



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 78/17

Verkündet am:  
9. Oktober 2018  
Stoll  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

AktG § 53a, § 123 Abs. 2 und 4, § 161

- a) Das Gleichbehandlungsgebot ist verletzt, wenn Aktionäre nach Ablauf der Anmelde- und Nachweisfrist zugelassen werden, obwohl die Einladung ausdrücklich darauf hinweist, dass sich ein Aktionär in der Anmeldefrist anmelden und in der Nachweisfrist legitimieren muss.
- b) Eine Abweichung des Wahlvorschlags von den Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex beeinflusst nicht die Wirksamkeit der Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds. Sie macht den Wahlvorschlag des Aufsichtsrats oder seine Bekanntmachung weder unwirksam noch liegt ein für die Wahlentscheidung der Hauptversammlung relevanter Verstoß gegen Informationspflichten vor.

BGH, Urteil vom 9. Oktober 2018 - II ZR 78/17 - KG  
LG Berlin

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Oktober 2018 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher, die Richter Wöstmann, Born und Dr. Bernau sowie die Richterin B. Grüneberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Kammergerichts vom 17. Januar 2017 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 In der Einladung zur Hauptversammlung der Beklagten, einer börsennotierten Aktiengesellschaft, am 13. August 2014 war die Neuwahl von zwei Mitgliedern des Aufsichtsrats im Wege der Einzelabstimmung vorgesehen. Der Aufsichtsrat schlug K. und einen weiteren Kandidaten zur Wahl vor. Die Beklagte wies in der Einladung darauf hin, dass K. bei vier näher

bezeichneten Aktiengesellschaften Mitglied des Aufsichtsrats und bei drei davon Aufsichtsratsvorsitzender sei. K. war zudem Verwaltungsratsvorsitzender einer börsennotierten Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts. Nach ihrer Erklärung im Mai 2014 entsprach die Beklagte den Empfehlungen zum Deutschen Corporate Governance Kodex in Nr. 5.4.5.

2 Die Einladung enthielt unter der Überschrift "Voraussetzungen für die Teilnahme an der Hauptversammlung und die Ausübung des Stimmrechts" die Angabe, dass nach § 17 der Satzung zur Teilnahme an der Hauptversammlung und zur Ausübung des Stimmrechts nur diejenigen Aktionäre berechtigt sind, die sich vor der Hauptversammlung in Textform anmelden und die der Gesellschaft einen in Textform erstellten besonderen Nachweis ihres Anteilsbesitzes übermitteln, und dass Anmeldung und Nachweis des Anteilsbesitzes der Gesellschaft mindestens sechs Tage vor der Hauptversammlung, somit spätestens bis zum Ablauf des 6. August 2014, 24.00 Uhr, zugehen müssen. Mehrere Aktionäre, so u.a. K. , meldeten sich erst danach zur Hauptversammlung an oder legten erst danach den Nachweis ihres Anteilsbesitzes vor. K.

erschien zur Hauptversammlung und wurde von der Beklagten zugelassen.

3 In der Hauptversammlung schlug ein Aktionär vor, F. in den Aufsichtsrat zu wählen. Der Versammlungsleiter erklärte, dass über die Wahlen zum Aufsichtsrat in der Weise abgestimmt werden solle, dass nacheinander einzeln über die zu besetzenden Aufsichtsratsposten abgestimmt werde, und zwar in einem ersten Wahlgang zunächst zwischen K. und F. . Gegen das vorgesehene Wahlverfahren erklärten mehrere Aktionäre und Aktionärsvertreter, u.a. auch der Kläger zu 1, Widerspruch zur Niederschrift. Die Abstimmung ergab 5.909.445 Ja-Stimmen für K. und 5.732.174 Ja-Stimmen für F. , wobei K. mit den von ihm vertretenen

587.719 Stimmen für seine Wahl zum Aufsichtsrat stimmte. Der Versammlungsleiter stellte die Wahl des K. fest, dieser nahm sie an. Anschließend stimmte die Hauptversammlung über die Wahl des anderen vom Aufsichtsrat vorgeschlagenen Kandidaten über das zweite Aufsichtsratsmandat ab, für das F. nicht mehr antrat.

4 Die Kläger haben gegen den Wahlbeschluss Anfechtungs- und Nichtigkeitsfeststellungsklage erhoben. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kläger hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom erkennenden Senat zugelassene Revision der Kläger.

#### Entscheidungsgründe:

5 Die Revision der Kläger hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

6 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - wie folgt begründet:

7 Der angefochtene Hauptversammlungsbeschluss verstoße nicht gegen Gesetz oder Satzung. Der Wahlvorschlag des Aufsichtsrats sei nicht wegen eines Verstoßes gegen den Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) nichtig. Mit dem Wahlvorschlag liege kein Verstoß gegen § 161 AktG vor. Nr. 5.4.5 DCGK beziehe sich nur auf Vorstände deutscher börsennotierter Aktiengesellschaften. Eine vergleichbare Leitungstätigkeit in ausländischen Unternehmen werde nicht erfasst. Damit fehle es an einem Bezugspunkt für eine Begrenzung von Aufsichtsratsmandaten.

8 Für das Wahlverfahren könne kein Gesetzes- oder Satzungsverstoß festgestellt werden. Es begegne keinen Bedenken, dass der Versammlungsleiter wegen der zwei zu besetzenden Mandate zwei getrennte Abstimmungen mit jeweils einem Kandidaten entsprechend der Einladung angekündigt habe. Nachdem F. von einem Aktionär zur Wahl vorgeschlagen worden sei, habe es der Versammlungsleiter bei der getrennten Einzelwahl für die zwei Posten belassen. Bei mehreren offenen Posten könnten Aufsichtsratsmitglieder im Wege einer Simultanwahl, einer Listenwahl oder einer Einzelwahl gewählt werden. Aus der Satzung der Beklagten ergebe sich nichts anderes. Danach sei die grundsätzliche Verfahrensweise rechtmäßig gewesen, da sie eine konsequente Einzelwahl für jeden der beiden Aufsichtsratssitze darstelle und der in der Hauptversammlung als dritter Kandidat nominierte F. die Gelegenheit erhalten habe, in beiden Einzelwahlgängen zu kandidieren. Dabei sei auch der Ausgangspunkt des Aufsichtsratsvorschlags zweier Kandidaten für zwei Aufsichtsratsmandate zu berücksichtigen, der ein Gegeneinander der beiden insoweit vorgeschlagenen Kandidaten ausgeschlossen habe. Wer aus der Hauptversammlung eine Zusammensetzung des Aufsichtsrates mit K. auf jeden Fall habe verhindern wollen, hätte zusätzlich den für den zweiten Wahlgang vorgesehenen Kandidaten des Aufsichtsrats mit dessen Einverständnis vorschlagen können oder einen anderen Kandidaten, so dass es bei der ersten Einzelwahl zu einer Dreierkonstellation gekommen wäre. Ebenso hätte bei der zweiten Einzelwahl vorgegangen werden können, soweit K. als Unterlegener der ersten Wahl nochmals nun für den zweiten Posten kandidiert hätte.

