
Datum: 31.01.2013
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 21/12
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2013:0131.18U21.12.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 91 O 77/11

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 12.01.2012 verkündete Urteil der 11. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln (91 O 77/11) teilweise abgeändert:

Die Beschlüsse der Hauptversammlung der Beklagten vom 24.05.2011 über die Entlastung der im Geschäftsjahr 2010 amtierenden Mitglieder des Vorstands für deren Tätigkeit im Geschäftsjahr 2010 (TOP 3) und über die Entlastung der im Geschäftsjahr 2010 amtierenden Mitglieder des Aufsichtsrats für deren Tätigkeit im Geschäftsjahr 2010 (TOP 4) werden für nichtig erklärt.

Dem Kläger werden die durch die Anrufung des unzuständigen Landgerichts Bonn entstandenen Kosten auferlegt. Die übrigen Kosten des Rechtsstreits, einschließlich der Kosten der Streifhelfer, trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem jeweiligen Vollstreckungsschuldner bleibt vorbehalten, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 Prozent des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger zuvor Sicherheit in Höhe von 120 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e :

I.

Der Kläger wendet sich gegen die in der Hauptversammlung der Beklagten vom 24.05.2011 für das Geschäftsjahr 2010 beschlossene Entlastung des Vorstandes (TOP 3) und des Aufsichtsrates (TOP 4).

Der Kläger und die Streithelfer, die dem Rechtsstreit auf Seiten des Klägers beigetreten sind, sind Aktionäre der beklagten T2 AG. Die Beklagte, deren Aktien sich zu 27,8% im Eigentum ihres Vorstandsvorsitzenden B befinden, hielt als Minderheitsaktionärin 28,47% der Anteile an der T5 AG, während die von B kontrollierte F GmbH mit 50,1% als Mehrheitsaktionärin am Grundkapital dieser Gesellschaft beteiligt war. Sie unterbreitete den Aktionären der T5 AG Ende 2010 das Angebot, deren Aktien gegen Abgabe eigener Aktien im Verhältnis einer T5-Aktie zu einer T2-Aktie gleichen Nennbetrags zu erwerben, obwohl der damalige durchschnittliche Dreimonatskurs der T5-Aktien mit 6,99 Euro den durchschnittlichen Dreimonatskurs der T2-Aktien von 9,46 Euro deutlich unterschritt. Daraufhin verkaufte die F GmbH ihre T5-Aktien an die Beklagte. Diese erwarb ferner von einer durch ihren Vorstandsvorsitzenden beherrschten Gesellschaft zum Preis von 9.000.000 Euro 49% der Anteile an der B & T4 GbR und die Möglichkeit zur Ausübung einer Verkaufsoption ("Put-Option") im Wert von weiteren 8.300.000 Euro. Damit sicherte sie sich das Eigentum an der sogenannten "B1", einem denkmalgeschützten Industriegebäude in Bonn. Beiden Geschäften stimmte der Aufsichtsrat Beklagten zu.

Dieser besteht seit Gründung der Gesellschaft im Jahr 1998 aus den 2008 wiederbestellten Rechtsanwälten Dr. H2, Dr. C und Dr. S2, dem als Vorsitzenden durch die Satzung das Amt des Leiters der Hauptversammlung übertragen ist. Rechtsanwalt Dr. S2, dessen Tätigkeit im Aufsichtsrat im Geschäftsjahr 2010 mit rund 136.000 Euro vergütet worden ist, ist zugleich Partner der damals rund 20 Rechtsanwälte umfassenden Sozietät S in Bonn. Diese ist als "ausgelagerte Rechtsabteilung" anwaltlich für die Beklagte und deren Konzernunternehmen tätig geworden. Der ständigen Praxis der Beklagten folgend hatte der Aufsichtsrat in seiner Sitzung vom 15.03.2010 der mündlichen Beauftragung der Rechtsanwälte für das Geschäftsjahr 2010 und dem vorgesehenen Stundensatz von 260 Euro zugestimmt (Anlage B2, Bl. 101 Anlagenheft). Die im Laufe des Jahres erteilten Einzelaufträge, auf die konzernweit bereits Honorare in Höhe von insgesamt 723.819,90 Euro an die Rechtsanwälte S gezahlt worden waren, wurden in der Sitzung vom 23.02.2011 durch den Aufsichtsrat genehmigt (Anlage B1, Bl. 97 Anlagenheft). In der Niederschrift zur Aufsichtsratssitzung vom 23.02.2011 heißt es:

"... Dieser Beschlussfassung, bei der sich Herr Rechtsanwalt Dr. S2 enthält, liegt eine eingehende Sichtung der in zwei Leitzordnern mitgebrachten Auftrags- und Abrechnungsunterlagen zugrunde. Alle Kostennoten, Stundennachweise und sonstigen Beauftragungsdetails wurden und werden hier entsprechend der Vorjahrespraxis transparent gemacht und allen Aufsichtsratsmitgliedern zur Kenntnis gebracht. Der Vorstandsvorsitzende der T2 AG, der dieses Protokoll auch mitunterzeichnet, sowie der Finanzvorstand der T2, ..., bestätigten hierzu das jeweilige Beauftragungserfordernis, die jeweilige Auftragsdurchführung und die jeweils absprachegemäß erfolgte Abrechnung und Vergütung."

Vorstand und Aufsichtsrat hatten in ihren Entsprechenserklärungen gemäß § 161 AktG vom August 2010 mitgeteilt, dass sie den Empfehlungen der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex (nachfolgend: DCGK) entsprochen hätten und entsprechen

würden, soweit diese an sie gerichtet seien.

Auf die Einladung zur Hauptversammlung vom 24.05.2011 wandte sich der Kläger mit Gegenanträgen vom 14.04.2011 (Anlage K5, Bl. 89 f Anlagenheft), wonach dem gesamten Aufsichtsrat und dem Vorstand die Entlastung verweigert werden sollte, an die Beklagte. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, dass die Entsprechenserklärungen gemäß § 161 AktG unrichtig gewesen seien. Soweit die Entlastung des Aufsichtsrats betroffen war, stützte der Kläger seine Gegenanträge ferner darauf, dass dem Aufsichtsrat entgegen § 100 Abs. 5 AktG kein unabhängiger Finanzexperte angehört habe und keines seiner Mitglieder unabhängig sei, was sich für den Aufsichtsratsvorsitzenden bereits daraus ergebe, dass dieser bzw. die Anwaltssozietät, welcher er angehöre, regelmäßig in beträchtlichem Umfang für die Beklagte und deren Tochtergesellschaften tätig sei.

