

OLG Frankfurt, Urteil vom 24. Juni 2009 - 23 U 90/07

Leitsatz

1. Die unberechtigte Verweigerung einer Auskunft in der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft bezüglich einer Frage, die im Wesentlichen den Vorstand betrifft, rechtfertigt es nicht, dem Aufsichtsrat die Entlastung zu verweigern.

2. Eine Aktiengesellschaft, die in einem Zivilprozess auf eine sehr hohe Summe in Anspruch genommen wird, verzichtet zu Recht auf die Bildung einer Rückstellung, wenn eine praktische, nachvollziehbare Betrachtung der Prozesschancen zum Zeitpunkt der Aufstellung der Bilanz gute Verteidigungsaussichten ergibt und überdies die Höhe des unbezifferten Schadens nicht vernünftig abschätzbar ist. Auch die Rückgriffsmöglichkeit auf Grund einer bestehenden Versicherung kann dazu führen, dass keine Rückstellung zu bilden ist. Dagegen ist es nicht zulässig, auf die Bilanzierung im Hinblick auf die geringe Bedeutung in Anbetracht der Bilanzsumme zu verzichten, da sich die Bedeutung bei einer Bank eher aus dem Vergleich mit dem Gewinn oder Verlust und der Frage, ob die Höhe der Dividendenzahlung beeinflusst werden kann, ergibt.

Tenor

Die Berufung der Kläger gegen das am 13.03.2007 verkündete Urteil der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts in Frankfurt am Main wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 13.03.2007 verkündete Urteil der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts in Frankfurt am Main teilweise abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen, soweit die Kläger begehren, die Beschlüsse der ordentlichen Hauptversammlung der Beklagten vom 02.06.2004 zu Tagesordnungspunkt 4 zur Entlastung der Mitglieder des Aufsichtsrats für das Geschäftsjahr 2003 für nichtig zu erklären.

Hinsichtlich der zu Tagesordnungspunkt 3 gefassten Beschlüsse verbleibt es bei dem Urteil der Kammer für Handelssachen.

Die weitergehende Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten beider Instanzen haben die Kläger zu jeweils 45 % und die Beklagte zu 10 % zu tragen.

Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit leistet oder hinterlegt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I. Gegenstand des Rechtsstreits ist die Feststellung der Nichtigkeit bzw. die Anfechtung von Beschlüssen in der Hauptversammlung der Beklagten vom 02.06.2004. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die zutreffende Darstellung im Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils mit den nachfolgenden Ergänzungen Bezug genommen.

Für die Frage der Notwendigkeit einer Rückstellungsbildung sind die rechtlichen Auseinandersetzungen in Folge eines Interviews des damaligen Vorstandssprechers der Beklagten von Bedeutung. Deren Verlauf war im für den

vorliegenden Fall entscheidungserheblichen Zeitraum folgender:

Am 03.02.2002 gab der damalige Vorstandssprecher und spätere Aufsichtsratsvorsitzende der Beklagten Dr. X ein Fernsehinterview, in dem er sich zur Kreditwürdigkeit der A-Gruppe äußerte. Dieses Interview wurde am darauffolgenden Tag in Deutschland ausgestrahlt. Aus Sicht der A-Gruppe entstanden dadurch enorme wirtschaftliche Schäden. Im Mai 2002 erhob Dr. CA Klage vor dem LG München I auf Feststellung, dass die Beklagte und Dr. X verpflichtet sind, ihm (teilweise aus abgetretenem Recht) entstandene und noch entstehende Schäden, deren volles Ausmaß noch nicht absehbar ist, zu ersetzen. Der Streitwert wurde mit 100 Millionen € angegeben und festgesetzt. Die Klage hatte beim LG München I Erfolg (Urteil vom 18.2.2003, NJW 2003, 1046 ff.). Die Berufung der ... gegen dieses Urteil wurde durch Urteil des OLG München vom 10.12.2003 zurückgewiesen, während die Klage gegen Dr. X abgewiesen wurde (WM 2004, 74 ff.). Außerdem hatte Dr. CA eine unbezifferte Schadensersatzklage vor dem United States District Court, Southern District of New York, erhoben (Bl. 1940 d.A.). In Anbetracht der Streitwerte wurde die zentrale Rechtsabteilung der Beklagten informiert, die ihrerseits Gespräche mit der Abschlussprüferin über die Einschätzung der Risiken führte. Das Audit Committee des Aufsichtsrats wurde Ende 2002 über den Fall informiert. Die Organe der Beklagten wurden über den Gang des Feststellungsverfahrens auf dem Laufenden gehalten. Nach bestrittenem Vortrag der Beklagten soll überdies eine Y Versicherung bis zum üblichen Betrag von 500 Millionen € bestehen. Dieser Versicherungsschutz soll durch verschiedene Versicherungsunternehmen gewährleistet sein. Gegenüber dem federführenden Unternehmen, das über den Gang des Verfahrens auf dem Laufenden gehalten werde, soll im Oktober 2002 eine „Schadenmeldung“ erfolgt sein soll (1933 ff. d.A.).

Das Landgericht hat die Klage als teilweise begründet angesehen und zur Begründung insgesamt ausgeführt:

Ein Nichtigkeitsgrund im Sinne des § 241 AktG liege nicht vor. Nichtigkeit wäre auch dann nicht gegeben, wenn der Notar die Hauptversammlung wie im Vorjahr beurkundet haben sollte. Eine unterzeichnete notarielle Niederschrift liege vor. Auch eine Beschlussanfechtung als Folge verspäteter Erstellung oder Einreichung der Niederschrift komme nicht in Betracht. Es sei für die aktienrechtliche Wirksamkeit ausreichend, dass der Notar das vom Versammlungsleiter festgestellte Abstimmungsergebnis protokolliere. Eigene Feststellungen dazu müsse er nicht treffen. Seitens des Klägers zu 1) werde auch nicht geltend gemacht, dass es zu Unregelmäßigkeiten bei der Abstimmung gekommen sei. Die Kläger könnten sich nicht darauf berufen, dass es Unterschiede zwischen der Ursprungsfassung und der zum Handelsregister eingereichten Abschrift bezüglich der Beschlüsse gebe. Dieser Vortrag sei erst nach Ablauf der Anfechtungsfrist in das Verfahren eingeführt worden und völlig unsubstantiiert. Auch die Übertragung der Rede- und Fragebeiträge in das back office führe nicht zur Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit, da die Satzung der Beklagten in Einklang mit § 118 Abs. 3 AktG dem Versammlungsleiter die Befugnis einräume, die Übertragung der Hauptversammlung über elektronische Medien zuzulassen, wovon er Gebrauch gemacht habe.

Ferner liege kein Einberufungsmangel hinsichtlich des Tagungsordnungspunktes 2. vor. Es sei nicht zu beanstanden, dass in dieser Bekanntmachung der auszuschüttende Bilanzgewinn mit 872.781.369,00 € angegeben wurde, der zu einer Dividende in Höhe von 1,50 € je dividendenberechtigter Aktie führe, und der verbleibende Betrag, der auf eigene Aktien entfalle, auf neue Rechnung vorgetragen wurde. Dies sei sachgerecht, da zum Zeitpunkt der Bekanntmachung noch nicht endgültig festgestanden habe, in welchem Umfang eigene Aktien gehalten würden.

Die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Jahresabschlusses 2003 sei unbegründet. Nichtigkeit folge nicht aus dem Umstand, dass der Beschluss über die Bestellung des Abschlussprüfers der Jahreshauptversammlung 2003 angefochten und eine Entscheidung über die Berufung gegen das klageabweisende Urteil noch nicht ergangen sei. Ein Abschlussprüfer sei auch dann im Sinne des § 256 Abs. 1 Ziff. 3 AktG bestellt, wenn der Wahlbeschluss nichtig sei.

Entgegen der Ansicht der Kläger sei die Beklagte nicht verpflichtet gewesen, Rückstellungen im Hinblick auf Schadensersatzforderungen des Ehemanns der Klägerin zu 2) zu bilden. Diese seien weder handelsrechtlich, noch steuerrechtlich geboten gewesen. Sie seien nur erforderlich, wenn zum Bilanzstichtag objektiv die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme bestanden habe. Am 31.12.2003 hätten aber nicht mehr objektiv greifbare Gründe für eine Verpflichtung zur Schadensersatzleistung gesprochen als dagegen, da Ausführungen zur haftungsausfüllenden Kausalität noch nicht gemacht worden seien und es auch an objektiven Anhaltspunkten einer ungefähren Größenordnung der Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme gefehlt habe. Die pessimistischste Alternative müsse nicht gewählt werden. Die Frage, ob die Sachlage nach dem Urteil des BGH vom 24.01.2006 und der Bezifferung des Schadens anders zu beurteilen sei, könne dahinstehen.

Auch für die Prozesskosten bedürfte es keiner Rückstellung. Hinsichtlich der eigenen, innerbetrieblichen Kosten fehle es am Merkmal der Außenverpflichtung. Für die gegebenenfalls dem Gegner zu erstattenden außergerichtlichen Kosten und für die Gerichtskosten bestehe Versicherungsschutz. Dass der dafür zuständige Aufsichtsrat den Beschluss gefasst habe, die Verfahrenskosten von Dr. X zu übernehmen, stelle ebenfalls keinen Nichtigkeitsgrund dar. Es entspreche der Führsorgepflicht eines Dienstherrn, die dem früheren Vorstandsvorsitzenden entstehenden Kosten zur Abwehr unberechtigt geltend gemachter Ansprüche zu übernehmen. Zumindest damals habe man davon ausgehen müssen, dass diese Ansprüche unberechtigt seien.

Da Verstöße gegen die Rückstellungspflicht nicht gegeben seien, könne auch die Bestellung des bereits in der Vergangenheit tätigen Abschlussprüfers (TOP 5 der Tagesordnung) nicht angefochten werden.

Im Hinblick auf die beschlossene Entlastung des Vorstands und des Aufsichtsrats seien die Klagen dagegen erfolgreich. Dabei sei § 243 Abs. 4 AktG in der seit dem 01.11. 2005 geltenden Fassung anzuwenden. Diese vorranglich prozessuale Vorschrift gelte mangels Übergangsregelung auch für bereits anhängige Verfahren. Es liege ein Fall einer verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässigen unechten Rückwirkung vor, da trotz der nachträglichen Entwertung von Rechtspositionen gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen betroffen seien, bei denen auch die Veränderungsgründe des Gesetzgebers im Vergleich zum Bestandsinteresse der Betroffenen überwiegen würden. Die Beklagte habe, wie in anderen Verfahren festgestellt worden sei, zu Unrecht eine Reihe von Fragen nicht beantwortet. Seien die Auskünfte zur sachgemäßen Beurteilung eines Gegenstands der Tagesordnung erforderlich, würden relevante und damit kausale Pflichtverletzungen vorliegen. Dies sei hinsichtlich der Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat bei Fragen, die das GEC (Group Executive Committee) betreffen, der Fall.

Gegen dieses Urteil haben sowohl die Kläger als auch die Beklagte fristgemäß Berufung eingelegt.

Die Berufung des Klägers zu 1) beschränkt sich auf den Beschluss zu TOP 2 der Tagesordnung. Zur Begründung führt er aus:

Die rechtliche Begründung des Landgerichts zur Einladung überzeuge nicht. Die Anzahl der eigenen, nicht dividendenberechtigten Aktien habe die Beklagte leicht ermitteln können, zumal es sich um Namensaktien handele. Etwaige Veränderungen hätten den Aktionären dann später mitgeteilt werden können. Die Beklagte habe diesbezüglich ihre Einladungspraxis auch mittlerweile umgestellt.