9 Ein Verstoß gegen Gesetz oder Satzung könne nicht deshalb angenommen werden, weil die Beklagte einerseits unstreitig Aktionäre zur Teilnahme an der Hauptversammlung zugelassen habe, die die Meldefrist versäumt und sich

erst nachträglich ordnungsgemäß legitimiert hatten, und andererseits weitere Aktionäre nicht zugelassen habe.

10 Ein Anfechtungsrecht gegen nachfolgend gefasste Beschlüsse bestehe nicht, wenn die Gesellschaft unter Beachtung des Gleichbehandlungsgebots eine verspätete Anmeldung und/oder Legitimation zur Hauptversammlung zulasse. Das Landgericht habe auf der Grundlage des Beklagtenvortrags festgestellt, dass sich mehrere Aktionäre erst nach dem Ablauf der Meldefrist angemeldet und legitimiert hätten und zugelassen worden seien. Mit und ohne Berücksichtigung des Stimmverhaltens dieser Aktionäre sei jeweils die Mehrheit der Stimmen auf K. entfallen und nicht auf F. . Das Landgericht habe nicht festgestellt, dass bei den für das Abstimmungsergebnis gezählten Stimmen auch Aktionäre beteiligt gewesen seien, die auch noch am Tag der Hauptversammlung die Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Legitimation nicht erfüllt hätten und die dennoch zugelassen worden seien, so dass es sich allein um die Fallgestaltung einer unschädlichen Überschreitung der Meldefrist handele, die keinen Anfechtungsgrund begründe.

11 Ein Anfechtungsgrund könne auch nicht deshalb angenommen werden, weil es Aktionäre gegeben haben möge, die davon ausgegangen seien, eine nachträgliche Anmeldung nach Anmeldeschluss sei nicht mehr möglich. Eventuell sei insoweit der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt, wenn eine Gesellschaft die Anmeldefrist in der veröffentlichten Einladung als absolute Ausschlussfrist darstelle, von der nicht abgewichen werde, obwohl das dann doch geschehe. So liege der Fall hier aber nicht. Aus der Einladung gehe nicht hervor, ob nicht auch noch bei Fristüberschreitung zugelassen werden könne. Durch den Einladungstext würden Aktionäre weder von einer verspäteten, aber korrekten Anmeldung abgehalten noch von einer im Bedarfsfall zumutbaren vorhergehenden einfachen Anfrage mit dieser Zielrichtung, so dass es an einer

Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (§ 53a AktG) fehle. Da die Zulassung der verspätet, aber noch vor dem Tag der Hauptverhandlung sich legitimiert anmeldenden Aktionäre rechtmäßig gewesen sei, komme es nicht auf die von den Parteien erörterten Folgen des Stimmverhaltens der Aktionäre bzw. Aktionärsgruppen im Einzelnen an.

12 II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht angenommen, dass K. und andere Aktionäre, die sich erst nach Ablauf der Anmeldefrist angemeldet und/oder einen entsprechenden Nachweis des Anteilsbesitzes erbracht hatten, nach Ablauf der Meldefrist zur Teilnahme an der Hauptversammlung und Ausübung des Stimmrechts zugelassen werden durften. Der Wahlbeschluss ist nach § 251 Abs. 1 Satz 1 AktG wegen eines Gesetzesverstoßes anfechtbar. Die Zulassung von Aktionären nach Ablauf der Anmelde- und Nachweisfrist zur Stimmrechtsausübung verstieß jedenfalls gegen das Gleichbehandlungsgebot (§ 53a AktG).

13 Der Senat kann offenlassen, ob ein Aktionär, der die in der Einladung zur Hauptversammlung genannte Anmeldefrist (§ 123 Abs. 2 Satz 2 AktG) oder die Frist zur Einreichung des Nachweises des Anteilsbesitzes (§ 123 Abs. 4 Satz 3 AktG) versäumt hat, grundsätzlich nicht nachträglich zugelassen werden darf (vgl. Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 123 Rn. 6; Heidel/Müller, AktienR, 4. Aufl., § 123 Rn. 34; Ziemons in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 123 Rn. 60 f.; Marsch-Barner in Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch börsennotierte AG, 4. Aufl., § 32 Rn. 32.34) oder ob die Gesellschaft auf die Einhaltung der gesetzten Fristen einseitig verzichten kann und Aktionäre unter Einhaltung des Gleichheitsgrundsatzes nach § 53a AktG noch nach Ablauf der Anmelde- und Nachweisfrist zulassen kann (vgl. Wachter/Kocher, AktG, 3. Aufl., § 123 Rn. 6; KK-AktG/Noack/Zetsche, 3. Aufl., § 123 Rn. 73 f., 125 f.; Simon/Zetsche,

NZG 2005, 369, 371; Reger in Bürgers/Körper, AktG, 4. Aufl., § 123 Rn. 8; Rieckers in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 123 Rn. 16, 39). Denn jedenfalls wenn die Einladung ausdrücklich darauf hinweist, dass sich der Aktionär in der Anmeldefrist anmelden und in der Nachweisfrist legitimieren muss, ist der Gesellschaft bei Zulassung von nachträglich gemeldeten Aktionären die Einhaltung des Gleichheitsgrundsatzes nicht möglich, da andere nicht ordnungsgemäß angemeldete Aktionäre erst gar nicht Zutritt zur Hauptversammlung verlangen (so zutreffend Ziemons in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 123 Rn. 60 f.).

14 Für die Gleichbehandlung der Aktionäre ist nicht nur auf die Aktionäre abzustellen, die sich nach Ablauf der Frist noch angemeldet oder legitimiert haben, sondern auf alle Aktionäre, die die Anmelde- bzw. Legitimationsfrist versäumt haben. Für alle diese Aktionäre muss der gleiche Maßstab für die Zulassung zur Teilnahme an der Hauptversammlung gelten. Wenn die Gestaltung der Einladung - wie hier - geeignet ist, Aktionäre davon abzuhalten, sich nach Ablauf der Frist anzumelden oder den Nachweis zu erbringen, wird aber ein unterschiedlicher Maßstab an die Aktionäre angelegt, weil diejenigen, die sich an die Vorgabe der Einladung halten, schon gar keine Teilnahme an der Hauptversammlung mehr verlangen, während diejenigen, die die Vorgabe einer Anmelde- oder Nachweisfrist ignorieren, zugelassen werden.

