

letzte Aktualisierung: 15.11.2019

OLG Frankfurt, Urt. v. 2.5.2019 – 22 U 61/17

**AktG §§ 20 Abs. 7, 90, 108, 241 Abs. 1 Nr. 1, 246; ZPO §§ 256, 708 Nr. 10, 711; BGB § 127
Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern unter Verletzung von Mitteilungspflichten**

1. Ein Verstoß gegen die Mitteilungspflicht gem. § 20 AktG macht den Beschluss nach § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar und führt nicht zu dessen Nichtigkeit.
2. Im Falle einer Schließung eines Produktionswerks genügt zur Wahrung der Mitteilungspflicht, dass der Vorstand die für seine Planung maßgeblichen Erwägungen erläutert. (Leitsätze der DNotI-Redaktion)

Gericht: OLG Frankfurt 22. Zivilsenat
Entscheidungsdatum: 02.05.2019
Aktenzeichen: 22 U 61/17
ECLI: ECLI:DE:OLGHE:2019:0502.22U61.17.00
Dokumenttyp: Urteil
Quelle: 
Normen: § 20 Abs 7 AktG, § 90 AktG, § 108 AktG, § 246 AktG

Beschluss über Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern bei Verletzung von Mitteilungspflicht nach § 20 Abs. 7 AktG zwar anfechtbar, nicht aber nichtig

Anmerkung

Zu dieser Entscheidung gibt es eine Pressemitteilung auf der Webseite des OLG (www.olg-frankfurt-justiz.hessen.de).

Ein Rechtsmittel ist nicht bekannt geworden.

Verfahrensgang

vorgehend LG Darmstadt, 17. Februar 2017, 14 O 232/13, Urteil

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 14. Zivilkammer - 3. Kammer für Handelssachen - des Landgerichts Darmstadt vom 17.02.2017 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das angefochtene Urteil ist vorläufig vollstreckbar ohne Sicherheitsleistung. Der Kläger kann die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils beizutreibenden Betrags leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

Der Kläger war bis 2015 von der Arbeitnehmerseite bestelltes Mitglied des Aufsichtsrats der von 2010 bis 2017 als AG geführten Beklagten. Er begehrt im vorliegenden Verfahren primär die Feststellung, dass der in der Aufsichtsratssitzung vom 17.04.2013 zu Tagesordnungspunkt 5 „Status Musterstadt (Name geändert - die Red.) & Plan der nächsten Schritte“ gefasste Beschluss nicht gefasst, sondern die Beschlussvorlage abgelehnt worden sei, und hilfsweise die Feststellung, dass dieser Beschluss nichtig sei.

Der Kläger hat erstinstanzlich im Wesentlichen geltend gemacht, die Herren B und A seien nicht wirksam zu Aufsichtsratsmitgliedern bestellt worden, so dass ihre Stimmen am 17.04.2013 nicht als Ja-Stimmen hätten gezählt werden dürfen. Der Verzicht auf Form- und Fristvorschriften sei mangels Mitteilungen nach §§ 20 f AktG unwirksam und die Bestellungsbeschlüsse daher nach § 241 Nr. 1 AktG schon wegen dieser Vorfrage nichtig und im Übrigen anfechtbar; es liege hier ein Doppelmangel vor. Weiterhin hätten die nicht anwesenden Aufsichtsratsmitglieder am 17.04.2013 entgegen aktienrechtlichen Vorschriften nicht schriftlich und damit nicht wirksam zugestimmt. Die per E-Mail eingegangene Zustimmung des Herrn B weiche zudem von der Beschlussvorlage ab. Der Kläger war und ist weiterhin der Ansicht, wegen unzureichender Information der Aufsichtsratsmitglieder durch den Vorstand, die teilweise nicht in Textform vorgenommen worden sei, sei der Beschluss über das unstreitig zustimmungspflichtige weitere Vorgehen im Zusammenhang mit dem Werk in Musterstadt nichtig; am 17.04.2013 sei faktisch schon das „Go“ für die Schließung des Werkes Musterstadt erfolgt, nicht nur der Beschluss zur Erarbeitung eines Plans.

Die Beklagte hat das Rechtsschutzbedürfnis für die erhobene Klage in Abrede gestellt und darauf hingewiesen, dass der am 26.03.2014 gefasste Beschluss des Aufsichtsrats, das Werk Musterstadt zu schließen, nicht angefochten worden sei.

Das Landgericht hat Beweis erhoben gemäß den Beweisbeschlüssen vom 27.05.2014 (Bl. 204 d.A.) und 12.12.2014 (Bl. 261 d.A.) durch Vernehmung der Zeugen C, D und E. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Terminsprotokolle vom 30.09.2014 (Bl. 218 ff d.A.), 24.02.2015 (Bl. 297 ff d.A.) und 29.11.2016 (Bl. 450 ff d.A.) Bezug genommen.