Sämtliche Beschlüsse der Hauptversammlung 2004 seien auch wegen eines weiteren Einladungsmangels gemäß §§ 241 I Nr. 1 i.V.m. 123 III AktG nichtig. Im Einladungstext sei zu Unrecht ausgeführt, dass die Vollmacht im Falle einer Vertretung durch einen Bevollmächtigten der Schriftform bedürfe (Bl. 1723 ff. d.A.).

Es sei auch von Bedeutung, dass nach der damaligen Fassung der Satzung (§ 19) der Aufsichtsratsvorsitzende Dr. X nicht kraft Amtes Leiter der Hauptversammlung gewesen sei. Es habe vielmehr eines entsprechenden Beschlusses des Aufsichtsrats bedurft. Sollte ein solcher nicht existieren, seien sämtliche Beschlüsse der Hauptversammlung ungültig, nichtig und anfechtbar (Bl. 1731 d.A.).

Zur Frage der Erstellung des Protokolls hätte das Landgericht eigene Feststellungen treffen müssen und sich nicht mit einem hypothetischen Sachverhalt auseinandersetzen dürfen. Das Landgericht habe auch die Fragestellung verkannt. Es gehe nicht darum, ob ein Verstoß gegen die Pflicht zur unverzüglichen Protokollierung eine Nichtigkeit der Beschlüsse zur Folge habe, sondern vielmehr darum, dass möglicherweise eine abgeschlossene Beurkundung der Hauptversammlung vorgelegen habe, die mittlerweile entsorgt worden sei, so dass gar keine ordnungsgemäße Niederschrift der Hauptversammlung mehr existiere. Das Landgericht gehe auch zu Unrecht davon aus, dass den Notar keine eigene Prüfungspflicht treffe. Er sei kein Schreiborgan und dürfe nur eigene Wahrnehmungen protokollieren. Zu Unrecht verweise das Landgericht darauf, dass er, der Kläger zu 1), keine Unregelmäßigkeiten geltend gemacht habe. Darauf komme es nicht an. Es sei ihm gar nicht möglich, Unregelmäßigkeiten darzustellen, weil den Aktionären kein Zutritt zum back office gewährt worden sei. Es sei vielmehr Sache der Beklagten darzulegen und nachzuweisen, dass der Beurkundungsvorgang rechtlich einwandfrei zustande gekommen sei, weshalb es erforderlich sei, den beurkundenden Notar hierzu als Zeuge zu vernehmen (Bl. 1926 ff. d.A.).

Der Gewinnverwendungsbeschluss sei unwirksam. Die Ausführungen des Landgerichts zu den Rückstellungen seien rechtsfehlerhaft. Die Beklagte sei zur Vorsorge verpflichtet gewesen. Von einer drohenden Inanspruchnahme könne gesprochen werden, auch wenn die Höhe des Schadens noch nicht feststehe. An dem festgesetzten Gegenstandswert der Feststellungsklage von 100 Mio. € dürfe man sich nicht orientieren, zumal der Schaden damals noch im Entstehen gewesen sei. Auch die ohnehin limitierte Y Versicherung, deren angeblichen Abschluss die Beklagte nicht dokumentiere, sei in diesem Zusammenhang nicht zu berücksichtigen, zumal deren Umfang ohnehin völlig unzureichend sei (Bl. 1930 f., 2008 d.A.).

Der Kläger zu 1) beantragt,

unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung festzustellen, dass die auf der Hauptversammlung der Beklagten vom 02.06.2004 beschlossene und festgestellte Verwendung des Bilanzgewinns (TOP 2) nichtig ist bzw. diese (hilfsweise) für nichtig zu erklären.

Die Berufung der Klägerin zu 2) bezieht sich auf die Entscheidung zu Top 2 bis 5 der Tagesordnung. Außerdem begehrt sie die Feststellung der Nichtigkeit des Jahresabschlusses für 2003. Die Klägerin zu 2) ist der Auffassung, das Landgericht habe den Sachverhalt nur unzureichend festgestellt. Eine Beweisaufnahme werde ergeben, dass keine ordnungsgemäße Beurkundung vorliege, sondern eine Vielzahl von Mängeln und Nachlässigkeiten, insbesondere bezüglich der Protokollierung der gefassten Beschlüsse gegeben sei. Außerdem sei die beim Handelsregister eingereichte Niederschrift erst weit nach Überschreitung der Grenze der „Unverzüglichkeit“ unterzeichnet worden. Das Landgericht habe nicht berücksichtigt, dass ihrer Meinung nach die in der ursprünglichen Niederschrift der Hauptversammlung enthaltenen Beschlüsse nicht mit der in der später beim Handelsregister eingereichten Fassung übereinstimmten. In Anbetracht dieser schon in erster Instanz erfolgten konkreten Beanstandung treffe die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast für die Richtigkeit des Protokolls. Für das Protokoll des Vorjahres habe der Notar umfangreiche Änderungen eingeräumt. Das Landgericht habe auch nicht berücksichtigt, dass der Berichtigung eines Hauptversammlungsprotokolls enge Grenzen gesetzt seien und im Hinblick auf Wahrnehmungen eines Dritten gar nicht in Betracht kommen würde.

Das Landgericht habe auch nicht berücksichtigt, dass die Verletzung von Informationsrechten auch zur Anfechtung der Wahl des Abschlussprüfers und zur Nichtigkeit des Jahresabschlusses führe. Gegebenenfalls hätte der Rechtsstreit bis zur Entscheidung über die Anfechtungsklage 2003 ausgesetzt werden müssen. Es sei auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte eine Vielzahl von Fragen nicht beantwortet habe (Bl. 1476 d.A.). Diese Fragen seien für alle vier streitgegenständliche Tagesordnungspunkte relevant. Die Auskunftsklage sei anhängig. Es sei auch ohne Weiteres zulässig, sich die nicht beantworteten Fragen anderer Aktionäre zu eigen zu machen.

Die von Herrn Dr. CA erhobene Schadensersatzklage habe im Hinblick auf das Urteil des OLG München vom 10.12.2003 die Bildung von Rückstellungen auch bezüglich der Prozesskosten erfordert. Es gebe diesbezüglich keinen Ermessensspielraum, da die Entscheidung nach objektiven Kriterien zu erfolgen habe. Maßgebend sei die voraussichtlich zu zahlende Schadensersatzsumme einschließlich der Prozesskosten. Die Beklagte habe sich mit der Frage der Rückstellungsbildung überhaupt nicht befasst, so dass der Jahresabschluss schon aus diesem Grund nichtig sei (Bl. 2206 d.A.). Die Beklagte müsse wenigstens durch Vorlage von Urkunden dokumentieren, aus welchen Gründen sie keine Rückstellung gebildet habe (Bl. 2187 d.A.). Vorstand und Aufsichtsrat der Beklagten hätten die Bildung einer Rückstellung unter bewusster Inkaufnahme der Errichtung eines unrichtigen und nichtigen Jahresabschlusses unterlassen. Gemessen an Eigenkapital und Bilanzgewinn handele es sich zweifelsfrei um eine bedeutende und damit zu berücksichtigende Position (Bl. 1908ff. d.A.). Eine Rückstellung habe mindestens in Höhe von 3.406.271.812,72 € gebildet werden müssen. Solche Bilanzierungsfehler könnten auch nicht bei der Beklagten als dem Umfange nach bedeutungslos angesehen werden (Bl. 1887, 1911 d.A.).

Die Klägerin zu 2) beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts in Frankfurt am Main vom 13. März 2007, 3-5 O 97/04, wie folgt zu erkennen:

1. Die Beschlüsse der Hauptversammlung der Beklagten vom 02. Juni 2004 Tagesordnungspunkt
2. „Verwendung des Bilanzgewinns“ mit dem Inhalt: „Der Bilanzgewinn von 872.781.369,00 € wird zur Ausschüttung einer Dividende von 1,50 € je dividendenberechtigter Stück Aktie verwendet. Der verbleibende Betrag, der auf eigene Aktien entfällt, wird auf neue Rechnung vorgetragen“; Tagesordnungspunkt
3. „Entlastung des Vorstandes für das Geschäftsjahr 2003 „mit dem Inhalt,,, dass den Vorständen Dr. B, D,

Dr. E und Dr. F wird für das Geschäftsjahr 2003 Entlastung erteilt“ wird; Tagesordnungspunkt 4. „Entlastung des Aufsichtsrates für das Geschäftsjahr 2003“ mit dem Inhalt, „dass den Aufsichtsräten Dr. X, G, Dr. rer. oec. H, Dr. I, J, K, L, M, N, Sir O, Prof. Dr. P, Q, R, S, Prof. Dr. Ing. e. h. T, U, V, Dr. W, Z, XA, XB, XC, XD, XE, Dipl.-Ing. Dr.-Ing. e. h. XF, Dipl.-Ing. XG und XH wird für das Geschäftsjahr 2003 Entlastung erteilt“ wird; und dem Tagesordnungspunkt 5. „Wahl des Abschlussprüfers für das Geschäftsjahr 2004 „mit dem Wortlaut:„Die XY Aktiengesellschaft ...gesellschaft O1, wird zum Abschlussprüfer für das Geschäftsjahr 2004 bestellt“ werden für nichtig erklärt. 6. Es wird festgestellt, dass der Jahresabschluss der Beklagten für das Geschäftsjahr zum 31.12.2003, festgestellt durch den Aufsichtsrat am 19. März 2004, nichtig ist.

Die Beklagte ist der Auffassung, ihre Verurteilung sei zu Unrecht erfolgt.

Eine Informationspflichtverletzung liege nicht vor. Der Vorstand, an den sich alle Fragen gerichtet hätten, habe diese beantwortet, soweit eine Rechtspflicht dazu bestanden habe. Es sei auch zu beachten, dass sich der Vertreter der Klägerin zu 2) in der Hauptversammlung treuwidrig, widersprüchlich und rechtsmissbräuchlich verhalten habe. Er habe seine Fragen weder bestimmten Tagesordnungspunkten zugewiesen (Bl. 1621 ff. d.A.) noch deren Hintergründe dargelegt. Ferner habe er sich alle Fragen anderer Redner pauschal zu Eigen gemacht und keinen Widerspruch gegen die Feststellung, dass alle gestellten Fragen mit Ausnahme der als unbeantwortet zu Protokoll des Notars gerügten beantwortet seien, erhoben.

Das Landgericht habe sich auch nicht mit ihrem konkreten Einwand auseinandergesetzt, dass ihr im Fall einer Antwort zur Vergütung von bestimmten Mitarbeitern nicht unerhebliche Nachteile durch deren Abwerbung seitens Wettbewerber drohen würden. Diese Gefahr sei auch konkret, denn solche Abwerbungen habe es bereits gegeben. Eine etwaige Nichtbeantwortung der diesbezüglichen Fragen führe auch nicht zur Anfechtbarkeit, da es sich um keine für die Meinungsbildung der Aktionäre erforderliche Information handele (Bl. 1325 d.A.). Im Übrigen seien diese Fragen auch beantwortet worden (Bl. 1326, 1646 f d.A.).

