

LG München, Urt. v. 26.2.2010 - Az. 5 HK O 14083/09 (nicht rechtskräftig)

1. Legt ein Mitglied des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft sein Mandat mit Ablauf einer Hauptversammlung nieder, so beginnt das Mandat seines gewählten Nachfolgers erst mit dem Ende der Hauptversammlung.

2. In dieser Hauptversammlung trifft das designierte Mitglied des Aufsichtsrats auch nach Annahme der Wahl kein Stimmrechtsverbot gem. § 142 Abs. 1 Satz 2 AktG für einen Sonderprüfungsantrag.

3. Wird bei der Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds gegen die Vorgaben aus § 100 Abs. 5 AktG verstoßen, so führt dies nicht zur Nichtigkeit des Wahlbeschlusses.

### **E n d u r t e i l :**

- I. Die Klage wird abgewiesen.
  
- II. Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.
  
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 105 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages.
  
- IV. Der Streitwert wird auf € 100.000,-- festgesetzt.

## Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit mehrerer Beschlüsse einer Hauptversammlung der Beklagten.

### I.

1. Die Beklagte – eine börsennotierte Aktiengesellschaft, deren Grundkapital in Höhe von € 17.019.126,-- in ebenso viele Stammaktien in Form von Stückaktien eingeteilt ist und deren Unternehmensgegenstand in der Entwicklung, der Herstellung und dem Vertrieb von Geräten für mikrotechnische Fertigungsverfahren liegt – machte im elektronischen Bundesanzeiger vom 14.5.2009 ihre Einladung zur Hauptversammlung (Anlage K 2) für den 24.6.2009 bekannt. Die Einladung enthielt unter anderem folgenden Beschlussvorschlag:

**„5. Nachwahl zum Aufsichtsrat**

Herr Dr. ... Ri... hat sein Mandat als Mitglied des Aufsichtsrats mit Wirkung zum Ablauf der Hauptversammlung vom 24. Juni 2009 niedergelegt.

Der Aufsichtsrat der Gesellschaft besteht gemäß §§ 95 und 96 Abs. 1 AktG i. V. m. § 9 Abs. 1 der Satzung aus drei Mitgliedern, die von der Hauptversammlung gewählt werden. Die Hauptversammlung ist an Wahlvorschläge nicht gebunden.

Der Aufsichtsrat schlägt vor, folgenden Beschluss zu fassen:

„Herr S... R..., wohnhaft in München, Mitglied der Geschäftsführung der IED Beteiligungs-GmbH, Frankfurt am Main, und Investment Director bei der F... S.A., L..., S...

wird als Nachfolger von Herrn Dr. Ri... für den Rest der ursprünglichen Amtszeit von Herrn Dr. Ri... zum Mitglied des Aufsichtsrats gewählt.'

Herr R... ist im Zeitpunkt der Veröffentlichung der Einberufung dieser Hauptversammlung im elektronischen Bundesanzeiger Mitglied in folgenden gesetzlich zu bildenden Aufsichtsräten und vergleichbaren in- und ausländischen Kontrollgremien von Wirtschaftsunternehmen:

- S... Limited, T..., B... (Member of the Board of Directors).

Es ist beabsichtigt, den bisherigen stellvertretenden Vorsitzenden des Aufsichtsrats Herrn Dr. S... Re... zum Vorsitzenden des Aufsichtsrats vorzuschlagen.“

Unter dem 9.6.2009 versandte die A... ... AG (im Folgenden: A... AG) ein Schreiben (Anlage K 3 = Anlage B 1), in dem diese Gesellschaft unter anderem Folgendes unter dem fett gedruckten Betreff: „Form und fristgerechter Antrag gemäß § 126 Aktiengesetz (AktG) zu den TOP 2, 3 und 7 der Hauptversammlung am 24. Juni 2009“ ausführte:

„Antragsteller: A... ... AG, M... als Stimmrechts-Bevollmächtigter für Stimmrechte im Fremdbesitz

...

**Wir schlagen der Hauptversammlung am 24. Juni 2009 in München folgende Beschlussfassungen vor:**

...

3. Bestellung eines Sonderprüfers (Ergänzung zur TO / Wahlvorschlag)

4. Bestellung eines Ersatzmitgliedes für den Aufsichtsrat (Ergänzung zur TO)

...

**Beschlussfassung 3: Wir schlagen der Hauptversammlung die Bestellung eines Sonderprüfers vor** (gemäß § 142 Abs. 1 AktG).

Zum Sonderprüfer wird Herr Wirtschaftsprüfer/Steuerberater J... R... von der P... GmbH, Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, M... bestellt. Der Sonderprüfer kann die Unterstützung von fachlich qualifiziertem Personal heranziehen.

Gegenstand der Sonderprüfung ist

- a) die Frage, ob die Aktionäre durch den Abschluss eines Vertrages zwischen der Firma S... AG, S... Strasse ... in ..., und der Firma T... AG, E...strasse ... in ..., einseitig benachteiligt wurden, ob Risiken und Lasten nach kaufmännischen Prinzipien gleichseitig angemessen verteilt sind oder einseitig Leistungen erbracht wurden.
- b) Die Entscheidungsobjektivität der Vorstände K... und A..., insbesondere ob diese auf Grundlage angemessener Informationen (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) den Vertrag abgeschlossen haben.
- c) Die Frage, ob der Aufsichtsrat dem Vorstand Weisung erteilt hat, den Vertrag zu unterzeichnen.