Nach der Beweisaufnahme hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass die Aufsichtsratsmitglieder auf Anteilseignerseite wirksam bestellt worden seien. Die Bestellungsbeschlüsse seien allenfalls anfechtbar nach § 243 I AktG gewesen, aber nicht angefochten worden. Eventuelle Beurkundungsmängel seien durch Eintragung ins Handelsregister gemäß § 242 I AktG geheilt. Das Aufsichtsratsmitglied B habe wirksam schriftlich entsprechend der Beschlussvorlage abgestimmt. Die telefonische Stimmabgabe der Aufsichtsratsmitglieder F und G sei nach § 108 IV AktG zulässig gewesen. Informationsrechte des Klägers seien nicht verletzt. Am 17.04.2013 sei zwar eine Weichenstellung erfolgt, aber nicht bereits endgültig die Schließung des Werks Musterstadt beschlossen worden. Die vom Kläger verlangten Informationen sollten das Ergebnis der Prüfung sein, die am 17.04.2013 angeordnet wurde, und mussten daher erst 2014 vorliegen. Die Gründe, warum Musterstadt für die Prüfung einer Werksschließung ausgewählt wurde, hätten dem Kläger vor dem 17.04.2013 - und zwar seit der Aufsichtsratssitzung vom 28.06.2012 - vorgelegen und seien ihm auf seine Frage hin von dem Vorstandsmitglied H nochmals erläutert worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung des angefochtenen Urteils und des erstinstanzlichen Vortrags der Parteien sowie wegen der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den ausführlichen Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Gegen das ihm am 07.03.2017 zugestellte Urteil hat der Kläger am 07.04.2017 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 08.06.2017 mit am 07.06.2017 eingegangenen Schriftsatz begründet.

Mit der Berufung verfolgt der Kläger seine Rechtsansichten weiter und ergänzt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen. Er vertritt die Meinung, neben den Aufsichtsratsmitgliedern B und A seien auch die Aufsichtsratsmitglieder G, F, I und J nicht wirksam bestellt worden. Dies folge schon aus § 20 VII AktG. Die Nichtigkeit ihrer Bestellung könne zeitlich unbegrenzt geltend gemacht werden. Eine Heilung der Bestellungsängel durch eine Handelsregistereintragung sei nicht eingetreten, weil Aufsichtsratsmitglieder nicht namentlich ins Handelsregister eingetragen werden.

Die schriftliche Stimmabgabe des Herrn B am 17.04.2013 sei per E-Mail erfolgt, was nicht ausreiche. Auch die Vorlage einer PDF-Datei, wie sie die Zeugin D bekundet habe, reiche nicht aus. Telefonische Stimmabgabe, wie sie seitens der Vorstandsmitglieder G und F erfolgt sei, sehe die Satzung überhaupt nicht vor.

Weiterhin ist der Kläger der Ansicht, der Aufsichtsrat sei vor der Beschlussfassung am 17.04.2013 nicht ausreichend informiert gewesen; das Landgericht sei aufgrund eines Missverständnisses davon ausgegangen, dass die notwendigen Informationen vorgelegen hätten. Der Kläger, dessen Rechtsschutzbedürfnis aus dem Aufsichtsratsamt herrühre, sei in der Ausübung seiner Teilnahme- und Mitwirkungsbefugnis behindert worden, was zur Nichtigkeit des Beschlusses vom 17.04.2013 führe.

Der Kläger beantragt,

das landgerichtliche Urteil abzuändern und

festzustellen, dass der Aufsichtsrat der Beklagten in seiner Sitzung vom 17. April 2013 folgenden Beschluss

„Der Aufsichtsrat ermächtigt den Vorstand nach Durchsicht, Prüfung und Diskussion der durch den Vorstand vorgelegten Unterlagen und gezeigten Präsentationen, an der Ausarbeitung und Verhandlung eines Vorschlags im Hinblick auf das Produktionsende in Musterstadt zu arbeiten, insbesondere unter Berücksichtigung der folgenden Punkte:

1) Wiederaufnahme der Schlichtungsstelle zum Auslaufen der Getriebefertigung F 13 - im Dezember 2013;

2) Aufnahme von Gesprächen mit dem Musterstadter Betriebsrat über die Abschaffung der dritten Schicht (ggf. Schlichtungsstelle) - aufgrund geringerem Produktionsbedarf;

3) Aufnahme von Gesprächen mit dem Musterstadter Betriebsrat über das Auslaufen der Fahrzeugproduktion im Dezember 2014 (ggf. Schlichtungsstelle);

4) Fortsetzung des verbleibenden Projektteils „Musterstadt Perspektive 2022“;

5) Start der Vorbereitungen zur Produktionsverlagerung des Typ1 zum 1. Januar 2015.

