⁴⁴ OGH 6 Ob 17/90, SZ 63/150 = GesRZ 1990, 222 = ecolex 1991, 25 mit Anm *Thiery*.

²⁴⁵ *H.Torggler*, GesRZ 1994, 102 (106).

²⁴⁶ ebenso *Koppensteiner* in FS Kastner, 229 (232); *Geist*, ÖJZ 1993, 641 (643); *Kalss*, Das Informationsrecht des Gesellschafters einer österreichischen GmbH im Lichte der Judikatur des Obersten Gerichtshofs, GmbHR 1994, 862 (863).

(b) Ableitung aus § 30j GmbHG

Nach *Reich-Rohrwig*²⁴⁷ sollen auch die dem Aufsichtsrat eingeräumten Informationsrechten des nunmehrigen § 30j Abs 3 GmbHG (früher § 30j Abs 2 GmbHG) für das allgemeine Informationsrecht beachtlich sein.

Gemäß § 30j Abs 3 GmbHG darf der Aufsichtsrat die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie alle weiteren Vermögensgegenstände, wie die Gesellschaftskasse oder Wertpapiere und Waren, einsehen und prüfen. Diese Aufgaben können auch einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern aufgetragen werden.

Reich-Rohrwig zieht aus diesen Befugnissen des Aufsichtsrates einen Größenschluss zu Gunsten der GmbH-Gesellschafter. Wenn schon der Aufsichtsrat zur jederzeitigen Überprüfung der Geschäftsführung befugt sei müsse dies umso mehr den Gesellschaftern gestattet sein. Den Gesellschaftern kämen nämlich letztlich bedeutend mehr Entscheidungsbefugnisse zu als dem Aufsichtsrat, wie z.B. die Abberufung von Geschäftsführern oder die Zustimmung zu Nachgründungsverträgen oder Geschäften, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehen.

Ein ähnlicher Größenschluss könnte mE aus dem in der Zwischenzeit neu eingeführten § 30j Abs 2 GmbHG²⁴⁸ gezogen werden, der einem allenfalls bestellten Aufsichtsrat das Recht einräumt, jederzeit von den Geschäftsführern einen Bericht über die Angelegenheiten der Gesellschaft einschließlich ihrer Beziehungen zu Konzernunternehmen zu verlangen. Auch einem einzelnen Aufsichtsratsmitglied steht dieses Recht zu, aber nur für einen Bericht an den Gesamtaufsichtsrat.

ME sind diese Größenschlüsse allerdings nicht zulässig, weil die in den genannten Bestimmungen normierten Informationsbefugnisse dem Aufsichtsrat nur als Gesamtorgan zukommen. Zwar können auch einzelne Mitglieder einen Bericht der Geschäftsführung fordern. Dieser Forderung muss die Geschäftsführung aber nur Folge leisten wenn sie von einem anderen Aufsichtsratsmitglied unterstützt wird oder der Aufsichtsratsvorsitzende sie stellt. In jedem Fall wird der Bericht aber an den gesamten Aufsichtsrat, und nicht bloß an einzelne Mitglieder erteilt. Von den Informationsrechten eines Kollektivorgans kann aber nicht auf ein Individualrecht des Gesellschafters

²⁴⁷ *Reich-Rohrwig*, JBl 1987, 364 (366).

²⁴⁸ BGBl I 1997/114.

geschlossen werden.²⁴⁹ Vielmehr müssen die Befugnisse des Aufsichtsrats mit denen der Gesellschaftergesamtheit verglichen werden um ermitteln zu können, ob ein Ungleichgewicht zu Lasten der Gesellschafter besteht.²⁵⁰

Die Gesellschaftergesamtheit hat gemäß § 35 Abs 1 Z 5 GmbHG die Möglichkeit, Regeln zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung aufzustellen. Sie kann sich daher auch selbst oder anderen die Überwachung der Geschäftsführung übertragen oder der Geschäftsführung bestimmte Berichtspflichten auferlegen.²⁵¹ Der Gesellschaftergesamtheit steht folglich ein kollektives Informationsrecht zu.²⁵² Ein Ungleichgewicht zwischen den Informationsrechten des Aufsichtsrats und denen der Gesellschafter besteht mE nicht, da auch der Aufsichtsrat seine Informationsrechte nur als Kollektivorgan ausüben kann und seine Informationsrechte nicht über die der Gesellschaftergesamtheit hinausgehen. Gesellschafter, die eine Minderheit des Stammkapitals repräsentieren, aber gegen die Mehrheit ein Informationsinteresse durchsetzen wollen sind auf die Minderheitsrechte nach § 45 ff GmbHG zu verweisen.

(c) Ableitung aus §§ 37, 38 Abs 3 GmbHG

Auch *Roth*²⁵³ erachtet es bei der GmbH als geboten, den Gesellschaftern individuelle Informationsrechte zuzubilligen. Dies vor allem, weil den Gesellschaftern umfassende Kontroll-, Geschäftsführungs- und Personalkompetenzen zukommen, die den Gesellschafter im Vergleich zum Kommanditisten qualitativ wesentlich enger mit dem Unternehmen verbinden.

Als gesetzliche Grundlage für einen solchen Informationsanspruch führt er die Minderheitsquoten der §§ 37, 38 Abs 3 GmbHG an. Seiner Meinung nach müsste Gesellschaftern ein Individualinformationsrecht zugestanden werden um sich überhaupt selbst zu Initiativen zu entschließen. Sodann könnten sie mit den erlangten Informationen bei anderen Gesellschaftern für Unterstützung werben und somit die

²⁴⁹ *Koppensteiner* in FS Kastner, 229 (232); *Geist*, ÖJZ 1993, 641 (644); ablehnend auch *Kalss*, GmbHR 1994, 862 (863).

²⁵⁰ *Otto*, Individualkontrollrechte des GmbH-Gesellschafters (2008), 20; *Geist*, ÖJZ 1993, 641 (644).

²⁵¹ *Geist*, ÖJZ 1993, 641 (644); *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht, 328; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 35 Rz 29.

²⁵² *Geist*, ÖJZ 1993, 641 (644).

²⁵³ *Roth* in *Ruppe* (Hrsg), Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben (1980), 88f.

erforderlichen Minderheitsquoten erreichen. Diese Meinung zog auch der OGH zur Unterstützung seiner heran.²⁵⁴ Sie hat aus rechtspolitischer Sicht einiges für sich.²⁵⁵

Problematisch an dieser Ansicht ist, dass sie das angestrebte Ziel nur erreichen kann, wenn die Minderheitsgesellschafter zumindest 10 Prozent des Stammkapitals einer Gesellschaft repräsentieren. Bei jeder geringeren Beteiligung würde das Individualinformationsrecht „ins Leere laufen“, da in diesem Fall selbst die beste Werbung für eine Minderheitsaktion nicht die erforderliche Minderheit von 10 Prozent für das Minderheitsquorum erreichen könnte. Ein Individualrecht an eine bestimmte Verteilung von Stimmquoten zu knüpfen läuft daher dem Sinn und Begriff solcher Rechte entgegen.²⁵⁶ Aus den gesetzlichen Minderheitsrechten lässt sich somit kein entscheidendes Argument für ein jedem Gesellschafter jederzeit zustehendes Informationsrecht ableiten.²⁵⁷

(d) Ableitung aus § 93 Abs 4 GmbHG

Einen weiteren Ansatzpunkt für ein allgemeines Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters sieht *Reich-Rohrwig*²⁵⁸ in § 93 Abs 4 GmbHG. Nach dieser Bestimmung „behalten“ die Gesellschafter und deren Rechtsnachfolger auch nach Beendigung der Liquidation der Gesellschaft das Recht auf Einsicht und Benützung der Bücher und Schriften. *Reich-Rohrwig* schließt daraus unter Berufung auf eine OGH-Entscheidung aus 1911²⁵⁹, dass Gesellschafter nach Liquidation nur das „behalten“ könnten, was sie auch schon vor Liquidation besessen haben.

Gegen diese, zunächst einleuchtende Argumentation spricht zum einen, dass die für § 93 Abs 4 GmbHG relevante Situation eine besondere ist. Schließlich sind die Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft im Auflösungsstadium deutlich verdünnt.²⁶⁰ Auch die Gefahr einer Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebs durch häufig Einsicht nehmende Gesellschafter ist nicht mehr gegeben.²⁶¹

²⁵⁴ OGH 6 Ob 17/90, SZ 63/150 = GesRZ 1990, 222 = ecolex 1991, 25 mit Anm *Thiery*

²⁵⁵ *H.Torggler*, GesRZ 1994, 102 (106).

²⁵⁶ *Koppensteiner* in FS Kastner, 229 (233).

²⁵⁷ Ebenso *Otto*, Individualkontrollrechte, 20f.

²⁵⁸ *Reich-Rohrwig*, JBl 1987, 364 (366); zustimmend offenbar *Michlits/Unger* in *Straube*, GmbHG, § 22 Rz 35.

²⁵⁹ OGH vom 24.01.1911, AC 2998.

²⁶⁰ *Koppensteiner* in FS Kastner (1992), 229 (232), der offenbar davon ausgeht, dass § 93 Abs 4 GmbHG bereits im Liquidationsstadium und nicht erst nach Ende der Liquidation anwendbar ist. Dies tut der Schlüssigkeit seines Arguments aber keinen Abbruch.

²⁶¹ *Geist*, ÖJZ 1993, 641 (643f).

Gegen die Auslegung *Reich-Rohrwig* spricht darüber hinaus auch die Entstehungsgeschichte des § 93 Abs 4 GmbHG. Dieser wurde dem § 51 Abs 2 öGenG nachempfunden²⁶², die dort verwendete Formulierung in § 93 Abs 4 S 1 GmbHG wörtlich übernommen. In der Genossenschaft ist ein permanentes individuelles Informationsrecht gesetzlich aber nicht vorgesehen.²⁶³ Zu vermuten ist mE vielmehr, dass die zweideutige Formulierung auf einem Versehen des Gesetzgebers beruht. Vor allem die systematische Stellung des § 93 GmbHG spricht dafür, dass in diesem nur Regelungen für die Zeit nach der Beendigung der Liquidation enthalten sind und sich daraus für die werbende Gesellschaft nichts gewinnen lässt.²⁶⁴

Der OGH selbst hat die in Diskussion stehende Bestimmung in seiner Leitentscheidung zum allgemeinen Informationsrecht als für diese Frage neutral bezeichnet.²⁶⁵ Auch ist nur schwer vorstellbar, dass der Gesetzgeber einen so wichtigen Rechtsgrundsatz an so versteckter Stelle, und auch dort nur implizit regeln würde.²⁶⁶ Ein allgemeines Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters ist in § 93 Abs 4 GmbHG daher nicht enthalten.

(e) Ableitung aus § 1199 S 3 iVm § 1216 ABGB

§ 1216 ABGB besagt, dass die im ABGB enthaltenen Vorschriften über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts für alle Handelsgesellschaften anwendbar sind, sofern darüber keine besonderen Vorschriften bestehen. Durch diese Bestimmung will *Reich-Rohrwig*²⁶⁷ § 1199 S 3 ABGB für die österreichische GmbH anwendbar machen und so für ein allgemeines Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters argumentieren. § 1199 S 3 ABGB sieht vor, dass „jedes Mitglied zu jeder Zeit auf seine Kosten die Rechnungen einsehen kann“. Dies ermöglicht den Gesellschaftern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Einsicht in die Bücher der Gesellschaft.²⁶⁸

Reich-Rohrwig meint nun, das Erfordernis des § 1216 ABGB, wonach keine besonderen Vorschriften bestehen dürfen, sei erfüllt, da das Bestehen oder Nichtbestehen eines

²⁶² OGH 6 Ob 17/90, SZ 63/150 = GesRZ 1990, 222 = ecolex 1991, 25 mit Anm *Thiery*; *Geist*, ÖJZ 1993, 641 (643).

²⁶³ OGH 6 Ob 73/05m, SZ 2005/77 = wbl 2005, 533; vgl *Enzinger*, Zum Auskunftsanspruch des Genossenschafters, GeS 2006, 10.

²⁶⁴ *Geist*, ÖJZ 1993, 641 (644 Fn 32); *Koppensteiner* in FS Kastner, 229 (232).

²⁶⁵ OGH 6 Ob 17/90 SZ 63/150 = GesRZ 1990, 222 = ecolex 1991, 25 mit Anm *Thiery*.

²⁶⁶ *Koppensteiner* in FS Kastner, 229 (232); *Otto*, Individualkontrollrechte, 22.

²⁶⁷ *Reich-Rohrwig*, JBl 1987, 364 (367f).

²⁶⁸ *Grillberger* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB³ (2007), § 1199 Rz 6.

Bucheinsichtsrechts während des laufenden Geschäftsjahres im GmbHG nicht geregelt sei. Dabei beachtet er nicht, dass aus den Materialien zum GmbHG eindeutig hervorgeht, dass den Gesellschaftern nur die dort geregelten Informationsrechte zustehen sollen.²⁶⁹ Das GmbHG ist im Verhältnis zum ABGB aber *lex posterior* und *specialis* und folglich als besondere Vorschrift iSd § 1216 ABGB zu betrachten. Daher bleibt für eine Heranziehung der Vorschriften über die Bucheinsicht in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts kein Platz. Die gegenteilige Ansicht *Reich-Rohrwigs* wäre nur dann schlüssig, wenn man davon ausginge, dass unbedingt ein allgemeines Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters im österreichischen Recht postuliert sein müsse. Eine Gesetzesauslegung, die von vorn herein auf ein bestimmtes gewünschtes Ergebnis abzielt, ist mE nicht zulässig.

(f) Ableitung aus umfassender Entscheidungsbefugnis

Der OGH hat insbesondere deshalb ein allgemeines Informationsrecht anerkannt, weil „sachgerechte Entscheidung nach allgemeinen Grundsätzen über kollektive Willensbildung ausreichende Unterrichtung über die Sachverhaltsgrundlagen erfordert. Wem das Gesetz Entscheidungsbefugnis einräumt, dem hat es auch die Möglichkeit zur Information über alle entscheidungswesentlichen Tatumstände zu gewährleisten.“²⁷⁰ Zwar komme die Entscheidungsbefugnis in der GmbH der Gesellschaftergesamtheit zu. Auch könne die Information an dieses Kollektivorgan als Entscheidungsträger als ausreichend empfunden werden. Dennoch erscheine eine umfassende Information der Individualgesellschafter aufgrund der mitunter komplexen Zusammenhänge der für Gesellschafterbeschlüsse wesentlichen Entscheidungsgrundlagen als sachgerecht. Diese Beurteilung lässt mE verschiedene wichtige Aspekte außer Acht.

Wie der OGH bereits anführt, kommt die Entscheidungsbefugnis in der GmbH der Gesellschaftergesamtheit zu. Diese hat die Möglichkeit, ihre Informationsbedürfnisse abzudecken, indem sie den Geschäftsführern die Auskunftserteilung aufträgt.²⁷¹

Daneben stehen den Gesellschaftern individuelle Informationsrechte zu. So kann jeder Einzelne gemäß § 22 Abs 2 S 2 GmbHG selbst oder durch Dritte Einsicht in die Geschäftsbücher nehmen. Nach der hM kommt zudem jedem Gesellschafter in der

²⁶⁹ *Koppensteiner* in FS Kastner, 229 (233); *Otto*, Individualkontrollrechte, 22.

²⁷⁰ OGH 6 Ob 17/90, SZ 63/150 = GesRZ 1990, 222 = ecolex 1991, 25 mit Anm *Thiery*.

²⁷¹ *Geist*, ÖJZ 1993, 641 (644).

Generalversammlung ein Auskunftsrecht vergleichbar dem der Aktionäre in der Hauptversammlung der AG zu.²⁷²

Dennoch erachtet der OGH zusätzlich ein individuelles Informationsrecht der Gesellschafter für notwendig, damit die Gesellschafter sich die notwendige und umfassende Kenntnis von den entscheidungsrelevanten Fakten verschaffen können. Diese Argumentation ist insoweit schlüssig, als dadurch notwendige Grundlagen für eine konkret anstehende, sachgerechte Entscheidung erlangt werden sollen, die nicht bereits durch andere Informationsbefugnisse erlangt werden können. Um dieses Ziel zu erreichen ist mE aber auch die weitaus weniger weitgehende Lösung *Koppensteiners*²⁷³ ausreichend. Er vertritt, dass, wenn die bloße Auskunft in der Generalversammlung nicht ausreicht um ein adäquates Urteil fällen zu können, bereits vor der Generalversammlung Unterlagen vorgelegt werden müssen, die alle Grundlagen für eine sachgerechte Entscheidung liefern.²⁷⁴ Diese Lösung berücksichtigt einerseits das berechnete Informationsinteresse des Individualgesellschafters angemessen. Andererseits stellt sie sicher, dass der Geschäftsbetrieb und das Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens nicht übermäßig beeinträchtigt werden. Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte ist der Ansicht *Koppensteiners* daher der Vorzug gegenüber der zu weitgehenden Einräumung eines umfassenden Individualinformationsrechts des Gesellschafters zu geben.

(4) Weitere Kritikpunkte des allgemeinen Informationsrechts des GmbH-Gesellschafters

(a) Störung des Geschäftsbetriebs

Insbesondere bei Gesellschaften mit einer großen Anzahl von Gesellschaftern ist aufgrund der Einräumung eines allgemeinen Informationsrechts des GmbH-Gesellschafters eine häufige Bucheinsichtnahme zu besorgen.²⁷⁵ Dies hat zur Folge, dass die Gesellschaft entweder ständig auf eine solche Einsichtnahme vorbereitet zu

²⁷² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 38; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß, 392; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht, 228; *Wünsch*, GmbHG, § 22 Rz 118; *Grünwald*, eolex 1991, 245; *Geist*, ÖJZ 1993, 641 (642).

²⁷³ *Koppensteiner* in FS Kastner, 229 (233).

²⁷⁴ Ähnlich bereits *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht, 229; zustimmend auch *Kalss*, GmbHR 1994, 862 (863).

²⁷⁵ Problematik erkannt ua von *Geist*, ÖJZ 1993, 641 (643), und *Weilinger*, Die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses im Handels- und Gesellschaftsrecht (1997), 189 Rz 380.

sein hat, oder regelmäßig gezwungen ist, spontan auf das Einsichtsverlangen eines Gesellschafters zu reagieren.

Ständige Vorbereitung würde wohl eine besondere, vermutlich möglichst gesammelte Art der Aufbewahrung und Organisation von Geschäftsunterlagen erfordern. Um dies zu gewährleisten wäre wiederum spezielles Personal notwendig. Sollte die Gesellschaft im Gegensatz dazu dafür optieren, keine besonderen Vorkehrungen für die potenzielle Einsichtnahme der Gesellschafter zu treffen, könnte das Problem entstehen, dass betriebliche Prozesse durch eine gerade stattfindende Einsichtnahme behindert werden. In jedem Fall müsste die Gesellschaft eine Änderung oder Beeinträchtigung ihres gewöhnlichen Geschäftsbetriebs hinnehmen.

Auch bei kleineren Gesellschaften mit nur wenigen Gesellschaftern ist eine Häufung der Einsichtnahmen nicht ausgeschlossen. Dies insbesondere dann wenn sich ein Gesellschafter als „lästiger Gesellschafter“²⁷⁶ erweist und bspw durch häufige Einsichtnahmen Druck auf den Mehrheitsgesellschafter ausüben will. Solche Einsichtnahmen können zwar rechtsmissbräuchlich sein und deshalb verweigert werden. Allerdings sind die Voraussetzungen, die an das Vorliegen missbräuchlicher Rechtsausübung geknüpft sind, sehr streng, weshalb dieser Verweigerungsgrund eher selten erfolgreich sein wird.²⁷⁷

Durch die Einräumung eines allgemeinen Informationsrechts der Gesellschafter wird die Gesellschaft mE daher vor geschäftsbetriebsbezogene Probleme gestellt, die auch nicht im Interesse der einzelnen Gesellschafter liegen sollten und daher gegen ein voraussetzungsloses, allgemeines Informationsrecht des Gesellschafters sprechen.

(b) Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft

Die Beeinträchtigung des Geheimhaltungsinteresses der Gesellschaft ist in der Literatur immer wieder gegen die Anerkennung eines allgemeinen Informationsrechts der

²⁷⁶ Dieser Begriff geht wohl auf die Monographie von *Hartmann*, *Der lästige Gesellschafter in der Wirtschaftspraxis*³ (1972), zurück. Vgl auch *Nowotny*, *Der „lästige“ Gesellschafter in der GmbH & Co KG*, NZ 1982, 81; *Ulmer*, *Zur GmbH-Reform in Österreich und Deutschland*; GesRZ 1981, 193 (202).

²⁷⁷ Zu den Voraussetzungen rechtsmissbräuchlicher Rechtsausübung siehe *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³, § 1295 Rz 61 ff; vgl *Grünwald*, *ecolex* 1991, 245 (246).

GmbH-Gesellschafter ins Treffen geführt worden.²⁷⁸ ME ist diese Problematik es daher wert, genauer untersucht zu werden.

Das Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft wird bereits durch das Bucheinsichtsrecht der Gesellschafter gemäß § 22 Abs 2 S 2 GmbHG beeinträchtigt. Die Möglichkeit der jederzeitigen Einsichtnahme gefährdet das Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft aber ungleich stärker. Es ist bspw als problematisch anzusehen, wenn strategische Pläne des Unternehmens während des Geschäftsjahres noch vor deren Umsetzung durch eine auch nur unabsichtliche Indiskretion eines Gesellschafters, der von diesen Plänen durch Einsichtnahme erfahren hat, publik werden, da den Konkurrenten der Gesellschaft somit schon sehr früh die Möglichkeit zur Reaktion gegeben wäre. Hätte der Gesellschafter erst durch die Bucheinsicht gemäß § 22 Abs 2 S 2 GmbHG von den Plänen erfahren, wären diese womöglich bereits umgesetzt und ein allfälliger Marktvorteil für die Gesellschaft bereits realisiert worden. Je größer der Kreis der Informierten ist desto größer ist die Gefahr, dass Geschäftsgeheimnisse nach außen dringen. Auch die gründlichsten Geheimhaltungsklauseln und die in Österreich anerkannte Treuepflicht des Gesellschafters können dies nicht verhindern.²⁷⁹

Besonders problematisch für das Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft ist der Fall, dass ein Gesellschafter auch mit einem Konkurrenzunternehmen in einer wie auch immer gearteten Geschäftsbeziehung steht.²⁸⁰ Nach der Rechtsprechung des OGH kann eine befürchtete Konkurrenzierung zwar einen Informationsverweigerungsgrund darstellen. Dies allerdings nur, wenn auch konkret eine Gefährdung der Gesellschaftsinteressen bescheinigt wird.²⁸¹ Diese Anforderungen sind sehr streng und daher kaum geeignet, einen effektiven Geheimnisschutz der Gesellschaft zu bewirken. Wirksam wäre viel eher ein generelles, gesetzliches Wettbewerbsverbot für GmbH-Gesellschafter. Ein solches existiert in Österreich aber nicht.²⁸²

²⁷⁸ Problematik erkannt ua von *Roth* in *Ruppe*, Geheimnisschutz, 88f, *Grünwald*, *ecolex* 1991, 245 (247), und *Geist*, *ÖJZ* 1993, 641 (643).

²⁷⁹ Zur Treuepflicht OGH 5 Ob 626/88, JBl 1989, 253 mit Anm *Thiery*; OGH 4 Ob 27/99w, wbl 1999, 420; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 61 Rz 8ff; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß, 12 ff; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 4/353ff; *Thöny*, Zur Verantwortlichkeit des GmbH-Gesellschafters, *GesRZ* 1987, 82 (89f).

²⁸⁰ *Grünwald*, *ecolex* 1991, 245 (247); *Geist*, *ÖJZ* 1993, 641 (647).

²⁸¹ OGH 6 Ob 18/91, RdW 1992, 173 = wbl 1992, 199; zustimmend *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1992, 334; OGH 6 Ob 215/97d, SZ 70/157.

²⁸² OLG Wien 6 R 85/92 NZ 1993, 128; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 61 Rz 10.

Gesellschafter-Geschäftsführer sind dem Wettbewerbsverbot des § 24 GmbHG unterworfen.²⁸³ Da diese aber ohnehin keiner Informationsrechte bedürfen, um sich einen Überblick über die Geschäftsunterlagen zu verschaffen, kann diese Konstellation für die hier interessierende Frage außer Acht gelassen werden. Von diesem Fall abgesehen kann in Österreich nur ein Wettbewerbsverbot für den Mehrheitsgesellschafter, der nebenbei unternehmerisch tätig ist, argumentiert werden.²⁸⁴ Dies ua deshalb, weil er regelmäßig über die Belange der Gesellschaft unterrichtet sein dürfte, zumal der von ihm abhängige Geschäftsführer ihm in der Praxis die Information wohl nur selten verwehren würde und das oben angesprochene Recht der Gesellschaft zur Verweigerung von Informationen dadurch nutzlos wäre.²⁸⁵ So willkommen ein Anerkennen auch nur eines solchen Wettbewerbsverbots durch die Judikatur wäre, so ließe sich daraus dennoch nichts gewinnen, was die Gesellschaft generell vor der Verletzung ihres Geheimhaltungsinteresses durch das allgemeine Informationsrecht der GmbH-Gesellschafter schützen könnte. Eine weitere Untersuchung des Wettbewerbsverbots des Mehrheitsgesellschafters kann daher unterbleiben.

Sollte jemals ein Wettbewerbsverbot aller Gesellschafter im GmbH-Recht eingeführt werden, so verlöre das Argument, das Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft wäre durch den allgemeinen Informationsanspruch der Gesellschafter gefährdet, stark an Wert. Schließlich würde dadurch der Fall der Einsichtnahme durch einen konkurrierenden Gesellschafter, der wohl die größte Beeinträchtigung darstellt, ausgeschlossen. Bis zu diesem fiktiven Zeitpunkt ist die Gefahr der Verletzung des Geheimhaltungsinteresses der Gesellschaft mE ein wesentliches Argument gegen die Anerkennung eines allgemeinen Informationsrechts des Gesellschafters.

(c) Unangemessenheit im Verhältnis zu Informationsrechten von Gesellschaftern anderer Gesellschaftsformen

Einen wesentlichen Kritikpunkt stellt die Unangemessenheit der Informationsrechte des GmbH-Gesellschafters im Vergleich zu anderen gesellschaftsrechtlichen Informationsrechten dar.²⁸⁶ In Erinnerung zu rufen ist, dass der Gesetzgeber die Informationsrechte des GmbH-Gesellschafters an jene des Kommanditisten bzw. an

²⁸³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 61 Rz 10

²⁸⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 61 Rz 10.

²⁸⁵ Vgl. *U. Torggler*, Zum Wettbewerbsverbot des Mehrheitsgesellschafters, *GesRZ* 1995, 233 (236).

²⁸⁶ Problematik erkannt ua von *Koppensteiner* in *FS Kastner*, 229 (234), und *Geist*, *ÖJZ* 1993, 641 (647).

jene des Aktionärs anlehnen wollte.²⁸⁷ Dennoch erinnert das allgemeine Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters verblüffend an das Informationsrecht des Gesellschafters einer OG. Die Stellung der Gesellschafter in OG und GmbH zeichnet sich aber durch bedeutende Unterschiede aus.

Der OG-Gesellschafter haftet gemäß § 128 UGB unbeschränkt für alle Gesellschaftsverbindlichkeiten und ist daher auch einem hohen Geschäftsrisiko ausgesetzt, während Gläubigern einer GmbH nur das Gesellschaftsvermögen als Haftungsfonds dient. Die subsidiäre Ausfallhaftung des GmbH-Gesellschafters nach § 83 GmbHG vermag keine vergleichbare Risikolage zu bewirken.²⁸⁸

Des Weiteren unterstehen OG-Gesellschafter dem strengen Wettbewerbsverbot des § 112 UGB. Dieses verbietet, Geschäfte im Geschäftszweig der Gesellschaft zu betreiben sowie an einer anderen gleichartigen Gesellschaft als unbeschränkt haftender Gesellschafter teilzunehmen. Ein vergleichbares Wettbewerbsverbot existiert für GmbH-Gesellschafter, wie bereits oben dargelegt, nicht.

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass zwischen dem Wettbewerbsverbot für OG-Gesellschafter, der sie treffenden unbeschränkten Haftung und den ihnen – auch den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschaftern – gemäß § 118 UGB zustehenden umfassenden Informationsrechten ein unmittelbarer Zusammenhang besteht.²⁸⁹ Bestärkt wird diese Ansicht dadurch, dass bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die ein ähnliches Haftungsregime wie die OG aufweist, den Gesellschaftern durch § 1199 S 3 ABGB ein jederzeitiges Informationsrecht eingeräumt wird, während dies bei Kommanditisten wie auch Aktionären, die nur beschränkt haften, anders ist. Kommanditisten steht ein allgemeines Informationsrecht gemäß § 166 UGB gerade nicht zu, Aktionäre sind überhaupt auf Auskünfte in der Hauptversammlung gemäß § 118 AktG beschränkt.

In der GmbH kann man einen vergleichbar adäquaten Zusammenhang aufgrund der anders gelagerten Haftungs- und Wettbewerbsverbotsregelungen nicht konstruieren. Die

²⁸⁷ *Skerlj*, GmbHG, 65f.

²⁸⁸ *Geist*, ÖJZ 1993, 641 (647); *Koppensteiner* in FS Kastner, 229 (234); *Otto*, Individualkontrollrechte, 23; aA *Reich-Rohrwig*, JBl 1987, 364 (367).

²⁸⁹ *Geist*, ÖJZ 1993, 641 (647); *Koppensteiner* in FS Kastner, 229 (234); *Otto*, Individualkontrollrechte, 23; vgl *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 2/785; zum Informationsrecht des OG-Gesellschafters generell *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 2/343ff.

de facto vom OGH vollzogene analoge Anwendung²⁹⁰ des § 118 UGB auf das GmbH-Recht scheitert daher an der notwendigen Ähnlichkeit der Gesellschafterqualitäten in OG und GmbH und führt zu einer unangemessenen Zuerkennung von Informationsrechten an die GmbH-Gesellschafter.²⁹¹

Auch überzeugt es nicht, ein allgemeines Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters auf die im Vergleich zu den Kommanditisten weitergehende, Geschäftsbelange der Gesellschaft betreffende Entscheidungsbefugnis zu stützen²⁹², zumal auch Kommanditisten bei außergewöhnlichen Geschäften gemäß § 164 UGB mitentscheiden dürfen, ohne dass daraus gleich ein Informationsrecht auch nur diesbezüglich abgeleitet würde.²⁹³

Ungleich interessanter ist die Frage, ob den GmbH-Gesellschaftern ein Recht auf Einsichtnahme in die Geschäftsunterlagen aus wichtigem Grund, vergleichbar dem den Kommanditisten durch § 166 Abs 3 UGB eingeräumten Recht, zuzuerkennen ist. Diese Frage wird weiter unten gesondert behandelt.

Hier bleibt festzuhalten, dass der OGH die GmbH-Gesellschafter mE durch die Zuerkennung eines allgemeinen Informationsrechts, insbesondere in einer Gesamtbetrachtung gesellschaftsrechtlicher Informationsansprüche, unangemessen bevorzugt hat.

(d) Kritik zur Parallelbestimmung des § 51a dGmbHG

Augenscheinlich ist, dass das vom OGH für Österreich anerkannte allgemeine Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters dem Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters nach § 51a dGmbHG nachempfunden wurde.²⁹⁴ Diese Bestimmung wurde in der deutschen Lehre jedoch durchgehend als misslungen²⁹⁵, chaotisch²⁹⁶, missglückt und konturenlos²⁹⁷ bezeichnet und dem österreichischen Gesetzgeber empfohlen, die über das Ziel hinausschießende, deutsche Neuregelung der Auskunfts-

²⁹⁰ Zutreffend erkannt von *Geist*, ÖJZ 1993, 641 (648).

²⁹¹ *Otto*, Individualkontrollrechte, 24; zur Notwendigkeit der Ähnlichkeit zwischen dem für die Analogie herangezogenen, gesetzlich geregelten Fall und dem unregulierten Problemfall *F. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre (2005), 63.

²⁹² *Reich-Rohrwig*, JBl 1987, 364 (367).

²⁹³ *Koppensteiner* in FS Kastner, 229 (234).

²⁹⁴ *Koppensteiner* in FS Kastner, 229 (234).

²⁹⁵ *Baumbach/Hueck*, GmbHG¹⁹ (2010), § 51a Rz 1.

²⁹⁶ *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz¹⁵ (2000), § 51a Rz 33.

²⁹⁷ *Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ (2002), 1040.

und Einsichtsrechte des GmbH-Gesellschafters nicht nachzuahmen.²⁹⁸ Vor diesem Hintergrund kann das Gesetzesverständnis des OGH nur als bedenklich bezeichnet werden.

(e) Widersprüchlichkeit im Hinblick auf § 22 Abs 2 GmbHG

Der OGH²⁹⁹ erörtert in seiner Leitentscheidung, dass normativer Gehalt des nunmehrigen § 22 Abs 2 GmbHG nicht die Begründung eines Informationsanspruchs, sondern vielmehr die Festlegung eines für den besonderen Regulationsfall des aufgestellten Jahresabschlusses einzuhaltenden Vorgangs sei. In den 14 Tagen vor der zur Prüfung des Jahresabschlusses angesetzten Generalversammlung seien die Bücher und Schriften der Gesellschaft für die Gesellschafter bereitzuhalten und diesen auch ohne Voranmeldung Einsicht zu gewähren. § 22 Abs 2 S 2 GmbHG komme daher nur ein modaler Wert zu.

Dieser Auslegung steht der Wortlaut des Gesetzes, der nur von einem Einsichtsrechts innerhalb 14 Tagen vor der zur Prüfung des Jahresabschlusses einberufenen Gesellschafterversammlung spricht, klar entgegen.³⁰⁰ Die Rechtsansicht des OGH führt vielmehr zum Ergebnis, dass das Gesetz die Nebenfrage, wie die Bucheinsicht in den zwei Wochen vor der zur Prüfung des Jahresabschlusses angesetzten Generalversammlung zu erfolgen hat, ausdrücklich regelt, die Hauptfrage eines Einsichtsrechts, das außerhalb dieser zwei Wochen offenbar unter anderen Bedingungen ausgeübt werden kann, aber überhaupt nicht erwähnt.³⁰¹ § 22 Abs 2 GmbHG entgegen seinem Wortlaut eine bloß modale Bedeutung zu unterstellen ist mE daher schon aus diesem Grund verfehlt.

Aus § 22 GmbHG ergeben sich darüber hinaus aber noch weitere Argumente gegen einen allgemeinen, unbeschränkten Informationsanspruch des GmbH-Gesellschafters. Schließlich sieht § 22 Abs 2 GmbHG vor, dass das dort genannte Bucheinsichtsrecht beschränkt oder gar zur Gänze ausgeschlossen werden kann, wenn die Gesellschaft über einen Aufsichtsrat verfügt. Solche Beschränkungen bzw. Ausschlüsse können mit dem allgemeinen Informationsrecht im Sinne der Rechtsprechung des OGH jedoch nur

²⁹⁸ *Ulmer*, GesRZ 1981, 193 (202).

²⁹⁹ OGH 6 Ob 17/90, SZ 63/150 = GesRZ 1990, 222 = *ecolex* 1991, 25 mit Anm *Thiery*.

³⁰⁰ *Koppensteiner* in FS Kastner, 229 (232); *Geist*, ÖJZ 1993, 641 (643); *Otto*, Individualkontrollrechte, 19.

³⁰¹ *Koppensteiner* in FS Kastner, 229 (232).

schwer in Einklang gebracht werden. Es erscheint inkonsequent, wenn ein Informationsanspruch, der vom OGH als „umfassend“ bezeichnet wird und „nicht näher zu begründen ist“, im Gesellschaftsvertrag überhaupt beschränkt werden könnte.

Beschränkt man nun die im § 22 Abs 2 S 3 GmbHG vorgesehene Ausschlussmöglichkeit des Bucheinsichtsrechts auf das im Satz 2 leg cit vorgesehene Recht zur Bucheinsicht innerhalb von 14 Tagen vor der zur Prüfung des Jahresabschlusses angesetzten Generalversammlung – was angesichts der systematischen Stellung dieser Bestimmung im Gesetz naheliegt – kommt man zum Resultat, dass den Gesellschaftern einer GmbH mit Aufsichtsrat innerhalb dieser 14-tägigen Frist die Bucheinsicht verboten werden könnte, während sie in den restlichen fünfzig Wochen des Jahres im Rahmen ihres allgemeinen Informationsrechts uneingeschränkt in die Bücher Einsicht nehmen könnten. Dieses Ergebnis mutet eigenartig an, weil Gesellschafter gerade in der Zeit vor der Prüfung des Jahresabschlusses trotz Vorhandenseins eines Aufsichtsrats das größte Informationsbedürfnis haben. Es könnte vermieden werden, wenn man § 22 Abs 2 GmbHG dahin verstünde, dass bei Bestehen eines Aufsichtsrats generell die Möglichkeit besteht, das Bucheinsichtsrecht im Gesellschaftsvertrag völlig auszuschließen. In diesem Fall wäre es auch nicht zulässig, sich diesbezüglich auf das vom OGH formulierte allgemeine Informationsrecht zu stützen. Vielmehr bestünde nur noch die Möglichkeit, von den Geschäftsführern Auskunft zu verlangen. Dieses Ergebnis widerspricht mE aber massiv dem dem allgemeinen Informationsanspruch zugrunde liegenden Gedanken, dass jedem Gesellschafter jederzeit die Möglichkeit zur umfassenden Information zukommen soll. Insbesondere dann, wenn der Aufsichtsrat von einem dominanten Mehrheitsgesellschafter bestellt wird, bestünde die Gefahr, dass die Informations- und Kontrollinteressen von Minderheitsgesellschaftern beeinträchtigt werden. Ein zahnloses Auskunftsrecht entspricht wohl kaum dem, was der OGH im Sinn hatte als er den allgemeinen Informationsanspruch des GmbH-Gesellschafters formulierte. Daher könnte der vom OGH postulierte allgemeine Informationsanspruch sinnvollerweise nur dahin verstanden werden, dass er unbeschränkbar ist und auch im Fall der Bestellung eines Aufsichtsrats uneingeschränkt besteht. Mit diesem Verständnis stünde zwar die Deutung des § 22 Abs 2 S 2 GmbHG als bloß modale Vorschrift im Einklang. Die Ausschlussmöglichkeit des § 22 Abs 2 S 3 GmbHG sowie die daraus resultierenden, in § 22 Abs 3 GmbHG festgelegten Folgen, würden aber obsolet, da sich der Gesellschafter immer auf den allgemeinen Informationsanspruch stützen könnte.

Dass der OGH durch sein Rechtsverständnis dieses Ergebnis erzielen wollte, ist nicht anzunehmen. Es ist daher abzulehnen. Der vom OGH formulierte allgemeine Informationsanspruch des GmbH-Gesellschafters kann nicht in Einklang mit den gesetzlichen Regelungen gebracht werden kann. Diesen ist daher der Vorzug zu geben.

(5) *Informationsrecht aus wichtigem Grund?*

In der Literatur wurden verschiedene Ansichten vertreten, die ein Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund befürworten. Um dieses zu begründen wurden Gesetzesanalogien zu § 118 Abs 2 UGB und § 166 Abs 3 UGB sowie eine Rechtsanalogie aus den Grundsätzen des österreichischen Gesellschaftsrechts gezogen. Diese Analogieschlüsse sollen im Folgenden auf ihre Richtigkeit überprüft werden.

(a) Analogie zu § 118 Abs 2 UGB

§ 118 Abs 1 UGB räumt dem Gesellschafter einer österreichischen OG das Recht ein, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich zu unterrichten und die Bücher und Schriften der Gesellschaft einzusehen. Weiters wird dem OG-Gesellschafter die Erstellung eines Jahresabschlusses oder einer sonstigen Abrechnung gestattet. Er kann auch die Vorlage bereits bestehender, vergleichbarer Dokumente verlangen. Diese Vorschrift kann durch den Gesellschaftsvertrag zwar ausgeschlossen werden, § 118 Abs 2 UGB enthält diesbezüglich jedoch eine wesentliche Einschränkung. Sollte nämlich Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung bestehen, so steht eine das Informationsrecht nach § 118 Abs 1 UGB ausschließende oder beschränkende Vereinbarung der Geltendmachung dieses Rechts nicht entgegen.

*Koppensteiner*³⁰² vertrat in einer älteren Auffassung die Ansicht, dass der der Bestimmung des § 118 Abs 2 UGB innewohnende Rechtsgedanke auch als für die GmbH aussagekräftig angesehen werden sollte. Dem GmbH-Gesellschafter würde dadurch so wie dem OG-Gesellschafter ein außerordentliches Informationsrecht, namentlich bei Verdacht unredlicher Geschäftsführung eingeräumt.

Diese Auffassung wurde insbesondere von *Geist*³⁰³ kritisiert. Er argumentierte, dass § 118 Abs 2 UGB nur bei einer Einschränkung des dem OG-Gesellschafter ohnehin zustehenden allgemeinen Informationsrechts zum Tragen komme und daher kein

³⁰² *Koppensteiner* in FS Kastner, 229 (238).

³⁰³ *Geist*, ÖJZ 1993, 641 (650); *ders.*, ÖJZ 1995, 658 (663).

außerordentliches Informationsrecht postuliere. Es komme vielmehr der Sonderprüfung auf Minderheitsantrag die außergewöhnliche Prüfungsfunktion im GmbH-Recht zu.

Darauf, dass diese Auslegung der Aufgabe der Sonderprüfung auf Minderheitsantrag nach § 45 GmbHG zu weit ist wurde bereits oben hingewiesen. Richtig ist aber, dass die Sonderprüfung für den Fall des Verdachts unredlicher Geschäftsführung konzipiert wurde. Genau diesen Fall regelt der Gesetzgeber aber mit § 118 Abs 2 UGB für die OG. Für ein Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund lässt sich aus dieser Bestimmung also nichts gewinnen.

(b) Analogie aus § 166 Abs 3 UGB

*Koppensteiner*³⁰⁴ ging in der Folge unter Anerkennung der berechtigten Kritik *Geists* von einem Analogieschluss zu § 118 Abs 2 UGB ab. Stattdessen vertrat er, dass § 166 Abs 3 UGB einer näheren Betrachtung zu unterziehen wäre. Diese Bestimmung ermögliche es dem Kommanditisten, beim Vorliegen wichtiger Gründe bei Gericht die Vorlegung der Bücher und Schriften zu beantragen. Sie sei aufgrund der stärkeren Annäherung der Positionen des GmbH-Gesellschafters und des Kommanditisten ohnehin besser zur Begründung eines außerordentlichen Informationsrechts des GmbH-Gesellschafters geeignet. Der Unterschied zu seiner früheren Ansicht bestünde im Ergebnis nur in der notwendigen Einschaltung der Gerichte.

Die Heranziehung der Vorschriften über das außerordentliche Informationsrecht des Kommanditisten vermag tatsächlich eher zu überzeugen als die ältere Ansicht *Koppensteiners*. Schließlich wird im Bericht der Herrenhauskommission im Zusammenhang mit den § 45 – 48 GmbHG explizit davon gesprochen, dass, wenn man von einer GmbH mit einer kleineren, der KG ähnlichen, Struktur ausginge, die GmbH-Gesellschafter ebenso wie die Kommanditisten das im alten § 160 HGB vorgesehene Recht, aus wichtigem Grund bei Gericht die Vorlage von Büchern und Schriften verlangen zu können, haben müssten. Dem steht zwar entgegen, dass an der gleichen Stelle vom Einfluss der aktienrechtlichen Regelung über die Sonderprüfung für den Fall der Annahme einer größeren, der AG ähnlichen GmbH gesprochen wird und diese Annahme sich in weiterer Folge, wie bereits oben bei den Ausführungen zur Sonderprüfung dargelegt, im Gesetz niedergeschlagen hat.³⁰⁵ Dies könnte auch als eine

³⁰⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 38

³⁰⁵ *Skerlj*, GmbHG, 65f.

Entscheidung des Gesetzgebers gegen ein außerordentliches Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters gewertet werden. In der heutigen GmbH-Praxis hat die überwiegende Anzahl der Gesellschaften aber nicht mehr als vier Gesellschafter.³⁰⁶ Die Annahme des Gesetzgebers, dass sich die GmbH in ihrer Struktur eher an der AG orientieren würde hat sich daher nicht bestätigt. Dieser Umstand spricht für ein außerordentliches Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters. Dennoch kann nicht von der Hand gewiesen werden, dass die Anwendung von Regelungen der personalistisch strukturierten KG auf die kapitalistisch strukturierte GmbH zumindest problematisch ist. Auch diese Argumentation mag daher nicht restlos zu überzeugen.

