



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

II ZR 48/11

Verkündet am:
10. Juli 2012
Stoll
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

Fresenius

AktG §§ 113, 114, 120 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 131 Abs. 1 Satz 1, §§ 161, 243
Abs. 1

Der Vorstand einer Aktiengesellschaft handelt jedenfalls im Regelfall rechtswidrig, wenn er an ein Aufsichtsratsmitglied eine Vergütung zahlt, obwohl der Aufsichtsrat dem zugrunde liegenden Beratungsvertrag noch nicht nach § 114 Abs. 1 AktG zugestimmt hat.

BGH, Urteil vom 10. Juli 2012 - II ZR 48/11 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juli 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann, den Richter Dr. Strohn, die Richterinnen Caliebe und Dr. Reichart und den Richter Sunder

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 15. Februar 2011 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zu ihrem Nachteil entschieden worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ist Aktionärin der beklagten Fresenius SE. Sie hat - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - Anfechtungsklage gegen die in der Hauptversammlung vom 8. Mai 2009 gefassten Beschlüsse über die Entlastung des Vorstands und des Aufsichtsrats für das Geschäftsjahr 2008 erhoben.

2 Die Klägerin ist der Auffassung, dass der Vorstand gegen § 114 AktG verstoßen habe. Dem zugrunde liegen Beratungsverträge, die von der Beklagten und ihrer Tochtergesellschaft mit der Anwaltssozietät N. LLP geschlossen worden sind. Partner dieser Sozietät ist der stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende der Beklagten, Dr. S. . Die im Laufe des Jahres 2008 geschlossenen Anwaltsverträge, auf die bereits Honorare in Höhe von insgesamt etwa 1 Mio. € an die Sozietät N. gezahlt worden waren, wurden erst in der späteren Aufsichtsratssitzung vom 4. Dezember 2008 genehmigt.

3 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom erkennenden Senat zugelassene Revision, mit der die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision ist erfolgreich und führt - soweit zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist - zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

5 I. Das Berufungsgericht (OLG Frankfurt am Main, ZIP 2011, 425) hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

6 Die Entlastungsbeschlüsse seien für nichtig zu erklären, weil der Vorstand dadurch, dass er Zahlungen an die Sozietät des Aufsichtsratsmitglieds Dr. S. geleistet habe, obwohl die zugrunde liegenden Verträge noch nicht vom Aufsichtsrat genehmigt gewesen seien, schwer und eindeutig gegen das Gesetz verstoßen habe. Indem die Sozietät diese Zahlungen entgegen genommen habe, sei auch Dr. S. eine

Pflichtwidrigkeit vorzuwerfen, so dass die Entlastung des Aufsichtsrats ebenfalls - insgesamt - rechtswidrig sei. Nach Systematik und Regelungszweck sei § 114 Abs. 1 AktG als Verhaltensnorm auszulegen. Danach sei unabhängig von einer späteren Genehmigung des Aufsichtsrats die Zahlung von Vergütungen für Beratungsleistungen an ein Aufsichtsratsmitglied verboten, es sei denn, der Aufsichtsrat habe vor der Zahlung seine Zustimmung erteilt. Das gelte auch für eine Vergütung, die nicht an das Aufsichtsratsmitglied persönlich, sondern an eine Anwaltssozietät gezahlt werde, der das Aufsichtsratsmitglied angehöre, wenn der diesem persönlich zugutekommende Betrag nicht nur ganz geringfügig sei. Das könne hier angesichts des auf Dr. S. intern entfallenden Honoraranteils von 10.000 € und seiner Gesamtvergütung für die Aufsichtsrats Tätigkeit in Höhe von 149.000 € im Jahr 2008 nicht angenommen werden.

7 II. Diese Ausführungen enthalten in einem entscheidenden Punkt einen Rechtsfehler. Die Entlastungsbeschlüsse sind nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht anfechtbar.

