

---

**Datum:** 01.09.2010  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 18. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** I-8 U 118/09  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2010:0901.I8U118.09.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Dortmund, 18 O 14/09

---

**Tenor:**

Auf die Anschlussberufung der Beklagten wird das am 25. Juni 2009 verkündete Urteil der IV. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen.

Die Berufung des Klägers gegen die vorgenannte Entscheidung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Kläger auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

---

**Gründe:**

I.

Mit der am 26.11.2008 zunächst beim Landgericht Münster anhängig gemachten Klage streitet der Kläger zum einen im Wege der Anfechtungsklage um die Nichtigserklärung von

1

2

3

zwei Beschlüssen der Hauptversammlung der Beklagten und begehrt zum anderen im Wege der positiven Beschlussfeststellungsklage die Feststellung des Zustandekommens der beiden in der Hauptversammlung abgelehnten Beschlüsse mit dem von ihm beantragten Inhalt.

Der Kläger ist Aktionär der Beklagten, einer nicht börsennotierten Aktiengesellschaft, die ein Grundkapital mit einem Nennbetrag von 4.000.000 € hat, das in auf den Namen lautende Stückaktien im Nennbetrag von 1 € aufgeteilt ist. Der Kreis der Aktionäre setzt sich wie folgt zusammen: 4

1. Aktionärsstamm y2 610.000 (15,25 %) 5

a) Kläger 491.200 (12,28 %) 6

b) Marlis y2 39.600 ( 0,99 %) 7

c) Britta Y4 y2 39.600 ( 0,99 %) 8

d) Martin y2 39.600 ( 0,99 %) 9

2. Aktionärsstamm C 2.762.400 (69,06 %) 10

a) C GmbH Bet.GmbH 1.482.400 (37,06 %) 11

b) u 1.280.000 (32,00 %) 12

3. Prof. Dr. I2 400.000 (10,00 %) 13

4. Prof. Dr. T4 39.600 ( 0,99 %) 14

5. Mitarbeiteraktionäre 62.000 ( 1,55 %) 15

oder: 61.000 ( 1,53 %) 16

6. Beklagte selbst 126.000 ( 3,15 %) 17

oder: 127.000 ( 3,18 %) 18

Die Aktionäre der Stämme y2 und C sind zudem durch einen im November 2001 abgeschlossenen Poolvertrag verbunden, durch den – wie sich aus dessen Präambel ergibt – sichergestellt werden soll, dass die Poolaktionäre vor Börseneinführung keine Aktien an Dritte veräußern, bei Börseneinführung Aktien nur in begrenztem Umfang veräußern, nach Börseneinführung Aktienverkäufe kursschonend erfolgen und dass die Poolaktionäre ihre Stimmrechte in der Hauptversammlung möglichst einheitlich ausüben. Nach § 16 des Poolvertrages haben die Poolaktionäre dem von ihnen gewählten Vorsitzenden – u – für die Dauer seiner Amtszeit eine unwiderrufliche Vollmacht zur Ausübung des Stimmrechts aus den von ihnen gehaltenen Aktien in der Hauptversammlung der Gesellschaft erteilt. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Poolvertrag Bezug genommen (Bl. 75 ff. GA – Anlage K4). 19

Von den vom Kläger gehaltenen Aktien sind lediglich 10.000 nicht poolgebunden; gleiches gilt für die von Mitarbeitern der Beklagten gehaltenen Aktien, den eigenen Aktien der Beklagten und für 2.000 Aktien der C mbH. Hinsichtlich dieser Aktionärin, auf deren Satzung Bezug genommen wird (Bl. 101 ff. GA), gehen die Parteien übereinstimmend davon aus, dass u ursprünglich deren Alleingesellschafter und ebenso wie sein Sohn T6 zu deren 20

Geschäftsführer bestellt war. Zwischen den Parteien ist allerdings streitig, ob u im Zeitpunkt der Beschlussfassung in der außerordentlichen Hauptversammlung vom 04.11.2008 lediglich Minderheitsgesellschafter der C mbH war und ob er sein Amt als Geschäftsführer zuvor wirksam niedergelegt hatte.

Bis zu ihrer Abberufung im Sommer 2008 waren der Kläger und Prof. N Vorstände der Beklagten. Beiden wurde durch die Hauptversammlung der Beklagten das Vertrauen entzogen. Sie haben sich anschließend im Klagewege vor dem Landgericht Münster gegen ihre Abberufung gewandt. 21

Mit Schreiben vom 04.09.2008, auf das wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird (Bl. 37 ff. GA – Anlage K1), beantragte der Kläger beim Vorstand der Beklagten die Einberufung einer außerordentlichen Hauptversammlung der Gesellschaft zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Zur Tagesordnung beantragte er eine Beschlussfassung zur Anordnung einer Sonderprüfung, die sich mit verschiedenen Verhaltensweisen des Aufsichtsrates im Zusammenhang mit der Regelung seiner Nachfolge als Vorstand befassen sollte. Wegen der Einzelheiten des vom Kläger insoweit entworfenen Fragenkatalogs wird auf die Darstellung im erstinstanzlich gestellten Klageantrag Bezug genommen (Bl. 2 ff. GA). Als weiteren Tagesordnungspunkt der außerordentlichen Hauptversammlung beantragte der Kläger die Bestellung einer näher bezeichneten Person zum Sonderprüfer. 22

Mit Schreiben vom 23.09.2008, das an die Gesellschafter der C mbH gerichtet war und auf das im Übrigen Bezug genommen wird (Bl. 158 GA – Anlage B3), erklärte u mit sofortiger Wirkung die Niederlegung seines Amtes als deren Geschäftsführer. Unter dem gleichen Datum trägt es den handschriftlichen Empfangsvermerk von T6. 23

Die außerordentliche Hauptversammlung wurde auf den 04.11.2008 um 12 Uhr anberaumt. Zuvor, gegen 10 Uhr, fand satzungsgemäß zunächst die Versammlung der mit dem erwähnten Stimmbindungsvertrag verbundenen Poolaktionäre statt. Bereits in dieser Versammlung kam es zu Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Frage der Stimmberechtigung einzelner Aktionäre bzw. etwaiger Stimmverbote gem. § 142 Abs. 1 S. 1 AktG. Der Vorsitzende der Poolversammlung, u, vertrat dabei die Auffassung, dass nicht nur er und das weitere Mitglied des Aufsichtsrates, Prof. Dr. T2, sondern auch der Kläger und Prof. N als frühere Vorstände von einem Stimmverbot nach § 142 Abs. 1 S. 2 und 3 AktG betroffen seien. Die Mehrheit der Poolaktionäre stimmte sodann dafür, die Anträge des Klägers, die in der anschließenden außerordentlichen Hauptversammlung als Tagesordnungspunkte 3 und 4 vorgesehen waren, abzulehnen. Während der Abstimmung in der Poolversammlung wurde C mbH durch T6 als deren Geschäftsführer allein vertreten. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Protokoll der außerordentlichen Poolversammlung vom 04.11.2008 Bezug genommen (Bl. 94 ff. – Anlage K5). 24

In der anschließend abgehaltenen außerordentlichen Hauptversammlung wurden dem Kläger und Prof. N unter Aufrechterhaltung der bereits in der Poolversammlung geäußerten Rechtsauffassung eine Stimmabgabe zu den Tagesordnungspunkten 3 und 4 verweigert, indem für sie keine Stimmzettel ausgegeben wurden. Die Aufsichtsräte u und Prof Dr. T2 stimmten ebenfalls nicht mit. C mbH wurde wiederum allein durch T6 als deren Geschäftsführer vertreten. Mit 118.800 gegen 1.521.400 (TOP 3) und mit 118.800 gegen 1.523.400 (TOP 4) Stimmen wurden die Anträge des Klägers abgelehnt, der dagegen Widerspruch zu Protokoll des beurkundenden Notars erhob. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Niederschrift des Notars R (URNr. ###/08) verwiesen (Bl. 56 ff. GA – Anlage K3). 25

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, dass er und das weitere ehemalige Vorstandsmitglied Prof. N bei der Abstimmung zu den Tagesordnungspunkten 3 und 4 nicht dem Stimmverbot des § 142 Abs. 1 S. 2 AktG unterlegen hätten. Vielmehr unterliege umgekehrt C einem solchen Stimmverbot. Er hat in diesem Zusammenhang bestritten, dass u Ende des Jahres 2001 95 % der Anteile an der C mbH auf seine beiden Söhne T6 und T5 übertragen habe und selbst nur noch 5 % der Anteile halte und damit nur noch Minderheitsgesellschafter der C mbH sei. Der Kläger hat darüber hinaus unter näherer Darlegung die Ansicht vertreten, dass die vorgenannte Gesellschaft einem Stimmverbot unterliege, da es sich bei ihr um ein von u (rechtlich und faktisch) beherrschtes Unternehmen handele. Aus verschiedenen – näher ausgeführten – Gründen habe u sein Amt als Geschäftsführer nicht wirksam niedergelegt, so dass T6 als Geschäftsführer der Beteiligungsgesellschaft auch nicht zu deren Alleinvertretung berechtigt gewesen sei.