(c) Rechtsanalogie aus den Grundsätzen des österreichischen Gesellschaftsrechts

*Otto*³⁰⁷ leitet ein außerordentliches Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters im Wege der Rechtsanalogie aus den Grundsätzen des Gesellschaftsrechts ab. Dabei geht er zunächst davon aus, dass das Informationsrecht des Gesellschafters einer Personenhandels- oder Kapitalgesellschaft als allgemeiner Grundsatz im Gesellschaftsrecht anerkannt sei. Weiters meint er im Wesentlichen, dass bei der GmbH die Herrschaftsrechte zwar der Gesellschaftergesamtheit zukämen. Den einzelnen Gesellschaftern stehe aber, wie bei allen anderen Gesellschaften auch, dennoch ein Rest an Herrschaftsrechten zu. Daher könne man von einem Individualkontrollrecht als dem Gesellschaftsrecht immanenten Grundsatz sprechen. Um diesem Grundsatz gerecht zu werden, sei auch im GmbH-Recht ein Informationsanspruch aus wichtigem Grund zuzuerkennen.

Die eher verwirrenden Ausführungen *Ottos* vermögen mE keine weiteren Argumente für das Bestehen eines außerordentlichen Informationsrechts des Gesellschafters hervorzubringen. Zum einen kann seine Begründung für ein Individualinformationsrecht eines jeden Gesellschafters, also nicht nur des GmbH-Gesellschafters, als allgemeiner Rechtsgrundsatz des österreichischen Gesellschaftsrechts nicht schlüssig nachvollzogen werden. Zum anderen lässt sich nicht eruieren, warum der Rechtsgrundsatz, dass jeder Gesellschafter ein individuelles Recht auf Information habe, ein außerordentliches Informationsrecht aus wichtigem Grund notwendig machen würde, zumal dem GmbH-Gesellschafter sowieso bereits die

³⁰⁶ *Reich-Rohrwig*, Empirische Untersuchung über die GmbH in Österreich, in FS Frotz (1993), 381 (382).

³⁰⁷ *Otto*, Individualkontrollrechte, 29f.

gesetzlichen Informationsbefugnisse zustehen. Die von *Otto* versuchte Rechtsanalogie ist daher nicht geeignet, ein außerordentliches Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters zu begründen.

(d) Ansicht des Verfassers

ME setzen die oben dargelegten Ansichten zu einem eventuell im Wege der Analogie zu findenden außerordentlichen Informationsrecht aus wichtigem Grund allesamt an falscher Stelle an. Sie setzen nämlich eine Gesetzeslücke voraus. Allerdings ist zunächst fraglich, ob das Fehlen eines Informationsrechts aus wichtigem Grund im GmbHG tatsächlich eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes darstellt. Deren Vorliegen wäre für einen Analogieschluss unumgänglich.³⁰⁸ Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu überlegen, welche wichtigen Gründe ein außerordentliches Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, das über die ihm bereits zur Verfügung stehenden Informationsmöglichkeiten hinausgeht, notwendig machen könnten.

Zur Aufdeckung von Unredlichkeiten und Verstößen gegen Gesetz und Gesellschaftsvertrag seitens der Geschäftsführung steht den Gesellschaftern bereits das Instrument der Sonderprüfung auf Minderheitsantrag nach § 45 ff GmbHG zur Verfügung. Dieses Recht ermöglicht einem Individualgesellschafter, der keine zehn Prozent des Stammkapitals repräsentiert, zwar nicht, sich während des Geschäftsjahres gegen eine solche Vorgehensweise der Geschäftsführung zu wehren. Es war vom Gesetzgeber aber auch offenbar nicht beabsichtigt, ihm eine solche Möglichkeit einzuräumen, da das Recht auf Sonderprüfung ansonsten als Individualrecht konzipiert werden hätte müssen. *Geist*³⁰⁹ ist darin zuzustimmen, dass ein entsprechendes, allgemeines Individualinformationsrecht die Sonderprüfung auf Minderheitsantrag obsolet machen würde. Ein Minderheitsgesellschafter, der weniger als zehn Prozent des Stammkapitals repräsentiert, ist daher mE auf die anderen, ihm laut Gesetz zustehenden Informationsrechte beschränkt. Für ein außerordentliches Informationsrecht aus dem wichtigen Grund der unredlichen oder nicht gesetzeskonformen Geschäftsführung ist kein Platz.³¹⁰

³⁰⁸ *F. Bydlinski*, Methodenlehre, 59f, 63f.

³⁰⁹ *Geist*, ÖJZ 1993, 641 (650).

³¹⁰ Anders *Geist*, ÖJZ 1993, 641 (650), der ein Individualinformationsrecht, das an besonders strenge Voraussetzungen geknüpft ist, befürwortet, und *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 38, die ua meinen, die Untersuchungsmöglichkeiten bei der Sonderprüfung gingen erheblich weiter als das Individualeinsichtsrecht, was eine Vereinbarkeit der beiden Instrumente begründe.

Wird eine Änderung des Gesellschaftsvertrages angestrebt, ist es ohne Zweifel geboten, allen Gesellschaftern die Möglichkeit zu geben, sich über die Auswirkungen und die Hintergründe dieser Änderung zu informieren. Dieses Informationsbedürfnis kann aber bereits durch das Auskunftsrecht in der Generalversammlung bzw. das von *Koppensteiner* geforderte Recht auf Einsicht in die entscheidungswesentlichen Unterlagen, wenn die bloße Auskunft nicht ausreicht, gedeckt werden. Ein außerordentliches Informationsrecht ist aus diesem Grund nicht erforderlich.

Schwieriger ist die Situation, wenn sich ein Gesellschafter über den Anteilswert seiner Beteiligung informieren will, da er einen Verkauf seines Geschäftsanteils anstrebt. Dabei ist zu bedenken, dass dem Gesellschafter aufgrund seines Rechts auf Mitteilung des Jahresabschlusses die Grundlagen für eine Bewertung ohnehin zur Verfügung stehen. Denkbar ist allerdings, dass im laufenden Geschäftsjahre eine Wertsteigerung des Geschäftsanteils eintritt, die sich im letzten Jahresabschluss noch nicht niedergeschlagen hat. Potentielle Käufer würden wohl regelmäßig eine nachprüfbare Offenlegung solcher Umstände verlangen. Da es sich hierbei häufig um Geschäftsgeheimnisse handeln wird, wäre das Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft durch eine Offenlegung allerdings stark beeinträchtigt. Ein diesbezüglich außerordentliches Informationsrecht des Gesellschafters wäre mE daher zu weitgehend und kann nicht anerkannt werden.³¹¹

Im Falle einer informellen Information des Mehrheitsgesellschafters durch die Geschäftsführung besteht die Gefahr, dass dieser gegen Anträge auf Information der Gesellschaftergesamtheit stimmt. Dadurch würde der gesellschaftsrechtliche Gleichheitsgrundsatz verletzt, da der Minderheitsgesellschafter seinen Informationsanspruch nicht durchsetzen könnte.³¹² Für diesen Fall verfügt der Minderheitsgesellschafter aber über Schadenersatzansprüche³¹³ und insbesondere die Möglichkeit, auf eine Abberufung des Geschäftsführers hinzuwirken.³¹⁴ Die Gefahr des Missbrauchs der informellen Informationsmöglichkeiten durch den Mehrheitsgesellschafter ist daher mE hinreichend sanktioniert und macht ein zusätzliches Informationsrecht aus wichtigem Grund verzichtbar.

³¹¹ Zutreffend *Geist*, ÖJZ 1993, 641 (651).

³¹² *Geist*, ÖJZ 1993, 641 (650).

³¹³ *Koppensteiner* in FS Kastner, 229 (238).

³¹⁴ *Wünsch*, Zur Abberufung von GmbH-Geschäftsführern, in FS Ostheim (1990), 437 (448f).

Die von mir aufgezeigten Beispiele, die ein außerordentliches Informationsrecht eventuell erfordern könnten, erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Sie stellen mE aber die wichtigsten Anwendungsfälle eines solchen Rechts dar. Sie machen deutlich, dass ein außerordentliches Informationsrecht zur Durchsetzung der wesentlichen Interessen des GmbH-Gesellschafters nicht unbedingt erforderlich ist. Daher ist davon auszugehen, dass das GmbHG diesbezüglich keine Lücke aufweist, die im Wege der Analogie geschlossen werden dürfte. Aus diesem Umstand müssen alle Bestrebungen, die ein außerordentliches Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund durch Analogieschlüsse gewinnen wollen, scheitern.

(6) Zusammenfassung

Die Ansicht des OGH, dass jedem GmbH-Gesellschafter ein allgemeines Informationsrecht zusteht ist abzulehnen. Ein solches ist im GmbHG nicht postuliert, lässt sich auch nicht durch seine Entwicklungsgeschichte oder eine analoge Anwendung personengesellschaftsrechtlicher Normen begründen und wird von gewichtigen Stimmen der Lehre abgelehnt³¹⁵. Richtig ist zwar, dass Entscheidungsbefugnis auch Information erfordert. Die Argumentation des OGH sollte aber vielmehr dazu führen, den Auskunftsanspruch des Gesellschafters in der Generalversammlung um ein Einsichtsrecht in Unterlagen, die für einen anstehenden Gesellschafterbeschluss entscheidungswesentlich sind, zu erweitern.

Einem außerordentlichen Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund fehlen mE die Anwendungserfordernisse, da mit den bereits anerkannten Informationsmöglichkeiten (Bucheinsichtsrecht, Sonderprüfung, Auskunftsrecht in der Generalversammlung, Auskunftsverlangen der Gesellschaftergesamtheit) das Auslangen gefunden werden kann. Die Existenz eines solchen Informationsrechts ist daher zu verneinen.

³¹⁵ ua *Koppensteiner* in FS Kastner, 229; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³, § 22 Rz 38; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 4/328 Fn 636; *Geist*, ÖJZ 1993, 641; *ders.*, ÖJZ 1995, 658; *Weilinger*, Jahresabschluss, 189 Rz 380; *Enzinger*, Interessenkonflikt und Organpflichten, 73f; *Kalss*, GmbHR 1994, 862 (863); vgl auch *H.Torggler*, GesRZ 1994, 102 (106).

B. Schweiz

1. Informationsrechte der schweizerischen GmbH-Gesellschafter nach dem Obligationenrecht

a) Das Recht auf Einsicht in das Anteilbuch

Gemäß Art 790 OR sind alle schweizerischen GmbH dazu verpflichtet ein Anteilbuch zu führen, in welchem die Gesellschafter mitsamt Namen, Adresse und Anzahl oder Nennwert sowie allenfalls Kategorien der Stammanteile anzuführen sind. Sollte ein Gesellschafter nicht zur Ausübung des Stimmrechts und der damit zusammenhängenden Rechte befugt sein, so muss er als solcher Gesellschafter ohne Stimmrecht im Anteilsbuch bezeichnet werden. Neben den Gesellschaftern sind auch allfällige Nutznießer und Pfandgläubiger mit Namen und Adresse anzuführen.

Die Gesellschafter sind gemäß Art 790 Abs 4 OR jederzeit berechtigt, Einsicht in das Anteilsbuch zu nehmen, da sie einen Anspruch haben zu erfahren, mit wem sie eine Gesellschaft bilden.³¹⁶ Sie können sowohl den eigenen Eintrag als auch Einträge anderer Personen einsehen.³¹⁷ Dies steht in Gegensatz zu den aktienrechtlichen Regelungen. In das bei der AG gemäß Art 686 OR zu führende Anteilsbuch darf nämlich nur in sehr eingeschränktem Maße Einsicht genommen werden. Dieses Thema wird weiter unten genauer erörtert.

³¹⁶ Oertle/du Pasquier in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³ (2008), Art 790 Rz 9.

³¹⁷ Handschin/Truniger, Die neue GmbH² (2006), § 5 Rz 75.

b) Das Recht auf Zusendung des Geschäfts- und des Revisionsberichts

(1) Allgemeines

Art 801 OR enthält einen Verweis, der die für die schweizerische AG geltenden Regelungen über Geschäftsbericht, Reserven sowie Offenlegung der Jahresrechnung und Konzernrechnung (also die Art 662-674 sowie 697h OR³¹⁸) für die schweizerische GmbH anwendbar macht. Die schweizerische GmbH hat daher gemäß Art 662 iVm Art 801 OR jährlich einen Geschäftsbericht zu erstellen, der sich aus Jahresrechnung (bestehend aus der Erfolgsrechnung, der Bilanz und dem Anhang), Jahresbericht und allenfalls einer Konzernrechnung gemäß Art 663e ff OR zusammensetzt. Hauptzweck der Erstellung des Geschäftsberichts ist die Information der Gesellschafter.³¹⁹ Die Verpflichtung zur Offenlegung bedeutender Aktionäre gemäß Art 663c OR³²⁰ sowie die Verpflichtung zur Veröffentlichung der Jahres- und Konzernrechnung gemäß Art 697h Abs 1 OR sind auf die schweizerische GmbH nicht anwendbar, da deren Anteile nicht kapitalmarktfähig sind. Gläubigern, die ein schutzwürdiges Interesse nachweisen können, ist aber auch bei der GmbH Einsicht in die Jahresrechnung, die Konzernrechnung und die Revisionsberichte gemäß Art 697h Abs 2 OR zu gewähren.³²¹

Die Zustellung des Geschäftsberichts und des entsprechenden Revisionsberichts an die GmbH-Gesellschafter ist gesondert in Art 801a OR geregelt. Die Bestimmung unterscheidet zwischen der Zustellung vor der ordentlichen Gesellschafterversammlung (Art 801a Abs 1 OR) und der Zustellung der genehmigten Fassung des Geschäftsberichts nach der ordentlichen Gesellschafterversammlung.

(2) Die Zustellungspflicht im Detail

Art 801a Abs 1 OR zufolge müssen Geschäftsbericht und, soweit die GmbH über eine Revisionsstelle verfügt, Revisionsbericht spätestens zusammen mit der Einladung zur ordentlichen Gesellschafterversammlung zugestellt werden. Zweck dieser Bestimmung ist es, allen Gesellschaftern die sachgerechte Vorbereitung auf die

³¹⁸ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 801 Rz 4.

³¹⁹ Vgl Küng/Camp, GmbH-Recht (2006), § 801 Rz 4.

³²⁰ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 801 Rz 11.

³²¹ Botschaft GmbH, 3201.

Gesellschafterversammlung zu ermöglichen.³²² Die ordentliche Gesellschafterversammlung hat gemäß Art 805 OR alljährlich innerhalb von 6 Monaten nach Schluss des Geschäftsjahres stattzufinden. Die gesetzliche Einberufungsfrist, die durch die Statuten der Gesellschaft allerdings verlängert werden kann, beträgt mindestens 20 Tage. Diese Frist ist daher auch für die Zustellung des Geschäftsberichts maßgeblich.³²³ Verantwortlich für die Erstellung und auch Übersendung der genannten Berichte ist die Geschäftsführung gemäß Art 810 Abs 2 Z 5 iVm Z 6 OR.³²⁴ Eine fehlerhafte Zustellung kann die Anfechtbarkeit oder auch Nichtigkeit der Beschlüsse der Gesellschafterversammlung nach sich ziehen.³²⁵

Art 801a Abs 2 OR zufolge ist die Gesellschaft auf Verlangen der Gesellschafter verpflichtet, diesen eine von der Gesellschafterversammlung bereits genehmigte Fassung des Geschäftsberichts zu übersenden. Mangels spezieller Regelung für die GmbH wird davon ausgegangen, dass dieser Anspruch analog zu Art 696 Abs 3 OR nach Ablauf eines Jahres nach der Gesellschaftsversammlung erlischt.³²⁶

Die Kosten für die Zustellung trägt nach hA in beiden Zustellungsfällen die Gesellschaft selbst. Als Indiz für die Richtigkeit dieser Ansicht kann gedeutet werden, dass die Gesellschaft für die Erstellung und Versendung des Geschäftsberichts verantwortlich ist.³²⁷

³²² Botschaft GmbH, 3201; *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 801a Rz 2.

³²³ *Siffert/Fischer/Petrin*, GmbH-Recht (2008), Art 801a Rz 4; *Sanwald* in *Nussbaum/Sanwald/Scheidegger*, Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht (2007), Art 801a Rz 2.

³²⁴ Ebenso *Siffert/Fischer/Petrin*, GmbH-Recht, Art 801a Rz 3.

³²⁵ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 801a Rz 3; *Sanwald* in *Nussbaum/Sanwald/Scheidegger*, GmbH-Recht, Art 801a Rz 8.

³²⁶ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 801a Rz 4; vgl auch *Böckli*, Aktienrecht³, § 12 Rz 221; *Sanwald* in *Nussbaum/Sanwald/Scheidegger*, GmbH-Recht, Art 801a Rz 12; *Siffert/Fischer/Petrin*, GmbH-Recht, Art 801a Rz 5.

³²⁷ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 801a Rz 5; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht (1996), § 40 Rz 165 Fn 34; *Siffert/Fischer/Petrin*, GmbH-Recht, Art 801a Rz 6; *Sanwald* in *Nussbaum/Sanwald/Scheidegger*, GmbH-Recht, Art 801a Rz 7.

c) Das Recht auf Auskunft und Einsicht

(1) Auskunftsrecht nach Art 802 Abs 1 OR

Gemäß Art 802 Abs 1 OR kann jeder GmbH-Gesellschafter von den Geschäftsführern Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen. Dieses Individualrecht stellt ein bedeutsames, unentziehbares Instrument zur Erlangung von Informationen für die Willensbildung der Gesellschafter dar.³²⁸

Die Befugnis der GmbH-Gesellschafter zur Auskunftsverlangung ist jener der Verwaltungsräte der schweizerischen AG vergleichbar, sind doch die Formulierungen von Art 802 Abs 1 OR und Art 715 Abs 1 OR im Bezug auf den Gegenstand der Auskunft ident. Über das Auskunftsrecht der Aktionäre einer schweizerischen AG geht das Auskunftsrecht der GmbH-Gesellschafter somit schon insofern hinaus, da es jederzeit, und nicht nur im Rahmen einer Gesellschafterversammlung ausgeübt werden kann.³²⁹ Hinzu kommt, dass die Auskunft im Gegensatz zum Aktienrecht immer erteilt werden muss und nicht nur, wenn, wie in Art 697 OR für die Aktionäre verlangt wird, die Erteilung für die Ausübung der Gesellschafterrechte notwendig ist. Aufgrund der gesetzlichen Treuepflicht und dem Konkurrenzverbot, welchen GmbH-Gesellschafter im Gegensatz zu Aktionären unterliegen, ist diese unterschiedliche Behandlung aber nur konsequent.³³⁰

Eine angemessene Art und Weise der Auskunftserteilung zu definieren ist Sache der Geschäftsführung. Von Fall zu Fall können unterschiedliche Auskunftsarten als angemessen erachtet werden. So kann eine Gesellschafterversammlung einberufen oder schriftlich Auskunft erteilt werden. Es ist aber auch denkbar, dass bei mündlichen Anfragen eine mündliche Informationserteilung ausreichend ist.³³¹ Nicht außer Acht zu lassen ist jedoch das Gebot der Gleichbehandlung gemäß Art 813 OR. Dementsprechend sind Informationen, die für alle Gesellschafter gleichermaßen bedeutend sind, grundsätzlich in allgemeiner Art und Weise allen Gesellschaftern zu

³²⁸ *Küng/Camp*, GmbH-Recht, § 802 Rz 3; *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 802 Rz 4.

³²⁹ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 802 Rz 5.

³³⁰ Vgl. Botschaft GmbH, 3202; *Siffert/Fischer/Petrin*, GmbH-Recht, Art 802 Rz 2; vgl. auch *Forstmoser/Peyer/Schott*, Das neue Recht der GmbH (2006), Rz 71.

³³¹ Botschaft GmbH, 3202; *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 802 Rz 6; *Küng/Camp*, GmbH-Recht, § 802 Rz 2; *Sanwald* in *Nussbaum/Sanwald/Scheidegger*, GmbH-Recht, Art 802 Rz 3.

erteilen.³³² Von diesem Grundsatz kann nur bei Vorliegen eines Auskunftsverweigerungsgrundes nach Art 802 Abs 3 OR abgegangen werden. Die Möglichkeit zur Auskunftsverweigerung wird weiter unten gesondert behandelt.

Der Gesellschafter kann Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen.³³³ Die Geschäftsführung verfügt bei der Entscheidung über die Gewährung der Auskunft zwar über einen gewissen Ermessensspielraum, darf die Auskunft aber nur in erforderlichem Umfang verweigern.³³⁴

(2) Einsichtsrecht nach Art 802 Abs 2 OR

Durch das in Art 802 Abs 2 OR geregelte Einsichtsrecht wird es den GmbH-Gesellschaftern ermöglicht, die Bücher und Akten der Gesellschaft einsehen zu können. Bezüglich der Voraussetzungen für die Berechtigung wird zwischen Gesellschaften, bei denen eine Revisionsstelle³³⁵ eingerichtet ist, und solchen, die keine Revisionsstelle haben unterschieden.

Besteht keine Revisionsstelle (was nur in engem Rahmen möglich ist³³⁶) wird den Gesellschaftern ein jederzeitiges, uneingeschränktes Einsichtsrecht gewährt. Auf diese Weise wird mE dem Schutzbedürfnis der Gesellschafter, dem sonst durch die Einrichtung einer Revisionsstelle genüge getan wäre, entsprochen.

Sollte bei der Gesellschaft eine Revisionsstelle eingerichtet sein, wird das Einsichtsrecht der Gesellschafter dadurch insofern beschränkt, als sie ein berechtigtes Interesse an der Einsichtnahme glaubhaft machen müssen. Ein solches ist jedenfalls immer dann gegeben, wenn die Einsichtnahme als Voraussetzung für die sinnvolle Ausübung von Gesellschafterrechten durch einen vernünftigen Durchschnittsgesellschafter gelten muss.³³⁷ Die Anforderungen an das Interesse des Gesellschafter sind aber gegenüber

³³² Botschaft GmbH, 3202; *Küng/Camp*, GmbH-Recht, § 802 Rz 2; vgl auch *Siffert/Fischer/Petrin*, GmbH-Recht, Art 802 Rz 5.

³³³ *Forstmoser/Peyer/Schott*, GmbH-Recht, Rz 71 Fn 102; *Siffert/Fischer/Petrin*, GmbH-Recht, Art 802 Rz 4.

³³⁴ *Handschin/Truniger*, GmbH², § 14 Rz 140.

³³⁵ Dies ist eine bei der Gesellschaft eingerichtete Prüfungsstelle, deren Hauptaufgabe die Prüfung der Jahres- bzw. Konzernrechnung ist. Sie ist vornehmlich als Instrument zum Schutz der Gläubiger und Aktionäre, aber auch der kapitalmarktinteressierten Öffentlichkeit konzipiert (vgl *Watter/Maizar* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, vor Art 727/727a Rz 15 - 17). Die Vorschriften für die Revision und die Revisionsstelle sind in Art 727 ff OR für die AG und aufgrund des Verweises in Art 818 OR gleichermaßen für die GmbH enthalten.

³³⁶ *Handschin/Truniger*, GmbH², § 14 Rz 131.

³³⁷ *Sanwald* in *Nussbaum/Sanwald/Scheidegger*, GmbH-Recht, Art 802 Rz 10.

dem Interesse, das der Aktionär bei vergleichbarem Informationsverlangen nachweisen muss, als geringer zu bewerten.³³⁸

Vom Einsichtsrecht umfasst sind laut Gesetz die „Bücher und Akten“ der Gesellschaft. Diese Begriffe sind extensiv auszulegen.³³⁹ Auf jeden Fall davon umfasst sind die in Art 957 OR genannten Unterlagen (also Geschäftsbücher, Buchungsbelege, Geschäftskorrespondenz, Betriebsrechnung, Bilanz). Auch Verträge, Entwürfe, Notizen und Protokolle der Sitzungen der Geschäftsführer sowie der Gesellschafterversammlungen können Gegenstand der Einsicht sein.³⁴⁰ Ebenso steht es den Gesellschaftern im Rahmen des Einsichtsrechts zu, Geschäftslokale zu betreten und die Angestellten zu überwachen.³⁴¹ Sollte die Gesellschaft in einem Konzernverhältnis stehen so besteht das Einsichtsrecht grundsätzlich nur bezüglich der Unterlagen der Gesellschaft, an welcher der Gesellschafter direkt beteiligt ist. Unterlagen von Tochtergesellschaften, die bei der Muttergesellschaft liegen, können von deren Gesellschaftern dennoch eingesehen werden.³⁴²

Die Gesellschafter müssen das Einsichtsrecht persönlich oder durch ihren gesetzlichen Vertreter wahrnehmen. Eine Hinzuziehung von Dritten (meist wohl Sachverständige) ist nur möglich, wenn dies von der Geschäftsführung gestattet oder Voraussetzung für die Wahrnehmung des Einsichtsrechts ist.³⁴³

(3) Verweigerung von Auskunft oder Einsichtnahme

Den Geschäftsführern steht gemäß Art 802 Abs 3 OR die Möglichkeit offen, das Auskunfts- oder Einsichtsgesuch eines Gesellschafters zu verweigern, wenn zu befürchten ist, dass der Gesellschafter die erlangten Informationen zum Schaden der Gesellschaft verwenden könnte. Die Gefahr der Schädigung muss durch ein konkretes

³³⁸ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 802 Rz 9.

³³⁹ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 802 Rz 11; Siffert/Fischer/Petrin, GmbH-Recht, Art 802 Rz 7.

³⁴⁰ Küng/Camp, GmbH-Recht, § 802 Rz 4; Siffert/Fischer/Petrin, GmbH-Recht, Art 802 Rz 7; Sanwald in Nussbaum/Sanwald/Scheidegger, GmbH-Recht, Art 802 Rz 8; Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 802 Rz 11; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 28 Rz 103 Fn 56.

³⁴¹ Handschin/Truniger, GmbH², § 14 Rz 131; Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 802 Rz 7.

³⁴² Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 802 Rz 10; Sanwald in Nussbaum/Sanwald/Scheidegger, GmbH-Recht, Art 802 Rz 12.

³⁴³ Handschin/Truniger, GmbH², § 14 Rz 132.

Vorbringen behauptet werden und die Schädigung wahrscheinlich sein.³⁴⁴ Auskunft und Einsicht dürfen nur im erforderlichen Umfang verweigert werden. Diesbezüglich ist die Bestimmung eng auszulegen.³⁴⁵

Verweigern die Geschäftsführer einem Gesellschafter Auskunft oder Einsicht so ist auf dessen Antrag von den Geschäftsführern eine Gesellschafterversammlung einzuberufen, die gemäß Art 802 Abs 3 OR über das Informationsverlangen zu entscheiden hat. Ergeht ungerechtfertigterweise eine negative Entscheidung (oder wird die Behandlung des Begehrens ungerechtfertigt verweigert) so kann der Gesellschafter gemäß Art 802 Abs 4 OR einen Antrag auf Anordnung der Auskunft oder Einsichtnahme beim am Sitz der Gesellschaft zuständigen Einzelrichter einbringen.³⁴⁶ Das Klagebegehren hat den Auskunfts- oder Einsichtsanspruch klar zu umschreiben.³⁴⁷ Da aber nicht erwartet werden kann, dass der Antragsteller bereits vor Ausübung seines Informationsrechts weiß, was er genau erfahren möchte, ist analog zum Aktienrecht kein strenger Maßstab anzulegen.³⁴⁸ Es genügt vielmehr eine sinngemäße Umschreibung.³⁴⁹ Die gerichtliche Geltendmachung ist nicht befristet. Langes Zuwarten kann aber auf ein unzulängliches Interesse an der Geltendmachung oder auf eine rechtsmissbräuchliche Klagserhebung hinweisen.³⁵⁰

³⁴⁴ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 802 Rz 12; Küng/Camp, GmbH-Recht, § 802 Rz 5.

³⁴⁵ Siffert/Fischer/Petrin, GmbH-Recht, Art 802 Rz 7; Handschin/Truniger, GmbH², § 14 Rz 140.

³⁴⁶ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 802 Rz 113; Sanwald in Nussbaum/Sanwald/Scheidegger, GmbH-Recht, Art 802 Rz 17; Siffert/Fischer/Petrin, GmbH-Recht, Art 802 Rz 11f.

³⁴⁷ Siffert/Fischer/Petrin, GmbH-Recht, Art 802 Rz 11.

³⁴⁸ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 802 Rz 13.

³⁴⁹ Böckli, Schweizer Aktienrecht³ (2004), § 12 Rz 164.

³⁵⁰ Sanwald in Nussbaum/Sanwald/Scheidegger, GmbH-Recht, Art 802 Rz 18; Küng/Camp, GmbH-Recht, § 802 Rz 6; Siffert/Fischer/Petrin, GmbH-Recht, Art 802 Rz 13.

2. Mit Fusion, Spaltung, Umwandlung und Liquidation in Zusammenhang stehende Informationsrechte

Das FusG regelt in der Schweiz gemäß Art 1 Abs 1 FusG die Anpassung der rechtlichen Strukturen aller Kapitalgesellschaften im Zusammenhang mit Fusion, Spaltung und Umwandlung einheitlich. Es wird daher auf die weiter unten im Abschnitt über die schweizerische Aktiengesellschaft dargelegten Ausführungen verwiesen, die auch auf die GmbH anwendbar sind.

Für die Liquidation der schweizerischen GmbH sind gemäß Art 821a Abs 1 OR die Vorschriften des schweizerischen Aktienrechts anwendbar. Auch hier wird daher auf die weiter unten auffindbaren Ausführungen zur schweizerischen Aktiengesellschaft verwiesen.

III. Aktiengesellschaft

A. Österreich

1. Mit der Hauptversammlung in Zusammenhang stehende Informationsrechte

a) Die Einberufung

(1) Modus

Die Hauptversammlung wird gemäß § 105 Abs 1 AktG durch den Vorstand einberufen. Um zu gewährleisten, dass möglichst alle Aktionäre von der Einberufung informiert werden, ist der Vorstand hiebei an Formvorschriften gebunden.

Die Einberufung ist gemäß § 18 AktG in der „Wiener Zeitung“ einzurücken. Dies hat gemäß § 107 Abs 1 AktG mindestens 28 Tage vor der ordentlichen bzw. 21 Tage vor jeder anderen Hauptversammlung zu erfolgen. Alternativ steht es der Gesellschaft auch frei, die Aktionäre mit eingeschriebenem Brief an die von ihnen bekanntgegebenen Adressen zu informieren, sofern die Aktionäre der Gesellschaft namentlich bekannt sind. Eine Information auf elektronischem Weg (also bspw mittels E-Mail) ist möglich, wenn der Aktionär in eine Einberufung auf diesem Weg eingewilligt hat.

Börsennotierte Gesellschaften haben zudem gemäß § 107 Abs 3 AktG die Einberufung in einer Form bekannt zu machen, die in nicht diskriminierender Weise einen schnellen Zugang zu ihr gewährleistet. Dafür müssen sie ein Medium wählen, bei dem davon ausgegangen werden kann, dass es die Informationen in der gesamten Europäischen Union verbreitet. Als solche Medien werden von der österreichischen Finanzmarktaufsicht³⁵¹ die Dienste Reuters, Bloomberg und Dow Jones Newswire genannt. Sollte eine börsennotierte Gesellschaft die Einberufung bereits mittels eingeschriebenem Brief oder per E-Mail, wie oben bereits dargelegt, vorgenommen haben, so ist die Veröffentlichung in einem Medium mit Reichweite in die gesamte Europäische Union nicht verpflichtend.

³⁵¹ Veröffentlichungs- und Meldeverordnung BGBl II 2005/109 idF BGBl II 2008/113.

(2) Inhalt

Die Einberufung ist das zentrale Element um den Aktionär über seine mit der Hauptversammlung in Zusammenhang stehenden Rechte und die Voraussetzung ihrer Ausübung zu informieren.³⁵² § 106 AktG regelt daher den Mindestinhalt der Einberufung.

Die Einberufung hat die Firma der Gesellschaft sowie Zeit und Ort der Hauptversammlung anzugeben. Weiters müssen Informationen über etwaige Satellitenversammlungen oder die Übertragung der Hauptversammlung enthalten sein. Ebenso zu inkludieren sind Hinweise an die Aktionäre bezüglich ihrer Rechte gemäß §§ 108, 109, 110 und 118 AktG sowie eine Aufklärung über die Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Teilnahme.

Insbesondere wichtig ist das Beifügen eines Vorschlags der Tagesordnung. Dies ist eine kurz gefasste Zusammenstellung der Versammlungs- und Beschlussgegenstände in der Reihenfolge, in der sie in der Hauptversammlung behandelt werden.³⁵³ Für die Aktionäre ist die Tagesordnung insofern wichtig, als sie dadurch bei der Hauptversammlung selbst von Beschlussgegenständen nicht mehr überrascht werden können. Auch wird ihnen so die Möglichkeit gegeben, sich über die jeweiligen Tagesordnungspunkte gezielt zu informieren.

³⁵² Rauter, Aktionärsrechte-Richtlinie: Änderungen im Recht der Hauptversammlung, JAP 2007/2008/6.

³⁵³ Kalss/Linder, Minderheits- und Einzelrechte von Aktionären (2006), 12.

b) Die Erstattung von Wahl- und Beschlussvorschlägen

(1) Allgemeines

§ 108 Abs 1 S 1 AktG, der durch das AktRÄG 2009³⁵⁴ neu eingeführt wurde, sieht vor, dass zu Tagesordnungspunkten, die Gegenstand einer Beschlussfassung durch die Aktionäre sein werden oder die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds oder eines Abschluss- bzw. Sonderprüfers vorsehen, Beschluss- bzw. Wahlvorschläge erstellt werden müssen. Diese Regelung wurde § 124 Abs 3 dAktG nachempfunden und dient vor allem einer ersten inhaltlichen Konkretisierung der Tagesordnungspunkte. Sie hilft den Aktionären, sich auf die Beschlüsse, die in der Hauptversammlung auf sie zukommen werden, einstellen zu können sowie genauer zu verstehen, was in Bezug auf die einzelnen Tagesordnungspunkte beabsichtigt ist.³⁵⁵ Die Beschluss- wie auch die Wahlvorschläge sind gemäß § 108 Abs 3 Z 1 AktG ab dem 21. Tag vor der Hauptversammlung am Sitz der Gesellschaft zur Einsicht der Aktionäre aufzulegen. Gemäß § 108 Abs 2 S 2 AktG müssen den Wahlvorschlägen zudem die Erklärungen der zur Wahl vorgeschlagenen Personen gemäß § 87 Abs 2 AktG angeschlossen werden.

(2) Zur Erstellung verpflichteter Personenkreis

Gemäß § 108 Abs 1 S 1 AktG sind grundsätzlich sowohl Vorstand als auch Aufsichtsrat zur Erstellung der Beschlussvorschläge verpflichtet. Von dieser Regel existieren folgende Ausnahmen:

(a) Wahlvorschläge

Sollten Wahlen in den Aufsichtsrat oder zur Bestellung von Abschluss- und Sonderprüfern auf der Tagesordnung stehen ist gemäß § 108 Abs 1 S 1 AktG nur der Aufsichtsrat verpflichtet Wahlvorschläge zu machen. Hintergrund dieser Regelung ist, dass der Vorstand auf die Wahl von Personen, die seine Arbeit zu überwachen bzw zu prüfen haben, keinerlei Einfluss haben soll.³⁵⁶

³⁵⁴ BGBl I 2009/71.

³⁵⁵ ErläutRV 208 BlgNR 24. GP 26; Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 108 Rz 2; *Werner* in *Großkommentar AktG V*⁴ (2008), § 124 Rz 66.

³⁵⁶ *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 108 Rz 6.

(b) Durch Aktionärsinitiativen bedingte Ausnahmen

Wurde die Hauptversammlung auf Betreiben einer Minderheit der Aktionäre gemäß § 105 Abs 3 und Abs 4 AktG einberufen oder ein Gegenstand auf Initiative von Aktionären gemäß § 109 AktG auf die Tagesordnung gesetzt, so entfällt gemäß § 108 Abs 1 S 2 AktG die Verpflichtung von Vorstand und Aufsichtsrat, einen Beschlussgegenstand zu erstellen. Dies liegt wohl daran, dass Vorstand und Aufsichtsrat nicht gezwungen werden sollen, zu einem Anliegen, das sie nicht mittragen, einen Beschlussvorschlag zu erstatten.³⁵⁷ Dennoch bleibt es ihnen unbenommen, einen Beschlussvorschlag zu erstatten, der ihre eigene Meinung widerspiegelt.³⁵⁸ Dass dieser in der Praxis wohl häufig den Interessen der Aktionärsminderheit, die die Einberufung der Hauptversammlung erwirkt bzw. den Beschlussgegenstand auf die Tagesordnung gebracht hat, zuwiderläuft ist unkritisch, da die Verwaltungsorgane nicht zur Loyalität mit der Minderheit verpflichtet sind und es durchaus zum Wohle der Gesellschaft ihre Pflicht sein kann, sich gegen das Minderheitsverlangen auszusprechen.³⁵⁹

Aktionäre, die zumindest ein Prozent des Grundkapitals repräsentieren, können gemäß § 110 AktG bis zum siebenten Werktag vor der Hauptversammlung eigene Beschluss- bzw. Wahlvorschläge übermitteln und verlangen, dass diese Vorschläge mitsamt anzuschließender Begründung bzw. der weiter unten noch näher behandelten Erklärung gemäß § 87 Abs 2 AktG auf der Website der Gesellschaft zugänglich gemacht werden. Vorstand und Aufsichtsrat haben die Möglichkeit, zu diesen Beschlussvorschlägen Stellungnahmen abzugeben, sind dazu aber nicht verpflichtet. Die Gesellschaft muss für die Übermittlung von Beschlussvorschlägen von Aktionären zumindest einen elektronischen Kommunikationsweg einrichten. Dieser darf nur mit Formalanforderungen versehen werden, die der Identifikation der Aktionäre dienen. Der Beschlussvorschlag muss spätestens am zweiten Werktag nach Zugang von der Gesellschaft zugänglich gemacht werden. Das Zugänglichmachen darf nach § 110 Abs 4 AktG nur dann unterbleiben, wenn der Vorschlag keine Begründung oder Erklärung gemäß § 87 Abs 2 AktG enthält, er zu einem gesetz- oder satzungswidrigen

³⁵⁷ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 108 Rz 7.

³⁵⁸ Semler in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts* IV³ (2007), § 35 Rz 54; Werner in *Großkomm. AktG* V⁴, § 124 Rz 70.

³⁵⁹ Werner in *Großkomm. AktG* V⁴, § 124 Rz 70; Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 108 Rz 7.

Beschluss der Hauptversammlung führen würde, ein auf denselben Sachverhalt gestützter gleichsinniger Vorschlag eines Aktionärs bereits zugänglich gemacht wurde, er den objektiven Tatbestand übler Nachrede (§ 111 StGB) oder der Beleidigung (§ 115 StGB) erfüllt oder sich der Vorstand durch das Zugänglichmachen strafbar machen würde. Gleiches gilt, wenn die Aktionäre, die den Beschlussvorschlag eingebracht haben³⁶⁰, zu erkennen geben, dass sie an der Hauptversammlung nicht teilnehmen und sich auch nicht vertreten lassen werden.

(3) *Form und Inhalt der Beschlussvorschläge*

(a) *Allgemeine Beschlussvorschläge*

Die Beschlussvorschläge sind aufgrund der Gesetzesformulierung sowohl vom Vorstand als auch vom Aufsichtsrat zu erstatten. Dennoch ist gegen zwar separat erstattete, aber inhaltsgleiche Vorschläge nichts einzuwenden. Selbst eine Bezeichnung als „gemeinsamer Vorschlag von Vorstand und AR“ ist zulässig.³⁶¹

Der Beschlussvorschlag ist so zu formulieren, dass er sich in der Hauptversammlung als Antrag sowie als Beschlusstext eignet.³⁶² Er hat daher alle für einen gültigen Beschluss vorgeschriebenen Angaben zu enthalten (bspw die Erfordernisse für einen Beschluss über eine Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen gemäß § 150 Abs 1 AktG).³⁶³

Auch Alternativ- und Eventualvorschläge sind zulässig. Solche werden in der Praxis regelmäßig dann in Betracht kommen, wenn Aufsichtsrat und Vorstand in einer Sache nicht einer Meinung sind oder auf einen von Aktionären auf die Tagesordnung gebrachten Beschlussvorschlag reagieren wollen.³⁶⁴

(b) *Wahlvorschläge*

In den vom Aufsichtsrat zu erstellenden Wahlvorschlägen für zu wählende Mitglieder des Aufsichtsrats bzw. zu wählende Abschluss- oder Sonderprüfer ist gemäß

³⁶⁰ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 110 Rz 19.

³⁶¹ ErläutRV 208 BlgNR 24. GP 26; Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 108 Rz 3; zur vergleichbaren deutschen Rechtslage Werner in *Großkomm. AktG V*⁴, § 124 Rz 71; Semler in Münchn. Hdb. GesR IV³, § 35 Rz 53; Hüffer, AktG⁵ (2002), § 124 Rz 12.

³⁶² ErläutRV 208 BlgNR 24. GP 26; Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 108 Rz 4; Semler in Münchn. Hdb. GesR IV³, § 35 Rz 53.

³⁶³ ErläutRV 208 BlgNR 24. GP 26.

³⁶⁴ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 108 Rz 4; Semler in Münchn. Hdb. GesR IV³, § 35 Rz 53.

§ 108 Abs 2 S 1 AktG anzugeben, aus wie vielen Mitgliedern sich der Aufsichtsrat bisher zusammengesetzt hat. Hiemit sind, wie auch im übrigen AktG, nur die Kapitalvertreter gemeint.³⁶⁵ Weiters ist anzuführen wie viele Mitglieder nunmehr zu wählen wären, um diese Zahl zu erreichen. Diese Bestimmung gilt nicht nur für Wahlvorschläge des Aufsichtsrats, sondern auch für sonstige Wahlvorschläge von Aktionären und ist in Zusammenhang mit § 87 Abs 1 S 2 AktG zu sehen, der eine eigene Beschlussfassung für die satzungsmäßige Änderung der Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder vorsieht. Während § 87 Abs 1 S 2 AktG sicherstellen soll, dass bereits vor dem ersten Wahlgang feststeht, wie viele Stellen tatsächlich besetzt werden, hat § 108 Abs 2 S 1 AktG die umfassende Information der Aktionäre zum Ziel.³⁶⁶

Dem Wahlvorschlag ist gemäß § 108 Abs 2 S 2 AktG die gemäß § 87 Abs 2 AktG abzugebende Erklärung der zur Wahl vorgeschlagenen Personen anzuschließen. In dieser Erklärung haben besagte Personen der Hauptversammlung ihre fachliche Qualifikation, berufliche oder vergleichbare Funktionen sowie alle Umstände darzulegen, die die Besorgnis einer Befangenheit begründen könnten.

(4) Unterlassung der Erstattung eines Beschlussvorschlags

In den Gesetzesmaterialien kommt zum Ausdruck, dass ein in der Hauptversammlung gefasster Beschluss anfechtbar ist, wenn für ihn kein Beschlussvorschlag gemacht wurde. Dies kann nach richtiger Ansicht nur dann zutreffen, wenn Vorstand und Aufsichtsrat zu einem bestimmten Tagesordnungspunkt zunächst keinen Beschlussvorschlag erstattet haben, sodann aber in der Hauptversammlung dennoch gemäß § 119 Abs 1 AktG einen Antrag auf Fassung eines Beschlusses stellen.³⁶⁷ Sollte der Beschlussantrag hingegen von einem Aktionär stammen, so kann das Fehlen eines Beschlussvorschlags iSd § 108 Abs 1 S 1 AktG keine Anfechtbarkeit des ansonsten fehlerfrei zustande gekommenen Beschlusses bewirken. Aufsichtsrat und Vorstand sind an ihre Beschlussvorschläge in der Hauptversammlung gebunden. Inhaltlich abweichende Anträge dürfen von ihnen nach richtiger Ansicht nur dann gestellt werden,

³⁶⁵ Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 108 Rz 8.

³⁶⁶ Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 108 Rz 8.

³⁶⁷ Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 108 Rz 5.

wenn mittlerweile neue Tatsachen hervorgekommen oder ihnen bekannt geworden sind.³⁶⁸

³⁶⁸ ErläutRV 208 BlgNR 24. GP 26; *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 119 Rz 1; ebenso *Hüffer*, AktG⁵, § 124 Rz 12; weiter *Semler* in Münchn. Hdb. GesR IV³, § 35 Rz 53, der die Änderung von Beschlussvorschlägen in der Hauptversammlung an keine besonderen Voraussetzungen bindet.

c) Die Bereitstellung von Unterlagen im Vorfeld der Hauptversammlung

(1) Allgemeines

§ 108 Abs 3 – 5 AktG verpflichten die Gesellschaft, den Aktionären im Vorfeld der Hauptversammlung Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Ziel dieser Vorschrift ist es, den Aktionären die Gelegenheit zu bieten, sich über die Lage des Unternehmens informieren und ihr Abstimmungsverhalten in der Hauptversammlung vorbereiten zu können. Durch das AktRÄG 2009³⁶⁹ wurde der Kreis der von der Gesellschaft bereitzustellenden Unterlagen im Vergleich zu der früher geltenden Fassung des AktG beträchtlich ausgedehnt.³⁷⁰ Im Folgenden werden die Einzelheiten dieser Vorschrift genauer besprochen.