8 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass sich die Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Hauptversammlung der Beklagten nach den Regeln des deutschen Aktiengesetzes richtet. Zwar ist die Beklagte als Europäische Aktiengesellschaft (Societas Europaea, SE) verfasst. Da aber weder die Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (ABl. L 294 vom 10. November 2001, S. 1) noch das deutsche SE-Ausführungsgesetz (SEAG) eine Regelung zur Anfechtung von Aufsichtsratsbeschlüssen enthält und auch keine entsprechenden Satzungsbestimmungen zulässt, unterliegt die Beklagte gemäß Art. 9 Abs. 1 Buchst. c ii der SE-Verordnung insoweit den nationalen Rechtsvorschriften, die auf eine nach dem Recht des Sitzstaats der Societas

Europaea gegründete Aktiengesellschaft Anwendung finden würden, mithin den Regeln des deutschen Aktiengesetzes.

9 2. Ein Beschluss der Hauptversammlung über die Entlastung des Vorstands und des Aufsichtsrats verstößt gegen § 120 Abs. 2 Satz 1 AktG und ist deshalb nach § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar, wenn damit ein Verhalten gebilligt wird, das einen schwerwiegenden und eindeutigen Gesetzes- oder Satzungsverstoß darstellt (BGH, Urteil vom 25. November 2002 - II ZR 133/01, BGHZ 153, 47, 51; Urteil vom 18. Oktober 2004 - II ZR 250/02, BGHZ 160, 385, 388; Beschluss vom 9. November 2009 - II ZR 154/08, ZIP 2009, 2436 f.). Ein Verstoß gegen das Gesetz (§ 114 AktG) lag hier nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt in der Zahlung der Beratungshonorare an die Sozietät des Dr. S. , obwohl der Aufsichtsrat den zugrunde liegenden Verträgen nicht zugestimmt hatte. Der Aufsichtsrat hat sich danach ebenfalls rechtswidrig verhalten, indem er diese Praxis nicht beanstandet hat. Dieses Verhalten war aber kein schwerer und eindeutiger Verstoß und führt deshalb nicht zur Anfechtbarkeit der Entlastungsbeschlüsse.

10 Deshalb kann offen bleiben, ob die Zahlung eines Beratungshonorars an ein Aufsichtsratsmitglied vor Zustimmung des Aufsichtsrats ausnahmsweise dann rechtmäßig ist, wenn - wie die Beklagte behauptet hat - bei ihr die Übung besteht, dass am Anfang eines jeden Jahres vom Aufsichtsrat eine Obergrenze für Mandate an bestimmte Aufsichtsratsmitglieder oder deren Sozietäten festgelegt wird und die einzelnen Verträge dann am Ende des Jahres dem Aufsichtsrat zur Genehmigung vorgelegt werden. Denn in diesem Fall würde es erst recht an einem eindeutigen und schwerwiegenden Gesetzesverstoß gefehlt haben.

11 a) Auch insoweit gelten die Regeln des deutschen Aktiengesetzes. Denn weder die SE-Verordnung noch das SE-Ausführungsgesetz enthalten eine

Regelung zu Verträgen mit den Mitgliedern des Aufsichtsrats oder lassen insoweit eine Regelung durch die Satzung zu.

12 b) Ein Vorstand darf gemäß § 114 Abs. 1 AktG grundsätzlich keine Honorare an ein Aufsichtsratsmitglied oder seine Sozietät zahlen, bevor die zugrunde liegenden Beratungsverträge vom Aufsichtsrat genehmigt worden sind.

13 (1) Wie der Senat bereits mehrfach ausgeführt hat, ist der Regelungszweck des § 114 AktG in Zusammenhang mit demjenigen des § 113 AktG zu sehen. Nach § 113 AktG hat die Hauptversammlung über die Höhe der Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder zu entscheiden - soweit das nicht bereits in der Satzung geschehen ist. Der Zweck des § 114 AktG besteht zum einen darin, Umgehungen des § 113 AktG zu verhindern, indem es dem Aufsichtsrat ermöglicht wird, den vom Vorstand geschlossenen Beratungsvertrag präventiv darauf zu überprüfen, ob er tatsächlich in Übereinstimmung mit dem gesetzlichen Gebot des § 113 AktG nur Dienstleistungen außerhalb der organschaftlichen Tätigkeit zum Gegenstand hat. Der dadurch bewirkte Zwang, den Beratungsvertrag offenzulegen und dem Aufsichtsrat zur Zustimmung zu unterbreiten, soll diesem zugleich die Möglichkeit eröffnen, sachlich ungerechtfertigte Sonderleistungen der Aktiengesellschaft an einzelne Aufsichtsratsmitglieder - etwa in Form überhöhter Vergütungen - und damit eine denkbare unsachliche, der Erfüllung seiner Kontrollaufgabe abträgliche Beeinflussung des Aufsichtsratsmitglieds durch den Vorstand zu verhindern (BGH, Urteil vom 4. Juli 1994 - II ZR 197/93, BGHZ 126, 340, 346 ff.; Urteil vom 3. Juli 2006 - II ZR 151/04, BGHZ 168, 188 Rn. 9; Urteil vom 20. November 2006 - II ZR 279/05, BGHZ 170, 60 Rn. 9).