8

Der Hauptversammlung lagen der Jahresabschluss nebst Lagebericht sowie der Konzernabschluss nebst Konzernlagebericht vor. Im Konzernlagebericht, aus dessen Entwurf die Beklagte zitiert hat (Bl. 104 f. GA), heißt es u.a.:

9

"Hinsichtlich der im letzten Absatz von Ziffer .5.4.6 DCGK empfohlenen Angaben wird erläutert, dass der Aufsichtsratsvorsitzende der T2 AG Partner der Sozietät S Rechtsanwälte ist. Diese erbringt im Wesentlichen über andere Partner und Mitarbeiter der Sozietät die rechtliche Beratung und Vertretung des T2-Konzerns sowie auch die dabei erforderliche internationale Koordination.

10

In Bezug auf die eigene Leistungserbringung im Berichtsjahr 2010 wurden von der Sozietät S Rechtsanwälte für die T2 AG ohne Umsatzsteuer und steuerfreie Auslagen 446.861,80 EUR abgerechnet. Für den Leistungszeitraum 2010 fielen bei den Tochtergesellschaften weitere Anwaltskosten an, und zwar in Höhe von 199.350,70EUR bei der Deutschen T AG, 19.858,80 EUR bei der E GmbH, 2.532,40 EUR bei der T3 GmbH, 5.907,20 EUR bei der T GmbH, 21.062,60 EUR bei der T6 AG und 28.246,40 EUR bei der T2 GmbH. Alle Einzelpositionen sowie die vom Konzern insgesamt getragene Summe von 723.819,90 EUR (Vorjahr: 672.638,74 EUR) wurden vom Aufsichtsrat der T2 AG genehmigt, die jeweilige Beauftragung beschlossen und hinsichtlich Erfordernis und Angemessenheit auch in der Bilanzsitzung vom 15.03.2011 bestätigt."

11

Den beanstandeten Beschlussfassungen der Hauptversammlung vom 24.05.2011 ging eine Generaldebatte voran. In deren Verlauf erklärte der Aufsichtsratsvorsitzende ausweislich Seite 18 der Niederschrift über die Hauptversammlung (Anlage K3, Bl. 15R Anlagenheft) u.a.:

12

"Zur angeblich fehlenden Unabhängigkeit im finanziellen Bereich zitierte der Vorsitzende Ziffer 5.3.2 DCKG. Danach "sollte" der Vorsitzende des Prüfungsausschusses unabhängig sein. Der Aufsichtsrat nehme die Aufgaben des Prüfungsausschusses als Plenum wahr. Die Frage der Unabhängigkeit sei vom Aufsichtsrat selbst zu beurteilen (Ziff. 5.4.2 DCGK). Der Aufsichtsrat sei sich sicher, dass wenigstens zwei seiner Mitglieder die gebotene Unabhängigkeit besäßen. Auch stünde, was seine eigene Unabhängigkeit beträfe, die bekannte Tätigkeit in der besagten Anwaltskanzlei nicht entgegen. Die rechtlichen Dienstleistungen würden von Kollegen aus der Kanzlei erbracht; er bereite im Wesentlichen nur die Hauptversammlung vor."

13

Im Verlauf der Generaldebatte meldete sich der Kläger zwei Mal zu Wort. In einem seiner Redebeiträge (Anlage K10, Bl. 120-127 Anlagenheft), welcher in schriftlicher Fassung zur Akte gereicht worden ist, führte der Kläger seine Bedenken gegen die Richtigkeit der Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG, die Besetzung des Aufsichtsrats und die

14

Unabhängigkeit seiner Mitglieder näher aus. Außerdem stellte der Kläger Fragen zu konkreten Regelungsinhalten der vertraglichen Beziehungen zwischen der Beklagten und der Sozietät S Rechtsanwälte mit folgendem Wortlaut

1. <u>Fragen zur Vergütung der Anwaltskanzleien</u>	15
1.1. ...	16
- Welchen Anteil macht das an die Rechtsanwaltskanzlei S Rechtsanwälte gezahlte Honorar an den gesamten Rechtsberatungskosten des T2-Konzerns aus?	17
- Besteht mit der Rechtsanwaltskanzlei S ein Rahmenvertrag über deren Tätigkeit? Wenn ja, auf welcher Basis (Stundenhonorar, Pauschalhonorar, Berechnung nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes) wird hierin die Berechnung des Honorars dieser Rechtsanwälte geregelt?	18
- Hat der Aufsichtsrat der Mandatierung der Rechtsanwaltskanzlei S in 2010 jeweils vor Beginn deren Tätigkeit zugestimmt oder wurden diese Tätigkeiten und deren Honorar erst im Nachhinein genehmigt?	19
- ...	20
2. <u>Fragen zur Tätigkeit der Rechtsanwaltskanzlei S</u>	21
- Ist es zutreffend, dass die Rechtsanwaltskanzlei S in allen wichtigen Angelegenheiten berät?	22
- ..."	23
Ausweislich Seite 22 der Niederschrift über die Hauptversammlung (Anlage K3, Bl. 17R Anlageheft) wurden die Fragen zur Unabhängigkeit des Aufsichtsrats und zu seiner Vergütung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden beantwortet.	24
Der Kläger erklärte gegen die Entlastungsbeschlüsse Widerspruch zu Protokoll des Notars.	25
Mit seiner am 24.06.2010 beim Landgericht Bonn eingereichten Klage wendet er sich gegen die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat für das Geschäftsjahr 2010. Durch Beschluss vom 21.07.2011 hat das angerufene Landgericht den Rechtsstreit auf Antrag des Klägers an das gemäß § 1 Nr. 9 KonzentrationsVO Gesellschaftsrecht NW zuständige Landgericht Köln verwiesen.	26
Der Kläger hat gemeint, die Entlastungsbeschlüsse seien für nichtig zu erklären. Zur Begründung hat er - soweit im Berufungsrechtszug noch von Interesse - geltend gemacht, die Entsprechenserklärungen gemäß § 161 AktG seien hinsichtlich der Einhaltung der Empfehlung 5.4.2 DCGK unrichtig gewesen. Die Verfahrensweise bei der Inanspruchnahme anwaltlicher Leistungen durch die mit § 45 BRAO unvereinbare Beauftragung der Sozietät S habe - für die an der Hauptversammlung teilnehmenden Aktionäre erkennbar - gegen §§ 113 f AktG verstoßen. Davon, dass die Anwaltskanzlei auch Leistungen erbracht habe, deren Gegenstand die Tätigkeit des Aufsichtsrats betroffen habe, müsse schon deshalb ausgegangen werden, weil die Beklagte ihrer sekundären Darlegungslast nicht nachgekommen sei und die einzelnen Beratungsaufträge nicht näher spezifiziert habe. Der Kläger hat zudem die Organisation der Aufsichtsratsarbeit für mangelhaft gehalten, weshalb dessen Mitglieder verpflichtet gewesen seien, von ihrem Amt zurückzutreten. Es sei bereits	27