Hinsichtlich der Fragen betreffend das GEC gehe das Landgericht ebenso wie der 20. Zivilsenat des Oberlandesgerichtes in Frankfurt am Main von falschen tatsächlichen Voraussetzungen aus. Das GEC sei nach der Geschäftsordnung des Vorstands kein „zentrales Leitungsorgan“. Es sei auch keine „grundlegend neue Führungsstruktur der Gesellschaft geschaffen“ worden. Das GEC sei nur das Forum, in welchem sich der Vorstand fortlaufend über Geschäftsentwicklungen und spezifische Transaktionen unterrichten lasse und in dem strategische Fragen mit dem Vorstand erörtert sowie Geschäftssegmente der Beklagten regelmäßig überprüft würden. In diesem Zusammenhang sei es sachgerecht und effizient, dass die Leiter der einzelnen Geschäftssegmente an den Gesprächen teilnähmen, da es um die Beratung des Vorstands und die Erarbeitung von Vorstandsvorlagen gehe (Bl. 1331f. d.A.). Die Entscheidungen würden jedoch weiterhin ausschließlich auf Vorstandsebene getroffen. Somit sei die Vergütung der GEC-Mitglieder keine für die Beurteilung der Vorstandstätigkeit im Jahre 2003 erforderliche Information. Überdies seien eher die Funktion und die Aufgabenverteilung der Mitglieder des GEC als deren Vergütung von Interesse. Im Übrigen betreffe § 285 Abs. 1 Ziff. 9 HGB keine Auskunftspflichtverletzungen und sei deshalb als Anspruchsgrundlage ungeeignet. Es stelle schon einen erheblichen Wettbewerbsnachteil dar, wenn die Konkurrenz aufgrund des Gesamtbetrags die Individualbezüge der GEC-Mitglieder, die nicht Vorstandsmitglieder sind, auch nur grob schätzen könne. Auch solle eine hausinterne Vergütungsdiskussion vermieden werden. Im Übrigen habe das Landgericht inzwischen seine Auffassung zur Auskunftspflicht bezüglich des GEC aufgegeben (Bl. 1344 d.A.), was bereits die Zustimmung des 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichtes in Frankfurt am Main gefunden habe.

Für das vom Landgericht angenommene gleichsam automatische „Durchschlagen“ der Informationsmängel auf die Beschlussfassung über die Entlastung des Aufsichtsrates gebe es keine Rechtsgrundlage. Der Aufsichtsrat sei in einer Hauptversammlung zur Auskunftserteilung weder berechtigt noch verpflichtet. Er könne Informationsrechte gar nicht verletzen. Die Funktionstrennung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat sei zu beachten. Es gehe auch bei den Fragen, deren Nichtbeantwortung gerügt werde, nicht um die unmittelbaren Tätigkeitsbereiche des Aufsichtsrates. Der gemäß § 171 Abs. 2 AktG erstellte Bericht reiche zur Information über die Tätigkeit des Aufsichtsrates aus.

Da Gegenstand des Rechtsstreits eine Reihe grundsätzlicher Fragen sei, wie z.B. die Auslegung der Neufassung des § 243 Abs. 4 S. 1 Akt, sei für den Fall, dass der Berufung der Beklagten nicht stattgegeben werde, die Zulassung der Revision erforderlich.

Den Berufungen der beiden Kläger ist nach Ansicht der Beklagten der Erfolg zu versagen.

Die Berufung des Klägers zu 1) sei bereits unzulässig, weil er nur seine Postfachadresse angegeben habe und mehrere Seiten der Berufungsbegründung fehlten (Bl. 1523 d.A.).

Abgesehen hiervon seien aber auch die gegen das Urteil gerichteten materiell-rechtlichen Angriffe der Kläger unbegründet.

Die Einladung verstoße nicht gegen § 124 AktG. Die Formulierung trage dem Umstand Rechnung, dass es zwischen dem Zeitpunkt der Bekanntmachung und der Beschlussfassung durch die Hauptversammlung zu Veränderungen kommen könne und typischerweise auch komme. Im Übrigen missverstehe der Kläger zu 1) den Einladungstext. Seine überdies verspätete Rüge berücksichtige nicht, dass die Einladung gar keine Bedingungen bezüglich der Vollmacht enthalte. Anforderungen an die mögliche Vollmachtserteilung, die von § 135 AktG abwichen, lägen nicht vor (Bl. 1737ff.).

§ 19 der Satzung sei so zu verstehen, dass der Aufsichtsratsvorsitzende der geborene Versammlungsleiter sei.

Die Protokollierung der Hauptversammlung sei ordnungsgemäß erfolgt. Der Vortrag der Kläger, der Notar sei im Jahre 2004 ebenso vorgegangen wie im Jahre 2003, sei hypothetisch. Den Notar treffe nur die Pflicht, das vom Versammlungsleiter bekanntgegebene Abstimmungsergebnis jeweils zu protokollieren. Weitergehende eigene Feststellungen habe der Notar nicht zu treffen. Ein etwaiger, tatsächlich aber nicht vorhandener Verstoß gegen die Verpflichtung, die Niederschrift „unverzüglich“ einzureichen, führe nicht zur Nichtigkeit der Beschlüsse. Insgesamt sei die ordnungsgemäße Protokollierung gemäß § 415 Abs. 1 ZPO durch Vorlage der notariellen Niederschrift bewiesen.

Da die Anfechtung der Wahl der Abschlussprüfer für 2003 auch nach der Entscheidung des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 17.07.2007 keinen Erfolg gehabt habe, sei es nicht mehr möglich, mit Fehlern bei der Wahl die Nichtigkeit des Jahresabschlusses 2003 zu begründen. Auch sei nicht ersichtlich, dass die Nichtzulassungsbeschwerde der Kläger gegen das erwähnte Urteil des 5. Zivilsenates Erfolg haben könne (Bl. 1537, 1672 d.A.).

Eine Bildung von Rückstellungen im Hinblick auf die damals noch gar nicht bezifferte Schadensersatzforderung des Herrn Dr. CA habe nicht erfolgen dürfen. Die Begründung der Kläger und das vorgelegte Privatgutachten würden darunter leiden, dass sie den Kenntnisstand des Jahres 2007 mit dem vom 31.12.2003 gleichsetzen würden. Sie, die Beklagte, sei im Übrigen nach wie vor davon überzeugt, dass Herr Dr. CA in Anbetracht der zahlreichen Veröffentlichungen über die Finanzschwierigkeiten der A-Gruppe, die schon vor dem Interview mit Dr. X erschienen seien, den Nachweis der Kausalität nicht erbringen werde (Bl. 1539 d.A.). Der Zusammenbruch der A-Gruppe sei unabhängig von dem Interview unvermeidbar gewesen.

Die Entscheidung der Beklagten, im Hinblick auf die Schadensersatzforderung keine Rückstellung zu bilden, sei sorgfältig abgewogen. Außerdem sei es weder sachgerecht, noch mit dem Prinzip des gesetzlichen Richters zu vereinbaren, wenn Frankfurter Gerichte im Rahmen einer Anfechtungsklage die Erfolgsaussichten einer Schadensersatzklage eines Aktionärs dem Grunde und der Höhe nach prognostizieren würden; dafür sei allein das LG München I zuständig. Deshalb wäre es allenfalls in Frage gekommen, eine Rückstellung in Höhe eines niedrigen Millionenbetrages in Euro zu bilden. Ein solcher Betrag wäre aber gemessen an der Bilanzsumme der Beklagten unwesentlich und aus diesem Grunde nicht zu berücksichtigen gewesen (Bl. 1668 ff. d.A.).

Auch die Kosten für die Verteidigung in dem Strafverfahren gegen Herrn Dr. B in Höhe von 1,9 Millionen Euro seien im Verhältnis zur Gesamtbilanzsumme unwesentlich.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Frankfurt am Main vom 13. März 2007 – 3-5 0 97/04 – die

Klagen abzuweisen,
sowie,
die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung des Rechtsstreits zuzulassen, falls ihrer Berufung nicht stattgegeben werde, und die Berufungen des Klägers zu 1) und der Klägerin zu 2) zurückzuweisen.

Der Kläger zu 1) beantragt,

die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des LG Frankfurt am Main vom 13.03.2007 - 3-5 0 97/04 - durch Beschluss als unzulässig zu verwerfen.

Der Kläger zu 1) ist der Auffassung, die von der Beklagten eingelegte Berufung sei unzulässig, weil sie ihre Anschrift nicht in zutreffender Form angegeben habe.

Die Klägerin zu 2) beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Klägerin zu 2) verteidigt das angefochtene Urteil, soweit es ihrem Antrag folgt. Aus ihrer Sicht falle es auf, dass die Beklagte den Beschluss des 20. Zivilsenates des Oberlandesgerichtes in Frankfurt am Main vom 30.01.2006 falsch wiedergebe. Dieser habe für die Hauptversammlung 2004 entschieden, dass die Gesamtvergütung des GEC mitgeteilt werden müsse. Herr Dr. B habe auch in der Hauptversammlung 2006 „gerne“ die Vergütung des GEC in Gesamtbeträgen mitgeteilt. Es sei demnach kein Geheimnis mehr, was die sieben GEC-Mitglieder, die nicht dem Vorstand angehören, verdienen. Abgeworben worden seien sie trotzdem nicht. Die Frage nach dem Aktienbesitz dieser GEC-Mitglieder hätte von der Beklagten problemlos nach Einsicht in das Namensverzeichnis beantwortet werden können.

Bezüglich der Entlastung des Aufsichtsrates sei keine gleichsam automatische Übertragung der Anfechtbarkeit vorgenommen worden. Vielmehr sei das Landgericht wie auch der 20. Zivilsenat davon ausgegangen, dass es nicht entscheidend sei, an wen die Frage gerichtet werde, sondern ob die Beantwortung der Frage erforderlich gewesen sei, um ein sachgerechtes Urteil über die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrats möglich sei.

II. Alle drei Berufungen sind zulässig.

1. Die Beklagte ist der Auffassung, der Kläger zu 1) habe die von ihm eingelegte Berufung nicht ordnungsgemäß begründet, da die Begründungsschrift in unvollständiger Form eingereicht worden ist. Tatsächlich fehlen einige Seiten (vgl. Bl. 1416 ff. d.A.). Dies steht jedoch der Zulässigkeit dieser Berufung nicht entgegen, weil der Kläger zu 1) die Begründung bereits früher in vollständiger Form per Fax übermittelt hat (vgl. Bl. 1280 ff. d.A.). Im Übrigen ist der Kläger zu 1) notwendiger Streitgenosse der Klägerin zu 2) mit der Folge, dass eine Verwerfung seiner Berufung als unzulässig im Falle einer zulässigen und durchgeführten Berufung ihrerseits ohnehin nicht erfolgen dürfte (OLG Frankfurt WM 2008, 986ff.).

2. Bedenken bezüglich der Zulässigkeit der Berufung der Klägerin zu 2) bestehen nicht.

3. Der Kläger zu 1) macht verschiedene Gründe geltend, die jeweils zur Unzulässigkeit der Berufung der Beklagten führen sollen. Keiner dieser Gründe überzeugt.

Soweit der Kläger zu 1) darauf abstellt, die Anschrift der Prozessbevollmächtigten der Beklagten sei nicht richtig angegeben, ist dies unrichtig. Es ist zwar zutreffend, dass der Sitz der Partnerschaft „XZ“ O2 ist. Die Partnerschaftsgesellschaft verfügt aber auch über ein eigenes Büro in O1. In diesem Büro wird der Prozess bearbeitet, so dass die Angabe völlig korrekt ist.