15 Die in der Einberufung angegebene Anmelde- bzw. Nachweisfrist war entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts geeignet, Aktionäre, welche diese Fristen versäumt hatten, von einer verspäteten Anmeldung bzw. Legitimation oder einer entsprechenden Nachfrage nach einer solchen Möglichkeit bei der Gesellschaft abzuhalten. Für einen Aktionär war aufgrund der Angaben in der Einladung nicht zu erkennen, dass die Gesellschaft auf die Einhaltung dieser Fristen verzichten würde und eine nachträgliche Anmeldung oder Legitimation noch zu einer Zulassung zur Hauptversammlung führen könnte. Entspre-



chend der Satzungsbestimmungen in § 17 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2 war in der Einladung bestimmt, dass Anmeldung und Nachweis des Anteilsbesitzes der Gesellschaft mindestens sechs Tage vor der Hauptversammlung zugehen "müssen". Im Gegensatz etwa zu einer bloßen Sollvorschrift verbindet der unbefangene Leser mit einer zwingenden Vorgabe regelmäßig die Vorstellung, dass sie eingehalten werden muss, wenn Nachteile vermieden werden sollen. Ein Aktionär konnte daher davon ausgehen, dass die Nichteinhaltung der Frist Folgen für die Teilnahme haben musste. Hinzu kommt, dass der Vorstand der Beklagten von der ihm in § 17 Abs. 1 Satz 3 der Satzung eingeräumten Möglichkeit, eine kürzere Frist vorzusehen, keinen Gebrauch gemacht hat. Dies durften Aktionäre so verstehen, dass die Gesellschaft, deren Interesse an einer ordnungsgemäßen Vorbereitung die Anmelde- und Nachweisfrist dient, die Frist von sechs Tagen zur Vorbereitung benötigte, verspätete Anmeldungen oder Legitimationsnachweise daher nicht mehr bearbeiten würde und eine Nachmeldung sinnlos wäre. In der Einladung findet sich kein Hinweis darauf, dass sich die Beklagte eine nachträgliche Zulassung von Aktionären vorbehält. Vor diesem Hintergrund konnte ein Aktionär, der die Anmelde- bzw. Legitimationsfrist versäumt hatte, davon ausgehen, dass sich die Gesellschaft selbst an die Frist hält und deshalb kein anderer säumiger Aktionär, auch wenn er sich nach Fristablauf weiter um seine Teilnahme bemühte, aufgrund seiner verspäteten Anmeldung bzw. Legitimation doch noch zur Teilnahme und Abstimmung an der Hauptversammlung zugelassen wird. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hält die Einladung damit auch von einer einfachen Anfrage zu den Nachmeldemöglichkeiten ab, weil sie aus Sicht eines verständigen Aktionärs ohne Aussicht auf Erfolg war.

16 III. Das Berufungsurteil erweist sich nicht aus anderen Gründen als  
richtig.

17 1. Es steht nicht fest, dass die Zulassung der nachträglich gemeldeten  
Aktionäre ohne Einfluss auf das Abstimmungsergebnis blieb.

18 a) Werden bei der Feststellung des Abstimmungsergebnisses Stimmen  
berücksichtigt, die nicht hätten berücksichtigt werden dürfen, führt dies zur  
Nichtigerklärung des Beschlusses, wenn die zu Unrecht mitgezählten Stimmen  
das Abstimmungsergebnis rechnerisch beeinflusst haben, d.h. der Beschluss  
ohne diese Stimmen nicht gefasst worden wäre (vgl. BGH, Beschluss vom  
29. April 2014 - II ZR 262/13, ZIP 2014, 1677 Rn. 8). Das gilt nicht nur bei der  
Missachtung von Stimmverboten oder Stimmrechtsverlusten, sondern auch bei  
der Berücksichtigung der Stimmen von Aktionären, die nicht hätten zugelassen  
werden dürfen (Butzke in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 123 Rn. 105;  
KK-AktG/Noack/Zetsche, 3. Aufl., § 123 Rn. 84; Reger in Bürgers/Körper,  
AktG, 4. Aufl., § 123 Rn. 20; Rieckers in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 123  
Rn. 46; Ziemons in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 123 Rn. 62).

19 b) Dazu, ob die von den zu Unrecht nachträglich zugelassenen Aktionä-  
ren abgegebenen Stimmen Einfluss auf das Wahlergebnis hatten, hat das Beru-  
fungsgericht keine Feststellungen getroffen. Zwar war die Zulassung der Stim-  
men des K. ohne Weiteres rechnerisch wahlentscheidend. Anders als  
noch das Landgericht hat das Berufungsgericht aber offengelassen, inwieweit  
die Stimmen von K. von denen anderer ebenfalls nachträglich zuge-  
lassener Aktionäre neutralisiert worden sind.

20 2. Die Klage ist auch nicht wegen des Fehlens der Anfechtungsbefugnis  
der Kläger abweisungsreif. Für die Anfechtungsbefugnis für eine Aufsichtsrats-  
wahl gilt nach § 251 Abs. 2 Satz 1 AktG die Vorschrift des § 245 Nr. 1, 2 und 4

AktG. Nach § 245 Nr. 1 AktG ist jeder in der Hauptversammlung erschienene Aktionär zur Anfechtung befugt, wenn er die Aktien schon vor der Bekanntmachung der Tagesordnung erworben hatte und gegen den Beschluss Widerspruch zur Niederschrift erklärt hat (vgl. BGH, Urteil vom 22. März 2011 - II ZR 229/09, BGHZ 189, 32 Rn. 6; Urteil vom 10. Oktober 2017 - II ZR 375/15, ZIP 2017, 2245 Rn. 19). Der Kläger zu 1 ist danach zur Anfechtung befugt, § 251 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 245 Nr. 1 AktG. Ob auch die Kläger zu 2 und zu 3 anfechtungsbefugt sind, hat das Berufungsgericht offengelassen.

21 IV. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Das Berufungsgericht hat die erforderlichen Feststellungen zur Kausalität der unberechtigten Zulassung zur Stimmrechtsausübung und zur Anfechtungsbefugnis der Kläger zu 2 und 3 noch nicht getroffen.

22 Die Revision hat auch nicht schon aus anderen Gründen Erfolg. Der Wahlbeschluss ist weder wegen eines Verstoßes des Wahlvorschlags des Aufsichtsrats gegen den Deutschen Corporate Governance Kodex noch wegen des Wahlverfahrens anfechtbar.

23 1. Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Wahl des K. zum Mitglied des Aufsichtsrats der Beklagten nicht wegen des von der Revision behaupteten Verstoßes gegen Nr. 5.4.5 Abs. 1 Satz 2 DCGK idF vom 13. Mai 2013 (BA nz AT 10. Juni 2013) anfechtbar ist. Dabei kann der Senat offenlassen, ob Nr. 5.4.5 Abs. 1 Satz 2 DCGK, wonach nicht mehr als drei Aufsichtsratsmandate in konzernexternen börsennotierten Gesellschaften oder in Aufsichtsgremien von konzernexternen Gesellschaften mit vergleichbaren Anforderungen wahrnehmen soll, wer dem Vorstand einer börsennotierten Gesellschaft angehört, nur für Vorstände deutscher börsenno-

tiertes Aktiengesellschaften gilt oder auch eine vergleichbare Leitungstätigkeit in einem ausländischen Unternehmen erfasst. Eine Abweichung des Wahlvorschlags von den Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex beeinflusst nicht die Wirksamkeit der Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds. Sie macht den Wahlvorschlag des Aufsichtsrats oder seine Bekanntmachung weder unwirksam noch liegt ein für die Wahlentscheidung der Hauptversammlung relevanter Verstoß gegen Informationspflichten vor.