zu beanstanden, dass alle drei Mitglieder des Aufsichtsrates Rechtsanwälte seien und damit im Aufsichtsrat der erforderliche technische und finanzielle Sachverstand fehle. Dementsprechend habe dieser auch versäumt, die von der Verwaltung in Sachen "T5-Aktien" und "B1" initiierten Geschäfte mittels einer "Fairness Opinion" auf ihre Angemessenheit überprüfen zu lassen.

Dem ist Beklagte mit näherer Begründung entgegen getreten. Dabei hat sie unter anderem geltend gemacht, der Kläger habe einen Verstoß gegen die § 113 f AktG "ins Blaue hinein" behauptet, und - ohne auf die Beratungsgegenstände im Detail einzugehen, soweit sie nicht die Vorbereitung der Hauptversammlung betreffen - unter Antritt von Zeugenbeweis vorgetragen, die von der Sozietät S abgerechneten Leistungen hätten durchgängig Tätigkeiten gegolten, die nicht den Pflichtenkreis des Aufsichtsrats betroffen hätten. Da die Vorbereitung der Hauptversammlung Aufgabe des Vorstands gewesen sei, habe auch die in diesem Zusammenhang von Rechtsanwalt Dr. S2 entfaltete Tätigkeit, namentlich die Erstellung eines Leitfadens für den Versammlungsleiter, keinen Bezug zu seinen Pflichten als Aufsichtsratsvorsitzender gehabt. 28

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet. Der von dem Kläger für geboten gehaltene Rücktritt sämtlicher Aufsichtsratsmitglieder lasse sich nicht über das Vehikel der Anfechtung der Entlastung des Aufsichtsrats herbeiführen. Diese wie auch die Entlastung des Vorstands seien nicht anfechtbar. Die nach § 161 AktG abgegebenen Entsprechenserklärungen seien weder unklar noch deshalb unrichtig, weil der Aufsichtsrat die Empfehlungen des DCGK nicht befolgt habe. Ein Verstoß gegen § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO liege nicht vor, weil in Anbetracht der Unabhängigkeit, die ein Aufsichtsratsmitglied genieße, keine Gefahr bestehe, dass Weisungen in die anwaltliche Tätigkeit hineinwirkten. Im Übrigen sei nicht ersichtlich, dass diese Problematik Gegenstand der Hauptversammlung gewesen sei. Vorstand und Aufsichtsrat hätten sich zwar rechtswidrig verhalten, indem sie die Sozietät S Anfang 2010 durch einen nicht genehmigungsfähigen Rahmenvertrag mit der anwaltlichen Beratung der Beklagten betraut bzw. diesen Vorgang nicht beanstandet hätten. Bei diesem Verhalten habe es sich aber nicht um einen schweren und eindeutigen Verstoß gehandelt. Denn die Frage, ob ein wegen ungenauer Bezeichnung der Vertragspflichten gegen §§ 113 f AktG verstoßender Rahmenvertrag in Ansehung der einzelnen Beratungsgegenstände nachträglich konkretisiert und dann durch den Aufsichtsrat genehmigt werden könne, sei bislang nicht höchstrichterlich geklärt. Vorstand und Aufsichtsrat der Beklagten hätten in Anbetracht der in Teilen des rechtswissenschaftlichen Schrifttums befürworteten Genehmigungsmöglichkeit nicht von einer eindeutigen Rechtslage ausgehen können. Darauf, ob die einzelnen Beratungsgegenstände im Streitfall tatsächlich gemäß § 114 AktG genehmigungsfähig gewesen seien, komme es ebenso wenig an wie auf die Frage, ob die Beklagte deren Inhalt näher habe substantiieren müssen. Für die Teilnehmer der Hauptversammlung sei ein Verstoß gegen die §§ 113 f AktG im Übrigen nicht erkennbar gewesen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags, der in erster Instanz gestellten Anträge sowie der Begründung wird auf das Urteil des Landgerichts Bezug genommen. 29

Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung des Klägers, mit der er sein Klagebegehren unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens weiter verfolgt. Soweit er die Entlastung wegen Verstößen gegen § 45 BRAO und §§ 113 f AktG für anfechtbar hält, meint er: § 45 BRAO finde nur dann keine Anwendung, wenn eine Interessenkollision ausgeschlossen sei. Die Verstöße gegen § 45 BRAO und §§ 113 f AktG seien für den Durchschnittsaktionär erkennbar gewesen, weil er, wie der Kläger weiter geltend macht, die ihnen zugrunde liegenden tatsächlichen 30