Der Kläger zu 1) rügt weiterhin, die Beklagte habe ihre Anschrift und ihre Vertretungsberechtigten falsch angegeben. Prinzipiell ist es zutreffend, dass eine fehlende oder falsche Bezeichnung der Parteien die Berufung unzulässig machen kann. Zutreffend ist auch, dass die Angabe der Vertretungsbefugnis der Beklagten fehlt, wobei im vorliegenden Fall dabei zu beachten ist, dass in Fällen der Anfechtungsklage die Aktiengesellschaft gemäß § 246 Abs. 2 S. 2 AktG durch Vorstand und Aufsichtsrat vertreten wird. Die gesetzlichen Vertreter müssen jedoch nur insoweit angegeben werden, als dies für die Zustellung erforderlich ist. Die Angabe der Vertretungsorgane gehört daher nicht unbedingt zum notwendigen Inhalt (vgl. OLG München ZIP 2006, 2370ff). Die Angaben in einer Berufungsschrift sind überdies der Auslegung fähig, wobei auch das vom Berufungsführer gegebenenfalls vorgelegte Urteil erster Instanz einzubeziehen ist (Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 67. Aufl. 2009, § 519 Rn. 27). Unter Einbeziehung des auch im vorliegenden Fall mit der Berufungsschrift von der Beklagten eingereichten Urteils erster Instanz ergeben sich somit aus diesen Gründen keine Zweifel an der Zulässigkeit der Berufung.

Soweit der Kläger auf die von der Beklagten angegebene Postleitzahl abstellt, liegt keine falsche Angabe vor. Die Beklagte hat ihre Adresse vielmehr korrekt angegeben. Sie verfügt – wie das bei Großkunden der Deutschen Post üblich ist – über unternehmensbezogene sowie adressenbezogene Postleitzahlen. Welche dieser Zahlen sie in der Berufungsschrift anführt, ist irrelevant.

III. Die Klage des Klägers zu 1) ist zulässig.

Zwar gehört zur ordnungsgemäßen Klageerhebung auch die Angabe der ladungsfähigen Anschrift des Klägers (§§ 519 Abs. 4, 130 Ziff. 1 ZPO). Nicht ausreichend ist die Angabe einer Postfachadresse (BVerwG NJW 1999, 2608 ff.). Dies bedeutet jedoch nicht, dass ein Gericht ohne Weiteres berechtigt wäre, die Klage als unzulässig zu verwerfen. Es bedarf zunächst eines Hinweises des Gerichts, dass der Kläger verpflichtet ist, seine Anschrift nachzuweisen. Der Mangel kann zumindest in den Tatsacheninstanzen noch geheilt werden (BGHZ 102, 332 ff.). So ist es im vorliegenden Fall geschehen.

IV. Die Berufungen der Kläger haben keinen Erfolg. Die Berufung der Beklagten erzielt dagegen einen Teilerfolg in der Form, dass die Klage insoweit abgewiesen wird, als mit ihr begehrt wird, den zu TOP 4 der Tagesordnung gefassten Beschluss zur Entlastung der Mitglieder des Aufsichtsrats für nichtig zu erklären.

Zur Frage der generellen Wirksamkeit der Beschlussfassungen ist Folgendes auszuführen:

A. Nichtigkeitsgründe (§ 241 AktG)

1. Etwaiger Einladungsmangel

Der Kläger zu 1) hat mit Schriftsatz vom 16.09.2008 u.a. einen Einladungsmangel geltend gemacht. Die Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG ist damit nicht gewahrt. Diese gilt jedoch nicht für Nichtigkeitsfeststellungsklagen gemäß § 241 AktG, bei denen deshalb neuer Tatsachenvortrag nach Ablauf der Anfechtungsfrist zu berücksichtigen ist (Hüfner in: Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl. 2001, § 246 Rn. 43).

Die Frage, wie in Einladungen zur Hauptversammlung die Möglichkeit der Übertragung des Stimmrechts im Hinblick auf die Neufassung des § 135 AktG zu gestalten ist, wird derzeit in der aktienrechtlichen Rechtsprechung und Literatur intensiv behandelt. Das Schriftformerfordernis für die Vollmacht ist als nicht mehr zeitgemäß entfallen, soweit Kreditinstitute oder ihnen gemäß § 125 Abs. 5 AktG gleichgestellte Institute das Stimmrecht für Dritte ausüben sollen. Dabei geht es in Anbetracht des klaren Wortlautes der §§ 121 Abs. 3 S. 2, 241 Nr. 1 AktG und unter Berücksichtigung des hohen Informationswerts einer Einladung zur Hauptversammlung für die Aktionäre um einen potentiellen Nichtigkeitsgrund (OLG Frankfurt WM 2008, 2169 ff., a.A. OLG München BB 2008, 2366ff.).

Entscheidend für die Beurteilung im Einzelfall ist der exakte Wortlaut des Einladungstextes, dessen rechtlich umstrittene Passage im vorliegenden Fall wie folgt lautet:

„Aktionäre, die im Aktienregister eingetragen sind, können ihr Stimmrecht auch durch einen Bevollmächtigten, zum

Beispiel ein Kreditinstitut oder eine Aktionärsvereinigung, ausüben lassen. In diesem Fall sind die Bevollmächtigten rechtzeitig anzumelden. Die schriftliche Vollmachtserteilung kann auch per Telefax nachgewiesen werden. Die ... AG behält sich vor, im Einzelfall die Vorlage der Originalvollmacht zu verlangen.“

Diese Formulierung ist nicht zu beanstanden. Ihr dritter Satz enthält nur eine allgemeine Aussage für den Fall der – nicht mehr immer bestehenden - Notwendigkeit der Vorlage einer schriftlichen Vollmacht. Eine Bezugnahme auf den ersten Satz, die eine inhaltlich unzutreffende Mitteilung darstellen würde, erfolgt nicht und erscheint von der sprachlichen Gestaltung her bei unbefangener Betrachtung auch alles andere als naheliegend (ausführlich die Entscheidung des Senats vom 8.6.2009, Az.: 23 W 3/09).

2. Etwaige Leitung der Versammlung durch eine dazu nicht ermächtigte Person

Der Kläger zu 1) macht geltend, dass es zu Unrecht in dem Protokoll auf S. 5 heiße, dass Dr. X “gemäß § 19 der Satzung“ den Vorsitz in der Versammlung übernommen habe. Die Leitung der Hauptversammlung durch eine dazu nicht berechnigte Person würde in der Tat der Rechtsprechung (LG Frankfurt AG 2005, 892ff.) nach die Nichtigkeit aller Beschlüsse der Hauptversammlung zur Folge haben, da dann ein Unbefugter im Sinne der §§ 241 Ziff. 2 und 130 Abs. 2 AktG die Feststellungen über die Beschlussfassungen treffen würde.

Die damals geltende Satzung sah in § 19 Abs. 1 S. 1 vor, dass die Hauptversammlung von dem Vorsitzenden oder einem anderen Mitglied des Aufsichtsrats, der Vertreter der Anteilseigner ist, geführt wird. Dieser Formulierung und Textgestaltung ist bei der gebotenen objektiven Betrachtung zu entnehmen, dass der Aufsichtsratsvorsitzende in erster Linie berufen ist. Der Senat schließt sich insoweit der Judikatur des 5. Zivilsenats im Hause an (WM 2008, 986 ff), die auch der langjährigen Praxis der Beklagten entspricht. Ein Nichtigkeitsgrund liegt insoweit auch nicht vor.

3. Etwaiger Beurkundungsmangel

§ 241 Ziff. 2 AktG sieht vor, dass Verstöße gegen die Protokollierungsvorschrift des § 130 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 AktG zur Nichtigkeit führen. Zum Mittel der formalen Beanstandung des notariellen Protokolls wird in Anfechtungsprozessen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse wegen der gravierenden Folge gern gegriffen (Maaß ZNotP 2005, 50 f.).

Wie die Protokollierung der Hauptversammlung im Jahre 2004 erfolgt ist, ist in tatsächlicher Hinsicht nicht geklärt worden. Die Parteien und das erstinstanzliche Gericht halten es offenbar für naheliegend, jedoch nicht für feststehend, dass der Notar ebenso vorgegangen ist wie im Vorjahr. Mit dieser, im angefochtenen Urteil detailliert dargestellten Verfahrensweise, setzen sich die Beteiligten auseinander. Selbst wenn es so gewesen sein sollte, würde dennoch kein Protokollierungsfehler vorliegen.

Die Protokollierung von Hauptversammlungen von Publikums-Aktiengesellschaften ist für einen Notar unter anderem wegen der Vielzahl der Redebeiträge und der verschiedenen Abstimmungen eine schwierige Aufgabe. Selbst bei sorgfältiger Vorbereitung und Verwendung modernster technischer Hilfsmittel wird es kaum möglich sein, die Urkunde am Tag der Hauptversammlung vor Ort zu erstellen. Nun plagt nach Eylmann (ZNotP 2005, 300 f.) eine Reihe von Notaren eine „übertriebene Todesfurcht“, weswegen sie zunächst eine provisorische Urkunde erstellen und unterzeichnen und dann, nach gründlicher Durcharbeitung und gegebenenfalls Rücksprache mit Mitarbeitern der Aktiengesellschaft, die endgültige und aus ihrer Sicht maßgebliche Urkunde erstellen. Das rechtliche Hauptproblem resultiert aus der Unterzeichnung der ersten Urkunde durch den Notar. Dass ein Notar eine Niederschrift bis zu seiner Unterzeichnung jederzeit berichtigen oder ergänzen kann, liegt auf der Hand. Die Unterzeichnung spricht aber auf den ersten Blick für die Fertigstellung und wirft damit die Frage auf, ob diese Urkunde noch abändert oder durch eine andere ersetzt werden darf. Letzteres ist der Fall.

Im Interesse der materiellen Wahrheit müssen Änderungen und gegebenenfalls auch Ersetzungen der Urkunde durch eine neue und vollständige zugelassen werden, solange diese nicht durch Erteilung von Ausfertigungen oder Abschriften oder Anmeldungen bei einem Register in den Rechtsverkehr gebracht worden ist (vgl. Kubis in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 4, 2. Aufl. 2004, § 130 Rn. 20). Die erste Urkunde bildet – auch wenn sie schon unterzeichnet ist – nur ein „Internum“, solange sie im Gewahrsam des Notars verbleibt. Ihr kommt damit nicht

mehr Gewicht zu als einem Entwurf (BGH, Urteil vom 16.2.2009, II ZR 185/07, Umdruck S. 8ff.). Dabei sollte der Notar allerdings zum Zwecke der Beweissicherung die ursprüngliche Fassung aufbewahren.

Der Einwand der Klägerin zu 2), sie habe bereits in erster Instanz ausdrücklich vorgetragen, die in der ersten Niederschrift protokollierten Beschlüsse seien mit den in der zweiten nicht identisch, verfährt nicht. Das Landgericht hat zu Recht darauf hingewiesen, dass dieser Vortrag völlig unsubstantiiert ist. Die Klägerin zu 2) legt in keiner Weise den etwaigen Inhalt abweichender Beschlussformulierungen dar. Sie äußert erkennbar eine reine, nicht belegbare Vermutung. Es bleibt ihr im Übrigen unbenommen, sich auf aus ihrer Sicht nicht oder nicht richtig protokollierte Vorgänge zu berufen, wobei ihr lediglich die Beweisführung mit Hilfe des Protokolls verschlossen ist (vgl. Kubis, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, a.a.O., § 130 Rn. 79).

