



#### IV. Zusammenfassung

Die Neufassung des § 123 Abs. 1 AktG durch das UMAG hat im Ergebnis dazu geführt, dass für die Auslegung von Unterlagen zum Zwecke der Information der Aktionäre im Vorfeld einer Verschmelzung bzw. Spaltung sowie für die Einreichung des Verschmelzungs- bzw. Spaltungsvertrags zum Handelsregister nur noch eine Frist von 30 Tagen zu wahren ist (vgl. §§ 61 Satz 1, 63 Abs. 1 UmwG). Das deutsche Recht steht damit im Widerspruch zur Fusionsrichtlinie und Spaltungsrichtlinie, die insoweit eine Frist von einem Monat vorsehen.

Der Unterschied zwischen einer Frist von einem Monat und 30 Tagen mag zwar auf den ersten Blick nicht groß sein. Bedenkt man jedoch, dass ein Verstoß gegen die Einberufungs-<sup>7</sup>, Offenle-

gungs-<sup>8</sup> oder Auslegungsfrist<sup>9</sup> zur Anfechtbarkeit des Verschmelzungs- bzw. Spaltungsbeschlusses führt, so wird deutlich, dass diese zunächst als geringfügig erscheinende Diskrepanz u. U. zum Scheitern der gesamten Transaktion oder zumindest zu erheblichen Verzögerungen führen kann. Es ist daher insoweit dringend zur Vorsicht zu raten.

7... Hüffer, AktG, 6. Aufl. 2004, § 243 Rdn. 11; Kubis, in: MünchKommAktG, 2. Aufl. 2004, § 123 Rdn. 47.

8... Diekmann, in: Semler/Stengel, UmwG, 1. Aufl. 2003, § 61 Rdn. 19 ff.; Grunewald, in: Lutter, UmwG, 3. Aufl. 2004, § 61 Rdn. 5.

9... Diekmann, in: Semler/Stengel, UmwG, 1. Aufl. 2003, § 63 Rdn. 26; Grunewald, in: Lutter/UmwG, 3. Aufl. 2004, § 63 Rdn. 8.

Rechtsanwälte Dr. Karsten Faulhaber, Düsseldorf / Philipp Riesenkampff, M.B.A., Wickede

## Die Beweiskraft des OK-Vermerks des Telefax-Sendeberichts

### I. Einleitung

Erfolgsversprechende Entscheidungen setzen voraus, dass dem Entscheidungsträger verlässliche Informationen zur Verfügung stehen. Ist eine Entscheidung getroffen worden, muss die entsprechende Willenserklärung sicher und vollständig an den Adressaten übermittelt werden. Sowohl zur Informationsverschaffung als auch für die sichere Übermittlung von Willenserklärungen ist das Telefax hervorragend geeignet. Dementsprechend gehört es weltweit zum allgemeinen Standard der Informationsübermittlung im Geschäftsverkehr. Mängelanzeigen werden ebenso per Telefax verschickt wie kaufmännische Bestätigungsschreiben oder Mahnungen. Regelmäßig vertraut hierbei der Absender darauf, dass der Adressat die Mitteilung tatsächlich erhalten hat, wenn der Sendebericht seines Telefaxgeräts einen OK-Vermerk enthält. Aber darf der Absender sich auch tatsächlich auf den OK-Vermerk des Sendeberichts verlassen?

### II. Die Beweiswürdigung des Sendeprotokolls

Eine Erklärung, die gegenüber einem Abwesenden abzugeben ist, wird in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie dem Empfänger zugeht. Zugegangen ist eine Willenserklärung dann, wenn sie so in den Bereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen<sup>1</sup>. Damit folgt die Rechtsprechung der Empfangstheorie, die bereits im Gemeinen Recht herrschend war und in § 130 Abs. 1 BGB normiert worden ist<sup>2</sup>.

Behauptet nunmehr der Adressat eines Telefaxes, er habe die Mitteilung nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erhalten, trägt der Versender nach den allgemeinen Grundsätzen die Beweislast für den Zugang der Willenserklärung<sup>3</sup>. Der Sendebericht ist in diesem Fall das naheliegendste Beweisangebot, das dem Versender zur Verfügung steht. Allerdings ist umstritten, ob dem OK-Vermerk die volle Beweiskraft zukommt, ob dieser zumindest die Möglichkeit eines Anscheinsbeweises eröffnet, oder ob der Sendebericht lediglich Indizwirkung entfaltet.

#### 1. Beweis

Der Beweis für eine Tatsache ist erbracht, wenn der Richter persönlich von deren Vorliegen voll überzeugt ist<sup>4</sup>. Aus Sicht des Richters darf die behauptete Tatsache also nicht nur wahrscheinlich sein. Sie muss durch entsprechenden Nachweis so hinreichend belegt werden, dass er die streitige Tatsachenbe-

hauptung für wahr erachtet<sup>5</sup>. Allerdings dürfen auch keine überzogenen Anforderungen an die Überzeugung des Richters gestellt werden. Es reicht daher aus, wenn die Gewissheit des Richters einen für das „praktische Leben brauchbaren Grad“ erlangt hat<sup>6</sup>.

#### 2. Anscheinsbeweis

Beim Anscheinsbeweis hat der Beweispflichtige den Tatbestand darzulegen (und muss diesen gegebenenfalls beweisen), der nach der Lebenserfahrung wegen seiner Formelhaftigkeit sowie seines typischen Geschehensablaufs den Schluss auf nur eine Ursache, beziehungsweise einen einzigen möglichen Geschehensablauf zulässt<sup>7</sup>. Der Anscheinsbeweis, oder auch Prima-facie-Beweis, ist also kein besonderes oder gar eigenständiges Beweismittel. Vielmehr gelangen hier im Rahmen der freien Beweiswürdigung gem. § 286 ZPO die Sätze der allgemeinen Lebenserfahrung konsequent zur Anwendung, um dem Richter eine Überzeugungsbildung zu ermöglichen<sup>8</sup>. Mit Hilfe der Lebenserfahrung können fehlende konkrete Indizien bei der Beweiswürdigung überbrückt werden. Entscheidend ist daher, dass die anzuwendenden Erfahrungssätze geeignet sind, die volle Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit einer Tatsachenbehauptung zu begründen<sup>9</sup>.

Karsten Faulhaber ist Rechtsanwalt der Sozietät Hölters & Elsing, Düsseldorf. Philipp Riesenkampff ist Rechtsanwalt und Anwaltsmediator.

1... BGH-Urteil vom 21. 1. 2004 – XII ZR 214/00, NJW 2004 S. 1320; OLG Rostock, NJW-RR 1998 S. 526 (527), m. w. N.

2... Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl., § 130 Rdn. 2.