Gegebenheiten dem Durchschnittsaktionär durch seinen Redebeitrag und die Reaktion des Aufsichtsratsvorsitzenden hinreichend deutlich vor Augen geführt habe. Da die Beklagte der ihr obliegenden sekundären Darlegungslast nicht gerecht geworden sei und zu den einzelnen Beratungsinhalten nicht, jedenfalls aber nicht ausreichend vorgetragen habe, müsse auch von der Eindeutigkeit der Verletzung der §§ 113 f AktG durch Vorstand und Aufsichtsrat ausgegangen werden.	
Der Kläger und dessen Streithelfer beantragen,	31
das Urteil der 11. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 12.01.2012 - 91 O 77/11 - abzuändern und	32
1. den Beschluss der Hauptversammlung der Beklagten vom 24.05.2011 über die Entlastung der im Geschäftsjahr 2010 amtierenden Mitglieder des Vorstands für deren Tätigkeit im Geschäftsjahr 2010 (TOP 3) für nichtig zu erklären;	33
2. den Beschluss der Hauptversammlung der Beklagten vom 24.05.2011 über die Entlastung der im Geschäftsjahr 2010 amtierenden Mitglieder des Aufsichtsrats für deren Tätigkeit im Geschäftsjahr 2010 (TOP 4) für nichtig zu erklären;	34
Die Beklagte beantragt,	35
die Berufung zurückzuweisen.	36
Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Wiederholung und Ergänzung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Dabei hält sie insbesondere daran fest, aus Gründen der sekundären Darlegungslast nicht gehalten zu sein, über den mitgeteilten Sachverhalt hinaus näher zu einzelnen Beratungsinhalten vorzutragen. Nachdem der Senat mit Verfügung des Vorsitzenden vom 10.09.2012 (Bl. 432 GA) und im Termin vom 13.12.2012 jeweils mit näherer Begründung zu erkennen gegeben hat, dass er zur Abänderung des erstinstanzlichen Urteils neige, hat die Beklagte mit nachgereichtem Schriftsatz vom 18.12.2012 (Bl. 522-531 GA) die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung beantragt. Sie sieht ihren Anspruch auf rechtliches Gehör und die Hinweispflicht des Senats durch den Gang des Berufungsverfahrens einschließlich der Erörterung im Termin nicht gewahrt und hat darum ersucht, ihr Gelegenheit zur Ergänzung ihres Vortrags zu den einzelnen Beratungsgegenständen durch die Sozietät S zu geben.	37
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und die zu den Akten gereichten Unterlagen Bezug genommen.	38
II.	39
Die Berufung des Klägers ist begründet.	40
Die auf der Hauptversammlung der Beklagten vom 24.05.2011 gefassten Beschlüsse über die Entlastung des Vorstands und des Aufsichtsrats sind für nichtig zu erklären.	41
1. Das Landgericht hat die Klage zutreffend und von der Beklagten im Berufungsrechtszug unbeanstandet als fristgerecht erhoben angesehen. Die Ausschlussfrist des § 246 Abs. 1 AktG ist gewahrt, falls die Klage - wie hier - vor Fristablauf bei einem örtlich oder sachlich unzuständigen Gericht erhoben und später auf Antrag des Klägers an das zuständige Gericht - mag dieses auch ausschließlich zuständig sein - verwiesen wird (vgl. BGH, Beschluss vom	42

13.03.2004 - II ZB 26/04, BGHZ 160, 329-336, zitiert nach juris, Rn. 13 mit weiteren Nachweisen). Für einen Missbrauch der Verweisungsmöglichkeit besteht kein Anhalt.

2. In der Sache ist ein Beschluss der Hauptversammlung über die Entlastung des Vorstands und des Aufsichtsrats wegen Verstoßes gegen § 120 Abs. 2 Satz 1 AktG nach § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar, wenn damit ein Verhalten gebilligt wird, das einen schwerwiegenden und eindeutigen Gesetzes- oder Satzungsverstoß darstellt (BGH, Urteil vom 10.07.2012 - II ZR 48/11, MDR 2012, 1175-1176, zitiert nach juris, Rn. 9 - Fresenius - mit weiteren Nachweisen). Auf der Grundlage des beiderseitigen Parteivortrags sind diese Voraussetzungen im Streitfall erfüllt. 43

a) Allerdings unterliegen die angegriffenen Beschlüsse nicht schon deshalb der Anfechtung, weil die Entsprechenserklärungen gemäß § 161 Satz 1 AktG hinsichtlich der Einhaltung der Empfehlung 5.4.2 des DCGK unrichtig waren. Entsprechenserklärungen, die von vorneherein in einem nicht unwesentlichen Punkt unrichtig sind oder werden, sind zwar, wenn sie nicht umgehend berichtigt werden, mit einem Gesetzesverstoß (§ 243 Abs. 1 AktG) behaftet, der dem zuwider gefasste Entlastungsbeschlüsse anfechtbar macht (BGH, Urteil vom 21.09.2009 - II ZR 174/08. BGHZ 182, 274-284 - Umschreibestopp, zitiert nach juris, Rn. 16 mit weiteren Nachweisen). Der von dem Kläger besorgte Verstoß gegen die Empfehlung 5.4.2 DCGK, wonach dem Aufsichtsrat eine ausreichende Anzahl unabhängiger Mitglieder angehören soll, liegt indes nicht vor. Aufgrund seiner Eigenschaft als Partner der Sozietät S mögen zwar Zweifel an der Unabhängigkeit des Aufsichtsratsvorsitzenden bestehen. Für die beiden anderen Aufsichtsratsmitglieder gilt das indes nicht. Dass beide im Geschäftsjahr 2010 bereits seit 12 Jahren dem Aufsichtsrat der Beklagten angehörten, ist kein Beleg für ihre fehlende Unabhängigkeit. 44

b) Dementsprechend ist der Beschluss zur Entlastung des Aufsichtsrats auch nicht wegen eines gravierenden Verstoßes gegen § 100 AktG anfechtbar. Dass sämtliche Aufsichtsratsmitglieder den dort in den Absätzen 1 und 2 beschriebenen Anforderungen genügen, steht außer Streit. Weitere gesetzliche Voraussetzungen mussten sie nicht erfüllen. In Anbetracht von § 100 Abs. 5 AktG konnte allenfalls als problematisch angesehen werden, ob wenigstens ein Aufsichtsratsmitglied über Sachverstand auf den Gebieten der Rechnungslegung und Abschlussprüfung verfügte. Darauf kann eine Anfechtung der Entlastung indes nicht gestützt werden. Die durch Art. 5 Nr. 3 BilMoG vom 25.05.2009 (BGBl. I S. 1102) angefügte Vorschrift findet nämlich keine Anwendung, wenn - wie hier - alle Mitglieder des Aufsichtsrats vor dem 29.05.2009 bestellt worden sind. 45