- 24 a) Der Beschluss des Aufsichtsrats über einen Wahlvorschlag und seine Bekanntmachung sind nicht unwirksam, wenn der vorgeschlagene Kandidat nicht den Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex entspricht.
- 25 aa) Das Abweichen von Anregungen oder Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex selbst ist kein Verstoß gegen Gesetz oder Satzung, da der Deutsche Corporate Governance Kodex weder ein Gesetz noch ein Bestandteil der Satzung ist. Ein Gesetzesverstoß (§ 243 Abs. 1 AktG), der Entlastungsbeschlüsse anfechtbar machen kann, kann vorliegen, wenn die Entprechenserklärung nach § 161 Abs. 1 Satz 1 AktG in einem nicht unwesentlichen Punkt unrichtig ist oder bei einer später eintretenden Abweichung von den DCGK-Empfehlungen in einem solchen Punkt nicht umgehend berichtigt wird (BGH, Urteil vom 16. Februar 2009 - II ZR 185/07, BGHZ 180, 9 Rn. 19 - Kirch/Deutsche Bank; Urteil vom 21. September 2009 - II ZR 174/08, BGHZ 182, 272 Rn. 16 - Umschreibungsstopp).
- 26 Daraus folgt eine Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum, dass der Beschluss des Aufsichtsrats, mit dem der Hauptversammlung ein Wahlvorschlag gemacht wird, dann nichtig ist, wenn es bei vorschlagsgemäßer Wahl in der Hauptversammlung zu einer bisher nicht erklärten Abweichung vom

Deutschen Corporate Governance Kodex kommen würde. Der Aufsichtsrat verstoße bereits bei Beschlussfassung gegen seine aus § 161 AktG folgende gesetzliche Pflicht zur unterjährigen Aktualisierung des Kodex. Aufgrund der Beschlussnichtigkeit fehle es an einem wirksamen Wahlvorschlag an die Hauptversammlung nach § 124 Abs. 3 AktG (OLG München, ZIP 2009, 133, 135; LG Hannover, ZIP 2010, 833, 835, 838; Lutter in KK-AktG, 3. Aufl., § 161 Rn. 150 f.; Wittmann/Kirschbaum in Heidel, AktG, 4. Aufl., § 161 Rn. 3b; Heidel in Heidel, AktG, 4. Aufl., § 243 Rn. 7c f., § 251 Rn. 3b; Hölterers in Hölterers, AktG, 3. Aufl., § 161 Rn. 60; Schwab in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 251 Rn. 1; Kirschbaum, ZIP 2007, 2362, 2364; E. Vetter, NZG 2008, 121, 124; Kort, FS K. Schmidt, 2009, S. 945, 952; Deilmann/Albrecht, AG 2010, 727, 732 f.; Habersack, FS Goette, 2011, 121, 124; E. Vetter, FS Uwe H. Schneider, 2011, S. 1345, 1356; E. Vetter, ZIP 2012, 701; i. E. Waclawik, ZIP 2011, 885, 890).

27

Die Gegenauffassung geht davon aus, dass eine etwaige Aktualisierungspflicht der Entsprechenserklärung durch die Gesellschaft rechtlich von der Beschlussfassung des Aufsichtsrats über den Wahlvorschlag und die anschließende Wahl in der Hauptversammlung zu trennen ist (OLG Celle, ZIP 2018, 1688, 1691; LG München I, ZIP 2007, 2360, 2362; Bayer/Scholz in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 161 Rn. 97 f.; Drescher in Henssler/Strohn, GesR, 3. Aufl., § 251 Rn. 2; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 161 Rn. 32; MünchKommAktG/Goette, 4. Aufl., § 161 Rn. 94 ff.; MünchKommAktG/Hüffer/Schäfer, 4. Aufl., § 243 Rn. 16; MünchKommAktG/Koch, 4. Aufl., § 251 Rn. 5; Hölterers/Simons, AktG, 3. Aufl., § 251 Rn. 9 ff.; Stilz in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 251 Rn. 5a; Grigoleit/Zellner, AktG, § 161 Rn. 34 f.; Wachter/Wagner, AktG, 3. Aufl., § 251 Rn. 2; Leyens in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 161 Rn. 494; Wilsing/von der Linden, DCGK, § 161 Rn. 61; Hoffmann-Becking, HdB AG, § 34 Rn. 28; Thümmel, CCZ 2008, 141, 142 f.; Goslar/v. der Linden, DB 2009, 1691, 1696; Kocher/Bedkowski, BB 2009, 235; Marsch-Barner, FS K. Schmidt, 2009,

S. 1109, 1112 f.; Rieder, GWR 2009, 25, 28; Bachmann, ZIP 2010, 1517, 1526; Hüffer, VGR 2010, 63, 73 ff.; ders. ZIP 2010, 1979 ff.; Rieder, NZG 2010, 737, 738; Bröcker, Der Konzern 2011, 313, 316; Kiefner, NZG 2011, 201, 203; Spindler, NZG 2011, 1007, 1011; Mülbert/Wilhelm, ZHR 176 [2012], S. 286, 295 ff.; im Ergebnis gegen Anfechtbarkeit: Runte/Eckert in Bürgers/Körber, AktG, 4. Aufl., § 161 Rn. 47).

28           bb) Der Bundesgerichtshof hat bisher offengelassen, ob überhaupt und ggfs. in welchem Umfang eine etwa unrichtige Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG Auswirkungen auf den Wahlvorschlagsbeschluss des Aufsichtsrates und die nachfolgende Wahl in der Hauptversammlung hat (BGH, Urteil vom 16. Februar 2009 - II ZR 185/07, BGHZ 180, 9 Rn. 19 und 32 - Kirch/Deutsche Bank; Beschluss vom 9. November 2009 - II ZR 14/09, juris) und schließt sich nunmehr der zuletzt genannten Auffassung an.

29           Der Aufsichtsratsbeschluss selbst verstößt nicht gegen Gesetz oder Satzung, so dass er nicht nichtig ist und nicht zur Unwirksamkeit des Wahlvorschlags führt. § 161 AktG regelt nicht den Inhalt von Beschlüssen, sondern dient dem Informationsinteresse der Kapitalmarktteilnehmer. Ein Verstoß gegen die Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex könnte allenfalls die Unrichtigkeit der Entsprechenserklärung begründen und zu ihrer unterjährigen Aktualisierung zwingen. Ein Gesetzesverstoß gegen § 161 AktG liegt dann darin, dass die Entsprechenserklärung nicht berichtigt und öffentlich gemacht wird, hingegen nicht im Wahlvorschlagsbeschluss des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung.