3... Vgl. OLG Saarbrücken, Beschluss vom 24. 5. 2004 – 5 W 99/04, NJW 2004 S. 2908 (2909).

4... BGH, VersR 1998 S. 1301 (1302).

5... Prütting, in: MünchKomm-ZPO, § 286 Rdn. 40.

6... BGH-Urteil vom 17. 2. 1970 – III ZR 139/67, BGHZ 53 S. 245 = DB 1970 S. 1270; vom 13. 11. 1998 – V ZR 216/97, DB 1999 S. 897 = NJW 1999 S. 487 (488); Prütting, a.a.O. (Fn. 5), § 286 Rdn. 32.

7... BGH-Urteil vom 5. 3. 2002 – VI ZR 398/00, NJW 2002 S. 1643 (1645); BFH-Urteil vom 8. 7. 1998 – I R 17/96, DB 1998 S. 2452 = BB 1999 S. 303 f.; Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, Anh. § 286, Rdn. 20.

8... BGH-Urteil vom 17. 6. 1997 – X ZR 119/94, NJW 1998 S. 79 (80); a. A. Gregger/Zöller, ZPO, Vor. § 284 Rdn. 29.

9... BGH-Urteil vom 17. 6. 1997 – X ZR 119/94, NJW 1998 S. 79 (81).

### 3. Indizienbeweis

Beim Indizienbeweis wird nicht die behauptete Beweistatsache selbst, sondern eine anderweitige Tatsache bewiesen, aus welcher der Richter kraft seiner Lebenserfahrung auf das Vorliegen der behaupteten Beweistatsache schließt und schließen darf<sup>10</sup>. Er ist also lediglich ein „mittelbarer, indirekter“ Beweis und dementsprechend in der Regel nur von geringem Beweiswert<sup>11</sup>.

### 4. Abgängigkeit der Beweiskraft von der technischen Zuverlässigkeit der Telefaxtechnik

Ein OK-Vermerk kann demnach nur dann den vollen Beweis für den Zugang der jeweiligen Erklärung erbringen, wenn nach dessen Vorlage keine vernünftigen Zweifel am Zugang der Mitteilung bestehen bleiben. Voraussetzung ist also, dass das Gericht von der inhaltlichen Richtigkeit des Sendeberichts ausgehen darf. Rechtsprechung und Literatur lehnen es jedoch ab, dem Sendebericht eine derartige Beweiskraft zuzusprechen. Sie bewerten die Telefaxtechnik als fehleranfällig, sodass auch bei Vorlage eines OK-Vermerks Zweifel am Zugang der Erklärung verbleiben<sup>12</sup>. Hierbei lassen sich die Fehlerquellen wie folgt systematisieren:

#### a) Fehler beim Versender

Hauptrisiken bei der ordnungsgemäßen Absendung sind das fehlerhafte Einlegen oder Starten des Faxvorgangs. Neben dieser falschen Bedienung kommt aber auch eine Störung des Sendegerätes als Risiko für die fehlerhafte Dokumentation der Telefaxübermittlung in Betracht.

#### b) Fehler bei der Übermittlung

Das Risiko besteht bei der Übermittlung im Wesentlichen in Leitungstörungen. Durch Erschütterungen oder ähnliche Einwirkungen kann es dazu kommen, dass die Kontaktverbindungen zwischen einzelnen Leitungsabschnitten für kurze Zeiträume im Millisekundenbereich offen sind und Teile des übermittelten Signalstroms verloren gehen. Auch durch die Telefonleitung selbst werden Interferenzen, Leitungsruschen und Verzerrungen in das übermittelte Signal eingebracht.

#### c) Fehler beim Empfänger

Beim Empfänger sind vielfältige Ursachen für die fehlende Kenntnisnahme der übermittelten Nachricht denkbar. Der Ausdruck des Telefaxes kann bereits an fehlendem Papier oder Papierstau scheitern. Auch ist hier wiederum eine fehlerhafte Arbeitsweise des Empfangsgeräts möglich. Moderne Telefaxgeräte verfügen über einen Datenspeicher, der einen zeitverzögerten Ausdruck, insbesondere bei Papiermangel, ermöglicht. Dementsprechend ist es denkbar, dass die Daten zwar gespeichert werden, der Speicher aber wegen Stromausfalls oder fehlerhafter Bedienung gelöscht wird, bevor es zum Ausdruck der Nachricht kommt.

#### d) Manipulationen

Im Übrigen kann der OK-Vermerk nicht nur bei Störungen unzutreffenderweise erstellt werden, sondern auch durch Missbrauch bzw. Manipulationen<sup>13</sup>. Anders als beim Teletextdienst der Deutschen Post<sup>14</sup> können bei normalen Faxgeräten in der Menüführung das Datum, die Uhrzeit und die Sendenummer frei gewählt werden und müssen nicht mit der echten Adresse und der amtlichen Telefonnummer übereinstimmen. Insbesondere bei Nutzung eines Computerfaxes bestehen geringe Manipulationschancen, da der Anwender bei der Installation gefragt wird, unter welchem Namen und welcher Faxnummer er seine Dokumente senden möchte<sup>15</sup>. Außerdem kann die Empfängererkennung (Telefaxnummer des Empfängers) fälschlicherweise erzeugt werden, wenn dem Absender ein zweiter Telefaxanschluss zur Verfügung steht<sup>16</sup>.

### e) Nach BGH im Privatrechtsverkehr lediglich Indizwirkung

Weder Rechtsprechung noch Literatur beantworten die Frage nach der Beweiskraft des Sendeberichts einheitlich. Besonders unübersichtlich ist die Rechtslage auch, weil die bislang herrschende Rechtsprechung die Beweiskraft des OK-Vermerks je nach Empfänger des Telefaxes unterschiedlich bewertet. Während der OK-Vermerk des Sendeberichts bei der Kommunikation mit Behörden und Gerichten regelmäßig als Nachweis des Zugangs ausreicht<sup>17</sup>, soll dies für den Privatrechtsverkehr in aller Regel gerade nicht gelten<sup>18</sup>. Nach der bislang maßgeblichen Entscheidung des BGH beweist der Sendebericht weder den Zugang des jeweiligen Telefaxes, noch besteht im Privatrechtsverkehr ein allgemeiner Erfahrungssatz, dass bei Vorlage eines OK-Vermerks das entsprechende Telefax dem Empfänger zugegangen ist<sup>19</sup>. Dementsprechend kommt dem OK-Vermerk lediglich Indizwirkung zu.