**Beschlussfassung 4: Wir schlagen der HV vor, einen Ersatzkandidaten für den AR zu bestellen.**

... Wir schlagen vor, die Wahl des folgenden Vertreters der Aktionäre auf die Tagesordnung zu nehmen. Vorbehaltlich eines alternativen Kandidaten nominieren wir Frau ... G....

...“

Hinsichtlich der näheren Einzelheiten der Bekanntmachung der Einladung sowie des Gegenantrages der A... AG wird in vollem Umfang auf die Anlagen K 2 und K 3 = B 1 Bezug genommen.

Die Beklagte veröffentlichte den Antrag der A... AG in Bezug auf die Sonderprüfung nicht.

2. Am 24.6.2009 fand die Hauptversammlung der Beklagten statt, an der auch die jetzige Prozessbevollmächtigte der Klägerin und Herr ... P... teilnahmen. Auf die A... AG waren drei Stimmkarten über 73.525 Aktien, über 587.694 Aktien und über 1.390.823 Aktien ausgestellt, wobei das Teilnehmerverzeichnis jeweils Fremdbesitz aufwies. Die Klägerin hielt 73.525 Aktien. Auf die A... AG war nach der Angabe im Teilnehmerverzeichnis die Stimmkarte-Nummer 232 ausgefüllt, die 73.525 Aktien in Fremdbesitz auswies und die nunmehrige Prozessbevollmächtigte der Klägerin als Vertreterin. Zwischen der A... AG und der Klägerin gab es einen Vermögensverwaltungsvertrag (Anlage K 7), aufgrund dessen Ziffer 3 der A... AG Vollmacht zur Vertretung der Klägerin erteilt wurde.

Im Verlauf der Hauptversammlung stellte Herr ... P... den angekündigten Sonderprüfungsantrag, der noch um folgenden Prüfungsgegenstand ergänzt war:

- „d) Die Frage, ob die Gesellschaft in den Jahren 2008 oder 2009 mit anderen Unternehmen Kontakt, Gespräche oder Verhandlungen geführt hat, aus denen vergleichbare Konflikte resultieren können, wenn Mitglieder der Verwaltung dort ebenfalls (Organ-)Funktionen ausüben, ausgeübt haben oder ausüben werden.“

Weiterhin stellte er zu Tagesordnungspunkt 5 den Antrag, als Ersatzmitglied für die Aufsichtsratsmitglieder Frau ... G... zu wählen. Der Versammlungsleiter kündigte an, über die in der Einladung genannten Tagesordnungspunkte 2 bis 7 und den Sonderprüfungsantrag abstimmen zu lassen. Den Antrag auf Wahl von Herrn R... zum Aufsichtsratsmitglied und von Frau G... als Ersatzmitglied stellte

er nicht zur Abstimmung. Daraufhin stellte der Aktionärsvertreter Dr. K... für alle von ihm vertretenen Stimmen folgenden Gegenantrag:

- „1. Herr R... wird zum Aufsichtsratsmitglied (wie von der Verwaltung vorgeschlagen) gewählt.
2. Frau G... wird zum Ersatzmitglied des Aufsichtsrates für den Fall des Ausscheidens des Aufsichtsratsmitgliedes R... gewählt.“

Die Hauptversammlung stimmte dem Beschlussvorschlag der Verwaltung zur Wahl von Herrn R... mit Mehrheit zu. Nach der Abstimmung über die Tagesordnungspunkte 2 bis 7 erklärte Herr R... auf Nachfrage des Versammlungsleiters die Annahme der Wahl zum Mitglied des Aufsichtsrates.

In einer sich anschließenden zweiten Abstimmungsrunde ließ der Versammlungsleiter über den Antrag auf Sonderprüfung und den Antrag von Herrn Dr. K... zur Wahl von Frau ... G... zum Ersatzmitglied für das Aufsichtsratsmitglied R... abstimmen. Herr R... nahm auch an der Abstimmung über den Sonderprüfungsantrag mit 3.459.291 Aktien teil. Der von Herrn P... gestellte Sonderprüfungsantrag erhielt 2.503.538 Ja-Stimmen, 3.482.343 Nein-Stimmen bei 288.357 Stimmenthaltungen. Die Hauptversammlung lehnte den von Herrn Dr. K... gestellten Antrag auf Wahl von Frau G... zum Ersatzmitglied für Herrn R... mit 2.626.990 Ja-Stimmen gegen 3.479.291 Nein-Stimmen bei 287,497 Enthaltungen ab. Die nunmehrige Prozessbevollmächtigte der Klägerin erklärte gegen den Beschluss über den Antrag auf Bestellung eines Sonderprüfers Widerspruch zur Niederschrift des Notars für die A... AG.