Die Beklagte hat die Klage als verspätet angesehen und zunächst deren Zulässigkeit gerügt. Im Übrigen hat sie die Rechtmäßigkeit der beiden angefochtenen Beschlüsse im Einzelnen verteidigt. 27

Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil, auf das im Übrigen gem. § 540 Abs. 2 ZPO Bezug genommen wird (Bl. 314 ff. GA), unter Abweisung der weitergehenden Klage festgestellt, dass die – vom Kläger angefochtenen – Beschlüsse der ordentlichen Hauptversammlung der Beklagten vom 04.11.2008, mit denen die Anträge zu Punkt 3 und 4 der Tagesordnung betreffend die Durchführung einer Sonderprüfung gemäß § 142 Abs. 1 AktG und die Bestellung eines Sonderprüfers abgelehnt wurden, nichtig seien. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass den Beschlüssen ein Verfahrensfehler zugrunde liege, da dem Kläger und Prof. N zu Unrecht ihr Stimmrecht verweigert worden sei. Denn beide unterlägen nicht dem Stimmrechtsverbot gem. § 142 Abs. 1 S. 2 AktG. Der Wortlaut des § 142 Abs. 1 S. 2 AktG, der sich zwar gleichermaßen an alle Organe der Gesellschaft – unabhängig davon, ob Gegenstand der Sonderprüfung die Geschäftsführung durch den Vorstand oder diejenige des Aufsichtsrates sei – richte, sei "im vorliegenden Einzelfall" teleologisch zu reduzieren. Sinn des vom Gesetzgeber dort normierten Stimmverbotes sei es, zu verhindern, dass Vorstands- und Aufsichtsratsaktionäre eine Überprüfung ihrer Geschäftsführung durch die übrigen Aktionäre verhindern könnten. Der Gesetzgeber gehe dabei von der grundsätzlichen Konstellation aus, dass Vorstand und Aufsichtsrat gegen die Anordnung einer Sonderprüfung stimmen würden, soweit sie ihre eigene Tätigkeit betreffe. Demgegenüber wolle der Kläger hier als Aktionär und ehemaliges Vorstandsmitglied gerade die Durchführung einer Sonderprüfung erreichen. Dementsprechend sei § 142 Abs. 1 S. 2 AktG teleologisch dahin auszulegen, dass (ehemalige) Vorstände und Aufsichtsratsmitglieder nur insoweit einem Stimmverbot unterlägen, als sie gegen die Anordnung einer Sonderprüfung stimmen wollten. 28

Die weiterhin erhobene positive Beschlussfeststellungsklage hat das Landgericht dagegen zwar als zulässig aber unbegründet angesehen, da der Beschluss mit dem beantragten Inhalt nicht den inhaltlichen Anforderungen des § 142 Abs. 1 AktG entspreche. Auch wenn Vorgänge der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat Gegenstand einer Sonderprüfung sein können und es einhelliger Auffassung in der Literatur entspreche, dass der Begriff der Geschäftsführung weit auszulegen sei, gehe der vom Kläger vorgelegte Fragenkatalog jedoch weit über das hinaus, was noch als Geschäftsführung angesehen werden könne. 29

Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung, mit der er in erster Linie sein in erster Instanz abgewiesenes Klagebegehren (Beschlussfeststellung) weiterverfolgt. Mit den weiterhin geltend gemachten Anträgen begehrt der Kläger hilfsweise eine 30

Beschlussfeststellung mit etwas reduziertem Inhalt (1. Hilfsantrag), mit ursprünglichem Inhalt ohne Aufnahme eines konkreten Fragenkataloges (2. Hilfsantrag) oder wiederum mit etwas reduziertem Inhalt ebenfalls ohne Aufnahme eines konkreten Fragenkataloges (3. Hilfsantrag). Der Kläger rügt insbesondere, dass das Landgericht die Vorschrift des § 142 Abs. 1 AktG nicht richtig angewendet habe. Grundsätzlich sei der Kreis möglicher Themen einer Sonderprüfung nach § 142 Abs. 1 AktG unbeschränkt.

Der Kläger beantragt,	31
unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung festzustellen, dass in der außerordentlichen Hauptversammlung der Beklagten vom 4. November 2008 folgende Beschlüsse gefasst worden sind:	32
1.	33
Beschluss über die Bestellung eines Sonderprüfers gemäß § 142 Abs. 1 AktG, der alle Vorgänge überprüfen soll, die im Zusammenhang stehen	34
a. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Einstellung und Bestellung von Frau y zum Mitglied des Vorstands der Gesellschaft, wobei insbesondere folgende Punkte untersucht werden sollen:	35
• Wann, wie und durch wen erfolgte die Beauftragung eines Headhunters zur Suche eines neuen Vorstandsmitglieds? Hat hierzu eine Abstimmung innerhalb des Aufsichtsrats stattgefunden oder erfolgte die Beauftragung allein durch den Vorsitzenden des Aufsichtsrates, Herrn u, ohne Abstimmung mit den übrigen Mitgliedern? Wieso wurde der Vorstand parallel mit der Suche nach einem Vorstandskandidaten beauftragt? War der Vorstand über die parallele Suche und Beauftragung eines Headhunters informiert? Ist der Aufsichtsrat bei der Suche eines Vorstandskandidaten seinen Sorgfaltspflichten nachgekommen?	36
○ Wann, wie und durch wen erfolgte der Abschluss des Anstellungsvertrages mit Frau y? Hat hierzu eine Abstimmung innerhalb des Aufsichtsrats stattgefunden oder erfolgte der Abschluss durch den Vorsitzenden des Aufsichtsrates, Herrn T, ohne Abstimmung mit den übrigen Mitgliedern? Enthält der Anstellungsvertrag ungewöhnliche oder besondere Vereinbarungen? Gibt es Nebenvereinbarungen oder sonstige, nicht in dem Anstellungsvertrag enthaltene Zusagen oder Verpflichtungen der Gesellschaft gegenüber Frau y?	37
○ Erfolgte der Abschluss eines Anstellungsvorvertrages oder letter of intent mit Frau y? Wenn ja, durch wen und aus welchem Grunde? Hat hierzu eine Abstimmung innerhalb des Aufsichtsrats stattgefunden oder erfolgte der Abschluss durch den Vorsitzenden des Aufsichtsrates, Herrn u, ohne Abstimmung mit den übrigen Mitgliedern?	
○ Wann, durch wen und wie bekam Frau y Zugang zu der Gesellschaft? War sie vor Beginn ihrer Vorstandstätigkeit in oder für die Gesellschaft tätig, hielt sich in den Räumlichkeiten der Gesellschaft auf oder hatte mit Mitarbeitern der Gesellschaft Kontakt, kommunizierte mit diesen oder erteilte diesen Anweisungen? Hat sie vor Beginn ihrer Vorstandstätigkeit durch oder auf Veranlassung des Aufsichtsrats, insbesondere durch dessen Vorsitzenden u, eine Codekarte, mit der sie sich Zugang zu den Räumlichkeiten der Gesellschaft verschaffen konnte, erhalten? Hat der Aufsichtsrat oder eines seiner Mitglieder ein Programm für Frau y erstellt oder von Frau y entwickeln lassen, wonach sie schon vor Beginn ihrer Vorstandstätigkeit in oder für die Gesellschaft tätig sein sollte, und dieses den Mitarbeitern der Gesellschaft kommuniziert? Verletzte der Aufsichtsrat in	

diesem Zusammenhang seine Sorgfaltspflichten, insbesondere im Hinblick darauf, dass Frau y von der A, Inc., einem direkten Wettbewerber der Gesellschaft, kam und sie noch während ihrer Tätigkeit für diesen Wettbewerber Zugang zu der Gesellschaft und Einblicke in deren Geschäftstätigkeit erhielt?