Der BGH begründet seine Auffassung im Wesentlichen damit, dass die Datenübertragung scheitern könne, ohne dass die Unterbrechung oder missglückte Datenübermittlung im Sendebericht ausgewiesen werde. Dem OK-Vermerk könne allenfalls entnommen werden, dass eine Verbindung zwischen dem Sende- und dem Empfangsgerät hergestellt worden sei. Dagegen könne dem OK-Vermerk nicht mit hinreichender Sicherheit entnommen werden, dass der Inhalt des Telefaxes auch ordnungsgemäß an den Empfänger übermittelt worden ist<sup>20</sup>.

Nach dem BGH unterscheidet sich die Übermittlung einer Erklärung per Telefax insofern nicht von der Übermittlung per einfacher Briefpost. Die Parteien hätten beim Telefax ebenso wie bei einfachen Briefpostsendungen keinen Einfluss auf den Transport der Nachricht<sup>21</sup>. Für den Briefverkehr ist aber unstrittig, dass der Absender sich nicht darauf verlassen kann, dass ein abgeschickter Brief auch tatsächlich beim Empfänger zugeht<sup>22</sup>. Anderenfalls müsste der Empfänger die negative Tatsache beweisen, dass ihm der Brief nicht zugegangen ist, was regelmäßig kaum möglich ist.

### 5. Zugang erst mit Ausdruck der Erklärung beim Empfänger

Neben der technischen Fehleranfälligkeit stützt der BGH seine Auffassung auch auf die Auslegung des Begriffs „Zugang“. Die Übermittlung einer Erklärung per Telefax sei grundsätzlich erst

- 10... BGH, VersR 1998 S. 1301 (1302); *Hartmann*, a.a.O. (Fn. 7), Einf. § 284 Rdn. 16.
- 11... BGH-Urteil vom 10. 5. 1984 – III ZR 29/83, NJW 1984 S. 2039 (2040).
- 12... BGH-Urteil vom 7. 12. 1994 – VIII ZR 153/93, DB 1995 S. 672 = NJW 1995 S. 665 (666 f.); OLG Rostock, NJW 1996 S. 1831.
- 13... AG Düsseldorf, NJW-RR 1994 S. 1510; LG Darmstadt, WM 1993 S. 1653; *Makowski*, NJW 2004 S. 1901 (1904).
- 14... Vgl. *Buckenberger*, DB 1982 S. 634 (635).
- 15... *Wanke/Müller*, CHIP 1992 S. 86.
- 16... LG Darmstadt, WM 1993 S. 1653.
- 17... BVerfG-Beschluss vom 19. 11. 1999 – 2 BvR 565/98, NJW 2000 S. 574 = MDR 2000 S. 836; vom 21. 6. 2001 – 1 BvR 436/01, NJW 2001 S. 3473; vom 1. 8. 1996 – 1 BvR 121/95, NJW 1996 S. 2857 = DB 1996 S. 1821; BGH-Beschluss vom 20. 2. 2003 – V ZB 60/02, NJW-RR 2003 S. 861; BGH, VersR 2002 S. 1045, m. w. N. Vgl. hierzu auch *Riesenkampff*, NJW 2004 S. 3296 (3297 f.).
- 18... BGH-Urteil vom 7. 12. 1994 – VIII ZR 153/93, DB 1995 S. 672 = NJW 1995 S. 665 (667); OLG Dresden, NJW-RR 1994 S. 1485 (1486); BGH, MDR 1996 S. 99; BAG-Urteil vom 14. 8. 2002 – 5 AZR 169/01, DB 2002 S. 2549; BFH-Urteil vom 8. 7. 1998 – I R 17/96, BB 1999 S. 303; vom 17. 12. 1998 – III R 87/96, DB 1999 S. 724 = NJW 1999 S. 1422; LAG Düsseldorf, DB 2004 S. 1159.
- 19... BGH-Urteil vom 7. 12. 1994, a.a.O. (Fn. 18).
- 20... Vgl. BGH-Urteil vom 7. 12. 1994, a.a.O. (Fn. 18); vgl. auch *Burgard*, BB 1995 S. 222.
- 21... BGH-Urteil vom 7. 12. 1994, a.a.O. (Fn. 18).
- 22... BGH-Urteil vom 17. 2. 1964 – II ZR 87/61, DB 1964 S. 476 = NJW 1964 S. 1176 (1177); *Palandt/Heinrichs*, a.a.O. (Fn. 2), § 130, Rdn. 21; *Einsele*, in: MünchKomm-BGB, § 130 Rdn. 46.

dann beim Empfänger zugegangen, wenn der Druckvorgang des Empfangsgerätes abgeschlossen ist<sup>23</sup>. Erst der Ausdruck der Erklärung verkörpere diese in einer Form, die für den Empfänger verständlich ist. Dementsprechend bestehe nach der eingeschränkten Empfangstheorie erst mit Ausdruck der Erklärung die Möglichkeit der Kenntnisnahme für den Empfänger.

Folglich würde es nach dieser Auffassung für den Beweis des Zugangs einer Erklärung auch nicht ausreichen, wenn man den OK-Vermerk als Nachweis für die Übermittlung der Erklärung bis zum Empfängergerät genügen lassen wollte. Die Daten müssen nicht nur an das Empfangsgerät übermittelt werden, sondern von diesem auch ausgedruckt werden<sup>24</sup>.

### III. Stellungnahme

Unabhängig davon, welche Beweiskraft man einem OK-Vermerk im konkreten Fall letztlich zubilligen möchte, ist wohl unbestritten, dass diese Frage seriös nur nach eingehender Prüfung der technischen Zuverlässigkeit der Telefaxtechnik beantwortet werden kann. Insbesondere muss geklärt werden, wann und unter welchen Umständen ein OK-Vermerk erstellt wird. Es überrascht insofern, in der Rechtsprechung nur selten Sachverständigengutachten zu diesem Punkt anzutreffen<sup>25</sup>. Meistens begnügen sich die Gerichte mit Querverweisen auf andere Entscheidungen<sup>26</sup>, die in dieser holzschnittartigen Allgemeinheit kaum zutreffend sein dürften. Eine konkrete Auseinandersetzung mit den Leistungsmerkmalen der im Einzelfall verwendeten Telefaxgeräte fehlt völlig. Richtigerweise muss die Beweiskraft eines Sendeberichts nach Bewertung der Zuverlässigkeit der jeweils verwendeten Telefaxtechnik beurteilt werden. Der Ablauf des Sende- und Empfangsvorgangs beim Telefax funktioniert wie folgt:

#### 1. Die Telefaxtechnik im Überblick

Das Gerät wandelt ein eingelesenes Dokument in Blöcke mit codierten Digitalinformationen, sog. digitale Bilddaten<sup>27</sup>, um. Die Übermittlung erfolgt im Regelfall über das (analoge) Selbstwähletelefonnetz der Telekom<sup>28</sup>, sodass vor der Übertragung zunächst die Modem-Einheit des Faxgerätes die digitalen weiter in analoge Signale umwandelt.