(2) Aufzulegende Unterlagen

Neben den bereits oben angeführten Beschluss- und Wahlvorschlägen samt zugehörigen Erklärungen gemäß § 87 Abs 2 AktG sind gemäß § 108 Abs 3 Z 1 AktG auch alle weiteren, für die Aktionäre bestimmten Erläuterungen und Begründungen zu einem Punkt der Tagesordnung am Sitz der Gesellschaft aufzulegen. In den Gesetzesmaterialien werden als Beispiel hierfür die Ausführungen zu einer Anzeige des Vorstands wegen Verlusts des halben Grundkapitals gemäß § 83 AktG genannt.³⁷¹

§ 108 Abs 3 Z 2 AktG bestimmt für den Fall der ordentlichen Hauptversammlung, dass der Jahresabschluss mitsamt dem Lagebericht und gegebenenfalls dem Corporate Governance-Bericht, der Konzernabschluss mit dem Konzernlagebericht und der Gewinnverwendungsvorschlag mit dem zugehörigen Bericht des Aufsichtsrats gemäß § 96 AktG bereitgestellt werden müssen. Hinzu kommen gemäß § 108 Abs 3 Z 3 AktG die Entwürfe von Verträgen bzw. deren wesentlicher Inhalt, wenn die Hauptversammlung über die Zustimmung zu selbigem Vertrag beschließen soll. Dies wird hauptsächlich dann der Fall sein, wenn Vorstand oder Aufsichtsrat gemäß § 103 Abs 2 AktG eine Entscheidung der Hauptversammlung verlangen. Die Formulierung von § 108 Abs 3 Z 3 AktG weist darauf hin, dass der Gesetzgeber nicht verlangen wollte, dass die zum Beschluss kommenden Verträge bereits in allen Details

³⁶⁹ BGBl I 2009/71.

³⁷⁰ Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 108 Rz 10.

³⁷¹ Vgl ErläutRV 208 BlgNR 24. GP 26; Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 108 Rz 12.

festgelegt sind. Dennoch müssen ihre wesentlichen Punkte wohl feststehen.³⁷² Dies ist insofern bedeutend, als gerade Unternehmenskaufverträge in der Praxis abgeschlossen werden bevor der Käufer die Due-Diligence-Prüfung vornimmt. Da in deren Folge Verträge häufig angepasst werden, wäre es mE nicht praktikabel, für jede, den Vertrag nicht wesentlich beeinflussende Änderung erneut eine Hauptversammlung einberufen zu müssen.

§ 108 Abs 3 Z 4 AktG erfasst als Generalklausel zusätzlich alle sonstigen Berichte und Unterlagen, die der Hauptversammlung vorzulegen sind. Ein Beispiel hierfür wäre der Bericht über den Ausschluss des Bezugsrechts gemäß § 153 Abs 4 AktG.³⁷³

Der gemäß § 273 UGB erstellte Prüfungsbericht des Abschlussprüfers ist nicht aufzulegen.³⁷⁴

(3) Arten der Bereitstellung

(a) Auflegung am Sitz der Gesellschaft

Alle Aktiengesellschaften sind verpflichtet die oben angeführten Unterlagen am Sitz der Gesellschaft aufzulegen. Die Frist für die Auflegung wurde durch das AktRÄG 2009³⁷⁵ verlängert und erstreckt sich nunmehr zumindest über den Zeitraum von 21 Tagen vor dem Termin der Hauptversammlung. Sollte die Einberufung einer außerordentlichen Hauptversammlung am letzten zulässigen Tag bekanntgemacht werden, so sind die Unterlagen bereits am selben Tag aufzulegen.³⁷⁶ Eine satzungsmäßig längere Einberufungsfrist zieht mE nicht automatisch eine Verlängerung der Auflagefrist nach sich.³⁷⁷ Für Sonderfälle gesetzlich vorgesehene, längere Auflagefristen gehen als *leges speciales* vor und bleiben daher von der gewöhnlichen Auflagefrist von 21 Tagen unberührt.³⁷⁸

³⁷² Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 108 Rz 14.

³⁷³ Vgl ErläutRV 208 BlgNR 24. GP 26.

³⁷⁴ Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 125 Rz 33.

³⁷⁵ BGBl I 2009/71.

³⁷⁶ Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 108 Rz 11.

³⁷⁷ Vgl Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 125 Rz 33.

³⁷⁸ Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 108 Rz 11.

(b) Bereitstellung von Unterlagen auf der Gesellschaftswebsite

§ 108 Abs 4 AktG wurde in Umsetzung von Art 5 Abs 4 der Aktionärsrechte-Richtlinie³⁷⁹ durch das AktRÄG 2009³⁸⁰ eingeführt. Er gilt nur für börsennotierte Unternehmen und verpflichtet diese, diverse Unterlagen und Formulare ab dem 21. Tag vor und mindestens bis zum Ablauf von einem Monat nach der Hauptversammlung, also bis zum Ende der Anfechtungsfrist nach § 197 Abs 2 AktG, auf der Website der Gesellschaft zugänglich zu machen. Diese Pflicht impliziert gleichzeitig die Verpflichtung der Gesellschaft, eine eigene Website zu betreiben.³⁸¹

§ 13 Abs 5 AktG enthält eine Definition für die Zugänglichkeit von Informationen auf einer Website. Diese müssen sowohl gelesen als auch als Dokument gespeichert und ausgedruckt werden können. Den Gesetzesmaterialien kann entnommen werden, dass die Gesellschaften aufgrund dieser Bestimmung verpflichtet sind, die Dokumente in einem gebräuchlichen Format verfügbar zu machen.³⁸² In der Praxis kommen dafür wohl zumeist PDF-Dateien in Betracht, eine bloße Hypertext-Darstellung (HTML), die zum Abspeichern in ein anderes Dokument (bspw ein Word-Dokument) kopiert werden müsste, reicht nicht aus.³⁸³

Die Unterlagen müssen § 108 Abs 4 S 2 AktG zufolge durchgehend zugänglich sein. Dies bedeutet jedoch nicht, dass jede kurzzeitige Störung, die eine Nichterreichbarkeit der Gesellschaftswebsite nach sich zieht, eine anfechtbarkeitsrelevante Gesetzesverletzung darstellt. Ein solches Gesetzesverständnis würde im Gegensatz zu § 102 Abs 5 S 2 AktG stehen, der bei einer Störung der Kommunikation von elektronischen Teilnahmen iSd § 102 Abs 3 AktG (mit Ausnahme von Satellitenversammlungen) oder Übertragungen iSd § 102 Abs 3 AktG einen Anspruch gegen die Gesellschaft nur dann einräumt, wenn diese ein Verschulden trifft. Überträgt man diese Wertung auf § 108 Abs 4 AktG, so kann der Gesellschaft nur dann eine Pflichtverletzung vorgeworfen werden, wenn die auf der Website verfügbar zu

³⁷⁹ RL 2007/36/EG.

³⁸⁰ BGBl I 2009/71.

³⁸¹ ErläutRV 208 BlgNR 24. GP 27; Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 108 Rz 16.

³⁸² ErläutRV 208 BlgNR 24. GP 10; Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 108 Rz 16.

³⁸³ Potyka, Das Aktienrechts-Änderungsgesetz 2009, ÖJZ 2009, 701 (703); Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 108 Rz 17.

machenden Unterlagen durch einen von ihr verschuldeten Umstand für einen längeren Zeitraum nicht zugänglich sind.³⁸⁴

Folgende Unterlagen sind auf der Website zugänglich zu machen:

- gemäß § 108 Abs 4 Z 1 AktG die Einberufung zur Hauptversammlung nach § 106 AktG;
- gemäß § 108 Abs 4 Z 2 AktG die Unterlagen, die gemäß § 108 Abs 3 AktG am Sitz der Gesellschaft aufzulegen sind;
- gemäß § 108 Abs 4 Z 3 AktG die Formulare für die Erteilung und den Widerruf einer Vollmacht nach § 114 AktG sowie gegebenenfalls für die Fernabstimmung nach § 126 AktG und die Abstimmung per Brief nach § 127 AktG.

Aus § 108 Abs 4 Z 3 AktG kann abgeleitet werden, dass die Gesellschaft zur Erstellung der in dieser Bestimmung genannten Formulare verpflichtet ist.³⁸⁵ Dies trifft jedoch zwingend nur für die Formulare für die Erteilung und den Widerruf einer Vollmacht zu, da Bevollmächtigung und Vollmachtswiderruf gemäß § 113 Abs 1 AktG bei jeder Hauptversammlung zulässig sind. Das Verfügbarmachen solcher Formulare auf der Gesellschaftswebsite ist für börsennotierte und nicht börsennotierte Gesellschaften gemäß § 114 Abs 3 AktG gleichermaßen Voraussetzung, um in der Einberufung die zwingende Verwendung eines bestimmten Formulars für die Erteilung und den Widerruf der Vollmacht verfügen zu können.

Fern- und Briefabstimmungen müssen von den Gesellschaften angeboten werden. Sollte dies nicht der Fall sein, so wäre die Erstellung eines entsprechenden Formulars überflüssig. Der Wortlaut der Bestimmung weist auf diesen Umstand durch das Wort „gegebenenfalls“ bereits hin.³⁸⁶

Besteht für die Aktionäre aber die Möglichkeit einer Fernabstimmung gemäß § 126 AktG, so ist die Verwendung von Formularen nur eine von mehreren Möglichkeiten. Sollte die Gesellschaft die Verwendung solcher Formulare aber voraussetzen, so hat sie gemäß § 126 Abs 4 AktG sicherzustellen, dass die Aktionäre zu jedem Beschlussvorschlag gemäß § 108 Abs 1 und § 110 Abs 1 AktG abstimmen

³⁸⁴ Zutreffend Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 108 Rz 18.

³⁸⁵ ErläutRV 208 BlgNR 24. GP 27; Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 108 Rz 19.

³⁸⁶ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 108 Rz 19.

können. Gleiches muss wohl für alle anderen Beschlussvorschläge von Aktionären gelten, die bereits vor der Hauptversammlung eingebracht wurden und über die dort abgestimmt wird. Zu denken ist hier insbesondere an den Fall einer Einberufung der Hauptversammlung auf Aktionärsinitiative gemäß § 105 Abs 3 AktG sowie die Beantragung von Tagesordnungspunkten gemäß § 109 Abs 1 AktG. Hier scheint eine analoge Anwendung von § 126 Abs 4 S 1 AktG angebracht.³⁸⁷

Sollte eine Briefabstimmung gemäß § 127 AktG vorgesehen sein, so ist die Erstellung und Zugänglichmachung eines entsprechenden Formulars durch die Gesellschaft zwingend, die Verwendung dieses Formulars für die Aktionäre, die den Weg der Briefwahl nützen wollen, alternativlos.³⁸⁸

Bei beiden Abstimmungsformen stellt sich das Problem, dass die entsprechenden Formulare gemäß § 108 Abs 4 S 1 AktG bereits am 21. Tag vor der Hauptversammlung auf der Website der Gesellschaft zugänglich sein müssen, Beschlussvorschläge gemäß § 110 Abs 1 AktG jedoch bis zum siebten Werktag vor der Hauptversammlung eingebracht werden können. Es muss daher wohl ausreichen, wenn die Formulare auf zu diesem Zeitpunkt aktuellem Stand ab dem 21. Tag vor der Hauptversammlung auf der Internetseite verfügbar sind und die Formulare für den Fall, dass noch spätere Beschlussvorschläge eintreffen, entsprechend der Reaktionsfrist des § 110 Abs 1 S 4 AktG innerhalb von zwei Werktagen adaptiert werden.³⁸⁹

(c) Bereitstellung und Zusendung von Abschriften

§ 108 Abs 5 AktG richtet sich an nicht börsennotierte Gesellschaften und enthält einerseits in § 108 Abs 5 erster Halbsatz AktG Bestimmungen über die kostenlose Erteilung von Unterlagen und führt andererseits in § 108 Abs 5 zweiter Halbsatz AktG das früher in § 109 Abs 1 AktG aF geregelte Recht auf Sondermitteilung fort.³⁹⁰ Weiters gibt er den Gesellschaften in § 108 Abs 5 S 2 AktG die Möglichkeit, sich durch das Verfügbarmachen der Unterlagen auf einer gesellschaftseigenen Website von den Verpflichtungen des § 108 Abs 5 S 1 AktG zu befreien. Aus systematischen Gründen soll hier zunächst die in § 108 Abs 5 zweiter Halbsatz AktG enthaltene Vorschrift behandelt werden.

³⁸⁷ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 126 Rz 11.

³⁸⁸ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 127 Rz 3.

³⁸⁹ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 108 Rz 21.

³⁹⁰ ErläutRV 208 BlgNR 24. GP 27.

(i) Dauerrecht auf Sondermitteilung

§ 108 Abs 5 zweiter Halbsatz AktG normiert das Recht auf Sondermitteilung. Dies ist ein Dauerrecht auf individuelle Benachrichtigung und besteht, solange die Aktionärseigenschaft aufrecht ist.³⁹¹ Es ermöglicht dem Aktionär, dauernd die Zusendung der Einberufung sowie einer Abschrift der in § 108 Abs 3 AktG angeführten Unterlagen zu verlangen.

Der Aktionär hat seine Aktionärseigenschaft entweder durch die Eintragung in das Aktienbuch (bei Namensaktien) oder durch die Hinterlegung einer Aktie bei der Gesellschaft (bei Inhaberaktien) nachzuweisen. Das Abstellen auf die Hinterlegung von Aktien erscheint insbesondere unter Berücksichtigung von § 128 Abs 3 AktG als unangebracht. So wie dort sollte der Nachweis der Aktionärseigenschaft auf sonstige Weise, bspw durch Vorlage einer Depotbestätigung gemäß § 10a AktG ausreichen.³⁹² Im Hinblick auf den Dauercharakter des Rechts auf Sondermitteilung wäre es aber wohl angebracht, dass in der Depotbestätigung zum Ausdruck kommt, dass der Aktionär seine Aktien längerfristig zu halten gedenkt. Dies kann insbesondere durch eine Erklärung der depotführenden Bank erreicht werden, in der sich diese verpflichtet, die Gesellschaft von einer Veräußerung der Aktien unverzüglich zu unterrichten.³⁹³

Die Gesellschaft ist verpflichtet, die verlangten Unterlagen spätestens am 21. Tag vor der Hauptversammlung mittels eingeschriebenen Briefes zu übersenden. Die Absendung am 21. Tag reicht aus, da die Gesellschaft gemäß § 108 Abs 3 AktG erst an diesem Tag zur Erstellung und Auflage der Unterlagen verpflichtet ist.³⁹⁴ Auch der Wortlaut dieser Bestimmung („spätestens am 21. Tag ... übersendet werden“) spricht klar für diese Auslegung.

Alternativ zur Zusendung mittels eingeschriebenen Briefes steht der Gesellschaft auch die Möglichkeit offen, die Unterlagen per E-Mail zu übersenden, wenn der Aktionär der Gesellschaft eine elektronische Postadresse bekanntgegeben hat. Eine besondere Einwilligung in eine solche Zusendung ist, anders als in § 107 Abs 2 S 3 AktG bei der individuellen Zusendung der Einberufung, nicht vorgesehen.

³⁹¹ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 108 Rz 21; vgl zudem *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ (2001), § 108 Rz 1, sowie *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 109 Rz 8.

³⁹² Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 108 Rz 21.

³⁹³ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 128 Rz 13.

³⁹⁴ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 108 Rz 22.

(ii) Erteilung von Unterlagen auf Verlangen im Einzelfall

§ 108 Abs 5 erster Halbsatz AktG verpflichtet die Gesellschaft dazu, Aktionären, auf konkretes Verlangen, unverzüglich und kostenlos Abschriften der in § 108 Abs 3 AktG genannten Unterlagen zu erteilen. Das Verlangen muss im Gegensatz zu § 108 Abs 5 zweiter Halbsatz AktG für den konkreten Einzelfall gegeben sein.

Früher wurde nur im Zusammenhang mit der Verschmelzung in § 221 Abs 4 AktG aF angeordnet, dass Kopien von Unterlagen unentgeltlich sein müssen. Durch das AktRÄG 2009³⁹⁵ wurde dies nun als allgemeine Regel für alle Unterlagen, die im Zusammenhang mit der Hauptversammlung zur Verfügung gestellt werden müssen, übernommen.³⁹⁶

Weiterhin ungeklärt bleibt die Frage ob die Gesellschaft die Unterlagen nur zur Abholung bereitstellen oder auch kostenlos an die Aktionäre übersenden muss.³⁹⁷ In diesem Zusammenhang ist mE die über die Zusendung getroffene Regelung des § 108 Abs 5 zweiter Halbsatz AktG beachtlich. Es ist nämlich nicht ersichtlich, warum nur Aktionären, die ihr Dauerrecht auf Sondermitteilung ausüben, die Unterlagen auf Kosten der Gesellschaft zugesendet werden müssen, während Aktionäre, die die Unterlagen in einem konkreten Einzelfall verlangen, für die Zusendung selbst sollten aufkommen müssen.

(iii) Verfügbarmachen der Unterlagen auf der Gesellschaftswebsite

§ 108 Abs 5 S 2 AktG ermöglicht nicht börsennotierten Aktiengesellschaften, sich von den Verpflichtungen des § 108 Abs 5 S 1 AktG zu befreien, wenn sie die in § 108 Abs 5 S 1 AktG angeführten Unterlagen (Einberufung und in § 108 Abs 3 AktG angeführte Dokumente) auf einer von ihnen freiwillig unterhaltenen Gesellschaftswebsite verfügbar machen. Weitere Dokumente, wie sie börsennotierte Gesellschaften aufgrund von § 108 Abs 4 S 1 Z 3 AktG abrufbar machen müssen, sind von nicht börsennotierten Gesellschaften aufgrund des Wortlauts des § 108 Abs 5 S 2 AktG („diese Unterlagen“ bezieht sich auf § 108 Abs 5 S 1 AktG) nicht zu erstellen.³⁹⁸

³⁹⁵ BGBl I 2009/71.

³⁹⁶ ErläutRV 208 BlgNR 24. GP 27.

³⁹⁷ Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 108 Rz 20.

³⁹⁸ Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 108 Rz 25.

Für die Modalitäten der Verfügbarmachung ist wiederum § 13 Abs 5 AktG beachtlich. Demnach müssen die online abrufbaren Dokumente gelesen, abgespeichert und ausgedruckt werden können. Festzuhalten ist, dass es gemäß § 13 Abs 5 S 2 AktG ausreicht, wenn nicht börsennotierte Gesellschaften die Unterlagen nur für ihre Aktionäre, bspw durch Zugangscodes gesichert, verfügbar machen.

d) Die Einsicht in das Teilnehmerverzeichnis der Hauptversammlung

(1) Allgemeines

§ 117 AktG idF des AktRÄG 2009³⁹⁹ entspricht weitgehend der Bestimmung des § 110 AktG aF. Er enthält Regelungen über das Erstellen und Auflegen eines Teilnehmerverzeichnisses der Hauptversammlung und unterscheidet sich von der alten Regelung insoweit, als nun von „anwesenden“ statt von „erschienenen“ Teilnehmern gesprochen wird und auch Teilnehmer von Satellitenversammlungen erfasst werden.

(2) Aufstellung des Teilnehmerverzeichnisses

§ 117 S 1 AktG bestimmt, dass in der Hauptversammlung ein Teilnehmerverzeichnis der anwesenden oder vertretenen Aktionäre sowie der Vertreter der Aktionäre anzulegen ist. Auch die an einer Satellitenversammlung teilnehmenden Aktionäre bzw. deren Vertreter sind zu erfassen. Teilnehmer an einer Fernabstimmung oder einer Abstimmung per Brief müssen hingegen nur in dem der Beschlussniederschrift anzuschließenden Verzeichnis gemäß § 120 Abs 3 Z 2 AktG aufscheinen, reine Fernteilnehmer, die keine Stimmen abgegeben haben, sind nirgends zu erfassen.⁴⁰⁰ Keine Änderungen bringt die Bestimmung für an der Hauptversammlung teilnehmende Personen, die keine Aktionäre sind (bspw Mitglieder der Verwaltungsorgane, Notar, Vertreter von Aufsichtsbehörden). Diese sind ebenfalls nur in die Niederschrift gemäß § 120 AktG aufzunehmen.⁴⁰¹

Hauptverantwortlich für die Aufstellung des Teilnehmerverzeichnisses ist der Vorstand als das für die Geschäftsführung der Gesellschaft zuständige Organ. Dieser kann selbstverständlich Hilfspersonen zur Unterstützung zuziehen.⁴⁰² Um die Erstellung des Teilnehmerverzeichnisses zu vereinfachen ist es insbesondere bei Publikumsgesellschaften empfehlenswert, ein solches anhand der Anmeldungen zur Hauptversammlung bzw. anhand der vorliegenden Depotbestätigungen gemäß § 10a AktG vorzubereiten. Im Teilnehmerverzeichnis müssen neben dem Namen oder

³⁹⁹ BGBl I 2009/71.

⁴⁰⁰ ErläutRV 208 BlgNR 24. GP 35; Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 117 Rz 1.

⁴⁰¹ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 110 Rz 1; *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 110 Rz 5; *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 117 Rz 1.

⁴⁰² *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 117 Rz 2; *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 110 Rz 9; *Eigner/Winner*, Die elektronische Hauptversammlung, ÖBA 2008, 43 (53); aA *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 110 Rz 1, der keine Hilfspersonen erwähnt.

der Firma der Aktionäre bzw der Vertreter auch Angaben zu deren Wohnort oder Sitz und deren Beteiligungsausmaß enthalten sein. Das Beteiligungsausmaß ist bei Nennbetragsaktien als Betrag, bei Stückaktien als Zahl der von den einzelnen Aktionären vertretenen Aktien unter Angabe der Gattung darzustellen.

Bei Zweifeln über die Aktionärseigenschaft entscheidet der Vorsitzende der Hauptversammlung über die Zulassung zur Hauptversammlung.⁴⁰³

(3) Auflegung und Einsichtnahme

§ 117 S 2 AktG sieht die Auflegung des Teilnehmerverzeichnisses vor der ersten Abstimmung in der Hauptversammlung und einer allfälligen Satellitenversammlung vor. Das Auflegen muss nicht in Papierform erfolgen, vielmehr ist bspw auch das Bereitstellen eines Terminals zulässig, auf dem die Daten abgerufen werden können.⁴⁰⁴

Das Verzeichnis hat zum Zeitpunkt der ersten Abstimmung aktuell zu sein. Es muss daher jedenfalls vorzeitige Abgänge und spätere Zugänge von Aktionären erfassen. Überwiegend wird zudem verlangt, dass das Teilnehmerverzeichnis vor jeder weiteren Abstimmung aktualisiert werden muss.⁴⁰⁵ Dies ist mE zutreffend, da jeder Beschlussniederschrift, die gemäß § 120 AktG zu erstellen ist, nach Abs 3 Z 1 dieser Bestimmung ein Teilnehmerverzeichnis angeschlossen werden muss. Der Sinn dieser Vorschrift kann nur sein, dass nachvollzogen werden kann, welche Aktionäre an der Beschlussfindung mitgewirkt haben. Sollte das Teilnehmerverzeichnis nun nicht vor jeder Beschlussfassung aktualisiert werden, würde dieser Zweck vereitelt. Eine regelmäßige Aktualisierung vor den verschiedenen Abstimmungen ist daher notwendig.

Neben den anwesenden Aktionären und deren Vertretern ist auch allen sonstigen, zur Teilnahme an der Hauptversammlung berechtigten Personen die Einsichtnahme in das Teilnehmerverzeichnis gestattet.⁴⁰⁶ Darüber hinaus ist wohl auch

⁴⁰³ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 117 Rz 3; *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 102 Rz 42; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 3/606; aA *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 110 Rz 1, der diese Kompetenz der Hauptversammlung, welche mit Beschluss entscheiden soll, zuweist.

⁴⁰⁴ ErläutRV 208 BlgNR 24. GP 35; Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 117 Rz 4.

⁴⁰⁵ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 117 Rz 5; *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 110 Rz 8; *Strasser*, AktG⁴, § 110 Rz 3.

⁴⁰⁶ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 117 Rz 6; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 110 Rz 3.

Hauptversammlungsgästen ein Einsichtsrecht zuzugestehen, wenn dies vom Vorsitzenden der Hauptversammlung gestattet wurde.⁴⁰⁷

⁴⁰⁷ *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 110 Rz 11.

e) Das Auskunftsrecht im Zuge der Hauptversammlung

(1) Allgemeines

§ 118 AktG ist die durch das AktRÄG 2009⁴⁰⁸ eingeführte Nachfolgebestimmung des § 112 AktG aF. Sie gesteht den Aktionären zwingend ein Auskunftsrecht im Zuge der Hauptversammlung zu. Dieses hat in erster Linie den Zweck, den Aktionären Informationen zu verschaffen, die ihnen die Ausübung ihrer Mitverwaltungsrechte erleichtern. Im Vordergrund steht diesbezüglich das Stimmrecht. Aber auch andere Entscheidungen, etwa ob ein Minderheitsrecht geltend gemacht wird, sollen dadurch erleichtert oder ermöglicht werden. Das Auskunftsrecht nach § 118 AktG ist daher vor allem ein Informations- und Kontrollrecht. Darüber hinaus kommt ihm aber auch eine Anlegerschutzfunktion zu.⁴⁰⁹ Dies zeigt sich darin, dass das Auskunftsrecht auch Inhabern diverser Partizipations- oder Genussscheine zusteht. So haben bspw Banken und Versicherungsunternehmen bei der Begebung von Partizipationskapital ein Recht auf Auskunft und Teilnahme an der HV (§ 23 Abs 5 BWG, § 73c Abs 8 VAG), ebenso Inhaber der Genussscheine einer Beteiligungsfondsgesellschaft (§ 9 Abs 7 BetFG). Hierbei ist zu beachten, dass sich das Auskunftsrecht auf Angelegenheiten des Partizipationskapitals bzw auf die Angelegenheiten des entsprechenden Beteiligungsfonds beschränkt, da die Partizipanten bzw Genussberechtigten nicht Aktionäre sondern vielmehr Gläubiger sind.⁴¹⁰

(2) Auskunftspflichtige

Die hM zur alten Rechtslage ging davon aus, dass nur der Vorstand, nicht aber der Aufsichtsrat zur Erteilung der Auskunft verpflichtet sei.⁴¹¹ Dies wurde daraus abgeleitet, dass nach alter Rechtslage der Aufsichtsrat lediglich zur Entscheidung über die Berechtigung einer Auskunftsverweigerung des Vorstands eingeschaltet wurde.⁴¹² Nach Wegfall dieser früher in § 112 Abs 3 S 3 AktG aF geregelten Einschaltung im

⁴⁰⁸ BGBl I 2009/71.

⁴⁰⁹ Vgl *S.Schmidt in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 112 Rz 2.

⁴¹⁰ *S.Schmidt in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 112 Rz 24; *Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 118 Rz 4; vgl auch *Jud*, Das Teilnahme- und Auskunftsrecht von Partizipationskapitalgebern iSd § 12 Abs 8 KWG, ÖBA 1988, 212, und *Greiter*, Das Auskunftsrecht des Aktionärs und des Partizipanten gemäß § 112 AktG, ÖJZ 1989, 524 (528).

⁴¹¹ *S.Schmidt in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 112 Rz 25; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 12 Rz 3; *Jud*, ÖBA 1988, 212 (213).

⁴¹² *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 112 Rz 3; *S.Schmidt in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 112 Rz 26.

neuen § 118 AktG ist nun aber wohl eher der bereits zur alten Rechtslage geäußerten Ansicht von *Kastner*⁴¹³ der Vorzug zu geben. Dementsprechend sollte der Aufsichtsrat dann zur Erteilung der Auskunft verhalten sein, wenn diesem Angelegenheiten besser bekannt sind als dem Vorstand. Hier ist vor allem an den Fall zu denken, dass eine Frage die Handlungsweise des Aufsichtsrats betrifft.⁴¹⁴ Für diese Auslegung spricht auch der Wortlaut des § 118 AktG sowie des Art 9 Abs 1 S 2 Aktionärsrecht-RL⁴¹⁵, die beide offen lassen, welche Organe der Gesellschaft zur Auskunftserteilung verpflichtet sind.

Innerhalb der Organe ist primär jenes Organmitglied, das die größte Sachkenntnis hat, zur Fragebeantwortung verpflichtet. Sollte keine Einigkeit über den Inhalt der Antwort bestehen entscheidet darüber ein Organbeschluss.⁴¹⁶ Sollten sowohl Vorstand als auch Aufsichtsrat eine Frage beantworten, die Antworten jedoch nicht übereinstimmen, so ist die Frage nach richtiger Ansicht als von der Gesellschaft insgesamt nicht befriedigend beantwortet zu bewerten.⁴¹⁷

(3) *Umfang des Auskunftsrechts*

(a) *Im Allgemeinen*

Gemäß § 118 Abs 1 AktG ist jedem Aktionär in der Hauptversammlung Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben, soweit sie zur sachgemäßen Beurteilung eines Tagesordnungspunkts erforderlich sind. Die neue Formulierung dieser Bestimmung ist im Gegensatz zu § 112 AktG aF um das objektivierende Kriterium der Erforderlichkeit ergänzt worden, wurde doch früher nur ein Zusammenhang mit einem Verhandlungsgegenstand gefordert. Hintergrund dieser Formulierung ist eine bewusste Einschränkung der Auskunftspflicht nach dem Vorbild von § 131 Abs 1 dAktG.⁴¹⁸ Schlüssigerweise wird nun auch die Beschlussanfechtung wegen mangelhafter Informationserteilung gemäß § 195 Abs 4 S 1 AktG nur bei objektiver Wesentlichkeit der Information ermöglicht.⁴¹⁹

⁴¹³ *Kastner*, Aufsichtsrat und Realität, in FS Strasser (1983), 843 (858); *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß, 289.

⁴¹⁴ *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 118 Rz 9.

⁴¹⁵ RL 2007/36/EG.

⁴¹⁶ *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 118 Rz 10; *Jud*, ÖBA 1988, 212 (213).

⁴¹⁷ *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 118 Rz 10.

⁴¹⁸ ErläutRV 208 BlgNR 24. GP 35

⁴¹⁹ *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 118 Rz 6.

Bei der Bewertung, was zur sachgemäßen Beurteilung eines Tagesordnungspunkts erforderlich ist, ist jedoch nach wie vor kein all zu strenger Maßstab angebracht.⁴²⁰ Vielmehr ist auf einen objektiv denkenden Durchschnittsaktionär, der die Gesellschaftsverhältnisse nur auf Grund allgemein bekannter Tatsachen kennt und deshalb die Auskunft zur Beurteilung der Tagesordnung benötigt, abzustellen. Abhängig vom Tagesordnungspunkt kann das Auskunftsrecht weit oder eng sein. So ist bei Standardpunkten wie der Feststellung des Jahresabschlusses, der Entlastung der Mitglieder der Verwaltungsorgane oder der Verwendung des Bilanzgewinnes aufgrund ihrer thematischen Spannweite von einer sehr weitgehenden Auskunftsverpflichtung auszugehen.⁴²¹ Fragen über das rein persönliche Verhalten von Verwaltungsmitgliedern sind bspw im Zusammenhang mit der Entlastung als zulässig anzusehen, da unangemessenes Verhalten auch nur im Zusammenhang mit unbedeutenden Geschäftsfällen geeignet ist, das Vertrauen der Aktionäre in ein Verwaltungsmitglied zu unterminieren.⁴²² Bei Tagesordnungspunkten wie der bloßen Vorstellung eines Aufsichtsratskandidaten ist hingegen nur eine enge Auskunftsbefugnis gegeben.

Obwohl die Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder gemäß § 239 Abs 1 Z 4 UGB im Anhang des Jahresabschlusses darzulegen sind, ist es den Aktionären weiterhin möglich, Fragen über die Einzelheiten der Zusammensetzung der Bezüge der Vorstandsmitglieder zu stellen.⁴²³

(b) Im Konzern

Während im alten § 112 Abs 1 S 2 AktG aF davon die Rede war, dass sich die Auskunftspflicht auf die Beziehungen zu Konzernunternehmen erstreckt, spricht der neue § 118 Abs 1 S 2 AktG von einer Erstreckung auf die rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen zu einem verbundenen Unternehmen. Des Weiteren wird in § 118 Abs 1 S 3 AktG bestimmt, dass sich die Auskunftspflicht dann auch auf die Lage des Konzerns sowie der in den Konzernabschluss einbezogenen Unternehmen erstreckt, wenn der Konzernabschluss in der Hauptversammlung eines Mutterunternehmens

⁴²⁰ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 118 Rz 7; S.Schmidt in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 112 Rz 21; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 112 Rz 2; *Pucher/Zwick*, Das Auskunftsrecht des Aktionärs nach dem AktRÄG 2009, wbl 2010, 54 (56).

⁴²¹ *Pucher/Zwick*, Das Auskunftsrecht des Aktionärs nach dem AktRÄG 2009, wbl 2010, 54 (55).

⁴²² *Szep*, Aktionärsrechte in der aktienrechtlichen Praxis, *ecolex* 1998, 31 (33).

⁴²³ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 118 Rz 7; *Nowotny*, Auskunft über Vorstandsbezüge in der Hauptversammlung, *RdW* 1988, 78.

(§ 244 UGB) vorgelegt wird. Diese Teile des § 118 Abs 1 AktG wurden nahezu wörtlich aus dem deutschen Aktienrecht (§ 131d dAktG) übernommen.

Die praktischen Auswirkungen des § 118 Abs 1 S 2 AktG sind als eher gering einzustufen. Zum einen sind wie auch immer geartete Beziehungen zu verbundenen Unternehmen ohnehin Gesellschaftsangelegenheiten iSd § 118 Abs 1 S 1 AktG, zum anderen sind auch Beziehungen zu nicht verbundenen Unternehmen von der Auskunftspflicht umfasst, wenn die sachgemäße Beurteilung eines Tagesordnungspunkts dies verlangt.⁴²⁴ Durch Verwendung des Begriffs des „verbundenen Unternehmens“ wird aber festgesetzt, dass die Auskunftspflicht unabhängig von einer konkreten Einbindung in einen Konzernabschluss besteht. Verbundene Unternehmen sind nämlich solche, die nach den Vorschriften über die Vollkonsolidierung in den Konzernabschluss eines Mutterunternehmens gemäß § 244 UGB einzubeziehen wären.⁴²⁵

Durch § 118 Abs 1 S 3 AktG wird wiederum primär klargestellt, dass Auskünfte zur Konzernlage nur in der ordentlichen Hauptversammlung der Muttergesellschaft, in der der Konzernabschluss und der Konzernlagebericht vorgelegt werden, zu erteilen sind. In diesem Fall sind auch Fragen zur Lage von in den Konzernabschluss einbezogenen, und wohl auch einzubeziehenden Unternehmen berechtigt.⁴²⁶

Zur Beantwortung der Frage, inwieweit Angelegenheiten in verbundenen Unternehmen von der Auskunftspflicht erfasst sind, lässt sich aus § 118 AktG nichts gewinnen. Hier ist aber der hL zu folgen, die eine Gleichstellung von Angelegenheiten in verbundenen Unternehmen mit eigenen Gesellschaftsangelegenheiten dann vorsieht, wenn eine Maßgeblichkeitsschwelle überschritten wird, dh wenn besonders wichtige Vorgänge in verbundenen Unternehmen zu Angelegenheiten der Gesellschaft selbst werden.⁴²⁷ Dennoch ist auch bei solchen Angelegenheiten das Erfordernis der Beziehung zu einem Tagesordnungspunkt erneut zu betonen.

⁴²⁴ Pucher/Zwick, wbl 2010, 54 (56).

⁴²⁵ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht, Rz 3/929.

⁴²⁶ Pucher/Zwick, wbl 2010, 54 (56).

⁴²⁷ Hüffer, AktG⁸, § 131 Rz 16; Semler in Münchn. Hdb. GesR IV³, § 37 Rz 6; Decher in Großkomm. AktG V⁴, § 131 Rz 119; Pucher/Zwick, wbl 2010, 54 (56).

(4) *Auskunftsverweigerung*

§ 118 Abs 3 AktG enthält Umstände, bei deren Vorliegen die Auskunft dem Gesetzeswortlaut nach verweigert werden darf. Im Vergleich zu § 112 Abs 3 AktG aF wurde das Verweigerungsrecht aus Gründen der nationalen Sicherheit oder des wirtschaftlichen Wohls einer Gebietskörperschaft abgeschafft. Die noch bestehenden bzw. neu hinzugekommenen Verweigerungsgründe werden im Folgenden dargelegt.

(a) Drohender Nachteil für die Gesellschaft

Nach § 118 Abs 3 Z 1 AktG darf die Auskunft verweigert werden, soweit sie nach vernünftiger unternehmerischer Beurteilung geeignet ist, dem Unternehmen oder einem verbundenen Unternehmen einen erheblichen Nachteil zuzufügen. Als Nachteil ist jede Beeinträchtigung von Gesellschaftsinteressen, also bspw auch ein etwaig entgehender Gewinn, eine Ansehensminderung oder die Erschwerung zukünftiger Geschäftsmöglichkeiten zu sehen.⁴²⁸ Zur Beurteilung des drohenden Nachteils ist objektiv darauf abzustellen, ob ein vernünftiger Unternehmer, der weder zu vorsichtig, noch zu leichtsinnig ist, mit schädlichen Auswirkungen rechnen muss.⁴²⁹ Dennoch ist nach wohl richtiger Ansicht davon auszugehen, dass auch eine Interessensabwägung zwischen dem der Gesellschaft drohenden Nachteil einerseits und den Vorteilen einer Offenlegung andererseits vorgenommen werden muss.⁴³⁰ Es kann nämlich für eine Auskunftsverweigerung nicht ausreichen, dass bspw die Aufdeckung von Pflichtverletzungen eines Organmitglieds durch Aktionärsfragen nachteilige Folgen für das Ansehen der Gesellschaft hat, zumal eine Aufdeckung von Pflichtverletzungen meistens auf einer anderen Ebene vorteilhaft sein wird.

Unterbleiben kann mE eine Interessensabwägung zwischen dem der Gesellschaft drohenden Nachteil und dem Informationsinteresse des Aktionärs, wie es *Grünwald*⁴³¹ verlangt. Sollte nämlich eine Auskunftserteilung für einen einzelnen Aktionär zwar sehr wichtig sein, der Gesellschaft aus dieser aber keinerlei Vorteile sondern nur Nachteile erwachsen, ist mE das Interesse der Gesellschaft über das des einzelnen zu stellen.

⁴²⁸ *Grünwald*, Änderungen im AktG durch das RLG, ecolex 1992, 413 (414); *S.Schmidt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 112 Rz 34.

⁴²⁹ *S.Schmidt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 112 Rz 34.

⁴³⁰ *S.Schmidt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 112 Rz 35.

⁴³¹ *Grünwald*, ecolex 1992, 413 (414f).

(b) Strafbarkeit der Auskunft

Die Auskunft darf verweigert werden, wenn ihre Erteilung strafbar wäre. Diese, in § 118 Abs 3 Z 2 AktG enthaltene Regelung wurde durch das AktRÄG 2009⁴³² nach dem Vorbild des § 131 Abs 3 Z 5 dAktG neu eingeführt.⁴³³

Aus den Gesetzesmaterialien lässt sich nicht ableiten, ob sowohl gerichtliche als auch verwaltungsrechtliche Strafbestände eine Auskunftsverweigerung ermöglichen. Sowohl der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, demzufolge ein Verhalten nicht gleichzeitig geboten und verboten sein kann, als auch der undifferenzierte Wortlaut der Bestimmung deuten auf eine einheitliche Behandlung aller Straftatbestände hin.⁴³⁴

Zu überlegen ist weiters, ob auch die Strafbarkeit nach einer ausländischen Rechtsordnung die Verweigerung der Auskunftserteilung ermöglicht. Diese Frage kann ohne Zurückgreifen auf § 118 Abs 3 Z 2 AktG gelöst werden, zumal die drohende Strafverfolgung eines Verwaltungsorgans der Gesellschaft im Ausland regelmäßig einen „erheblichen Nachteil“ für die Gesellschaft iSd § 118 Abs 3 Z 1 AktG darstellen wird, der ebenso zur Auskunftsverweigerung berechtigt.⁴³⁵

(c) Exkurs: Verschwiegenheitspflicht der Auskunftspflichtigen?

Fraglich ist ob dem Auskunftspflichtigen tatsächlich ein Ermessen bei der Verweigerung zu steht („darf verweigern“) oder ob er in manchen Fällen nicht vielmehr verpflichtet ist, die Auskunft zu verweigern.

Nach richtiger Ansicht besteht eine solche Verweigerungspflicht jedenfalls dann, wenn Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft nachhaltig gefährdet sind (was einen erheblichen Nachteil iSd § 118 Abs 3 Z 1 AktG darstellen würde).⁴³⁶ Dies erhellt insbesondere aus den diesbezüglichen Sorgfaltsbestimmungen für Vorstand (§ 84 Abs 1 S 2 AktG) und Aufsichtsrat (§ 99 AktG).

Darüber hinaus ist zutreffend, dass die Auskunft verweigert werden muss, wenn die Gesellschaft bzw. die für die Auskunft verantwortlichen Verwaltungsorgane aufgrund

⁴³² BGBl I 2009/71.

⁴³³ ErläutRV 208 Blg NR 24. GP 35.

⁴³⁴ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 118 Rz 18.

⁴³⁵ Pucher/Zwick, wbl 2010, 54 (57).

⁴³⁶ S.Schmidt in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 112 Rz 34; Nowotny, „Due Diligence“ und Gesellschaftsrecht, wbl 1998, 145 (146); Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 118 Rz 16.

des Gesetzes oder behördlicher Anordnung zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Das Auskunftsrecht des Aktionärs durchbricht eine solche Verschwiegenheitspflicht nicht.⁴³⁷ Beispiele für gesetzliche Bestimmungen, die eine Verschwiegenheitspflicht nach sich ziehen, sind ua § 38 BWG, dem als *lex specialis* Vorrang gegenüber § 118 AktG zukommt und der den Auskunftspflichtigen verpflichtet, die Beantwortung einer Frage zu verweigern, wenn er dem Bankgeheimnis unterliegende Tatsachen preisgeben müsste, sowie § 7 Abs 2 DSG der die Übermittlung personenbezogener Daten nur unter gewissen Voraussetzungen gestattet.⁴³⁸

(d) Auskunft auf Gesellschaftswebsite

§ 118 Abs 4 AktG ermöglicht es den Aktiengesellschaften, die Auskunft in der Hauptversammlung zu verweigern, soweit sie bereits für mindestens sieben Tage vor Beginn der Hauptversammlung in Form von Frage und Antwort („Frequently Asked Questions“⁴³⁹) auf der Gesellschaftswebsite durchgehend verfügbar war. Die Modalitäten der Zugänglichkeit bestimmen sich wiederum nach § 13 Abs 5 AktG.⁴⁴⁰ Über den Verweis auf § 108 Abs 4 S 2 AktG bestimmt § 118 Abs 4 AktG zudem, dass die Information für mindestens einen Monat nach der Hauptversammlung, also während der gesamten Anfechtungsfrist des § 197 Abs 2 AktG verfügbar sein muss.

Bei der Auskunftsverweigerung muss auf die Zugangsmöglichkeit im Internet hingewiesen werden. Dieser Hinweis ist als Begründung der Verweigerung zu werten. In der Hauptversammlung gestellte Zusatz- und Vertiefungsfragen sind zu beantworten.⁴⁴¹

(5) Mangelhafte Auskunftserteilung

Die Auskunft hat gemäß § 118 Abs 2 AktG den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft zu entsprechen. Sie hat daher inhaltlich wahr, vollständig und verständlich zu sein. Allgemein gehaltene Fragen können allerdings allgemein beantwortet werden.⁴⁴²

⁴³⁷ Arnold, Die Pflicht des Vorstandes zur Auskunftsverweigerung in der Hauptversammlung, GesRZ 2007, 99 (101).

⁴³⁸ Arnold, GesRZ 2007, 99 (101f).

⁴³⁹ Pucher/Zwick, wbl 2010, 54 (57).

⁴⁴⁰ Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 118 Rz 22.

⁴⁴¹ Pucher/Zwick, wbl 2010, 54 (57).

⁴⁴² S.Schmidt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 112 Rz 29.