Zur Begründung ihrer Klage macht die Klägerin im Wesentlichen geltend, der Beschluss über die Ablehnung der Sonderprüfung könne wegen eines Stimmrechtsverbotes für Herrn R... angefochten werden. Mit der Annahme der Wahl zum Aufsichtsratsmitglied in der Hauptversammlung habe seine Amtszeit begonnen, weshalb für ihn ein sich aus § 142 Abs. 1 Satz 2 AktG ergebendes Stimmrechtsverbot bestehe. Zudem bestehe auch bei einem designierten Aufsichtsratsmitglied die Gefahr der Verfolgung von Sonderinteressen, weshalb das Stimmrechtsverbot Vorwirkung entfalte und § 142 Abs. 1 Satz 2 AktG zumindest analoge Anwendung finden müsse. Unter Berücksichtigung des Stimmrechtsverbotes wäre der Antrag angenommen worden. Die Anfechtungsbefugnis der Klägerin resultiere aus dem Widerspruch der Prozessbevollmächtigten der Klägerin für die Stimmkarte 232, wobei die Widerspruchsbefugnis insbesondere aus dem Vermögensverwaltungsvertrag zwischen der Klägerin und der A... AG abzuleiten sei.

Bezüglich der Wahl von Herrn R... genüge die Angabe seines Berufs in der Einberufung nicht den Anforderungen aus § 124 AktG, zumal zusätzlich die Vorschrift des § 100 Abs. 5 AktG zu beachten sei. Diese Vorschrift unterfalle auch dem Anwendungsbereich von § 124 Abs. 2 Satz 1 AktG. Die Qualifikation des Aufsichtsratsmitgliedes sei so wichtig, dass ein Verstoß gegen § 100 Abs. 5 AktG zur Nichtigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses führen müsse. Die Beklagte hätte den Gegenantrag der A... AG zur Wahl von Frau G... gemäß § 126 Abs. 1 Satz 1 AktG veröffentlichen müssen. Zudem hätte der Versammlungsleiter in der Hauptversammlung den mündlich gestellten Antrag auf Wahl von Frau G... zur Abstimmung stellen müssen, nachdem dieser nicht gegen § 101 Abs. 3 Satz 2 AktG verstoße. Angesichts der unterbliebenen Beschlussfassung müsse die Klägerin auch keinen Widerspruch erklären.

Die Klägerin beantragt daher:

- I. Die Ablehnung des Beschlusses über den in der Hauptversammlung vom 24.06.2009 gestellten Sonderprüfungsantrag wird für nichtig erklärt.
- II. Es wird festgestellt, dass der in der Hauptversammlung vom 24.6.2009 gestellte Sonderprüfungsantrag mit dem Wortlaut

1. (zu TOP 1): Zum Sonderprüfer wird Herr Wirtschaftsprüfer/Steuerberater J... R... von der P... GmbH, Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, M... bestellt. Der Sonderprüfer kann die Unterstützung von fachlich qualifiziertem Personal heranziehen.

Gegenstand der Sonderprüfung ist

- a) die Frage, ob die Aktionäre durch den Abschluss eines Vertrages zwischen der Firma S... AG, S... Strasse ... in ..., und der Firma T... AG, E...strasse ... in ..., einseitig benachteiligt wurden, ob Risiken und Lasten nach kaufmännischen Prinzipien gleichseitig angemessen verteilt sind oder einseitig Leistungen erbracht wurden.
- b) Die Entscheidungsobjektivität der Vorstände K... und A..., insbesondere ob diese auf Grundlage angemessener Informationen (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) den Vertrag abgeschlossen haben.
- c) Die Frage, ob der Aufsichtsrat dem Vorstand Weisung erteilt hat, den Vertrag zu unterzeichnen.
- d) Die Frage, ob die Gesellschaft in den Jahren 2008 oder 2009 mit anderen Unternehmen Kontakt, Gespräche oder Verhandlungen geführt hat, aus denen vergleichbare Konflikte resultieren können, wenn Mitglieder der Verwaltung dort ebenfalls (Organ-)Funktionen ausüben, ausgeübt haben oder ausüben werden.

mit der erforderlichen Mehrheit angenommen wurde.

- III. Der Beschluss der Hauptversammlung vom 24.06.2009 zu Tagesordnungspunkt 5 „Nachwahl zum Aufsichtsrat“ wird für nichtig erklärt.
- IV. Es wird festgestellt, dass der in der Hauptversammlung gestellte Antrag zu Tagesordnungspunkt 5 mit dem Wortlaut

„Herr Sebastian R..., wohnhaft in München, Mitglied der Geschäftsführung der I...-GmbH, F..., und Investment Director bei der F... S.A., L..., ..., wird als Nachfolger von Herrn Dr. Ri... für den Rest der ursprünglichen Amtszeit von Herrn Dr. Ri... gewählt

und Frau G... wird zum Ersatzmitglied für alle Aufsichtsratsmitglieder gewählt“

mit der erforderlichen Mehrheit angenommen wurde.

Hilfsweise beantragt die Klägerin Folgendes:

- I. Es wird festgestellt, dass die Ablehnung des in der Hauptversammlung vom 24.6.2009 gestellten Sonderprüfungsantrages nichtig ist.
- II. Es wird festgestellt, dass der Beschluss der Hauptversammlung vom 24.6.2009 zu Tagesordnungspunkt 5 „Nachwahl zum Aufsichtsrat“ nichtig ist.