30           Ein Inhaltsmangel des Wahlvorschlagsbeschlusses liegt auch zeitlich nicht vor. Bei der Wahl in der Hauptversammlung ist die Entsprechenserklärung noch korrekt. Dem kann auch nicht entgegeng gehalten werden, dass der Wahl-

vorschlagsbeschluss, der gegen eine Empfehlung des Deutschen Corporate Governance Kodex verstößt, zwangsläufig die Aktualisierungspflicht nach sich zieht (aA Habersack, FS Goette, 2011, S. 121, 123 f.). Vor der Annahme der Wahl durch den Betroffenen verstößt die Gesellschaft nicht gegen die Kodexempfehlung und besteht auch keine Aktualisierungspflicht. Eine Entsprechenserklärung, dass einer Empfehlung bereits zu diesem Zeitpunkt nicht mehr gefolgt wird, wäre ihrerseits unrichtig. Soweit persönliche Eigenschaften eines zur Wahl vorgeschlagenen Aufsichtsratsmitglieds nicht den Kodexempfehlungen entsprechen, liegt der die Verlautbarungspflicht auslösende Verstoß gegen die Empfehlungen erst vor, wenn der Betroffene zum Aufsichtsrat gewählt ist und die Wahl angenommen hat. So hat der Senat auch bereits in früheren Entscheidungen für eine Aktualisierungspflicht der Entsprechenserklärung darauf abgestellt, dass die Abweichung von den DCGK-Empfehlungen zunächst eingetreten sein muss (BGH, Urteil vom 16. Februar 2009 - II ZR 185/07, BGHZ 180, 9 Rn. 19 - Kirch/Deutsche Bank; Urteil vom 21. September 2009 - II ZR 174/08, BGHZ 182, 272 Rn. 16 - Umschreibungsstopp).

31 Eine Aktualisierungspflicht mit der Beschlussfassung scheidet schließlich auch deshalb aus, weil Vorstand und Aufsichtsrat, und nicht nur der Aufsichtsrat, die Entsprechenserklärung zu aktualisieren hätten.

32 Wenn nicht gleichzeitig eine etwa gebotene Aktualisierung der Entsprechenserklärung erfolgt, macht dies die Bekanntmachung nach § 124 Abs. 3 AktG auch nicht unwirksam. Die Bekanntmachung und die Entsprechenserklärung bzw. deren Korrektur sind verschiedene Erklärungen. Ein Grund, warum eine Unrichtigkeit bzw. die unterlassene Berichtigung der Entsprechenserklärung Auswirkungen auf die Bekanntmachung des Wahlvorschlags haben sollte, ist nicht erkennbar. Die Entsprechenserklärung ist als Erklärung für den Kapitalmarkt im Gegensatz zur Bekanntmachung auch nicht auf die Hauptversamm-

lung bezogen. Das ist bei dem Aufsichtsratsbericht nach § 171 Abs. 2 AktG, in dem nach dem Deutschen Corporate Governance Kodex über das Auftreten und die Behandlung von Interessenkonflikten im Aufsichtsrat berichtet werden soll, was den bisherigen Entscheidungen des Senats über die Folgen einer unterlassenen Aktualisierung der Entsprechenserklärung zugrunde lag (BGH, Urteil vom 16. Februar 2009 - II ZR 185/07, BGHZ 180, 9 Rn. 19 - Kirch/Deutsche Bank; Urteil vom 21. September 2009 - II ZR 174/08, BGHZ 182, 272 Rn. 16 - Umschreibungsstopp), anders.

33           b) Eine auf § 251 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 243 Abs. 4 Satz 1 AktG gestützte Anfechtung scheidet ebenfalls aus. Danach kann die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds durch die Hauptversammlung wegen unrichtiger, unvollständiger oder verweigerter Erteilung von Informationen nur angefochten werden, wenn ein objektiv urteilender Aktionär die Erteilung der Information als wesentliche Voraussetzung für die sachgerechte Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte angesehen hätte (BGH, Urteil vom 21. September 2009 - II ZR 174/08, BGHZ 182, 272 Rn. 18 - Umschreibungsstopp). Im Zusammenhang mit einer etwaigen Abweichung von Nr. 5.4.5 Abs. 1 Satz 2 DCGK durch den Wahlvorschlagsbeschluss des Aufsichtsrats liegt kein für die Wahlentscheidung relevanter Informationsmangel vor.

34           Bei einem Wahlvorschlag, der bei Erfolg in der Hauptversammlung eine unterjährige Aktualisierung der Entsprechenserklärung erforderlich machen würde, übt ein Aktionär sein Stimmrecht nicht aufgrund einer unzureichenden oder fehlerhaften Information aus (aA Bayer/Scholz, ZHR 181 [2017], S. 861, 897 f.; Bayer/Scholz in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 161 Rn. 98; Kiefner in KK-AktG, 3. Aufl., § 251 Rn. 18 f.; MünchKommAktG/Goette, 4. Aufl., § 161 Rn. 94; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 161 Rn. 32; Leyens in GK-AktG, 5. Aufl., § 161 Rn. 493; Spindler in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 161 Rn. 64a;



Mülbert/Wilhelm, ZHR 176 [2012], S. 286, 298 f.; Habersack, FS Goette, 2011, S. 121, 123 f. mwN).

35           aa) Eine Informationspflicht der Gesellschaft ergibt sich nicht aus § 161 AktG.

36           (1) Der Vorschrift lässt sich keine gesetzliche Informationspflicht der Gesellschaft gegenüber ihren Aktionären im Zusammenhang mit der Durchführung einer Hauptversammlung entnehmen (aA Bayer/Scholz, ZHR 181 [2017], S. 861, 883 f. mwN; Mülbert/Wilhelm, ZHR 176 [2012], S. 286, 298 f. mwN). Die Erklärungsspflicht nach § 161 AktG dient der allgemeinen formalisierten Information des Kapitalmarkts und damit auch der Information der Aktionäre als Anleger (BT-Drucks. 14/8769, S. 21; Spindler in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 161 Rn. 1; Bayer/Scholz in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 161 Rn. 3; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 161 Rn. 32; Grigoleit/Zellner, AktG, § 161 Rn. 2). Die Entsprechenserklärung des § 161 AktG ist aber gerade nicht - wie etwa der Bericht des Aufsichtsrats oder der Bericht über einen Bezugsrechtsausschluss nach § 186 Abs. 4 AktG - hauptversammlungsbezogen ausgestaltet.