14 Diese Kontrolle ist auch dann geboten, wenn der Beratungsvertrag nicht mit dem Aufsichtsratsmitglied persönlich, sondern mit einer Gesellschaft - wie

hier der N. LLP - geschlossen wird, an der das Aufsichtsratsmitglied beteiligt ist, und ihm dadurch mittelbare Zuwendungen zufließen, bei denen es sich nicht nur um - abstrakt betrachtet - ganz geringfügige Leistungen handelt oder die im Vergleich zu der von der Hauptversammlung festgesetzten Aufsichtsratsvergütung einen vernachlässigswerten Umfang haben (BGH, Urteil vom 20. November 2006 - II ZR 279/05, BGHZ 170, 60 Rn. 8; Urteil vom 2. April 2007 - II ZR 325/05, ZIP 2007, 1056 Rn. 11). Danach fallen die Beratungsverträge hier in den Anwendungsbereich des § 114 AktG.

15 Dabei kann offen bleiben, ob die Überlegung des Berufungsgerichts zutrifft, die Aufträge im Volumen einer jährlichen Honorarsumme in Höhe von etwa 1 Mio. € würden das "Standing" des Dr. S. in der Anwaltssozietät stärken und begründeten schon deshalb ein beachtliches Eigeninteresse. Denn jedenfalls betrug der intern auf Dr. S. entfallende Honoraranteil schon nach dem Vortrag der Beklagten - die Klägerin hat demgegenüber einen höheren Honoraranteil behauptet - etwa 10.000 € pro Jahr. Das ist weder absolut noch im Vergleich zu seiner Aufsichtsratsvergütung in Höhe von 149.000 € für 2008 - bei einer Festvergütung in Höhe von 20.000 € - eine zu vernachlässigende Leistung, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat. Nach dem Schutzzweck des § 114 AktG ist dabei auf die Gesamthöhe der gezahlten Vergütungen abzustellen und nicht auf den Umfang des einzelnen Auftrags.

16 Eine Ausnahme von der Anwendbarkeit des § 114 AktG ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass nach dem Vortrag der Beklagten etwa zwei Drittel der Beratungsverträge nicht mit ihr, sondern mit einer von ihr abhängigen Gesellschaft geschlossen worden sind. Dabei kann offen bleiben, ob das Berufungsgericht diesen Vortrag zu Recht nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen hat. Ebenfalls offen bleiben kann, ob Beratungsverträge mit verbundenen Unternehmen grundsätzlich - etwa analog § 115 Abs. 1 Satz 2

AktG - in den Anwendungsbereich des § 114 AktG fallen (zum Meinungsstand s. MünchKommAktG/Habersack, 3. Aufl., § 114 Rn. 16 f.; Hüffer, AktG, 10. Aufl., § 114 Rn. 2b). Denn jedenfalls bedürfen nach dem Schutzzweck des § 114 AktG Beratungsverträge von Aufsichtsratsmitgliedern oder deren Sozietäten mit von der Gesellschaft abhängigen Unternehmen einer Zustimmung des Aufsichtsrats, wenn der Vorstand in der Lage ist, den Vertragsschluss mit dem abhängigen Unternehmen zu beeinflussen (Hopt/Roth in GroßKommAktG, 4. Aufl. § 114 Rn. 41; Hüffer, AktG, 10. Aufl., § 114 Rn. 2b; MünchKommAktG/Habersack, 3. Aufl., § 114 Rn. 17; Henssler in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, AktG § 114 Rn. 14; Drygala in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 114 Rn. 14; Spindler in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 114 Rn. 7; Lutter/Kremer, ZGR 1992, 87, 105 f.; Rellermeyer, ZGR 1993, 77, 87 f.; E. Vetter, ZIP 2008, 1, 9; Semler, NZG 2007, 881, 885; Pietzke, BB 2012, 658, 659; aA Mertens in KK-AktG, 2. Aufl., § 114 Rn. 8; s. auch OLG Hamburg, ZIP 2007, 814, 818). Davon ist nach §§ 17 f. AktG im Regelfall auszugehen. Dass hier etwas anderes gelten würde, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und macht auch die Revision nicht geltend.