- Welchen genauen Inhalt hatte die Auseinandersetzung bzw. die Kommunikation zwischen dem Vorsitzenden des Aufsichtsrates, Herrn u, und dem damaligen Mitglied des Vorstands, Herrn Prof. N2, über Frau y, insbesondere über die Begleichung der Rechnung des Headhunters, den Zugang von Frau y zu den Räumlichkeiten der Gesellschaft sowie deren Tätigkeit für die Gesellschaft vor Beginn ihrer Vorstandstätigkeit?

b. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit dem Widerruf der Bestellung 38 von Herrn y2 sowie Herrn Prof. N2 zu Mitgliedern des Vorstands der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat, wobei insbesondere folgende Punkte untersucht werden sollen:

- Wann fanden die ersten Gespräche und Beratungen innerhalb des Aufsichtsrats über den 39 Widerruf der Bestellungen von Herrn V und Herrn Prof. N2 zu Mitgliedern des Vorstands statt? Erfolgte über den Widerruf eine förmliche Beschlussfassung des Aufsichtsrats?
- Gab es Überlegungen innerhalb des Aufsichtsrats, vor dem Widerruf der Bestellung von Herrn y2 zum Mitglied des Vorstands eine Verständigung bzw. Konfliktbeilegung zwischen dem Aufsichtsrat und Herrn y2 zu versuchen? Wurde ein solcher Versuch gegenüber Herrn Prof. N2 unternommen?
- Ist der Aufsichtsrat bei seinen Entscheidungen über den jeweiligen Widerruf seinen Sorgfaltspflichten nachgekommen, hat er insbesondere den Gesichtspunkt, dass durch die Entlassung beider Vorstandsmitglieder innerhalb kurzer Zeit ein beträchtlicher Know-how-Verlust für die Gesellschaft sowie eine beträchtliche Unruhe unter den Mitarbeitern eintrat, berücksichtigt?

c. mit der Einflussnahme auf die Geschäftsführung der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat, 40 wobei insbesondere folgende Punkte untersucht werden sollen:

- Was war Gegenstand des Gesprächs zwischen Mitgliedern des Aufsichtsrats und dem 41 Senior Management Team am 27. Mai 2008? Wieso wurde dabei der Vorstand übergangen?
- Hat es darüber hinaus eine direkte Kommunikation zwischen dem Aufsichtsrat, insbesondere zwischen dessen Vorsitzendem u und Mitarbeitern der Gesellschaft ohne Einschaltung und unter Umgehung des Vorstands gegeben? Was war Inhalt und Gegenstand dieser Kommunikation? Wieso wurde der Vorstand dabei übergangen?

d. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand, wobei insbesondere 42 folgende Punkte untersucht werden sollen:

- Ist der Aufsichtsrat seiner, Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit und 43 Kommunikation mit dem Vorstand nachgekommen? Wurde innerhalb des Aufsichtsrats erörtert, dem Vorstandsmitglied y2 etwaige Bedenken hinsichtlich seiner Vorstandstätigkeit, insbesondere hinsichtlich seines Verhaltens gegenüber dem Aufsichtsrat, mitzuteilen? Hat der Aufsichtsrat das Vorstandsmitglied Prof. N2 über etwaige Bedenken hinsichtlich seiner Vorstandstätigkeit, insbesondere hinsichtlich seiner Zusammenarbeit mit der Vorsitzenden des Vorstandes, Frau y, informiert? Bestanden solche Bedenken und ggf. welcher Art? Aus welchem Grund hat der Aufsichtsrat auf Anfragen des Vorstands nicht reagiert oder diese ignoriert und eine Kommunikation mit diesem verweigert?

- e. mit der Begleichung von Anwaltsrechnungen durch die Gesellschaft für anwaltliche Beratung, die nicht die Gesellschaft betrafen, und der Rolle, die dabei der Aufsichtsrat spielte, wobei insbesondere folgende Punkte untersucht werden sollen:
- Hat der Aufsichtsrat, insbesondere sein Vorsitzender u, Rechnungen über von ihm beauftragte Anwaltsleistungen von der Gesellschaft bezahlen lassen? Welchen Gegenstand hatten diese Anwaltsleistungen? 45
  - Erfolgte die Beauftragung des Rechtsanwalts Dr. S2, S3, #####1 Hamburg, bzw. dessen Anwaltskanzlei S2 Rechtsanwälte durch den Aufsichtsrat? Erfassen die an die Gesellschaft gestellten Rechnungen von Herr Dr. S2, der nach eigener Aussage auch von dem Aufsichtsratsvorsitzenden u persönlich beauftragt wurde, auch Leistungen, die Herrn u persönlich betrafen? Hat der Aufsichtsrat, insbesondere dessen Vorsitzender u, Vorkehrungen getroffen, um sicherzustellen, dass Anwaltsleistungen, die nicht die Gesellschaft betreffen, nicht gegenüber der Gesellschaft abgerechnet werden?
  - Erfolgte die Beauftragung des Rechtsanwalts Dr. I, I-Straße, #####2 I5, bzw. dessen Anwaltskanzlei I4, durch den Aufsichtsrat? Erfassen die an die Gesellschaft gestellten Rechnungen von Herr Dr. I3 auch Leistungen, die Herrn u persönlich betrafen? Hat der Aufsichtsrat, insbesondere dessen Vorsitzender u, Vorkehrungen getroffen, um sicherzustellen, dass Anwaltsleistungen, die nicht die Gesellschaft betreffen, nicht gegenüber der Gesellschaft abgerechnet werden?
- f. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Ablösung bestehender Aktien-Optionsprogramme bzw. Mitarbeiteraktien durch ein Prämiensystem mit Phantom-Aktien sowie Rückkauf von Mitarbeiteraktien, wobei insbesondere folgende Punkte untersucht werden sollen:
- Welche Gründe bewogen den Aufsichtsrat, Herrn Prof. N2 die Ablösung seines Aktien-Optionsprogramms, insbesondere seiner gegenüber dem Hauptaktionär und Aufsichtsratsvorsitzenden u bestehenden Put-Optionen durch ein Prämiensystem mit Phantom-Aktien anzubieten? Welchen genauen Inhalt hat dieses Prämiensystem mit Phantom-Aktien? Welche neuen Belastungen oder Verpflichtungen bringt dieses Programm für die Gesellschaft mit sich? Hätte die vorgeschlagene Ablösung zur Folge, dass die Verpflichtungen von Herrn u aus der nach dem Aktien-Optionsprogramm zugunsten von Prof. N bestehenden Put-Option entfallen und durch Verpflichtungen der Gesellschaft ersetzt werden? Hat hierzu eine Diskussion und Abstimmung innerhalb des Aufsichtsrats stattgefunden oder erfolgte diese Entscheidung allein durch den Vorsitzenden des Aufsichtsrates, Herrn u, ohne Abstimmung mit den übrigen Mitgliedern? Hat der Aufsichtsrat die damit verbundenen Konsequenzen für die Gesellschaft, insbesondere die Übernahme neuer Belastungen unter gleichzeitiger Entlastung von Herrn u von seiner Verpflichtung aus der Put-Option, mit der erforderlichen Sorgfalt abgewogen? 47
  - Welche Gründe bewogen den Aufsichtsrat zu dem auf der Hauptversammlung der Gesellschaft vom 21. Juli 2008 erwähnten Vorschlag, die bestehenden Mitarbeiteraktien durch ein Prämiensystem mit Phantom-Aktien ("share appreciation program") abzulösen? Durch wen bzw. auf wessen Veranlassung wurde dieses Programm entwickelt? Wurde dabei die aktienrechtliche Kompetenzordnung eingehalten? Welchen genauen Inhalt hat dieses Prämiensystem mit Phantom-Aktien? Welche neuen Belastungen oder Verpflichtungen bringt dieses Programm für die Gesellschaft mit sich?
  - Wurde das Angebot von Herrn u gegenüber Mitarbeiteraktionären auf Erwerb von deren Mitarbeiteraktien durch Herrn u innerhalb des Aufsichtsrats abgesprochen oder beruht dieses allein auf dem Entschluss des Aufsichtsratsvorsitzenden u? Ist dieses Angebot mit dem Beschluss der Hauptversammlung der Gesellschaft vom 19. Dezember 2006 zur Ausgabe

von Mitarbeiteraktien zu vereinbaren? Hat der Aufsichtsrat oder dessen Aufsichtsratsvorsitzender u diesen Gesichtspunkt mit der nötigen Sorgfalt abgewogen?