Der Vorstand berichtet dem Aufsichtsrat darüber mit

a) einem umfassenden Kostenüberblick zu den Ergebnissen und Absprachen betreffend die Punkte 1) - 4) zur endgültigen Genehmigung der Entscheidung durch den Aufsichtsrat und

b) einer Investitionsplanung zur Produktionsverlagerung des Typ1 gemäß Punkt 5) zur Genehmigung durch den Aufsichtsrat für den Fall, dass die notwendigen Schwellenwerte gemäß § 6 Nr. 3 der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats erreicht werden.“

nicht gefasst hat, sondern dieser Beschlussvorschlag abgelehnt worden ist;

hilfsweise:

festzustellen, dass der Beschluss des Aufsichtsrats der Beklagten vom 17. April 2013

„Der Aufsichtsrat ermächtigt den Vorstand nach Durchsicht, Prüfung und Diskussion der durch den Vorstand vorgelegten Unterlagen und gezeigten Präsentationen, an der Ausarbeitung und Verhandlung eines Vorschlags im Hinblick auf das Produktionsende in Musterstadt zu arbeiten, insbesondere unter Berücksichtigung der folgenden Punkte:

1) Wiederaufnahme der Schlichtungsstelle zum Auslaufen der Getriebefertigung F 13 - im Dezember 2013;

2) Aufnahme von Gesprächen mit dem Musterstadter Betriebsrat über die Abschaffung der dritten Schicht (ggf. Schlichtungsstelle) - aufgrund geringerem Produktionsbedarf;

3) Aufnahme von Gesprächen mit dem Musterstadter Betriebsrat über das Auslaufen der Fahrzeugproduktion im Dezember 2014 (ggf. Schlichtungsstelle);

4) Fortsetzung des verbleibenden Projektteils „Musterstadt Perspektive 2022“;

5) Start der Vorbereitungen zur Produktionsverlagerung des Typ1 zum 1. Januar 2015.

Der Vorstand berichtet dem Aufsichtsrat darüber mit

a) einem umfassenden Kostenüberblick zu den Ergebnissen und Absprachen betreffend die Punkte 1) - 4) zur endgültigen Genehmigung der Entscheidung durch den Aufsichtsrat und

b) einer Investitionsplanung zur Produktionsverlagerung des Typ1 gemäß Punkt 5) zur Genehmigung durch den Aufsichtsrat für den Fall, dass die notwendigen Schwellenwerte gemäß § 6 Nr. 3 der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats erreicht werden.“

nichtig ist.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Sie verneint das Rechtsschutzbedürfnis für die Klage, weil spätestens seit dem 31.12.2018 wegen Verjährung keinerlei Schadensersatzansprüche, die gegen den Kläger gerichtet werden könnten, möglich seien. Die Klage sei deshalb auch rechtsmissbräuchlich. Die Wirkungen des vorbereitenden Beschlusses vom 17.04.2013 seien spätestens mit der Umsetzung des Stilllegungsbeschlusses vom 26.03.2014 entfallen.

Die Rüge der nicht wirksamen Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder sei erst im Laufe des Verfahrens erhoben worden. Tatsächlich habe der Kläger jahrelang mit den Aufsichtsratsmitgliedern, auch in Ausschüssen, zusammengearbeitet und im Gründungsbericht 2010 die Rechtmäßigkeit der Umwandlung in eine AG bestätigt. Der Kläger habe zudem auf Nachfrage des Landgerichts ausdrücklich gesagt, er habe nur noch Zweifel in Bezug auf die Bestellung der Herren B und A. Diese Zweifel seien nach der Vernehmung des Zeugen E beseitigt; jetzt könnten in der Berufungsinstanz nicht erneut Zweifel an der rechtmäßigen Bestellung anderer Aufsichtsratsmitglieder geltend gemacht werden. Auch wenn eventuell ein Verstoß gegen § 20 AktG vorgelegen habe, führe dies (nur) zur Anfechtbarkeit. Innerhalb der Monatsfrist des § 246 AktG sei aber nichts gerügt worden; später vorgebrachte Argumente seien unbeachtlich.

Mangels Widerspruchs eines Aufsichtsratsmitglieds sei die telefonische Stimmabgabe der Vorstandsmitglieder F und G zulässig und wirksam gewesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Vorbringens der Parteien wird auf die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung ist nicht begründet.

1. Die Klage ist zulässig. Es besteht nach wie vor das für das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers erforderliche Feststellungsinteresse nach § 256 ZPO. Zweifel hieran könnten sich zwar aus der Existenz des Aufsichtsratsbeschlusses vom 26.03.2014 und der tatsächlich erfolgten Schließung des Werks Musterstadt ergeben. Das Feststellungsinteresse des Klägers folgt jedoch nicht nur aus § 116 AktG, sondern aus dem Aufsichtsratsamt (vgl. hierzu BGH II ZB 1/11, Zwischenurteil vom 29.01.2013, Rdn. 13; II ZR 55/11, Urteil vom 17.07.2012, Rdn. 12, und II ZR 175/95, Urteil vom 21.04.1997, LS 1 und Rdn. 11, alle zitiert nach juris). Dem Wunsch nach einer Kontrolle gefasster Beschlüsse fehlt auch nach dem Ausscheiden des Klägers aus dem Aufsichtsrat der Beklagten nicht das Rechtsschutzbedürfnis (vgl. hierzu MK/Habersack § 108 AktG, Rdn. 85, zitiert nach beck-online). Dass die endgültige Entscheidung zur Schließung des Werks Musterstadt vom 26.03.2014 rechtmäßig und nicht angefochten ist, lässt das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers für eine Kontrolle des Beschlusses vom 17.04.2013 nicht entfallen. Es geht nämlich nicht nur um eine Haftung des Klägers nach § 116 AktG, bei der auf diese Norm gestützte Ansprüche inzwischen verjährt sein dürften. Es geht vielmehr um die „Organstellung der Aufsichtsratsmitglieder“ und die sich daraus ergebende gemeinsame Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der vom Aufsichtsrat gefassten Beschlüsse. Jedes Mitglied des Aufsichtsrats hat das Recht, darauf hinzuwirken, dass das Organ, dem es angehört, seine Entscheidungen nicht in Widerspruch zu Gesetzes- und Satzungsrecht trifft.