**III.**

Die Beklagte beantragt demgegenüber:

Klageabweisung.

Zur Begründung beruft sie sich im Wesentlichen darauf, der Klägerin fehle bereits die Anfechtungsbefugnis, weil sie den wesentlichen Unterschied zwischen einer nur zur offenen Stellvertretung berechtigenden Vollmacht und der Legitimationszession übersehe. Eine Ermächtigung der sich als Legitimationsaktionärin gerierenden A... AG durch die Klägerin sei nicht vorgetragen; die vorlegte Vollmacht stelle sich als aliud zur Ermächtigung dar. Inhaltlich bestehe für Herrn R... kein Stimmrechtsverbot, weil er aufschiebend bedingt gewählt worden sei. Aus dem Inhalt des Beschlusses ergebe sich eindeutig, dass Herr R... erst nach Wirksamwerden des Ausscheidens von Herrn Dr. Ri... Mitglied des Aufsichtsrats werde, weshalb etwas anderes bestimmt sei. Ein vorwirkendes Stimmrechtsverbot kenne das Aktienrecht nicht; anders als bei ausgeschiedenen Aufsichtsratsmitgliedern sei ein Interessenskonflikt ausgeschlossen. Eine fehlerhafte Präsenzfeststellung lasse sich angesichts des Umstandes, dass die von Herrn K..., Herrn Dr. Ri... und Herrn Dr. S... gehaltenen 119.540 Aktien abzusetzen seien wie geschehen, nicht bejahen. Angesichts des nicht bestehenden Stimmrechtsverbotes könne die positive Beschlussfeststellungsklage keinen Erfolg haben.

Der Antrag zur Nichtigkeitklärung des zu Tagesordnungspunkt 5 gefassten Beschlusses stelle sich als zu unbestimmt dar, weil er nicht erkennen lasse, welchen der zu Tagesordnungspunkt 5 gefassten Beschlüsse die Klägerin für nichtig erklären lassen wolle. Mangels Widerspruchs stelle sich die Anfechtungsklage als unbegründet dar. Es fehle aber auch an einer Gesetzesverletzung. Eine Fehlerhaftigkeit resultiere nicht aus dem Fehlen von Angaben zu § 100 Abs. 5 AktG. Ein Gegenantrag der A... AG habe nicht vorgelegen; als Ergänzungsantrag habe der Antrag zu Tagesordnungspunkt 5 wegen des Nichterreichens des Quorums nicht veröffentlicht werden müssen. Zudem hätte der Beschlussantrag der A... AG zu einem gesetzwidrigen Hauptver-

sammlungsbeschluss geführt, weil die Wahl des Ersatzmitgliedes und der ordentlichen Mitglieder stets gleichzeitig erfolgen müsse. Dies zeige auch eindeutig die Regelung in § 9 Abs. 3 der Satzung der Beklagten. Eine Verpflichtung des Versammlungsleiters, über den von Herrn P... mündlich gestellten Antrag abstimmen zu lassen, scheitere an der Anfechtbarkeit eines Beschlusses mit dem vorgeschlagenen Inhalt. Die Beschlussfeststellungsklage stelle sich als unzulässig dar, weil ein negativer Beschluss der Hauptversammlung mit dem von der Klägerin beehrten festzustellenden Inhalt nicht gefasst worden sei. Vor allem fehle es aber an der Grundvoraussetzung, dass der Beschluss der Hauptversammlung durch gerichtliches Urteil für nichtig erklärt worden sei.

#### **IV.**

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird Bezug genommen auf die gewechselten Schriftsätze samt Anlagen sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 26.11.2009 (Bl. 70/73 d. A.).

### **Entscheidungsgründe :**

#### **I.**

1. Die Anfechtungsklage gegen den zu Tagesordnungspunkt 2 gefassten Beschluss über die Ablehnung des Sonderprüfungsantrages ist zulässig, jedoch nicht begründet, weil es an einer Gesetzesverletzung im Sinne des § 243 Abs. 1 AktG fehlt. Die Voraussetzungen für ein auf § 142 Abs. 1 Satz 2 AktG gestütztes Stimmrechtsverbot lassen sich für Herrn R... nicht bejahen.