- g. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Bestellung des Abschlussprüfers für das Geschäftsjahr 2008, wobei insbesondere folgende Punkte untersucht werden sollen: 48
- Aus welchen Gründen wollte der Aufsichtsrat die S GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, D, als Abschlussprüfer für das Geschäftsjahr 2008 der Gesellschaft anstelle des langjährigen Abschlussprüfers PwC bestellen? Hat hierzu eine Abstimmung innerhalb des Aufsichtsrats stattgefunden oder erfolgte diese Entscheidung allein durch den Vorsitzenden des Aufsichtsrates, Herrn u, ohne Abstimmung mit den übrigen Mitgliedern? 49
- h. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Gewährung von Aufsichtsratsvergütungen, insbesondere der Vergütung an das Mitglied des Aufsichtsrats Prof. Dr. T2 aufgrund eines Beratervertrages, wobei insbesondere folgende Punkte untersucht werden sollen: 50
- Gibt es über den Abschluss des Beratervertrags mit dem Mitglied des Aufsichtsrats Prof. Dr. T2, der eine Vergütung i.H. von EUR 24.000,00 p.a. vorsah, einen Aufsichtsratsbeschluss gem. § 114 Abs. 1 AktG? Wenn ja, erfüllt dieser Aufsichtsratsbeschluss die Anforderungen gem. der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs? Wurden die vereinbarten Leistungen von Herrn Prof. Dr. T2 tatsächlich erbracht? 51
  - Welche Vergütungen oder sonstigen Leistungen abgesehen von der vorstehend erwähnten Vergütung von EUR 24.000,00 p.a. an Herrn Prof. Dr. T2 - wurden den Mitgliedern des Aufsichtsrats gewährt? Auf welcher Grundlage wurden diese Vergütungen gewährt?
- i. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Sitzung des Aufsichtsrats am 27. Mai 2008, wobei insbesondere folgende Punkte untersucht werden sollen: 52
- Wurde über die Sitzung des Aufsichtsrats am 27. Mai 2008 eine Niederschrift gem. § 107 Abs. 2 Satz 1 AktG angefertigt und jedem Mitglied des Aufsichtsrats ausgehändigt? Wenn ja, wann erfolgte dies, wenn nein, wieso wurde dies unterlassen? 53
- j. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Änderung der strategischen Ausrichtung der Gesellschaft, wobei insbesondere folgende Punkte untersucht werden sollen: 54
- Gab es Beratungen oder Gespräche innerhalb des Aufsichtsrates bzw. zwischen Mitgliedern des Aufsichtsrates über eine Aufgabe des Ziels, die Gesellschaft bis 2009 an die Börse zu bringen oder einen strategischen Investor aufzunehmen, insbesondere in der Unterredung zwischen Herrn u und Herrn Prof. Dr. C3 am 25. April 2008? Wenn ja, was war Inhalt und Ergebnis dieser Beratungen bzw. Gespräche? 55
- sowie 56
- Beschluss über die Bestellung von Herrn Rechtsanwalt Dr. Q, Q2 Rechtsanwälte, Darmstädter M-Straße, #####3 G, zum Sonderprüfer für die vorgenannten Vorgänge; 57
- hilfsweise 58
- 59

2.

Beschluss über die Bestellung eines Sonderprüfers gemäß § 142 Abs. 1 AktG, der alle Vorgänge überprüfen soll, die im Zusammenhang stehen 60

- a. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit dem Widerruf der Bestellung von Herrn y2 sowie Herrn Prof. N2 zu Mitgliedern des Vorstands der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat, wobei insbesondere folgende Punkte untersucht werden sollen: 61
- Wann fanden die ersten Gespräche und Beratungen innerhalb des Aufsichtsrats über den Widerruf der Bestellungen von Herrn V und Herrn Prof. N2 zu Mitgliedern des Vorstands statt? Erfolgte über den Widerruf eine förmliche Beschlussfassung des Aufsichtsrats? 62
  - Gab es Überlegungen innerhalb des Aufsichtsrats, vor dem Widerruf der Bestellung von Herrn y2 zum Mitglied des Vorstands eine Verständigung bzw. Konfliktbeilegung zwischen dem Aufsichtsrat und Herrn y2 zu versuchen? Wurde ein solcher Versuch gegenüber Herrn Prof. N2 unternommen?
  - Ist der Aufsichtsrat bei seinen Entscheidungen über den jeweiligen Widerruf seinen Sorgfaltspflichten nachgekommen, hat er insbesondere den Gesichtspunkt, dass durch die Entlassung beider Vorstandsmitglieder innerhalb kurzer Zeit ein beträchtlicher Know-how-Verlust für die Gesellschaft sowie eine beträchtliche Unruhe unter den Mitarbeitern eintrat, berücksichtigt?
- b. mit der Einflussnahme auf die Geschäftsführung der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat, wobei insbesondere folgende Punkte untersucht werden sollen: 63
- Was war Gegenstand des Gesprächs zwischen Mitgliedern des Aufsichtsrats und dem Senior Management Team am 27. Mai 2008? Wieso wurde dabei der Vorstand übergangen? 64
  - Hat es darüber hinaus eine direkte Kommunikation zwischen dem Aufsichtsrat, insbesondere zwischen dessen Vorsitzendem T und Mitarbeitern der Gesellschaft ohne Einschaltung und unter Umgehung des Vorstands gegeben? Was war Inhalt und Gegenstand dieser Kommunikation? Wieso wurde der Vorstand dabei übergangen?
- c. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand, wobei insbesondere folgende Punkte untersucht werden sollen: 65
- Ist der Aufsichtsrat seiner Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit und Kommunikation mit dem Vorstand nachgekommen? Wurde innerhalb des Aufsichtsrats erörtert, dem Vorstandsmitglied y2 etwaige Bedenken hinsichtlich seiner Vorstandstätigkeit, insbesondere hinsichtlich seines Verhaltens gegenüber dem Aufsichtsrat, mitzuteilen? Hat der Aufsichtsrat das Vorstandsmitglied Prof. N2 über etwaige Bedenken hinsichtlich seiner Vorstandstätigkeit, insbesondere hinsichtlich seiner Zusammenarbeit mit der Vorsitzenden des Vorstandes, Frau y, informiert? Bestanden solche Bedenken und ggf. welcher Art? Aus welchem Grund hat der Aufsichtsrat auf Anfragen des Vorstands nicht reagiert oder diese ignoriert und eine Kommunikation mit diesem verweigert? 66
- d. mit der Begleichung von Anwaltsrechnungen durch die Gesellschaft für anwaltliche Beratung, die nicht die Gesellschaft betrafen, und der Rolle, die dabei der Aufsichtsrat spielte, wobei insbesondere folgende Punkte untersucht werden sollen: 67

68

- Hat der Aufsichtsrat, insbesondere sein Vorsitzender u, Rechnungen über von ihm beauftragte Anwaltsleistungen von der Gesellschaft bezahlen lassen? Welchen Gegenstand hatten diese Anwaltsleistungen?
- Erfolgte die Beauftragung des Rechtsanwalts Dr. S2, S3, #####1 Hamburg, bzw. dessen Anwaltskanzlei S2 Rechtsanwälte durch den Aufsichtsrat? Erfassen die an die Gesellschaft gestellten Rechnungen von Herr Dr. S2, der nach eigener Aussage auch von dem Aufsichtsratsvorsitzenden u persönlich beauftragt wurde, auch Leistungen, die Herrn u persönlich betrafen? Hat der Aufsichtsrat, insbesondere dessen Vorsitzender u, Vorkehrungen getroffen, um sicherzustellen, dass Anwaltsleistungen, die nicht die Gesellschaft betreffen, nicht gegenüber der Gesellschaft abgerechnet werden?
- Erfolgte die Beauftragung des Rechtsanwalts Dr. I, I-Straße, #####2 I5, bzw. dessen Anwaltskanzlei I4, durch den Aufsichtsrat? Erfassen die an die Gesellschaft gestellten Rechnungen von Herr Dr. I3 auch Leistungen, die Herrn u persönlich betrafen? Hat der Aufsichtsrat, insbesondere dessen Vorsitzender u, Vorkehrungen getroffen, um sicherzustellen, dass Anwaltsleistungen, die nicht die Gesellschaft betreffen, nicht gegenüber der Gesellschaft abgerechnet werden?

e. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Ablösung bestehender 69 Aktien-Optionsprogramme bzw. Mitarbeiteraktien durch ein Prämiensystem mit Phantom-Aktien sowie Rückkauf von Mitarbeiteraktien, wobei insbesondere folgende Punkte untersucht werden sollen:

- Welche Gründe bewogen den Aufsichtsrat, Herrn Prof. N2 die Ablösung seines Aktien- 70 Optionsprogramms, insbesondere seiner gegenüber dem Hauptaktionär und Aufsichtsratsvorsitzenden u bestehenden Put-Optionen durch ein Prämiensystem mit Phantom-Aktien anzubieten? Welchen genauen Inhalt hat dieses Prämiensystem mit Phantom-Aktien? Welche neuen Belastungen oder Verpflichtungen bringt dieses Programm für die Gesellschaft mit sich? Hätte die vorgeschlagene Ablösung zur Folge, dass die Verpflichtungen von Herrn u aus der nach dem Aktien-Optionsprogramm zugunsten von Prof. N bestehenden Put-Option entfallen und durch Verpflichtungen der Gesellschaft ersetzt werden? Hat hierzu eine Diskussion und Abstimmung innerhalb des Aufsichtsrats stattgefunden oder erfolgte diese Entscheidung allein durch den Vorsitzenden des Aufsichtsrates, Herrn u, ohne Abstimmung mit den übrigen Mitgliedern? Hat der Aufsichtsrat die damit verbundenen Konsequenzen für die Gesellschaft, insbesondere die Übernahme neuer Belastungen unter gleichzeitiger Entlastung von Herrn u von seiner Verpflichtung aus der Put-Option, mit der erforderlichen Sorgfalt abgewogen?
- Welche Gründe bewogen den Aufsichtsrat zu dem auf der Hauptversammlung der Gesellschaft vom 21. Juli 2008 erwähnten Vorschlag, die bestehenden Mitarbeiteraktien durch ein Prämiensystem mit Phantom-Aktien ("share appreciation program") abzulösen? Durch wen bzw. auf wessen Veranlassung wurde dieses Programm entwickelt? Wurde dabei die aktienrechtliche Kompetenzordnung eingehalten? Welchen genauen Inhalt hat dieses Prämiensystem mit Phantom-Aktien? Welche neuen Belastungen oder Verpflichtungen bringt dieses Programm für die Gesellschaft mit sich?
- Wurde das Angebot von Herrn u gegenüber Mitarbeiteraktionären auf Erwerb von deren Mitarbeiteraktien durch Herrn u innerhalb des Aufsichtsrats abgesprochen oder beruht dieses allein auf dem Entschluss des Aufsichtsratsvorsitzenden u? Ist dieses Angebot mit dem Beschluss der Hauptversammlung der Gesellschaft vom 19. Dezember 2006 zur Ausgabe von Mitarbeiteraktien zu vereinbaren? Hat der Aufsichtsrat oder dessen Aufsichtsratsvorsitzender u diesen Gesichtspunkt mit der nötigen Sorgfalt abgewogen?

f. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Gewährung von Aufsichtsratsvergütungen, insbesondere der Vergütung an das Mitglied des Aufsichtsrats Prof. Dr. T2 aufgrund eines Beratervertrages, wobei insbesondere folgende Punkte untersucht werden sollen:	72
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Gibt es über den Abschluss des Beratervertrags mit dem Mitglied des Aufsichtsrats Prof. Dr. T2, der eine Vergütung i.H. von EUR 24.000,00 p.a. vorsah, einen Aufsichtsratsbeschluss gem. § 114 Abs. 1 AktG? Wenn ja, erfüllt dieser Aufsichtsratsbeschluss die Anforderungen gem. der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs? Wurden die vereinbarten Leistungen von Herrn Prof. Dr. T2 tatsächlich erbracht?</li> <li>• Welche Vergütungen oder sonstigen Leistungen abgesehen von der vorstehend erwähnten Vergütung von EUR 24.000,00 p.a. an Herrn Prof. Dr. T2 - wurden den Mitgliedern des Aufsichtsrats gewährt? Auf welcher Grundlage wurden diese Vergütungen gewährt?</li> </ul>	73
g. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Sitzung des Aufsichtsrats am 27. Mai 2008, wobei insbesondere folgende Punkte untersucht werden sollen:	74
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Wurde über die Sitzung des Aufsichtsrats am 27. Mai 2008 eine Niederschrift gem. § 107 Abs. 2 Satz 1 AktG angefertigt und jedem Mitglied des Aufsichtsrats ausgehändigt? Wenn ja, wann erfolgte dies, wenn nein, wieso wurde dies unterlassen?</li> </ul>	75
h. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Änderung der strategischen Ausrichtung der Gesellschaft, wobei insbesondere folgende Punkte untersucht werden sollen:	76
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Gab es Beratungen oder Gespräche innerhalb des Aufsichtsrates bzw. zwischen Mitgliedern des Aufsichtsrates über eine Aufgabe des Ziels, die Gesellschaft bis 2009 an die Börse zu bringen oder einen strategischen Investor aufzunehmen, insbesondere in der Unterredung zwischen Herrn u und Herrn Prof. Dr. C3 am 25. April 2008? Wenn ja, was war Inhalt und Ergebnis dieser Beratungen bzw. Gespräche?</li> </ul>	77
sowie	78
Beschluss über die Bestellung von Herrn Rechtsanwalt Dr. Q, Saiger Rechtsanwälte, Darmstädter M-Straße, #####3 G, zum Sonderprüfer für die vorgenannten Vorgänge;	79
hilfsweise	80
3.	81
Beschluss über die Bestellung eines Sonderprüfers gemäß § 142 Abs. 1 AktG, der alle Vorgänge überprüfen soll, die im Zusammenhang stehen	82
a. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Einstellung und Bestellung von Frau y zum Mitglied des Vorstands der Gesellschaft,	83
b. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit dem Widerruf der Bestellung von Herrn y2 sowie Herrn Prof. N2 zu Mitgliedern des Vorstands der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat,	84
	85

c. mit der Einflussnahme auf die Geschäftsführung der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat,	
d. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand,	86
e. mit der Begleichung von Anwaltsrechnungen durch die Gesellschaft für anwaltliche Beratung, die nicht die Gesellschaft betrafen, und der Rolle, die dabei der Aufsichtsrat spielte,	87
f. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Ablösung bestehender Aktien-Optionsprogramme bzw. Mitarbeiteraktien durch ein Prämiensystem mit Phantom-Aktien sowie Rückkauf von Mitarbeiteraktien,	88
g. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Bestellung des Abschlussprüfers für das Geschäftsjahr 2008,	89
h. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Gewährung von Aufsichtsratsvergütungen, insbesondere der Vergütung an das Mitglied des Aufsichtsrats Prof. Dr. T2 aufgrund eines Beratervertrages,	90
i. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Sitzung des Aufsichtsrats am 27. Mai 2008,	91
j. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Änderung der strategischen Ausrichtung der Gesellschaft,	92
sowie	93
Beschluss über die Bestellung von Herrn Rechtsanwalt Dr. Q, Saiger Rechtsanwälte, Darmstädter M-Straße, #####3 G, zum Sonderprüfer für die vorgenannten Vorgänge;	94
hilfsweise	95
4.	96
Beschluss über die Bestellung eines Sonderprüfers gemäß § 142 Abs. 1 AktG, der alle Vorgänge überprüfen soll, die im Zusammenhang stehen	97
a. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit dem Wiederruf der Bestellung von Herrn y2 sowie Herrn Prof. N2 zu Mitgliedern des Vorstands der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat,	98
b. mit der Einflussnahme auf die Geschäftsführung der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat,	99
c. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand,	100
d. mit der Begleichung von Anwaltsrechnungen durch die Gesellschaft für anwaltliche Beratung, die nicht die Gesellschaft betrafen, und der Rolle, die dabei der Aufsichtsrat spielte,	101
e. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Ablösung bestehender Aktien-Optionsprogramme bzw. Mitarbeiteraktien durch ein Prämiensystem mit Phantom-Aktien sowie Rückkauf von Mitarbeiteraktien,	102

f. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Gewährung von Aufsichtsratsvergütungen, insbesondere der Vergütung an das Mitglied des Aufsichtsrats Prof. Dr. T2 aufgrund eines Beratervertrages,	
g. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Sitzung des Aufsichtsrats <sup>104</sup> am 27. Mai 2008,	
h. mit dem Verhalten des Aufsichtsrats im Zusammenhang mit der Änderung der strategischen Ausrichtung der Gesellschaft,	105
sowie	106
Beschluss über die Bestellung von Herrn Rechtsanwalt Dr. Q, Q2 Rechtsanwälte, M- <del>307</del> Straße, #####3 G, zum Sonderprüfer für die vorgenannten Vorgänge.	
Die Beklagte beantragt,	108
die Berufung des Klägers zurückzuweisen	109
und im Wege der Anschlussberufung,	110
die angefochtene Entscheidung abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.	111
Die Beklagte ist der Berufung des Klägers entgegengetreten und begehrt nunmehr darüber hinaus im Wege der Anschlussberufung die Abweisung der Klage insgesamt. Sie ist unter näherer Darlegung der Ansicht, dass bereits die vom Kläger erhobene Anfechtungsklage unbegründet sei, so dass schon allein deswegen die positive Beschlussfeststellungsklage keinen Erfolg haben könne.	112
Der Kläger beantragt,	113
die Anschlussberufung der Beklagten zurückzuweisen.	114
Unter Wiederholung und Vertiefung seines Vortrags erster Instanz behauptet der Kläger, dass in dem (Anteils)Abtretungsvertrag vom 27.12.2001 (URNr. ### – Notar Q3 in N3) Regelungen enthalten seien, die sicherstellten, dass die Ausübung der Stimmrechte aus den abgetretenen Anteilen im Sinne und nach Weisung us erfolgen sollen, so dass ein Stimmbindungsvertrag vorliege.	115
Wegen des weiteren Sachvortrags der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze, die Verhandlungsprotokolle und die zu den Akten gereichten Anlagen Bezug genommen.	116
<b>II.</b>	117
Die Anschlussberufung der Beklagten ist begründet, während die Berufung des Klägers ohne Erfolg bleibt.	118
1. Anschlussberufung der Beklagten	119
Die Anschlussberufung, die die Beklagte innerhalb der ihr mit Verfügung vom 08.03.2010 zur Berufungserwiderung gesetzten Frist am 11.05.2010 eingelegt hat, (§ 524 Abs. 2 S. 2 ZPO), ist zulässig und führt zur Abweisung der Klage insgesamt.	120
	121