37           Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Entsprechenserklärung in die Erklärung zur Unternehmensführung nach § 289a Abs. 2 Nr. 1 HGB aF (§ 289f Abs. 2 Nr. 1 HGB nF) aufzunehmen ist, welche wiederum als Teil des Lageberichts gemäß § 176 Abs. 1, § 175 Abs. 2 AktG der Hauptversammlung zugänglich zu machen ist (aA Mülbert/Wilhelm, ZHR 176 [2012], S. 286, 298 f.; Kiefner in KK-AktG, 3. Aufl., § 251 Rn. 18). Der Erklärung zur Unternehmensführung und infolgedessen auch der dort aufgenommenen Entsprechenserklärung kommt keine spezifisch hauptversammlungsbezogene Informationsfunktion im Hinblick auf aktuelle bzw. künftige Entwicklungen zu. Zum einen liegt nicht zwingend der Text der aktuellen Entsprechenserklärung in der

Hauptversammlung aus, denn die Erklärung zur Unternehmensführung kann wahlweise auf der Internetseite der Gesellschaft veröffentlicht werden (§ 289a Abs. 1 Satz 2 HGB aF, § 289f Abs. 1 Satz 2 HGB nF), so dass die Teilnehmer einer Hauptversammlung in diesem Fall im Lagebericht lediglich einen Verweis auf die Internetseite der Gesellschaft finden (§ 289a Abs. 1 Satz 3 HGB aF, § 289f Abs. 1 Satz 3 HGB nF). Zum anderen informiert die Erklärung zur Unternehmensführung lediglich über die Verhältnisse zum Bilanzstichtag. Es wird die Entsprechenserklärung aufgenommen, die zum Bilanzstichtag vorliegt (vgl. Grottel in Beck'scher Bilanz-Kommentar, 11. Aufl., § 289f HGB Rn. 61). Für die Erklärung zur Unternehmensführung gilt auch keine unterjährige Aktualisierungspflicht (Merkt in Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl., § 289f Rn. 2).

38            Ohne eine spezifisch hauptversammlungsbezogene Informationsfunktion kann aus § 161 AktG keine gesetzliche Informationspflicht herausgelesen werden, deren Verletzung zur Anfechtbarkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses führen kann (aA Bayer/Scholz, ZHR 181 [2017], S. 861, 884). Eine Anfechtung wegen eines Informationsmangels ist auf solche auf Gesetz oder Satzung beruhenden Informationspflichten beschränkt, die unmittelbar die sachgerechte Wahrnehmung der Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre bei der Beschlussfassung in der Hauptversammlung bezwecken. Maßgebend ist nach der Rechtsprechung des Senats danach die Relevanz des Verfahrensverstößes für das Mitgliedschafts- bzw. Mitwirkungsrecht des Aktionärs im Sinne eines dem Beschluss anhaftenden Legitimationsdefizits, das bei einer wertenden, am Schutzzweck der verletzten Norm orientierten Betrachtung die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit gemäß § 243 Abs. 1 AktG rechtfertigt (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2004 - II ZR 250/02, BGHZ 160, 385, 391 f.; Urteil vom 10. Oktober 2017 - II ZR 375/15, ZIP 2017, 2245 Rn. 74 mwN). Bezweckt die verletzte Norm i.S.v. § 243 Abs. 1 AktG von vornherein nicht, Aktionären im Hinblick auf eine

konkrete Beschlussfassung in der Hauptversammlung mit Informationen zu versorgen, dann haftet dem Beschluss kein solches Legitimationsdefizit an.

39           So liegt es auch bei § 161 AktG. Der in Rede stehende Gesetzesverstoß besteht in der Nichtbeachtung des Normbefehls des § 161 AktG (Münch KommAktG/Goette, 4. Aufl., § 161 Rn. 90), also des Unterlassens einer Änderung der Entsprechenserklärung durch Vorstand und Aufsichtsrat einer Gesellschaft. Die Entsprechenserklärung dient dazu, die vorhandenen und die künftigen Anleger gleichermaßen in den Stand setzen zu beurteilen zu können, ob die Gesellschaft „gut“ geführt und überwacht wird (MünchKommAktG/Goette, 4. Aufl., § 161 Rn. 53). Die Entsprechenserklärung enthält damit nur generelle Informationen, die keine Rückschlüsse auf eine konkrete Personalentscheidung zulassen. Die inhaltliche Begründung, warum einzelnen Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex nicht entsprochen wurde (§ 161 Abs. 1 Satz 1 AktG), muss lediglich sachbezogene, rationale, am Unternehmenswohl orientierte Erwägungen erkennen lassen (Bayer/Scholz in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 161 Rn. 61; MünchKommAktG/Goette, 4. Aufl., § 161 Rn. 55). Es ist nicht erforderlich, bei Abweichung von Empfehlungen, die sich an einzelne Organmitglieder richten, die abweichenden Organmitglieder namentlich zu nennen (Bayer/Scholz in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 161 Rn. 61 mwN; Spindler in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 161 Rn. 36 mwN). Ohne eine namentliche Nennung des vorgeschlagenen Kandidaten hat eine Änderung der Entsprechenserklärung keinen Bezug zur Wahlentscheidung.

40           Schließlich gebietet auch der Rechtscharakter der Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex eine entsprechend einschränkende Auslegung von § 243 Abs. 1 AktG. Würde jedes Unterlassen einer gebotenen Änderung der Entsprechenserklärung als Gesetzesverstoß i.S.v. § 243 Abs. 1 AktG zu qualifizieren sein, würde jeder Nichtbefolgung einer - rechtlich unver-

bindlichen - Empfehlung des Deutschen Corporate Governance Kodex über den Umweg des Anfechtungsrechts bis zur Änderung der Entsprechenserklärung quasi Gesetzeskraft verliehen.

41 (2) Die Gesellschaft war zum Zeitpunkt der Beschlussfassung in der Hauptversammlung auch noch nicht verpflichtet, die Entsprechenserklärung zu aktualisieren (vgl. oben IV. 1. a) bb)).

42 bb) Die Gesellschaft ist auch nicht aus anderen Gründen verpflichtet, ihre Aktionäre von sich aus darüber zu informieren, dass die Wahl eines vom Aufsichtsrat vorgeschlagenen Kandidaten eine unterjährige Änderung der Entsprechenserklärung erforderlich machen würde.

43 Eine Informationspflicht der Gesellschaft ergibt sich nicht aus den aktienrechtlichen Vorschriften. Es findet sich dort keine Vorschrift, die eine Gesellschaft ausdrücklich verpflichtet, den Aktionären Angaben zur Vereinbarkeit der Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds mit den Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex zu übermitteln. Nach den gesetzlichen Vorschriften sind Aktionären im Vorfeld der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern nur bestimmte Informationen zwingend mitzuteilen. So ist anzugeben, nach welchen gesetzlichen Vorschriften sich der Aufsichtsrat zusammensetzt und ob die Hauptversammlung an Wahlvorschläge gebunden ist (§ 124 Abs. 2 Satz 1 AktG). Zudem hat der Vorschlag zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern deren Namen, ausgeübten Beruf und Wohnort anzugeben (§ 124 Abs. 3 Satz 4 AktG). Bei börsennotierten Gesellschaften sind einem Vorschlag zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern Angaben zu deren Mitgliedschaften in anderen gesetzlich zu bildenden Aufsichtsräten beizufügen (§ 125 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 1 AktG). Die Angaben zu Mitgliedschaften in vergleichbaren in- und ausländischen Kontrollgremien sollen lediglich beigefügt werden (§ 125 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 2

AktG). Angaben zur Vereinbarkeit der Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds mit den Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex werden in § 125 Abs. 1 Satz 5 AktG hingegen nicht genannt.