Entspricht die Auskunft nicht diesen Grundsätzen oder wurde die Beantwortung gänzlich verweigert, steht es den Aktionären der hL zufolge offen, das Auskunftsverlangen mittels Leistungsklage gegen die Gesellschaft weiterzuverfolgen.⁴⁴³ Dies ist insofern unverständlich, als § 14 AktG alle aktienrechtlichen Angelegenheiten, für die nichts anderes bestimmt ist, dem Außerstreitverfahren zuweist.⁴⁴⁴ § 118 AktG enthält keine Bestimmung, die diesbezügliche Streitigkeiten in das streitige Verfahren verweist. Auch hat der OGH bereits die Verfolgbarkeit von Auskunfts- und Einsichtsrechten von GmbH-Gesellschaftern im außerstreitigen Rechtsweg angenommen.⁴⁴⁵ Dies insbesondere unter Anwendung von § 102 GmbHG, der dem § 14 AktG nachempfunden wurde.⁴⁴⁶ All dies spricht dafür, dass die gerichtliche Verfolgung des Auskunftsverlangens im außerstreitigen Rechtsweg zu erfolgen hat.⁴⁴⁷ Zuständig ist das Firmenbuchgericht am Sitz der Gesellschaft.⁴⁴⁸

Das Gericht hat zu prüfen, ob die begehrte Auskunft zur sachgemäßen Beurteilung eines Tagesordnungspunkts der betroffenen Hauptversammlung notwendig gewesen wäre und ob ein Auskunftsverweigerungsgrund vorlag. Sollte das Gericht zu dem Schluss kommen, dass die Auskunft zu erteilen war, ist die Gesellschaft aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach § 47a AktG dazu verpflichtet, auch alle anderen Aktionäre bspw auf der Gesellschaftswebsite oder in der nächsten Hauptversammlung zu informieren.⁴⁴⁹

Zur Durchsetzung von Auskunftsbegehren besteht gemäß § 258 Abs 1 AktG auch die Möglichkeit der Verhängung von Zwangsstrafen. Das unrichtige Wiedergeben, Verschleiern oder Verschweigen der Verhältnisse der Gesellschaft oder mit ihr verbundener Unternehmen durch Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats in Vorträgen oder Auskünften in der Hauptversammlung ist zudem mit gerichtlicher Strafe (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen) bedroht.

⁴⁴³ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 118 Rz 27; S.Schmidt in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 112 Rz 41; Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 112 Rz 7.

⁴⁴⁴ Kalss in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 14 Rz 1; Geist in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 14 Rz 2; Pucher/Zwick, wbl 2010, 54 (58).

⁴⁴⁵ OGH 6 Ob 17/90 SZ 63/150 = GesRZ 1990, 222 = ecolex 1991, 25 mit Anm Thiery.

⁴⁴⁶ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³, § 102 Rz 1.

⁴⁴⁷ Ebenso Pucher/Zwick, wbl 2010, 54 (61).

⁴⁴⁸ Fucik in *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² (2000), § 120 JN Rz 2.

⁴⁴⁹ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 118 Rz 27; aA offenbar S.Schmidt in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 112 Rz 28.

Eine zu Unrecht erfolgte Auskunftsverweigerung kann den Aktionär dann zu einer Beschlussanfechtung iSd § 197 AktG berechtigen, wenn die Auskunft relevant für einen in der Hauptversammlung gefassten Beschluss war. Notwendig ist gemäß § 195 Abs 4 AktG allerdings, dass ein objektiv urteilender Aktionär die Erteilung der Information als eine wesentliche Voraussetzung für die sachgerechte Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte angesehen hätte („Relevanztheorie“⁴⁵⁰).

⁴⁵⁰ Pucher/Zwick, wbl 2010, 54 (62).

f) Die Informationspflichten im Zusammenhang mit in der Hauptversammlung gefassten Beschlüssen

(1) Allgemeines

§ 128 AktG wurde durch das AktRÄG 2009⁴⁵¹ mit einem dem österreichischen Aktienrecht weitgehend neuen Regelungsinhalt eingeführt.⁴⁵² Er beinhaltet Regelungen über die Modalitäten der Beschlussverkündung sowie Vorschriften, die den Aktionären die Information über in der Hauptversammlung gefasste Beschlüsse ermöglichen. Weiters enthält er Regelungen über die Sprache der Beschlüsse und stellt klar, dass in der Satzung von Aktiengesellschaften vorgesehen werden kann, dass das individuelle Stimmverhalten der Aktionäre veröffentlicht wird. Hier interessieren aber vor allem die Regelungen zur Beschlussverkündung und zur Information der Aktionäre.

(2) Verkündungs- und Feststellungspflicht nach erfolgter Abstimmung

Nach § 128 Abs 1 AktG obliegt es dem Vorsitzenden der Hauptversammlung, Daten der Abstimmung, die über einen Beschlussantrag durchgeführt wurde, zu verkünden. Die zu verkündenden Daten sind in § 128 Abs 1 Z 1-4 AktG aufgeführt:

- Z 1 verlangt vom Vorsitzenden die Verkündung der Zahl der Aktien, für die gültige Stimmen abgegeben wurden. Dies ist bei Stückaktien die Summe der betreffenden Aktien. Bei Nennbetragsaktien ergibt sich diese Zahl aus einer Division des an der Abstimmung partizipierenden Teils des Grundkapitals durch den Nennbetrag, bei Ausgabe von Aktien mit unterschiedlichen Nennbeträgen durch den kleinsten Nennbetrag.⁴⁵³ Nicht einzurechnen sind Aktien, die dem Aktionär kein Stimmrecht verschaffen (bspw im Falle eines Höchststimmrechts iSd § 12 Abs 2 AktG). Auch Stimmenthaltungen sind nicht als Stimmabgabe zu qualifizieren.⁴⁵⁴ Diese sind nur bei Anwendung der Subtraktionsmethode zu ermitteln, bei der nur die Contra-Stimmen und Stimmenthaltungen gezählt und sodann von der Gesamtzahl der abgegebenen Stimmen subtrahiert werden um so die Zahl der Pro-Stimmen zu ermitteln. Dennoch ist eine Verkündung der Zahl

⁴⁵¹ BGBl I 2009/71.

⁴⁵² Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 128 Rz 1.

⁴⁵³ Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 128 Rz 3; vgl S.Schmidt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 114 Rz 17.

⁴⁵⁴ Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 128 Rz 3.

der Stimmenthaltungen auch in einem solchen Fall nicht gesetzlich vorgeschrieben.⁴⁵⁵

- Nach Z 2 hat der Vorsitzende den Anteil des durch die gültigen Stimmen vertretenen Grundkapitals zu verkünden. Der Anteil errechnet sich mittels einer Division, bei der der Teil des Grundkapitals, der an der Abstimmung gültig teilgenommen hat den Dividend und das gesamte, also nicht nur das stimmberechtigte Grundkapital, den Divisor bildet. Der Dividend lässt sich bei Stückbetragsaktien durch eine Multiplikation der Anzahl der Aktien mit dem anteiligen Betrag iSd § 8 Abs 3 S 3 AktG, bei Nennbetragsaktien durch eine Addition der Nennbeträge ermitteln.⁴⁵⁶
- Z 3 trägt dem Vorsitzenden zwar zusätzlich auf, die Gesamtzahl der gültigen Stimmen zu verkünden. Dies bleibt in Österreich aber wirkungslos, da Mehrstimmrechtsaktien gemäß § 12 Abs 3 AktG verboten sind und die Zahl der gültigen Stimmen nach Z 3 daher mit jener der Aktien, für die gültige Stimmen abgegeben wurden, nach Z 1 identisch sein muss. Eine gemeinsame Verkündung der Zahlen nach Z 1 und Z 3 ist daher empfehlenswert.⁴⁵⁷
- Z 4 sieht schließlich die Verkündung der Pro-Stimmen für bzw der Contra-Stimmen gegen einen Beschlussantrag oder einen Wahlkandidaten vor. Bezüglich der Stimmabgabe für Wahlkandidaten ist zu bedenken, dass nicht über jeden Kandidaten zwingend abgestimmt werden muss. Sollten für ein Aufsichtsratsmandat drei Kandidaten zur Wahl stehen, der erste aber bereits 80 Prozent der Stimmen erreichen, so erübrigt sich eine Abstimmung über die anderen Kandidaten, da diese weder eine Mehrheit noch das für die Wahl eines Minderheitsvertreters gemäß § 87 Abs 4 AktG notwendige Drittel der Stimmen erreichen können. In diesem Falle ist daher auch eine Verkündung von Abstimmungsergebnissen hinfällig.⁴⁵⁸

Nach Verkündung der angeführten Daten hat der Vorsitzende den Inhalt des gefassten Beschlusses festzustellen. Der Beschluss muss inhaltlich dem entsprechenden

⁴⁵⁵ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 128 Rz 7.

⁴⁵⁶ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 128 Rz 4.

⁴⁵⁷ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 128 Rz 5.

⁴⁵⁸ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 128 Rz 6; in diesem Sinne auch die Ausschussfeststellung des Justizausschusses zu §§ 87, 110 und 128 öAktG, AB 277 BlgNR 24. GP.

Beschlussvorschlag entsprechen, der von der Hauptversammlung entweder angenommen oder abgelehnt worden sein kann. Dies ist vor allem problematisch bei Beschlussanträgen, die gemäß § 119 Abs 1 S 1 AktG erst in der Hauptversammlung mündlich gestellt werden. Hier hat der Vorsitzende vor der Abstimmung genau zu definieren, über welchen Beschlussinhalt abgestimmt wird. Nur so ist er später in der Lage, den Beschlussinhalt genau festzustellen. Zumeist werden jedoch schriftliche Beschlussvorschläge vorliegen, deren Inhalt der Vorsitzende sodann verlesen kann.⁴⁵⁹

Gemäß § 120 Abs 2 AktG ist die Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlussfassung in die notarielle Niederschrift aufzunehmen.

(3) Veröffentlichung von Beschlüssen auf der Gesellschaftswebsite

Gemäß § 128 Abs 2 S 1 AktG ist jede börsennotierte Gesellschaft verpflichtet, die in der Hauptversammlung gefassten Beschlüsse und die in § 128 Abs 1 Z 1-4 AktG angeführten Daten spätestens am zweiten Werktag nach der Versammlung auf der Gesellschaftswebsite zu veröffentlichen. Dort müssen sie gemäß § 128 Abs 2 S 2 AktG, der auf § 108 Abs 4 S 2 AktG verweist, bis zum Ablauf eines Monats nach der Hauptversammlung zugänglich sein. Hintergrund dafür ist wohl die Möglichkeit der Erhebung einer Anfechtungsklage, die gemäß § 197 Abs 2 AktG nach einem Monat verfristet.

Den Zugang nur Aktionären zu ermöglichen ist bei börsennotierten Unternehmen nicht gestattet, was sich e contrario aus § 13 Abs 5 S 2 AktG ableiten lässt.⁴⁶⁰

(4) Sondermitteilung der gefassten Beschlüsse

§ 128 Abs 3 AktG führt den Regelungsinhalt von § 109 Abs 1 S 2 AktG aF fort und enthält dementsprechend Bestimmungen zur Bekanntmachung von in der Hauptversammlung gefassten Beschlüssen für nicht börsennotierte Gesellschaften. Diese sind nicht zur Veröffentlichung im Internet oder auf andere Weise verpflichtet. Vielmehr wird den Aktionären die Möglichkeit eingeräumt, die Zusendung der Beschlüsse zu verlangen. Voraussetzung dafür ist, dass sie ihre Aktionärseigenschaft nachweisen. Dies ist bei Aktionären, die im Aktienbuch der Gesellschaft eingetragen sind, unproblematisch. Andernfalls kann die Aktionärseigenschaft aber auch durch

⁴⁵⁹ Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 128 Rz 9.

⁴⁶⁰ Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 128 Rz 11.

Hinterlegung einer Aktie bei der Gesellschaft oder vor allem durch die Vorlage einer Depotbestätigung gemäß § 10a AktG nachgewiesen werden.⁴⁶¹

Da das Recht auf Sondermitteilung Dauercharakter hat ist es erforderlich, dass in der Depotbestätigung zum Ausdruck kommt, dass der Aktionär zumindest eine Aktie längerfristig halten wird. Dies kann, wie bereits oben zur Parallelbestimmung des § 108 Abs 5 zweiter Halbsatz AktG ausgeführt, durch eine Erklärung der depotführenden Bank erreicht werden, in der sich diese verpflichtet, die Gesellschaft von der Veräußerung der Aktien zu unterrichten.⁴⁶²

Die Gesellschaft hat die gefassten Beschlüsse und die Angaben nach § 128 Abs 1 Z 1-4 AktG innerhalb von 15 Tagen nach der Hauptversammlung durch eingeschriebenen Brief an den verlangenden Aktionär zu übersenden. Ob das bloße Übersenden oder aber das Zugehen der Unterlagen innerhalb dieser Frist notwendig ist, wird durch das Gesetz nicht klar ersichtlich. *Bydlinski/Potyka*⁴⁶³ vertreten diesbezüglich die Ansicht, dass die Frist des § 128 Abs 3 AktG eine materiellrechtliche Frist darstelle und daher der Postlauf mit einzuberechnen sei.⁴⁶⁴ § 128 Abs 3 AktG enthalte gerade keine abweichende Regelung und auch eine analoge Anwendung des zweiten Halbsatzes des § 107 Abs 2 S 2 AktG sei wegen der unterschiedlichen Konsequenzen der Fristverletzung bei der Einberufung einerseits (Anfechtbarkeit aller in der Hauptversammlung gefassten Beschlüsse) und bei der Übersendung von Beschlüssen an Aktionäre andererseits (bloße Pflichtverletzung des Vorstands) sachlich nicht geboten. Dieser Ansicht ist mE zuzustimmen, zumal mit der Erstellung von Beschlussabschriften sowie Abschriften der relevanten Daten gemäß § 128 Abs 1 Z 1-4 AktG keine besonderen Schwierigkeiten für die Gesellschaft verbunden sind. Darüber hinaus würden die Aktionäre in der Ausübung ihres Rechts auf Anfechtung gemäß § 197 AktG bei gegenteiliger Ansicht unsachgemäß behindert, da die Anfechtung innerhalb eines Monats nach Beschlussfassung zu erheben ist, Beschlüsse in diesem Fall aber erst ca. 18-20 Tage nach Beschlussfassung bei den Aktionären eintreffen könnten (bspw wenn der 15. Tag ein Freitag ist). Dies ist mE beachtlich, obwohl die Verletzung des Rechts auf Sondermitteilung von Beschlüssen keine Auswirkungen auf die Ausschlussfrist gemäß § 197 Abs 2 S 1 AktG hat.

⁴⁶¹ *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 128 Rz 12.

⁴⁶² *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 128 Rz 13.

⁴⁶³ *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 128 Rz 14.

⁴⁶⁴ *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB³ (2010), § 902 Rz 4.

Alternativ zum eingeschriebenen Brief steht der Gesellschaft auch die Möglichkeit offen, den Aktionären die Beschlüsse und die damit verbundenen Angaben nach § 128 Abs 1 Z 1-4 AktG per E-Mail zu übersenden. Voraussetzung dafür ist, dass der Aktionär der Gesellschaft eine elektronische Postadresse bekanntgegeben hat. Anders als bei der individuellen elektronischen Einberufung nach § 107 Abs 2 S 3 AktG ist eine explizite Einwilligung des Aktionärs in diese Art der Zustellung allerdings nicht erforderlich.⁴⁶⁵

Das Recht auf Sondermitteilung von Beschlüssen ist mittels Klage bzw Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung durchsetzbar. Eine Verletzung dieses Rechts begründet allerdings keine Anfechtbarkeit der zuzusendenden Beschlüsse und berührt auch die Ausschlussfrist gemäß § 197 Abs 2 S 1 AktG für die Erhebung der Anfechtungsklage nicht. Vielmehr stellt eine solche Verletzung eine Pflichtverletzung des Vorstands dar, die gegebenenfalls schadenersatzrechtliche Folgen haben kann.⁴⁶⁶

Von der Verpflichtung, die Beschlüsse und relevanten Daten gemäß § 128 Abs 3 S 1 AktG zu übersenden, können sich nicht börsennotierte Gesellschaften gemäß § 128 Abs 3 S 2 AktG durch das Verfügbarmachen der genannten Unterlagen auf einer Gesellschaftswebsite befreien. Diesbezüglich ist wiederum § 13 Abs 5 AktG beachtlich. Demnach müssen die online abrufbaren Dokumente gelesen, abgespeichert und ausgedruckt werden können und es reicht gemäß § 13 Abs 5 S 2 AktG aus, dass nur Aktionären der Zugriff auf die Unterlagen möglich ist.

⁴⁶⁵ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 128 Rz 15.

⁴⁶⁶ *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, § 109 Rz 5; Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 128 Rz 16.

2. Mit besonderen Maßnahmen in Zusammenhang stehende Informationsrechte

a) Verschmelzung

(1) Allgemeines

Mittels Verschmelzung können unterschiedliche Aktiengesellschaften miteinander verbunden werden. Das österreichische Aktiengesetz unterscheidet die „Verschmelzung durch Aufnahme“ und die „Verschmelzung durch Neugründung“.

Die Verschmelzung durch Aufnahme kann gemäß § 219 Z 1 AktG durch die Übertragung des Vermögens der einen Gesellschaft (übertragende Gesellschaft) auf eine andere, bereits bestehende Gesellschaft (übernehmende Gesellschaft) gegen Gewährung von Aktien im Weg der Gesamtrechtsnachfolge erfolgen. Bei der Verschmelzung durch Neugründung wird das Vermögen zweier oder mehrerer übertragender Gesellschaften gemäß § 219 Z 2 AktG im Weg der Gesamtrechtsnachfolge auf eine dadurch gegründete neue Gesellschaft gegen Gewährung von Aktien dieser Gesellschaft übertragen.

Anzumerken ist, dass Verschmelzungen gemäß §§ 234 ff AktG auch unter Beteiligung von GmbH durchgeführt werden können. Da sich diese Verschmelzungen gemäß § 234 Abs 2 AktG und § 234a Abs 2 AktG aber weitgehend nach den Bestimmungen für die Verschmelzung von Aktiengesellschaften untereinander zu richten haben wird diese Konstellation nicht gesondert behandelt werden. Die informationsrechtlichen Unterschiede bei der GmbH werden am Ende der Ausführungen zur Verschmelzung kurz dargelegt.

(2) Verschmelzungsbericht des Vorstands

Gemäß § 220a AktG haben die Vorstände aller an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften einen ausführlichen schriftlichen Bericht zu erstatten, in dem die voraussichtlichen Folgen der Verschmelzung, der Verschmelzungsvertrag oder dessen Entwurf und insbesondere das Umtauschverhältnis der Aktien, gegebenenfalls die Höhe von baren Zuzahlungen sowie die Maßnahmen gemäß § 226 Abs 3 AktG (Sicherheitsleistung für Inhaber von Schuldverschreibungen und Genussrechten) rechtlich und wirtschaftlich erläutert und begründet werden. Dieser Bericht dient

einerseits der Information der Aktionäre, allenfalls auch über zu ihren Lasten gehende Änderungen (Informations- und Warnfunktion), andererseits soll durch ihn die für eine solche Maßnahme nötige Vertrauensbasis zu den Aktionären geschaffen werden (Vertrauensbildungsfunktion).⁴⁶⁷

Der Bericht soll dem Aktionär eine Plausibilitätskontrolle des geplanten Vorgangs ermöglichen.⁴⁶⁸ Dementsprechend muss er nicht detailliert auf alle Einzelheiten des Vorgangs eingehen, zumal zu dessen Prüfung ohnehin gemäß § 220b AktG die Verschmelzungsprüfer zuständig sind. Vielmehr soll das Für und Wider der Verschmelzung ausführlich dargestellt, und das zu erwartende Umtauschverhältnis und die Synergieeffekte mittels aussagekräftiger Zahlen belegt werden.⁴⁶⁹

Probleme können sich im Einzelfall bezüglich des Widerstreits des Informationsinteresses der Aktionäre mit dem Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaften ergeben. Hier ist durch den in § 220a S 3 AktG enthaltenen Verweis auf § 118 Abs 3 AktG eine äußerste Grenze gezogen. Demnach kann eine nach § 220a AktG erforderliche Information der Aktionäre dann verweigert bzw unterlassen werden, wenn sie geeignet ist, dem Unternehmen oder einem verbundenen Unternehmen einen erheblichen Nachteil zuzufügen oder wenn ihre Erteilung strafbar wäre.⁴⁷⁰

Sollte der Verschmelzungsbericht den gesetzlichen Anforderungen nicht genügen, sind Zustimmungsbeschlüsse auf Basis dieses Berichts anfechtbar. Sollten einzig die Erläuterungen des Umtauschverhältnisses oder der baren Zuzahlungen nicht den gesetzlichen Bestimmungen entsprechen, besteht nur die Möglichkeit, ein Überprüfungsverfahren nach §§ 225c ff AktG einzuleiten.⁴⁷¹

Der Verschmelzungsbericht des Vorstands muss gemäß § 232 Abs 2 AktG dann nicht erstellt werden, wenn sämtliche Aktionäre aller beteiligten Gesellschaften schriftlich oder in der Niederschrift zur Hauptversammlung darauf verzichten.

⁴⁶⁷ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung (1997), § 220a AktG Rz 2; Szep in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 220a Rz 1.

⁴⁶⁸ Lutter/Drygala in Lutter, Umwandlungsgesetz⁴ (2009), § 8 Rz 12.

⁴⁶⁹ Szep in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 220a Rz 6, 7; Bachner, Bewertungskontrolle bei Fusionen (2000), 40.

⁴⁷⁰ Szep in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 220a Rz 9.

⁴⁷¹ Szep in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 220a Rz 11.

Die Verschmelzungsberichte aller beteiligten Unternehmen müssen gemäß § 221a Abs 2 Z 4 AktG während eines Monats vor dem Tag der Hauptversammlung, die über die Zustimmung zur Verschmelzung beschließen soll, nach Maßgabe der in § 108 Abs 3-5 AktG festgelegten Voraussetzungen bereitgestellt werden.

(3) Prüfungsbericht des Verschmelzungsprüfers

§ 220b AktG sieht eine Verschmelzungsprüfung durch Sachverständige vor, die den Aktionären eine objektive Prüfung des Verschmelzungs Vorgangs garantiert. Kritisch ist in dieser Hinsicht, dass die Bestellung der Prüfer nicht durch ein Gericht, sondern gemäß § 220b Abs 2 AktG für jede der beteiligten Gesellschaften durch den Aufsichtsrat erfolgt (anders bei Bestellung eines einzelnen Prüfers für alle beteiligten Gesellschaften, der auf gemeinsamen Antrag aller Aufsichtsräte durch das Gericht bestellt wird).⁴⁷²

Der Verschmelzungsprüfer hat den Verschmelzungsvertrag als Ganzes und insbesondere das Umtauschverhältnis zu überprüfen. Im Mittelpunkt steht vor allem die Prüfung der Rechtmäßigkeit, nicht so sehr die Prüfung der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit der Verschmelzung.⁴⁷³ Der Verschmelzungsbericht des Vorstands dient dem Prüfer in erster Linie als Erkenntnishilfe, ist aber nicht Gegenstand der Prüfung.⁴⁷⁴

Um die Verschmelzungsprüfung durchführen zu können steht dem Verschmelzungsprüfer gemäß § 220b Abs 3 AktG ein Einsichts- und Auskunftsrecht iSd § 272 UGB zu. Er kann daher die Bücher und Schriften einsehen und das Auskunftsrecht gegenüber allen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften, aber auch gegenüber Mutter- und Tochterunternehmen ausüben.⁴⁷⁵

⁴⁷² Hügel, Das neue Spaltungsgesetz und die Reform des Umgründungsrechts, *ecolex* 1999, 527 (539); Winner/Oberhofer, Unabhängigkeit und Bestellung von externen Prüfern bei gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen, *GesRZ* 2007, 34 (38ff); Szep in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 220b Rz 1.

⁴⁷³ Bachl, Anmerkungen zur Verschmelzungs-, Umwandlungs- und Spaltungsprüfung, *GesRZ* 2000, 7 (7f); Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 220b AktG Rz 8; Szep in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 220b Rz 9.

⁴⁷⁴ Zöchling, Die Prüfung von Umgründungen nach dem EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz, *RWZ* 1997, 154 (155); Szep in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 220b Rz 10; vgl auch Hirschler, Neuerungen im Gesellschafter- und Gläubigerschutz bei Spaltungen nach dem neuen SpaltG, *GesRZ* 1997, 8.

⁴⁷⁵ Szep in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 220b Rz 6.

Gemäß § 220b Abs 4 AktG hat der Prüfer einen schriftlichen Bericht über die Prüfung zu verfassen, der auch für die beteiligten Gesellschaften gemeinsam erstattet werden kann. Im Bericht ist unter anderem anzugeben, nach welchen Methoden das vorgeschlagene Umtauschverhältnis ermittelt worden ist, warum die Anwendung dieser Methoden angemessen ist und welches Umtauschverhältnis sich bei Anwendung verschiedener Methoden, sofern mehrere angewendet wurden, jeweils ergeben würde. Abschließend ist zu erklären, ob das vorgeschlagene Umtauschverhältnis der Aktien und ggf die Höhe der baren Zuzahlungen angemessen ist. Kommt der Prüfer diesbezüglich zu einem negativen oder einschränkenden Ergebnis, so hat dies keine unmittelbaren Folgen. Ein dennoch gefasster Mehrheitsbeschluss, der die Verschmelzung bestätigt, kann aber wegen Missbrauchs der Mehrheitsrechte bekämpfbar sein.⁴⁷⁶

Fehlen, Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Prüfungsberichts ziehen eine Anfechtbarkeit des Verschmelzungsbeschlusses nach sich. Betreffen die Mängel des Prüfungsberichts nur das Umtauschverhältnis oder die bare Zuzahlung, ist hingegen ein Überprüfungsverfahren gemäß §§ 225c ff AktG einzuleiten.⁴⁷⁷ Auch eine diesbezügliche Nachtragsprüfung ist zulässig.⁴⁷⁸ Der Verschmelzungsprüfer haftet gemäß § 220b Abs 3 S 3 AktG allen beteiligten Gesellschaften aufgrund seiner umfassenden Verantwortlichkeit, für deren Bestimmung § 275 UGB sinngemäß gilt (§ 220b Abs 3 S 1 AktG), auch wenn er nicht als gemeinsamer Prüfer bestellt wurde.⁴⁷⁹

Die Erstellung des Prüfungsberichts kann unterbleiben, wenn sich gemäß § 232 Abs 1 AktG alle Aktien der übertragenden Tochtergesellschaft in der Hand der übernehmenden Muttergesellschaft befinden (up-stream-merger) oder alle Aktionäre gemäß § 232 Abs 2 AktG darauf verzichten.

Der Prüfungsbericht ist den Vorständen sowie den einzelnen Mitgliedern der Aufsichtsräte der beteiligten Gesellschaften unverzüglich vorzulegen.⁴⁸⁰ Weiters muss er gemäß § 221a Abs 2 Z 5 AktG während eines Monats vor dem Tag der Hauptversammlung die über die Zustimmung zur Verschmelzung beschließen soll, nach

⁴⁷⁶ *Szep in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 220b Rz 17.

⁴⁷⁷ *Szep in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 220b Rz 17.

⁴⁷⁸ *Nowotny*, Prüfungen im Eu-GesRÄG Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, in *Rechnungswesen und Controlling*, in FS Egger (1997), 539 (547).

⁴⁷⁹ *Bachner*, Bewertungskontrolle, 73f.

⁴⁸⁰ Zur Rechtswidrigkeit der Zurückhaltung gegenüber einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern OGH 6 Ob 9/91, RdW 1992, 11.

Maßgabe der in § 108 Abs 3-5 AktG festgelegten Voraussetzungen bereitgestellt werden.

(4) Bericht des Aufsichtsrats

Gemäß § 220c AktG hat der Aufsichtsrat der übertragenden Gesellschaft die beabsichtigte Verschmelzung auf der Grundlage des Verschmelzungsberichts und des Berichts des Verschmelzungsprüfers zu prüfen und darüber einen schriftlichen Bericht zu erstatten. Diese Bestimmung ermöglicht, wie vom Gesetzgeber beabsichtigt⁴⁸¹, eine frühe Einbeziehung der Arbeitnehmervertreter.⁴⁸²

Im Mittelpunkt der Prüfung des Aufsichtsrats soll vor allem die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit des Vorgangs, aber auch dessen rechtliche Richtigkeit stehen.⁴⁸³

Der Prüfungsbericht über die Verschmelzung ist vom Aufsichtsrat als Organ zu erstatten und muss nicht von jedem einzelnen Mitglied unterschrieben werden.⁴⁸⁴ Im Gegensatz zum Verschmelzungsbericht des Vorstands und zum Bericht des Verschmelzungsprüfers kann auf den Prüfungsbericht des Aufsichtsrats nicht verzichtet werden. Nur bei der übernehmenden Gesellschaft kann seine Erstellung gemäß § 220c S 2 AktG entfallen, wenn der Buchwert der übertragenden Gesellschaften die für den Unternehmenserwerb gemäß § 95 Abs 5 Z 1 AktG festgelegten Betragsgrenzen nicht überschreitet. Da § 95 Abs 5 Z 1 AktG aber keine Betragsgrenzen enthält wird die Regelung dahingehend verstanden, dass die Festlegung in der Satzung oder die durch den Aufsichtsrat selbst erfolgte Festlegung maßgeblich ist.⁴⁸⁵ Sollte eine solche Festlegung nicht existieren, ist vom Aufsichtsrat jedenfalls ein Bericht zu erstatten.⁴⁸⁶

Die Verletzung der Berichtspflicht kann neben Haftungs- und Kostenfolgen (gemäß § 225 Abs 3 AktG) auch eine Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses nach sich ziehen, sofern die Pflichtverletzung nicht das Umtauschverhältnis oder die bare Zuzahlung betrifft.⁴⁸⁷

⁴⁸¹ ErläutRV 32 BlgNR 20. GP 93.

⁴⁸² Nowotny, Bewertungsverantwortung bei Fusionen, in FS Kastner (1992), 329 (341); Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 220c AktG Rz 1; Szep in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 220c Rz 1.

⁴⁸³ Nowotny in FS Kastner, 329 (342); Szep in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 220c Rz 6.

⁴⁸⁴ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 220c AktG Rz 3.

⁴⁸⁵ Frotz in Aman/Frotz/Mühlehner/Wagner/Zöchling, Das EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz (1996), 59; Szep in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 220c Rz 8.

⁴⁸⁶ OGH 8 Ob 595, 596/90, RdW 1992, 144.

⁴⁸⁷ Vgl Szep in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 220c Rz 9.

Der Prüfungsbericht des Aufsichtsrats muss gemäß § 221a Abs 2 Z 6 AktG während eines Monats vor dem Tag der Hauptversammlung, die über die Zustimmung zur Verschmelzung beschließen soll, nach Maßgabe der in § 108 Abs 3-5 AktG festgelegten Voraussetzungen bereitgestellt werden

(5) Weitere Informationsrechte und -pflichten

Weiters sind nach Maßgabe der in § 108 Abs 3-5 AktG festgelegten Voraussetzungen während eines Monats vor dem Tag der Hauptversammlung, die über die Zustimmung zur Verschmelzung beschließen soll, vorzulegen:

- gemäß § 221a Abs 2 Z 1 AktG der Verschmelzungsvertrag oder dessen Entwurf, deren Inhalt sich nach § 220 Abs 2 AktG bestimmt;
- gemäß § 221a Abs 2 Z 2 AktG die Jahresabschlüsse und die Lageberichte (sowie gegebenenfalls die Corporate Governance-Berichte von Geschäftsjahren, die nach dem 31.12.2008 beginnen⁴⁸⁸) der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften für die letzten drei Geschäftsjahre;
- gemäß § 221a Abs 2 Z 2 AktG die Schlussbilanz, wenn der Verschmelzungstichtag vom Stichtag des letzten Jahresabschlusses abweicht und die Schlussbilanz bereits in geprüfter Form vorliegt;
- gemäß § 221a Abs 2 Z 3 AktG eine Zwischenbilanz, deren Inhalt sich nach § 221a Abs 3 AktG richtet und die nur aufzustellen ist, wenn sich der letzte Jahresabschluss auf ein Geschäftsjahr bezieht, das mehr als sechs Monate vor dem Abschluss des Verschmelzungsvertrages oder der Aufstellung des Entwurfs abgelaufen ist.

Darüber hinaus haben die Vorstände der beteiligten Gesellschaften gemäß § 221a Abs 1 AktG mindestens einen Monat vor dem Tag der Hauptversammlung, die über die Zustimmung zur Verschmelzung beschließen soll, den Verschmelzungsvertrag oder dessen Entwurf nach Prüfung durch den jeweiligen Aufsichtsrat bei den Gerichten, in deren Sprengel die beteiligten Gesellschaften ihren Sitz haben, einzureichen und einen Hinweis auf diese Einreichung gemäß § 18 AktG, also jedenfalls mittels

⁴⁸⁸ BGBl I 2008/70.

Einrückung in der „Wiener Zeitung“, zu veröffentlichen. Die Aktionäre sind in dieser Veröffentlichung auf ihr Einsichtsrecht gemäß § 221a Abs 2 AktG hinzuweisen.

In der zum Beschluss der Verschmelzung einberufenen Hauptversammlung sind die in § 221a Abs 2 AktG bezeichneten Unterlagen gemäß § 221a Abs 5 AktG aufzulegen. Der Vorstand hat den Verschmelzungsvertrag oder dessen Entwurf mündlich zu erläutern und die Aktionäre vor der Beschlussfassung über jede wesentliche Veränderung der Vermögens- oder Ertragslage der Gesellschaft während der Aufstellung des Verschmelzungsvertrags oder dessen Entwurfs und dem Zeitpunkt der Beschlussfassung zu informieren. Dies insbesondere dann, wenn die Veränderung ein anderes Umtauschverhältnis rechtfertigen würde. Gemäß § 221a Abs 6 AktG kann jeder Aktionär in dieser Hauptversammlung Auskunft auch über alle für die Verschmelzung wesentlichen Angelegenheiten der anderen beteiligten Gesellschaften verlangen. Die Auskunft kann aufgrund der in § 118 Abs 3 AktG genannten bereits weiter oben diskutierten Gründe verweigert werden.

Gemäß § 232 Abs 2 AktG kann auf die Einhaltung der in § 221a Abs 1-3 AktG enthaltenen Informationspflichten verzichtet werden, wenn sämtliche Aktionäre aller beteiligten Gesellschaften schriftlich oder in der Niederschrift zur Hauptversammlung auf die Einhaltung dieser Bestimmungen verzichten.

(6) Sonderbestimmungen im GmbH-Recht

Im Unterschied zu Aktionären, für deren Information die Auflegung von Unterlagen gemäß § 221a AktG ausreicht, müssen GmbH-Gesellschaftern gemäß § 97 Abs 1 GmbHG die Unterlagen übersendet werden. Zwischen dem Tag der Aufgabe der Sendung zur Post und der Beschlussfassung muss mindestens ein Zeitraum von 14 Tagen liegen. Anders als bei der AG ist eine Auflegung zur Einsicht innerhalb eines bestimmten Zeitraums vor der Gesellschafterversammlung dafür nicht erforderlich.

Gesellschafter können ab dem Zeitpunkt der Einberufung einer Gesellschafterversammlung zur Beschlussfassung über die Verschmelzung gemäß § 97 Abs 2 GmbHG von den Geschäftsführern jederzeit Auskunft über alle für die Verschmelzung wesentlichen Angelegenheiten auch der anderen Gesellschaften verlangen. Auf dieses Recht ist in der Einberufung ausdrücklich hinzuweisen.

Der Verschmelzungsvertrag ist gemäß § 100 Abs 2 GmbHG nur dann gemäß § 220b AktG zu prüfen, wenn ein GmbH-Gesellschafter dies verlangt. Sollte kein Aufsichtsrat bestellt sein bestellt das Gericht den Prüfer auf Antrag der Geschäftsführer.

b) Spaltung

(1) Allgemeines

Die Spaltung ist eine im SpaltG geregelte Strukturmaßnahme, bei der Teile des Vermögens der spaltenden Gesellschaft (sowohl AG als auch GmbH) auf andere Gesellschaften übertragen werden. Den Gesellschaftern der spaltenden Gesellschaft werden im Gegenzug Anteile an den übernehmenden Gesellschaften eingeräumt.⁴⁸⁹

Das SpaltG unterscheidet zwischen der „Spaltung zur Neugründung“ (§§ 2-16 SpaltG), bei der der abgespaltene Teil des Gesellschaftsvermögens auf eine dadurch neu gegründete Gesellschaft übertragen wird, und der „Spaltung zur Aufnahme“ (§ 17 SpaltG), bei der der abgespaltene Teil von einer bereits bestehenden Gesellschaft übernommen wird. Die Regelungen zur Spaltung zur Neugründung sind gemäß § 17 SpaltG auf die Spaltung zur Aufnahme sinngemäß anzuwenden.

Wird nur ein Teil des Gesellschaftsvermögens der übertragenden Gesellschaft an eine andere Gesellschaft übertragen, so spricht man von einer Abspaltung. Die übertragende Gesellschaft bleibt auch nach der Abspaltung bestehen. Wird hingegen das gesamte Gesellschaftsvermögen der übertragenden Gesellschaft auf mehrere andere Gesellschaften aufgeteilt, spricht man von Aufspaltung. Die übertragende Gesellschaft erlischt mit der Eintragung der Spaltung ohne Abwicklung.⁴⁹⁰

(2) Spaltungsbericht des Vorstands, Prüfungsbericht des Spaltungsprüfers, Bericht des Aufsichtsrats

Der Spaltungsbericht des Vorstands gemäß § 4 SpaltG, der Prüfungsbericht des Spaltungsprüfers gemäß § 5 SpaltG sowie der Bericht des Aufsichtsrats gemäß § 6 SpaltG erfüllen bei der Spaltung die gleiche Funktion wie die entsprechenden Berichte bei der Verschmelzung und sind weitgehend parallel geregelt.⁴⁹¹ Es wird hier daher auf die Ausführungen zur Verschmelzung verwiesen.

⁴⁸⁹ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, Vorbemerkungen SpaltG Rz 5; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht, Rz 3/992.

⁴⁹⁰ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht, Rz 3/992.

⁴⁹¹ Vgl. Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 4 SpaltG Rz 2, § 5 SpaltG Rz 3, 4, 6, § 6 SpaltG Rz 2, 3.

(3) Recht auf Auskunftserteilung nach § 16 SpaltG

Gemäß § 16 Abs 1 SpaltG kann jeder, der durch die Spaltung in seinen rechtlichen Interessen betroffen wird, von jeder an der Spaltung beteiligten Gesellschaft die Erteilung von Auskünften über die Zuordnung von Vermögensteilen verlangen. Aktionäre sind als Personen, deren rechtliche Position durch eine Spaltung ihrer Gesellschaft betroffen ist, einzustufen. Sie können durch diese Vorschrift auch Auskunft über Umstände einer Gesellschaft verlangen, die mit ihrer eigenen nicht mehr rechtlich verbunden ist.

Der Umfang des Auskunftsrechts ist auf die Vermögenszuteilung beschränkt.⁴⁹² Der Vorstand ist über die Vermögenszuteilung unbeschränkt auskunftspflichtig. Ihm steht kein Auskunftsverweigerungsrecht zu.⁴⁹³

Gemäß § 16 Abs 2 SpaltG entscheidet das für die übertragende Gesellschaft zuständige Gericht im außerstreitigen Verfahren.⁴⁹⁴ Der Auskunft verlangende Aktionär hat sein rechtliches Interesse an der Auskunftserteilung glaubhaft zu machen. Dem Gericht steht es gemäß § 16 Abs 2 SpaltG ausdrücklich zu, die Vorlage der Handelsbücher und die Einsichtnahme durch die Partei oder einen zur beruflichen Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen anzuordnen. Weiters kann es anordnen, dass der zur Auskunft Verpflichtete einen Eid dahin zu leisten hat, dass die Auskunft richtig und vollständig ist.

(4) Weitere Informationsrechte und -pflichten

Wie bei der Verschmelzung sind auch bei der Spaltung neben dem Spaltungsbericht, dem Prüfungsbericht und dem Bericht des Aufsichtsrats weitere Unterlagen nach Maßgabe der in § 108 Abs 3-5 AktG festgelegten Voraussetzungen während eines Monats vor dem Tag der Hauptversammlung, die über die Zustimmung zur Spaltung beschließen soll, vorzulegen:

- gemäß § 7 Abs 2 Z 1 SpaltG der Spaltungsplan, dessen Inhalt sich nach § 2 SpaltG bestimmt;

⁴⁹² Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 16 SpaltG Rz 3; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³, Anhang nach § 101 Rz 40.

⁴⁹³ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 16 SpaltG Rz 3; Eiselsberg, Spaltungsgesetz § 11 Rz 3.

⁴⁹⁴ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 16 SpaltG Rz 4.

- gemäß § 7 Abs 2 Z 2 SpaltG die Jahresabschlüsse und die Lageberichte der übertragenden Gesellschaft für die letzten drei Geschäftsjahre;
- gemäß § 7 Abs 2 Z 2 SpaltG die Schlussbilanz, wenn der Spaltungsstichtag vom Stichtag des letzten Jahresabschlusses abweicht und die Schlussbilanz – ggf in geprüfter Form – bereits vorliegt;
- eine Zwischenbilanz, die auf einen Stichtag zu erstellen ist, der nicht vor dem ersten Tag des dritten Monats liegt, welcher dem Monat der Aufstellung vorausgeht, falls sich der letzte Jahresabschluss auf ein Geschäftsjahr bezieht, das mehr als sechs Monate vor der Aufstellung des Spaltungsplans abgelaufen ist.

Den Gesellschaftern einer an der Spaltung beteiligten GmbH sind die in § 7 Abs 2 SpaltG bezeichneten Unterlagen gemäß § 7 Abs 4 SpaltG gesondert zu übersenden. Zwischen dem Tag der Aufgabe der Sendung zur Post und der Beschlussfassung muss mindestens ein Zeitraum von 14 Tagen liegen.

Darüber hinaus hat der Vorstand der übertragenden Gesellschaften gemäß § 7 Abs 1 SpaltG mindestens einen Monat vor dem Tag der Beschlussfassung durch die Anteilsinhaber den Spaltungsplan nach Prüfung durch den Aufsichtsrat bei dem Gericht, in dessen Sprengel die übertragende Gesellschaft ihren Sitz hat, einzureichen und einen Hinweis auf diese Einreichung gemäß § 18 AktG, also jedenfalls mittels Einrückung in der „Wiener Zeitung“, zu veröffentlichen.

In der Hauptversammlung (Generalversammlung) sind die in § 7 Abs 2 SpaltG bezeichneten Unterlagen aufzulegen. Der Vorstand hat den Spaltungsplan zu Beginn der Hauptversammlung (Generalversammlung) mündlich zu erläutern. Der Vorstand hat die Anteilsinhaber vor der Beschlussfassung über jede wesentliche Veränderung des Vermögens der Gesellschaft, die zwischen der Aufstellung des Spaltungsplans und dem Zeitpunkt der Beschlussfassung eingetreten ist, zu unterrichten; dies gilt insbesondere, wenn die Veränderung ein anderes Umtauschverhältnis oder eine andere Aufteilung der Anteile rechtfertigen würde.

c) *Umwandlung*

(1) *Allgemeines*

Unter Umwandlung versteht man im Allgemeinen die Änderung der Rechtsform, in der ein Unternehmen geführt wird.⁴⁹⁵ Im Zusammenhang mit AG sind in Österreich verschiedene Formen der Umwandlung geregelt.

Das AktG enthält in den §§ 239 – 253 AktG Regelungen zur „formwechselnden Umwandlung“. Diese ist eine bloße Rechtsformänderung des Rechtsträgers von AG zu GmbH bzw. GmbH zu AG. Die Identität des Rechtsträgers wird durch diese Form der Umwandlung nicht berührt, es wird lediglich das Rechtskleid gewechselt.⁴⁹⁶

Im Gegensatz dazu behandelt das UmwG Varianten der Umwandlung, die eher verschmelzungsähnlichen Charakter aufweisen, da die Identität der Gesellschaft zugunsten eines neuen Rechtsträgers aufgegeben wird.⁴⁹⁷ Zu unterscheiden ist die verschmelzende Umwandlung nach § 2 UmwG und die errichtende Umwandlung nach § 5 UmwG.

Im Zuge der verschmelzenden Umwandlung wird das Vermögen der Gesellschaft auf den Hauptaktionär, der zu mindestens 90 Prozent an der umzuwandelnden AG beteiligt ist, übertragen.⁴⁹⁸ Die anderen Aktionäre werden in bar abgefunden.