Anschließend werden die Signale des sendenden Telefaxgerätes über mehrere zusammengeschaltete Leitungsabschnitte des Telefonnetzes übermittelt, die durch Wahleinrichtungen miteinander verbunden sind. Hierbei werden für die Übertragung der Signale verschiedene Modulationsmethoden<sup>29</sup> verwendet.

Beim Empfänger werden die akustischen Signale von dem Telefaxgerät wieder in digitale Bilddaten transformiert und diese wiederum ausgedruckt. Vor dem Ausdruck werden die digitalen Bilddaten regelmäßig bei Faxgeräten, die dem aktuellen Stand der Technik entsprechen, zwischengespeichert. Daher kann bei modernen Geräten ein Ausdruck auch dann noch erfolgen, wenn beim Empfang der Daten zunächst kein Papier für den vollständigen Ausdruck zur Verfügung stand.

#### 2. Technische Fortentwicklung der Telefaxtechnik

Die vorbeschriebene Telefaxtechnik hat sich in den vergangenen Jahren rapide fortentwickelt. Zur Vermeidung der Gefahr von Leitungsstörungen sehen moderne Telefaxgeräte verschiedene Sicherungsmechanismen vor, die ihrerseits ständig perfektioniert werden. Beispielsweise wurde die Übertragungsgeschwindigkeit zugunsten der Eindeutigkeit der Signale begrenzt<sup>30</sup>. Des Weiteren können verschiedene Frequenzmodulationen mögliche Störungen inzwischen bis zu 50% kompensieren. Außerdem ist die nur selten vorkommende Gefahr einer Leitungsstörung durch die Nutzung von ISDN-Verbindungen noch unwahrscheinlicher geworden. Im Übrigen ist auch der 5-phasige Ablauf des Übermittlungsvorgangs auf eine Minimierung der Transportrisiken ausgelegt worden:

In Phase A und B werden sowohl Signale<sup>31</sup> zur Herstellung der Verbindung zwischen den Telefaxgeräten<sup>32</sup> als auch Signale mit Informationen über die Telefax-Klassen und den jeweiligen Fähigkeiten der Geräte übermittelt. Der Austausch dieser Informationen ermöglicht es dem sendenden Telefaxgerät, die schnellste und wirkungsvollste Verbindung herzustellen.

Die Phase C gliedert sich in zwei Subphasen. In Phase C1 werden Signale gesendet, die das empfangende Modem für die Bilddaten vorbereiten, um die gemeinsame Leitungsverbindung zwischen den Telefaxgeräten zu testen. Hierbei wird eine Reihe logischer „Nullen“ gesendet, anhand derer das empfangende Telefaxgerät den Demodulator in dessen Modem synchronisiert. Die Entzerrer-Schaltung hilft dem Modem, Verzerrungen, die durch die Kennlinien der Telefonleitung in ein Signal eingebracht werden, zu kompensieren. Ist diese Folge logischer „Nullen“ unverändert empfangen worden, beginnt die Phase C2 mit der Übermittlung der codierten Bilddaten.

Sollte der Leitungstest kein positives Ergebnis liefern, wird der Test mit einer langsameren Übertragungsgeschwindigkeit wiederholt. Ferner werden die Phasen B und C1 wiederholt, wenn Fehler in einer empfangenen Seite (Bilddaten) vorliegen oder wenn bei einem mehrseitigen Fax die nächste zu sendende Seite eine andere Einstellung benötigt. Bei Geräten, die sich mit einem vorherigen Einscannen der Blätter auf dem aktuellen technischen Stand der Technik befinden, wird die fehlerhafte Seite so lange erneut gesendet, bis das Empfangsgerät den vollständigen Erhalt an das sendende Gerät bestätigt.

In Phase D wird die Bildende-Information<sup>33</sup> vom sendenden Telefaxgerät übermittelt. Weiterhin wird die empfangende Seite positiv oder negativ bestätigt. Da spontane Formen von Interferenzen wie z. B. Rauschen oder kurze Unterbrechungen der Telefonleitung nicht verhindert werden können, werden Übermittlungsfehler zudem mittels des HDLC-Sendeverfahrens<sup>34</sup> überprüft.

23... BGH-Urteil vom 21. 1. 2004 – XII ZR 214/00, NJW 2004 S. 1320; BGH-Urteil vom 7. 12. 1994, a.a.O. (Fn. 18); BGHZ 101 S. 276.

24... Vgl. Burgard, AcP 195 (1995) S. 74 (97).

25... Vgl. OLG München, CR 1994 S. 98.

26... Vgl. LG Darmstadt, CR 1994 S. 100; AG Düsseldorf, NJW-RR 1999 S. 1510; KG, Urteil vom 4. 3. 1994 – 5 W 7083/93, NJW 1994 S. 3172.

27... Digitale Bilddaten sind eine organisierte Anordnung schwarzer und weißer Bildpunkte, die durch den Druckvorgang wieder in ein Dokument auf Papier umgeformt werden. Das Bildsignal selbst besteht aus Bilddaten der Abtastzeile, Füllzeichen und dem EOL-Signal. Das EOL-Signal gibt das Ende der Zeile an und befindet sich sowohl am Anfang der ersten Zeile der Seite als auch am Ende jeder übermittelten Abtastzeile.

28... Hierbei handelt es sich im Regelfall um das analoge Selbstwähletelefonnetz mit einer Bandbreite von 300-3400 Hz. Eine Ausnahme bildet die Übermittlung über das Funktelefonnetz.

29... Frequency Shift Keying-Modulation (FSK-Modulation), Phase Shift Keying-Modulation (PSK-Modulation) und Quadrature Amplitude-Modulation (QAM-Modulation).

30... Diese standardisierten Abläufe zu Aufbau, Aufrechterhaltung und Beendigung der Verbindung wurden vom CCITT-Ausschuss, deren Mitglieder sich aus Vertretern der weltweit namhaftesten Telefongesellschaften zusammensetzen, im sogenannten T30-Protokoll niedergelegt.

31... Die Übermittlung eines Prozedursignals bei dieser Geschwindigkeit dauert nicht länger als 200 ms.

32... Diese Verständigungssignale werden mit der 300 bps FSK-Modulation übermittelt, da diese Frequenzmodulation ein Leitungsrauschen und Interferenzen bis zu 50% Verzerrung kompensieren kann.

33... D. h., „es sind weitere Seiten zu senden“ oder „letzte Seite wurde gesendet“.

34... High Level Data Link Control: Technik zur Überprüfung von Übertragungsfehlern durch Hinweiszeichen und Blockprüfzeichenfolgen, die das empfangende Telefaxgerät über den Status der Daten, die empfangen werden sollen, informiert.