- a. Nach dieser Vorschrift kann ein Mitglied des Aufsichtsrats weder für sich noch für einen anderen mitstimmen, wenn die Prüfung sich auf Vorgänge erstrecken soll, die mit der Entlastung eines Mitgliedes des Vorstandes oder des Aufsichtsrates oder der Einleitung eines Rechtsstreits zwischen der Gesellschaft und einem Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats zusammenhängen. Herr R... war im Zeitpunkt der Abstimmung jedoch noch nicht Mitglied des Aufsichtsrates, weshalb bereits aus diesem Grunde ein Stimmrechtsverbot nicht bestand. Zwar muss vom Grundsatz her davon ausgegangen werden, dass die Amtszeit in Ermangelung einer besonderen Satzungsbestimmung oder auch einer anderweitigen Regelung im Wahlbeschluss mit der Annahme der Wahl beginnt (vgl. Spindler in: Spindler/Stilz, AktG, Rdn. 12 zu § 101; Habersack in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., Rdn. 65 zu § 101; Mertens in: Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl., Rdn. 32 zu § 101; Hopt/Roth in: Großkommentar zum AktG, 4. Aufl., Rdn. 90 zu § 101). Vorliegend bestimmt allerdings zulässigerweise der Beschluss der Hauptversammlung etwas anderes als den Zeitpunkt der Annahme der Wahl. Das bisherige Mitglied des Aufsichtsrates Dr. Ri... hatte sein Amt zum Ablauf der Hauptversammlung vom 24.6.2009 niedergelegt, was sich auch aus dem bekannt gemachten Beschlussvorschlag des Aufsichtsrates ergibt. Wenn dann die Hauptversammlung einen Nachfolger wählt, so kann dessen Amtszeit als Aufsichtsratsmitglied erst mit dem Ablauf der Hauptversammlung beginnen. Anderenfalls hätte der Aufsichtsrat der Beklagten für einen – wenn auch nur vergleichsweise kurzen – Zeitraum vom Zeitpunkt der Annahme der Wahl bis zum Ende der Hauptversammlung vier Mitglieder, was mit der gesetzlichen Vorgabe aus § 95 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 AktG unvereinbar wäre. Da auf die Annahmeerklärung die Vorschriften über Willenserklärungen anwendbar sind, lässt sich dies konstruktiv über die Annahme einer aufschiebend bedingten bzw. zeitlich befristeten Annahmeerklärung im Sinne der §§ 158 Abs. 1, 163 BGB erklären.

- b. Eine analoge Anwendung von § 142 Abs. 1 Satz 2 AktG auf ein designiertes Aufsichtsratsmitglied kommt nicht in Betracht. Die analoge Anwendung einer Vorschrift setzt voraus, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie beim Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (vgl. BGH NJW 2007, 992, 993; 3124, 3125; 2008, 1446, 1448). Demzufolge muss der Normzweck der analog anzuwendenden Norm weiter reichen als ihr Wortlaut. Davon kann indes in der hier gegebenen Konstellation nicht ausgegangen werden. Mit dem Stimmrechtsverbot für Mitglieder der Verwaltungsorgane soll gewährleistet werden, dass die Beschlussfassung unabhängig von den Sonderinteressen der Verwaltungsmitglieder durchgeführt wird. Zudem ist zu beachten, dass die Verantwortlichkeiten innerhalb der Organe auch nicht endgültig feststehen müssen, so dass sich das Stimmrechtsverbot auch dann rechtfertigt, wenn nur ein Organmitglied von der Sonderprüfung betroffen ist (vgl. Mock in: Spindler/Stilz, AktG, Rdn. 65 und 66 zu § 142; Spindler in: Schmidt/Lutter, AktG, 2008, Rdn. 27 zu § 142; G. Bezenberger in: Großkommentar zum AktG, a.a.O., Rdn. 31 zu § 142; Schröder in: Münchener Kommentar zum AktG, 2. Aufl., Rdn. 37 zu § 142). Ein derartiges Eigeninteresse und damit das Verbot des Richtens in eigener Sache lässt sich bei einem gewählten Aufsichtsratsmitglied, das in der Vergangenheit diesem Organ nicht angehörte, nicht bejahen. Bei einem neuen Aufsichtsratsmitglied ist ausgeschlossen, dass es selbst eine Verantwortlichkeit treffen könnte, weshalb der Grundgedanke nicht vergleichbar ist. Allein der von der Klägerin angesprochene Gewissenskonflikt des neu gewählten Aufsichtsratsmitglieds, einerseits ein mögliches Fehlverhal-

ten aufdecken und eventuelle Schadensersatzansprüche gegen Mitglieder des Vorstands durchsetzen zu müssen, andererseits aber die Unmöglichkeit einer konstruktiven Zusammenarbeit im Aufsichtsrat oder zwischen Aufsichtsratsmitglied und Vorstand, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Das Gesetz geht bei § 142 Abs. 1 Satz 2 AktG von einem in die Vergangenheit gerichteten Interessenkonflikt aus, der sich unmittelbar aus der Betroffenheit eines Organmitglieds ergibt und dem Umstand, dass sich die Entlastung auf das Kollegialorgan insgesamt bezieht. Daraus rechtfertigt sich das Stimmrechtsverbot. Die Überlegung, es könne infolge der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zu Spannungen innerhalb des Aufsichtsrates oder vor allem auch zwischen dem Vorstand und dem Aufsichtsrat kommen, ist der Aufgabe eines Überwachungsorgans immanent und rechtfertigt daher nicht die analoge Anwendung von § 142 Abs. 1 Satz 2 AktG. Zudem handelt es sich bei dieser Vorschrift um eine eng auszulegende Ausnahmvorschrift, die einer Analogie – wenn überhaupt – nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen zugänglich ist, die hier indes keinesfalls angenommen werden können. Gegen die analoge Anwendung von § 142 Abs. 1 Satz 2 AktG spricht auch der Vergleich mit dem Großaktionär, bei dem von der ganz überwiegend vertretenen Ansicht in Rechtsprechung und Literatur ein Stimmrechtsverbot jedenfalls für den Regelfall abgelehnt wird, wenn es um die Geltendmachung von Ansprüchen geht, die sich unmittelbar gegen ihn richten (vgl. OLG Hamburg DB 1981, 80, 81; AG 2003, 46, 48 = NZG 2002, 244, 246; OLG München AG 2001, 193, 197; LG Düsseldorf AG 1999, 94, 95; LG München I, Urteil vom 28.8.2008, Az. 5HK O 12861/07, S. 225 f.; Bezenberger in: Großkommentar zum AktG, a.a.O., Rdn. 34 zu § 142; Schröder in: Münchener Kommentar zum AktG, 2. Aufl., Rdn. 39 zu § 142; Mock in: Spindler/Stilz, AktG, Rdn. 68 zu § 142; Wilsing/Neumann in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., Rdn. 13 zu § 142 AktG; Spindler in: Schmitt/Lutter, AktG, a.a.O., Rdn. 30 zu § 136; Hüffer, AktG, 8. Aufl., Rdn. 15 zu § 142).