17 (2) Mit der Zahlung von Honoraren an die Sozietät N. zu einem Zeitpunkt, zu dem der Aufsichtsrat seine Zustimmung zu den Beratungsverträgen noch nicht erteilt hatte, verstieß der Vorstand jedenfalls nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt gegen § 114 Abs. 1 AktG.

18 Allerdings ergibt sich schon aus § 114 Abs. 2 Satz 1 AktG, dass der Aufsichtsrat den Vertrag auch (nachträglich) genehmigen kann, und zwar auch noch nach Zahlung der Vergütung. Ob eine Genehmigung auch dann möglich ist, wenn ein wegen ungenauer Bezeichnung der Vertragspflichten gegen § 113 AktG verstoßender Beratungsvertrag nachträglich konkretisiert wird, hat der Senat bisher offengelassen (Urteil vom 20. November 2006 - II ZR 279/05,

BGHZ 170, 60 Rn. 15). Die Frage kann auch hier offen bleiben, weil das Berufungsgericht nicht festgestellt hat, dass die geschlossenen Beratungsverträge nicht ausreichend konkretisiert waren, sondern im Gegenteil unterstellt hat, dass sie sich nur auf Tätigkeiten außerhalb der Pflichten des Dr. S. als Aufsichtsrat bezogen haben.

19 Aus der Möglichkeit, einen Beratungsvertrag zu genehmigen, folgt aber entgegen einer in der Literatur vertretenen Meinung (Drygala, ZIP 2011, 427 ff.; Becker, Der Konzern 2011, 233, 234 f.; Habersack, NJW 2011, 1234; Müller/König, CCZ 2011, 116 ff.; vgl. auch Linnerz, EWiR 2011, 203, 204; Pietzke, BB 2012, 658, 660 ff.) nicht, dass der Vorstand pflichtgemäß handelt, wenn er dem Aufsichtsratsmitglied oder der Sozietät, an der das Aufsichtsratsmitglied beteiligt ist, schon vor der Genehmigung des Vertrages durch den Aufsichtsrat eine Vergütung zahlt. Der Vertrag ist bis zur Entscheidung über die Genehmigung schwebend unwirksam. Ein Zahlungsanspruch aus dem Vertrag besteht daher noch nicht. Die präventive Kontrolle, die eine Umgehung des § 113 AktG und eine Beeinflussung der Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds verhindern soll, hat noch nicht stattgefunden. Ob der Aufsichtsrat dem Vertragsschluss zustimmen wird, steht noch nicht fest. Deshalb ist es dem Vorstand regelmäßig untersagt, auf die bloße Erwartung hin, dass der Vertrag genehmigt wird, schon eine Vergütung zu zahlen.

20 An der Rechtswidrigkeit einer solchen Vergütungszahlung ändert sich - wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat - nichts, wenn der Aufsichtsrat den Vertrag anschließend genehmigt (Spindler, NZG 2011, 334, 336 f.; wohl auch Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 114 Rn. 47). Er gilt dann zwar nach § 184 Abs. 1 BGB als von Anfang an wirksam. Das ändert aber nichts daran, dass sich der Vorstand grundsätzlich regelwidrig verhalten hat, indem er eine Vergütung gezahlt hat, bevor der Vertrag vom Aufsichtsrat genehmigt

worden ist. Dass der Aufsichtsrat den Vertrag nachträglich als unbedenklich bezeichnet, schafft einen Rechtsgrund für die Vergütungszahlung, vermag aber nichts daran zu ändern, dass die nach dem Gesetzeszweck erforderliche präventive Kontrolle durch den Aufsichtsrat zum Zeitpunkt der Vergütungszahlung noch nicht stattgefunden hat. Schon die Zahlung einer zum Zahlungszeitpunkt rechtsgrundlosen Vergütung stellt jedenfalls regelmäßig eine Privilegierung des Aufsichtsratsmitglieds dar, die durch § 114 AktG gerade verhindert werden soll.