Bei der errichtenden Umwandlung geht das Vermögen der Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf eine gleichzeitig zu errichtende Personengesellschaft über.⁴⁹⁹

(2) *Informationsrechte im Zuge der Umwandlung*

(a) *Formwechselnde Umwandlung*

Bezüglich der formwechselnden Umwandlung sind im AktG nur in eingeschränktem Maße spezielle Informationsrechte verankert. So ist gemäß § 244 AktG vom Vorstand

⁴⁹⁵ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, Vorbemerkungen zum UmwG Rz 1.

⁴⁹⁶ Grünwald, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung, 37; Enzinger, Umwandlungsrecht Quo Vadis, wbl 1997, 1 (4); Szep in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 239 Rz 2.

⁴⁹⁷ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, Vorbemerkungen zum UmwG Rz 1.

⁴⁹⁸ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 1 UmwG Rz 4.

⁴⁹⁹ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, § 1 UmwG Rz 4.

ein schriftlicher Bericht vorzulegen, der die Höhe der den Aktionären angebotenen Barabfindung begründet. Weiters muss der Hauptversammlung ein Bericht eines sachverständigen Prüfers vorgelegt werden, der die Angemessenheit der Barabfindung behandelt. Die Barabfindung an sich muss aber nur angeboten werden, wenn ein Aktionär gegen die beabsichtigte Umwandlung Widerspruch zur Niederschrift erhebt.

Ähnliches gilt gemäß § 253 AktG, wenn bei Umwandlung einer GmbH in eine AG GmbH-Gesellschafter Widerspruch zur Niederschrift gegen die Umwandlung erklären. Im Unterschied zur Regelung nach § 244 AktG muss der Prüfungsbericht den GmbH-Gesellschaftern aber übersendet werden. Die Beschlussfassung darf sodann nicht vor Ablauf von mindestens 14 Tagen nach Aufgabe der Sendung zur Post erfolgen.

(b) Übertragende Umwandlung

(i) Verschmelzende Umwandlung

Gemäß § 2 Abs 3 UmwG sind bei der verschmelzenden Umwandlung die Bestimmungen über die Verschmelzung durch Aufnahme weitgehend auf die übertragende Gesellschaft anwendbar. Dementsprechend richten sich auch die Informationsrechte der Aktionäre nach den bereits oben dargelegten verschmelzungsrechtlichen Bestimmungen. Dennoch bestehen Unterschiede.

So wird gemäß § 2 Abs 3 Z 2 UmwG der Verschmelzungsvertrag durch den Umwandlungsvertrag zwischen Kapitalgesellschaft und Hauptgesellschafter ersetzt, anstatt des Verschmelzungsberichts ist ein Umwandlungsbericht durch Vorstand und Hauptaktionär zu erstellen und die Höhe der baren Abfindung tritt an die Stelle der verschmelzungsrelevanten Umtauschverhältnisse.

Der Umwandlungsprüfer wird gemäß § 2 Abs 3 Z 4 UmwG nicht wie bei der Verschmelzung vom Aufsichtsrat sondern auf gemeinsamen Antrag des Aufsichtsrats und des Hauptgesellschafters vom Gericht ausgewählt und bestellt. Das Auskunftsrecht des Prüfers besteht auch gegenüber dem Hauptaktionär.

Sollten neben den Unterlagen gemäß § 221a Abs 2 AktG noch weitere Gutachten erstellt worden sein, auf denen die Beurteilung der Angemessenheit der Barabfindung beruht, so sind diese gemäß § 2 Abs 3 Z 5 UmwG ebenfalls vorzulegen.

Weiters kann gemäß § 2 Abs 3 Z 6 UmwG jeder Aktionär in der Hauptversammlung Auskunft über alle für den Ausschluss wesentlichen Angelegenheiten des Hauptaktionärs verlangen.

(ii) Errichtende Umwandlung

Gemäß § 5 Abs 5 UmwG ist § 2 UmwG auch auf die errichtende Umwandlung anwendbar. Bezüglich der Informationsrechte gilt daher weitgehend das bereits zur verschmelzenden Umwandlung Gesagte. Zu bedenken ist allerdings, dass bei der errichtenden Umwandlung kein zwingender Ausschluss von Aktionären erfolgt. Auskunft über die für den Ausschluss wesentlichen Angelegenheiten des Hauptaktionärs gemäß § 2 Abs 3 Z 6 UmwG kann daher nur bei tatsächlich erfolgtem Ausschluss von Aktionären verlangt werden.⁵⁰⁰

⁵⁰⁰ *Kalss/Linder*, Minderheitsrechte, 22.

d) Abwicklung

(1) Allgemeines

Wurde eine Aktiengesellschaft aus den in § 203 AktG genannten Gründen aufgelöst, tritt sie in das Stadium der Abwicklung. Die Abwicklung wird gemäß § 206 Abs 1 AktG von den Vorstandsmitgliedern als Abwickler besorgt, wenn nicht die Satzung oder ein Beschluss der Hauptversammlung andere Personen vorsieht. Die Abwickler haben die Aufgabe, gemäß § 208 AktG alle Gläubiger der Gesellschaft zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzurufen, gemäß § 209 AktG die laufenden Geschäfte zu beenden, die ausstehenden Forderungen der Gesellschaft einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen und die Gläubiger zu befriedigen. Weiters haben sie das nach der Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen gemäß § 212 AktG an die Aktionäre nach Maßgabe ihrer Beteiligung am Grundkapital zu verteilen.

(2) Abwicklungseröffnungsbilanz und Jahresabschlüsse

Zu Beginn der Abwicklung müssen die Abwickler gemäß § 211 Abs 1 AktG eine Abwicklungseröffnungsbilanz erstellen. Weiters sind sie nach dieser Bestimmung verpflichtet für den Schluss jedes Jahres einen Jahresabschluss und einen Lagebericht, (sowie gegebenenfalls einen Corporate-Governance-Bericht) aufzustellen. Diese Unterlagen sind sodann vom Aufsichtsrat gemäß § 211 Abs 2 iVm § 96 AktG zu überprüfen und hat dieser einen Bericht darüber an die Hauptversammlung zu erstatten. Die Hauptversammlung beschließt sodann gemäß § 211 Abs 2 AktG über die Eröffnungsbilanz, den Jahresabschluss und die Entlastung der Abwickler und des Aufsichtsrats. Daher sind ihr diese Unterlagen gemäß § 108 Abs 3-5 AktG zur Verfügung zu stellen.

Abwicklungseröffnungsbilanz⁵⁰¹ sowie Jahresabschlüsse⁵⁰², die im Zuge der Abwicklung erstellt werden, sind prinzipiell nicht durch externe Prüfer zu kontrollieren. Dennoch hat das Gericht auf Antrag von Aktionären, die 5 Prozent bzw. EUR 350.00,- des Grundkapitals repräsentieren, eine solche Prüfung aus wichtigem Grund anzuordnen.⁵⁰³

⁵⁰¹ Geist/Jabornegg in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 209 Rz 3.

⁵⁰² Geist/Jabornegg in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 209 Rz 9.

⁵⁰³ Kalss/Linder, Minderheitsrechte, 65.

(3) Bucheinsicht nach Beendigung der Abwicklung

Nach Beendigung der Abwicklung sind die Bücher der Gesellschaft gemäß § 214 Abs 2 AktG an einem vom Gericht bestimmten sicheren Ort für die Dauer von sieben Jahren aufzubewahren. § 214 Abs 3 AktG ermöglicht es den ehemaligen Aktionären oder Gläubigern der Gesellschaft, innerhalb dieser Zeitspanne in die Bücher Einsicht zu nehmen. Hiefür ist ein Antrag an das zuständige Gericht (das Firmenbuchgericht⁵⁰⁴) notwendig. Das Gericht hat die Einsicht zu gestatten, wenn der Aktionär oder Gläubiger ein berechtigtes Interesse daran bescheinigen kann.⁵⁰⁵ Auf Antrag kann dem Gläubiger oder Aktionär gestattet werden, das Bucheinsichtsrecht durch einen Buchsachverständigen oder in dessen Begleitung auszuüben.⁵⁰⁶

Der Verwahrer hat die Bucheinsicht zu ermöglichen. Gegen ihn richtet sich daher auch der Anspruch auf Einsichtnahme⁵⁰⁷, der im außerstreitigen Verfahren durchzusetzen ist.⁵⁰⁸

⁵⁰⁴ Geist/Jabornegg in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 214 Rz 11.

⁵⁰⁵ Geist/Jabornegg in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 214 Rz 12.

⁵⁰⁶ Kalss/Wessely, Die Rechte des Aktionärs (1994), 17; Geist/Jabornegg in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 214 Rz 12.

⁵⁰⁷ Geist/Jabornegg in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 214 Rz 12.

⁵⁰⁸ Vgl für die GmbH OGH 6 Ob 314/03z RdW 2004, 415; Geist/Jabornegg in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 214 Rz 12.

3. Sonstige Informationsrechte

a) *Die Sonderprüfung*

(1) *Allgemeines*

Die Sonderprüfung stellt eine spezielle Kontrollmaßnahme dar, die es ermöglicht, Vorgänge bei der Gründung oder Geschäftsführung durch eigenverantwortliche Prüfer untersuchen zu lassen. Die Vorgänge sind dahingehend zu untersuchen, ob die Verbandsinteressen gewahrt oder vernachlässigt wurden und die Mitglieder der Verwaltungsorgane ihre Pflicht erfüllt oder verletzt haben.⁵⁰⁹ Häufig kommen durch die Sonderprüfung Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen Mitglieder der Verwaltungsorgane hervor, was das systematische Naheverhältnis mit den Bestimmungen über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen (§ 134 ff AktG) begründet.

(2) *Bestellung der Sonderprüfer*

(a) Bestellung von Sonderprüfern durch die Hauptversammlung

Gemäß § 130 Abs 1 S 1 AktG kann die Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit Sonderprüfer bestellen. Das Mehrheitserfordernis der einfachen Mehrheit ist zwingendes Recht. Die Satzung darf daher keine davon abweichenden oder zusätzlichen Erfordernisse wie bspw ein Präsenzquorum vorsehen.⁵¹⁰ Aktuelle und auch ehemalige Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder sind, sofern sie auch Aktionäre sind, von der Abstimmung über die Sonderprüfung dann ausgeschlossen, wenn ihre Entlastung oder Inanspruchnahme von der zur Beschlussfassung anstehenden Sonderprüfung mittelbar oder unmittelbar berührt wird (§ 130 Abs 1 S 2 AktG).⁵¹¹ Weiters legt der durch das AktRÄG 2009⁵¹² neu eingeführte § 130 Abs 1 S 3 AktG nun explizit fest, dass das Stimmrecht für einen solcherart ausgeschlossenen Aktionär auch nicht durch einen anderen ausgeübt werden kann. Ein entgegen diesem Verbot zustande gekommener

⁵⁰⁹ Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 130 Rz 1; Keinert, GesRZ 1976, 18.

⁵¹⁰ Stern, Präsenzquoren für Hauptversammlungen einer Aktiengesellschaft – versteckte Vetorechte?, GesRZ 1998, 196 (197); Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 130 Rz 5.

⁵¹¹ Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 130 Rz 10.

⁵¹² BGBl I 2009/71.

Beschluss ist dann anfechtbar, wenn die zu Unrecht mitgezählten Stimmen für das Abstimmungsergebnis wesentlich waren (Kausalitätstheorie).⁵¹³

Eine explizite Ankündigung der angestrebten Sonderprüfung als Tagesordnungspunkt der Hauptversammlung ist nicht notwendig. Vielmehr reicht es aus, dass die Sonderprüfung einen Vorgang betrifft, der von einem Tagesordnungspunkt umfasst wird. Aus diesem Grund kann regelmäßig eine Sonderprüfung über Vorgänge bei der Geschäftsführung beschlossen werden, wenn die Entlastung der Verwaltungsorgane auf der Tagesordnung steht.⁵¹⁴

Die Hauptversammlung hat auch die Person des Sonderprüfers zu bestimmen. Die Auswahl einem Verwaltungsorgan zu überlassen ist unzulässig.⁵¹⁵ Dies mE vor allem deshalb, weil der Prüfer regelmäßig von Verwaltungsorganen zu verantwortende Vorgänge zu prüfen hat. Wären die Verwaltungsorgane nun für die Auswahl der Prüfer verantwortlich bestünde die Gefahr, dass vornehmlich den Verwaltungsorganen wohl gesonnene Prüfer bestellt würden, was den Zweck der Sonderprüfung vereiteln könnte.

Wie viele Revisoren bestellt werden hängt zumeist von Art und Umfang des Prüfungsgegenstandes ab. Obwohl § 131 Abs 1 AktG von einer Revisorenmehrheit spricht ist auch die Bestellung eines einzelnen Prüfers zulässig.⁵¹⁶ Die Bestellung wird durch Annahme des Prüfungsauftrags durch den Prüfer, zumeist gegen Leistung eines entsprechenden Entgelts, perfekt.

Der Hauptversammlung ist es unbenommen, den Beschluss auf Bestellung von Sonderprüfern bis zum Abschluss der Sonderprüfung abzuändern, so bspw einen weiteren Prüfer hinzuzuziehen oder von der Sonderprüfung ganz abzusehen.⁵¹⁷

Die Kosten der Sonderprüfung trägt die Gesellschaft.⁵¹⁸

⁵¹³ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 130 Rz 11.

⁵¹⁴ *Wünsch*, Rechtliche Probleme im Umfeld der Sonderprüfung in Rechnungswesen und Controlling, in FS Egger (1997), 557 (559); *S. Schmidt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 118 Rz 16; *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 130 Rz 7.

⁵¹⁵ OGH 6 Ob 3/88 SZ 61/37 = JBl 1988, 383; *S. Schmidt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 118 Rz 23; *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 130 Rz 7.

⁵¹⁶ *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 130 Rz 6.

⁵¹⁷ *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 130 Rz 26.

⁵¹⁸ *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 133 Rz 12; *S. Schmidt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 121 Rz 15.

(b) Gerichtliche Bestellung von Sonderprüfern auf Minderheitsantrag

§ 130 Abs 2 AktG enthält ein Minderheitsrecht auf gerichtliche Bestellung von Sonderprüfern. Dieses Recht steht nicht gleichrangig neben dem Recht der Hauptversammlung, Sonderprüfer zu bestellen, sondern entsteht gemäß § 130 Abs 2 S 1 AktG erst dann, wenn die Hauptversammlung einen Antrag auf Bestellung von Sonderprüfern abgelehnt oder unbegründeter Weise hinausgeschoben hat.⁵¹⁹

Nur eine Minderheit, die zumindest 10 Prozent des Grundkapitals der Gesellschaft repräsentiert, kann bei Gericht einen Antrag auf Bestellung von Revisoren stellen. Weiters wird in § 130 Abs 2 S 3 AktG verlangt, dass die Antragsteller seit mindestens 3 Monaten vor dem Tag der Hauptversammlung Inhaber der Aktien sind und diese auch bis zur Entscheidung über den Antrag halten. Dies hat vor allem den Zweck, nur Anträge von Aktionären zuzulassen, die langfristig mit der Gesellschaft in Verbindung stehen.

Gegenstand der Sonderprüfung nach Minderheitsantrag können, wie bei einer Sonderprüfung nach § 130 Abs 1 AktG, Vorgänge bei der Gründung und Geschäftsführung der Gesellschaft sein. Die Vorgänge bei der Geschäftsführung müssen allerdings innerhalb der letzten 2 Jahre vor der Hauptversammlung, die den Antrag auf Sonderprüfung abgelehnt hat, vorgefallen sein oder zumindest in diesen Zeitraum hineinreichen.⁵²⁰

Der Antrag muss gemäß § 130 Abs 2 S 2 AktG Verdachtsgründe enthalten, die dafür sprechen, dass beim zu prüfenden Vorgang Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder der Satzung verwirklicht wurden. Bloße Vermutungen sind nicht ausreichend. Vielmehr müssen entsprechende Umstände, bspw durch Bescheinigungsmittel, glaubhaft gemacht werden.⁵²¹

Über den Minderheitsantrag entscheidet gemäß § 14 AktG der für den Sitz der Gesellschaft zuständige, zur Gerichtsbarkeit in Handelssachen berufene Gerichtshof erster Instanz im außerstreitigen Verfahren. Parteistellung haben sowohl die

⁵¹⁹ *Wünsch* in FS Egger, 557 (559f).

⁵²⁰ *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 130 Rz 14.

⁵²¹ *S. Schmidt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 118 Rz 33; *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 130 Rz 19.

Antragsteller als auch die Gesellschaft. Dem Aufsichtsrat kommt gemäß § 130 Abs 4 S 1 AktG nur ein Anhörungsrecht zu. Der Vorstand ist in dieser Bestimmung nicht explizit erwähnt. Da er jedoch gemäß § 79 Abs 1 AktG zur gerichtlichen Vertretung der Gesellschaft berufen ist, ist er gemäß § 15 AußStrG, der allen Parteien eines außerstreitigen Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme gibt, ebenso vom Gericht zu hören.⁵²²

Gemäß § 130 Abs 4 S 2 AktG kann die gerichtliche Bestellung von Revisoren von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden. Dies allerdings nur dann, wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Gesellschaft gegen die Antragsteller ein Ersatzanspruch nach § 133 Abs 4 S 2 AktG wegen vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Antragstellung, die entweder in einer Abweisung des Antrags durch das Gericht oder in einer ergebnislosen Durchführung der Sonderprüfung mündet, oder aufgrund anderer Vorschriften des bürgerlichen Rechts erwachsen kann. Da eine Bestellung von Revisoren jedoch nur erfolgt, wenn hinreichende Verdachtsgründe glaubhaft gemacht werden können, dürfte die Bescheinigung einer schuldhaften Antragstellung nur schwer zu erbringen sein. Die praktische Bedeutung des Sicherstellungsanspruchs ist daher als nur gemindert erheblich zu beurteilen.⁵²³

Die Kosten für die Sonderprüfung durch gerichtlich bestellte Revisoren trägt gemäß § 133 Abs 4 S 1 AktG die Gesellschaft.

(c) Ersetzung von in der Hauptversammlung gewählten Revisoren durch das Gericht

§ 130 Abs 3 AktG gibt einer Minderheit der Aktionäre, die zumindest 10 Prozent des Grundkapitals repräsentiert, das Recht, nach gemäß § 130 Abs 1 AktG erfolgter Bestellung von Sonderprüfern durch die Hauptversammlung bei Gericht die Bestellung anderer Sonderprüfer zu beantragen. Dieser Antrag muss gemäß § 130 Abs 3 S 2 AktG binnen zwei Wochen nach dem Tag der Hauptversammlung gestellt werden. Er kann nur dann erfolgreich sein, wenn Gründe in der Person des gewählten Prüfers vorliegen, die eine Eignung in Zweifel ziehen. Als Beispiele für solche Gründe sind in § 130 Abs 3 S 1 AktG mangelnde Kenntnisse, Befangenheit oder Zweifel an der Zuverlässigkeit des vorgesehenen Revisors genannt.

⁵²² Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser AktG II*⁵, § 130 Rz 18.

⁵²³ S. Schmidt in *Doralt/Nowotny/Kalss, AktG*, § 118 Rz 41; Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser, AktG II*⁵, § 130 Rz 29.

Die Hauptversammlung ist im Falle der gerichtlichen Umbestellung nur in eingeschränktem Maße in der Lage, über die durchzuführende Sonderprüfung zu disponieren. Sie kann zwar auf die gesamte Sonderprüfung verzichten. Ein erneutes Austauschen der Sonderprüfer ist jedoch nicht gestattet, da dies den Beschluss des Gerichts faktisch aufheben würde.⁵²⁴

(3) Umfang der Sonderprüfung

Gegenstand der Sonderprüfung sind nur einzelne Vorgänge im Zusammenhang mit der Gründung oder der Geschäftsführung der Gesellschaft, nicht aber die Gründung oder Geschäftsführung schlechthin.⁵²⁵ Prüfbar sind daher sowohl Handlungen, egal ob wirksam oder unwirksam, als auch Unterlassungen, wenn möglicherweise etwas zu veranlassen gewesen wäre. Die Vorgänge sind auf ihre Ordnungsmäßigkeit zu untersuchen und allfällige Pflichtwidrigkeiten aufzudecken.⁵²⁶ Unter dem Ausdruck „Geschäftsführung“ ist auch deren Kontrolle zu verstehen, was zur Prüfbarkeit von dem Aufsichtsrat zuzurechnenden Vorgängen führt. Dass § 130 Abs 1 S 1 AktG explizit auch Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und der Kapitalherabsetzung als Vorgänge der Geschäftsführung nennt, spricht nach richtiger Ansicht dafür, dass der Geschäftsführungsbegriff nicht eng auszulegen ist.⁵²⁷

Selbst wenn Vorgänge bereits in die Gründungs- oder Abschlussprüfung einbezogen wurden, in die nächste Abschlussprüfung einzubeziehen wären oder in einen Zeitraum fallen, für den den Mitgliedern der Verwaltungsorgane bereits die Entlastung erteilt worden ist, sind sie nicht von der Sonderprüfung ausgeschlossen.⁵²⁸

(4) Der Revisor

(a) Person

Die in § 131 Abs 1 AktG vorgegebenen Kriterien sind nur für Revisoren bedeutend, die gemäß § 130 Abs 2 und 3 AktG vom Gericht bestellt werden. Das Gericht darf somit

⁵²⁴ Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 130 Rz 27.

⁵²⁵ OGH 5 Ob 266/61, SZ 34/127; OGH 6 Ob 3/88 SZ 61/37 = JBl 1988, 383; Wunsch in FS Egger, 557 (568); S. Schmidt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 118 Rz 9; Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 130 Rz 2.

⁵²⁶ S. Schmidt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 118 Rz 1.

⁵²⁷ Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 130 Rz 2.

⁵²⁸ S. Schmidt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 118 Rz 12; Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 130 Rz 2.

nur Wirtschaftsprüfer oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften bestellen, deren Berechtigungsumfang und Zulassungsvoraussetzungen sich aus dem WTBG ergeben. Durch die Hauptversammlung bestellte Sonderprüfer unterliegen diesen Kriterien nicht. Dennoch ist es auch hier ratsam, auf die fachliche Eignung zu achten, da sonst eine Umbestellung durch das Gericht nach § 130 Abs 3 AktG möglich ist.

Die Ausschlussgründe nach § 131 Abs 2 AktG gelten hingegen sowohl für von der Hauptversammlung als auch für vom Gericht bestellte Revisoren. Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat und Angestellte der Gesellschaft oder einer mit ihr konzernmäßig verbundenen Gesellschaft sowie Personen, die auf die Geschäftsführung einer dieser Gesellschaften maßgebenden Einfluss haben, sind von der Bestellung als Revisoren ausgeschlossen.⁵²⁹ Bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes sind diesbezüglich mangelhafte Hauptversammlungsbeschlüsse nach §§ 195 ff AktG anfechtbar. Gegen fehlerhafte Beschlüsse des Gerichts kann Rekurs erhoben werden. Sollte von einer Anfechtung oder einem Rekurs abgesehen werden, ist nach richtiger Ansicht von einer Sanierung der Beschlüsse auszugehen.⁵³⁰

(b) Befugnisse

§ 133 Abs 1 AktG räumt dem Sonderprüfer ein umfassendes Bucheinsichtsrecht ein. Er ist berechtigt, in alle Bücher und Schriften einzusehen und die Gesellschaftskasse sowie die Waren- und Wertpapierbestände der Gesellschaft zu überprüfen. Da im Vorhinein nicht klar ist, welche Dokumente den Prüfungsgegenstand mittelbar oder unmittelbar berühren, hat der Vorstand die Einsicht in alle Dokumente zu gestatten.

Weiters wird das Bucheinsichtsrecht gemäß § 133 Abs 2 AktG um ein Auskunftsrecht ergänzt. Der Revisor hat daher die Möglichkeit, von Vorstand und Aufsichtsrat Auskünfte aller Art zu verlangen, um sein Informationsbedürfnis zu befriedigen. Sollten sich Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder der Auskunft verweigern ist dies im schriftlichen Prüfungsbericht festzuhalten.⁵³¹

⁵²⁹ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 131 Rz 3.

⁵³⁰ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 132 Rz 5, 6; aA S. Schmidt in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 119 Rz 7, die sich auf das öffentliche Interesse an einer unparteiischen Sonderprüfung stützt. Ein solches, über das der Aktionäre hinausgehendes Interesse ist mE aber nicht ersichtlich, weshalb diese Ansicht nicht überzeugen kann.

⁵³¹ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 133 Rz 3.

(c) Verantwortlichkeit

Die Verantwortlichkeit der Sonderprüfer richtet sich gemäß § 132 AktG sinngemäß nach § 275 UGB, der die Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers regelt. Sonderprüfer sind dementsprechend zur Verschwiegenheit verpflichtet und dürfen nicht unbefugt Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse verwerten, die sie bei ihrer Tätigkeit erfahren haben. Sie haben den Prüfungsgegenstand gewissenhaft und unparteiisch zu prüfen. Die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung dieser Pflichten zieht eine Schadenersatzpflicht nach sich. Die Ersatzsumme ist bei fahrlässiger Pflichtverletzung bei einer Sonderprüfung in kleinen oder mittelgroßen Gesellschaften mit EUR 2 Mio, bei einer Sonderprüfung in großen Gesellschaften mit EUR 4 Mio bzw. unter Umständen mit EUR 8 – 12 Mio begrenzt.

(5) *Ergebnis der Sonderprüfung*

Der Sonderprüfer hat gemäß § 133 Abs 3 S 1 AktG einen schriftlichen Bericht über das Ergebnis der Sonderprüfung zu verfassen und zu unterfertigen (einen gemeinsamen Bericht mehrerer Revisoren haben alle zu unterfertigen).⁵³²

Auszuklammern sind in dem Bericht gemäß § 133 Abs 3 S 2 AktG Tatsachen, deren Aufnahme geeignet ist, dem geprüften oder einem konzernmäßig verbundenen Unternehmen einen erheblichen Nachteil zuzufügen. Diese Bestimmung steht in Einklang mit der Bestimmung zur Verweigerung der Auskunft nach § 118 Abs 3 Z 1 AktG.

Der Bericht ist gemäß § 133 Abs 3 S 3 AktG unverzüglich nach Erstellung dem Vorstand und dem Aufsichtsrat vorzulegen und zum Firmenbuch einzureichen. Unklar ist, wer für die Einreichung zum Firmenbuch verantwortlich ist. ME sollte diese Verpflichtung den Vorstand als vertretungsbefugtes Organ der Gesellschaft treffen. Dafür spricht auch, dass nur die Vorstände von der Zwangsstrafdrohung des § 258 Abs 1 AktG betroffen sind, die die Verpflichtungen nach § 133 Abs 1-3 AktG explizit anführt.⁵³³

⁵³² Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 133 Rz 4.

⁵³³ Ebenso Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 133 Rz 7; aA S. Schmidt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 121 Rz 13, die die Verantwortung für die Vorlegung beim Firmenbuchgericht bei den Sonderprüfern sieht.

Der Prüfungsbericht ist vom Vorstand gemäß § 133 Abs 3 S 4 AktG in der Einberufung der nächsten Hauptversammlung als Gegenstand der Beschlussfassung anzukündigen. Der diesbezügliche Beschluss der Hauptversammlung kann sich jedoch auch auf eine bloße Kenntnisnahme beschränken.⁵³⁴

Sollte der Prüfungsbericht ein Ergebnis enthalten, das Ersatzansprüche gegen Aktionäre, durch §§ 39, 40 Abs 1 Z 1 und 2 sowie § 47 AktG verpflichtete Personen oder Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder begründen würde, senkt sich die für das Minderheitsverlangen auf Geltendmachung von Ersatzansprüchen notwendige Beteiligungsquote gemäß § 134 Abs 1 S 3 AktG von 10 Prozent auf 5 Prozent des Grundkapitals.⁵³⁵

⁵³⁴ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 133 Rz 8.

⁵³⁵ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, § 133 Rz 5.

b) Die Einsicht in das Aktienbuch (§ 61 AktG)

In Aktiengesellschaften ist gemäß § 61 AktG ein Aktienbuch zu führen. In dieses sind gemäß § 61 Abs 1 AktG alle Namensaktien mit Informationen über durch diese berechnigte Aktionäre einzutragen. Es sind der Name bzw. die Firma und die für die Zustellung maßgebliche Anschrift des Aktionärs, bei natürlichen Personen das Geburtsdatum, bei juristischen Personen ggf das Register und die Nummer, unter der die juristische Person in ihrem Herkunftsstaat geführt wird, sowie die Stückzahl oder die Aktiennummer bzw. bei Nennbetragsaktien der Betrag der Beteiligung anzuführen.

Das Aktienbuch wird nach höchstgerichtlicher Judikatur sowohl im Interesse der Gesellschaft als auch der Gesellschaft geführt.⁵³⁶ Es wird daher als eine gemeinschaftliche Urkunde im Sinne des § 304 Abs 2 ZPO angesehen. Die Einsicht in eine solche Urkunde ist gemäß Art XLIII EGZPO im Klagsweg durchsetzbar.

Zur Begründung des Einsichtsrechts reicht es der zitierten Entscheidung zufolge aus, dass der Einsicht suchende Aktionär seine Mitaktionäre nicht kennt, da das Interesse des Aktionärs am Inhalt des Aktienbuches besonders bei Namensaktien nicht unbeachtet zu bleiben hat. Gerade bei Namensaktien steht nämlich die Persönlichkeit des Aktionärs im Vordergrund. Sowohl der Gesellschaft als auch den Mitaktionären ist das Recht einzuräumen, zu erfahren, mit wem sie es zu tun haben.⁵³⁷

Zur Einsicht sind neben Namensaktionären auch Inhaberaktionäre berechnigt, sofern sie ihre Aktionärsseigenschaft der Gesellschaft gegenüber nachweisen können.⁵³⁸

⁵³⁶ OGH 8 Ob 260/65, SZ 38/198 = EvBl 1966/221 = JBl 1966, 260; zustimmend *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß, 197, und *Jabornegg/Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁴, § 61 Rz 10.

⁵³⁷ Ebenso *Jabornegg/Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁴, § 61 Rz 10.

⁵³⁸ *Kalss/Linder*, Minderheitsrechte, 17; *Jabornegg/Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁴, § 61 Rz 10.

B. Schweiz

1. Mit der Generalversammlung in Zusammenhang stehende Informationsrechte

a) Die Einberufung

(1) Modus

Art 700 OR regelt die Einberufung der Generalversammlung der schweizerischen AG. In Abs 1 dieser Bestimmung ist vorgeschrieben, dass die Generalversammlung zumindest 20 Tage vor dem angestrebten Versammlungstag einberufen werden muss. Im Hinblick auf die Form der Einberufung wird auf die Statuten der Gesellschaft verwiesen, die diesbezügliche Regelungen gemäß Art 626 ZZ 5, 7 OR enthalten müssen.

Bei Namensaktien erfolgt die Einberufung regelmäßig durch direkte Übermittlung an die gemäß Art 686 Abs 1 OR im Aktienbuch registrierte Adresse des Aktionärs. Inhaberaktien sind hingegen durch hinreichende Publikation zu informieren.⁵³⁹ Dies hat in der Praxis zur Folge, dass die Voraussetzungen des Art 696 Abs 2 OR erfüllt werden müssen, weil die dort für die Aktionäre vorgesehene Benachrichtigung von der Auflegung diverser Unterlagen am Gesellschaftssitz regelmäßig zusammen mit der Einberufung erfolgt. Die Einberufung wird daher wohl meist im Schweizerischen Handelsamtsblatt bekanntgegeben.⁵⁴⁰

Für die ordnungsgemäße Durchführung der Einberufung ist der Verwaltungsrat verantwortlich. Da dieser im monistischen System der schweizerischen AG sowohl für Geschäftsführungs- als auch Aufsichtsagenden verantwortlich ist sei hier angemerkt, dass in der Praxis wohl hauptsächlich die zur Geschäftsführung berufenen Organmitglieder die Einberufung durchführen.

(2) Inhalt

Die Einberufung muss gemäß Art 700 Abs 2 OR alle Verhandlungsgegenstände (auch als Traktande bezeichnet) anführen, da über nicht ordnungsgemäß angekündigte

⁵³⁹ Bockli, Aktienrecht³, § 12 Rz 75.

⁵⁴⁰ Dubs/Truffer in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 700 Rz 8; ebenso Bockli, Aktienrecht³, § 12 Rz 75.

Gegenstände keine verbindlichen Beschlüsse gefasst werden können (mit Ausnahme von Anträgen auf Einberufung einer außerordentlichen Generalversammlung, auf Durchführung einer Sonderprüfung und auf Wahl einer Revisionsstelle infolge des Begehrens eines Aktionärs gemäß Art 700 Abs 3 OR).⁵⁴¹ Der Verhandlungsgegenstand muss hinreichend umschrieben und für einen durchschnittlichen Aktionär bei sonstiger Anfechtbarkeit der diesbezüglichen Beschlüsse klar ersichtlich sein.⁵⁴² Ebenso anzuführen sind alle Anträge des Verwaltungsrats und der Aktionäre. Statutenänderungsanträge müssen in der Einberufung wörtlich wiedergegeben werden.⁵⁴³

Daneben hat die Einberufung selbstverständlich Angaben zu Zeit und Ort der Generalversammlung sowie diverse Anordnungen, die den problemlosen Ablauf der Versammlung garantieren, zu enthalten. Beispiele für solche Anordnungen sind nähere Vorschriften über die Hinterlegung von Inhaberaktien, die individuelle Stimmrechtsvertretung oder die Abgabe von Zutrittskarten.⁵⁴⁴

⁵⁴¹ Böckli, Aktienrecht³, § 12 Rz 92.

⁵⁴² BGer vom 7.6.1977, BGE 103 II 141 = *Nobel/Groner*, Aktienrechtliche Entscheide³ (2006), 242ff mit Anm der Autoren; BGer vom 7.7.1995, BGE 121 III 420.

⁵⁴³ Böckli, Aktienrecht³, § 12 Rz 96.

⁵⁴⁴ Vgl Böckli, Aktienrecht³, § 12 Rz 90f, 99f.

b) Die Bereitstellung des Geschäftsberichts

(1) Allgemeines

Art 696 OR sieht vor, dass Geschäfts- sowie Revisionsbericht spätestens 20 Tage vor der ordentlichen Generalversammlung am Sitz der Gesellschaft aufgelegt werden müssen. Die Aktionäre sind davon zu unterrichten. Diese Vorschrift ist zwingend und kann nicht durch die Satzung abgeschwächt oder ausgeschlossen werden.⁵⁴⁵ Sie regelt die von der Verwaltung zu erbringende, generelle Information (im Gegensatz zur speziellen Information auf Auskunftsverlangen⁵⁴⁶) und hat vor allem zum Ziel, den Aktionären eine konsequente Vorbereitung auf die Generalversammlung zu ermöglichen.

(2) Form der Bekanntgabe

Art 696 Abs 2 OR setzt Mindestmaßstäbe für die Form der Bekanntgabe der Auflegung fest. Namensaktionäre, die im Aktienbuch eingetragen sind, sind persönlich durch schriftliche Mitteilung zu unterrichten. Inhaberaktionäre müssen hingegen zumindest durch die Publikation der Bekanntgabe im Schweizerischen Handelsamtsblatt informiert werden. Sind der Gesellschaft alle Inhaberaktionäre bekannt, so können sie, auch nur implizit, auf die Publikation verzichten.⁵⁴⁷ In jedem Fall können die Statuten der Gesellschaft allerdings weitere Informationsarten vorsehen.

Die Bekanntgabe hat gemäß Art 696 Abs 1 OR jedenfalls spätestens 20 Tage vor der ordentlichen Generalversammlung zu erfolgen und ist empfangsbedürftig. Sie muss den Aktionären daher vor Beginn des Fristenlaufs zugegangen sein.⁵⁴⁸

(3) Aufzulegende Unterlagen

Art 696 Abs 1 OR legt fest, dass der Geschäftsbericht und der Revisionsbericht zur Einsicht aufgelegt werden müssen.

⁵⁴⁵ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 696 Rz 2.

⁵⁴⁶ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 1; genauer zum Verhältnis spezieller und genereller Information Eppenberger, Information des Aktionärs – Auskunfts- oder Mitteilungspflicht? (1990), 5, 64 ff, 96 ff; Binder, Die Verfassung der Aktiengesellschaft (1987), 79 ff.

⁵⁴⁷ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 696 Rz 7.

⁵⁴⁸ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 696 Rz 7.

Der Geschäftsbericht setzt sich gemäß Art 662 OR aus Jahresrechnung (Erfolgsrechnung, Bilanz und Anhang) und Jahresbericht, sowie ggf der Konzernrechnung zusammen. Er hat über den Vermögensstand und die Tätigkeit der Gesellschaft im letzten Geschäftsjahr Auskunft zu geben sowie den Jahresbeschluss zu erläutern.⁵⁴⁹ Er ist so abzufassen, dass er sich als Grundlage für die Diskussion des Jahresergebnisses eignet und den Aktionären ein Bild der Lage der Gesellschaft vermittelt.⁵⁵⁰

Der von der Revisionsstelle gemäß Art 728b, 728c, sowie 729b, 729c OR zu verfassende Revisionsbericht hat Angaben darüber zu enthalten, ob die Buchführung und die Jahresrechnung sowie der Anhang dem Gesetz und den Statuten entsprechen bzw. inwiefern sie davon abweichen.⁵⁵¹ Außerdem hat die Revisionsstelle im Bericht Anträge auf Abnahme oder Rückweisung der Jahresrechnung sowie eine Stellungnahme zum Gewinnverteilungsvorschlag des Verwaltungsrats zu enthalten.⁵⁵²

(4) Zustellung der Unterlagen

Gemäß Art 696 Abs 1 OR können die Aktionäre der Gesellschaft die unverzügliche Übermittlung der aufgrund dieser Vorschrift aufzulegenden Unterlagen verlangen. Auf dieses Recht muss die Gesellschaft ihre Aktionäre hinweisen.⁵⁵³

Nach der Generalversammlung verfügen die Aktionäre gemäß Art 696 Abs 3 OR während eines Jahres über das Recht, den Geschäftsbericht in seiner bereits genehmigten Form sowie den Revisionsbericht zugestellt zu bekommen.

Die Kosten für Zustellung und Versand sind von der Gesellschaft zu tragen.⁵⁵⁴

⁵⁴⁹ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 696 Rz 5.

⁵⁵⁰ *Bürgi* in Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V5b/1 (1957), Art 697 Rz 23; *Eppenberger*, Information, 86f; *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 696 Rz 5.

⁵⁵¹ *Böckli*, Aktienrecht³, § 15 Rz 149.

⁵⁵² *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 696 Rz 6.

⁵⁵³ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 696 Rz 8; *Böckli*, Aktienrecht³, § 12 Rz 80.

⁵⁵⁴ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 696 Rz 8; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 40 Rz 165 Fn 34.

c) Das Auskunftsrecht in der Generalversammlung

(1) Allgemeines

Im Gegensatz zu Art 696 OR, der die Gesellschaft zur allgemeinen Information ihrer Aktionäre verpflichtet, ermöglicht das Auskunftsrecht gemäß Art 697 Abs 1, 2 OR es den Aktionären, sich auf individuelles Bedürfnis speziell zu informieren.⁵⁵⁵ Dieser Bestimmung zufolge haben stimmberechtigte Aktionäre nämlich das Recht, in der Generalversammlung Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft sowie Durchführung und Ergebnis der Prüfung der Revisionsstelle zu verlangen. Stimmrechtslose Aktionäre sind vom Auskunftsrecht ausgeschlossen. Dies wird aus der Bestimmung des Art 656c OR abgeleitet, der Partizipanten das Stimm- und Auskunftsrecht versagt. Dementsprechendes hat daher auch für Aktionäre zu gelten, deren Rechtsposition der eines Partizipanten ähnelt.⁵⁵⁶ Die Auskunft ist sodann bei Vorliegen aller noch zu erörternden Voraussetzungen nicht nur dem Einzelaktionär sondern kollektiv der Aktionärsgesamtheit zu erteilen.⁵⁵⁷

Das Auskunftsrecht nach Art 697 OR kann nicht über die gesetzlichen Voraussetzungen hinaus beschränkt werden.⁵⁵⁸ Es hat nach richtiger Ansicht vor allem Schutzrechtscharakter, da es den effizienten Gebrauch der Mitwirkungsrechte ermöglicht.⁵⁵⁹ Dennoch kann es auch selbständig geltend gemacht werden.⁵⁶⁰

(2) Auskunftspflichtige

Die Adressaten des Auskunftsbegehrens sind in Art 697 Abs 1 OR sehr klar geregelt. So hat der Verwaltungsrat Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft, die Revisionsstelle nur Auskunft über Durchführung und Ergebnis ihrer Prüfung zu erteilen.

⁵⁵⁵ Vgl *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 1; wie bereits oben genauer zum Verhältnis spezieller und genereller Information *Eppenberger*, Information, 5, 64 ff, 96 ff; *Binder*, Verfassung, 79 ff.

⁵⁵⁶ *Marolda Martinez*, Information der Aktionäre nach schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht (2006), 130.

⁵⁵⁷ *Eppenberger*, Information, 126 f; *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 2; *Huguenin Jacobs*, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht (1994), 192.

⁵⁵⁸ *Forstmoser*, Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs, SnA 11, 85 (99); *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 2.

⁵⁵⁹ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 1; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 40 Rz 141; *Gabrielli*, Das Verhältnis des Rechts auf Auskunftserteilung zum Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung (1997), 16; vgl auch *Marolda Martinez*, Information, 146; aA noch BGER vom 18.2.1969, BGE 95 II 157.

⁵⁶⁰ Vgl BGER vom 4.5.1983, BGE 109 II 47.

Der Verwaltungsrat ist daher zur Beantwortung aller generellen Fragen, bspw zur Jahresrechnung, berufen. Die Revisionsstelle ist nur spezifisch auskunftspflichtig.

(3) *Umfang der Auskunftspflicht*

(a) Im Allgemeinen

Art 697 OR zu Folge ist Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu erteilen. Der Umfang der Angelegenheiten, über die Aktionäre berechtigterweise Auskunft fordern können, ist in der Lehre umstritten. Die wohl mehrheitlich vertretene Ansicht geht davon aus, dass prinzipiell keine sachliche Beschränkung besteht und somit alle Angelegenheiten der Gesellschaft dem Auskunftsbegehren der Aktionäre unterliegen.⁵⁶¹ Im Gegensatz dazu ist die Auskunft der „Spiegelbild-Theorie“ zufolge auf jene Aspekte beschränkt, die aus den Dokumenten gemäß Art 696 OR (also dem Geschäftsbericht) hervorgehen.⁵⁶² ME ist der Mehrheitsmeinung diesbezüglich der Vorzug zu geben. Einerseits spricht der Gesetzeswortlaut nicht für eine Beschränkung der Auskunftspflicht, da er in keiner Weise auf Art 696 OR hin- oder verweist. Andererseits führt die Spiegelbild-Theorie dazu, dass das Recht auf Auskunft zum Recht auf Erläuterung des Geschäftsberichtes verkommt.⁵⁶³ Die Anerkennung des selbstständigen Charakters des Auskunftsrechts durch das BGer⁵⁶⁴ deutet aber recht eindeutig darauf hin, dass es mehr als eine bloße Erläuterungsfunktion hat.⁵⁶⁵ Prinzipiell ist daher von vornherein kein Unternehmensbereich (wie bspw Personalpolitik, Unternehmensstrategie, Forschung oder Entwicklung) vom Auskunftsverlangen der Aktionäre ausgenommen.⁵⁶⁶ Vielmehr kann die Auskunftsverweigerung erst bei Vorliegen von Verweigerungsgründen erfolgen.

(b) Im Konzern

Konzernverhältnisse zu hundertprozentigen Tochtergesellschaften unterliegen der Lehre zufolge jedenfalls dem Auskunftsrecht der Aktionäre.⁵⁶⁷ Auch bei bloßer

⁵⁶¹ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 12; *Marolda Martinez*, Information, 132f; *Böckli*, Aktienrecht³, § 12 Rz 153; *Kunz*, Das Informationsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung, AJP 2001, 883 (888).

⁵⁶² *Eppenberger*, Information, 143 ff; *Nobel*, Aktienrechtliche Entscheide² (1991), 230.

⁵⁶³ So auch *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 12.

⁵⁶⁴ Unter anderem BGer vom 12.7.1956, BGE 82 II 216; BGer vom 4.6.2003, 4C.234/2002.

⁵⁶⁵ *Marolda Martinez*, Information, 132f.

⁵⁶⁶ *Kunz*, AJP 2001, 883 (888).

⁵⁶⁷ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 15; *Bertschinger*, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Rz 320.