c) Die Anfechtung der Entlastung des Aufsichtsrats kann der Kläger ferner nicht darauf stützen, dass dessen Mitglieder den von der Verwaltung in Sachen "T5-Aktien" und "B1" initiierten Geschäfte ohne Einholung einer sogenannten "Fairness Opinion" nicht hätten zustimmen dürfen. Der Aufsichtsrat ist zwar verpflichtet, seine Entscheidung auf der Grundlage "angemessener Informationen" zu treffen (§§ 93 Abs. 1 S. 2, 116 S. 1 AktG). Diese kann sicherlich auch durch Einholung einer "Fairness Opinion", d.h. mittels Begutachtung der Frage der Angemessenheit der Vertragsbedingungen und insbesondere des Kaufpreises für den Anteilserwerb durch einen unabhängigen Dritten beschafft werden. Zwingend veranlasst ist eine solche Verfahrensweise aber nicht. Der Aufsichtsrat kann sich auch aufgrund anderer Erkenntnisse eine ausreichend gesicherte Informationsbasis für seine Entscheidung verschaffen (vgl. Fleischer, ZIP 2011, 201, 206; Cannivé/Suerbaum, AG 2011, 317, 320f.). Dafür, dass er das nicht getan hat, bietet der Vortrag der Parteien keinen hinreichenden Anhalt. Der Verzicht auf die Einholung einer "Fairness Opinion" ist deshalb für sich genommen nicht geeignet, die Versagung der Entlastung zu rechtfertigen. 46

- d) Ob die Entlastungsbeschlüsse anfechtbar sind, weil damit ein Verhalten von Vorstand und Aufsichtsrat gebilligt würde, welches in schwerwiegender und eindeutiger Weise § 45 BRAO verletzt, bedarf keiner Entscheidung. Denn auf der Grundlage des beiderseitigen Parteivortrags ist jedenfalls von einem schwerwiegenden und eindeutigen Verstoß gegen §§ 113 f AktG auszugehen. Dabei hat der Senat nicht übersehen, dass zu der Zeit, als die Hauptversammlung über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat zu befinden hatte, ein schwerwiegender und eindeutiger Gesetzesverstoß nicht darin gesehen werden konnte, dass beide unter Verstoß gegen § 114 Abs. 1 AktG Honorarzahlungen an eine einem Aufsichtsratsmitglied nahestehende Anwaltssozietät zu einem Zeitpunkt gebilligt haben, zu dem der Aufsichtsrat seine Zustimmung zu den einzelnen Beratungsverträgen noch nicht erteilt hatte (vgl. BGH, Urteil vom 10.07.2012 - II ZR 48/11, MDR 2012, 1175-1176, zitiert nach juris, Rn. 12 ff, 23 - Fresenius). Ein gravierender und eindeutiger Rechtsverstoß liegt aber darin, dass Vorstand und Aufsichtsrat § 113 AktG zuwider einer wegen der ungenauen Bezeichnung der Vertragspflichten nicht genehmigungsfähigen Rahmenvereinbarung mit der Sozietät S zugestimmt haben. 47
- aa) Beratungsverträge mit einem Aufsichtsratsmitglied oder einer Gesellschaft, an der dieser beteiligt ist, über Tätigkeiten, die das Aufsichtsratsmitglied schon aufgrund seiner Organstellung im Rahmen der auch die vorsorgende Beratung einschließenden Überwachung erbringen muss, stellen nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 25.03.1991 - II ZR 188/89, BGHZ 114, 127-137, zitiert nach juris, Rn. 10; 126, 340, 344 f.; Urteil vom 03.07.2006 - II ZR 151/04, BGHZ 168, 188-200, zitiert nach juris, Rn. 16; Urteil vom 20.11.2006 - II ZR 279/05, BGHZ 170, 60-67, zitiert nach juris, Rn. 13) eine nach § 113 AktG unzulässige Vergütungsvereinbarung dar und sind daher - sofern nicht die Hauptversammlung dem Vertrag zugestimmt hat - gemäß § 134 nichtig. Nach § 114 AktG zulässig sind nur Verträge über Dienst- oder Werkleistungen, die nicht in den Aufgabenbereich des Aufsichtsrats fallen. Zur Meidung von Umgehungen muss der Beratungsvertrag eindeutige Feststellungen darüber ermöglichen, ob die zu erbringende Leistung außer- oder innerhalb des organschaftlichen Pflichtenkreises des Aufsichtsratsmitglieds liegt und ob der Vertrag darüber hinaus keine verdeckten Sonderzuwendungen - etwa in Form einer überhöhten Vergütung - enthält. Dazu gehört, dass die speziellen Beratungsgegenstände und das dafür zu entrichtende Entgelt so konkret bezeichnet werden, dass sich der Aufsichtsrat ein eigenständiges Urteil über die Art und den Umfang der Leistung sowie über die Höhe und die Angemessenheit der Vergütung bilden kann. Verträge, die diese Anforderungen nicht erfüllen, sind nicht nach § 114 Abs. 1 AktG genehmigungsfähig, sondern gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 113 AktG nichtig (BGH, Urteil vom 20.11.2006 - II ZR 279/05, BGHZ 170, 60-67, zitiert nach juris, Rn. 13). 48
- bb) Gemessen an diesen Grundsätzen war die mit Sozietät S Rechtsanwälte Beklagten getroffene Rahmenvereinbarung nichtig. 49
- Dabei kann auf sich beruhen, ob der Aufsichtsrat nur dann eigenverantwortlich über die Zulässigkeit eines Beratungsvertrages befinden kann, wenn dieser schriftlich oder zumindest in Textform geschlossen ist (Habersack in Münchener Kommentar zum AktG, 3. Auflage 2008, § 114 Rn. 25 mit weiteren Nachweisen auch zur Gegenansicht). Die Rahmenvereinbarung mit der Sozietät S war schon deshalb nicht genehmigungsfähig, weil die betroffenen Beratungsgegenstände nicht so konkret bezeichnet waren, dass sich der Aufsichtsrat ein eigenverantwortliches Urteil über Art und Umfang der Leistungen bilden konnte. Die Betrauung der Sozietät S mit den Aufgaben einer "ausgelagerten (Konzern-)Rechtsabteilung" ist so allgemein gefasst, dass sie nicht nur zulässige Beratungsleistungen etwa über Detailfragen im Tagesgeschäft des Vorstands umfasst, sondern auch zur Kontroll- 50

und Beratungsfunktion des Aufsichtsrats gehörende Tätigkeiten einschließt, so etwa, wenn der Aufsichtsrat anstelle des externen Experten die "Rechtsabteilung" der Gesellschaft um Rat oder Unterstützung ersucht.