2. Die hilfsweise erhobene Nichtigkeitsfeststellungsklage ist zulässig, jedoch nicht begründet, weil ein zur Nichtigkeit des Ablehnungsbeschlusses führender Nichtigkeitsgrund im Sinne des § 241 AktG weder vorgetragen noch sonst ersichtlich ist.

## II.

1. Der auf positive Beschlussfeststellung gerichtete Antrag ist zulässig. Die Klage ist als Feststellungsklage im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO zulässig. Es entspricht heute der nahezu einhellig vertretenen Auffassung, dass mit einer Anfechtungsklage gegen die unrichtige Feststellung eines Beschlusses auch die Feststellung verbunden werden kann, was in Wahrheit beschlossen wurde. Erst die Feststellungsklage schafft nämlich neben der zu erhebenden Anfechtungsklage gegen den gefassten Beschluss mit ihrer lediglich kassatorischen Wirkung den notwendigen Ausgleich zu der einem Versammlungsleiter aus Gründen der Rechtsicherheit eingeräumten Macht, das Beschlussergebnis mit vorläufiger Bestandskraft festzulegen. Ohne die Feststellungsklage wäre in einem solchen Fall der Aktionär schutzlos gestellt, weil ihm alleine mit der Beseitigung der falschen Ergebnisfeststellung nicht geholfen wäre. §§ 243 ff. AktG enthalten auch keine abschließende Sonderregelung, aus der die Unzulässigkeit anderer Klagearten abzuleiten wäre (vgl. nur BGHZ 76, 191, 197 ff.; LG München I AG 2008, 720 = WM 2008, 2297 f.; Schwab in: Schmidt/Lutter, AktG, a.a.O., Rdn. 29 ff. zu § 246; Göz in: Bürgers/Körper, AktG, Rdn. 45 zu § 246).
2. Die Klage ist jedoch nicht begründet, weil die Ablehnung der Sonderprüfung nicht mittels Anfechtungsklage für nichtig erklärt wurde.

**B.****I.**

1. Die sich gegen den zu Tagesordnungspunkt 5 gefassten Beschluss richtende Anfechtungsklage ist zulässig, jedoch nicht begründet.
  - a. An der Zulässigkeit der Anfechtungsklage bestehen keine Bedenken, insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, der Antrag sei nicht hinreichend bestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Dies ergibt eine Auslegung des Antrages. Dabei ist von dem Grundsatz auszugehen, dass auch Prozesshandlungen auslegungsfähig und -bedürftig sind, wobei die Auslegungsregeln des materiellen Rechts, insbesondere die Vorschrift des § 133 BGB entsprechende Anwendung finden. Entscheidend ist somit der objektive, dem Empfänger vernünftigerweise erkennbare Sinn. Dabei ist gerade auch bei dem ein Klageverfahren einleitenden Schriftsatz und damit auch beim Antrag im Zweifel davon auszugehen, dass die Partei das anstrebt, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der recht verstandenen Interessenlage der Partei entspricht (vgl. BGH NJW-RR 1995, 1138 f.; 2000, 1446; Zöller-Greger, ZPO, 28. Aufl., Vor § 128 Rdn. 25). Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze muss davon ausgegangen werden, dass mit der Anfechtungsklage der tatsächlich zu Tagesordnungspunkt 5 gefasste Beschluss über die Wahl von Herrn R... angegriffen werden sollte. Die Hauptversammlung stimmte dem Beschlussvorschlag über die Wahl von Herrn R... zu, während der Antrag von Herrn Dr. K... keine Mehrheit erhielt. Wenn dann der Beschluss über die Nachwahl zum Aufsichtsrat entsprechend dem Antrag in der Klageschrift für nichtig erklärt werden soll, so zeigt dies, dass damit nur die Wahl von

Herrn R... gemeint sei kann, was insbesondere auch aus der Klarstellung in der Replik der Klägerin auf Seite 5 und dem Vergleich mit der Formulierung zur Ablehnung des Sonderprüfungsantrages in der Klageschrift ergibt, wo ausdrücklich die Ablehnung des Beschlusses über den gestellten Sonderprüfungsantrag angegriffen wird.

b. Die Anfechtungsklage ist jedoch nicht begründet, weil die Klägerin nicht anfechtungsbefugt im Sinne des § 245 Nr. 1 und Nr. 2 AktG ist.