Auch der Vorwurf der Kläger, der Notar habe seine Aufgabenstellung im Rahmen der Protokollierung eines Hauptversammlungsbeschlusses verkannt, ist nicht gerechtfertigt. Aufgabe eines Notars im Rahmen des § 130 AktG ist es u.a., die getroffenen Beschlüsse zu protokollieren. Die Verantwortung für den gesetzmäßigen Ablauf der Hauptversammlung trifft dagegen den Versammlungsleiter. Insoweit liegt eine gesetzlich vorgesehene Funktionstrennung vor (OLG Düsseldorf WM 2003, 1266 ff.). Dementsprechend beschränkt sich die Aufgabe eines Notars bei Abstimmungen darauf, das vom Versammlungsleiter bekanntgegebene Ergebnis zu protokollieren. Es ist nicht Aufgabe des Notars, zu prüfen, ob die Bekanntgabe des Ergebnisses seitens des Versammlungsleiters korrekt ist (OLG Frankfurt AG 2007, 867 f.). Dementsprechend gehört die Überwachung der Stimmauszählung nicht zu den Beurkundungsaufgaben des Notars (OLG Stuttgart AG 2004, 457 ff., OLG Frankfurt OLGR Frankfurt 2007, 792 f.). Es mögen im Einzelfall gewisse weitergehende Prüfungspflichten unter Beachtung der Kompetenzen des Versammlungsleiters denkbar sein, etwa im Falle von evidenten Verstößen gegen Gesetz oder Satzung. Geht es aber – wie im vorliegenden Fall – um die Protokollierung einer von einer Vielzahl von Mitarbeitern professionell organisierten Hauptversammlung, hat er keine Veranlassung dazu, Schritte zu unternehmen, die über die Protokollierung der Ergebnisse hinausgehen. Im Übrigen könnte eine Verletzung einer solchen weitergehenden Überwachungs- und Protokollierungspflicht kaum zur Nichtigkeit der Beurkundung führen (BGH, Urteil vom 16.2.2009, II ZR 185/07, Umdruck S. 13).

Zutreffend ist allerdings der Hinweis der Kläger, dass ein Notar sich nur auf eigene Wahrnehmungen verlassen darf und nicht auf diejenigen eines Dritten (Kubis, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, a.a.O., § 130 Rn. 20). Die Bekanntgabe eines Abstimmungsergebnisses wird aber vom Notar selbst wahrgenommen. Der Umstand, dass der Notar sich möglicherweise vor endgültiger Fassung der Urkunde mit Mitarbeitern der Rechtsabteilung der Beklagten getroffen und den Inhalt diskutiert hat, belegt nicht, dass er in unzulässiger Form Erklärungen Dritter in die Urkunde aufgenommen hätte.

Auch der Umstand, dass der Notar möglicherweise entgegen § 130 Abs. 5 AktG die Niederschrift der Hauptversammlung erst mehr als einen Monat nach deren Ende und damit möglicherweise nicht „unverzüglich“ im Sinne des § 130 Abs. 5 des Aktiengesetzes beim Handelsregister eingereicht hat, ist irrelevant. Aus § 241 Ziff. 2 AktG ergibt sich bereits, dass ein solcher Verstoß nicht zur Nichtigkeit der Beschlüsse der Hauptversammlung führt. Dies ist allgemeine Meinung (Kubis, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, a.a.O., § 130 Rn. 81) und auch naheliegend, da eine verzögerte Einreichung sich nicht auf den vorher gefassten Beschluss ursächlich auswirken oder nachträglich zur Nichtigkeit der Beurkundung führen kann

B. Anfechtungsgründe (§ 243 AktG)

1. Verletzung von Informationsrechten

Gemäß § 131 des AktG ist jedem Aktionär auf Verlangen in der Hauptversammlung vom Vorstand Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben, soweit sie zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstandes der Tagesordnung erforderlich sind. Unter bestimmten, im Gesetz näher definierten Umständen darf der Vorstand die Auskunft verweigern. Geschieht dies, kann der Aktionär gemäß § 132 des AktG eine gerichtliche Entscheidung über die Verpflichtung des Vorstands zur Auskunftserteilung herbeiführen. Er kann aber auch die Anfechtung eines Beschlusses der Hauptversammlung mit der rechtswidrigen Verweigerung der Erteilung von Auskünften begründen. Dieses Anfechtungsrecht ist durch die seit dem 01.11.2005 in Kraft getretene Neufassung des § 243 Abs. 4 des AktG eingeschränkt worden, die im Wesentlichen auf der sogenannten Relevanz-Rechtsprechung des BGH beruht. Es unterliegt der freien Entscheidung des Aktionärs, ob er das Auskunftserzwingungsverfahren oder das Beschlussanfechtungsverfahren oder beide in Anspruch nimmt (Kubis, Münchener Kommentar zum AktG, a.a.O., §

131 Rn. 72). Es liegt dabei in der Natur der Sache, dass die Berechtigung einer Auskunftsverweigerung nicht selten zweifelhaft ist und häufig erst im Nachhinein durch eine gerichtliche Entscheidung endgültig geklärt werden kann (BGH BB 1992, 1949 ff.).

Der BGH hat seine Rechtsprechung seit seinem Urteil vom 12.11.2001 so definiert, dass die Relevanz eines Verfahrensverstößes aus einer wertenden, am Schutzzweck der verletzten Norm orientierten Betrachtung erfolgen müsse. Werden einem Aktionär Auskünfte vorenthalten, die aus der Sicht eines objektiv urteilenden Aktionärs zur sachgerechten Beurteilung des Beschlussgegenstands erforderlich sind, so liegt darin zugleich ein relevanter Verstoß gegen das Teilnahme- und Mitwirkungsrecht des betreffenden Aktionärs, ohne dass es auf Kausalitätserwägungen und insbesondere auf die Frage ankommt, ob der tatsächliche Inhalt der in der Hauptversammlung verweigerten und später – eventuell erst im Anfechtungsprozess – erteilten Auskunft einen objektiv urteilenden Aktionär von der Zustimmung zu der Beschlussvorlage abgehalten hätte (BGHZ 160, 385 ff.). Nach der Neufassung des Gesetzes kommt es insbesondere darauf an, dass der betreffende Gegenstand als wesentliches Beurteilungselement benötigt wird. Dadurch ist das Informationsrecht in qualitativer und quantitativer Hinsicht sowie bezüglich des Detaillierungsgrades begrenzt (BGH, Urteil vom 16.2.2009, II ZR 185/07, Umdruck S. 26).

Das Landgericht hat § 243 Abs. 4 AktG in der Neufassung angewendet hat, obwohl diese zum Zeitpunkt der Hauptversammlung noch nicht in Kraft war. Eine solche Rückwirkungsproblematik stellt sich regelmäßig beim Fehlen einer Übergangsregelung. Die Rechtsprechung unterscheidet insoweit zwischen einer unechten Rückwirkung, die nicht nur auf zukünftige, sondern auch auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen einwirkt und damit die betroffene Rechtsposition nachträglich entwertet, und einer echten Rückwirkung, bei der das Gesetz nachträglich ändernd in abgewinkelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift. Die unechte Rückwirkung wird als verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig angesehen. Die Grenzen der Zulässigkeit sind aber überschritten, wenn die vom Gesetzgeber angeordnete unechte Rückwirkung zur Erreichung des Gesetzeszweckes nicht geeignet oder erforderlich ist oder wenn die Bestandsinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen. Die echte Rückwirkung ist verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig, wenn auch Ausnahmen denkbar sind (BVerfGE 30, 392; BGH NJW 2005, 1428 f.). Bestandsinteressen überwiegen primär bei Eingriffen in materielle Rechte, nicht jedoch bei prozessualen Neuregelungen. Bei der aktienrechtlichen Anfechtungsbefugnis handelt es sich um eine materielle Klagevoraussetzung, die aber einem prozessualen Erfordernis angenähert ist. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber beabsichtigte die entsprechenden Rechtspositionen mit rückwirkender Kraft zu beseitigen (BGH WM 2009, 896 ff., OLG München ZIP 2006, 2370 ff., a.A. OLG Frankfurt DB 2006, 438ff.).

In der Hauptversammlung gab es vierzig Redebeiträge von Aktionären bzw. Aktionärsvertretern. Es wurde eine Vielzahl von Fragen gestellt, die zum Teil beantwortet, zum Teil nicht beantwortet und zum Teil eingeschränkt beantwortet wurden. Aus Sicht der Kläger kommt dem Umstand, dass die Vielzahl der Fragen betreffend das GEC nicht beantwortet wurde, besondere Bedeutung für die Anfechtung der Beschlüsse zu (vgl. Bl. 19, 146 ff. u. 151 ff. d.A.) – in Anbetracht des Einflusses dieses Gremiums auch zu Recht. Die Auskunftsverweigerungen waren rechtswidrig. Das Landgericht Frankfurt am Main hat mit dem in dem angefochtenen Urteil erwähnten Beschluss vom 18.01.2005 (3-5 0 83/04) die Beklagte im Verfahren gemäß § 132 AktG verpflichtet, drei Fragen zu beantworten, die im Kern alle auf das GEC abzielen. Der 20. Zivilsenat hat die dagegen gerichtete Beschwerde mit Ausnahme einer formalen Abänderung zurückgewiesen (Beschluss vom 30.01.2006, AG 2006, 460 ff.). Er hat sich dabei im Rahmen seiner uneingeschränkten richterlichen Nachprüfung des Begriffs der „Nachteilszufügung“ an den Grundsatz gehalten, dass bei Nichtvorstandsmitgliedern zwar nicht die Vergütung mitgeteilt werden muss, wohl aber Vergütungsstrukturen offenbart werden müssen (vgl. Kubis, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, a.a.O., § 131 Rn. 99). Soweit die Beklagte meint, das Landgericht und der 20. Zivilsenat seien bei ihren Entscheidungen von falschen Voraussetzungen ausgegangen, kann dem nicht gefolgt werden.

Soweit der 20. Zivilsenat in dem Beschluss vom 30.01.2006 ausführt, dass die Beklagte sich eine grundlegend neue Führungsstruktur der Gesellschaft geschaffen habe, die in der Öffentlichkeit starke Beachtung gefunden und eine breite Diskussion über die Zulässigkeit organexterner Führungsgremien ausgelöst habe, so enthält dies eine überzeugende Wertung. Soweit die Beklagte die Kompetenzen dieses Gremiums anders bewertet, handelt es sich ersichtlich um eine eher formale Betrachtung der Kompetenzen. Der 20. Zivilsenat hat demgegenüber auch eine Betrachtung des faktischen Einflusses vorgenommen und ist zu der Schlussfolgerung gekommen, dass das GEC nicht auf gleicher Ebene wie der Vorstand angesiedelt sein mag und ihm auch keine nach dem Aktienrecht unzulässige Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf die grundlegenden Führungsentscheidungen der Gesellschaft zugewiesen sein mögen, es sich aber dennoch um ein Gremium handelt, dem für die Leitung der Gesellschaft eine besondere Bedeutung zukommt, da die Leiter der sieben wichtigsten Geschäftsbereiche innerhalb dieses Gremiums in institutionalisiertem Zusammenwirken dem Vorstandssprecher berichten.