Es verfolgt damit auch allgemeine Interessen an der Wahrung gesetzmäßigen Verhaltens (vgl. BGH II ZR 206/88, Urteil vom 22.05.1989, Rdn. 24 ff, 29, zitiert nach juris). So sieht dies auch der Kläger, der ausdrücklich ausführt, er wolle sich nicht auf die Einrede der Verjährung berufen, sondern schon dem Grunde nach nicht haften (Schriftsatz vom 08.01.2019, dort S. 6, Bl. 797 d.A.). Das Rechtsschutzbedürfnis als Zulässigkeitsvoraussetzung ist daher gegeben.

2. Der zur Bejahung des Rechtsschutzinteresses führende Kontrollzweck schließt die Annahme eines individuellen Rechtsmissbrauchs nicht grundsätzlich aus. Individuellen Rechtsmissbrauch hat der BGH (II ZR 206/88, Urteil vom 22.05.1989, Rdn. 30, zitiert nach juris) angenommen, wenn eine Anfechtungsklage mit dem Ziel erhoben wird, die verklagte Gesellschaft in grob eigennütziger Weise zu einer Leistung zu veranlassen, auf die der Kläger keinen Anspruch hat und billigerweise auch nicht erheben kann. Im vom BGH entschiedenen Fall hatten die dortigen Kläger versucht, sich hohe Beträge dafür zahlen zu lassen, dass sie erhobene Anfechtungsklagen zurücknahmen. Sie nannten das „Interessenausgleich“ (a.a.O., Rdn. 33,34). Ein vergleichbares Verhalten kann dem Kläger nicht angelastet werden.

Die von der Berufungserwiderung zur Frage des Rechtsmissbrauchs zitierten Entscheidungen (BGH II ZR 225/08, Urteil vom 27.09.2011, OLG Hamm 8 U 73/15, Urteil vom 28.10.2015 und BAG 2 ABR 22/01, Beschluss vom 27.06.2001, alle zitiert nach juris) betreffen Fälle, in denen ein angefochtener Beschluss aufgehoben wurde, weil der Beschlussinhalt „gänzlich ins Leere geht oder ... überholt ist“ oder das streitgegenständliche Arbeitsverhältnis beendet war. Da der Kläger mit nachvollziehbarer Argumentation die Ansicht vertritt, der Beschluss vom 17.04.2013 sei derjenige, mit dem über die Schließung des Werks Musterstadt dem Grunde nach entschieden worden sei, kann - zumindest aus der subjektiven Sicht des Klägers, die bei der Feststellung eines Rechtsmissbrauchs eine entscheidende Rolle spielt - nicht von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten des Klägers ausgegangen werden.

3. Die Aufsichtsratsmitglieder B und A waren im Zeitpunkt der Aufsichtsratssitzung vom 17.04.2013 ordentlich bestellte Aufsichtsratsmitglieder, so dass ihre Stimmen gezählt werden durften. Sie sind in den vom Zeugen E durchgeführten Hauptversammlungen am 11.11.2011 und 18.11.2011 nämlich wirksam bestellt worden.

a) Die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder ist nicht wegen Verstoßes gegen §§ 20 ff AktG nichtig. Zwar stellt der Kläger zutreffend fest, dass § 20 AktG auch bei einer Umwandlung anwendbar ist (so für die Gründungsaktionäre BGH II ZR 30/05, Urteil vom 24.04.2006, Rdn. 13, zitiert nach juris). Auch hat die Beklagte nicht vorgetragen, dass sie vor den Bestellungen der Aufsichtsratsmitglieder B und A im November 2011 die nach § 20 AktG erforderlichen Mitteilungen gemacht hätte. Daher bestanden nach § 20 VII AktG für die fragliche Zeit keine Aktionärsrechte, insbesondere nicht das Recht, auf Hauptversammlungen Beschlüsse zu fassen.