(1) Aufgrund der Vorschrift des § 245 Nr. 1 AktG ist anfechtungsbefugt jeder in der Hauptversammlung erschienene Aktionär, wenn er die Aktien schon vor Bekanntmachung der Tagesordnung erworben hatte und gegen den Beschluss Widerspruch zur Niederschrift erklärt hat. Vorliegend ist unstreitig, dass die Klägerin gegen den zu Tagesordnungspunkt 5 gefassten Beschluss keinen Widerspruch zur Niederschrift des beurkundenden Notars erklärt hat. Daher fehlt ihr die Anfechtungsbefugnis aus § 245 Nr. 1 AktG.

(2) Ebenso wenig lässt sich die Anfechtungsbefugnis aus § 245 Nr. 2 AktG ableiten. Danach ist zur Anfechtung befugt jeder in der Hauptversammlung nicht erschienene Aktionär, wenn er zu der Hauptversammlung zu Unrecht nicht zugelassen worden ist oder die Versammlung nicht ordnungsgemäß einberufen oder der Gegenstand der Beschlussfassung nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht worden ist. Die Klägerin war indes nach ihrem eigenen Vortrag auf der Hauptversammlung vertreten. Dann aber ist § 245 Nr. 2 AktG bereits aus diesem Grund nicht anwendbar. Wenn ein Aktionär erschienen ist, muss er selbst im Falle einer fehlerhaften Bekanntmachung Widerspruch erklären (vgl. Hüffer, AktG, a.a.O., Rdn. 17 zu § 245), weshalb die Kammer nicht abschließend entscheiden muss, ob gegen die

Vorgaben aus §§ 125 bis 127 AktG verstoßen wurde und ob der Auffassung zu folgen ist, wonach die Verletzung dieser Vorschriften die Anfechtungsbefugnis begründe, auch wenn gute Gründe für diese Ansicht sprechen (so die h. M.; vgl. nur Dörr in: Spindler/Stilz, AktG, Rdn. 37 zu § 245; Hüffer in: Münchener Kommentar zum AktG, 2. Aufl., Rdn. 44 zu § 245; K. Schmidt in: Großkommentar zum AktG, a.a.O., Rdn. 27 zu § 245).

2. Die hilfsweise erhobene Nichtigkeitsfeststellungsklage ist zulässig, jedoch nicht begründet.
  - a. Die Voraussetzungen des § 250 Abs. 1 Nr. 4 AktG sind nicht erfüllt. Dabei muss die Kammer nicht entscheiden, inwieweit die Voraussetzungen des § 100 Abs. 5 AktG in einer der Personen der Mitglieder des Aufsichtsrates, insbesondere in der Person von Herrn R... erfüllt sind oder nicht. Denn selbst wenn die Vorgaben aus § 100 Abs. 5 AktG nicht beachtet worden sein sollten, führt eine Verletzung nicht zur Nichtigkeit, sondern allenfalls – wofür indes gute Gründe sprechen – zur Anfechtbarkeit eines Wahlbeschlusses.

Nach § 100 Abs. 5 AktG muss bei Gesellschaften im Sinne des § 264 d HGB mindestens ein unabhängiges Mitglied des Aufsichtsrates über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen. Die Wahl eines Aufsichtsratsmitgliedes ist indes nach § 250 Abs. 1 Nr. 4 AktG nur dann nichtig, wenn die gewählte Person nach § 100 Abs. 1 und Abs. 2 AktG bei Beginn ihrer Amtszeit nicht Aufsichtsratsmitglied sein kann. Da die Regelung aus § 100 Abs. 5 AktG in dem abschließenden Katalog des § 250 Abs. 1 AktG nicht aufgeführt ist, kann von einer Nichtigkeit der Wahl nicht ausgegangen werden. Eine analoge Anwendung

von § 250 Abs. 1 Nr. 4 AktG lässt sich nicht rechtfertigen, weil es an der hierzu erforderlichen planwidrigen Regelungslücke fehlt. Dies zeigt sich zum einen bereits daran, dass auch der „ungeeignete Finanzexperte“ weiterhin einfaches Mitglied des Aufsichtsrates sein kann, während § 100 Abs. 1 und Abs. 2 AktG die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat wegen der dort geregelten Inkompatibilität ausschließen. Zum anderen schließt die Regelung in § 100 Abs. 5 AktG nicht aus, dass die anderen Mitglieder des Aufsichtsrates abhängig sind, weshalb auch ein Vergleich mit § 105 AktG über die Unvereinbarkeit der Gleichzeitigkeit des Mandats in Vorstand und Aufsichtsrat nicht tragfähig ist. Vielmehr handelt es sich bei § 100 Abs. 5 AktG um die Aufstellung einer persönlichen Voraussetzung nur für ein Mitglied des Aufsichtsrates, so dass die Nichtigkeitsfolge des § 250 Abs. 1 Nr. 4 AktG nicht auf diesen Fall übertragbar ist (vgl. Widmann BB 2009, 2602, 2603; Diekmann/Bidmon NZG 2009, 1087, 1091; Habersack AG 2008, 98, 102 und 106; Jaspers AG 2009, 607, 613; von Falkenhaußen/Kocher ZIP 2009, 1601, 1603). Hätte der Gesetzgeber die Nichtigkeit anordnen wollen, hätte es zudem nahe gelegen, die Vorschrift des § 250 Abs. 1 AktG entsprechend zu ändern. Da dies unterblieb, kann ein gegen § 100 Abs. 5 AktG verstoßender Wahlbeschluss der Hauptversammlung allenfalls mit der Anfechtungsklage angegriffen werden, die aber insbesondere den Restriktionen aus §§ 245, 246 AktG unterliegt.