Von der Phase D wechseln die Telefaxgeräte entweder zur Phase E über (in der die Trennung erfolgt), zur Phase C (um die nächste Seite mit Bilddaten zu übermitteln) oder zur Phase B, wenn die bereits bestehende Einstellung geändert werden muss.

Durch die Bestätigung des Empfangsgeräts in Phase D werden Transportrisiken wie Leitungsstörungen oder -verzerrungen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen. Wurde nach Abschluss der Phase E ein positiver Sendebericht erstellt, kann wegen der Kommunikation der beiden Faxgeräte von einer fehlerfreien Übertragung ausgegangen werden.

### 3. Konsequenzen für die Beweiskraft des Sendeberichts

Die nähere Auseinandersetzung mit der Funktionsweise eines modernen Telefaxes zeigt, dass die Grundannahmen des BGH nicht – beziehungsweise nicht mehr – zutreffen. Zum einen ist die Annahme, der Sendebericht zeige lediglich das Zustandekommen der Verbindung, nicht aber die ordnungsgemäße Übermittlung<sup>35</sup>, aus technischer Sicht nicht mehr haltbar. Sie lässt schlicht außer Acht, dass der OK-Vermerk erst dann in das Sendeprotokoll aufgenommen wird, wenn das Empfangsfax den ordnungsgemäßen Eingang bestätigt hat. Zum anderen ist auch der vom BGH angestrebte Vergleich der Telefaxtechnik mit dem Briefverkehr bereits dem Grund nach verfehlt. Anders als bei der postalischen Übermittlung stehen moderne Telefaxgeräte während der Datenübermittlung in einem ständigen Dialog<sup>36</sup>. Der OK-Vermerk moderner Telefaxgeräte lässt daher den Anscheinsbeweis zu, dass die per Telefax versandte Erklärung sowohl ordnungsgemäß an den Empfänger übermittelt worden als auch dem Empfänger zugegangen ist.

#### a) Anscheinsbeweis der ordnungsgemäßen Übermittlung

Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass der OK-Vermerk nur dann ausgegeben wird, wenn überhaupt Daten verschickt wurden sind. Es wird bislang von keinem Fall berichtet, dass ein positiver Sendebericht erstellt worden ist, obwohl es wegen einer technischen Störung des Sendegeräts überhaupt nicht zum Datenversand gekommen ist.

Auch ohne ein Übermaß an Technikgläubigkeit an den Tag legen zu müssen, entspricht es ferner der Lebenserfahrung, dass die im Zuge des technischen Fortschritts eingeführten Neuerungen, insbesondere die zusätzlichen Kontrollmechanismen, nach einer angemessenen Erprobungsphase auch ihren Sinn und Zweck erfüllen. Es gehört aber gerade zu den Zielen der modernen Telefaxgeräte, dem Versender zuverlässig anzuzeigen, ob die versandte Nachricht störungsfrei übermittelt worden ist. Seit dem wegweisenden Urteil des BGH sind mehr als zehn Jahre verstrichen. Es ist daher nur folgerichtig, aus der inzwischen hohen technischen Zuverlässigkeit moderner Telefaxgeräte den Erfahrungssatz zu ziehen, dass der jeweilige Sendebericht richtig erstellt worden ist. Damit begründet ein OK-Vermerk den Anscheinsbeweis, dass das jeweilige Telefax ordnungsgemäß an den Empfänger übermittelt worden ist.

#### b) Anscheinsbeweis des Zugangs

Ist die Nachricht vollständig an das Empfangsgerät übermittelt worden und hat das Empfangsgerät dies dem Sendegerät bestätigt, muss sich der Anscheinsbeweis konsequenterweise auch auf den Zugang erstrecken.

#### aa) Datenspeicherkapazitäten moderner Telefaxgeräte

Moderne Telefaxgeräte verfügen regelmäßig über ausreichend große Datenspeicher, sodass es nicht mehr zwingend erforderlich ist, die übermittelten Informationen unmittelbar nach Erhalt auszudrucken. Außerdem bieten diese Geräte die Möglichkeit, die Daten auch auf anderem Wege als dem Ausdruck auf Papier

in für den Empfänger verwertbare Informationen zu übermitteln. Z. B. könnten die Telefaxgeräte an einen Computer angeschlossen werden, sodass die Nachricht letztlich ausschließlich auf einem Bildschirm erscheint.

Sofern daher das Empfangsgerät dem versendenden Gerät die ordnungsgemäße Übermittlung signalisiert hat, liegen sämtliche Risiken dafür, dass die Erklärung später auch vom Empfänger zur Kenntnis genommen wird, in dessen Sphäre. Es hängt lediglich noch vom Willen des Empfängers ab, ob er die im Datenspeicher des Telefaxgerätes gesammelten Informationen in einer Form aufbereitet, die für ihn lesbar ist. Damit ist nach richtigem Verständnis die in einem Telefax enthaltene Erklärung bereits mit Übermittlung der Daten an das Empfangsgerät beim Empfänger zugegangen. Das gilt selbstverständlich aber nur, sofern auch die weiteren Zugangsvoraussetzungen vorliegen.

#### bb) Vergleichbarkeit zwischen Telefax und Computerfax

Der Mangel der herrschenden Rechtsprechungsansicht wird besonders deutlich bei der Gegenüberstellung von Telefax und Computerfax<sup>37</sup>. Moderne Telefaxgeräte unterscheiden sich kaum noch von Computerfaxgeräten. Sie speichern empfangene Telefaxe auf einem Chip ab und behalten gegebenenfalls die Informationen im Speicher, bis die Nachricht ausgedruckt werden kann. Damit befindet sich die Nachricht im Herrschaftsbereich des Empfängers, und es obliegt ausschließlich ihm, dafür Sorge zu tragen, genügend Papier nachzufüllen oder den Chip auszulesen. Diese sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierung verstößt letztlich auch gegen Art. 2 GG i. V. mit dem Rechtsstaatsprinzip, da es die Kommunikationsmöglichkeiten des Telefaxabsenders über Gebühr einschränkt<sup>38</sup>. Sollte trotz allem die Nachricht durch einen Gerätefehler nicht korrekt ausgedruckt werden können, so liegt dies letztlich – wie beim postfressenden Haushund – allein im Risikobereich des Empfängers<sup>39</sup>.