21 Dagegen kann nicht eingewandt werden, das Erfordernis der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrats sei angesichts seiner geringen Sitzungsfrequenz unpraktikabel und führe dazu, dass keine Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern oder deren Sozietäten geschlossen werden würden. Zum einen kann der Aufsichtsrat die Zuständigkeit für Entscheidungen nach § 114 AktG auf einen Ausschuss übertragen, wie ein Umkehrschluss aus § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG ergibt (Hüffer, AktG, 10. Aufl., § 114 Rn. 6). Zum anderen verbietet § 114 AktG nicht, einen Beratungsvertrag ohne vorherige Zustimmung des Aufsichtsrats zu schließen und seitens des Aufsichtsratsmitglieds zu erfüllen. Dadurch entsteht noch keine Verflechtung zwischen Vorstand und Aufsichtsratsmitglied, wie sie von § 114 AktG verhindert werden soll. Dazu kann es erst kommen, wenn der Vorstand auch die Vergütung vor der Entscheidung des Aufsichtsrats zahlt. Die sich aus der Anwendung des § 114 AktG gegebenenfalls ergebende zeitliche Verzögerung der Honorarzahlung ist der Preis, den ein Aufsichtsratsmitglied zahlen muss, wenn es von der Gesellschaft Aufträge bekommen will (BGH, Urteil vom 20. November 2006 - II ZR 279/07, BGHZ 170, 60 Rn. 9).

22 c) Wegen dieses - jedenfalls unter Zugrundelegung des vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts gegebenen - Gesetzesverstößes sind die Entlastungsbeschlüsse der Beklagten aber entgegen der Auffassung

des Berufungsgerichts nicht anfechtbar. Es fehlt an einem eindeutigen und schwerwiegenden Gesetzes- oder Satzungsverstoß.

23 Die Rechtsfrage, von der die Rechtmäßigkeit der Zahlungen abhängt, war keineswegs - wie das Berufungsgericht angenommen hat - eindeutig zu beantworten. Soweit ersichtlich, hatte zum Zeitpunkt der Hauptversammlung vom 8. Mai 2009 lediglich das Oberlandesgericht München in einem Urteil vom 24. September 2008 (ZIP 2009, 1667, 1668 mit insoweit offener Anmerkung von Ziemons, FD-HGR 2008, 269757) die Meinung vertreten, Zahlungen an Aufsichtsrats-Anwälte oder deren Sozietäten ohne vorherige Zustimmung des Aufsichtsrats blieben auch dann rechtswidrig, wenn die Genehmigung später erteilt werde. Diese Meinung war im rechtswissenschaftlichen Schrifttum nicht vertreten worden (siehe etwa Lutter/Drygala in Festschrift für Ulmer, 2003, S. 381, 396 f.). Die nach Veröffentlichung des Berufungsurteils in der vorliegenden Sache zahlreich erschienenen gegenteiligen Literaturbeiträge zeigen, dass es durchaus als vertretbar angesehen werden konnte, die Rückwirkung der Genehmigung des Aufsichtsrats nach § 184 Abs. 1 BGB nicht nur auf den Rechtsgrund für die Zahlung, sondern auch auf die Frage zu beziehen, ob das Verhalten des Vorstands noch als rechtswidrig angesehen werden kann. Solange diese Frage nicht höchstrichterlich geklärt war, konnten die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats nicht von einer eindeutigen Rechtslage ausgehen (vgl. Henze, Der Aufsichtsrat 2011, 59).

24 III. Das angefochtene Urteil lässt sich auch nicht aus anderen Gründen aufrechterhalten.

25 1. Die Entlastungsbeschlüsse sind nicht wegen Verletzung des § 161 AktG anfechtbar.