Für das vorliegende Verfahren kommt dem genannten Beschluss des 20. Zivilsenates zwar keine formelle Bindungswirkung zu (BGH, Urteil vom 16.2.2009, II ZR 185/07, Umdruck S. 23, OLG München BB 2002, 112ff.). Der Senat schließt sich aber der rechtlichen und tatsächlichen Würdigung des 20. Zivilsenats an. Ergänzend wird noch darauf hingewiesen, dass die Beklagte nicht in konkreter Form dargetan hat, dass es zu Abwerbungen gekommen ist. Die Klägerin zu 2) weist zutreffend darauf hin, dass es in den letzten Jahren keine Presseveröffentlichungen gegeben hat, aus denen ein Wechsel eines Global-Business-Heads zu entnehmen war. Erst recht kann keine Rede davon sein, dass die gewünschte Antwort mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit geeignet war, der Beklagten einen Schaden zuzufügen (LG Frankfurt WM 2005, 2186ff.).

Im Übrigen hat die Beklagte unstreitig die Auskünfte bezüglich der Gesamtvergütung der GEC-Mitglieder erteilt. Dies ist in der Hauptversammlung am 01.06.2006 geschehen (Bl. 1580 d.A.).

Unter diesen Umständen kommt es nicht darauf an, dass die Klägerin zu 2) in ihrer Berufungsbegründung auch auf die Nichtbeantwortung einer Reihe weiterer Fragen abstellt (Bl. 1464f. d.A.), Deshalb kann es dahingestellt bleiben, ob hierin ein Verstoß gegen den Grundsatz, dass die Anfechtungsgründe in ihrem wesentlichen Kern innerhalb der Anfechtungsfrist geltend gemacht werden müssen, gesehen werden könnte (OLG Frankfurt MDR 2007, 792, 794).

Entgegen der Auffassung der Beklagten folgt aus dem Verhalten des Vertreters der Klägerin zu 2) in der Hauptversammlung nicht, dass es auf eine etwaige Informationspflichtverletzung nicht ankommt. Soweit die Beklagte bemängelt, dass dieser seine Fragen nicht bestimmten Tagesordnungspunkten zugewiesen habe, berücksichtigt sie nicht, dass den Aktionären Gelegenheit gegeben wurde, im Rahmen der Generaldebatte zu sämtlichen Tagesordnungspunkten Fragen zu stellen. Dann sind aber auch alle Tagesordnungspunkte Prüfungsmaßstab für die Beurteilung, ob eine gewünschte Auskunft erforderlich ist (BayObLG DB 2001, 1138f., vgl. auch Kubis, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, a.a.O., § 131 Rn. 23, 37). Der Vertreter der Klägerin zu 2) war auch nicht verpflichtet, die Hintergründe des Verlangens darzulegen. Ein Aktionär braucht sein Auskunftsverlangen nicht zu begründen. Seine Motivationslage ist allein seine Sache (Kubis, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, a.a.O., § 131 Rn. 28). Ob er sich in wirksamer Weise pauschal alle Fragen anderer Redner zu eigen gemacht hat, ist unmaßgeblich, weil es ohnehin nur auf die Fragen ankommt, die in den beiden Klageschriften als nicht oder nicht zutreffend beantwortet aufgeführt werden (BGH, Urteil vom 16.2.2009, II ZR 185/07, Umdruck S. 22). Den erforderlichen Widerspruch gemäß § 245 Abs. 1 Nr. 1 AktG a.F. hat der Vertreter der Klägerin zu 2) zu Protokoll erklärt (S. 14, Bl. 380 d.A.). Unerheblich ist, ob die Kläger ihre Widersprüche vor oder nach den jeweiligen Beschlussfassungen eingelegt haben (BGH, Urteil vom 16.2.2009, II ZR 185/07, Umdruck S. 13).

Die Beklagte argumentiert hilfsweise damit, dass eine etwaige Auskunftsspflichtverletzung nur von Bedeutung sein könne für die Entlastung des Vorstands, nicht aber für die Entlastung des Aufsichtsrats (Bl. 1344 ff. d.A.). Insoweit liegt in der Tat keine Verletzung des Informationsrechts vor.

Das Landgericht vertritt die Auffassung, eine unzureichende Beantwortung von Fragen, die sich auf die Tätigkeit des Vorstandes bezogen und daher zunächst die Anfechtbarkeit des Entlastungsbeschlusses für den Vorstand betroffen habe, schlage auch auf die Beschlussfassung über die Entlastung der Aufsichtsratsmitglieder durch. Dies müsse vor allem deshalb gelten, da die Aktionäre auch zu beurteilen hätten, ob der Aufsichtsrat seiner Überwachungsverpflichtung nach § 111 AktG nachgekommen sei. Eine solche pauschale Wirkung gibt es jedoch nicht. Die Verweigerung einer Auskunft berechtigt nicht dazu, jeden Hauptversammlungsbeschluss anzufechten (BGH BB 1992, 1949 ff.). Ein Anfechtungsrecht besteht nur, wenn – bezogen auf den jeweiligen Tagesordnungspunkt – die Nichterteilung einer Antwort von nachvollziehbarer Relevanz für die Interessen des Aktionärs ist (OLG Frankfurt AG 2007, 867 f.). Es muss um Vorgänge von einigem Gewicht gehen, die für die Beurteilung der Vertrauenswürdigkeit der Unternehmensorgane von Bedeutung sind, da es einem Aktionär nicht zuzumuten ist, die deren Tätigkeit ohne die dazu erforderlichen Informationen „abzusegnen“ und ihnen das Vertrauen auszusprechen (BGHZ 160, 385 ff. = WM 2004, 2489 ff.). Wenn ein Sachverhalt in erster Linie den Vorstand betrifft, so muss dieser für die Bewertung der Tätigkeit des Aufsichtsrats nicht ohne Weiteres von wesentlicher Bedeutung sein (vgl. BGH, Urteil vom 16.2.2009, II ZR 185/07, Umdruck S. 25f.). Bei den das GEC betreffenden Fragen ist der Zusammenhang mit der Tätigkeit des Vorstands evident. Der ganze Fragenkomplex betrifft im Grunde das Verhältnis von Vorstand und GEC. Für die Meinungsbildung über die Tätigkeit des Aufsichtsrats ist dieser Fragenkomplex aber im Grunde ohne Belang und rechtfertigt eine Anfechtung des Entlastungsbeschlusses nicht.

Soweit die Klägerin zu 2) meint, dass die Auskunftsspflichtverletzung auch für die Beschlussfassung über den Bilanzgewinn (TOP 2 der Tagesordnung) und für die Wahl des Abschlussprüfers (TOP 5 der Tagesordnung) von Bedeutung sei, kann dem nicht beigegeben werden. Mit dem Landgericht ist der Senat der Auffassung, dass die

wesentliche Relevanz der Fragen und Antworten für diese Tagesordnungspunkte nicht ersichtlich ist.

2. Beschlussfassung über den Bilanzgewinn (TOP 2 der Tagesordnung)

a) Einberufungsmangel

Der Kläger zu 1) macht geltend, es liege speziell bezüglich TOP 2 der Tagesordnung ein Einladungsmangel mit der Folge vor, dass gemäß § 124 Abs. 4 des AktG kein wirksamer Beschluss habe gefasst werden können.

Die Einladung (Kopie Bl. 36 d.A.) enthält unter TOP 2 „Verwendung des Bilanzgewinns“ den gemeinsamen Vorschlag von Vorstand und Aufsichtsrat, folgenden Beschluss zu fassen:

„Der Bilanzgewinn von 872.781.369,00 € wird zur Ausschüttung einer Dividende von 1,50 € je dividendenberechtigte Stück Aktie verwendet. Der verbleibende Betrag, der auf eigene Aktien entfällt, wird auf neue Rechnung vorgetragen.“

Der Kläger zu 1) bemängelt daran, dass es den Aktionären auf Grund dieser Formulierung nicht möglich sei, den Umfang der Dividendenzahlung zu ermitteln, da die Beklagte eigene Aktien hält und diese gemäß § 71b AktG nicht dividendenberechtigt sind (Bl. 18 f. d.A.).

Das Landgericht hat zu Recht einen Einberufungsmangel verneint. Der Beschlussvorschlag entspricht den Anforderungen des § 124 Abs. 3 AktG. Eine detaillierte Formulierung war nicht erforderlich, da zum Zeitpunkt der Einladung noch nicht feststand, in welchem Umfang die Beklagte am Tag der Hauptversammlung eigene Aktien halten werde. Eine angemessene Meinungsbildung und eine sinnvolle Ausübung der Aktionärsrechte war auf Grund der Formulierung des TOP 2 in der Einladung ohne Weiteres möglich. Die erforderliche Konkretisierung ist dann in der Hauptversammlung erfolgt (S. 17 des Protokolls, Bl. 183 d.A.). Im Übrigen ist dieser Gesichtspunkt von so marginaler Bedeutung, dass auch im Hinblick darauf ein Anfechtungsrecht verneint werden muss (OLG Frankfurt ZIP 2007, 232 ff.).

b) Ein inhaltlicher Mangel des Gewinnverwendungsbeschlusses könnte vorliegen, falls der Jahresabschluss für das Jahr 2003 seinerseits nichtig wäre, da dann dem Gewinnverwendungsbeschluss die Basis entzogen wäre. Die Klägerin zu 2) hat demgemäß auch den Jahresabschluss angefochten, wobei davon auszugehen ist, dass der Aufsichtsrat den Jahresabschluss gemäß § 172 AktG beschlossen hat, so dass zu prüfen bleibt, ob ein Nichtigkeitsgrund im Sinne des § 256 AktG bezüglich des Jahresabschlusses vorliegt.

In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage, ob der Umstand, dass der Kläger zu 1) die Bestellung der Abschlussprüfer, die diesen Jahresabschluss erstellt haben, angefochten hat, von Relevanz ist.

Der Sache nach hat das Landgericht zu Recht entschieden, dass die Anfechtung der Wahl des Abschlussprüfers keinen Nichtigkeitsgrund darstellt. Eine erfolgreiche Anfechtung hat nach der Zielrichtung des Bilanzrichtliniengesetzes nur die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages zwischen der AG und dem Abschlussprüfer mit Konsequenzen für dessen Vergütungsanspruch zur Folge. Nicht berührt wird die Gültigkeit der Bestellung. Eine Nichtigkeitsanktion hat der Gesetzgeber als unangemessene Rechtsfolge angesehen. § 256 Abs. 1 des AktG ist zu entnehmen, dass nur eine Missachtung der formellen Voraussetzungen einer Abschlussprüfung zur Nichtigkeit führen soll (Habersack NZG 2003, 659 ff.). Diese „unmissverständliche Regelungsabsicht“ muss man nach Hüffer (Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, a.a.O., § 256 Rn. 31) nicht überzeugend finden, aber zumindest als gesetzliche Regelung hinnehmen. Im Übrigen steht mittlerweile rechtskräftig fest, dass die Anfechtung des Gewinnverwendungsbeschlusses unberechtigt war (BGH, Urteil vom 16.2.2009, II ZR 185/07, Umdruck S. 30).

Es stellt sich weiterhin die Frage, ob der Jahresabschluss den an ihn zu stellenden Anforderungen gerecht wird. Breiten Raum nimmt in diesem Zusammenhang die Frage ein, ob die Beklagte im Hinblick auf die Schadensersatzklage von Dr. CA bereits damals Rückstellungen hätte bilden müssen. Bekanntlich hat der BGH zwischenzeitlich mit Urteil vom 24.01.2006 (BGHZ 166, 84 ff.) festgestellt, dass die Beklagte und Dr. X als Gesamtschuldner ver-

pflichtet sind, den Schaden eines der Unternehmen der A-Gruppe zu ersetzen, der ihr aus den Äußerungen des Dr. X in dem Fernsehinterview entstanden ist und zukünftig noch entstehen wird. Den Schaden hat dieses Unternehmen mittlerweile der Höhe nach beziffert. Eine rechtskräftige Entscheidung hierüber liegt noch nicht vor.