#### cc) Keine Einschränkung der Empfangstheorie

Störungen bei der Datenübermittlung im öffentlichen Netz stellen typische Transportrisiken dar, die zu Recht nach der Empfangstheorie in den Risikobereich des Absenders fallen<sup>40</sup>. Die herrschende Rechtsprechung geht allerdings zu weit, wenn sie für den erfolgreichen Zugang eines Telefaxes den Ausdruck beim Empfänger verlangt. Konsequenz dieser Rechtsprechung ist, dass der Absender entgegen der Empfangstheorie nicht nur das Transportrisiko, sondern auch das Speicher- und Abrufisiko zu tragen hat. Dem Empfänger verbleibt nach dieser Ansicht lediglich das Risiko der (rechtzeitigen) Kenntnisnahme<sup>41</sup>. Diese einseitig zu lasten des Telefaxabsenders gehende Risikoverteilung ist aber nicht mehr mit der in § 130 BGB kodifizierten Empfangstheorie in Einklang zu bringen, sondern kann letztlich nur noch der Vernehmungstheorie<sup>42</sup> zugeordnet werden. Nach Letzterer ist eine Willenserklärung erst mit sinnlicher Wahrnehmung durch den Empfänger zugegangen, d. h. das Risiko für den Zugang der Erklärung ist zum Schutz des Empfängers weitgehend auf den Erklärenden übertragen<sup>43</sup>. Für eine derartige Einschränkung der Empfangstheorie zugunsten der Vernehmungstheorie bei der

35... *Ebnet*, NJW 1992 S. 2885 (2991), m. w. N.

36... Zutreffend AG Rudolstadt, NJW-RR 2004 S. 1151 (1152).

37... Vgl. zum Nachweis des Zugangs einer E-Mail *Mankowski*, NJW 2004 S. 1901 (1903).

38... *Tschentscher*, CR 1991 S. 141 (148).

39... *Tschentscher*, CR 1991 S. 141 (148).

40... *Einsele*, a.a.O. (Fn. 22), § 130 Rdn. 36.

41... Ebenso *Burgard*, BB 1995 S. 223; *John*, AcP 184 (1984) S. 385 ff.

42... Vgl. zu den verschiedenen Theorien zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens von Willenserklärungen *Mudgan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. I, S. 438.

43... *Einsele*, a.a.O. (Fn. 22), § 130 Rdn. 10.

Kommunikation per Telefax besteht jedoch weder ein praktisches Bedürfnis, noch lässt sie sich anhand der gesetzlichen Vorgaben rechtfertigen.

*dd) Angemessene Risikoverteilung zwischen Absender und Empfänger*

Im Übrigen ist im Rahmen der Abwägung der Risikosphären stets zu berücksichtigen, dass der Empfänger erst durch seine freie Willensentscheidung einen offiziellen Übermittlungsweg per Telefax eröffnet hat<sup>44</sup>. Die von ihm zur Entgegennahme von Erklärungen bereit gehaltenen Einrichtungen gehören unstrittig zu seinem Herrschaftsbereich<sup>45</sup>. Auf Hindernisse in seinem Bereich kann sich der Empfänger aber nicht berufen, da er diesen durch geeignete Vorkehrungen begegnen kann und muss. Wer auf seinen Telefaxanschluss hinweist, muss sicherstellen, dass sein Gerät einsatzbereit ist<sup>46</sup>. Scheitert ein Zugang, muss er sich gem. § 242 BGB so behandeln lassen, als wenn die Erklärung (fristgerecht) zugegangen wäre<sup>47</sup>. Auf einen fehlerhaften oder unleserlichen Ausdruck kann sich der Empfänger somit bei Vorliegen eines positiven Sendeprotokolls nicht berufen<sup>48</sup>. Schließlich hat sein Telefax dem sendenden Faxgerät den ordnungsgemäßen Eingang der Mitteilung bestätigt.

*ee) Risikoverteilung bei unleserlichem Ausdruck*

Es bleibt daher allenfalls denkbar, dass die Qualität der empfangenen Daten beziehungsweise des Ausdrucks beim Empfänger aufgrund der denkbaren Störungsmöglichkeiten zu wünschen übrig lässt<sup>49</sup>. Hier stellt sich die Frage, ob dann nicht gerade der Empfänger verpflichtet sein sollte, mit dem Versender Kontakt aufzunehmen. Vergleichbar erscheint diese Situation mit der mündlichen Kommunikation, bei der einzelne Gesprächssetzen beim Empfänger nicht deutlich angekommen sind. Auch hier ist der Empfänger verpflichtet, gegebenenfalls noch einmal nachzufragen<sup>50</sup>.

**c) Anscheinsbeweis trotz Manipulierbarkeit**

Kein Argument gegen die Zulassung des Anscheinsbeweises ist die Manipulierbarkeit des Sendeberichts. Zwar kann nicht ernsthaft bestritten werden, dass Angaben des Telefaxabsenders ohne größeren technischen Aufwand manipuliert werden können<sup>51</sup>. Folglich lässt sich mit einem Telefaxdokument z. B. nicht belegen, dass die Botschaft von einem bestimmten Anschluss gekommen ist (Anschlussauthentizität)<sup>52</sup>. Aus diesem Grund bieten Kreditinstitute die Möglichkeit der Auftragserteilung per Telefax nur auf ausdrücklichen Wunsch des Kunden und nur mit weitreichenden Haftungsbeschränkungen an<sup>53</sup>.

Der Empfänger eines Telefaxes ist jedoch nicht schutzlos. Telefaxgeräte nach dem aktuellen Stand der Technik bieten eine Funktion zur Erstellung von Empfangsprotokollen, sodass der Empfänger mit der Präsentation seiner eigenen Sende- und Empfangsprotokolle für den fraglichen Zeitraum der Behauptung des Versenders entgegentreten kann. Bewahrt der Verwender eines Telefaxgeräts alle Sende- und Empfangsprotokolle sowie die aufgrund von Übertragungsfehlern ausnahmsweise unleserlichen Nachrichten auf, kann er ohne größere Anstrengungen den Gegenbeweis erbringen und die Aussagekraft des manipulierten Sendeprotokolls entkräften.

Eine untragbare Missbrauchsgefahr begründet die Zulassung des Anscheinsbeweises nicht. Die Herstellung eines manipulierten OK-Vermerks bedarf insofern nicht mehr und nicht weniger krimineller Energie als z. B. die Beeinflussung einer Zeugenaussage oder die Manipulation einer Urkunde.