26 a) § 161 AktG ist auf die Societas Europaea anwendbar (Lutter in KK-AktG, 3. Aufl., § 161 Rn. 32).

- 27 b) Gemäß § 161 Satz 1 AktG in der am 8. Mai 2009, dem Tag der Hauptversammlung, geltenden Fassung (jetzt § 161 Abs. 1 Satz 1 AktG) haben Vorstand und Aufsichtsrat einer - wie hier - börsennotierten Gesellschaft jährlich zu erklären, dass den Empfehlungen der "Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex" (DCGK) entsprochen wurde und wird oder welche Empfehlungen nicht angewandt wurden oder werden. Ist die Entsprechenserklärung von vornherein in einem nicht unwesentlichen Punkt unrichtig oder wird sie bei einer später eintretenden Abweichung von den DCGK-Empfehlungen in einem solchen Punkt nicht umgehend berichtigt, so liegt darin ein Gesetzesverstoß, der dazu führen kann, dass eine unter Verstoß gegen § 120 Abs. 2 Satz 1 AktG dennoch erteilte Entlastung anfechtbar ist im Sinne des § 243 Abs. 1 AktG (BGH, Urteil vom 21. September 2009 - II ZR 174/08, BGHZ 182, 272 Rn. 16 - Umschreibungsstopp; Urteil vom 16. Februar 2009 - II ZR 185/07, BGHZ 180, 9 Rn. 19 - Kirch/Deutsche Bank).
- 28 Nach Nr. 5.5.3 Satz 1 DCGK ist der Aufsichtsrat verpflichtet, über aufgetretene Interessenkonflikte und ihre Behandlung im Bericht an die Hauptversammlung zu informieren. Unterbleibt ein solcher Hinweis, ohne dass erklärt wird, die Verwaltung folge der Empfehlung in Nr. 5.5.3 Satz 1 DCGK nicht, führt das aber nur dann zur Anfechtbarkeit der Entlastungsbeschlüsse, wenn es sich dabei - wie auch sonst (siehe oben Rn. 9) - um einen eindeutigen und schwerwiegenden Gesetzesverstoß handelt. Dafür muss die Unrichtigkeit der Entsprechenserklärung über einen Formalverstoß hinausgehen und auch im konkreten Einzelfall Gewicht haben. Zudem ist die hier in Betracht kommende Informationspflichtverletzung - nämlich die fehlende Erwähnung des Interessenkonflikts im Bericht an die Hauptversammlung - nach der Wertung des § 243 Abs. 4 Satz 1 AktG nur dann von Bedeutung, wenn ein objektiv urteilender Aktionär die Informationserteilung als Voraussetzung für die sachgerechte Wahrnehmung seines Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechts

ansähe (BGH, Urteil vom 21. September 2009 - II ZR 174/08, BGHZ 182, 272 Rn. 18 - Umschreibungsstopp).

29 Nach diesen Grundsätzen sind die Entlastungsbeschlüsse nicht wegen eines Verstoßes gegen § 161 AktG anfechtbar. Die Entsprechenserklärung des Vorstands und des Aufsichtsrats, die nach der Feststellung des Berufungsgerichts insoweit keine Besonderheiten enthielt, war nicht in diesem Sinne unrichtig.

30 a) Zwar hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, dass auf den durch die Auftragserteilung an die Sozietät des Aufsichtsratsmitglieds Dr. S. ausgelösten Interessenkonflikt und seine Behandlung - wie in Nr. 5.5.3 Satz 1 DCGK an sich vorgesehen - in dem Bericht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung nach § 171 AktG berichtet worden ist. Es wird darauf aber in dem Corporate-Governance-Bericht der Beklagten hingewiesen. Das stellt keine berichtspflichtige Abweichung vom Kodex dar.

31 b) In dem im Geschäftsbericht enthaltenen Corporate-Governance-Bericht für das Jahr 2008 heißt es dazu:

Ein Mitglied des Aufsichtsrats ist Mitglied einer Anwaltskanzlei, die für den Konzern rechtsberatend tätig ist. Der Aufsichtsrat hat dieser Mandatierung zugestimmt. ...