Entgegen der Ansicht der Beklagten ist § 113 AktG auch nicht deshalb unanwendbar, weil die 51
Zuwendungen, die ihrem Aufsichtsratsvorsitzenden aufgrund der von der Sozietät S in
Ausfüllung des Rahmenvertrages erbrachten Dienste mittelbar zugeflossen sind, abstrakt
betrachtet nur ganz geringfügig waren oder im Vergleich zu der von der Hauptversammlung
festgesetzten Aufsichtsratsvergütung zu vernachlässigen sind (vgl. dazu BGH, Urteil vom
10.07.2012 - II ZR 48/11, MDR 2012, 1175-1176, zitiert nach juris, Rn. 14 - Fresenius; Urteil
vom 20.11.2006 - II ZR 279/05, BGHZ 170, 60-67, zitiert nach juris, Rn. 10). Denn nach dem
Schutzzweck des § 113 f AktG kommt es auf die Gesamthöhe der gezahlten Vergütungen
und nicht auf den Umfang des einzelnen Beratungsauftrags an (BGH, Urteil vom 10.07.2012 -
II ZR 48/11, MDR 2012, 1175-1176, zitiert nach juris, Rn. 14 - Fresenius). Daran gemessen
mag auf sich beruhen, welcher Honoraranteil aus den einzelnen Beratungshonoraren intern
auf Dr. S2 entfiel. Bei einer Beteiligung an einer damals rund 20 Rechtsanwälte umfassenden
Sozietät und Beratungshonoraren in einer Gesamthöhe von mehr als 720.000 Euro kann - bei
abstrakter Betrachtung - weder absolut noch im Vergleich zu seiner Aufsichtsratsvergütung in
Höhe von 136.000 Euro von einem nur unbedeutenden, zu vernachlässigenden Leistung
gesprochen werden.

bb) Es fehlt auch nicht deshalb an einem schwerwiegenden und eindeutigen 52
Gesetzesverstoß, weil der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 20.11.2006 (II ZR 279/05, BGHZ
170, 60-67, zitiert nach juris, Rn. 15) ausdrücklich offengelassen hat, ob er die im Schrifttum
vertretene Meinung (Wissmann/Ost, BB 1998, 1957, 1958; Müller, NZG 2002, 797, 801;
Lutter/Drygala, Festschrift Ulmer, 2003, S. 395 f; E. Vetter, AG 2006, 173, 178;
Krüger/Thonfeld, EWiR 2006, 385, 386) teilt, wonach ein wegen ungenauer Bezeichnung der
Vertragspflichten gegen § 113 f AktG verstoßender Beratungsvertrag nachträglich
konkretisiert und dann durch den Aufsichtsrat genehmigt werden kann. Die Rechtsfrage, von
der abhängt, ob ein nichtiges Rechtsgeschäft als gültig zu behandeln ist, ist danach zwar -
wie das Landgericht richtig gesehen hat - nicht eindeutig zu beantworten, solange sie
höchststrichterlich nicht geklärt ist. Hierauf könnten sich die Mitglieder des Vorstandes und
Aufsichtsrates indes nur dann berufen, wenn die einzelnen Beratungsaufträge nachträglich
tatsächlich hinreichend konkretisiert, die erbrachten Leistungen nicht in den Aufgabenbereich
des Aufsichtsrats gefallen und alsdann genehmigt worden sind. Auf der Grundlage des
beiderseitigen Parteivortrags kann der Senat nicht davon ausgehen, dass diese
Voraussetzungen - von zu vernachlässigenden Ausnahmen wie etwa die Beratung des
Vorstands zu Fragen der Einberufung der Hauptversammlung und zur Behandlung von
Gegenständen der Tagesordnung einschließlich Gegenanträgen abgesehen - erfüllt sind.

(1) Nicht genehmigungsfähig war insbesondere der an die Sozietät S vergebene Auftrag zur 53
Erstellung eines sogenannten "Leitfadens" für die Hauptversammlung. Die Anfertigung oder
Fortschreibung eines solchen Papiers lag nicht deshalb außerhalb des Pflichtenkreises von
Dr. S2 als Aufsichtsratsvorsitzender, weil dem Vorstand die Vorbereitung der
Hauptverhandlung obliegt. Der sogenannte "Leitfaden" für die Hauptversammlung dient vor
allem als Orientierungshilfe des Versammlungsleiters für die Durchführung der Veranstaltung.
Die Befassung mit diesem Papier gehörte deshalb zu dem Pflichtenkreis des kraft Satzung
zum Versammlungsleiter bestimmten Aufsichtsratsvorsitzenden. Dieser mag zwar berechtigt
gewesen sein, für die Anfertigung oder Fortschreibung des "Leitfadens" auf Ressourcen der
Gesellschaft zurückzugreifen. Beschäftigte er sich indes selbst mit dieser Aufgabe, so war
damit untrennbar die ihm qua Amt obliegende persönliche Vorbereitung auf die Durchführung

der Hauptversammlung verbunden, für die er - ohne dass es darauf ankäme, dass es sich bei der Versammlungsleitung rechtlich um eine zusätzliche Aufgabe und nicht um eine Funktion des Vorsitzes im Aufsichtsrat handelt (Hüffer, AktG, 10. Auflage 2012, § 129 Rn. 18) - weder kraft Hauptversammlungsbeschluss noch kraft Satzung eine Sondervergütung zu beanspruchen hatte.

(2) Auch im Übrigen fehlt es an konkretem Sachvortrag dafür, dass die nachträgliche Konkretisierung der erbrachten Leistungen ergeben hat, dass diese nicht in den Aufgabenbereich des Aufsichtsrats gefallen sind. Die Beklagte hat die diesem zur Prüfung vorliegenden Unterlagen weder zur Akte gereicht noch zu deren Inhalt im Detail vorgetragen. Folglich hat sie schon nicht aufgezeigt, dass sich aus ihnen die erforderliche Klarheit über die jeweilige Beratungstätigkeit hätte gewinnen lassen können. Bei dieser Sachlage ist nicht ausgeschlossen, dass die Beratungstätigkeit der Sozietät S in einem nicht zu vernachlässigenden Umfang Leistungen erfasst hat, die zu den Aufgaben des Aufsichtsrats zählen. Das geht zu Lasten der Beklagten. 54