**IV. Zusammenfassung**

Der Versender eines Telefaxes kann sich nach der bislang herrschenden Rechtsprechung im Privatrechtsverkehr nicht auf den OK-Vermerk des Sendeberichts verlassen. Dieses Ergebnis wi-

derspricht jedoch nicht nur der berechtigten Erwartung des Telefaxnutzers, sondern ist vor dem Hintergrund der fortschreitenden technischen Entwicklung der Telefaxtechnik auch rechtlich nicht mehr haltbar. Moderne Telefaxgeräte verfügen über einen leistungsstarken digitalen Speicher, sie scannen die Blätter vor der Übermittlung ein und nutzen das HDLC-Übertragungsverfahren<sup>54</sup>. Diese technischen Errungenschaften lassen bei Vorlage eines Sendeberichts mit OK-Vermerk nach allgemeiner Lebenserfahrung nur den Schluss zu, dass die entsprechende Erklärung vom jeweiligen Versender ordnungsgemäß an den Empfänger übermittelt worden ist. Damit begründet ein OK-Vermerk nach richtiger Ansicht einen Anscheinsbeweis für die Übermittlung des jeweiligen Telefaxes. Dem Empfänger bleibt es aber selbstverständlich unbenommen, den Gegenbeweis anzutreten. Auch kann er den Anscheinsbeweis durch den Nachweis, dass die im konkreten Fall verwendeten Telefaxgeräte nicht über die entsprechenden Sicherungsmechanismen verfügten, angreifen. Denn es ist wohl unbestritten, dass die Fehlerquote der früher üblichen Telefaxgeräte mit Thermopapier signifikant höher war<sup>55</sup> als diejenige der heutigen Endgeräte.

Die Fortentwicklung der Telekommunikation muss ferner auch bei der Auslegung des Begriffs „Zugang“ Berücksichtigung finden. Nach zutreffender Ansicht ist hier zwischen dem Eingang der Signale beim Empfangsgerät und dem anschließenden Ausdruck zu unterscheiden. Moderne Geräte können die empfangenen digitalen Daten bis zum Ausdruck der Erklärung im Telefaxgerät speichern und gegebenenfalls an einem Bildschirm anzeigen, ohne dass jemals ein Ausdruck erfolgt. Damit ist die Erklärung gemäß der Empfangstheorie<sup>56</sup> bereits mit Eingang der Daten beim Empfangsgerät derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass es allein von ihm abhängt, ob und wann er von der Möglichkeit der Kenntnisnahme Gebrauch macht. Der Zugang ist daher bereits mit der (Zwischen-) Speicherung<sup>57</sup> und nicht erst mit dem Ausdruck<sup>58</sup> erfolgt. Folglich liefert der OK-

44... Vgl. zum unaufgeforderten Einrichten einer E-Mail-Adresse *Makowski*, NJW 2004 S. 1901 (1902).

45... *Palandt/Heinrichs*, a.a.O. (Fn. 2), § 130 Rdn. 5.

46... *Palandt/Heinrichs*, a.a.O. (Fn. 2), § 130 Rdn. 16.

47... *Einsele*, a.a.O. (Fn. 22), § 130 Rdn. 36.

48... Hierunter fallen auch Fehlerquellen wie die leere Druckerpatrone etc.

49... Darüber hinaus kann dieser Übermittlungsfehler nur bei Faxgeräten „der ersten Stunde“ auftreten, die noch Thermofaxpapier benutzen. Wird durch eine elektrostatische Aufladung der ordnungsgemäße Transport des Thermopapiers auf der Walze verhindert, können im ungünstigsten Fall alle übermittelten Zeichen auf eine einzige Zeile geschrieben werden. Diese Fehlerquelle ist aber bei Faxgeräten, die nach dem heutigen Stand der Technik normales Papier benutzen, ausgeschlossen.

50... BGH-Urteil vom 25. 1. 1989 – IVb ZR 44/88, DB 1989 S. 1280 = WM 1989 S. 650 (652 f.); BayOLG, NJW-RR 1996 S. 524 (525); *Soergel/Hefermehl*, BGB, § 130 Rdn. 21.

51... *Makowski*, NJW 2004 S. 1901 (1904).

52... *Tschentscher*, CR 1991 S. 141 (142).

53... Siehe z. B. das Formular bei <http://www.nestor-fonds.de/ufonds/download/formulare/auftragw.pdf> (Stand: 6. 10. 2005).

54... High Level Data Link Control: Technik zur Überprüfung von Übertragungsfehlern.

55... OLG Köln, GRUR 1988 S. 856.

56... *Taupitz/Kritter*, JuS 1999 S. 841; *Burgard*, BB 1995 S. 222 (223); *Heun*, CR 1994 S. 595 (598); *Tschentscher*, CR 1991 S. 141 (148); OLG Zweibrücken, FGPrax 2002 S. 17.

57... Gemeint ist die Speicherung in einem Telefaxgerät. Für die (Zwischen-)Speicherung auf der Festplatte eines Computers (papierloses Büro) gilt nichts anderes, vgl. *Elzer/Jacoby*, ZIP 1997 S. 1821 (1822).

58... BGH-Urteil vom 7. 12. 1994, a.a.O. (Fn. 18); BGH, NJW 1994 S. 2097; LAG Hamm, Urteil vom 13. 1. 1993 – 14 Sa 1486/92, NZA 1994 S. 335; *Einsele*, a.a.O. (Fn. 2), § 130 Rdn. 20; *Palandt/Heinrichs*, a.a.O. (Fn. 2), § 130 Rdn. 7; *Soergel/Hefermehl*, BGB, § 130 Rdn. 13b. Vertiefend *Elzer/Jacoby*, ZIP 1997 S. 1821 (1822).

Vermerk auch den Anscheinsbeweis dafür, dass die übermittelte Erklärung dem Empfänger zugegangen ist<sup>59</sup>. Aber auch hier steht es dem Empfänger frei, den Anscheinsbeweis durch die Vorlage des Empfangsjournals zu erschüttern<sup>60</sup>.

Teilweise folgt auch die Rechtsprechung dieser Auffassung. Das OLG München<sup>61</sup> wollte sich bereits 1998 in Anbetracht der rasanten Entwicklung der Telekommunikationstechnik nicht mehr der richtungsweisenden Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1995<sup>62</sup> anschließen. Durchsetzen konnte sich das OLG mit dieser Auffassung aber bislang nicht. Dementsprechend wäre eine Klärung dieser Frage durch den BGH im Interesse der Rechtssicherheit sehr wünschenswert. Außerdem hätte der BGH bei dieser Gelegenheit die Möglichkeit, die ungerechtfertigte Differenzierung der Beweiskraft anhand des jeweiligen Empfängers

zu beseitigen. Denn es überzeugt nicht, dass die Rechtsprechung zwar im Verkehr mit Behörden und Gerichten den OK-Vermerk als Nachweis für den Zugang des Telefaxes ausreichen lässt, im Verkehr zwischen Privaten aber nicht.

59... Im Ergebnis ebenso *Makowski*, NJW 2004 S. 1901 (1904).

60... AG Rudolstadt, NJW-RR 2004 S. 1151 (1152); OLG München, CR 1999 S. 234.