In einem solchen Fall ist eine Wahrscheinlichkeitsbeurteilung erforderlich (BGH, Urteil vom 16.02.2009, II ZR 185/07, Umdruck S. 31), die im Gegensatz zur Auffassung der Beklagten nicht in Gegensatz zur Zuständigkeit der Münchner Gerichte für die Schadensersatzklage steht. Die Wahrscheinlichkeit, ob der geltend gemachte Schadensersatzanspruchs gegen die Beklagte in relevantem Umfang besteht, ist nach dem jeweiligen Erkenntnisstand von Jahr zu Jahr zu beurteilen und daher keine starre Größe (BGH, Urteil vom 16.2.2009, II ZR 185/07, Umdruck S. 31).

Der Bilanzierende befindet sich deshalb in einem Konflikt. Einerseits wird es ihm daran liegen, das aus dem Rechtsstreit resultierende Risiko für nicht übermäßig hoch einzustufen, um der Gegenseite möglichst wenig positive Signale zu geben. Er wird deshalb im Regelfall keine Antizipation des Vermögensverlustes vornehmen wollen, auch wenn damit das Eingeständnis eines Fehlverhaltens nicht verbunden ist (BGH, Urteil vom 16.2.2009, II ZR 185/07, Umdruck S. 31). Andererseits muss er den Bilanzvorschriften Rechnung tragen und in diesem Zusammenhang sogar überlegen, ob auch die Prozesskosten anzusetzen sind.

Bei der Frage, ob Rückstellungen für Prozessrisiken in der Handels- und Steuerbilanz zu bilden sind, gibt es naturgemäß viele Unsicherheiten (Osterloh-Konrad, DStR 2003, 1631). Es gibt dazu eine Vielzahl höchstrichterlicher Entscheidungen – sowohl des BGH, wie auch des BFH – die einander nicht widersprechen, aber – wie in Anbetracht der Vielgestaltigkeit der Sachverhalte nicht verwunderlich – unterschiedliche Aspekte hervorheben. Dieses Nebeneinander der Rechtsprechung ist eine Folge der Bestimmung des § 5 Abs. 1 EStG, wonach die Steuerbilanz auf der Handelsbilanz beruht.

Nach der Rechtsprechung ist eine Rückstellungsbildung erforderlich, wenn mehr Gründe für eine als gegen eine Inanspruchnahme der Beklagten sprechen (BFH, DB 2002, 871 ff.). In diesem Zusammenhang ist eine sorgfältige Abwägung aller in Betracht zu ziehenden Umstände erforderlich, weshalb es gegebenenfalls tatsächlicher Feststellungen und rechtlicher Wertungen bedarf (BGH BB 1989, 1518 f.). Hierbei ist die Beklagte nicht frei, sondern muss der Pflicht zur Bildung von Rückstellungen folgen, sobald die Tatbestandsvoraussetzungen hierfür vorliegen (Stengel BB 1993, 1403 ff.). Ihre subjektive Erwartung eines günstigen Prozessausgangs ist nicht entscheidend (Osterloh-Konrad DStR 2003, 1675). Es kommt allein auf objektive Kriterien an (BGH ZIP 1991, 442 ff.). Die Frage, ob mehr Gründe für als gegen das Bestehen einer Schadensersatzpflicht in relevanter Höhe sprechen, ist demgemäß auf Grundlage objektiver, am Bilanzstichtag vorliegender und spätestens bei Aufstellung der Bilanz erkennbarer Tatsachen (vgl. § 252 Abs. 1 Ziff. 4 HGB, BGH BB 2003, 2423ff.) aus der Sicht eines sorgfältigen und gewissenhaften Kaufmannes zu beurteilen (BFH 142, 226). Dabei darf weder die optimistischste, noch die pessimistischste Schätzungsalternative gewählt werden (BFH DStRE 2003, 1139 ff.). Vernünftiger kaufmännischer Beurteilung entspricht es vielmehr, den Rückstellung begründenden Sachverhalt mit allen positiven und negativen Aspekten zu berücksichtigen (BFH, BB 1993, 1115 ff.). Die Beklagte muss also die Forderung in der Höhe ansetzen, in der mit ihr gerechnet werden muss, wobei vor allem die für sie erkennbaren Vorstellungen des Geschädigten maßgeblich sind (BFH, BB 1991, 1827 ff.). Wenn bereits der Klageweg beschritten wird, ist regelmäßig davon auszugehen, dass mehr Gründe für die Wahrscheinlichkeit einer Zahlungspflicht sprechen als dagegen (BFH, DB 2002, 871 ff.). In der Literatur wird die Klageerhebung teils als starkes Indiz für die Notwendigkeit einer Rückstellung gesehen (Stengel BB 1993, 1403, 1407), teils sogar als ein Umstand, der eine Rückstellung erzwingt (Osterloh-Konrad DStR 2003, 1675). Maßgebend ist dabei der Zeitpunkt, in dem die Klage anhängig gemacht worden ist, weil spätestens von diesem Zeitpunkt an mit der Durchsetzung der geltend gemachten Forderung gerechnet werden muss (BGH BB 1989, 1518 f.). Eine solche Berücksichtigung eines anhängigen Rechtsstreits entspricht dem in § 252 Abs. 1 Ziff. 4 HGB enthaltenen Grundsatz der vorsichtigen Bewertung (BFH, BB 1991, 1827 ff., DB 2002, 871 ff.), einem der wichtigsten Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung. Auch der Grundsatz der Bilanzvollständigkeit als Ausprägung des Grundsatzes der Bilanzwahrheit spricht für eine möglichst vollständige Einstellung von Risiken in die Bilanz (Stengel BB 1993, 1403, 1406). Ein Ermessensspielraum kommt dabei dem Bilanzierenden, der Beklagten, nicht zu. Der Begriff des „Ermessens“ würde einen objektiv nicht überprüfaren Entscheidungsfreiraum und damit ein gewisses Passivierungswahlrecht suggerieren. Eine Bilanz ist vielmehr, wie bereits ausgeführt, aus objektivierter Perspektive zu betrachten, wobei eine Abwägung aller Umstände aber mitunter dazu führen kann, dass mehr als ein Ergebnis vertretbar erscheint (Stengel BB 1993, 1403, 1408). Die Überbewertung auf Grund Nichtansetzung muss, um die Anfechtung zu rechtfertigen, eine Maßgeblichkeitschwelle überschreiten (Kubis, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, a.a.O., § 131 Rn. 46) und darf in ihrem Umfang nicht bedeutungslos sein (BGHZ 83, 341ff. = WM 1982, 896ff.).

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Definition, wonach mehr Gründe für als gegen das Bestehen einer Schadensersatzpflicht in relevantem Umfang sprechen müssen, nicht im Sinne einer mathematischen Wahrscheinlichkeit (über 50 %) verstanden werden darf, da Wahrscheinlichkeiten nicht mathematisch exakt dargestellt werden können, und ein gewisser, nicht vollkommen zu beseitigender Raum für subjektive Erwägungen verbleibt (Hoyos/Ring in: Beckscher Bilanzkommentar, 6. Aufl. 2006, § 249 Rn. 33, Balwieser in: Münchener Kommentar zum HGB, Bd. 4, 2001, § 249 Rn. 13 und 16).

Versucht man nun im vorliegenden Fall eine Evaluation zum Bilanzstichtag, dem 31.12.2003, einschließlich der Zeit bis zur Aufstellung des Jahresabschlusses, sind insbesondere folgende Umstände zu berücksichtigen:

aa. Die Beklagte war zu diesem Zeitpunkt sowohl in erster Instanz, Urteil des LG München I vom 18.02.2003 (WM 2003, 725), als auch in zweiter Instanz, Urteil des OLG in München vom 10.12.2003 (WM 2004, 74), verurteilt worden.

bb. Die Revision war zugelassen worden.

cc. Die rechtliche Schlussfolgerung, dass die Äußerungen des früheren Vorstandsvorsitzenden der Beklagten in dem Fernsehinterview zur Bonität der Firmen der A-Gruppe eine Pflichtverletzung darstellt, liegt nahe (und wurde dementsprechend auch – allerdings mit differierenden Begründungen – übereinstimmend von den Gerichten so beurteilt).

dd. Es stellte sich weiterhin als naheliegend dar, dass Hauptproblem des Prozesses die Frage sein würde, ob die beanstandeten Äußerungen für die Insolvenz der Firmen der A-Gruppe tatsächlich kausal geworden sind.

ee. Die Beklagte wurde zunächst nur auf Feststellung der Schadensersatzpflicht unter Angabe eines Streitwerts von 100 Millionen € in Anspruch genommen und konnte die Höhe des Schadens aus eigener Kenntnis nicht abschätzen.

ff. Nach allerdings bestrittenen Vortrag der Beklagten soll eine Y Versicherung bis zum üblichen Betrag von 500 Millionen € bestehen.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände erscheint die Schlussfolgerung des Landgerichts, die Beklagte habe nicht ernstlich damit rechnen müssen, aus dieser Verbindlichkeit in Anspruch genommen zu werden, letztlich nicht völlig überzeugend. Es kann und konnte keinem Zweifel unterliegen, dass die Beklagte nach dem Zusammenbruch der Firmen der A-Gruppe, die bekanntlich sehr umsatzstark und im Handel mit Medienrechten in Deutschland fast dominierend positioniert war, die Erhebung von Schadensersatzansprüchen in sehr erheblichen Umfang zur Folge haben würde. Es musste in Anbetracht des Inhalts der Äußerung auch damit gerechnet werden, dass die Gerichte eine Pflichtverletzung bejahen.

Der Senat teilt auch nicht die Auffassung, es gehe trotz der beträchtlichen Höhe der Beträge lediglich um eine unwesentliche Ergebnisminderung (vgl. OLG Frankfurt WM 2008, 986ff.). Dies hätte zur Folge, dass ganz wesentliche Positionen unberücksichtigt blieben. Die Bilanzsumme kann insoweit bei einer Bank nicht die maßgebliche Bezugsgröße darstellen. Die Bedeutung von Bilanzsumme und Umsatz ist branchenabhängig, da z.B. Handelsumsätze einen anderen Stellenwert genießen als Verkaufserlöse selbst hergestellter Güter (Kubis, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, a.a.O., § 131 Rn. 46). Es liegt bei einer Bank näher, auf die Relation zum Jahresgewinn abzustellen. Dieser wurde für das Geschäftsjahr 2003 mit ca. 870 Millionen € angegeben, so dass selbst dann, wenn mit einer Schadensersatzverpflichtung von nur 100 Millionen € gerechnet werden musste, der Gewinn deutlich geschmälert und infolge dessen auch die Höhe der Dividendenzahlung beeinflusst worden wäre.