32 Damit waren der Interessenkonflikt, in dem sich das Aufsichtsratsmitglied befunden hat, und seine Behandlung ausreichend offen gelegt. Es bedurfte weder der Bekanntgabe des Namens noch der Mitteilung, ob das betroffene Aufsichtsratsmitglied an der Beschlussfassung über die Zustimmung mitgewirkt hat. Insoweit konnte davon ausgegangen werden, dass sich das Aufsichtsratsmitglied gesetzmäßig verhalten und das in diesen Fällen geltende Stimmverbot (BGH, Urteil vom 2. April 2007 - II ZR 325/05, ZIP 2007, 1056 Rn. 13) beachtet hatte. Wenn ein Aktionär insoweit Zweifel hatte, stand es ihm

frei, in der Hauptversammlung vom Vorstand Auskunft zu verlangen, die ihm nach § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG hätte erteilt werden müssen (vgl. Kersting in KK-AktG, 3. Aufl., § 131 Rn. 221).

33 c) Ob in dem Corporate-Governance-Bericht hätte mitgeteilt werden müssen, dass die Vergütungen an die Sozietät des Aufsichtsratsmitglieds schon vor der Zustimmung des Aufsichtsrats gezahlt worden sind, bedarf keiner Entscheidung. Auch wenn das angenommen würde, läge in der dann falschen Entsprechenserklärung aus den oben genannten Gründen jedenfalls keine eindeutige und schwerwiegende Rechtsverletzung, die zur Anfechtbarkeit der Entlastungsbeschlüsse führen würde.

34 2. Aufgrund der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts lässt sich aber nicht beurteilen, ob die Entlastungsbeschlüsse wegen Verstoßes gegen § 131 AktG anfechtbar sind.

35 a) Auch § 131 AktG ist auf die Societas Europaea anwendbar, weil weder die SE-Verordnung noch das deutsche SE-Ausführungsgesetz eine Regelung über das Auskunftsrecht enthält oder eine entsprechende Regelung in der Satzung zulässt.

36 b) Dass die Klägerin in der Hauptversammlung nicht selbst Fragen gestellt hat, schließt eine auf die Verletzung des Auskunftsrechts gestützte Anfechtungsklage nicht aus. Es genügt, dass die Klägerin in der Hauptversammlung gegen die Entlastungsbeschlüsse Widerspruch zur Niederschrift erklärt hat (vgl. BGH, Urteil vom 15. Juni 1992 - II ZR 18/91, BGHZ 119, 1, 13).

37 c) Nach der Rechtsprechung des Senats ist ein Entlastungsbeschluss wegen Verletzung des Informationsrechts eines Aktionärs (§ 131 AktG) rechtswidrig und daher gemäß § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar, wenn das nicht

oder nicht ausreichend beantwortete Auskunftsbegehren auf Vorgänge von einigem Gewicht gerichtet ist, die für die Beurteilung der Vertrauenswürdigkeit der Verwaltung von Bedeutung sind (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2004 - II ZR 250/02, BGHZ 160, 385, 389 f.).

38 Das trifft auf die Fragen 1 bis 3 und 5 zu, die sich auf die Beratungsverträge mit der Sozietät N. beziehen. Es wurde gefragt, wann welches Mandat zugunsten welcher Konzerngesellschaft erteilt worden ist, wann und in welcher Höhe insoweit Zahlungen erfolgt sind, wann und auf welcher Tatsachengrundlage die Mandate genehmigt worden sind und wie der Aufsichtsrat geprüft hat, ob das einzelne Mandat genehmigt werden kann. Weiter von Bedeutung sein können die Frage zu 4, die auf Verträge mit dem Beratungsunternehmen des Aufsichtsratsmitglieds Prof. Dr. R. B. abzielt, und die Fragen zu 9 bis 12, die sich auf Bewertungsfragen, Schmiergeldzahlungen und Tantiemberechnungen beziehen.

39 Ob die dazu gegebenen Antworten ausreichend sind, hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht festgestellt. Das nachzuholen, hat es in der wiedereröffneten mündlichen Verhandlung Gelegenheit.

Bergmann

Strohn

Caliebe

Reichart

Sunder

Vorinstanzen:

LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 02.02.2010 - 3-5 O 178/09 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 15.02.2011 - 5 U 30/10 -