- b. Eventuelle Fehler bei der Bekanntmachung des Beschlusses gemäß § 124 Abs. 3 Satz 3 AktG fallen nicht unter den in §§ 250, 241 AktG abschließend aufgeführten Katalog von Nichtigkeitsgründen und führen allenfalls zur Anfechtbarkeit, nicht jedoch zur Nichtigkeit des Wahlbeschlusses der Hauptversammlung (vgl. Kubis in: Münchener Kommentar zum AktG, 2. Aufl., Rdn. 62 zu § 124; Reger in: Bürgers/Körper, AktG, Rdn. 28 zu § 125; Werner in: Großkommentar zum AktG, a.a.O., Rdn. 97 zu § 124).

## II.

Die positive Beschlussfeststellungsklage ist zulässig, jedoch nicht begründet.

1. Die Zulässigkeit ergibt sich aus den selben Erwägungen wie oben unter A. II. 1., worauf zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird. Dem lässt sich nicht entgegenhalten, über den von Herrn P... gestellten Gegenantrag sei nicht abgestimmt worden. Wenn geltend gemacht wird, es sei zu Unrecht eine Abstimmung unterblieben, wird die Beschlussfeststellungsklage als zulässig anzusehen sein.
2. Jedoch ist die positive Beschlussfeststellungsklage nicht begründet. Diese kann nämlich nur dann Erfolg haben, wenn ein Zählfehler vorliegt oder wenn die Ablehnung des Beschlussantrages treuwidrig gewesen wäre (vgl. nur Schwab in: Schmidt/Lutter, AktG, a.a.O., Rdn. 30 und 31 zu § 246), wobei Letzteres auch dann zu gelten haben wird, wenn ein Beschlussantrag zu Unrecht nicht zur Abstimmung gestellt wurde. Da vorliegend indes völlig offen ist, ob die Aktionäre dem Beschlussvorschlag tatsächlich zugestimmt hätten, wenn über ihn abgestimmt worden wäre, woran angesichts des Abstimmungsverhaltens über den Gegenantrag von Herrn Dr. K... ohnehin Zweifel bestehen, kann die Klage bereits deshalb keinen Erfolg haben. Zudem wäre der Beschlussinhalt anfechtbar gewesen, weil ein Verstoß gegen § 101 Abs. 3 Satz 3 AktG vorliegen würde. In dieser Situation kann eine Verpflichtung nicht angenommen werden, über den Beschluss überhaupt abzustimmen. Nach der Vorschrift des § 101 Abs. 3 Satz 3 AktG kann das Ersatzmitglied nur gleichzeitig mit dem Aufsichtsratsmitglied bestellt werden. Zwar kann eine Person als Ersatzmitglied für mehrere Auf-

sichtsratsmitglieder gewählt werden. Doch ist dabei stets Voraussetzung, dass die Wahl der ordentlichen Mitglieder und des Ersatzmitgliedes gleichzeitig in der selben Hauptversammlung erfolgt (vgl. BGHZ 99, 211, 218 f.; Drygala in: Schmidt/Lutter, AktG, a.a.O., Rdn. 29 zu § 101; Bürgers/Israel in: Bürgers/Körper, AktG, Rdn. 17 zu § 101; Habersack in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., Rdn. 78 zu § 101; Hopt/Roth in: Großkommentar zum AktG, a.a.O., Rdn. 186 zu § 101; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 5. Aufl., Rdn. 1030), wie bereits aus dem Wortlaut des § 101 Abs. 3 Satz 3 mit der Formulierung „gleichzeitig“ zu entnehmen ist.

### **C.**

1. Die Entscheidung über die Kosten hat ihre Grundlage in § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO; als Unterlegene hat die Klägerin die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
2. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit resultiert aus § 709 Satz 1 und Satz 2 ZPO.
3. Der Streitwert ergibt sich aus §§ 247 Abs. 1 AktG, 5 ZPO. Dabei waren die beiden Anträge in Bezug auf den Sonderprüfungsantrag mit jeweils € 40.000,-- und die beiden Anträge in Bezug auf Tagesordnungspunkt 5 mit jeweils € 10.000,-- zu bewerten. Da über mehrere Streitgegenstände zu entscheiden war,

sind die einzelnen Beträge zum Gesamtstreitwert zu addieren. Soweit die hilfsweise erhobenen Nichtigkeitsfeststellungsklagen abgewiesen wurden, kann sich dies nicht streitwerterhöhend auswirken, weil diese den selben Streitgegenstand betreffen wie die entsprechende Anfechtungsklage (vgl. BGHZ 152, 1, 4) und daher § 45 Abs. 1 Satz 3 GKG eingreift.