Die Anfechtungsklage ist zwar zulässig, aber unbegründet. Das Landgericht hat zu Unrecht die Anfechtbarkeit (§§ 241 Nr. 6, 243 AktG) der in der Hauptversammlung vom 04.11.2008 zu den Tagesordnungspunkten 3 und 4 gefassten Beschlüsse angenommen und sie deswegen für nichtig erklärt (§ 248 AktG).

Die angefochtenen Beschlüsse lassen keine Verletzung des Gesetzes oder der Satzung erkennen. Insbesondere ist kein Verfahrensfehler darin zu sehen, dass der Kläger und Prof. N als ehemalige Vorstände der Beklagten gem. § 142 Abs. 1 S. 2 AktG von der Abstimmung über die Durchführung einer Sonderprüfung und der Bestellung eines Sonderprüfers ausgeschlossen wurden und für C mbH das Vorliegen eines solchen Stimmverbotes verneint wurde. 122

a) Nichtgewährung eines Stimmrechts für den Kläger 123

Der Ausschluss des Klägers und Prof. N von der Abstimmung zu den Tagesordnungspunkten 3 und 4 lässt keinen Verfahrensfehler erkennen, da beide Aktionäre gem. § 142 Abs. 1 S. 2 AktG als ehemalige Vorstände nicht mitstimmen durften. 124

Nach dieser Vorschrift kann ein Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats weder für sich noch für einen anderen mitstimmen, wenn sich die Prüfung auf Vorgänge erstrecken soll, die mit der Entlastung eines Mitglieds des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder Einleitung eines Rechtsstreites zwischen der Gesellschaft und einem Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats zusammenhängen. Diese Voraussetzungen liegen hier vor, da sich die vom Kläger beantragte Sonderprüfung auf Vorgänge beziehen sollte, aus denen sich Ersatzansprüche gegen die Gesellschaft ergeben können und die deshalb mit der Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat zusammenhängen. Adressaten des Verbots sind alle Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats, auch wenn sie am zu prüfenden Vorgang nicht beteiligt waren (Hüffer, AktG, 9. Auflage (2010), § 142 Rdn. 14). Dem steht auch nicht entgegen, dass der Kläger sowie Prof. N bereits im Sommer 2008 als Vorstände der Beklagten abberufen worden sind, da sich das Stimmverbot auch auf ehemalige Verwaltungsmitglieder bezieht, soweit der zu prüfende Vorgang in ihre Amtszeit fiel (Hüffer, aaO.; Wilsing/Neumann in Heidel, Aktienrecht, 2. Auflage (2007), § 142 Rdn. 13). Dies ist vorliegend der Fall, da die in Rede stehenden Prüfungsaufträge Anknüpfungspunkte zu Zeiten enthalten, in denen der Kläger und Prof. N noch Vorstand der Beklagten waren. Dieser ebenfalls vom Landgericht zugrunde gelegten Annahme ist der Kläger mit seiner Berufung auch nicht entgegengetreten. 125

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist die in § 142 Abs. 1 S. 2 AktG enthaltene Regelung auch nicht teleologisch dahin zu reduzieren, dass das dort normierte Stimmverbot nur dann eingreift, wenn der abstimmende (ehemalige) Vorstand sich gegen die Durchführung einer Sonderprüfung wenden will oder wendet, und damit nicht den Fall erfasst, in dem er sich – wie vorliegend – für deren Durchführung aussprechen will oder ausspricht (so auch Petrovicki, GWR 2009, 319 und Theusinger/Wolf, EWiR 2009, 761 f., in Anmerkungen gegen das in ZIP 2009, 1766 veröffentlichten Urteil des Landgerichts Dortmund). 126

Zweck des Stimmverbotes nach § 142 Abs. 1 S. 2 AktG ist es, die Willensbildung der Hauptversammlung von Sonderinteressen des Abstimmenden freizuhalten, die der Orientierung der Stimmabgabe am Geschäftsinteresse typischerweise entgegenstehen (Hüffer, AktG, 9. Auflage (2010), § 142 Rdn. 13 mit Verweis auf OLG Düsseldorf, AG 2006, 202 (205 f.)). Danach wird das Stimmverbot bereits aufgrund der typischerweise anzunehmenden Interessenkollision ausgelöst und ist nicht erst davon abhängig, dass die 127

danach (an sich) ausgeschlossene Person in einer bestimmten Weise abstimmen will oder abstimmt. Die Vorschrift enthält die allgemeine Wertung, dass die Entscheidung der Aktionäre, die nicht als (ehemalige) Verwaltungsmitglieder von den zu prüfenden Vorgängen betroffen sind, den wie auch immer ausfallenden Interessen der Verwaltungsmitglieder vorgeht. § 142 Abs. 1 S. 2 AktG will umfassenden Schutz vor etwaigen Sonderinteressen gewähren und ist damit unabhängig von dem Abstimmungsverhalten anwendbar (Theusinger/Wolf, EWiR 2009, 761 (762)). Das Bestehen eines Stimmverbots muss bereits vor dem Abstimmungsvorgang feststehen und darf nicht von einem beabsichtigten oder tatsächlich durchgeführten Abstimmungsverhalten abhängen. Andernfalls müsste erst nach der Abstimmung des betroffenen Verwaltungsmitgliedes in der Hauptversammlung beurteilt werden, ob es einem Stimmverbot unterliegt. Dem Versammlungsleiter eine solche Wertung aufzubürden, erscheint auch dem Senat wenig praktikabel und aus Gründen der Rechtssicherheit nicht geboten. Hinzu kommt, dass die (ehemaligen) Vorstandsmitglieder trotz dieses Verständnisses nicht rechtlos gestellt sind, da es ihnen jedenfalls bei Tatsachen, die den Verdacht von Unredlichkeiten oder groben Gesetzes- oder Satzungsverletzungen rechtfertigen, unbenommen bleibt, eine gerichtliche Sonderprüfung gemäß § 142 Abs. 2 AktG zu erwirken (vgl. auch Petrovicki, GWR 2009, 319).

b) Berücksichtigung der Stimmen der C mbH 128

Ebensowenig stellt die Mitwirkung der C mbH an der Abstimmung zu den Tagesordnungspunkten 3 und 4 und die Berücksichtigung ihrer Stimmen einen Verfahrensfehler dar. Auch wenn u Mitglied der Beteiligungsgesellschaft ist und er selbst als Vorsitzender des Aufsichtsrates der Beklagten bei der Abstimmung zu diesen Punkten dem – von ihm beachteten – Stimmverbot des § 142 Abs. 1 S. 2 AktG unterlag, führte dies nicht auch zu einem Stimmverbot nach §§ 142 Abs. 1 S. 2, 136 Abs. 1 AktG für die GmbH. 129

Zunächst bedeutet das Stimmverbot, soweit es sich primär gegen Mitglieder der Drittgesellschaft richtet, nicht ohne Weiteres den Stimmrechtsausschluss zu Lasten der Gesellschaft selbst (Hüffer, AktG, 9. Auflage (2010), § 136 Rdn. 10). Erforderlich ist nach herrschender Ansicht vielmehr, dass das dem Stimmverbot unterliegende Mitglied der Drittgesellschaft auf diese maßgeblichen Einfluss ausüben kann; denn nur unter dieser Prämisse ist die Befürchtung gerechtfertigt, dass sich Sonderinteressen im Hauptversammlungsbeschluss Geltung verschaffen (Hüffer, AktG, 9. Auflage (2010), § 136 Rdn. 10 m.w.N.). Abzustellen ist auf die tatsächliche Möglichkeit der Einflussnahme (Pluta in Heidel, Aktienrecht, 2. Auflage (2007), § 136 Rdn. 18). 130