Es gibt aber dennoch zumindest ein entscheidendes Argument gegen eine zum genannten Zeitpunkt bestehende Pflicht zur Rückstellungsbildung. Es kann nicht gesagt werden, dass es zum Aufstellungszeitpunkt wahrscheinlich erschien, dass die Voraussetzungen der haftungsausfüllenden Kausalität erfüllt sind. Ein entsprechender Nachweis ist sehr schwierig, da eine Insolvenz einer bedeutenden Firmengruppe regelmäßig Folge einer Vielzahl von Faktoren und selten die eines einzelnen Ereignisses ist. Auch war der Schaden damals weder beziffert, noch für die Be-

klage vernünftig abschätzbar. Eine praktische Betrachtung der Prozesschancen der Beklagten ergab mit Wahrscheinlichkeit gute Verteidigungsaussichten. Überdies spricht viel dafür, dass eine etwaige Verurteilung der Beklagten im Hinblick auf eine abgeschlossene Versicherung nicht zu einem Schaden führen wird und damit auch nicht zu einer zu bilanzierenden Position. Die Bedeutung einer Versicherung in diesem Zusammenhang wird auch durch das Schreiben der XY ...-Gesellschaft AG ...gesellschaft vom 19.11.2004 (Anlage B 76) bestätigt.

Die Beklagte hat angegeben, für Herrn Dr. X eine Y-Versicherung abgeschlossen zu haben, also eine Vermögensschadens-Haftpflichtversicherung für Organmitglieder (vgl. OLG München ZIP 2005, 1556 ff.). Eine Regressmöglichkeit, die eng mit der eine Rückstellung begründenden Verbindlichkeit zusammenhängt und deren Verwirklichung annähernd gesichert erscheint, ist einzubeziehen und kann im Ergebnis eine Rückstellung ausschließen (Osterloh-Konrad DStR 2003, 1675, 1678, Stengel BB 1993, 1403, 1407). Auf dieser Linie liegt auch das Urteil des BFH vom 17.02.1993 (BFH, BB 1993, 1115 ff.), in dem ausgeführt wird, dass ein Rückgriffsanspruch als Kompensation heranzuziehen ist,

- wenn er derart in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der drohenden Inanspruchnahme steht, dass er dieser wenigstens teilweise spiegelbildlich entspricht,

- er in rechtlich verbindlicher Weise (z. B. auf Grund eines Versicherungsvertrages) der Entstehung oder Erfüllung der Verbindlichkeit zwangsläufig nachfolgt

- und vollwertig in dem Sinn ist, dass er vom Rückgriffsschuldner nicht bestritten wird, der seinerseits von zweifelsfreier Bonität sein muss.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist nach dieser Entscheidung des BFH nicht in der Form vorzugehen, dass eine Aktivierung der Freistellungsansprüche und eine Passivierung der bestrittenen Schadensersatzforderungen erfolgt – vielmehr ist die Rückgriffsmöglichkeit auf der Passivseite betragsmindernd zu berücksichtigen. An dieser Stelle widerspricht das von der Klägerin zu 2) vorgelegte Privatgutachten SV1 der Rechtsprechung und weist darauf hin, dass die Verrechnung von ungewissen Verbindlichkeiten mit Regressansprüchen gegen das Saldierungsverbot des § 246 Abs. 2 HGB verstoße. Wenn man jedoch davon ausgeht, dass der Anspruch auf Zahlung gegen eine Y-Versicherung erst mit Eintreten der Rechtskraft des Urteils im Haftpflichtprozess entsteht (so OLG München ZIP 2005, 1556), ergibt sich daraus, dass die Rückgriffsforderung noch gar nicht entstanden ist und dementsprechend auch gar nicht als Aktivposten bilanziert werden kann, sondern nur mit der ungewissen Verbindlichkeit als Passivposten verrechnet werden kann (BFHE 170, 397 = BB 1993, 1115 ff.).

Für das Geschäftsjahr 2002, in dem Dr. X das fragliche Interview gab, soll die Höhe der Versicherungssumme 500 Millionen € bei einem Selbstbehalt für das Organmitglied in Höhe von 5.000 € betragen haben. Aus damaliger Sicht gab es keinen Anhaltspunkt dafür, dass diese Summe nicht ausreichen könnte.

Gegebenenfalls zu bildende Rückstellungen beziehen sich auch auf die Prozesskosten. Bei einem schwebenden Zivilprozess ist eine Rückstellung für Prozesskosten zu bilden, die sich in ihrer Höhe nach den entstandenen und noch zu erwartenden Kosten der jeweils angerufenen Instanz am Bilanzstichtag richtet (BFH, DB 1996, 1499 ff., BGH, BB 1989, 1518 f., Hoyos/Ring, a.a.O., § 249 Rn. 100 „Prozesskosten“). Dies gilt nicht für eigene Rechtsverfolgungskosten, soweit es am Merkmal der Außenverpflichtung fehlt (vgl. Osterloh-Konrad, DSR 2003, 1675 f.). Sollten die Prozesskosten bei der Aufstellung des Jahresabschlusses im vorliegenden Fall nicht berücksichtigt worden sein (vgl. dazu Anlage B 75), spricht dennoch viel für dessen Richtigkeit, da die Vermögensschadenshaftpflichtversicherung nach Mitteilung der Beklagten (Bl. 701) die gesamten Anwalts- und Gerichtskosten sowohl des in Deutschland, als auch des in den USA anhängigen Prozesses übernimmt.

c) Das Landgericht befasst sich weiterhin mit der Frage, ob die Nichtigkeit des Jahresabschlusses daraus folgen könnte, dass der Aufsichtsrat der Beklagten den Beschluss gefasst hat, die Verfahrenskosten zu übernehmen, soweit sie dem früheren Vorstandssprecher Dr. X entstehen. Da Dr. X auch Partei des bereits mehrfach erwähnten, zunächst am Landgericht München I und am Oberlandesgericht in München geführten Zivilrechtsstreits war und ist und überdies möglicherweise Strafverteidigerkosten entstanden sind, dürften im Jahre 2003 Kosten entstanden sein, die auf Grund der Verfahrenskostenübernahme in die Bilanz eingeflossen sind. Das Landgericht vertritt insoweit die Auffassung, die Übernahme der Kosten sei nicht zu beanstanden, da sie der Fürsorgepflicht des Dienstherren entspreche.

Dies ist so nicht völlig richtig und auch nicht entscheidend. Der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung nach (BAGE 69, 81 ff.) kann die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers als solche nicht Anspruchsgrundlage für etwaige Ersatzansprüche sein. In Betracht komme nur ein Anspruch gemäß § 670 BGB, der jedoch im Falle grober Fahrlässigkeit ausscheide. In einem solchen Fall habe der Arbeitnehmer für die verursachten Folgen allein einzustehen. Es geht jedoch im vorliegenden Fall nicht um eine Verpflichtung der Beklagten, diese Kosten zu übernehmen. Die Beklagte hat dies vielmehr freiwillig getan in Form eines Beschlusses des Aufsichtsrates, der insoweit auch gemäß § 87 Abs. 1 AktG zuständig ist, da er auch die Zusage von Aufwandsentschädigung an Vorstandsmitglieder abzugeben hat. Selbst wenn man der Auffassung sein sollte, dass eine solche Kostenübernahme unangemessen ist, würde dies aktienrechtlich nicht zu ihrer Nichtigkeit führen.

d. Die Beklagte geht in ihrer Berufungserwiderung weiterhin darauf ein, dass sie die Verteidigungskosten für ihren jetzigen Vorstandssprecher in einem Strafverfahren übernommen hat. Diese Kostenübernahme ist nicht unzulässig. Die Kosten eines Strafverteidigers kann eine Gesellschaft übernehmen, soweit die die Strafverfolgung nachziehende Handlung betrieblich veranlasst war (BAG, DB 1960, 1043). Das BAG weist in dieser Entscheidung darauf hin, dass es auch unproblematisch für zulässig erachtet werde, eine Versicherung abzuschließen, die die Kosten der Strafverteidigung abdecke. Eine betriebliche Veranlassung liegt im Übrigen auch vor, wenn das Vorstandsmitglied einer großen Bank ein Aufsichtsratsmandat bei einem großen Unternehmen wahrnimmt und ihm in diesem Zusammenhang strafrechtliche Vorwürfe gemacht werden.

e. Es stellt sich noch die Frage, ob den Klägern der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenzuhalten ist. Das Institut des Rechtsmissbrauchs ist immanenter Bestandteil aller Rechtsordnungen und damit auch des Aktienrechts (BGH ZIP 1989, 1388 ff.). Nach allgemeiner Auffassung bedarf es zur Erhebung einer Anfechtungsklage grundsätzlich eines berechtigten Eigen- und Rechtsschutzinteresses nicht (OLG Stuttgart AG 2003, 456 ff., Bürges/Körber, Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz., 2008, § 245 Rn. 19). Es ist aber auch anerkannt, dass es Einzelfälle gibt, in denen ein Aktionär seine ihm durch das Anfechtungsrecht verliehene Kontrollbefugnis aus eigennützigen Motiven individuell missbraucht. Der Umstand, dass eine Anfechtungsklage von der Konzeption her der Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands dient, von dem auch andere Aktionäre und Gläubiger der Gesellschaft betroffen sind, steht dem nicht entgegen. Auch jemand, der durch seine Handlung die Interessen anderer wahrt, kann gleichzeitig einen individuellen Rechtsmissbrauch verüben.

Bei der Anfechtungsklage folgt daraus, dass der Anfechtende sein Handeln als Gesellschafter nicht an der Kontrollfunktion der Anfechtungsklage ausrichten muss, sondern Eigeninteressen wahrnehmen und auch jederzeit die Verfügungsbefugnis über sein Anfechtungsrecht ausüben kann (BGHZ 107, 296 ff.). Solange mit der Anfechtung das Ziel der sachlichen Aufklärung verfolgt wird, kann kein Rechtsmissbrauch vorliegen (BayObLG DB 2001, 1138f.). Die Rechtsprechung bejaht daher die Rechtsmissbräuchlichkeit eines Auskunftsverlangens nur in seltenen Fällen eines schikanösen oder widersprüchlichen Verhaltens. Es müssen in der Regel mehrere Indizien für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs sprechen (OLG Stuttgart AG 2003, 456 ff.). Diese Rechtsprechung wird insbesondere in den Fällen angewandt, in denen ein Aktionär eine Anfechtungsklage erhebt und im Folgenden die Rücknahme dieser Klage von einer Geldzahlung der Gesellschaft abhängig macht, wobei ein einzelner, länger zurückliegender Fall bei einer anderen Aktiengesellschaft als Indiz für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten nicht ausreicht (vgl. OLG Stuttgart AG 2003, 456 ff.).

Bei Anwendung dieser Kriterien ist ein Rechtsmissbrauch seitens der Kläger nicht festzustellen. Die Kläger machen mit ihren Anfechtungsklagen ja auch teilweise mit Erfolg in sachlicher Form eine Reihe von aktienrechtlichen Problemstellungen deutlich. Dies ist nicht zu beanstanden. 3. Die Berufungsbegründung der Klägerin zu 2) enthält keine Ausführungen speziell zu der Frage, warum die Firma XY nicht Abschlussprüferin für das Jahr 2004 sein soll. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Anfechtung zu diesem TOP nur aus den bereits erwähnten Gründen erfolgt, die jedoch, wie bereits ausgeführt, eine Anfechtung nicht rechtfertigen.

V. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91, 97 und 100 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 und 709 S. 2 ZPO.

Die Voraussetzungen des § 542 Abs. 2 ZPO für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. Der Senat hat dabei berücksichtigt, dass die entscheidungserheblichen Rechtsfragen im Wesentlichen durch das zitierte Urteil des BGH vom 16.2.2009 (II ZR 185/07) geklärt sind.