Mehrheitsbeteiligung wird vom Großteil der Lehre mE zu Recht ein Auskunftsrecht der Aktionäre der Muttergesellschaft über die Verhältnisse der Tochtergesellschaft bejaht.⁵⁶⁸ Diverse Judikate lassen sich in diese Richtung interpretieren, die Frage selbst wurde jedoch bisher nicht eindeutig höchstgerichtlich entschieden.⁵⁶⁹

Bei bloßen Minderheitsbeteiligungen ist zu beachten, dass die absolute Geheimhaltungspflicht der Gesellschaft, die gegenüber Dritten bestehen kann, nicht verletzt wird.⁵⁷⁰

(4) Voraussetzungen der Auskunftserteilung

Auskunft ist Art 697 OR zufolge insoweit zu erteilen, als sie für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist und keine Geschäftsgeheimnisse oder schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gefährdet. Andernfalls kann die Auskunft verweigert werden. Diese eher vagen Formulierungen („Blankettnormen“⁵⁷¹) bedürfen näherer Betrachtung und Auslegung, um ihren legistischen Gehalt zu definieren.

(a) Erforderlichkeit

Die verlangten Auskünfte müssen für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich sein. Es ist daher notwendig, dass ein Zusammenhang zwischen der begehrten Auskunft und den zur Abstimmung stehenden Beschlussgegenständen besteht.⁵⁷² Darüber hinaus ist wohl kein allzu strenger Maßstab an die Erforderlichkeit zu stellen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass eine Informationserteilung dann erforderlich ist, wenn sie „für die informierte Rechtsausübung eines Durchschnittsaktionärs notwendig ist“.⁵⁷³

(b) Keine Verletzung von Geschäftsgeheimnissen und schutzwürdige Interessen

Die Auskunft wird zu Recht verweigert, wenn sie Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft betreffen soll.

⁵⁶⁸ Forstmoser, SnA 11, 85 (101); Horber, Die Informationsrechte des Aktionärs (1995), Rz 903 ff insb 915 ff; Marolda Martinez, Information, 236ff; eher ablehnend Eppenberger, Information, 157 f.

⁵⁶⁹ OGer ZH vom 28.6.1967, SAG 1973, 49; Cour de Justice Genf vom 21.6.1991 und 23.1.1992, SZW 1993, 59ff mit Anm Thevenoz.

⁵⁷⁰ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 15; Forstmoser, SnA 11, 85 (101).

⁵⁷¹ Kunz, AJP 2001, 883 (885).

⁵⁷² Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 7; BGer vom 4.6.2003, 4C.234/2002.

⁵⁷³ Forstmoser, SnA 11, 85 (94); in diesem Sinne auch Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 7; Kunz, AJP 2001, 883 (888).

Geschäftsgeheimnisse können generell in absolute Geschäftsgeheimnisse (bspw Geheimhaltungspflicht gegenüber Dritten) und relative Geschäftsgeheimnisse (bspw Geheimhaltungspflicht aus Eigeninteresse) unterteilt werden.⁵⁷⁴ Absolute Geschäftsgeheimnisse dürfen keinesfalls offenbart werden, relative Geschäftsgeheimnisse unterliegen einer Abwägung zwischen dem Interesse der Aktionäre und dem Interesse der Gesellschaft.⁵⁷⁵ Die „anderen schutzwürdigen Gesellschaftsinteressen“ müssen eine vergleichbare Interessensintensität wie die Geschäftsgeheimnisse aufweisen.⁵⁷⁶

Für die angesprochene Interessensabwägung können im Einzelfall verschiedenste Faktoren und Umstände wie bspw der Zeitpunkt und Hintergrund der Anfrage oder die Struktur und Größe der AG in Betracht gezogen werden. Bei offenbarem Rechtsmissbrauch ist keine Auskunft zu geben.⁵⁷⁷ Früher wurde in der Judikatur vertreten, dass die Gesellschaft ihr Geheimhaltungsinteresse bloß glaubhaft machen müsse, um die Auskunft verweigern zu können.⁵⁷⁸ Nach neuerer Rechtsprechung muss die die Auskunftsverweigerung begründende Gefährdung nunmehr durch konkretes Vorbringen behauptet und wahrscheinlich sein.⁵⁷⁹ Nach heutiger Auffassung hat der Verweigerung der Auskunft Ausnahmecharakter zuzukommen.⁵⁸⁰

(5) Klagerecht nach Art 697 Abs 4 OR

Sollte den Aktionären die Auskunft zu Unrecht verweigert werden (dem gleichzuhalten ist ein bloßes Nichtbehandeln des Auskunftsverlangens⁵⁸¹) steht ihnen gemäß Art 697 Abs 4 OR das Recht zu, die Auskunft durch Klage bei Gericht zu erzwingen. Die Klage kann nicht nur von dem Aktionär, der in der Generalversammlung die Auskunft verlangt hat, sondern von jedem Aktionär erhoben werden. Dies ist insofern schlüssig, als sich durch das Auskunftsverlangen eines Einzelaktionärs eine Auskunftspflicht gegenüber der Aktionärsgesamtheit ergibt.⁵⁸² Die Klage ist an keine

⁵⁷⁴ Kunz, AJP 2001, 883 (889); Forstmoser, SnA 11, 85 (95).

⁵⁷⁵ Forstmoser, SnA 11, 85 (96); Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 9.

⁵⁷⁶ Kunz, AJP 2001, 883 (889).

⁵⁷⁷ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 11.

⁵⁷⁸ BGer vom 12.7.1956, BGE 82 II 216.

⁵⁷⁹ BGer vom 4.5.1983, BGE 109 II 47.

⁵⁸⁰ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 10; Von Büren/Stoffel/Weber, Grundriss des Aktienrechts² (2007), Rz 935.

⁵⁸¹ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 21.

⁵⁸² Marolda Martinez, Information, 220f.

Frist gebunden. Es sollte aber bedacht werden, dass sie bei zu langem Zuwarten als rechtsmissbräuchlich empfunden werden könnte.⁵⁸³

Im Klagebegehren muss das Auskunftsverlangen konkret umschrieben sein. Generelle Auskünfte zu verlangen ist nicht gestattet.⁵⁸⁴ Dennoch ist an die Genauigkeit der Umschreibung kein allzu hoher Maßstab anzusetzen, da der Aktionär wohl meist aus einer Situation des mangelhaften Wissens heraus handelt. Der Aktionär ist prinzipiell verpflichtet den Beweis zu erbringen, dass sein Auskunftsbegehren zu Unrecht abgelehnt wurde. Dennoch trifft die Gesellschaft eine Darlegungspflicht bezüglich ihrer schutzwürdigen Interessen.⁵⁸⁵

Über die Klage entscheidet der am Sitz der Gesellschaft zuständige Einzelrichter im summarischen Verfahren per Entscheid.⁵⁸⁶

(6) Mangelhafte Auskunftserteilung

Ist die Auskunftserteilung mangelhaft sind die Beschlüsse, die auf ihrer Basis ergangen sind, anfechtbar. Zu denken ist hierbei jedoch nicht nur an fehlerhafte Auskünfte sondern auch bspw an eine Verletzung der in den Statuten vorgeschriebenen Form der Bekanntgabe.⁵⁸⁷

⁵⁸³ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 20.

⁵⁸⁴ Böckli, Aktienrecht³, § 12 Rz 163; Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 21; Marolda Martinez, Information, 217ff.

⁵⁸⁵ Böckli, Aktienrecht³, § 12 Rz 164.

⁵⁸⁶ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 20, 23; detailliert zu den prozessualen Bedingungen der Klage auf Auskunftserteilung Marolda Martinez, Information, 208.

⁵⁸⁷ Vgl Eppenberger, Information, 126f.

d) Die Einsicht in das Protokoll der Generalversammlung

Der Verwaltungsrat hat gemäß Art 702 Abs 2 OR für die Führung des Protokolls der Generalversammlung zu sorgen. Dieses Protokoll ist in erster Linie ein Beschlussprotokoll. Es gibt vor allem die Anträge und die Ergebnisse der Abstimmungen und Wahlen wieder.⁵⁸⁸ Darüber hinaus ist ein gesetzlicher Mindestinhalt des Protokolls vorgeschrieben. So hat es Angaben zu Anzahl, Art, Nennwert und Kategorie der Aktien die von Aktionären, Organen, unabhängigen Stimmrechtsvertretern oder Depotvertretern vertreten werden, zu enthalten. Auch alle von den Aktionären begehrten Auskünfte und die diesbezüglichen Antworten sowie die zu Protokoll gegebenen Erklärungen der Aktionäre müssen protokolliert werden.

Den Aktionären steht gemäß Art 702 Abs 3 OR das Recht zu, die Protokolle der Generalversammlung einzusehen. Solche sind jedenfalls schriftlich zu verfassen.⁵⁸⁹ Der Verwaltungsrat hat die Einsicht zu ermöglichen.⁵⁹⁰

⁵⁸⁸ *Dubs/Truffer* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 702 Rz 26.

⁵⁸⁹ *Tanner* in Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch² V5b, Art 702 Rz 218.

⁵⁹⁰ *Tanner* in Zürcher Kommentar ZGB, Art 702 Rz 251.

2. Mit besonderen Maßnahmen in Zusammenhang stehende Informationsrechte

Gemäß Art 821a Abs 1 OR sind bezüglich der Folgen der Auflösung der schweizerischen GmbH die Vorschriften des schweizerischen Aktienrechts anwendbar. Die rechtliche Anpassung der Strukturen bei einer Fusion, Spaltung, Umwandlung oder Vermögensübertragung regelt das FusG gemäß Art 1 Abs 1 FusG für alle Kapitalgesellschaften gleichermaßen. Wird daher in diesem Abschnitt der Begriff „Gesellschaft“ verwendet, so sind darunter sowohl GmbH als auch AG zu verstehen. Ebenso umfasst der Begriff „Gesellschafter“ in diesem Abschnitt GmbH-Gesellschafter und Aktionäre gleichermaßen.

a) Fusion

(1) Allgemeines

Fusion nach dem FusG ist die rechtliche Vereinigung von zwei oder mehreren Gesellschaften durch Vermögensübernahme ohne Liquidation. In der Regel werden dabei den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft Anteils- und Mitgliedschaftsrechte am übernehmenden Rechtsträger eingeräumt. Die übertragende Gesellschaft wird gemäß Art 3 Abs 2 FusG aufgelöst, im Handelsregister gelöscht und die Gesamtheit ihrer Aktiven und Passiven geht durch Universalsukzession auf die übernehmende Gesellschaft über.⁵⁹¹

Unterschieden werden gemäß Art 3 Abs 1 FusG die Absorptionsfusion und die Kombinationsfusion.⁵⁹² Bei der Absorptionsfunktion wird das Unternehmensvermögen der einen Gesellschaft von einer anderen, bereits bestehenden Gesellschaft übernommen (in Österreich mit der „Verschmelzung durch Aufnahme“ vergleichbar). Hingegen werden bei der Kombinationsfunktion zwei oder mehrere Gesellschaften in einer neu zu gründenden Gesellschaft zusammengeführt (vergleichbar der österreichischen „Verschmelzung durch Neugründung“).

Über die Fusion ist ein Fusionsvertrag zu errichten, dessen Inhalt sich nach Art 13 FusG bestimmt.

(2) Fusionsbericht

Gemäß Art 14 Abs 1 FusG müssen die obersten Leitungs- und Verwaltungsorgane (Verwaltungsrat, Geschäftsführer) der beteiligten Gesellschaften gemeinsam oder getrennt einen schriftlichen Bericht über die Fusion verfassen. Zweck dieser Bestimmung ist es, den Gesellschaftern die erforderlichen Informationen als Entscheidungsgrundlage für eine sachgerechte Beschlussfassung über die beantragte Fusion zur Verfügung zu stellen.⁵⁹³ Sie hat daher vor allem den Schutz der Gesellschafter im Auge.⁵⁹⁴ In diesem Bericht sind gemäß Art 14 Abs 3 lit a-k FusG folgende Themenbereiche sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich im Hinblick auf eine

⁵⁹¹ Botschaft FusG, 4391.

⁵⁹² *Tschäni/Papa* in Basler Kommentar zum Fusionsgesetz (2005), Art 3 Rz 3.

⁵⁹³ Vgl Botschaft FusG, 4410.

⁵⁹⁴ Vgl *Kühni* in Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Art 14 Rz 6.

Ermöglichung der Plausibilitätskontrolle und auf eventuelle Besonderheiten der involvierten Gesellschaften ausreichend detailliert zu erläutern, wo dies sachgerecht ist.⁵⁹⁵

- der Zweck und die Folgen der Fusion;
- der Fusionsvertrag;
- das Umtauschverhältnis für Anteile bzw. ggf die Höhe der Ausgleichszahlungen und die Mitgliedschaftsstellung der Gesellschafter der übertragenden in der übernehmenden Gesellschaft;
- ggf die Höhe der Abfindung und die Gründe, weshalb nur eine solche gewährt wird;
- Besonderheiten bei der Bewertung der Anteile;
- der Umfang einer ggf notwendigen Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft;
- eine ggf notwendige Nachschusspflicht oder andere persönliche Leistungspflichten oder Haftungen, die sich für die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft aus der Fusion ergeben;
- Pflichten, die bei Fusionen von Gesellschaften mit verschiedener Rechtsform den Gesellschaftern in der neuen Rechtsform in Hinkunft auferlegt werden können;
- Auswirkungen der Fusion auf die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie Hinweise auf den Inhalt eines allfälligen Sozialplans;
- Auswirkungen der Fusion auf die Gläubiger der Gesellschaften;
- ggf Hinweise auf erteilte und ausstehende behördliche Bewilligungen.

Bei einer Kombinationsfusion ist dem Fusionsbericht zudem gemäß Art 14 Abs 4 FusG der Entwurf der Statuten der neuen Gesellschaft beizufügen.

⁵⁹⁵ Kühni in Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Art 14 Rz 28, 37.

(3) Prüfungsbericht

Gemäß Art 15 Abs 1 OR müssen die beteiligten Gesellschaften den gemäß Art 12 FusG abzuschließenden Fusionsvertrag, den Fusionsbericht sowie die der Fusion zu Grunde liegende Bilanz durch besonders befähigte Revisoren prüfen lassen. Unter „besonders befähigte Revisoren“ sind Revisionsunternehmen zu verstehen, die nach den Vorschriften des RAG⁵⁹⁶ staatlich beaufsichtigt sind.

Diese Vorschrift ist vorrangig auf die Überprüfung der Vertretbarkeit des Umtauschverhältnisses und der Angemessenheit der Bewertungsmethode, die bei der Bewertung der Gesellschaften verwendet wurde, gerichtet⁵⁹⁷, und dient nach richtiger Ansicht dem Gesellschafterschutz.⁵⁹⁸

Alle an der Fusion beteiligten Gesellschaften haben den Revisoren gemäß Art 15 Abs 3 FusG die für eine eingehende Beurteilung von Fusionsvertrag, Fusionsbericht sowie Bilanz erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen. Weiters haben sie, soweit zweckmäßig, sowohl mündliche als auch schriftliche Auskünfte zu erteilen.⁵⁹⁹

Die Revisoren haben sodann einen schriftlichen Bericht zu erstellen. Gemäß Art 15 Abs 4 lit a-e FusG muss darin jedenfalls dargelegt werden:

- ob die vorgesehene Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft zur Wahrung der Rechte der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft genügt;
- ob das Umtauschverhältnis für die Anteile bzw. die Abfindung vertretbar ist;
- nach welcher Methode das Umtauschverhältnis ermittelt wurde und warum diese Methode angemessen war;
- welche jeweils relative Bedeutung den ggf verschiedenen angewandten Methoden zukam;

⁵⁹⁶ SR 221.302.

⁵⁹⁷ *Kühni* in Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Art 15 Rz 1.

⁵⁹⁸ *Gelzer* in Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz (2004), Art 15 Rz 7; *Kühni* in Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Art 15 Rz 8; aA *Combæuf* in Stämpfli Handkommentar zum FusG (2003), Art 15 Rz 4; *Böckli*, Aktienrecht³, § 3 Rz 115, 242.

⁵⁹⁹ *Kühni* in Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Art 15 Rz 36ff.

- welche Besonderheiten bei der Bewertung der Anteile im Hinblick auf die Festsetzung des Umtauschverhältnisses zu beachten waren.

Gesellschaften, die bloß kleine oder mittlere Unternehmen gemäß Art 2 lit e FusG⁶⁰⁰ darstellen, können unter Zustimmung aller Gesellschafter gemäß Art 15 Abs 2 FusG auf die Prüfung verzichten.

(4) Einsichtsrecht der Gesellschafter

Art 16 FusG räumt den Gesellschaftern von an Fusionen beteiligten Gesellschaften spezifische Einsichtsrechte ein. So sind die Gesellschaften gemäß Art 16 Abs 1 lit a-d FusG verpflichtet, den Gesellschaftern in einem Zeitraum von 30 Tagen vor der Beschlussfassung über die Fusion Einsicht in Fusionsvertrag, Fusionsbericht, Prüfungsbericht, Jahresrechnungen und Jahresberichte der letzten Geschäftsjahre sowie ggf in die Zwischenberichte zu gewähren. Die Gesellschafter aller an der Fusion beteiligten Gesellschaft sind berechtigt, bei allen Gesellschaften Einsicht zu nehmen. Die Frist von 30 Tagen ist als gesetzliche Mindestfrist zu verstehen.⁶⁰¹ Weiters sind alle Gesellschafter gemäß Art 16 Abs 3 FusG berechtigt, von der Gesellschaft unentgeltliche Kopien der oben aufgeführten Unterlagen zu verlangen.

Die Gesellschaften haben ihre Gesellschafter gemäß Art 16 Abs 4 FusG auf die Möglichkeit zur Einsichtnahme in geeigneter Form hinzuweisen. Eine derartige Mitteilung hat alle Gesellschafter zu erreichen. Sofern dies gewährleistet ist, ist eine spezielle Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt nicht erforderlich.⁶⁰²

Gesellschaften, die kleine und mittlere Unternehmen darstellen, können gemäß Art 16 Abs 2 FusG unter Zustimmung aller Gesellschafter auf das Einsichtsverfahren verzichten.

⁶⁰⁰ Legaldefinition der kleinen und mittleren Unternehmen in Art 2 lit e FusG: Gesellschaften, die keine Anleiheobligationen ausstehend haben, deren Anteile nicht an der Börse kotiert sind und die überdies zwei der nachfolgenden Größen nicht in den zwei letzten dem Fusions-, dem Spaltungs- oder dem Umwandlungsbeschluss vorangegangenen Geschäftsjahren überschreiten:

1. Bilanzsumme von 20 Mio SFR
2. Umsatzerlös von 40 Mio SFR
3. 200 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt.

⁶⁰¹ Kühni in Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Art 16 Rz 6, 8.

⁶⁰² Botschaft FusG 4416.

(5) Erleichterung der Informationspflichten

Wenn die Gesellschaften die in Art 23 Abs 1 FusG⁶⁰³ festgelegten Anteilsriterien erfüllen, sind sie gemäß Art 24 Abs 1 FusG von der Verpflichtung zur Erstellung eines Fusionsberichts, von der gemäß Art 15 FusG notwendigen Prüfung sowie von der verpflichtenden Gewährung der Einsicht befreit. Weiters können sie diverse, in Art 13 FusG festgeschriebene Inhaltspunkte des Fusionsvertrags ignorieren.

Werden hingegen die Anteilsriterien nach Art 23 Abs 2 FusG⁶⁰⁴ erfüllt, muss die Einsicht gemäß Art 24 Abs 2 FusG zumindest innerhalb von 30 Tagen vor der Anmeldung der Fusion zur Eintragung ins Handelsregister gewährt werden. Darüber hinaus sind im Gegensatz zu Art 24 Abs 1 FusG zusätzliche Punkte in den Fusionsvertrag aufzunehmen.

⁶⁰³ Art 23 Abs 1: Kapitalgesellschaften können unter erleichterten Voraussetzungen fusionieren, wenn:

- a. die übernehmende Kapitalgesellschaft alle Anteile der übertragenden Kapitalgesellschaft besitzt, die ein Stimmrecht gewähren; oder
- b. ein Rechtsträger, eine natürliche Person oder eine gesetzlich oder vertraglich verbundene Personengruppe, alle Anteile der an der Fusion beteiligten Kapitalgesellschaften besitzt, die ein Stimmrecht gewähren.

⁶⁰⁴ Art 23 Abs 2: Besitzt die übernehmende Kapitalgesellschaft nicht alle, jedoch mindestens 90 Prozent der Anteile der übertragenden Kapitalgesellschaft, die ein Stimmrecht gewähren, so kann die Fusion unter erleichterten Voraussetzungen erfolgen, wenn den Inhaberinnen und Inhabern von Minderheitsanteilen:

- a. neben Anteilsrechten an der übernehmenden Kapitalgesellschaft eine Abfindung nach Artikel 8 angeboten wird, die dem wirklichen Wert der Anteile entspricht; und
- b. aus der Fusion weder eine Nachschusspflicht, eine andere persönliche Leistungspflicht noch eine persönliche Haftung erwächst.

b) Spaltung

(1) Allgemeines

Das FusG regelt zwei verschiedene Formen der Spaltung. Unterschieden wird gemäß Art 29 FusG zwischen der Aufspaltung und der Abspaltung.

Bei der Aufspaltung überträgt eine Gesellschaft ihr gesamtes Vermögen direkt auf zwei oder mehrere Gesellschaften. Sie wird sodann aufgelöst und im Handelsregister gelöscht. Bei der Abspaltung überträgt eine Gesellschaft nur einen oder mehrere Teile ihres Vermögens auf andere Gesellschaften.

Wird das Vermögen auf bereits bestehende Gesellschaften übertragen, spricht man von einer „Spaltung zur Übernahme“. In diesem Fall muss gemäß Art 36 Abs 1 FusG ein Spaltungsvertrag zwischen den beteiligten Gesellschaften abgeschlossen werden. Wird das Vermögen hingegen auf eine neu zu gründende Gesellschaft übertragen, so spricht man von einer „Spaltung zur Neugründung“. In diesem Fall muss gemäß Art 36 Abs 2 FusG ein Spaltungsplan erstellt werden.⁶⁰⁵

Den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft werden in beiden Fällen Anteilsrechte an der oder den übernehmenden Gesellschaften zugewiesen bzw. werden sie mit Ausgleichszahlungen bedacht.

(2) Spaltungsbericht

Gemäß Art 39 FusG müssen die obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane einen Spaltungsbericht erstellen, in dem verschiedene Aspekte der Spaltung rechtlich und wirtschaftlich erläutert werden. Der Zweck dieses Berichts und die spezifische gesetzliche Ausgestaltung sind denen des Fusionsberichts nach Art 14 FusG vergleichbar. Die verpflichtenden Themenbereiche des Spaltungsberichts unterscheiden sich allerdings von denen des Fusionsberichts. Im Spaltungsbericht erläutert werden müssen gemäß Art 39 Abs 3 lit a-h FusG:

- Zweck und Folgen der Spaltung;
- der Spaltungsvertrag oder der Spaltungsplan;

⁶⁰⁵ Vgl Botschaft FusG 4430 ff; *Watter/Büchi* in Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Art 29 Rz 6.

- das Umtauschverhältnis für Anteile und ggf die Höhe der Ausgleichszahlungen bzw die Mitgliedschaft der Gesellschafter der übertragenden bei der übernehmenden Gesellschaft;
- Besonderheiten bei der Bewertung der Anteile im Hinblick auf die Festsetzung des Umtauschverhältnisses;
- ggf die Nachschusspflicht sowie andere persönliche Leistungspflichten und Haftungen die sich für die Gesellschafter aus der Spaltung ergeben können;
- bei Beteiligung von Gesellschaften mit unterschiedlicher Rechtsform die Pflichten, die den Gesellschaftern in einer neuen Rechtsform auferlegt werden können;
- die Auswirkungen der Spaltung auf die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften sowie die Hinweise auf den Inhalt eines allfälligen Sozialplans;
- die Auswirkungen der Spaltung auf die Gläubiger der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften.

Auch dem Spaltungsbericht muss bei Neugründung einer Gesellschaft im Rahmen der Spaltung ein Entwurf der Statuten der neuen Gesellschaft beigelegt werden (Art 39 Abs 4 FusG).

Gesellschaften, die kleine und mittlere Unternehmen darstellen, kommt das Recht zu, auf die Erstellung des Spaltungsberichts zu verzichten (Art 39 Abs 2 FusG).

(3) Prüfungsbericht

Art 40 FusG erklärt mittels Legalverweis die Bestimmungen über den Prüfungsbericht bei der Fusion gemäß Art 15 FusG sinngemäß anwendbar. Es wird daher auch hier auf die oben zu dieser Bestimmung getätigten Ausführungen verwiesen.

(4) Einsichtsrecht der Gesellschafter

Auch die Bestimmungen über die Einsichtsrechte der Gesellschafter in Art 41 FusG entsprechen weitgehend denen nach Art 16 FusG. Grundsätzlich wird daher auf die

bereits dort getroffenen Aussagen verwiesen. Hier werden nun die relevanten Unterschiede der beiden Bestimmungen aufgezeigt.

Die an der Spaltung beteiligten Gesellschaften sind verpflichtet, Spaltungsvertrag oder Spaltungsplan, Spaltungsbericht, Prüfungsbericht, Jahresrechnungen und Jahresberichte der letzten drei Geschäftsjahre sowie ggf die Zwischenbilanz zur Einsicht aufzulegen. Im Gegensatz zur Fusion sind diese Unterlagen bei der Spaltung gemäß Art 41 Abs 1 FusG für den Zeitraum von zwei Monaten vor der Beschlussfassung zur Einsicht aufzulegen.

Auch bei der Spaltung sind alle Gesellschafter auf die Möglichkeit zur Einsichtnahme hinzuweisen. Dieser Hinweis hat jedoch gemäß Art 41 Abs 4 FusG verpflichtend über das Schweizer Handelsamtsblatt zu erfolgen.

c) *Umwandlung*

(1) *Allgemeines*

Die Umwandlung nach dem FusG ist ein Wechsel der Rechtsform der Gesellschaft ohne Veränderung ihrer Rechtsverhältnisse. Sie wahrt im Sinne des Identitätsprinzips ihre rechtliche und wirtschaftliche Identität. Die Umwandlung ist ein rein gesellschaftsinterner Vorgang. Die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter dürfen durch die Umwandlung nicht gegen deren Willen wesentlich beeinträchtigt werden.⁶⁰⁶

Für die Durchführung der Umwandlung ist gemäß Art 59 FusG ein Umwandlungsplan zu erstellen.

(2) *Umwandlungsbericht*

Gemäß Art 61 FusG müssen die obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgane einen schriftlichen Bericht über die Umwandlung erstellen. Dieser Bericht ist im Hinblick auf seinen Zweck und seine gesetzliche Ausgestaltung dem Fusionsbericht gemäß Art 14 FusG sowie dem Spaltungsbericht gemäß Art 39 FusG vergleichbar. Die durch ihn verpflichtend zu behandelnden Themenbereiche sind allerdings recht verschieden. Rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern sind gemäß Art 61 Abs 3 lit a-f FusG:

- Zweck und Folgen der Umwandlung;
- die Erfüllung der Gründungsvorschriften für die neue Rechtsform;
- die neuen Statuten der Gesellschaft;
- das Umtauschverhältnis für Anteile bzw. die Mitgliedschaft der Gesellschafter nach der Umwandlung;
- ggf die Nachschusspflicht sowie andere persönliche Leistungspflichten und Haftungen, die sich für die Gesellschafter aus der Umwandlung ergeben;
- die Pflichten, die den Gesellschaftern in der neuen Rechtsform auferlegt werden können.

⁶⁰⁶ *Romerio* in Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Art 53 Rz 1 f.

Gesellschaften, die nur kleine oder mittlere Unternehmen darstellen, können auch bei der Umwandlung unter Zustimmung aller Gesellschafter gemäß Art 61 Abs 2 FusG auf die Erstellung des Umwandlungsberichts verzichten.

(3) Prüfungsbericht

Der Prüfungsbericht nach Art 62 FusG ist wiederum dem Prüfungsbericht gemäß Art 14 FusG nachempfunden. Im Gegensatz zum umfassenden Themenkatalog des Art 14 Abs 4 FusG wird in Abs 62 Abs 4 FusG bloß festgelegt, dass die Revisoren prüfen müssen, ob die Voraussetzungen für die Umwandlung erfüllt sind. Insbesondere muss dargelegt werden, ob die Rechtsstellung der Gesellschafter nach der Umwandlung gewahrt bleibt. Diese Punkte sind zugleich auch der Hauptzweck des Prüfungsberichts bei der Umwandlung. Bezüglich der weiteren Einzelheiten zu Prüferauswahl, Verzicht von kleinen und mittleren Unternehmen sowie Informationsbefugnissen der Revisoren wird wiederum auf die Ausführungen zum Prüfungsbericht nach Art 14 FusG verwiesen.

(4) Einsichtsrecht der Gesellschafter

Das in Art 63 FusG geregelte Einsichtsrecht der Gesellschafter bei der Umwandlung ist nahezu wortgleich dem Einsichtsrecht bei der Fusion gemäß Art 16 FusG nachempfunden. Einzig die zur Einsicht aufzulegenden Unterlagen ändern sich. So müssen nach Art 63 Abs 1 FusG der Umwandlungsplan, der Umwandlungsbericht, der Prüfungsbericht, die Jahresrechnungen und Jahresberichte der letzten drei Geschäftsjahre sowie ggf die Zwischenbilanz zur Einsicht aufgelegt werden. Des weiteren wird auf die Ausführungen zum Einsichtsrecht bei der Fusion nach Art 16 FusG verwiesen.

d) Vermögensübertragung

Gemäß Art 69 Abs 1 FusG können Gesellschaften ihr Vermögen oder nur Teile davon im Wege der Universalsukzession übertragen, ohne dass die Gesellschafter Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der übernehmenden Gesellschaft erhalten. Diese Vorschrift ermöglicht eine Vereinfachung der Übertragung von Vermögensteilen, da die strengen Spaltungsvorschriften nicht zur Anwendung kommen.⁶⁰⁷ Der Vermögensübertragung muss ein Übertragungsvertrag zu Grunde liegen, dessen Inhalt sich nach Art 71 FusG bestimmt.

Die Gesellschafter sind von der Vermögensübertragung gemäß Art 74 Abs 1 FusG im Anhang zur Jahresrechnung zu informieren. Ist keine Jahresrechnung zu erstellen müssen die Gesellschafter in der nächsten Generalversammlung von der Vermögensübertragung informiert werden. Der Anhang hat gemäß Art 74 Abs 2 FusG den Zweck und die Folgen der Vermögensübertragung, den Übertragungsvertrag, die Gegenleistung für die Übertragung, die Folgen für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie Hinweise auf den Inhalt eines allfälligen Sozialplans rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern. Die Informationspflicht entfällt gemäß Art 74 Abs 3 FusG, wenn die übertragenen Aktiven weniger als fünf Prozent der Bilanzsumme der übertragenden Gesellschaft ausmachen.

⁶⁰⁷ *Malacrida* in Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, Art 69 Rz 1, 4.

e) Liquidation

Wird die Gesellschaft aus einem der in Art 736 OR genannten Gründe aufgelöst, so ist sie gewöhnlich gemäß Art 740 OR durch den Verwaltungsrat (bei der GmbH durch die Geschäftsführer) zu liquidieren. Allerdings können die Statuten oder die Generalversammlung mit Beschluss, unter Umständen auch der Richter, andere Personen mit der Liquidation betrauen.

Die Liquidatoren haben gemäß Art 742 Abs 1 OR bei Übernahme ihres Amtes eine Liquidationseröffnungsbilanz per Stichtag der Auflösung zu erstellen.⁶⁰⁸ In den Jahren bis zur Beendigung der Liquidation sind sodann gemäß Art 743 Abs 5 OR Zwischenbilanzen sowie am Ende der Liquidation gemäß Art 745 Abs 1 OR eine Liquidationsschlussbilanz zu erstellen.

Zu den Aufgaben der Liquidatoren zählt unter anderem gemäß Art 743 Abs 1 OR die Beendigung der Geschäfte sowie die Erfüllung der Verpflichtungen der AG, gemäß Art 745 Abs 1 OR die Verteilung des Restvermögens an die Gesellschafter, sowie gemäß Art 746 OR die Anmeldung der Beendigung der Liquidation beim Handelsregisteramt.

Die Geschäftsbücher der Gesellschaft sind gemäß Art 747 OR während zehn Jahren an einem sicheren Ort aufzubewahren, den entweder die Liquidatoren oder bei diesbezüglichen Streitigkeiten das Handelsregisteramt bezeichnen. Dies dient vornehmlich der Beweissicherung. Sollten sich in Hinkunft Streitigkeiten ergeben und eine Einsicht in die Geschäftsbücher Beweis Zwecken dienen, so müssen diese gemäß Art 963 OR bei Gericht vorgelegt werden. Darüber hinausgehende Einsichtsrechte in die Geschäftsbücher der liquidierten Gesellschaft sind im schweizerischen Aktienrecht nicht vorgesehen.

⁶⁰⁸ Stäubli in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 742 Rz 1.

3. Sonstige Informationsrechte

a) *Das Einsichtsrecht*

(1) *Allgemeines*

Parallel zum Auskunftsrecht regelt Art 697 Abs 3 OR ein Einsichtsrecht, welches es dem Aktionär ermöglicht, jederzeit die Geschäftsbücher und Korrespondenzen der Gesellschaft einzusehen. Er benötigt dazu jedoch eine ausdrückliche Ermächtigung der Generalversammlung oder einen Beschluss des Verwaltungsrats.

(2) *Formelle Voraussetzungen*

Die Einsicht steht dem Aktionär nur nach ausdrücklicher Ermächtigung durch die Generalversammlung oder nach Beschluss des Verwaltungsrats zu. Die Organe sind alternativ zuständig.⁶⁰⁹ Sollte das Einsichtsrecht anlässlich der Generalversammlung geltend gemacht werden erscheint es angemessen, dass dieses Organ auch über das Begehren entscheidet. Ansonsten kann der Verwaltungsrat entweder selbst über das Verlangen auf Einsicht entscheiden oder die Generalversammlung mit der Beschlussfassung befassen.⁶¹⁰

(3) *Einsichtsfähige Unterlagen*

Gemäß Art 697 Abs 3 OR kann Einsicht in die Geschäftsbücher und Korrespondenzen der Gesellschaft genommen werden. Diese Begriffe sind extensiv auszulegen und umfassen faktisch alle die Gesellschaft betreffenden schriftlichen Unterlagen.⁶¹¹

Einen Sonderfall stellt das gemäß Art 686 OR zu führende Aktienbuch dar, in dem die Namensaktionäre sowie die allfälligen Nutznießer von deren Aktien mit Namen und Adresse eingetragen werden müssen. In Lehre und Rechtsprechung wird einheitlich vertreten, dass das Aktienbuch kein Geschäftsbuch im Sinne des Art 697 Abs 3 OR ist,

⁶⁰⁹ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 18; Kunz, AJP 2001, 883 (891); Forstmoser, SnA 11, 85 (100); Schluep, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht (1955), 179.

⁶¹⁰ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 18.

⁶¹¹ Forstmoser, SnA 11, 85 (100); Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 16; Kunz, AJP 2001, 883 (891).

da es nicht der Darstellung der Vermögenslage gilt.⁶¹² Eine Einsicht ist daher aufgrund dieser Bestimmung grundsätzlich nicht möglich. In Durchbrechung dieses Grundsatzes wird die Einsicht jedoch dann gestattet, wenn sie nur den eigenen Aktienbucheintrag betrifft⁶¹³, oder das Aktienbuch durch besondere Umstände zeitweilig zum Geschäftsbuch wird. *Zobl*⁶¹⁴ führt den Fall an, dass bei nicht voll librierten Aktien, deren vollständige Librierung aktuell wird, die Einbringlichkeit zweifelhaft ist. Um sodann die finanziellen Lage der Gesellschaft beurteilen zu können ist Kenntnis der Bonität der Aktionäre, die ihre Aktien nicht voll einbezahlt haben, notwendig.

*Marolda Martinez*⁶¹⁵ vertritt über diese Ausnahmen hinaus nun, dass eine Einsicht immer durch die analoge Anwendung der Regelungen zum Auskunftsrecht gemäß Art 697 Abs 1, 2 OR möglich sein sollte. Schließlich sei dort ein wichtiges Kriterium die Erforderlichkeit der Information für die Ausübung von Aktionärsrechten. Die Autorin argumentiert daher, dass es bspw zur Vorbereitung von Minderheitsmaßnahmen durchaus erforderlich sein könnte, andere Aktionäre zu kontaktieren. Zwar könnte dagegen argumentiert werden, dass die persönlichen Daten der Namensaktionäre ein Geschäftsgeheimnis darstellten. Dies sei aber insofern zu vernachlässigen, als Namensaktionäre durch die Eintragung im Aktienbuch durchaus in Kauf nehmen würden, sich der Gesellschaft als Mitglied erkennen zu geben. Zudem sei schwer argumentierbar, warum der Verwaltungsrat, der schließlich häufig mit Mehrheitsaktionären besetzt sei, über alle Namensaktionäre informiert sei, während alle gewöhnlichen Aktionäre dies nicht seien.

Die Ansicht von *Marolda Martinez* trifft mE insofern zu, als sie richtig darlegt, dass der Inhalt des Aktienbuchs kein Geschäftsgeheimnis darstellt und dass durch Einsicht in dieses keine schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft verletzt werden. Dennoch ist von einer analogen Anwendung von Art 697 Abs 1, 2 OR Abstand zu nehmen. Es ist mE nur schwer erklärbar, wie sich ein Auskunftsrecht, das in der Generalversammlung anzuwenden ist, analog angewendet in ein Einsichtsrecht bereits im Vorfeld der Generalversammlung verwandeln kann. Es wäre daher nur eine Auskunft über den

⁶¹² BGer vom 9.11.1943, BGE 69 II 313; BGer vom 23.6.1964, BGE 90 II 164; *Forstmoser*, SnA 11, 85 (103); *Kunz*, AJP 2001, 883 (892); *Zobl*, Zur Frage der Einblicknahme in das Aktienbuch, SZW 1992, 49 (52f).

⁶¹³ *Forstmoser*, SnA 11, 85 (103).

⁶¹⁴ *Zobl*, SZW 1992, 49 (53).

⁶¹⁵ *Marolda Martinez*, Information, 186ff.

Inhalt des Aktienbuchs in der Generalversammlung denkbar, deren Erforderlichkeit und auch Sinnhaftigkeit mE jedoch fraglich ist.

(4) Verweigerung der Einsicht

Die Einsicht ist gemäß Art 697 Abs 3 OR zu verweigern, wenn die Gefahr besteht, dass Geschäftsgeheimnisse verletzt werden. Diese Gesetzesformulierung scheint insofern interessant, als sie auf die Nennung der „schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft“ verzichtet. Dennoch wird in der Lehre wohl zu Recht vertreten, dass dadurch gegenüber der Auskunftspflicht keine Einengung der Verweigerungsmöglichkeiten bezweckt wurde, da die Formulierung immer noch vage genug ist um eine richterliche Angleichung zu ermöglichen.⁶¹⁶

Umstritten ist, ob die Gesellschaftsorgane die Verweigerung der Einsicht begründen müssen. Der wohl überwiegenden Ansicht zufolge können die Organe ihre Entscheidung nach freiem Ermessen fällen und brauchen für ihren Beschluss keine Gründe anzuführen.⁶¹⁷ Dennoch verlangen manche Autoren sehr wohl eine Begründungspflicht analog zu jener, die bei der Verweigerung des Auskunftsrechts in der Generalversammlung besteht.⁶¹⁸ ME hat diese Ansicht zwar für sich, dass keine offensichtlichen Gründe dafür vorliegen, Auskunfts- und Einsichtsrecht in diesem Punkt unterschiedlich zu beurteilen. Da als Begründung wohl aber ohnehin nur der Verweis auf die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen in Frage käme, ließe sich daraus für den Aktionär nicht sonderlich viel gewinnen.⁶¹⁹ Schließlich wäre der Aktionär selbst bei fadenscheiniger Begründung zunächst darauf angewiesen, eine Klage nach Art 697 Abs 4 OR zu erheben. Im Zuge dieses Verfahrens kann die Gesellschaft sodann ohnehin alle möglichen Begründungen vorbringen, ist doch im Prozess jedwede Argumentation zulässig.⁶²⁰ Eine Begründung der Ablehnung zu verlangen ist daher mE nicht notwendig.

⁶¹⁶ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 18; *Marolda Martinez*, Information, 205f; *Kunz*, AJP 2001, 883 (891), der die unterschiedlichen Formulierungen auf ein Versehen des Gesetzgebers zurückführt und überhaupt eine analoge Auslegung der Regelungen von Einsichts- und Auskunftsrecht für angemessen hält.

⁶¹⁷ *Bürgi* in Zürcher Kommentar zum ZGB, Art 697 Rz 17; *Horber*, Informationsrechte, Rz 646 ff; *Schucany*, Sieben Auskunftsrechtsfragen, SAG 1962/63, 65ff (69).

⁶¹⁸ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 18; *Gabrielli*, Verhältnis, 45f.

⁶¹⁹ *Forstmoser*, SnA 11, 85 (99).

⁶²⁰ *Kunz*, AJP 2001, 883 (893).

Fraglich ist weiters, ob der Verwaltungsrat die Einsicht auch verweigern kann, wenn die Generalversammlung sich bereits mehrheitlich dafür entschieden hat, diese zuzulassen. Ein solches Vorgehen ist mE dann zulässig, wenn durch die Einsicht absolut geschützte Geschäftsgeheimnisse bedroht würden.⁶²¹ Zu bedenken ist, dass den Gesellschaftern immer noch der Klagsweg bleibt, um ihr Einsichtsbegehren durchzubringen.

(5) Klagerecht nach Art 697 Abs 4 OR

Wie bereits kurz erwähnt kann das Einsichtsrecht ebenso wie das Auskunftsrecht gemäß Art 697 Abs 4 OR auch klageweise geltend gemacht werden. Da sich rechtlich bei der Geltendmachung keine Unterschiede zum Auskunftsrecht ergeben wird hier auf die bereits weiter oben zu dieser Bestimmung dargelegten Ausführungen verwiesen.

⁶²¹ Forstmoser, SnA 11, 85 (100); Stückelberger, Unternehmensinformation und Recht (2004), 30.

b) Die Sonderprüfung

(1) Allgemeines

Sind Auskunfts- und Einsichtsrechte bereits geltend gemacht bzw. ausgeübt worden steht den Aktionären mit der Sonderprüfung gemäß Art 697a-g OR noch ein weiteres Instrument der Informationsbeschaffung zur Verfügung. Es steht im informationsrechtlichen Stufenbau auf einer Stufe mit dem Recht nach Art 697 Abs 4 OR, Auskunfts- und Einsichtsrechte gerichtlich geltend zu machen, und ist daher ein subsidiärer Rechtsbehelf.⁶²² Es ist allerdings insofern weitergehend, als es auch eine Prüfung von Sachverhalten ermöglicht, die dem Verwaltungsrat zufolge Geschäftsgeheimnisse oder schutzwürdige Interessen der Gesellschaft berühren. Der Sonderprüfer darf an die Aktionäre nämlich nur weitergeben, was zur Beurteilung der Situation notwendig ist. Alles andere hat er zu verschweigen.⁶²³ Der Sonderprüfung wurde dementsprechend in der Literatur die Rolle eines Scharniers⁶²⁴, Filters⁶²⁵ oder Schleusensystems zwischen Aktionären und Gesellschaft zugesprochen, das die Aufgabe hat, zwischen den berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft und den Informationsinteressen der Aktionäre zu vermitteln.⁶²⁶

Ein Problem der Sonderprüfung ist, dass sie sehr zeitintensiv und schon vor Beginn an viele Voraussetzungen gebunden ist.⁶²⁷ Dennoch ist in der Praxis wohl vor allem ihre prophylaktische Wirkung auf die Informationspolitik der Gesellschaften von Bedeutung.⁶²⁸

⁶²² BGer vom 26.4.2007, BGE 133 III 461; BGer vom 10.6.1997, BGE 123 III 264; *Forstmoser*, SnA 11, 85 (101); *Horber*, Das Auskunftsbegehren und die Sonderprüfung – siamesische Zwillinge des Aktienrechts, SJZ 1995, 165 (165f); *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697a Rz 2.

⁶²³ *Casutt*, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht (1991), 18.

⁶²⁴ *Binder*, Verfassung, 258.

⁶²⁵ *Von Greyerz*, Aktionärsschutz im neuen Aktienrecht, ZBJV 1984, 441 (456); *Casutt*, Sonderprüfung, 18.

⁶²⁶ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697a Rz 12.

⁶²⁷ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697a Rz 13.

⁶²⁸ *Weber*, Sonderprüfung – Hürdenlauf ohne Ende für den Aktionär, in FS Bär (1998), 401 (413); *Marolda Martinez*, Information, 251f.