Maßgeblichen Einfluss hat der betroffene Mandatsträger auf die Drittgesellschaft insbesondere, wenn er persönlich haftender Gesellschafter, einziger Komplementär, Alleingesellschafter oder herrschender Gesellschafter i.S.d. § 17 AktG ist (Hüffer, AktG, 9. Auflage (2010), § 136 Rdn. 11; Pluta in Heidel, Aktienrecht, 2. Auflage (2007), § 136 Rdn. 18). 131

Derartige Einflussmöglichkeiten auf die MitgliedsGmbH lassen sich in der dem Stimmverbot des § 142 Abs. 1 S. 2 AktG unterliegenden Person us jedoch nicht feststellen. 132

aa) Möglichkeit der Einflussnahme als Gesellschafter der C mbH 133

Als Gesellschafter der C mbH hatte u im Zeitpunkt der Beschlussfassung am 04.11.2008 keine Möglichkeit einer maßgeblichen Einflussnahme. Zwar war er zunächst deren Alleingesellschafter, jedoch steht nach Einsicht in die beigezogenen Registerakten HRB 2697 AG Coesfeld und nach Vorlage des Anteilsübertragungsvertrages vom 27.12.2001 134

(URNr. ###/01 – Notar Q3 in Münster) durch die Beklagte zur sicheren Überzeugung des Senates fest, dass u – wie von der Beklagten behauptet – seitdem nur noch 5 % der Anteile an der Beteiligungsgesellschaft hält und er jeweils 47,5 % der Anteile auf seine beiden Söhne T6 und T5 übertragen hat. Die von u anschließend noch gehaltene 5 %ige Beteiligung an der MitgliedsGmbH verschafft ihm jedoch nicht die Möglichkeit maßgeblicher Einflussnahme. Dieser Würdigung steht auch nicht die Mitteilung us vom 11.07.2008 entgegen, in der er gem. § 20 Abs. 4 AktG gegenüber der Beklagten angezeigt hat, dass ihm eine Mehrheitsbeteiligung an ihr gehöre, da es sich zu diesem Zeitpunkt nach dem nachvollziehbaren und vom Kläger auch nicht in Abrede gestellten Vortrag der Beklagten um ein von u abhängiges Unternehmen gehandelt hat, wobei sich die Abhängigkeit worauf noch einzugehen sein wird – aus einer Kombination aus der Stellung als Minderheitsgesellschafter und als Geschäftsführer der Beteiligungsgesellschaft ergeben hat.

Gleichermaßen hat sich die Behauptung des Klägers, der Abtretungsvertrag enthalte darüber hinaus Regelungen, durch die sichergestellt werde, dass die Ausübung der Stimmrechte aus den abgetretenen Anteilen im Sinne oder nach Weisung us zu erfolgen habe, also ein Stimmbindungsvertrag vorliege, nicht bestätigt und ist von ihm nach Vorlage des Abtretungsvertrages auch nicht weiter aufrecht erhalten worden. 135

Soweit der Abtretungsvertrag in Ziffer 6 vorsieht, dass u unter bestimmten Voraussetzungen 136  
berechtigt ist, die unentgeltliche Rückübertragung der übertragenen Geschäftsanteile auf sich zu verlangen, kann daraus die Möglichkeit seiner maßgeblichen Einflussnahme als Gesellschafter nicht hergeleitet werden, da für eine solche Rückübertragung keine Anhaltspunkte ersichtlich sind. Allein die Möglichkeit, dass die Voraussetzungen erfüllt sein könnten, genügt nicht.

bb) C C2 GmbH als ein von u beherrschtes Unternehmen 137

Entgegen der Ansicht des Klägers ist auch nicht davon auszugehen, dass u als 138  
Gesellschafter – ohne dass es jedenfalls in diesem Zusammenhang auf seine Unternehmenseigenschaft ankäme (vgl. Hüffer, AktG, 9. Auflage (2010), § 136 Rdn. 11) – die Drittgesellschaft i.S.d. § 17 AktG beherrscht und er deswegen in der Lage ist, maßgeblichen Einfluss auszuüben.

(1) 139

Zutreffend geht der Kläger davon aus, dass auch unterhalb der Schwelle einer 140  
Mehrheitsbeteiligung sich Herrschaftsmöglichkeiten ergeben, wenn die Einflussmöglichkeit gesellschaftsrechtlich vermittelt ist, so dass sich die Beherrschung auf die Binnenstruktur der Gesellschaft auswirkt (Fett in Heidelberger Kommentar, AktG, § 17 Rdn. 9). Für eine tatsächliche Stimmrechtsmehrheit ist dann nicht das Eigentum an den Anteilen, sondern die Möglichkeit, über die Stimmrechte sicher und beständig zu verfügen, notwendig (Fett in Heidelberger Kommentar, AktG, § 17 Rdn. 10). Diese Voraussetzungen lagen im Zeitpunkt der Beschlussfassung am 04.11.2008 jedoch nicht mehr vor.

(aa) 141

Es ist zutreffend, dass u ursprünglich trotz seiner Minderheitsbeteiligung wegen seiner 142  
besonderen Stellung aufgrund der satzungsmäßigen Sonderrechte in der C mbH die Möglichkeit hatte, über deren Stimmrechte allein zu verfügen. Denn § 5 Abs. 3 S. 1 des Gesellschaftsvertrages sieht vor, dass er kraft Sonderrechts deren Geschäftsführer ist, der gem. § 6 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages kraft Sonderrechts

einzelgeschäftsführungsbefugt und insbesondere berechtigt ist, zu bestimmen, welcher Geschäftsführer die Gesellschaft in der Versammlung der Poolaktionäre der Beklagten und der Hauptversammlung der Beklagten vertritt. Darüber hinaus ist er gem. § 7 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages kraft Sonderrechts alleinvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

(bb) 143

Diese Möglichkeit der Einflussnahme hat u jedoch aufgrund der Niederlegung seines Amtes als Geschäftsführer der C mbH am 23.09.2008 mit sofortiger Wirkung verloren. 144

i) 145

Die von u mit Schreiben vom 23.09.2008 – gerichtet an seine beiden Söhne T5 und T6 als Mitgesellschafter – mit sofortiger Wirkung erklärte Niederlegung seines Amtes als Geschäftsführer der Beteiligungsgesellschaft ist wirksam. 146

(i) 147

Auch wenn das GmbHGesetz den Fall, dass ein Geschäftsführer sein Amt niederlegen will, nicht geregelt hat, ist anerkannt, dass der Geschäftsführer im Grundsatz jederzeit und fristlos seine Organstellung durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung wirksam beenden kann, ohne dass ein wichtiger Grund objektiv vorliegen oder er einen solchen in seiner Erklärung auch nur angeben müsste (BGHZ 121, 257 – juris Rdn. 19; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Auflage (2009), § 38 Rdn. 41; Schuhmann, GmbHR 2007, 305). Dieser Grundsatz findet allerdings dort seine Grenze, wo sich die Amtsniederlegung als rechtsmissbräuchlich darstellt, was insbesondere dann angenommen wird, wenn der niederlegende Geschäftsführer als einziger und zugleich Alleingesellschafter keinen neuen Geschäftsführer bestellt (Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Auflage (2009), § 38 Rdn. 43). Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor, da mit T6 noch ein weiterer Geschäftsführer vorhanden ist, der die GmbH wegen § 7 Abs. 1 S. 2 des Gesellschaftsvertrages auch für den Fall seiner Stellung als alleiniger Geschäftsführer allein vertreten kann. 148

(ii) 149

Die von u erklärte Amtsniederlegung ist auch gegenüber dem zuständigen Organ erfolgt. Die Erklärung der an sich formfreien Amtsniederlegung ist an das Bestellungsorgan, also die Gesellschafterversammlung, nicht jedoch an einen anderen Geschäftsführer zu richten (Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Auflage (2009), § 38 Rdn. 47). Zwar trägt die Erklärung der Amtsniederlegung durch u nur den Annahmevermerk des Gesellschafters T6, jedoch war das Schreiben ersichtlich auch an den weiteren Gesellschafter T5 adressiert, so dass davon auszugehen ist, dass T6 aufgrund gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht (vgl. dazu Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Auflage (2009), § 38 Rdn. 47) verpflichtet war, seinem Bruder die Niederlegungserklärung zur Kenntnis zu bringen, und er dies auch getan hat. Ohnehin kann aber offen bleiben, ob auch T5 Kenntnis erlangt hat. Soweit der Kläger dies mit Nichtwissen bestreitet, ist das nicht erheblich. Denn nach der Rechtsprechung des BGH (NZG 2002, 43 f.), der sich der Senat anschließt, genügt jedenfalls für Gesellschaften mit einem – wie hier – überschaubaren Gesellschafterkreis selbst dann die Erklärung an nur einen Gesellschafter, wenn Gesamtvertretung besteht und nicht alle Gesellschafter von der Niederlegung in Kenntnis gesetzt werden. 150