61... OLG München, CR 1999 S. 234. Ebenso zuvor schon OLG Rostock, CR 1996 S. 416; OLG München, NJW 1994 S. 527; LG Osnabrück, NJW-RR 1994 S. 1487, LG Hamburg, NJW-RR 1994 S. 1486; OLG Hamm, NJW 1994 S. 3172; OLG Düsseldorf, GRUR 1990 S. 310. Aus neuerer Zeit AG Rudolstadt, NJW-RR 2004 S. 1151 (1152).

62... BGH-Urteil vom 7. 12. 1994, a.a.O. (Fn. 18).

## Entscheidungen

### Aktienrecht

#### Hauptversammlungsbeschluss wegen Berücksichtigung ungültiger Stimmen anfechtbar – Heilung durch Bestätigungsbeschluss

AktG § 244 Satz 1

- a) Einer Bestätigung durch Beschluss gem. § 244 Satz 1 AktG zugänglich ist ein Erstbeschluss, der an einem die Art und Weise seines Zustandekommens betreffenden, heilbaren Verfahrensfehler leidet.
- b) Ein derartiger heilbarer Verfahrensfehler liegt u. a. vor, wenn das Abstimmungsergebnis hinsichtlich des Erstbeschlusses – infolge von Zählfehlern, Mitzählung von unter Verletzung eines Stimmverbots abgegebenen Stimmen oder ähnlichen Irrtümern – fehlerhaft festgestellt worden ist.
- c) Ein wirksamer Bestätigungsbeschluss beseitigt nicht nur die Anfechtbarkeit des Erstbeschlusses nach Maßgabe des § 244 Satz 1 AktG, sondern entzieht auch einer im Erstprozess mit der Anfechtung des Erstbeschlusses verbundenen, noch rechtshängigen positiven Beschlussfeststellungsklage den Boden.

► (BGH-Urteil vom 12. 12. 2005 – II ZR 253/03)

Die Kläger fechten als Aktionäre der beklagten Aktiengesellschaft einen Hauptversammlungsbeschluss vom 17. 7. 2002 an, durch den ein Beschluss der Hauptversammlung der Beklagten vom 18. 12. 2000 (Erstbeschluss) bestätigt wurde.

Gegenstand des Erstbeschlusses war ein Antrag von Minderheitsaktionären auf Bestellung eines Sonderprüfers nach § 142 AktG im Hinblick auf bestimmte Vorgänge im Zusammenhang mit dem Erwerb von Industriebeteiligungen, Kapitalerhöhungen sowie Bürgschafts- und Kreditgewährungen sowie auf Einsetzung der K. AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (K.) als Sonderprüferin. Der Versammlungsleiter stellte nach der Abstimmung bei 262 575 Ja-Stimmen, 340 398 Nein-Stimmen – davon 181 280 von dem Vorstandsmitglied Dr. G. in Ausübung von Stimmrechtsvollmachten abgegebenen Stimmen – und 398 Enthaltungen die Ablehnung des Antrags zu Protokoll fest.

Nachdem die beiden Kläger hiergegen Anfechtungs- und positive Beschlussfeststellungsklagen erhoben hatten, bestätigte die Hauptversammlung der Beklagten auf Vorschlag von Vorstand und Aufsichtsrat durch Beschluss vom 17. 7. 2002 mit einer Mehrheit von 389 214 Ja-Stimmen gegen 3660 Nein-Stimmen bei 227 618 Enthaltungen gem. § 244 AktG den festgestellten ablehnenden Erstbeschluss.

Im Vorprozess hat das LG Köln den Erstbeschluss vom 18. 12. 2000 für nichtig erklärt und festgestellt, dass der Minderheitsantrag auf Bestellung eines Sonderprüfers und Einsetzung der K. als Sonderprüferin mit Mehrheit angenommen worden sei. Die Berufung der Beklagten hat das OLG Köln zurückgewiesen. Der BGH hat die Entscheidung über die Revision der Beklagten bis zum rechtskräftigen Abschluss des hiesigen

Rechtsstreits über den Bestätigungsbeschluss wegen Voreiligkeit i. S. von § 148 ZPO ausgesetzt.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat das LG München I den Bestätigungsbeschluss für nichtig erklärt. Das OLG München hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Ihre Revision war begründet und führte zur Abweisung der Klage.

#### ► AUS DEN GRÜNDEN

Der von der Hauptversammlung der Beklagten am 17. 7. 2002 gefasste Bestätigungsbeschluss gem. § 244 Abs. 1 AktG ist wirksam.

I. . . II. Der Bestätigungsbeschluss der Hauptversammlung der Beklagten vom 17. 7. 2002 ist wirksam, weil der inhaltsgleiche, die Sonderprüfung ablehnende Erstbeschluss vom 18. 12. 2000 nicht an einem die Bestätigungswirkung nach § 244 AktG ausschließenden Inhaltsmangel, sondern allenfalls an einem der Bestätigung zugänglichen Verfahrensfehler litt (1.), die gegen den Erstbeschluss zugleich mit dessen Anfechtung erhobene positive Beschlussfeststellungsklage bis zu einer rechtskräftigen, stattgebenden Entscheidung einer wirksamen Bestätigung nicht entgegensteht (2.) und die von den Klägern erstmals in der mündlichen Berufungsverhandlung nachgeschobene Rüge, der Bestätigungsbeschluss selbst sei wegen gesetzwidriger Bekanntmachung der Tagesordnung der Hauptversammlung verfahrensfehlerhaft zustande gekommen, wegen Versäumung der Anfechtungsfrist (§ 246 Abs. 1 AktG) verfristet ist (3.).

1. Der Beschluss der Hauptversammlung der Beklagten vom 17. 7. 2002 weist alle Merkmale eines gültigen Bestätigungsbeschlusses i. S. des § 244 Satz 1 AktG auf.

#### Bestätigungsbeschluss gem. § 244 AktG sollte Anfechtbarkeit des Erstbeschlusses beseitigen

a) Angesichts des klaren Wortlauts des Bestätigungsbeschlusses vom 17. 7. 2002 besteht kein Zweifel daran, dass die Hauptversammlung mit ihm den Erstbeschluss als gültige Regelung der betreffenden Gesellschaftsangelegenheit – d. h. die damals als beschlossen festgestellte Ablehnung der von der Minderheit beantragten Sonderprüfung samt Bestellung der K. als Sonderprüferin – anerkennen und mit Wirkung für die Zukunft dessen behauptete oder tatsächlich bestehende Anfechtbarkeit beseitigen wollte<sup>1</sup>.

#### Bestätigungsbeschluss war geeignet, den Mangel des Erstbeschlusses zu beseitigen

b) Der von der Hauptversammlung der Beklagten gefasste Bestätigungsbeschluss war auch geeignet, Bestätigungswirkung dahin-

1... Vgl. dazu BGH-Urteil vom 15. 12. 2003 – II ZR 184/01, BGHZ 157 S. 206 = DB 2004 S. 426.