Es ist zwar grundsätzlich Sache des Klägers, Tatsachen vorzutragen und zu beweisen, aus denen sich ein schwerwiegender und eindeutiger Gesetzesverstoß ergibt. Da er keine Kenntnis von den konkreten Leistungen hat, die die Sozietät S erbracht hat, kann von ihm nicht erwartet werden, dass er den von ihm erhobenen Vorwurf eines Verstoßes gegen die §§ 113 f AktG mit in Einzelheiten gehendem Sachvortrag untermauert. Andererseits ist es ihm nach allgemein für eine geordnete Prozessführung geltenden Grundsätzen nicht gestattet, einen solchen Gesetzesverstoß ohne jeden tatsächlichen Anhaltspunkt "ins Blaue hinein" zu behaupten. Das hat der Kläger indes nicht getan. Bereits der eigene Vortrag der Beklagten, die Sozietät S sei in Person von Rechtsanwalt Dr. S2 mit der Erstellung eines "Leitfadens" für die Hauptversammlung befasst gewesen, bietet hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die von der Anwaltskanzlei abgerechneten Leistungen auch in anderer Hinsicht gegen die § 113 f AktG verstoßen haben könnten. 55

Bei dieser Sachlage trifft die Gesellschaft eine sekundäre Darlegungslast. Diese Grundsätze greifen ein, wenn die darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr vorzutragenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, der Prozessgegner dagegen die wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen (BGH, Urteil vom 22.03.2004 - II ZR 75/02, zitiert nach juris, Rn. 12). So liegt es hier. Da der Kläger keinen Einblick in die Abrechnungsunterlagen über die von der Sozietät S erbrachten Beratungsleistungen hat, kann er aus eigener Kenntnis nicht vortragen, welche Tätigkeit den Pflichtenkreis des Aufsichtsrats betroffen hat. Die Beklagte hätte dagegen die Beratungsaufträge, die sie selbst veranlasst hatten, ohne weiteres im Einzelnen darstellen können, weil sie über die entsprechenden Unterlagen verfügte. Derartige Angaben waren ihr auch zumutbar. Dementsprechend ist sie gehalten, die Umstände, aus denen sie ableitet, Vorstand und Aufsichtsrat hätten pflichtgemäß oder jedenfalls vertretbar gehandelt, näher darzulegen. Dem ist die Beklagte nicht gerecht geworden. Das führt dazu, dass die Darstellung des primär beweisbelasteten Klägers, die einzelnen Beratungsverträge seien nachträglich nicht hinreichend konkretisiert und deshalb nicht wirksam vom Aufsichtsrat genehmigt worden, als zugestanden anzusehen sind (§ 138 Abs. 3 ZPO). 56

cc) Deshalb war der Senat nicht gehalten, dem Angebot auf Vernehmung des Rechtsanwalts Dr. Q sowie der Aufsichtsratsmitglieder Dr. S2, Dr. H2 und Dr. C nachzugehen. Die Beklagte hat die Zeugen zum Nachweis dafür angeboten, dass von der Sozietät S keine Tätigkeiten abgerechnet worden sind, die in den Pflichtenkreis des Aufsichtsrats fallen. Gegenstand der Beweiserhebung durch Zeugen sind im Übrigen allein Wahrnehmungen über vergangene - 57

ausnahmsweise auch gegenwärtige - Tatsachen und Zustände, nicht aber über Rückschlüsse aus tatsächlichen Gegebenheiten. Mangels näherer Bezeichnung der Tatsachen, aus denen gefolgert werden konnte, es habe sich um Tätigkeiten außerhalb des Aufgabenbereichs des Aufsichtsrats gehandelt, fehlte es den Beweisangeboten mithin an einem zulässigen Beweisthema.

dd) Der Inhalt des nachgereichten Schriftsatzes der Beklagten vom 18.12.2012 gibt keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung (§ 156 ZPO). Der Senat hat weder den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt noch gegen seine Hinweispflicht (§ 139 ZPO) verstoßen. 58

Ein gerichtlicher Hinweis ist entbehrlich, wenn die Partei von der Gegenseite unmissverständlich die gebotene Unterrichtung erhalten hat (BGH, Beschluss vom 20.12.2007 - IX ZR 207/05, NJW-RR 2008, 581-582, zitiert nach juris, Rn. 2 mit weiteren Nachweisen). Das Berufungsgericht ist zwar zur Meidung von Überraschungsentscheidungen grundsätzlich gehalten, eine in erster Instanz siegreiche Partei darauf hinzuweisen, wenn es der Beurteilung der Vorinstanz nicht folgen will und aufgrund seiner abweichenden Ansicht eine Ergänzung des Vorbringens oder einen Beweisantritt für erforderlich hält (BGH, Beschluss vom 15.03.2006 - IV ZR 32/05, NJW-RR 2006, 937;; Urteil vom 16.05.2002 -VII ZR 197/01, BauR 2002, 1432; Urteil vom 27.04. 1994 - XII ZR 16/93, WM 1994, 1823, 1824). Indes bedarf es eines solchen Hinweises nicht, wenn eine Partei in erster Instanz obsiegt hat, die dem zugrunde liegende Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts als zentraler Streitpunkt zur Überprüfung durch das Berufungsgericht gestellt wird, und das Berufungsgericht sich sodann der Auffassung des Berufungsklägers anschließt. Denn in diesem Fall, muss die in erster Instanz erfolgreiche Partei von vornherein damit rechnen, dass das Berufungsgericht anderer Auffassung ist; seine dementsprechende Entscheidung kann im Grundsatz nicht überraschend sein (BGH, Urteil vom 19.08.2010 - VII ZR 113/09, NJW 2010, 3089-3091, zitiert nach juris, Rn. 18). 59