44 Die genaue Aufzählung der einzelnen Angaben spricht dafür, dass der Gesetzgeber mit den vorgenannten Vorschriften die Informationspflichten der Gesellschaft gegenüber ihren Aktionären im Zusammenhang mit der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern abschließend geregelt hat. In § 125 Abs. 1 Satz 5 Halbsatz 2 AktG hat der Gesetzgeber Informationen benannt, deren Mitteilung an die Aktionäre aus seiner Sicht lediglich wünschenswert ist. Das spricht dafür, dass er nicht für geboten hält, dass die Gesellschaft von sich aus weitere Angaben macht. Über die gesetzlich geforderten Angaben hinaus ist die Gesellschaft damit zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, von sich aus ihren Aktionären weitergehende Informationen mitzuteilen. Aus § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG lässt sich der Grundsatz ableiten, dass es im Übrigen Sache des einzelnen Aktionärs ist, in der Hauptversammlung vom Vorstand Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen, soweit sie aus seiner Sicht zur sachgemäßen Beurteilung eines Gegenstands der Tagesordnung erforderlich ist.

45 2. Entgegen der Auffassung der Revision ist die Wahl des K. in den Aufsichtsrat der Beklagten nicht wegen des Wahlverfahrens anfechtbar. Das Wahlverfahren hat das Gesetz oder die Satzung nicht verletzt.

46 a) Der Versammlungsleiter durfte das Wahlverfahren allein bestimmen. Der Widerspruch einzelner Aktionäre gegen das vom Versammlungsleiter gewählte Verfahren zur Abstimmung über die Wahlvorschläge des Aufsichtsrats führte nicht dazu, dass der Versammlungsleiter einen ggf. darin liegenden Verfahrensantrag vorrangig hätte zur Abstimmung stellen müssen.

47

Der Versammlungsleiter hat für die sachgemäße Erledigung der Geschäfte der Hauptversammlung zu sorgen. Bereits aus dieser Aufgabenzuweisung folgt, dass der Versammlungsleiter alle Rechte hat, die er braucht, um die Hauptversammlung ordnungsgemäß abzuwickeln (vgl. BGH, Urteil vom 11. November 1965 - II ZR 122/63, BGHZ 44, 245, 248). Zu den Aufgaben eines Versammlungsleiters gehört es dabei auch, die nach der Tagesordnung in der Hauptversammlung anstehenden Wahlen durchzuführen. Dies umfasst u.a. die Bestimmung der Reihenfolge der Abstimmungen bei der Behandlung verschiedener Wahlvorschläge zum selben Tagesordnungspunkt und die Zusammenfassung mehrerer Wahlvorschläge zu einem einzigen Abstimmungsvorgang (vgl. OLG Stuttgart, AG 2009, 204, 210; OLG Hamburg, AG 1981, 193, 197 f.; LG Hamburg, AG 1996, 233; MünchKommAktG/Kubis, 4. Aufl., § 119 Rn. 153 f.; Wicke in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., Anhang zu § 119 AktG Rn. 7 mwN). Der Senat kann offenlassen, ob dem Versammlungsleiter eine ausschließliche Kompetenz zukommt (MünchKommAktG/Kubis, 4. Aufl., § 119 Rn. 153 f.; Mülbart in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 129 Rn. 163 f. [mit Ausnahme der Erlaubnis für Listenwahl]; Reger in Bürgers/Körper, AktG, 4. Aufl., § 129 Rn. 45b; Wicke in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., Anhang zu § 119 AktG Rn. 5, 7; Ziemons in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 129 Rn. 72; MünchHdbGesR IV/Austmann, 4. Aufl., § 40 Rn. 22; Austmann, FS Hoffmann-Becking 2013, S. 45, 64 f.; Bezenberger, ZGR 1998, 352, 361 f.; Stütze/Walgenbach, ZHR 155 [1991], S. 516, 533; Bollweg, S. 183 ff., 201 f. mwN) oder ob eine konkurrierende Vorrangkompetenz der Hauptversammlung besteht, die durch entsprechende Satzungsregelungen oder Verfahrensbeschlüsse in der Hauptversammlung ausgeübt werden kann (LG München I, ZIP 2004, 853, 854; AG 2016, 834 f.; Drygala in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 101 Rn. 11; Grigoleit/Grigoleit/Tomasic, AktG, 2013, § 101 Rn. 10; Henssler in Henssler/Strohn, AktG, 3. Aufl., § 101 Rn. 5; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 101 Rn. 7;

MünchKommAktG/Habersack, AktG, 4. Aufl., § 101 Rn. 21 ff.; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 101 Rn. 55; KK-AktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl., § 101 Rn. 12; Israel in Bürgers/Körper, AktG, 4. Aufl., § 101 Rn. 5; Hölter/Simons, AktG, 3. Aufl., § 101 Rn. 12; Spindler in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 101 Rn. 32; MünchHdbGesR IV/Hoffmann-Becking, 4. Aufl., § 37 Rn. 43; Ramm, NJW 1991, 2753, 2754 f.; Fuhrmann, ZIP 2004, 2081, 2084; Henze, BB 2005, 165, 171), da die Satzung der Beklagten dem Versammlungsleiter ebenfalls die Kompetenz zuweist. Nach § 19 Abs. 2 der Satzung der Beklagten bestimmt der Vorsitzende die Reihenfolge, in der die Gegenstände der Tagesordnung erledigt werden. Dazu gehört auch die Bestimmung der Reihenfolge der Abstimmungen sowie die Zusammenfassung von Wahlvorschlägen zu einem einzigen Abstimmungsvorgang. Ein gegen das Vorgehen des Versammlungsleiters gerichteter Verfahrens Antrag wäre nicht zur Abstimmung zuzulassen gewesen, da er auf eine unzulässige Satzungsdurchbrechung hinausgelaufen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 16. Februar 2009 - II ZR 185/07, BGHZ 180, 9 Rn. 30 - Kirch/Deutsche Bank). Eine Entscheidung der Hauptversammlung gegen die Bestimmung des Vorsitzenden ist in der Satzung der Beklagten nicht vorgesehen.

48            b) Das vom Versammlungsleiter angeordnete Wahlverfahren verstieß nicht gegen das Gesetz oder die Satzung. Seine Entscheidung war auch nicht ermessenfehlerhaft.

49            aa) Der Versammlungsleiter war nicht verpflichtet, in einer bestimmten Reihenfolge über die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern abstimmen zu lassen. Insbesondere war über den erst in der Hauptversammlung gestellten Antrag eines Aktionärs zur Wahl des F.            zum Mitglied des Aufsichtsrats nicht gemäß § 137 AktG vor dem Vorschlag des Aufsichtsrats zu beschließen, da die Voraussetzungen der Norm nicht vorlagen.

50           bb) Der Versammlungsleiter konnte auch das Wahlverfahren frei bestimmen.