Der Senat vermag sich der Ansicht des Klägers, die Aktionäre hätten deshalb nicht wirksam auf „sämtliche Form- und Fristenvorschriften“ verzichten können, wie es in den Protokollen der Hauptversammlungen vom 11.11.2011 und 18.11.2011 (Anlagen zum Schriftsatz der Beklagten vom 15.10.2015, Bl. 352 und Bl. 357 d.A.) festgehalten ist, und die Hauptversammlungen seien deshalb nicht wirksam einberufen, was nach § 241 I Nr. 1 AktG zur Nichtigkeit der später gefassten Beschlüsse führe, nicht anzuschließen. Es liegt kein Verstoß gegen § 121 II, III 1, IV AktG vor, der nach § 241 I AktG zur Nichtigkeit

führen würde. Vielmehr sieht der Senat schon in der Einberufung der Hauptversammlung (§ 121 II AktG) und in dem Verzicht auf sämtliche Form- und Fristenvorschriften zur Einberufung, wie er in den genannten Protokollen (Bl. 352 und 357 d.A.) erklärt ist, einen „Beschluss“ der Aktionäre, Gesellschafter und Vorstände. Bei diesem waren alle Aktionäre, d.h. alle Gesellschafter, vertreten, wie aus den Aussagen der Zeugen C und E und den vorgelegten Protokollen mit anhängenden Vollmachten der Gesellschafter und Vorstände hervorgeht. Dieser Beschluss war - ebenso wie der danach gefasste und ausdrücklich als solcher bezeichnete Beschluss, die Herren B und A zu Aufsichtsratsmitgliedern zu bestellen - nicht nichtig, sondern nur anfechtbar (vgl. BGH II ZR 30/05, Urteil vom 24.04.2006, zitiert nach juris), auch wenn alle Aktionäre wegen § 20 VII AktG nicht stimmberechtigt waren, also der Extremfall eines „stimmlos gefassten Beschlusses“ vorlag (vgl. hierzu BGH a.a.O., LS Nr. 4 und Rdn. 26).

Die Anfechtung dieser Beschlüsse hätte nach § 246 AktG binnen eines Monats nach Beschlussfassung erfolgen müssen. Es muss im vorliegenden Falle nicht taggenau festgestellt werden, wann die Anfechtungsfrist für den Kläger, der bei den vom Zeugen E allein gehaltenen Hauptversammlungen ja nicht anwesend war und von den Daten dieser Hauptversammlungen auch nicht wusste, zu laufen begann. Denn jedenfalls wusste der Kläger, dass Aufsichtsratsmitglieder bestellt worden waren. Daraus musste er schließen, dass es Hauptversammlungen gegeben haben musste, in denen dies geschehen war. Die Beklagte hat unwidersprochen vorgetragen, der Kläger habe regelmäßig Listen der Aufsichtsratsmitglieder erhalten (Schriftsatz vom 20.10.2015, Bl. 329 ff d.A.), und sei über die Person der Aufsichtsratsmitglieder immer informiert gewesen. Den Kläger traf dann eine Erkundigungspflicht (vgl. hierzu OLG Hamm 8 U 67/15, Urteil vom 21.12.2015, Rdn. 81 f, zitiert nach juris), der er binnen einer Erkundigungsfrist, die der Senat entsprechend dem Urteil des OLG Hamm (dort LS 2) mit zwei Wochen annimmt, nachkommen musste.

Das ist hier zweifellos nicht geschehen. Die Anfechtung der Hauptversammlungsbeschlüsse vom 11. und 18.11.2011 wurde noch nicht einmal in der Klageschrift angeführt, sondern erst in einem späteren Schriftsatz in den Prozess eingeführt.

Nach § 130 V AktG wird eine Abschrift der Niederschrift über die Hauptversammlung beim Registergericht eingereicht. Das bedeutet aber nicht, dass alles, was dort eingereicht wird, auch ins Handelsregister eingetragen wird. Nach § 106 AktG ist nach jeder Änderung in der Zusammensetzung des Aufsichtsrats eine neue Liste beim Handelsregister einzureichen, die dort auch abgerufen werden kann. Eine Eintragung der Aufsichtsratsmitglieder ins Handelsregister selbst findet aber nicht statt, so dass § 242 I AktG nicht einschlägig ist. Da eine Anfechtung der Hauptversammlungsbeschlüsse jedoch - wie gezeigt - nicht fristgerecht erfolgte, ist die Frage, ob eine Eintragung ins Handelsregister Mängel der Bestellung geheilt hat, nicht von entscheidender Bedeutung.

b) Entgegen der Ansicht des Klägers sind die Beschlüsse der Hauptversammlungen vom 11. und 18.11.2011 nicht wegen Verstoßes gegen § 130 I 1, 3 AktG nach § 241 I Nr. 2 AktG nichtig, weil sie weder notariell beurkundet noch vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats unterschrieben sind. Der Gesellschaftsvertrag der Beklagten (Anlage 1 zu B22, Sonderband I) bestimmt nämlich in § 15.1, dass die Hauptversammlung vom Versammlungsleiter geleitet wird. Hier war der Aufsichtsratsvorsitzende bei den vom Zeugen E abgehaltenen Hauptversammlungen nicht anwesend, sondern der Zeuge E war allein und damit auch Versammlungsleiter. § 130 I 3 AktG geht davon aus, dass der Aufsichtsratsvor-