Daran gemessen hatte der Senat keinen Anlass, die Beklagte darauf hinzuweisen, über die Frage der nachträglich konkretisierten und genehmigten Beratungsgegenstände bestehe noch Aufklärungsbedarf. Das Landgericht hat die Frage, ob die einzelnen Beratungsaufträge nachträglich tatsächlich hinreichend konkretisiert worden und die erbrachten Leistungen nicht in den Aufgabenbereich des Aufsichtsrats gefallen sind, unter Hinweis auf die Ausführungen des Bundesgerichtshofs in dem Urteil vom 20.11.2006 (II ZR 279/05, BGHZ 170, 60-67) nicht für entscheidungserheblich gehalten und die Ergänzungsbedürftigkeit des Vortrags der Beklagten dahinstehen lassen. Mit seiner Berufung hat der Kläger diese Würdigung angegriffen. Bereits erstinstanzlich hatte er geltend gemacht, es müsse davon ausgegangen werden, dass die Sozietät S auch Leistungen erbracht habe, deren Gegenstand die Tätigkeit des Aufsichtsrats betroffen habe, weil die Beklagte ihrer sekundären Darlegungslast nicht nachgekommen sei. In seiner Berufungsbegründung hat der Kläger dieses Vorbringen mit dem Bemerkten vertieft, dem Vortrag der Beklagten lasse sich eine wirksame Genehmigung - so man eine solche überhaupt für möglich halte - nicht entnehmen. Die Beklagte hat - wie ihre Ausführungen in beiden Rechtszügen belegen - die Rechtsauffassung des Klägers richtig verstanden. Damit war sie zutreffend über die Sach- und Rechtslage unterrichtet. Es konnte sie deshalb auch nicht überraschen, wenn der Senat, nachdem er bereits durch Verfügung des Vorsitzenden vom 10.09.2012 zu erkennen gegeben hatte, dass er zu einer Abänderung der angefochtenen Entscheidung neige, im Termin vom 13.12.2012 unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darauf hingewiesen hat, der Vortrag der Beklagten lasse nicht hinreichend erkennen, dass ihr Aufsichtsrat im Rahmen des gewählten Verfahrens nicht gegen § 113 AktG verstoßen habe. Ein zusätzlicher vorheriger gerichtlicher 60

Hinweis war nicht geboten.

Trotz der erhobenen Rüge einer Verletzung der richterlichen Hinweispflicht bezüglich der Erheblichkeit ihres Vortrags zu den Gegenständen der Beratung durch die Sozietät S hat die Beklagte den angeblich auf Grund des unterlassenen Hinweises unterbliebenen Vortrag auch innerhalb der Spruchfrist nicht nachgeholt. Dieses Versäumnis beruht daher nicht auf einem Verfahrensmangel, sondern auf dem prozessualen Vorgehen der Beklagten. 61

e) Schließlich rechtfertigt auch die in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung (Senatsurteil vom 09.07.2009 - 18 U 167/08, AG 2010, 219-200, zitiert nach juris, Rn. 22; OLG Stuttgart, 29.02.2012 - 20 U 3/11, AG 2012, 298-304, zitiert nach juris, Rn. 244; offen gelassen in BGH, Beschluss vom 06.11.2012 - II ZR 111/12, ZIP 2012, 2438-2439, zitiert nach juris) vertretene Auffassung, wonach Entlastungsbeschlüsse dann nicht anfechtbar sind, wenn für die Hauptversammlung das tatsächliche Verhalten nicht erkennbar war, das den Gesetzes- oder Satzungsverstoß darstellt, keine der Beklagten günstige Entscheidung. Denn von einer solchen Erkennbarkeit ist im Streitfall auszugehen. 62

Die Möglichkeit von Verstößen gegen § 113 AktG ist zwar nicht ausdrücklich angesprochen worden, sie ergab sich aber aus den der Hauptversammlung bekannten Umständen. Bereits der Konzernlagebericht enthielt die Information, dass die Notwendigkeit und Angemessenheit der 2010 mit einem Gesamtaufwand von rund 720.000 Euro verbundenen Inanspruchnahme der Sozietät S von dem Aufsichtsrat genehmigt, d.h. erst nachträglich gebilligt worden ist. Diesen Sachverhalt hat der Kläger in seinen Redebeitrag aufgegriffen. Seine Frage nach einem Rahmenvertrag hat die Verwaltung - soweit ersichtlich - zwar nicht positiv beantwortet, der naheliegenden Ausgestaltung der Beziehungen zwischen Gesellschaft und Anwaltskanzlei ist sie aber auch nicht ausdrücklich entgegen getreten. Die Einrichtung eines Genehmigungsverfahrens belegt, dass in dem Rahmenvertrag allein keine ausreichende Grundlage für die Inanspruchnahme der anwaltlichen Dienste gesehen werden konnte. Nach dem Kontext der weiteren Informationen, die der Durchschnittsaktionär bei der Entscheidung über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat berücksichtigen konnte, gab es schließlich Anhaltspunkte für Mängel des Genehmigungsverfahrens. Die Äußerungen des Aufsichtsratsvorsitzenden ließen besorgen, dass diesem § 113 AktG zuwider über die Sozietät S mittelbar ohne erforderliche Satzungspublizität oder Hauptversammlungsbeschluss Zuwendungen für Tätigkeiten zugeflossen sind, die zum Pflichtenkreis des ihm übertragenen Amtes als Versammlungsleiter zählten. 63

Der Beklagten gereicht auch nicht zum Vorteil, dass sich der Kläger oder andere Aktionäre, die eine Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat verhindern wollten, sich nicht um weitere Aufklärung bemühten. Dazu bestand kein Anlass. Die durch Tatsachen unterlegte Möglichkeit von Gesetzesverstößen im Einzelfall ließ weitere Unregelmäßigkeiten befürchten. 64

Ohne Erfolg rügt die Beklagte schließlich, dass Verstöße gegen §§ 113 f AktG nicht die Stoßrichtung seiner Angriffe im Rahmen der Generaldebatte in der Hauptversammlung am 24.05.2011 gewesen seien, dort vielmehr die Frage der Unabhängigkeit des Aufsichtsrats eine hervorgehobene Rolle gespielt habe. Für die Erkennbarkeit von Gesetzesverstößen kommt es nicht darauf an, welches strategische Ziel mit einem Redebeitrag in der Generaldebatte verfolgt wird. Die persönliche Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern gegenüber dem Vorstand zu stärken, ist im Übrigen ein Anliegen, welches auch mit den §§ 113 f AktG verfolgt wird (vgl. Drygalla in Schmidt/Lutter, AktG, 2. Auflage, § 114 Rn. 2). 65

3. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91 Abs. 1 Satz 1, 100, 281 Abs. 3 Satz 2 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 66

4. Die Voraussetzungen, unter denen die Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen ist, liegen nicht vor. Die für die Entscheidung des Rechtsstreits maßgeblichen Fragen sind höchstrichterlich geklärt; die Rechtsanwendung des Senats stützt sich auf spezifische Umstände des Einzelfalles. 67
5. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 50.000 Euro festgesetzt. 68
-