51           (1) Den gesetzlichen Vorschriften lassen sich keine konkreten Vorgaben für ein bestimmtes oder eine beschränkte Anzahl zulässiger Wahlverfahren oder deren Ausgestaltung entnehmen. So bestimmen § 101 Abs. 1 Satz 1, § 119 Abs. 1 Nr. 1 AktG lediglich, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats von der Hauptversammlung gewählt werden, soweit nicht einer der dort genannten Ausnahmefälle vorliegt. Auch aus § 124 Abs. 3 Satz 1, § 127 Satz 1 AktG ergibt sich nur, dass eine Wahl zum Mitglied des Aufsichtsrats einen entsprechenden Wahlvorschlag voraussetzt.

52           (2) Die Satzung der Beklagten enthielt insoweit ebenfalls keine Vorgaben. Entgegen der Auffassung der Revision ergibt sich aus § 20 Abs. 2 der Satzung nicht, dass bei mehreren Kandidaten für einen Sitz im Aufsichtsrat zwingend im Wege der Alternativwahl über alle von Aufsichtsrat und Aktionären vorgeschlagenen Kandidaten abzustimmen wäre. Die Satzungsbestimmung regelt nur die Folgen einer solchen Alternativwahl. Ihr lässt sich hingegen nicht entnehmen, dass bei allen zur Abstimmung stehenden Wahlen mit mindestens drei Kandidaten in einem Wahlgang über alle Kandidaten abzustimmen ist. Nach § 20 Abs. 2 Satz 1 der Satzung findet eine engere Wahl unter den Personen statt, denen die beiden höchsten Stimmenzahlen zugefallen sind, wenn bei einer Wahl im ersten Wahlgang eine einfache Stimmenmehrheit nicht erreicht wird. Bei der engeren Wahl entscheidet die höchste Stimmenzahl, bei Stimmgleichheit das durch den Vorsitzenden zu ziehende Los (§ 20 Abs. 2 Satz 2 der Satzung). Diese Vorschrift regelt somit lediglich den Fall einer Stichwahl, wenn bei einem ersten Wahlgang, bei dem mehrere Personen zur Wahl standen, kein Kandidat die nach § 20 Abs. 1 Satz 1 der Satzung erforderliche Mehrheit erreicht hat. Damit wird sichergestellt, dass jedenfalls nach der engeren



Wahl ein Kandidat gewählt ist. Die Auswahlmöglichkeiten des Versammlungsleiters hinsichtlich eines bestimmten Wahlverfahrens werden dadurch nicht eingeschränkt.

53 (3) Die Empfehlung in Nr. 5.4.3 Satz 1 DCGK, wonach Wahlen zum Aufsichtsrat als Einzelwahl durchgeführt werden sollen, ist für den Versammlungsleiter nicht bindend. Der Deutsche Corporate Governance Kodex ist weder ein Gesetz noch ein Bestandteil der Satzung (s.o. III. 1. Buchst. a) aa)). Auch trifft den Versammlungsleiter keine Erklärungspflicht nach § 161 Abs. 1 Satz 1 AktG.

54 cc) Mit dem von ihm bestimmten und durchgeführten Wahlverfahren hat der Versammlungsleiter sein Ermessen nicht pflichtwidrig ausgeübt. Bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben hat sich ein Versammlungsleiter am Gebot der Sachdienlichkeit zu orientieren sowie das Gleichbehandlungsgebot und das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu wahren (vgl. BGH, Urteil vom 8. Februar 2010 - II ZR 94/08, BGHZ 184, 239 Rn. 16; Mülbart in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 129 Rn. 133 f.; Wicke in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., Anh zu § 119 Rn. 5; Ziemons in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 129 Rn. 63).

55 Das vom Versammlungsleiter gewählte Verfahren mindestens einer Alternativwahl zwischen einem vom Aufsichtsrat vorgeschlagenen Kandidaten und dem von einem Aktionär vorgeschlagenen Kandidaten war sachdienlich. Bei diesem Verfahren war mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten, dass es im Gegensatz zu einem Alternativverfahren mit drei Kandidaten jeweils bereits im ersten Wahlgang zu einer Mehrheitsentscheidung kommen würde, da lediglich die Aktionäre, die beide Kandidaten ablehnten, mit "Nein" stimmen würden. Bei konkurrierenden Anträgen ist die Vermeidung überflüssiger Wahlgänge ein beachtlicher Sach Gesichtspunkt, was dafür spricht, zunächst einen mehrheitsfähigen Verwaltungsvorschlag zur Abstimmung zu stellen (OLG Stuttgart, AG 2009,

204, 210; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 129 Rn. 23; Mülbart in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 129 Rn. 161 mwN). Über Anträge von Aktionären muss jedenfalls nicht vor Verwaltungsanträgen abgestimmt werden, § 137 AktG bildet insoweit eine der Verallgemeinerung unzugängliche Sonderregel (LG Hamburg, WM 1996, 168, 170; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 129 Rn. 22; Mülbart in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 129 Rn. 161 mwN).

56 Entgegen der Ansicht der Revision war das gewählte Verfahren auch nicht willkürlich. Es verletzte gerade nicht die berechtigten Interessen des F. vorschlagenden Aktionärs. Auch wenn die Wahlvorschläge des Aufsichtsrats nicht ausdrücklich auf jeweils einen der beiden frei werdenden Aufsichtsratssitze ausgerichtet waren, so ergab sich aus ihnen dennoch, dass die zwei vorgeschlagenen Kandidaten kumulativ und nicht alternativ in den Aufsichtsrat gewählt werden sollten. Hingegen ging es dem vorschlagenden Aktionär darum, dass sein Kandidat gegen die vom Aufsichtsrat vorgeschlagenen Kandidaten zur Wahl antritt und sein Vorschlag auch tatsächlich zur Wahl gestellt wird. Vorliegend hätte F. sich sogar zwei Mal zur Wahl stellen können. Bei einer reinen Einzelwahl wäre es, wenn der Versammlungsleiter zunächst die Aufsichtsratsvorschläge zur Abstimmung gestellt hätte, bei gleichen Mehrheitsverhältnissen erst gar nicht zu einer Abstimmung über F. gekommen.

57 Für das gewählte Verfahren spricht insoweit auch, dass es die Interessen der Aktionäre schützt, die in Kenntnis der in der Einladung zur Hauptversammlung angekündigten Einzelwahl Stimmrechtvollmachten gemäß § 121 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2a AktG erteilt hatten. Bei der von den Klägern befürworteten Alternativwahl mit allen drei Kandidaten hätten diese Vollmachten nicht sinnvoll ausgeübt werden können, da dann der Stimmrechtsvertreter nicht weisungsgemäß

gleichzeitig für beide vom Aufsichtsrat vorgeschlagenen Kandidaten hätte abstimmen können.

Drescher

Wöstmann

Born

Bernau

B. Grüneberg

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 03.09.2015 - 93 O 70/14 -

KG, Entscheidung vom 17.01.2017 - 14 U 94/15 -