(2) Varianten der Bestellung von Sonderprüfern

(a) Bestellung von Sonderprüfern durch die Hauptversammlung

Gemäß Art 697a Abs 1 OR hat jeder Aktionär das Recht, in der Generalversammlung die Prüfung bestimmter Sachverhalte durch eine Sonderprüfung zu verlangen wenn dies zur Ausübung seiner Aktionärsrechte erforderlich ist. Die Erforderlichkeit ist nach herrschender Ansicht immer dann gegeben, wenn der Antragsteller ein aktuelles Rechtsschutzinteresse hat.⁶²⁹ Das Sonderprüfungsbegehren hat in einem erkennbaren Zusammenhang zu der Ausübung der Aktionärsrechte zu stehen.⁶³⁰ Darüber hinaus wird darauf hingewiesen, dass das Kriterium der Erforderlichkeit der Sonderprüfung dem des Auskunftsbegehrens, welches in Art 697 Abs 2 OR geregelt ist, gleichgelagert ist.⁶³¹ Dementsprechend ist an dieses Kriterium, wie bereits oben angeführt, kein allzu strenger Maßstab zu setzen. Vielmehr ist eine Sonderprüfung wohl dann erforderlich wenn sie „für die informierte Rechtsausübung eines Durchschnittsaktionärs notwendig ist“.⁶³² Mit „Ausübung der Aktionärsrechte“ ist wohl insbesondere die Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage, die Nichtgenehmigung der Jahresrechnung, die Abwahl von Verwaltungsrat oder Revisionsstelle sowie die Erhebung einer Schadenersatzklage gemeint.⁶³³

Eine weitere Voraussetzung ist, dass der Aktionär vor Beantragung der Sonderprüfung bereits ein Begehren auf Auskunft oder Einsicht gestellt hat.⁶³⁴ Eine prozessuale Durchsetzung des Selbigen bei Verweigerung oder unbefriedigender Informationserteilung wird nicht verlangt.⁶³⁵ Nach richtiger Ansicht muss der

⁶²⁹ BGer vom 30.7.2004, 4C.165/2004; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 35 Rz 29; *Weber* in FS Bär, 401 (407); *Gabrielli*, Verhältnis, 82; *Marolda Martinez*, Information, 253; *Roth Pellanda*, Q&A zur Klage auf Durchführung einer Sonderprüfung nach Art 697a ff OR, GesKR 2007, 294 (301).

⁶³⁰ BGer vom 6.9.2006, 4C.190/2005; *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697a Rz 25.

⁶³¹ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697a Rz 25; *Jänig*, Die aktienrechtliche Sonderprüfung (2005), 50.

⁶³² *Forstmoser*, SnA 11, 85 (94); in diesem Sinne auch *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 7; *Kunz*, AJP 2001, 883 (888).

⁶³³ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697a Rz 26.

⁶³⁴ BGer vom 20.12.2006, BGE 133 III 133; BGer vom 10.6.1997, BGE 123 III 261; *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697a Rz 27.

⁶³⁵ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697a Rz 27; *Böckli*, Aktienrecht³, § 16 Rz 41.

Gegenstand der angestrebten Sonderprüfung sodann mit dem Gegenstand des Auskunfts- oder Einsichtsbegehrens weitgehend übereinstimmen.⁶³⁶

Personenidentität zwischen dem Aktionär, der den Sonderprüfungsantrag stellt, und demjenigen, der Auskunft oder Einsicht begehrt hat, ist nicht notwendig.⁶³⁷ Der Sonderprüfungsantrag hat sich aber in jedem Fall auf den gleichen Gegenstand wie das Auskunfts- bzw. Einsichtsbegehren zu beziehen.

Der Antrag ist in der Generalversammlung verpflichtend zur Abstimmung zu bringen.⁶³⁸ Eine diesbezügliche Verweigerung des Verwaltungsrats ist einer negativen Beschlussfassung über den Antrag gleichzuhalten. Diesfalls besteht die Möglichkeit des Minderheitsantrags auf Sonderprüfung, welcher unten näher behandelt wird. Die absolute Mehrheit der in der Generalversammlung vertretenen Stimmen entscheidet über die Antragsannahme. Die Erschwerung des Beschlussquorums ist gestattet.⁶³⁹ Verwaltungsräte werden, obwohl ihre Stellung empfindlich berührt sein kann, nicht vom Stimmrecht ausgeschlossen.⁶⁴⁰

Die Einsetzung des Sonderprüfers nach diesbezüglich positivem Beschluss der Generalversammlung hat gemäß Art 697a Abs 2 OR auf Gesuch der Gesellschaft oder eines Aktionärs durch einen Richter zu erfolgen. Das Gesuch muss innerhalb von 30 Tagen nach Beschlussfassung bei Gericht eingebracht werden. Zweck der Einsetzung durch einen Richter ist es, die größtmögliche Unabhängigkeit der Sonderprüfer zu erreichen.⁶⁴¹ Der Richter hat sodann die formellen und materiellen Voraussetzungen der Antragsberechtigung summarisch zu prüfen.⁶⁴² Entspricht er dem Gesuch, so hat er gemäß Art 697c Abs 2 OR einen unabhängigen Sachverständigen mit der Durchführung zu beauftragen und den Prüfungsgegenstand im Rahmen des Gesuchs

⁶³⁶ *Gabrielli*, Verhältnis, 160ff, zum gleich gelagerten Fall des Gegenstand des Klagebegehrens nach Art 697 Abs 4 OR, der klarstellt, dass zwischenzeitlich dem Aktionär bereits ersichtlich gewordene Umstände durchaus in die Beantragung der Sonderprüfung einfließen können; vgl auch *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697a Rz 27; *Horber*, Informationsrechte, Rz 733, 1134f, 1218f; *Schlupe*, Rechte, 193, 272.

⁶³⁷ BGer vom 20.12.2006, BGE 133 III 133; *Weber* in FS Bär, 401 (403); *Marolda Martinez*, Information, 257f; *Binder*, Verfassung, 261 Fn 212.

⁶³⁸ *Gabrielli*, Verhältnis, 104f; *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697a Rz 31.

⁶³⁹ *Casutt*, Sonderprüfung, 79 f; *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697a Rz 32; aA *Böckli*, Aktienrecht³, § 16 Rz 36.

⁶⁴⁰ *Casutt*, Sonderprüfung, 80 f; *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697a Rz 32.

⁶⁴¹ *Casutt*, Sonderprüfung, 32; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 35 Rz 51; *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697a Rz 33.

⁶⁴² *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 35 Rz 52; *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697a Rz 33.

zu umschreiben. Gemäß Art 697c Abs 3 OR können auch mehrere Sachverständige gemeinsam mit der Sonderprüfung beauftragt werden.

Stimmt die Generalversammlung einer Sonderprüfung zu, so hat die Gesellschaft gemäß Art 697g Abs 2 OR die Kosten zu tragen.

(b) Gerichtliche Bestellung von Sonderprüfern auf Minderheitsantrag

Lehnt die Generalversammlung einen Antrag auf Sonderprüfung ab so kann eine Aktionärsminorität innerhalb von drei Monaten dennoch den Richter um Einsetzung von Sonderprüfern ersuchen. Der Ablehnung ist die Verweigerung der Beschlussfassung gleichzusetzen. Dem Gesuch wird allerdings nur dann entsprochen, wenn Voraussetzungen, die über jene des Art 697a Abs 1 OR (Erforderlichkeit, bereits ausgeübtes Informationsbegehren) hinausgehen, erfüllt sind. So muss die den Richter ersuchende Aktionärsminorität zumindest 10 Prozent oder 2 Mio SFR des Aktienkapitals vertreten. Diese Grenze wird mit dem Schutz der Gesellschaft vor lästigen Aktionären begründet.⁶⁴³ Eine Verschärfung dieser Grenzen durch die Statuten ist unzulässig, eine Erleichterung sehr wohl möglich.⁶⁴⁴

Der ersuchende Aktionär muss zum Zeitpunkt des ablehnenden Beschlusses noch keine Aktionärsstellung innegehabt haben.⁶⁴⁵ Er muss sie allerdings sodann bis zur Entscheidung des Richters behalten.⁶⁴⁶ Danach, also auch während laufender Sonderprüfung können die Aktien wieder verkauft werden, ohne dass die Sonderprüfung davon berührt wird. Schließlich besteht die Fragwürdigkeit der Integrität der Geschäftsleitung weiterhin und muss ausgeräumt werden.⁶⁴⁷

Die Frist von drei Monaten für das Einbringen des Gesuchs ist relativ lange. Sie ist wohl hauptsächlich zur Suche von anderen Aktionären, die einen Minderheitsantrag auf Sonderprüfung unterstützen wollen, gedacht. Da die Informationslage drei Monate nach der Generalversammlung jedoch eine ganz andere sein kann ist es wichtig, dass die

⁶⁴³ Botschaft AG 91, 165; BGer vom 23.2.2006, 4C.412/2005; *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697b Rz 2.

⁶⁴⁴ Botschaft AG 139; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 35 Rz 46; *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697b Rz 2.

⁶⁴⁵ BGer vom 20.12.2006, BGE 133 III 133.

⁶⁴⁶ BGer vom 7.2.2007, BGE 133 III 180 = AJP 2007, 1193 mit krit Anm *Dubs*; *Roth Pellanda*, GesKR 2007, 294 (302).

⁶⁴⁷ *Casutt*, Sonderprüfung, 91f.

Sonderprüfung bei Einbringung des Gesuchs weiterhin für die Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist.⁶⁴⁸

Die ersuchenden Aktionären müssen weiters gemäß Art 697 Abs 2 OR kumulativ glaubhaft machen, dass die Gründer oder irgendwelche Organe der Gesellschaft das Gesetz oder die Statuten verletzt und so die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben.⁶⁴⁹ Durch diese Koppelung der Sonderprüfung auf Minderheitsantrag an diverse sachliche Gründe wird mitunter verhindert, dass der Gesellschaft bspw unnötige Kosten anfallen.⁶⁵⁰ Das Gericht muss jedenfalls mehr als bloße Behauptungen für die Glaubhaftmachung verlangen, ein stringenter Beweis muss allerdings nicht geführt werden.⁶⁵¹ Unter Glaubhaftmachung ist daher zu verstehen, dass aufgrund konkreter Anhaltspunkte und in vorläufiger richterlicher Würdigung der Tatsachen in sachlicher und rechtlicher Hinsicht eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen der Gesetzes- oder Statutenverletzung sowie der Schädigung gegeben sein muss.⁶⁵²

Mit Verletzung ist Pflichtwidrigkeit oder Widerrechtlichkeit, nicht jedoch bloße Unzweckmäßigkeit gemeint.⁶⁵³ In der Judikatur sind unter anderem folgende Beispiele genannt worden⁶⁵⁴: Verletzung der Sorgfalts- oder Treuepflicht⁶⁵⁵, Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes oder Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen an nahe stehende Personen⁶⁵⁶.

Die Schädigung muss eine bereits eingetretene, unfreiwillige Vermögensverminderung beinhalten. Ein bloß zukünftig drohender Schaden reicht nicht aus. Auch Vermögensschädigungen Dritter sind irrelevant.⁶⁵⁷ ME gehen diese Anforderungen zu weit, da dadurch ein präventives Vermeiden zukünftiger Schäden verhindert wird. Ein bloß drohender Schaden sollte als tatbestandsmäßig erachtet werden.⁶⁵⁸

⁶⁴⁸ Casutt, Sonderprüfung, 56; Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697b Rz 4.

⁶⁴⁹ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697b Rz 5.

⁶⁵⁰ Casutt, Sonderprüfung, 34; vgl auch Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 35 Rz 48.

⁶⁵¹ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697b Rz 8.

⁶⁵² Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697c Rz 3; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht³ (1979), 323 Fn 27.

⁶⁵³ Weber in FS Bär, 401 (408); Jänig, Sonderprüfung, 59f.

⁶⁵⁴ Hier nur eine kleine Auswahl, für weitere Beispiele vgl. Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697b Rz 6.

⁶⁵⁵ BGer vom 28.10.1994, BGE 120 II 393.

⁶⁵⁶ BGer vom 10.6.1997, BGE 123 III 261.

⁶⁵⁷ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697b Rz 7.

⁶⁵⁸ Casutt, Sonderprüfung, 290; Gabrielli, Verhältnis, 113; Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697b Rz 7.

Die ersuchenden Aktionäre müssen auch den Kausalzusammenhang des Schadens glaubhaft machen.⁶⁵⁹ An diesen wird allerdings kein sonderlich strenger Maßstab angelegt.⁶⁶⁰

Der Richter entscheidet über das Minderheitsgesuch so wie über das Gesuch der Gesellschaft, das bereits oben besprochen wurde. Diesbezüglich wird auf die bereits dort dargelegten Ausführungen verwiesen.

Die Kosten der Sonderprüfung auf Minderheitsantrag sind gewöhnlich gemäß Art 697g Abs 1 OR von der Gesellschaft zu tragen. Sollten allerdings besondere Umstände vorliegen, können die Kosten auch ganz oder teilweise den Gesuchstellern überbunden werden. So etwa wenn die Gesuchsteller ein Verhalten gegen Treu und Glauben an den Tag legen (übereiltes, mutwilliges oder von Schädigungsabsicht getragenes Beantragen der Sonderprüfung).⁶⁶¹ Für die Überbindung ist das Verhalten der Gesuchsteller, nicht aber der Bericht des Sonderprüfers ausschlaggebend.⁶⁶²

(3) Umfang der Sonderprüfung

Der Umfang der Sonderprüfung bestimmt sich nach Art 697a Abs 1 OR. Durch die Sonderprüfung können sich demnach „bestimmte Sachverhalte“ abklären lassen. Zu untersuchen ist daher zunächst, was generell unter „Sachverhalten“ zu verstehen ist, und weiters, was die Einschränkung auf „bestimmte Sachverhalte“ bedeutet.

Unter „Sachverhalten“ iSd Art 697a Abs 1 OR sind alle Tatsachen zu verstehen, die einen Einfluss auf die wirtschaftliche und finanzielle Lage der Gesellschaft haben können.⁶⁶³ Dementsprechend können alle Bereiche der Gesellschaft von einer Sonderprüfung betroffen sein.⁶⁶⁴ Der Sonderprüfer hat festzustellen, welche Tatsachen vorliegen. Er hat sie allerdings nicht zu beurteilen.⁶⁶⁵ Es gilt der Grundsatz, dass die

⁶⁵⁹ BGer vom 6.9.2006 4C.190/2005; *Gabrielli*, Verhältnis, 114; *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697b Rz 7; *Böckli*, Aktienrecht³, § 16 Rz 44.

⁶⁶⁰ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697b Rz 7; *Böckli*, Aktienrecht³, § 16 Rz 44.

⁶⁶¹ *Gabrielli*, Verhältnis, 140 f; *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697h Rz 4; *Böckli*, Aktienrecht³, § 16 Rz 84; *Marolda Martinez*, Information, 263 f; *Roth Pellanda*, GesKR 2007, 294 (298 f).

⁶⁶² *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697h Rz 4.

⁶⁶³ HWP 1998, Rz 7.542.

⁶⁶⁴ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 35 Rz 65.

⁶⁶⁵ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697a Rz 16; vgl auch *Jänig*, Sonderprüfung, 48 f.

Sonderprüfung keine Geschäftsführungsüberprüfung ist.⁶⁶⁶ Dementsprechend hat der Sonderprüfer keine Untersuchungen zur Zweckmäßigkeit, Angemessenheit oder Legalität von Geschäftsentscheidungen anzustellen sondern sich auf die Tatfragen zu konzentrieren.⁶⁶⁷ Die Tatsachen sind möglichst wertungsfrei darzustellen.⁶⁶⁸ Dennoch sollten zumindest Zusammenhänge aufgezeigt werden dürfen.⁶⁶⁹ Die Sachverhalte müssen sich auf gesellschaftsinterne Verhältnisse beziehen. Eine Untersuchung der allgemeinen Marktlage durch Sonderprüfer ist daher nicht zulässig.⁶⁷⁰

Durch die Beschränkung der Sonderprüfung auf „bestimmte Sachverhalte“ wird klargestellt, dass nur einzelne, konkret abgrenzbare Sachverhalte abgeklärt werden können, nicht jedoch eine umfassende Untersuchung der Geschäftsführung vorgenommen werden kann.⁶⁷¹ Die Fragestellung ist bspw auf die Untersuchung von Details von Veräußerungs- und Erwerbsgeschäften, die der Generalversammlung vorgelegt hätten werden müssen, zu individualisieren.⁶⁷² In Ausnahmefällen, wie bspw bei der Beurteilung von Gründungs- oder Kapitalerhöhungsvorgängen, wird eine eher weiter formulierte Fragestellung allerdings zulässig sein, wenn dies für die sachgerechte Wahrnehmung der Aktionärsrechte notwendig erscheint.⁶⁷³

(4) *Der Revisor*

(a) Person

Der Richter hat gemäß Art 697c Abs 2, 3 OR einen oder auch mehrere unabhängige Sachverständige (ausgewiesene, sachkundige Experten⁶⁷⁴) mit der Durchführung der Sonderprüfung zu beauftragen. Ein genaueres Anforderungsprofil an die Person des Sonderprüfers ist im Gesetz nicht enthalten. In der Praxis sollten Sonderprüfer

⁶⁶⁶ vgl *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697a Rz 18.

⁶⁶⁷ Botschaft AG 91; *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697a Rz 17; *Casutt*, Sonderprüfung, 44; aA *Binder*, Verfassung, 276, der meint, dass die Untersuchung nicht im bloßen Zusammentragen einzelner Tatsachen besteht, sondern auch in der Bewertung durch den Fachmann; dem offenbar zustimmend *Jänig*, Sonderprüfung, 49.

⁶⁶⁸ *Gabrielli*, Verhältnis, 79.

⁶⁶⁹ *Casutt*, Was brachte die Sonderprüfung als neues Instrument des Aktionärsschutzes?, ST 2002, 506 (509).

⁶⁷⁰ BGer vom 10.6.1997, BGE 123 III 261; *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697a Rz 23.

⁶⁷¹ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697a Rz 23; *Jänig*, 49 f.

⁶⁷² BGer vom 28.10.1994, BGE 120 II 393; für weitere Beispiele vgl *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697a Rz 23.

⁶⁷³ Vgl *Casutt*, Sonderprüfung, 48; *Jänig*, Sonderprüfung, 50; *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697a Rz 23.

⁶⁷⁴ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697c Rz 7; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 35 Rz 54.

insbesondere mit Hinblick auf den konkreten Prüfungsgegenstand ausgewählt werden.⁶⁷⁵ Der Richter kann personelle Vorschläge der Beteiligten einholen. Bei der Auswahl kommt ihm ein sehr großes Ermessen zu.⁶⁷⁶

Unter Unabhängigkeit ist zu verstehen, dass der Sonderprüfer weder an Verwaltungsrat und Geschäftsleitung noch an Aktionäre oder Revisionsstelle weisungsgebunden sein darf.⁶⁷⁷

Mehrere Sonderprüfer sind insbesondere dann einzusetzen, wenn ein einzelner Prüfer allein nicht die notwendigen Fachkenntnisse hat oder von der Größe des Prüfungsgegenstands überfordert wäre.⁶⁷⁸ Auch juristische Personen (bspw. Wirtschaftsprüfungsgesellschaften) können ausgewählt werden.⁶⁷⁹

(b) Befugnisse

Gemäß Art 697d Abs 2 OR hat der Sonderprüfer das Recht, von allen Gründern, Organen, Beauftragten, Arbeitnehmern, Sachwaltern und Liquidatoren Auskunft über erhebliche Tatsachen verlangen. Unter Organen sind sowohl formelle als auch faktische Organe, die korporative Aufgaben selbstständig ausüben (bspw. der beherrschende Hauptaktionär⁶⁸⁰) zu verstehen.⁶⁸¹ Auch bereits aus der Gesellschaft ausgeschiedene Personen, die dem oben skizzierten Personenkreis zuzurechnen waren, sind über die Zeit ihrer Tätigkeit weiterhin auskunftspflichtig.⁶⁸²

Das Auskunftsrecht ist insoweit beschränkt, als es nur bezüglich Tatsachen besteht, die für eine sorgfältige Prüfung erheblich sind.⁶⁸³ Personen, die straf- oder zivilrechtlichen Schweigepflichten unterstehen, können diese dem Sonderprüfer gegenüber nicht geltend machen.⁶⁸⁴

⁶⁷⁵ Gabrielli, Verhältnis, 122.

⁶⁷⁶ Böckli, Aktienrecht³, § 16 Rz 58; Marolda Martinez, Information, 130; Gabrielli, Verhältnis, 122; Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697c Rz 7.

⁶⁷⁷ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697d Rz 8; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 35 Rz 56.

⁶⁷⁸ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697c Rz 9.

⁶⁷⁹ Casutt, Sonderprüfung, 35 Rz 55.

⁶⁸⁰ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 35 Rz 75.

⁶⁸¹ Casutt, Sonderprüfung, 152 f; Marolda Martinez, Information, 260.

⁶⁸² Gabrielli, Verhältnis, 125; HWP 1998, Rz 7.566; Jänig, Sonderprüfung, 63 f.

⁶⁸³ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697d Rz 10.

⁶⁸⁴ Casutt, Sonderprüfung, 161 f; Botschaft AG 92.

Obwohl es in Art 697d Abs 2 OR nicht ausdrücklich erwähnt wird, steht dem Sonderprüfer der hA zufolge auch ein Einsichtsrecht zu, das sich auf alle für den Prüfungsgegenstand relevanten Unterlagen bezieht.⁶⁸⁵ Als solche gelten auch Unterlagen von Dritten, sofern sie aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses an die Gesellschaft herausgegeben werden müssen.⁶⁸⁶

Um seine Informationsbefugnisse durchzusetzen stehen dem Sonderprüfer keine besonderen Zwangsmittel zur Verfügung. Vielmehr muss gemäß Art 697d Abs 2 OR der Richter über diesbezügliche Streitigkeiten entscheiden.

(c) Schweigepflicht

Gemäß Art 697d Abs 4 untersteht der Sonderprüfer einer umfassenden Schweigepflicht. Sie bezieht sich auf alle dem Sonderprüfer während seiner Prüfung offenbarten Informationen und gilt über das Ende der Sonderprüfung hinaus gegenüber jedermann (insbesondere gegenüber den Aktionären).⁶⁸⁷ Aus der Schweigepflicht lässt sich ableiten, dass den Sonderprüfer auch keine Pflicht trifft, strafrechtlich bedenkliche Tatsachen oder andere negative Entdeckungen anzuzeigen.⁶⁸⁸ Die Schweigepflicht kann allerdings einerseits im Rahmen der Berichterstattung zur Wahrnehmung berechtigter Interessen (bspw Anzeige bei Vermögensverdunkelung⁶⁸⁹) und andererseits in einem Zivil- oder Strafprozess, wo der Sonderprüfer wohl zur Aussage verpflichtet ist⁶⁹⁰, durchbrochen werden.

(d) Verantwortlichkeit

Die Verantwortlichkeit des Sonderprüfers richtet sich nicht nach der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gemäß Art 754 f OR, da er keine Organstellung hat.⁶⁹¹ Vielmehr hat

⁶⁸⁵ Botschaft AG 166; *Von Greyerz*, ZBJV 1984, 441 (456); *Casutt*, Sonderprüfung, 151 f; *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697d Rz 11.

⁶⁸⁶ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697d Rz 11; *Casutt*, Sonderprüfung, 159; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 35 Rz 78.

⁶⁸⁷ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697d Rz 14, 15; *Gabrielli*, Verhältnis, 128 f; *Casutt*, Sonderprüfung, 175 ff.

⁶⁸⁸ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697d Rz 15.

⁶⁸⁹ *Casutt*, Sonderprüfung, 182 f.

⁶⁹⁰ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697d Rz 16; zu genauerer Diskussion der prozessualen Auskunftspflicht des Sonderprüfers vgl *Gabrielli*, Verhältnis, 128 f, sowie *Casutt*, Sonderprüfung, 183 ff.

⁶⁹¹ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Aktienrecht, § 35 Rz 109.

die Gesellschaft nur vertragliche Ansprüche, die nach Auftragsrecht zu beurteilen sind. Den Aktionären werden nur außervertragliche Ansprüche eingeräumt.⁶⁹²

(5) *Ergebnis der Sonderprüfung*

Der Sonderprüfer hat die Sonderprüfung gemäß Art 697d Abs 1 OR innerhalb nützlicher Frist ohne unnötige Störung des Geschäftsganges der Gesellschaft durchzuführen. Seine Vorgehensweise hat sich am richterlichen Auftrag zu orientieren und er hat seine Prüfung unter Beachtung der Grundsätze der Zielerreichung (Bildung eines fundierten Urteils über den fraglichen Sachverhalt) und der Objektbezogenheit (Konzentration auf Vorgänge, die mit dem in Frage stehenden Sachverhalt in Verbindung stehen⁶⁹³) zu vollziehen.⁶⁹⁴ Über seine Prüfungsergebnisse hat der Sonderprüfer sodann gemäß Art 697e Abs 1 OR einen Bericht zu verfassen. Zuvor muss die Gesellschaft allerdings gemäß Art 697d Abs 3 OR gehört werden. Dies dient wohl vornehmlich der Vermeidung von Missverständnissen.⁶⁹⁵

Der Bericht soll die Prüfungsergebnisse ausführlich darlegen. Er soll ein möglichst wertungsfreier⁶⁹⁶, tatsachenorientierter Erläuterungsbericht sein, der den Aktionären die Beurteilung des prüfungsgegenständlichen Sachverhalts ermöglicht.⁶⁹⁷ Zu Beginn muss der vom Richter umschriebene Auftrag genau wiedergegeben und der Ablauf der Prüfung geschildert werden.⁶⁹⁸ Sodann sind diejenigen Tatsachen darzulegen, die für die Beurteilung des zu prüfenden Vorgangs relevant sind.⁶⁹⁹ Sollte ein Punkt nicht genau abgeklärt werden können hat der Bericht auch dies anzuführen.⁷⁰⁰

Der Bericht hat gemäß Art 697e Abs 1 OR das Geschäftsgeheimnis zu wahren. Dies bedeutet, dass Geschäftsgeheimnisse in dem Bericht nicht unnötig offenbart werden sollen. Hier soll die Interessenskollision zwischen dem Geheimhaltungsinteresse der

⁶⁹² *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697e Rz 17, 20; detaillierte Erläuterung der Verantwortlichkeit des Sonderprüfers bei *Casutt*, Sonderprüfung, 243 ff.

⁶⁹³ *Casutt*, Sonderprüfung, 137 f.

⁶⁹⁴ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697d Rz 5.

⁶⁹⁵ *Gabrielli*, Verhältnis, 129.

⁶⁹⁶ In der Literatur wird anerkannt, dass eine Bewertung von Tatsachen bei komplexen Sachverhalten zum Gesamtverständnis notwendig sein kann. Vgl. diesbezüglich *Casutt*, Sonderprüfung, 175; *Binder*, Verfassung, 276; *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697e Rz 3.

⁶⁹⁷ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697a Rz 16.

⁶⁹⁸ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697e Rz 2; *Pedroja*, Die Sonderprüfung im neuen Aktienrecht, AJP 1992, 774 (780).

⁶⁹⁹ Botschaft AG, 167; *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697e Rz 2.

⁷⁰⁰ *Gabrielli*, Verhältnis, 133.

Gesellschaft und dem Informationsinteresse der Aktionäre gelöst werden.⁷⁰¹ Es kommt der Grundsatz „volles Prüfen – beschränktes Berichten“ zur Anwendung.⁷⁰² Mit anderen Worten ist dem Prüfer ein Eingriff in die Geheimsphäre der Gesellschaft zwar gestattet, darüber berichten darf er allerdings nicht. Zu schützen sind vor allem jene Geheimnisse, die der Gesellschaft Schaden zufügen können.⁷⁰³

Um einen übermäßigen Eingriff in die Geheimsphäre zu verhindern ist in Art 697e Abs 2 OR ein Bereinigungsverfahren geregelt, das die Entscheidungskompetenz, wann Geschäftsgeheimnisse in überwiegendem Maße berührt sind, dem Richter zuweist. Dieser hat den Bericht, der ihm als erstem zugestellt wird, zunächst auf offensichtliche Verletzungen der Berichtspflicht zu überprüfen und allenfalls von Amts wegen Korrekturen zu verlangen.⁷⁰⁴ Sodann übermittelt er den Bericht an die Gesellschaft, die ihrerseits innerhalb einer vom Richter zu setzenden Frist die Streichung unzulässiger oder geheimhaltungswürdiger Stellen beantragen kann. Der Richter entscheidet über diesen Antrag ohne Beteiligung der Gesuchsteller. Er hat abzuwägen inwieweit die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen für das Verständnis der Prüfungsergebnisse absolut notwendig ist.⁷⁰⁵ Entscheidend dafür sind der Bezug der umstrittenen Stelle zum Gegenstand der Sonderprüfung, das Ausmaß der Verletzung schutzwürdiger Interessen und die Erforderlichkeit der Stelle für die Beurteilung des Prüfungsgegenstandes.⁷⁰⁶

Nach Beendigung des Bereinigungsverfahrens können die Gesellschaft und die Gesuchsteller gemäß Art 697e Abs 3 OR zum Bericht Stellung nehmen und etwaige Ergänzungsfragen, die gegenständlich zulässig sind und in ausreichendem Zusammenhang mit der Sonderprüfung stehen müssen, stellen.⁷⁰⁷ Sollte eine zulässige Frage nicht beantwortet werden können hat der Sonderprüfer seine Tätigkeit wieder aufzunehmen.⁷⁰⁸

Der Bericht ist gemäß Art 697f Abs 1 OR der nächsten Generalversammlung vorzulegen, auch wenn sie ursprünglich gegen eine Sonderprüfung gestimmt hat. Dem

⁷⁰¹ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697e Rz 4.

⁷⁰² *Von Greyerz*, ZBJV 1984, 441 (456).

⁷⁰³ BGer vom 1.7.1977, BGE 103 IV 283; Botschaft AG, 92.

⁷⁰⁴ *Gabrielli*, Verhältnis, 135f; *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697e Rz 6.

⁷⁰⁵ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697e Rz 6.

⁷⁰⁶ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697e Rz 8.

⁷⁰⁷ *Pedroja*, AJP 1992, 774 (780); *Casutt*, Sonderprüfung, 137 f.

⁷⁰⁸ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697e Rz 9.

Gesuchsteller ist eine Ausfertigung zu übergeben.⁷⁰⁹ Zum Bericht ist nicht zwingend ein Beschluss zu fassen, es ist allerdings jedenfalls eine Debatte darüber üblich. Um dieser Debatte auch Sinn zu verleihen, ist der Bericht zur Information der Aktionäre analog dem Geschäftsbericht gemäß Art 696 OR bereits vor der Generalversammlung aufzulegen.⁷¹⁰ Eine Teilnahme des Sonderprüfers an der Generalversammlung ist nicht erforderlich.⁷¹¹

Gemäß Art 697f Abs 2 OR kann jeder Aktionär innerhalb eines Jahres nach der Generalversammlung von der Gesellschaft eine Ausfertigung des Berichts und der dazu abgegebenen Stellungnahmen verlangen.

⁷⁰⁹ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697f Rz 1; *Böckli*, Aktienrecht³, § 16 Rz 77.

⁷¹⁰ Vgl *Böckli*, Aktienrecht³, § 16 Rz 90.

⁷¹¹ *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697f Rz 2.

c) Die Veröffentlichung von Jahres- und Konzernrechnung

Gemäß Art 697h Abs 1 OR müssen Gesellschafter, die noch Anlehensobligationen ausstehend haben oder deren Aktien an einer Börse notiert sind, die Jahres- und Konzernrechnung zusammen mit den zugehörigen Revisionsberichten nach deren Genehmigung durch die Generalversammlung im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlichen. Alternativ können sie jeder Person, die es innerhalb eines Jahres nach Genehmigung verlangt, auf deren Kosten eine Ausfertigung zustellen. Nicht zu veröffentlichen sind der wörtliche Teil des Jahresberichts, der Antrag des Verwaltungsrats zur Gewinnverwendung und der entsprechende Generalversammlungsbeschluss sowie allfällige Zwischenberichte.⁷¹²

Weiters können Gläubiger gemäß Art 697h Abs 2 OR Einsicht in die Jahresrechnung, die Konzernrechnung und die Revisionsberichte nehmen, wenn sie ein schutzwürdiges Interesse nachweisen können. Schutzwürdig ist das Interesse dann, wenn die Einbringlichkeit einer Forderung als gefährdet erscheint.⁷¹³ Im Zweifelsfall hat der Richter über das Einsichtsbegehren zu entscheiden.

⁷¹² Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697h Rz 4.

⁷¹³ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697h Rz 7.

IV. Rechtsvergleich

A. GmbH

(1) Allgemeines

Die rechtsvergleichende Betrachtung der informationsrechtlichen Regelungen im österreichischen und schweizerischen GmbH-Recht ergibt bezüglich des Umfangs der Informationsrechte nur wenige nennenswerte Unterschiede. In ihrer Ausgestaltung unterscheiden sich die Informationssysteme allerdings beträchtlich. Insoweit lassen sich aus dem Vergleich Erkenntnisse gewinnen, die mE einer Fortentwicklung des österreichischen GmbH-Rechts dienlich sein sollten.

(2) Zustellung von Unterlagen

(a) Überblick über die relevanten Regelungen

Sowohl in Österreich als auch in der Schweiz müssen den Gesellschaftern im Vorfeld der ordentlichen Gesellschafterversammlung, die in beiden Ländern zumindest einmal jährlich abgehalten werden muss, diverse Unterlagen übermittelt werden.

In der Schweiz müssen jedenfalls gemäß Art 801a OR sowohl der Geschäftsbericht, der in Österreich dem Jahres- bzw Konzernabschluss entspricht, als auch der Revisionsbericht, der mit dem österreichischen Prüfungsbericht der Abschlussprüfer vergleichbar ist, zugestellt werden. Die Zustellung muss spätestens zusammen mit der Einberufung der Gesellschafterversammlung, also mindestens 20 Tage vor dieser erfolgen.

In Österreich ist die Zustellung des Jahresabschlusses gemäß § 22 Abs 2 S 1 GmbHG zwingend erforderlich. Die Zusendung weiterer Unterlagen (Prüfungsbericht, Gewinnverteilungsvorschlag) ist hingegen nur dann notwendig, wenn das in § 22 Abs 2 S 2 GmbHG vorgesehene Einsichtsrecht ausgeschlossen oder sonstwie beschränkt wurde. Im GmbHG ist keine Frist für die Zusendung der angesprochenen Unterlagen genannt. Vielmehr sind die Unterlagen unverzüglich nach Erstellung zu übersenden. Da die Gesellschafter gemäß § 22 Abs 2 GmbHG aber innert vierzehn Tagen vor der Gesellschafterversammlung zur Prüfung des Jahresabschlusses

Bucheinsicht nehmen können, ist wohl davon auszugehen, dass die Zustellung der Unterlagen vor Beginn dieser Frist zu erfolgen hat.

(b) Rechtsvergleichendes Fazit

Die Regelungen zur Bereitstellung von Unterlagen unterscheiden sich in Österreich und der Schweiz in Bezug auf den Umfang der Unterlagen sowie auf die Zustellungsfristen. Das Mehr an zwingend zuzustellenden Unterlagen in der Schweiz erklärt sich wohl primär daraus, dass in den meisten schweizerischen GmbH durch Bestehen einer Revisionsstelle das Einsichtsrecht der Gesellschafter nach Art 802 Abs 2 OR generell insofern beschränkt wird, als sie für deren Ausübung ein berechtigtes Interesse glaubhaft machen müssen. Bei vergleichbaren Beschränkungen des Einsichtsrechts gemäß § 22 Abs 2 GmbHG sind in Österreich, wie bereits angesprochen, noch die in § 22 Abs 3 GmbHG genannten Unterlagen zu übermitteln. Daher sind die Rechtsordnungen in Bezug auf die verpflichtende Zustellung von Unterlagen an die GmbH-Gesellschafter mE weitgehend vergleichbar. Ein relevanter Unterschied in den diesbezüglichen Informationsrechten kann nicht ausgemacht werden.

(3) *Auskunfts- und Einsichtsrechte*

(a) Überblick über die relevanten Regelungen

Sowohl in Österreich als auch in der Schweiz haben GmbH-Gesellschafter die Möglichkeit, Auskunft über die Gesellschaftsangelegenheiten zu verlangen oder Einsicht in die Gesellschaftsunterlagen zu nehmen. Die gesetzlichen Grundlagen und die Rahmenbedingungen dieser Informationsmöglichkeiten unterscheiden sich in den beiden Rechtsordnungen allerdings deutlich.

Im österreichischen GmbH-Recht wird das Auskunftsrecht der GmbH-Gesellschafter im Weg eines Analogieschlusses aus § 118 AktG gewonnen. Der GmbH-Gesellschafter kann demnach in der Gesellschafterversammlung Auskunft über alle Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen. Voraussetzung ist, dass die Auskunft für die Beurteilung eines Tagesordnungspunktes von Relevanz ist. Auskunftspflichtig sind neben den Geschäftsführern auch die Aufsichtsratsmitglieder.

Im österreichischen GmbH-Gesetz sind verschiedene Einsichtsrechte explizit normiert. So haben die GmbH-Gesellschafter gemäß § 22 Abs 2 GmbHG die Möglichkeit,

innerhalb von 14 Tagen vor der zur Prüfung des Jahresabschlusses einberufenen Gesellschafterversammlung die Geschäftsbücher der Gesellschaft einzusehen. Ebenso ist es ihnen gemäß § 40 Abs 1 GmbHG gestattet, Einsicht in die Sammlung der Generalversammlungsbeschlüsse zu nehmen. Ist die Gesellschaft bereits liquidiert, gestattet § 93 Abs 4 GmbHG unbeschränkte Einsicht in die für sieben Jahre aufzubewahrenden Geschäftsbücher.

Der Judikatur zufolge steht den GmbH-Gesellschaftern weiters ein allgemeines Informationsrecht zu, das sowohl ein Einsichts- als auch ein Auskunftsrecht beinhaltet und jederzeit ausgeübt werden kann. Dieses Recht ist im GmbH-Gesetz nicht explizit normiert, geht aber dennoch weiter als die oben angesprochenen gesetzlichen Informationsansprüche.

Zudem steht einer Minderheit der Gesellschafter, die 10 Prozent oder EUR 700.000 des Stammkapitals repräsentieren, das Recht zu, bei Gericht die Einsetzung von Sonderprüfern zu beantragen, wenn Unredlichkeiten oder Verletzungen von Gesetz oder Gesellschaftsvertrag glaubhaft gemacht werden können. Dieses Recht stellt zwar kein Auskunfts- und Einsichtsrecht der GmbH-Gesellschafter im engeren Sinn dar, dennoch ist seine Erwähnung hier angebracht, weil man im schweizerischen GmbH-Recht in der Sonderprüfung äquivalentes Untersuchungsinstrument nämlich vergeblich sucht.

In der Schweiz ist ein umfassendes Auskunftsrecht der GmbH-Gesellschafter explizit in Art 802 Abs 1 OR normiert. Dieses Recht kann der GmbH-Gesellschafter im Unterschied zu Österreich jederzeit ausüben. Er ist nicht an die Geltendmachung in der Gesellschafterversammlung gebunden.

Ebenso explizit normiert ist in der Schweiz ein umfassendes Einsichtsrecht. Art 802 Abs 2 OR zufolge kann ein GmbH-Gesellschafter, sofern bei der Gesellschaft keine Revisionsstelle eingerichtet ist, uneingeschränkt Einsicht in die Bücher der Gesellschaft nehmen. Eine solche Einsicht ist auch bei eingerichteter Revisionsstelle möglich. In diesem Fall müssen die Einsicht begehrenden Gesellschafter allerdings ein berechtigtes Interesse glaubhaft machen. Darüber hinaus ist es den GmbH-Gesellschaftern gemäß Art 790 Abs 4 OR gestattet, das in jeder GmbH zu führende Anteilsbuch einzusehen.

Bei Liquidation der schweizerischen GmbH sind gemäß Art 821a Abs 1 OR die Vorschriften des schweizerischen Aktienrechts anwendbar. Daher sind die Geschäftsbücher der Gesellschaft gemäß Art 747 OR für zehn Jahre aufzubewahren. Die Bücher sind gemäß Art 963 OR bei Gericht vorzulegen, wenn spätere Streitigkeiten dies notwendig machen. Ein spezielles Einsichtsrecht steht den schweizerischen GmbH-Gesellschaftern nicht zu.

(b) Rechtsvergleichendes Fazit

Ein Vergleich der Informationsrechte der GmbH-Gesellschafter führt mE zum Ergebnis, dass deren Umfang in Österreich und der Schweiz vergleichbar ist. Schließlich kann in beiden Ländern umfassend Auskunft begehrt und Einsicht genommen werden.

Während in der Schweiz aber alle Informationsrechte explizit im Gesetz verankert sind, wurden in Österreich die für die GmbH-Gesellschafter wohl wichtigsten Anspruchsgrundlagen für das Begehren auf Information im Wege der Analogie (Auskunftsrecht in der Gesellschaftsversammlung) bzw. der Rechtsfortbildung durch die Judikatur (allgemeines Informationsrecht) entwickelt. Dies ist mE im Hinblick auf das im Wege der Analogie gewonnene Auskunftsrecht in der Gesellschaftsversammlung unproblematisch. Schließlich sind die gesellschaftlichen Zusammenhänge aus einer bloßen Bucheinsicht, wie sie § 22 Abs 2 GmbHG vorsieht, nicht immer ersichtlich. Das dem § 118 AktG nachempfundene Auskunftsrecht schafft hier willkommene Abhilfe und deckt ein tatsächlich bestehendes Informationsbedürfnis ab ohne die Interessen der Gesellschaft gravierend zu beeinträchtigen.

Gleiches kann mE aber nicht für das aus höchstgerichtlicher Rechtsfortbildung⁷¹⁴ gewonnene allgemeine Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters gelten, das schon aus den oben angeführten Kritikpunkten⁷¹⁵ für fragwürdig erachtet wird. Auch aus dem Rechtsvergleich mit den schweizerischen Regelungen lässt sich noch einiges für diese Diskussion gewinnen. Während der Umfang der in Art 802 OR verankerten Auskunfts- und Einsichtsrechte nämlich durchaus mit dem des allgemeinen Informationsrechts in Österreich vergleichbar ist, sind es deren Rahmenbedingungen keineswegs.

⁷¹⁴ Vgl *Kalss*, GmbHR 1994, 862 (863).

⁷¹⁵ Vgl oben S. 41 ff.

Zum einen sind GmbH-Gesellschafter in der Schweiz gemäß Art 803 OR explizit zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen verpflichtet. Nach der gleichen Bestimmung ist es ihnen zudem verboten, Geschäfte zu betreiben, die den Zweck der Gesellschaft gefährden. Die durch die Ausübung der Informationsrechte entstehende Gefahr der Verletzung von Interessen der Gesellschaft wird dadurch minimiert. Für Österreich, wo insbesondere ein explizites Konkurrenzverbot der GmbH-Gesellschafter fehlt, trifft dies nicht zu.

Zum anderen ist zu bedenken, dass ein der österreichischen Sonderprüfung auf Minderheitsantrag äquivalentes Informationsinstrument in der Schweiz nicht vorhanden ist. Dies ist konsequent, weil der Nutzen einer Sonderprüfung fraglich wäre, wenn ohnehin umfassende Informationsrechte bestehen. Schließlich wäre der Verdacht von Gesetzesverletzungen wohl jedenfalls ausreichend, ein Interesse iSd Art 802 Abs 2 OR zu begründen. In Österreich entschied sich der Gesetzgeber offenbar für eine andere Lösung. So ist die Bucheinsicht gemäß § 22 Abs 2 GmbHG explizit nur für zwei Wochen im Jahr ermöglicht und zusätzlich die Sonderprüfung als bloßes Minderheitsrecht ausgestaltet. Durch das vom OGH postulierte allgemeine Informationsrecht wird der Sinn der Sonderprüfung aber in Frage gestellt. Es ist nicht ersichtlich, warum Gesellschafter bei Vorliegen von Verdachtsmomenten diesen mühsamen Weg gehen sollten, wenn sie die notwendigen Kontrollmaßnahmen im Wege der Ausübung eines allgemeintenen Informationsrechts selbst setzen können. Schließlich sollte es auch bei einer Bucheinsicht, die sich auf das allgemeine Informationsrecht stützt, möglich sein, wie bei der Bucheinsicht gemäß § 22 Abs 2 GmbHG sachverständige Dritte hinzuzuziehen.⁷¹⁶ Die Sonderprüfung auf Minderheitsantrag verliert durch die Anerkennung des allgemeinen Informationsrechts durch den OGH folglich weitgehend ihren Anwendungsbereich. Ein Ergebnis, das mE aus rechtssystematischer Sicht problematisch ist.