sitzende als Versammlungsleiter in der Hauptversammlung anwesend ist. Der Gesellschaftsvertrag der Beklagten bestimmt hier jedoch -rechtlich wirksam - etwas anderes und auch die Praxis bei der Beklagten war eine andere. Deshalb ist § 130 I 3 AktG für diese Fälle so zu verstehen, dass der Versammlungsleiter unterzeichnet, auch wenn er nicht der Aufsichtsratsvorsitzende ist (vgl. hierzu OLG Karlsruhe, 7 U 33/13, Urteil vom 09.10.2013, LS Nr. 3 und Rdn. 53, zitiert nach juris; Koch in Hüffer/Koch, Aktiengesetz, 13. Auflage 2018, § 130 Rdn. 14 e m.w.N., zitiert nach beck-online).

c) Entgegen der Ansicht des Klägers liegt auch kein Verstoß gegen § 130 I, II AktG vor, der nach § 241 Nr. 2 AktG zur Nichtigkeit führen könnte, weil die „Art der Abstimmung“ nicht angegeben ist. Die vom Kläger zu diesem Punkt zitierte Entscheidung des BGH (II ZR 114/93, Urteil vom 04.07.1994, zitiert nach juris) betrifft den Fall, dass in der „Niederschrift statt des Ergebnisses der Abstimmung nach Stimmen lediglich angegeben wird, welche Kapitalbeträge für und gegen einen bestimmten Wahlvorschlag gestimmt haben“ (LS und Rdn. 5,8). Hier liegt der Fall jedoch anders: die Beschlüsse wurden einstimmig von beiden Gesellschaftern gefasst, also mit 100 % der Kapitalanteile. Es wurden also alle Stimmen für den Wahlvorschlag abgegeben, was auch so beurkundet ist. Das erfüllt die Anforderungen des § 130 II AktG. „Einstimmig“ ist als Beurkundung der „Art der Abstimmung“ ausreichend.

d) Die Unterschrift auf den Hauptversammlungsprotokollen ist diejenige des Zeugen E, wie nach der Erklärung des Beklagtenvertreters auf anwaltliche Pflichten im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 23.02.2016 feststeht.

4. Die wirksame Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder G, F, I und J kann der Kläger in der Berufungsinstanz nicht mehr angreifen. Einem solchen Angriff steht § 314 ZPO entgegen: Im Tatbestand des angefochtenen Urteils ist auf S. 9 (Bl. 503 d.A.) und nochmals in den Entscheidungsgründen auf S. 14 (Bl. 508 d.A.) eindeutig festgehalten, dass der Kläger sich jetzt „nur noch“ gegen die wirksame Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder B und A wendet. Der vom Landgericht zurückgewiesene Tatbestandsberichtigungsantrag des Klägers befasste sich nicht mit dieser Feststellung des Landgerichts. In der mündlichen Verhandlung vom 24.02.2015 (dort S. 4, Bl. 300 d.A.) gab das Landgericht dem Kläger auf, zu den Bestellungen der Aufsichtsratsmitglieder vorzutragen. Hierauf erfolgten die Ausführungen des Klägers im Schriftsatz vom 14.03.2015 (dort S. 4 f., Bl. 308/309 d.A.), die sich ausschließlich auf die Herren B und A bezogen. Das Landgericht hat daher zutreffend im Urteil ausgeführt, nur die Wirksamkeit der Bestellung dieser beiden Aufsichtsratsmitglieder werde von Kläger angezweifelt.

5. Die - allesamt wirksam bestellten - Mitglieder des Aufsichtsrats haben in der Aufsichtsratssitzung vom 17.04.2013 ihre Stimmen wirksam abgegeben.

a) Die schriftliche Stimmabgabe durch Herrn B war wirksam. Die schriftliche Beschlussvorlage zu TOP 5 (B1, Sonderband I) wurde den Aufsichtsratsmitgliedern zwar erst am 17.04.2013 in der Sitzung unterbreitet; jedoch war in den zur Vorbereitung der Sitzung übersandten Unterlagen, die der Einladung vom 02.04.2013 (B6, Sonderband I) beige-fügt waren, schon unter TOP 5, S. 28 sinngemäß und fast wortgleich die Beschlussvorlage unter der Überschrift „nächste Schritte für vorläufige Genehmigung vorgelegt“ eingefügt. Herr B konnte auf der Grundlage dieser Unterlagen seine schriftliche Stimmabgabe ohne weiteres vorbereiten und vornehmen und hat dies auch getan.

Soweit der Kläger auf Formulierungsunterschiede zwischen der Beschlussvorlage (B1) und der schriftlichen Stimmabgabe des Herrn B (B5 in englischer Sprache, entsprechend in beglaubigter Übersetzung in Bl. 209) abstellt und meint, die Stimmabgabe des Herrn B decke sich nicht mit der Beschlussvorlage, schließt sich der Senat der Wertung des Landgerichts an, das die kleinen Unterschiede in der Formulierung zurecht als nicht „signifikant“ und damit als unerheblich angesehen hat. Aus dem Gesamtkontext der Stimmabgabe (Bl. 209) ergibt sich ohne Weiteres, dass Herr B der Beschlussvorlage in vollem Umfang zustimmt.

b) Die schriftliche Stimmabgabe des Herrn B war nach der Aussage der Zeugin D bei ihr am 16.04.2013 per E-Mail eingegangen und lag dem Aufsichtsratsvorsitzenden K während der Sitzung als pdf mit Unterschrift des Herrn B auf Papier vor.

Ob diese Stimmabgabe zulässig nach § 108 III AktG war, kann dahingestellt bleiben. Sie war es jedenfalls nach § 108 IV AktG, wo es um die gewillkürte, d.h. rechtsgeschäftliche Schriftform geht, die den Anforderungen des § 127 BGB genügen muss. Nach § 108 IV AktG sind neben schriftlichen und fernmündlichen Beschlussfassungen auch solche zulässig, die „andere vergleichbare Formen“ aufweisen. Zu diesen gehört auch die „normale“ E-Mail, die keine qualifizierte Signatur enthält (vgl. Koch in Hüffer/Koch, Aktiengesetz, 13. Auflage 2018, Rdn. 21, zitiert nach beck-online). Auch nach § 127 II, III BGB sind telekommunikative Übermittlung und Übermittlung auf elektronischem Wege ausreichend, solange sie den Anforderungen des § 126 b BGB genügen, also auf einem „dauerhaften Datenträger“ sich befinden. Papier ist ein solcher dauerhafter Datenträger. Hier ging aus der pdf zudem die Unterschrift des Herrn B hervor.

Der Gesellschaftsvertrag der Beklagten (a.a.O.), der die Satzung der Beklagten im Sinne des § 23 AktG ist, steht der Formwirksamkeit der Stimmabgabe des Herrn B ebenfalls nicht entgegen. Nach § 11.2 des Gesellschaftsvertrags kann das abwesende Aufsichtsratsmitglied „ein anderes Aufsichtsratsmitglied ermächtigen, seine schriftliche Stimmabgabe zu erreichen“ (*soll wohl heißen: einzureichen*). Das wollte Herr B mit der Übersendung seiner Stimmabgabe per E-Mail an Herrn K tun und Herr K hat das auch so verstanden und in die Aufsichtsratssitzung entsprechend eingeführt.

Die weitere Voraussetzung des § 108 IV AktG, dass kein Mitglied des Aufsichtsrats dem gewählten Verfahren widersprochen haben darf, ist erfüllt. Ein Widerspruch hätte bei der Beschlussfassung erfolgen müssen, was nicht erfolgt ist.

Weitere Bedenken gegen die Wirksamkeit der schriftlichen Stimmabgabe des Herrn B bestehen nicht.

c) Auch die telefonischen Stimmabgaben der Damen G und F waren wirksam.

Nach § 108 IV AktG sind fernmündliche Stimmabgaben grundsätzlich zulässig und nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Beklagten gängige Übung bei ihr. Es hat deshalb auch kein Mitglied des Aufsichtsrats während der Sitzung bei der Beschlussfassung widersprochen.

Allerdings ist fraglich, ob § 11.2 des Gesellschaftsvertrags, der nach § 108 IV AktG der gesetzlichen Regelung vorgeht, die telefonische Abstimmung von Abwesenden zulässt. Die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats (K2) bezieht sich bei der Regelung der Stimmab-

gabe in § 3 der GO auf § 11 des Gesellschaftsvertrags, bringt also nicht Neues zur Frage, in welcher Form Stimmabgaben abwesender Mitglieder möglich sind.

Der Senat ist jedoch der Auffassung, dass die Damen G und F nicht als „verhindert“ im Sinne des § 11.2 des Gesellschaftsvertrags anzusehen sind, sondern als teilnehmende Aufsichtsratsmitglieder behandelt werden müssen. Dafür spricht schon, dass sie im Protokoll der Aufsichtsratssitzung vom 17.04.2013 (B1, Sonderband I) nicht wie Herr B als „entschuldigt“ aufgeführt sind, sondern als „Anwesend: ...(per Telefon)“. Die beiden Vorstandsmitglieder haben an der Aufsichtsratssitzung teilgenommen, indem sie während der Sitzungszeit durchgängig per Telefon die Vorgänge in Stadt1 verfolgen konnten. Dies ist bei den heute gegebenen technischen Möglichkeiten ohne weiteres machbar. Anders wäre es zu beurteilen, wenn die Damen ihre Stimmabgabe außerhalb der Sitzung telefonisch - beispielsweise an die Zeugin D - übermittelt hätten, was dann in der Sitzung berichtet worden wäre. In dem hier gegebenen Falle, wo sie die Diskussion verfolgen und bei entsprechendem Wunsch auch selbst Beiträge per Telefon liefern konnten, ist es interessengerecht und angemessen, sie als Anwesende zu betrachten, wie es auch das Protokoll ausweist.