Im Lichte der informationsrechtlichen Systematik des schweizerischen GmbH-Rechts wirkt das österreichische GmbH-Recht mE reformbedürftig. Die umfassende Gestaltung von Informationsrechten unter gleichzeitig strenger Bindung der Gesellschafter an die Gesellschaft in der Schweiz ist mE vorbildlich. Die Erreichung ähnlicher Ziele sollte auch für den österreichischen Gesetzgeber maßgeblich sein. Trotz aller hier geäußerten Kritik an der Judikatur des OGH zum allgemeinen Informationsrecht ist klarzustellen,

⁷¹⁶ Vgl oben S. 9 f.

dass sich diese in erster Linie aus gesetzessystematischen Gesichtspunkten ergibt. Das Ziel, den GmbH-Gesellschaftern mehr Informationsmöglichkeiten einzuräumen, wird keinesfalls kritisch gesehen. Empfehlenswert wäre daher diesbezüglich eine grundlegende Reform des österreichischen GmbH-Rechts. Umfassende Individualauskunfts- und Einsichtsrechte sollten nach schweizerischem Vorbild in Verbindung mit einem Treuegebot und einem Konkurrenzverbot aller Gesellschafter in das GmbHG aufgenommen werden. Im Gegenzug ist es ratsam, mangels Anwendungsmöglichkeiten in Hinkunft auf das Institut der Sonderprüfung auf Minderheitsantrag zu verzichten.

Bezüglich der Einsichtsmöglichkeiten nach Liquidation der Gesellschaft ist herauszustreichen, dass in der Schweiz keine dem § 93 Abs 4 GmbHG vergleichbare Regelung zu finden ist. Dies ist aber nur insofern problematisch, als den schweizerischen GmbH-Gesellschaftern nicht die Möglichkeit zusteht, bereits vor einer etwaigen Prozessführung Informationen über potentielle Ansprüche zu erlangen.

Eine Sammlung der Generalversammlungsbeschlüsse wie in Österreich wird bei schweizerischen GmbH nicht geführt. Dies stellt mE keine sonderlich bemerkenswerte Einschränkung der Informationsmöglichkeiten der Gesellschafter dar.

Im Gegensatz zur Schweiz existiert im österreichischen GmbHG kein Anteilsbuch, das dem des Art 790 OR vergleichbar wäre. Vielmehr sind die Gesellschafter mit ihren jeweiligen Anteilen im öffentlichen Firmenbuch ersichtlich.

B. AG

(1) Allgemeines

Während GmbH-Gesellschafter in Österreich und der Schweiz trotz fundamentaler Unterschiede in den gesetzlichen Regelungen im Ergebnis in etwa über den gleichen Umfang an Informationsmöglichkeiten verfügen, divergieren die Informationsmöglichkeiten der Aktionäre in den beiden Ländern in teilweise auffallendem Maß. So sind im Vorfeld der österreichischen Hauptversammlung Unterlagen in wesentlich größerem Umfang zur Verfügung zu stellen als vor der schweizerischen Generalversammlung. Demgegenüber steht den schweizerischen Aktionären zusätzlich zum Auskunftsrecht in der Generalversammlung noch ein durch die Zustimmung der Generalversammlung bedingtes Einsichtsrecht zu. Eine vergleichbare Bestimmung sucht man im österreichischen Aktienrecht vergeblich. Das Instrument der Sonderprüfung besteht in beiden Ländern. Doch auch hier bestehen Unterschiede, vornehmlich in deren Zielsetzung. Einzig bei den Informationsmöglichkeiten im Zuge von besonderen Maßnahmen (Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung) sind keine größeren Divergenzen, die sich nicht aus der unterschiedlichen Ausgestaltung der österreichischen und der schweizerischen AG erklären lassen, zu entdecken.

Zwecks Vereinfachung wird im Folgenden der Ausdruck „Hauptversammlung“ sowohl für die österreichische Hauptversammlung als auch für die schweizerische Generalversammlung verwendet.

(2) Bereitstellung von Unterlagen

(a) Überblick über die relevanten Regelungen

Wie bereits angeführt, unterscheiden sich die zu vergleichenden Rechtsordnungen insbesondere in Bezug auf die Bereitstellung von Unterlagen vor der Hauptversammlung.

In der Schweiz sind gemäß Art 696 Abs 1 OR der Geschäftsbericht und der Revisionsbericht für den Zeitraum von 20 Tagen vor der ordentlichen Hauptversammlung am Sitz der Gesellschaft aufzulegen. Zusätzlich können Aktionäre

deren gesonderte Zustellung verlangen. Ebenso steht ihnen während eines Jahres nach der Hauptversammlung ein Recht auf Zustellung der bereits beschlossenen Berichte zu. Der Geschäftsbericht setzt sich aus Jahresrechnung (Erfolgsrechnung, Bilanz und Anhang) und Jahresbericht, sowie gegebenenfalls der Konzernrechnung zusammen.

In Österreich bestimmt sich die Bereitstellungspflicht vornehmlich nach § 108 AktG. Demzufolge müssen vor der ordentlichen Hauptversammlung jedenfalls der dem schweizerischen Geschäftsbericht entsprechende Jahresabschluss samt Lagebericht, Corporate Governance-Bericht sowie ggf Konzernabschluss und Konzernlagebericht am Sitz der Gesellschaft aufgelegt werden. Ebenso ist der dem schweizerischen Revisionsbericht vergleichbare Bericht des Aufsichtsrats nach § 96 AktG aufzulegen. Darüber hinaus bestehen allerdings noch zahlreiche weitere Auflagepflichten. So haben Vorstand und Aufsichtsrat zu jedem Punkt der Tagesordnung bereits im Vorfeld der Versammlung schriftliche Beschlussvorschläge zu erstatten. Im Fall von Aufsichtsratswahlen oder Bestellungen von Abschluss- oder Sonderprüfern sind entsprechende Wahlvorschläge zu erstatten. Entscheidet die Hauptversammlung über die Zustimmung zu einem Vertrag, so muss dessen Entwurf oder wesentlicher Inhalt aufgelegt werden. Weiters sind generell alle Erläuterungen oder Begründungen zu Punkten der Tagesordnung sowie sonstige Berichte oder Unterlagen, die der Hauptversammlung vorzulegen sind, aufzulegen. Börsennotierte Gesellschaften sind verpflichtet, die Einberufung zur Hauptversammlung sowie alle oben genannten Unterlagen gemeinsam mit diversen Formularen, die in § 108 Abs 4 Z 3 AktG genannt sind, auf der Firmenwebsite zugänglich zu machen. Nicht börsennotierte Gesellschaften müssen den Aktionären auf Verlangen Abschriften aller genannten Unterlagen zur Verfügung stellen oder diese ebenfalls auf der Firmenwebsite zugänglich machen.

(b) Rechtsvergleichendes Fazit

Die genannten österreichischen Bestimmungen sind relativ jung, wurden sie doch erst durch das AktRÄG 2009⁷¹⁷, das die Aktionärsrechte-Richtlinie⁷¹⁸ für das österreichische Recht umsetzte, eingeführt. Die Richtlinie zielte vor allem darauf ab, die Information der Aktionäre in der Phase der Vorbereitung der Hauptversammlung zu verbessern.⁷¹⁹ Dieses Ziel ist mE erreicht worden. Durch die Verpflichtung von

⁷¹⁷ BGBl I 2009/71.

⁷¹⁸ RL 2007/36/EG.

⁷¹⁹ Bydlinski/Potyka in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵, vor §§ 102 – 136 Rz 8.

Vorstand und Aufsichtsrat, schriftliche Beschluss- bzw. Wahlvorschläge zu erstellen wurde bewirkt, dass Aktionäre sich genau auf die auf sie zukommenden Entscheidungen einstellen und vorbereiten können. Die verpflichtende Vorlage aller entscheidungswesentlichen Unterlagen ist ein konsequenter Weg, das Spannungsfeld zwischen dem Informationsinteresse der Aktionäre und dem Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft zu entschärfen. Die schweizerischen Regelungen sind diesbezüglich mE eher kritisch zu sehen. Anstatt spezifische Informationen zu den diversen Tagesordnungspunkten der Hauptversammlung zu gewähren wird der Weg gewählt, den Gesellschaftern neben einem Auskunfts- unter Umständen auch noch ein Einsichtsrecht zu gewähren. Dieses kann aber vom Verwaltungsrat oder von der Generalversammlung, wie bereits oben angeführt⁷²⁰, nahezu begründungslos verweigert werden. Den Aktionären werden daher vom Gesetz mE nicht die notwendigen Informationsmöglichkeiten für eine abgewogene Entscheidung eingeräumt, da sie vom wohlwollenden Mitwirken der Organe abhängig sind. Eine Anpassung der schweizerischen Rechtslage an die Vorgaben der Aktionärsrechte-Richtlinie wäre geboten.

(3) Auskunfts- und Einsichtsrechte

(a) Überblick über die relevanten Regelungen

§ 118 AktG räumt dem österreichischen Aktionär ein Auskunftsrecht in der Hauptversammlung ein, das sich sowohl an den Vorstand als auch den Aufsichtsrat richtet. Auskunft ist über alle Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben, sofern sie für die sachgemäße Beurteilung eines Tagesordnungspunkts erforderlich ist. Auch die rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen zu verbundenen Unternehmen können Gegenstand eines Auskunftsverlangens sein. Die Lage von Konzern und Konzernunternehmen wird dann von der Auskunftspflicht umfasst, wenn der Konzernabschluss und der Konzernlagebericht in der Hauptversammlung der Muttergesellschaft vorgelegt werden. Die Auskunft kann verweigert werden, wenn sie geeignet ist, dem Unternehmen oder einem verbundenen Unternehmen einen erheblichen Nachteil zuzufügen oder wenn die Auskunftserteilung strafbar wäre. War die erfragte Information bereits für einen gewissen Zeitraum auf der Internetseite der Gesellschaft verfügbar, besteht ebenfalls keine Auskunftspflicht.

⁷²⁰ Vgl oben S. 155 f.

Ein generelles Einsichtsrecht in die Gesellschaftsunterlagen ist im österreichischen Aktienrecht nicht vorgesehen. Einsichtsfähig sind vielmehr nur das Teilnehmerverzeichnis der Hauptversammlung und das Aktienbuch der Gesellschaft. Das Teilnehmerverzeichnis ist gemäß § 117 AktG während der Hauptversammlung vor der ersten Abstimmung aufzulegen. Das gemäß § 61 AktG zu führende Aktienbuch, das Angaben über die Namensaktionäre der Gesellschaft enthält, ist der Judikatur zufolge als gemeinschaftliche Urkunde im Sinne des § 304 Abs 2 ZPO anzusehen. Die Einsicht ist daher gemäß Art XLIII EGZPO im Klagsweg durchsetzbar.⁷²¹

In der Schweiz räumt Art 697 Abs 1 OR den Aktionären ein Auskunftsrecht in der Hauptversammlung ein, das sich an den Verwaltungsrat und die Revisionsstelle richtet. Auskunft ist dann zu erteilen, wenn sie zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist. Sie kann verweigert werden, wenn sie Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft bedroht. Über Konzernverhältnisse zu verbundenen Unternehmen ist jedenfalls dann Auskunft zu erteilen, wenn es sich um eine hundertprozentige Tochtergesellschaft handelt. Auch bei beherrschenden Beteiligungen kann wohl davon ausgegangen werden, dass solche Konzernverhältnisse vom Auskunftsrecht umfasst sind. Bei Minderheitsbeteiligungen kann die absolute Geheimhaltungspflicht der Gesellschaft, die gegenüber Dritten bestehen kann, der Auskunftserteilung entgegenstehen.⁷²²

Art 697 Abs 3 OR enthält ein explizites Einsichtsrecht, das es den Aktionären ermöglicht, die Einsicht in die Geschäftsbücher der Gesellschaft zu verlangen. Voraussetzung der Einsicht ist deren Genehmigung durch den Verwaltungsrat oder alternativ durch die Hauptversammlung. Die Einsicht kann ohne besondere Angabe von Gründen verweigert werden. Nur ausnahmsweise vom Einsichtsrecht umfasst ist das gemäß Art 686 OR zu führende Aktienbuch, in welchem die Namensaktionäre der Gesellschaft aufgelistet sind.

Weiters steht den Aktionären die Einsicht in das gemäß Art 702 OR zu führende Protokoll der Hauptversammlung zu.

⁷²¹ OGH 8 Ob 260/65, SZ 38/198 = EvBl 1966/221 = JBl 1966, 260; zustimmend *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß, 197, und *Jabornegg/Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁴, § 61 Rz 10.

⁷²² *Weber* in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697 Rz 15; *Forstmoser*, SnA 11, 85 (101).

(b) Rechtsvergleichendes Fazit

Bezüglich des Auskunftsrechts in der Hauptversammlung ergibt ein Rechtsvergleich nur wenige Unterschiede zwischen den schweizerischen und den österreichischen Regelungen. Die in § 118 Abs 3 AktG explizit aufgelisteten Verweigerungsgründe stellen mE in der Schweiz ebenso Auskunftsverweigerungsgründe dar. Auch im Konzern sind die Auskunftsmöglichkeiten vergleichbar. Zwar muss in der Schweiz bei Minderheitsbeteiligungen die Geheimhaltungspflicht gegenüber Dritten beachtet werden. Ähnliches gilt mE jedoch auch in Österreich. Schließlich würde es wohl einen Verweigerungsgrund gemäß § 118 Abs 3 AktG darstellen, wenn Auskunftsverlangen über Gesellschaften mit Minderheitsbeteiligung die Geheimhaltungspflichten gegenüber Dritten verletzen könnten. Ein erwähnenswerter Unterschied zwischen den Auskunftsrechten der Aktionäre in Österreich und der Schweiz ist daher nicht feststellbar.

Anderes gilt für die Einsichtsrechte. Ein dem Art 697 Abs 3 OR vergleichbares Einsichtsrecht der Aktionäre existiert in Österreich nicht. Schweizerische Aktionäre scheinen daher besser gestellt. Allerdings kann dieses Einsichtsrecht von Verwaltungsrat oder Hauptversammlung ohne nennenswerte Begründung verweigert werden. Aktionäre können ihr Einsichtsrecht in diesem Fall zwar gemäß Art 697 Abs 4 OR gerichtlich geltend machen. Doch ist dies mE kein sonderlich attraktiver Weg. Die praktische Relevanz des Einsichtsrechts darf daher bezweifelt werden. Unter Zusammenschau der Auskunfts- und Einsichtsrechte sowie der Verpflichtung zur Bereitstellung von Unterlagen ist die informationsrechtliche Position des österreichischen Aktionärs gegenüber der des schweizerischen mE als stärker zu beurteilen. Die Verpflichtung zur Bereitstellung von allen Unterlagen, die den Aktionären als Erläuterung von Tagesordnungspunkten dienen können, gemäß § 108 Abs 3 AktG halte ich für aktionärsfreundlicher als das Einsichtsrecht gemäß Art 697 Abs 3 OR. Hinzu kommt, dass die Einsicht in das Aktienbuch in Österreich im Gegensatz zur Schweiz wohl generell möglich ist. Dies wäre mE auch für die Schweiz wünschenswert, jedoch fehlt es dort an einer diesbezüglichen Rechtsvorschrift.

(4) Sonderprüfung

Die Möglichkeit einer aktienrechtlichen Sonderprüfung existiert sowohl in Österreich als auch in der Schweiz. In beiden Ländern können Sonderprüfer sowohl von der

Hauptversammlung als auch auf Antrag einer Minderheit, die zumindest 10 Prozent des Grundkapitals (bzw in der Schweiz alternativ 2 Mio. SFR) vertritt, vom Gericht eingesetzt werden, wenn die Hauptversammlung die Einsetzung abgelehnt hat. Voraussetzung für die gerichtliche Einsetzung ist in beiden Ländern die Glaubhaftmachung von Gesetzes- oder Statutenverletzungen. In Österreich ist alternativ weiters die Glaubhaftmachung von Unredlichkeiten als Einsetzungsgrund möglich, in der Schweiz muss die Gesellschaft durch die zu prüfenden Vorgänge bereits einen Schaden erlitten haben. Überprüfbar sind in Österreich nur Vorgänge bei der Gründung oder Geschäftsführung, die nicht länger als zwei Jahre zurückliegen. In der Schweiz wird die Sonderprüfung auf „bestimmte“ Sachverhalte beschränkt (also bspw keine generelle Überprüfung der Geschäftsführung) und muss zur Ausübung von Aktionärsrechten notwendig sein. Während in Österreich der Kreis der Sonderprüfer qua Gesetz auf Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften beschränkt ist, können in der Schweiz alle Personen bestellt werden, die als ausgewiesene und unabhängige Experten bezeichnet werden können.⁷²³ Dies erweitert den Kreis der möglichen Sonderprüfer gegenüber Österreich, was sinnvoll ist, zumal in der Schweiz die AG die vorherrschende Gesellschaftsform ist.⁷²⁴ Den Revisoren kommen in Österreich wie auch der Schweiz umfassende Auskunfts- und Einsichtsbefugnisse zu. Sie haben am Ende ihrer Arbeit einen Bericht über ihre Ergebnisse zu verfassen. Während dieser Bericht in Österreich sofort dem Vorstand und Aufsichtsrat vorzulegen bzw. beim Firmenbuch einzureichen ist, ist in der Schweiz ein richterliches Bereinigungsverfahren vorgeschaltet, das verhindern soll, dass wesentliche Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft verletzt werden.

Entscheidende Unterschiede zwischen den beiden Prüfungsinstrumenten zeigen sich beim Ziel der Prüfung. In der Schweiz hat der Revisor bloß die Aufgabe, die Tatsachen des zu überprüfenden Sachverhalts zu untersuchen und diesen wertungsfrei darzustellen, sodass ihn die Aktionäre beurteilen können. Demgegenüber hat der österreichische Revisor nicht nur den Sachverhalt des prüfungsgegenständlichen Vorgangs zu ermitteln, sondern vielmehr auch zu beurteilen, ob sich durch diesen Vorgang eine Ordnungswidrigkeit oder Pflichtverletzung zugetragen hat, die zu einer

⁷²³ Weber in Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³, Art 697c Rz 7; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, § 35 Rz 54.

⁷²⁴ Im Gegensatz zu Österreich, wo die große Anzahl der GmbH mich in dieser Arbeit dazu veranlasst hat, den Kreis der Sonderprüfer für die GmbH weiter zu fassen als für die AG; vgl oben S. 29 f.

Verantwortlichkeit der handelnden Organe führen könnte.⁷²⁵ In diesem Punkt zeigt sich mE die Überlegenheit des österreichischen Prüfungsinstruments. Es ist für mich unverständlich, warum man ausgewiesene Experten nur damit betraut, einen Sachverhalt zu ermitteln, sie jedoch nicht dazu aufruft, aus dem ermittelten Sachverhalt Schlüsse zu ziehen. Bei börsennotierten Gesellschaften befinden sich heutzutage vielfach Aktien in Streubesitz. Gerade bei Kleinstanlegern kann aber nicht erwartet werden, dass sie aus bloßen Sachverhaltsdarstellungen, die mitunter komplexer Natur sein können, Gesetzesverletzungen oder Satzungswidrigkeiten ableiten können. Diese Aufgabe den Sonderprüfern zu übertragen ist daher sinnvoll und aktionärsfreundlich. Der österreichischen Lösung ist daher mE der Vorzug zu geben.

(5) Besondere Maßnahmen

(a) Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung

Die informationsrechtlichen Regelungen bei Verschmelzungen und Spaltungen sind in Österreich und der Schweiz im Wesentlichen gleich gestaltet. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass sowohl die diesbezüglichen schweizerischen als auch die österreichischen Regelungen EG-Richtlinien nachempfunden sind. Die Verschmelzung wurde in beiden Ländern nach Vorgabe der Fusionsrichtlinie⁷²⁶ gestaltet⁷²⁷, die Spaltung nach Vorgabe der Spaltungsrichtlinie.⁷²⁸ Wesentliche Unterschiede bei den Informationsmöglichkeiten der Gesellschafter in den beiden Ländern sind nicht zu erkennen. Dass der in Österreich erforderliche Bericht des Aufsichtsrats in der Schweiz kein Gegenstück hat ist darauf zurückzuführen, dass in der schweizerischen AG das monistische System vorherrscht, in dem der Verwaltungsrat sowohl die Aufgaben des Vorstands als auch die des Aufsichtsrats einer österreichischen AG übernimmt.

Der im österreichischen AktG in den § 239 ff. geregelten formwechselnden Umwandlung entspricht die in den Art 53 ff. FusG geregelte Umwandlung in der Schweiz. Die Informationspflichten unterscheiden sich hier insofern, als die gemäß § 244 AktG zu erstellenden Berichte von Vorstand und sachverständigem Prüfer sich vornehmlich auf die Höhe und Angemessenheit der allfälligen Barabfindung

⁷²⁵ Vgl. Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵, § 130 Rz 1.

⁷²⁶ 3. gesellschaftsrechtliche Richtlinie der EG vom 9.10.1978, 78/855/EWG.

⁷²⁷ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, AktG Rz 1; Vischer in Zürcher Kommentar zum FusG, Einleitung Rz 4.

⁷²⁸ 6. Gesellschaftsrechtliche Richtlinie der EG vom 17.12.1982, 82/891/EWG; Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, SpaltG Rz 1; Vischer in Zürcher Kommentar zum FusG, Einleitung Rz 4.

beschränken, während die entsprechenden Berichte nach dem schweizerischen FusG weiter gehen und ua auch den Zweck der Umwandlung sowie die auf die Gesellschafter neu zukommenden Pflichten betreffen. Bei dieser Form der Umwandlung ist daher ein Informationsvorteil der schweizerischen Gesellschafter zu identifizieren. Insbesondere bezüglich der Pflichten, die auf die Gesellschafter in Zukunft in der neuen Rechtsform zukommen können, wäre auch in Österreich eine Information der Gesellschafter wünschenswert.

Den im österreichischen UmwG geregelten Formen der Umwandlung, also der verschmelzenden und der errichtenden Umwandlung entsprechende Umwandlungsformen existieren in der Schweiz nicht. Vielmehr ist im FusG in den Art 69 ff die sogenannte Vermögenübertragung, die die Übertragung von Teilen oder des gesamten Vermögens ohne Mitwirkung der Gesellschafter ermöglicht, geregelt. Ein fruchtbarer Rechtsvergleich ist auf Grund der zu großen Unterschiede zwischen den beiden Rechtsfiguren ua im Hinblick auf die informationsrechtliche Ausgestaltung mE nicht möglich.

(b) Abwicklung

Sowohl in Österreich als auch in der Schweiz sind zu Beginn der Abwicklung Eröffnungsbilanzen zu errichten. In den folgenden Jahren sind in der Schweiz sodann lediglich Zwischenbilanzen zu erstellen, während in Österreich ein Jahresabschluss mit Lagebericht und evtl einem Corporate Governance-Bericht erforderlich ist, bis die Abwicklung abgeschlossen ist.

Nach Beendigung der Abwicklung sind die Geschäftsbücher der Gesellschaft in der Schweiz gemäß Art 747 OR für zehn Jahre aufzubewahren. Die Aufbewahrung dient vornehmlich der Beweissicherung. So sind die Geschäftsbücher lediglich gemäß Art 963 OR bei Gericht vorzulegen, wenn spätere Streitigkeiten dies notwendig machen. Ein Einsichtsrecht in die verwahrten Bücher steht den ehemaligen Gesellschaftern aber nicht zu.

In Österreich sind die Geschäftsbücher gemäß § 214 AktG nur für sieben Jahre an einem sicheren Ort aufzubewahren. Den ehemaligen Aktionären sowie den Gläubigern steht gemäß § 214 Abs 3 AktG ein Einsichtsrecht zu. Die Einsicht muss beim

zuständigen Gericht beantragt werden und wird gestattet, wenn ein ausreichendes Interesse geltend gemacht werden kann.

Obwohl den österreichischen Aktionären ein eigenes Einsichtsrecht in die Geschäftsbücher der abgewickelten Gesellschaft zusteht, sind sie mE im Ergebnis nicht außerordentlich besser gestellt als die schweizerischen, weil ein Einsichtsinteresse wohl meist nur dann gegeben ist, wenn Streitigkeiten über frühere Umstände vorliegen. In diesem Fall kann auch in der Schweiz die Vorlage der Geschäftsbücher verlangt werden.

Ein wirklicher Vorteil ergibt sich nur insofern, als Aktionäre in Österreich bereits vor einem gerichtlichen Verfahren durch Einsicht in die Geschäftsbücher klarstellen können, ob frühere Gesellschaftsvorgänge ihre Position stärken bzw. ob potentiell strittige Ansprüche überhaupt bestehen. Dass eine ähnliche Regelung im schweizerischen Kapitalgesellschaftsrecht nicht zu finden ist, ist fragwürdig, da sie gerade im Hinblick auf die Vermeidung unnötiger Gerichtsverfahren dienlich wäre. Besondere Nachteile dieses Einsichtsrechts sind mE nicht ersichtlich, da insbesondere Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft nach Abwicklung nur noch in sehr eingeschränktem Maße vorhanden sind. Die Einführung einer dem § 214 Abs 3 AktG vergleichbaren Rechtsvorschrift wäre daher mE auch für die Schweiz empfehlenswert.

Literaturverzeichnis

- Aman/Frotz/Mühlehner/Wagner/Zöchling*, Das EU-Gesellschaftsrechts-
änderungsgesetz (1996)
- Andrae*, Urteilsanmerkung, NZ 2005, 281
- Arnold*, Die Pflicht des Vorstandes zur Auskunftsverweigerung in der
Hauptversammlung, GesRZ 2007, 99
- Bachl*, Anmerkungen zur Verschmelzungs-, Umwandlungs- und Spaltungsprüfung,
GesRZ 2000, 7
- Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen (2000)
- Bajons*, Die Beweisführung durch Handelsbücher, NZ 1991, 51
- Baker & McKenzie (Hrsg.)*, Stämpflis Handkommentar zum Fusionsgesetz (2003)
- Baumbach/Hueck*, GmbHG¹⁹ (2010)
- Bertschinger*, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit (1999)
- Binder*, Die Verfassung der Aktiengesellschaft (1987)
- Böckli*, Schweizer Aktienrecht³ (2004)
- Bürgi*, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band V 5b/1 (1957)
- Bydlinski F.*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre (2005)
- Casutt*, Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht (1991)
- Casutt*, Was brachte die Sonderprüfung als neues Instrument des Aktionärsschutzes?,
ST 2002, 506
- Doralt*, Zum Entwurf einer Novelle des GmbH-Gesetzes, JBl 1977, 124
- Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz (2003)
- Dubs*, Urteilsanmerkung, AJP 2007, 1193
- Eigner/Winner*, Die elektronische Hauptversammlung, ÖBA 2008, 43
- Eiselsberg*, Spaltungsgesetz (1994)
- Enzinger*, Umwandlungsrecht Quo Vadis, wbl 1997, 1
- Enzinger*, Interessenkonflikt und Organpflichten (2005)

Enzinger, Zum Auskunftsanspruch des Genossenschafters, GeS 2006, 10

Eppenberger, Information des Aktionärs – Auskunfts- oder Mitteilungspflicht? (1990)

Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² (2000)

Forstmoser, Informations- und Meinungsäußerungsrechte des Aktionärs, Schriften zum neuen Aktienrecht Band 11 (1997)

Forstmoser, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch² V 5b (2003)

Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht (1996)

Forstmoser/Peyer/Schott, Das neue Recht der GmbH (2006)

Gabrielli, Das Verhältnis des Rechts auf Auskunftserteilung zum Recht auf Einleitung einer Sonderprüfung (1997)

Gellis/Feil, Kommentar zum GmbH-Gesetz⁷ (2007)

Geist, Allgemeines Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters?, ÖJZ 1993, 641

Geist, Zum Gegenstand der Sonderprüfung auf Minderheitsantrag im GmbH-Recht, ÖJZ 1995, 658

Greiter, Das Auskunftsrecht des Aktionärs und des Partizipanten gemäß § 112 AktG, ÖJZ 1989, 524

Grünwald, Änderungen im AktG durch das RLG, ecolex 1992, 413

Grünwald, Änderungen im GmbHG durch das RLG, ecolex 1992, 21

Grünwald, Grenzen des Allgemeinen Informationsrechtes des GmbH-Gesellschafters, ecolex 1991, 245

Grünwald, Umwandlung – Verschmelzung – Spaltung (1996)

Gulderner, Schweizerisches Zivilprozessrecht³ (1979)

Handschin/Truniger, Die neue GmbH² (2006)

Hartmann, Der lästige Gesellschafter in der Wirtschaftspraxis³ (1972)

Hirschler, Neuerungen im Gesellschafter- und Gläubigerschutz bei Spaltungen nach dem neuen SpaltG, GesRZ 1997, 8

Hoffmann-Becking, Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts IV³ (2007)

Honsell/Vogt/Watter, Basler Kommentar zum Obligationenrecht II³ (2008)

- Hopt/Wiedemann*, Aktiengesetz Großkommentar V⁴ (2008)
- Horber*, Das Auskunftsbegehren und die Sonderprüfung – siamesische Zwillinge des Aktienrechts, SJZ 1995, 165
- Horber*, Die Informationsrechte des Aktionärs (1995)
- Huguenin Jacobs*, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht (1994)
- Hüffer*, Aktiengesetz⁵ (2002)
- Hügel*, Das neue Spaltungsgesetz und die Reform des Umgründungsrechts, ecolex 1999, 527
- Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum AktG⁴ (2001)
- Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum AktG⁵ (2010)
- Jänig*, Die aktienrechtliche Sonderprüfung (2005)
- Jud*, Das Teilnahme- und Auskunftsrecht von Partizipationskapitalgebern iSd § 12 Abs 8 KWG, ÖBA 1988, 212
- Kalss*, Das Informationsrecht des Gesellschafters einer österreichischen GmbH im Lichte der Judikatur des Obersten Gerichtshofs, GmbHR 1994, 862
- Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung (1997)
- Kalss/Linder*, Minderheits- und Einzelrechte von Aktionären (2006)
- Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008)
- Kalss/Wessely*, Die Rechte des Aktionärs (1994)
- Karollus*, Urteilsanmerkung, JBl 1997, 781
- Kastner*, Aufsichtsrat und Realität, FS Strasser (1983)
- Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990)
- Keinert*, Sonderprüfungen im Recht der Kapitalgesellschaften, GesRZ 1976, 18
- Koppensteiner*, GmbH-Gesetz Kommentar² (1999)
- Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz Kommentar³ (2007)
- Koppensteiner*, Zum Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, FS Kastner (1992)
- Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB³ (2010)
- Kunz*, Das Informationsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung, AJP 2001, 883

Küng/Camp, GmbH-Recht (2006)

Lutter, Umwandlungsgesetz⁴ (2009)

Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz¹⁵ (2000)

Marolda Martinez, Information der Aktionäre nach schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht (2006)

Nobel, Aktienrechtliche Entscheide² (1991)

Nobel/Groner, Aktienrechtliche Entscheide³ (2006)

Nowotny, Auskunft über Vorstandsbezüge in der Hauptversammlung, RdW 1988, 78

Nowotny, Bewertungsverantwortung bei Fusionen, in FS Kastner (1992)

Nowotny, Der „lästige“ Gesellschafter in der GmbH & Co KG, NZ 1982, 81

Nowotny, „Due Diligence“ und Gesellschaftsrecht, wbl 1998, 145

Nowotny, Prüfungen im EU-GesRÄG Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, in Rechnungswesen und Controlling – FS Egger (1997)

Nowotny, Zum Einsichtsrecht des GmbH-Gesellschafters, RdW 1997, 54

Nussbaum/Sanwald/Scheidegger, Kurzkommentar zum neuen GmbH-Recht (2007)

Otto, Individualkontrollrechte des GmbH-Gesellschafters – Eine rechtsvergleichende Studie des deutschen und österreichischen GmbH-Rechts (2008)

Pedroja, Die Sonderprüfung im neuen Aktienrecht, AJP 1992, 774

Potyka, Das Aktienrechts-Änderungsgesetz 2009, ÖJZ 2009, 701

Pucher/Zwick, Das Auskunftsrecht des Aktionärs nach dem AktRÄG 2009, wbl 2010, 54

Rassi, Fragen der Bucheinsicht im Gesellschaftsrecht, ecolex 1999, 546

Rassi, Verfahrensrechtliche Fragen der Bucheinsicht, ÖJZ 1997, 891

Rauter, Aktionärsrechte-Richtlinie: Änderungen im Recht der Hauptversammlung, JAP 2007/2008/6

Rechberger, Kommentar zum Außerstreitgesetz (2008)

Rechberger, Kommentar zur ZPO³ (2006)

Reich-Rohrwig, Anträge in der Hauptversammlung, ecolex 1991, 460

Reich-Rohrwig, Beginn der Anfechtungsfrist für GmbH-Generalversammlungsbeschlüsse – Urteilsanmerkung, *ecolex* 1998, 137

Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht (1983)

Reich-Rohrwig, Empirische Untersuchung über die GmbH in Österreich, FS Frotz (1993)

Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² (1997)

Reich-Rohrwig, Spezielle Fragen der Bucheinsicht und der Sonderprüfung bei der GmbH, *JB1* 1987, 364, 419

Reich-Rohrwig, Zum Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, *ecolex* 1992, 334

Rieder, Unbeschränktes Einsichts-/Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters?, *SWK* 2005, 5

Roth Pellanda, Q&A zur Klage auf Durchführung einer Sonderprüfung nach Art 697a ff OR, *GesKR* 2007, 294

Rummel, Kommentar zum ABGB³ (2007)

Ruppe (Hrsg), Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben (1980)

Schluep, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht (1955)

Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴ (2002)

Schucany, Sieben Auskunftrechtsfragen, *SAG* 1962/63, 65

Schweizerische Treuhandkammer (Hrsg), Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung (1998)

Siffert/Fischer/Petrin, GmbH-Recht (2008)

Skerlj, Das Gesetz vom 6. März 1906, *RGBl.* Nr. 58 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (1906)

Stern, Präsenzquoten für Hauptversammlungen einer Aktiengesellschaft – versteckte Vetorechte?, *GesRZ* 1998, 196 (197)

Strasser, Kommentar zum AktG⁴ (2001)

Straube, HGB II²/RLG (2000)

Straube, HGB³ (2003)

Straube (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2008)

Stückelberger, Unternehmensinformation und Recht (2004)

Szep, Aktionärsrechte in der aktienrechtlichen Praxis, *ecolex* 1998, 31

Thevenoz, Urteilsanmerkung, *SZW* 1993, 59

Thiery, Urteilsanmerkung, *JBl* 1989, 255

Thiery, Urteilsanmerkung, *ecolex* 1991, 27

Thöny, Zur Verantwortlichkeit des GmbH-Gesellschafters, *GesRZ* 1987, 82

Torggler H., Urteilsanmerkung *GesRZ* 1978, 174

Torggler H., Zum Informationsrecht des Kommanditisten, insbesondere im Konzern, *GesRZ* 1994, 102

Torggler U., Zum Wettbewerbsverbot des Mehrheitsgesellschafters, *GesRZ* 1995, 233

Ulmer, Zur GmbH-Reform in Österreich und Deutschland, *GesRZ* 1981, 193

Umfahrer, GmbH⁶ (2008)

Vischer, Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz (2004)

Von Büren/Stoffel/Weber, Grundriss des Aktienrechts² (2007)

Von Greyerz, Aktionärsschutz im neuen Aktienrecht, *ZBJV* 1984, 441

Watter/Vogt/Tschäni/Daeniker, Basler Kommentar zum Fusionsgesetz (2005)

Weber, Sonderprüfung – Hürdenlauf ohne Ende für den Aktionär, *FS Bär* (1998)

Weilinger, Die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses im Handels- und Gesellschaftsrecht (1997)

Wenger, Urteilsanmerkung, *RWZ* 2000, 74

Winner/Oberhofer, Unabhängigkeit und Bestellung von externen Prüfern bei gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen, *GesRZ* 2007, 34

Wünsch, Kommentar zum GmbHG, (1988)

Wünsch, Zur Abberufung von GmbH-Geschäftsführern, *FS Ostheim* (1990)

Zöchling, Die Prüfung von Umgründungen nach dem EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz, *RWZ* 1997, 154

Judikaturverzeichnis

Österreich

OGH:

OGH vom 17.10.1906, AC 2603

OGH vom 15.03.1910, AC 2880

OGH vom 24.11.1911 AC 2998

OGH vom 4.2.1913 AC 3138

2 Ob 270/34, SZ 16/113

3 Ob 221/51, NZ 1951, 127

1 Ob 536, 541/52, SZ 25/200 = JBl 1953, 185

3 Ob 129/59, HS 364/25

5 Ob 266/61, SZ 34/127

3 Ob 78/ 62, EvBl 1962/378

8 Ob 260/65, SZ 38/198 = EvBl 1966/221 = JBl 1966, 260

8 Ob 221/66, EvBl 1966/518

1 Ob 55/67, HS 6606/11

6 Ob 231/68, NZ 1969, 57

6 Ob 10/82, SZ 56/19

6 Ob 3/88, SZ 61/37 = JBl 1988, 383 = RdW 1988, 163

5 Ob 626/88, JBl 1989, 253 mit Anm *Thiery*

6 Ob 14/89, ecolex 1990, 153 = NZ 1990, 232 = RdW 1990, 47

6 Ob 17/90, SZ 63/150 = GesRZ 1990, 222 = ecolex 1991, 25 mit Anm *Thiery*

8 Ob 595, 596/90, RdW 1992, 144

6 Ob 9/91, RdW 1992, 11

6 Ob 18/91, RdW 1992, 173 = wbl 1992, 199

1 Ob 518/91, GesRz 1991, 160 = RdW 1991, 232 = ecolex 1991, 465
6 Ob 1011/92, RdW 1993, 76
6 Ob 27/95, ecolex 1996, 174
6 Ob 1039/95, ecolex 1996, 696
6 Ob 7/96, SZ 69/216
6 Ob 2016/96f, ecolex 1997, 436
OGH vom 19.6.1997, 6 Ob 33/97i
4 Ob 188/97v, JBl 1997, 781 (783) mit Anm *Karollus*
6 Ob 215/97d, SZ 70/157
OGH vom 25.3.1999, 6 Ob 272/98p
6 Ob 323/98p wbl 1999, 569
4 Ob 27/99w, wbl 1999, 420
6 Ob 210/99x, RdW 2000, 155 = RWZ 2000, 74 mit Anm *Wenger*
6 Ob 313/01z, RdW 2002, 413
6 Ob 69/03w, ecolex 2004, 381
6 Ob 314/03z, RdW 2004, 415
6 Ob 50/04z, GesRZ 2005, 85 = RdW 2005/130 = ecolex 2005/14
6 Ob 223/04v, ecolex 2005, 135
6 Ob 72/05i, ecolex 2006, 398
6 Ob 73/05m, SZ 2005/77 = wbl 2005, 533
6 Ob 138/06z, ecolex 2007, 187
6 Ob 11/08y, ecolex 2008, 541
6 Ob 28/08y, GesRZ 2008, 304
6 Ob 33/08h, RdW 2008, 452
6 Ob 178/09h, ecolex 2010/123

Untergerichte:

OLG Wien 4 R 244/58, NZ 1959, 42

OLG Wien 21 R 20/77, GesRZ 1978, 174 mit Anm *H. Torggler*

OLG Wien 6 R 41/87, wbl 1988, 200

OLG Graz 1 R 199/87, wbl 1988, 200

OLG Graz 1 R 74/89, EvBl 1989/180

OLG Wien 6 R 34/90, NZ 1990, 305

OLG Wien 5 R 26/91, NZ 1992, 76

OLG Wien 6 R 85/92 NZ 1993, 128

OLG Wien 6 R 46, 58, 59/93, NZ 1993, 285

OLG Wien 6 R 50/93, NZ 1994, 67

OLG Wien 6 R 179/95, 195/95, NZ 1997, 99

OLG Wien 28 R 86/98t, NZ 1999, 349

OLG Wien 28 R 42/05k, NZ 2005, 281 mit krit Anm *Andrae*

Schweiz

BGer:

BGer vom 9.11.1943, BGE 69 II 313

BGer vom 12.7.1956, BGE 82 II 216

BGer vom 23.6.1964, BGE 90 II 164

BGer vom 18.2.1969, BGE 95 II 157

BGer vom 7.6.1977, BGE 103 II 141 = *Nobel/Groner*, Aktienrechtliche Entscheide³ (2006), 242ff mit Anm der Autoren

BGer vom 1.7.1977, BGE 103 IV 283

BGer vom 4.5.1983, BGE 109 II 47

BGer vom 28.10.1994, BGE 120 II 393

BGer vom 7.7.1995, BGE 121 III 420

BGer vom 10.6.1997, BGE 123 III 261

BGer vom 4.6.2003, 4C.234/2002

BGer vom 30.7.2004, 4C.165/2004

BGer vom 23.2.2006, 4C.412/2005

BGer vom 6.9.2006, 4C.190/2005

BGer vom 20.12.2006, BGE 133 II 133

BGer vom 7.2.2007, BGE 133 III 180 = AJP 2007, 1193 mit krit Anm *Dubs*

BGer vom 26.4.2007, BGE 133 III 461

Untergерichte:

OGer ZH vom 28.6.1967, SAG 1973, 49

Cour de Justice Genf vom 21.6.1991 und 23.1.1992, SZW 1993, 59ff mit Anm
Thevenoz

Abstract

Gewöhnlich wird den Anteilsinhabern in Kapitalgesellschaften verschiedenste Mitgliedschaftsrechte wie Gewinnansprüche oder Mitbestimmungsrechte eingeräumt. Um diese Rechte effektiv ausüben zu können ist es erforderlich, dass den Ausübungsberechtigten Informationen zur Verfügung gestellt werden, die es ihnen ermöglichen, sich bspw über die Höhe ihres Gewinnanspruchs oder über Entscheidungskriterien informieren zu können. Dieses Informationsinteresse wird in den in dieser Arbeit analysierten Rechtsordnungen Österreichs und der Schweiz durch den Anteilsinhabern eingeräumte Informationsrechte befriedigt, die in unterschiedlichen Formen bestehen. Manche verpflichten die Gesellschaften, von selbst tätig zu werden und ihre Anteilsinhaber über diverse Umstände zu informieren. Andere räumen den Anteilsinhabern ein Recht auf Auskunftserteilung durch die Organwalter der Gesellschaft oder ein Einsichtsrecht in Gesellschaftsunterlagen ein, um sich eigenständig zu informieren. Wieder andere berechtigen die Gesellschafter, eine Prüfung durch außenstehende Sachverständige zu veranlassen. In dieser Arbeit werden die im Kapitalgesellschaftsrecht Österreichs und der Schweiz vorgesehen Informationsrechte eingehend analysiert und gegenübergestellt.

Im GmbH-Recht fällt auf, dass der Umfang der den Gesellschaftern zustehenden Informationsrechte zwar in beiden Ländern weitgehend ähnlich ist, die schweizerische Rechtsordnung diesbezüglich aber einen gesetzgeberisch schlüssigeren Eindruck macht. Der österreichische Gesetzgeber ist daher zu Reformen des GmbH-Rechts im Bereich der Informationsrechte angehalten. Eine Anlehnung an die schweizerische Rechtsordnung wäre begrüßenswert.

Im Aktienrecht divergieren die Informationsmöglichkeiten der Aktionäre in Österreich und der Schweiz deutlich. Während Österreich sich in Anlehnung an die Aktionärsrechte-Richtlinie⁷²⁹ dafür entschieden hat, den Aktionären insbesondere vor der Hauptversammlung sehr umfassende Informationsmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen, wird den Aktionären in der Schweiz ein jederzeitiges Einsichtsrecht gewährt, das allerdings von der Zustimmung des Verwaltungsrats oder der Generalversammlung abhängig ist. Hier ist dem klaren, österreichischen Regelungsregime der Vorzug zu

⁷²⁹ RL 2007/36/EG.

geben, da schweizerische Aktionäre zu sehr vom wohlwollenden Mitwirken der Organe abhängig sind.

Lebenslauf

Mag. Jakob Egle
geb. 06.08.1985 in Wien
Porzellangasse 60/3/19
1090 Wien
Tel.Nr. 0650/3917295

Ausbildung:

1991 – 1995	VS 3 Schauerstraße Wels
1995 – 2003	BG/BRG Brucknerstraße Wels, Abschluss durch Matura mit gutem Erfolg
2001 – 2002	Einjähriger Aufenthalt im Rahmen eines Schulaustausches in Caracas, Venezuela
2004	Präsenzdienst Militärkommando OÖ, Hörsching
2004 – 2008	Diplomstudium der Rechtswissenschaften Universität Wien, Abschluss März 2008
09/2005	Rechtshörerschaft LG Wels
09/2006 – 05/2008	Praktikant bei SCWP Rechtsanwälte Wels/Wien
Sommer 2008	Dreimonatiger Sprachkurs in Nizza, Frankreich
10/2008 – 07/2009	Gerichtsjahr OLG Wien
09/2008 – 07/2009	Konzipiententätigkeit bei Baker & McKenzie Diwok Hermann Petsche Rechtsanwälte GmbH
seit 09/2009	Promotionsstudium der Rechtswissenschaften