6. Der Beschluss vom 17.04.2013 ist nicht wegen Verletzung der Informationsrechte des Klägers unwirksam. Der Kläger rügt eine unzureichende Unterlagenvorlage vor dem Termin und meint, dadurch sei es zu einem Verstoß gegen § 90 III, IV AktG gekommen. Er meint, selbst wenn am 17.04.2013 nur ein vorbereitender Beschluss gefasst worden wäre, wären seine vorab gestellten Fragen (zusammengefasst in der E-Mail vom 12.04.2013, K5, zitiert in der Klageschrift, dort S. 15 f., Bl. 16 f d.A.) vor der Beschlussfassung nicht hinreichend beantwortet worden.

Der Beschluss vom 17.04.2013 war entgegen der Ansicht des Klägers ein vorbereitender Beschluss. Mit ihm wurde noch nicht endgültig über die Schließung des Werks Musterstadt entschieden. Zwar spricht zunächst einiges für die Ansicht des Klägers, hier sei das „Go“ für die Schließung des Werks Musterstadt gegeben worden: Die Ausführungen in X (Anlagen K33, 34 zum Schriftsatz des Klägers vom 23.11.2015, Bl. 380, 381 d.A.) deuten auf einen bereits gefassten Beschluss, das Werk Musterstadt zu schließen, hin. Der den Artikel in K33 verfassende Werksleiter des Musterstadter Marke1-Werks L hatte allerdings persönlich nicht an der Aufsichtsratssitzung vom 17.04.2013 teilgenommen, musste also von anderen über den Inhalt der Sitzung - mit den dadurch möglichen Missverständnissen und Ungenauigkeiten - informiert worden sein; in dem vom Vorstandsmitglied H verfassten Artikel K 34 ist die Schließung des Werks Musterstadt nicht explizit angesprochen. Die Interpretation des Klägers, das „Ob“ sei bereits am 17.04.2013 beschlossen gewesen, es sei anschließend nur noch um das „Wie“ gegangen, ist trotz einiger in diese Richtung deutender Indizien nicht zwingend. Es konnte sich auch um eine Ermächtigung und Beauftragung des Vorstands zur Vorbereitung einer entsprechenden Planung handeln.

Der Senat schließt sich den insgesamt überzeugenden Ausführungen des Landgerichts im angefochtenen Urteil an: Der Beschluss vom 17.04.2013 war zwar sicher von großer Bedeutung und stellte eine Weichenstellung dar; er war aber noch nicht der endgültige Beschluss über die Schließung des Werks Musterstadt. Der Wortlaut des Beschlusses vom 17.04.2013 (Ermächtigung, „an der Ausarbeitung und Verhandlung eines Vorschlages im Hinblick auf das Produktionsende in Musterstadt zu arbeiten“, die im Protokoll vom 17.04.2013 (B1) festgehaltenen Diskussionsbeiträge - auch des Klägers - und

die Tatsache, dass der Aufsichtsrat am 26.03.2014 (Protokoll in B19, Sonderband I) einen weiteren Beschluss für notwendig hielt und fasste, sprechen gegen das Vorliegen einer endgültigen Entscheidung am 17.04.2013.

Da der Beschluss vom 17.04.2013 - unabhängig davon, ob man ihn nun als endgültig oder vorbereitend ansieht - in jedem Falle erhebliche Bedeutung hatte, bestanden vor dieser Beschlussfassung Informationspflichten nach § 90 III, IV AktG. Diese sind nach Auffassung des Senats erfüllt worden. Wie das Landgericht bereits zutreffend ausgeführt hat, war der Kläger ausreichend informiert durch die Anlagen zur Einladung vom 02.04.2013 (B6, Sonderband I), die 12 Seiten zu TOP 5 mit Informationen enthielten. Die Fragen des Klägers, auch diejenigen in den E-Mails vom 04.04.2013 (K 3) und 12.04.2013 (K 5), waren erst zu beantworten, wenn die Arbeiten, zu denen der Vorstand in der Beschlussvorlage zu TOP 5 ermächtigt wurde, ausgeführt waren. Außerdem hatte der Aufsichtsratsvorsitzende in seiner E-Mail vom 11.04.2013 (K4) den Kläger auf die mit der Einladung vorgelegten Informationen und auf die Möglichkeit zu Fragen in der Aufsichtsratssitzung verwiesen.

Die Berufung des Klägers war daher zurückzuweisen.

7. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 I ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Dem in der Berufungsverhandlung vom 17.01.2019 gestellten Schutzantrag des Klägers nach § 712 ZPO konnte nicht entsprochen werden, da nicht entsprechend § 714 II ZPO glaubhaft gemacht ist, dass die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde.

8. Die Revision war nach § 543 II Nr. 1 ZPO zuzulassen, weil in diesem Verfahren Fragen von grundsätzlicher Bedeutung wie die Frage der ordnungsgemäßen Einberufung von Hauptversammlungen bei nach § 20 VII AktG zeitweise nicht bestehenden Aktionärsrechten und die Frage der Anwesenheit von Aufsichtsratsmitgliedern, die per Telefon teilnehmen, entscheidungserheblich waren.