(iii)		
Der wirksamen Niederlegung des Amtes als Geschäftsführer stehen auch nicht § 5 Abs. 3 S. 1 und S. 2 des Gesellschaftsvertrages entgegen.		152
Auch wenn § 5 Abs. 3 S. 1 des Gesellschaftsvertrages bestimmt, dass der Gesellschafter u kraft Sonderrechts Geschäftsführer ist und dies über die bloße Tatsache seiner Geschäftsführerbestellung im Gesellschaftsvertrag hinausgeht, handelt es sich gleichwohl nicht um ein Pflichtrecht, für dessen Aufgabe – wie der Kläger meint – eine Änderung der Satzung erforderlich wäre. Auch der Geschäftsführer kraft Sonderrechts kann sein Amt durch einseitige Erklärung niederlegen. Im Zweifel ist allerdings nicht anzunehmen, dass darin zugleich ein Verzicht auf das Sonderrecht liegt (Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Auflage (2009), § 6 Rdn. 61). Soweit u in dem "Niederlegungsschreiben" ausdrücklich erklärt hat, dass mit der Niederlegung der Geschäftsführung kein Verzicht auf das ihm satzungsmäßig eingeräumte Recht zur einzelvertretungsberechtigten und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Geschäftsführung verbunden ist, steht dies mit der Zweifelsregelung in Einklang und stellt – entgegen der Ansicht des Klägers – kein widersprüchliches Verhalten dar.		153
Zwar ist es bei Fortbestand des Sonderrechts umstritten, ob es im Falle des Sinneswandels des berechtigten Gesellschafters für seine erneute Bestellung zum Geschäftsführer eines erneuten Bestellungsbeschlusses (so Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Auflage (2009), § 6 Rdn. 61) oder nur seiner Erklärung bedarf (so OLG Düsseldorf, GmbHR 2007, 90 (92)), jedoch kann dies dahinstehen, da keinerlei Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich u im Zeitpunkt der Beschlussfassung in der Hauptversammlung am 04.11.2008 wieder anderweitig entschieden hatte. Auch macht allein das bloße Bestehen der Möglichkeit, dass u von dem ihm zustehenden Sonderrecht in Zukunft wieder Gebrauch machen könnte, die Niederlegung des Amtes als Geschäftsführer nicht von vornherein unbeachtlich.		154
Soweit § 5 Abs. 3 S. 2 des Gesellschaftsvertrages vorsieht, dass der Gesellschafter u nur aus wichtigem Grund abberufen werden kann, steht dies ebenfalls der Wirksamkeit der Amtsniederlegung nicht entgegen, da für eine Sonderbehandlung dieser Fallgruppe keine Gründe ersichtlich sind (vgl. Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Auflage (2009), § 38 Rdn. 45).		155
(cc)		156
Entgegen der Annahme des Klägers bieten auch die im Poolvertrag enthaltenen Regelungen keine Möglichkeit, auf die Willensbildung innerhalb der C mbH maßgeblichen Einfluss zu nehmen. Die Willensbildung bei dieser GmbH folgt den Regeln ihrer Satzung und des GmbHGesetzes. Dass sich daraus keine Beherrschung der Gesellschaft durch u ergibt, ist oben bereits dargestellt. In welcher Weise C mbH ihren Willen innerhalb der Hauptversammlung der Beklagten zur Geltung bringt, ist u.a. dem Pollvertrag und den im AktG enthaltenen Vorschriften zu entnehmen. Für die Frage, wie sich C mbH bei den in der Hauptversammlung zu treffenden Entscheidungen positionieren will, ist der Poolvertrag irrelevant.		157
Schließlich ist auch die Annahme des Klägers nicht berechtigt, die für C mbH bei der Beschlussfassung abgegebenen Stimmen hätten deshalb außer Betracht bleiben müssen, weil sie durch u als Vorsitzenden der Poolversammlung (kraft Vollmacht in § 16 des Poolvertrages) hätten abgegeben werden können oder weil er in seiner Rolle als Stammesvertreter gemäß § 3 des Poolvertrages dazu berufen gewesen wäre. Von beiden		158

Möglichkeiten hat u jedenfalls keinen Gebrauch gemacht, so dass aus seiner Vertreterstellung ein Stimmverbot im Sinne von § 142 Abs. 1 S. 2 AktG nicht hergeleitet werden kann. Allein die Möglichkeit einer Vertretung durch ihn führt nicht zu einem Stimmverbot zu Lasten der C mbH.

- ii) 159
- Eine nach Niederlegung des Amtes als Geschäftsführer der C mbH und Aufgabe der damit einhergehenden beherrschenden Stellung in rechtlicher Hinsicht trotzdem fortbestehende Möglichkeit us, in tatsächlicher Hinsicht maßgeblichen Einfluss auf die Beteiligungsgesellschaft auszuüben, liegt ebenfalls nicht vor. Ein ungewöhnlich starker faktischer Einfluss ist nur in Ausnahmefällen anzunehmen (Holzborn in Heidelberger Kommentar, AktG, § 136 Rdn. 18 mit Verweis auf OLG Karlsruhe, AG 2001, 93 (94)) und liegt nur vor, wenn der ungewöhnlich starke Einfluss offensichtlich ist (Holzborn aaO). Dies vermag der Senat – entgegen der Ansicht des Klägers – nicht festzustellen. 160
- Auch wenn das dem Gesellschafter u eingeräumte Sonderrecht ihm die Möglichkeit vermittelt, erneut Geschäftsführer der C zu werden, so dass er auf deren Handeln in rechtlicher Hinsicht wieder maßgeblichen Einfluss ausüben kann, genügt dies nach Auffassung des Senates nicht, um einen solchermaßen faktischen Einfluss anzunehmen. Selbst wenn man dem vormaligen SeniorGeschäftsführer u eine ihm möglicherweise innewohnende natürliche Autorität im Verhältnis zu anderen Mitgliedern der Beteiligungsgesellschaft mbH zugesteht, reicht dies nicht für die Annahme eines beherrschenden Einflusses aus. Gleiches gilt, soweit sich u in der Vergangenheit möglicherweise enttäuscht über den Werdegang seiner beiden Söhne geäußert und sich gegenüber Dritten als Patriarch geriert hat. 161
- cc) Feststellung eines Umgehungssachverhaltes 162
- C ist auch nicht deswegen von der Stimmgabe ausgeschlossen, weil für sie T6 gehandelt hat, der nach wirksamer Niederlegung des Geschäftsführeramtes durch u gem. § 7 Abs. 1 S. 2 des Gesellschaftsvertrages zur alleinigen Geschäftsführung berechtigt ist. 163
- Allein aufgrund seiner Verwandtschaft zu u ist er als Vertreter der Beteiligungsgesellschaft nicht von der Stimmabgabe ausgeschlossen. Nach ganz herrschender Meinung führt das gegen den Vater gerichtete Stimmverbot nicht dazu, auch den Aktionär von der Abstimmung auszuschließen, in dessen Person das Stimmverbot nicht verwirklicht ist (Hüffer, AktG, 9. Auflage (2010), § 136 Rdn. 16). 164
- Ein Stimmverbot könnte jedoch eingreifen, wenn im Einzelfall ein Umgehungssachverhalt festgestellt wird (Senat, GmbHR 1989, 79 = NJWRR 1988, 1439; Hüffer, aaO.). Einen solchen vermag der Senat hier nicht anzunehmen. 165
- Der Kläger behauptet in diesem Zusammenhang zwar, dass u sein Amt als Geschäftsführer nach offensichtlich zuvor erfolgter anwaltlicher Beratung nur niedergelegt habe, um dem Stimmverbot zu entgehen, da andernfalls sein Sohn T6 als Geschäftsführer nicht allein für die Beteiligungsgesellschaft hätte handeln können, da § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages bei mehreren Geschäftsführern Gesamtvertretung vorsah. 166
- Wenn auch der Zeitpunkt der Niederlegung – nach Beantragung der außerordentlichen Hauptversammlung durch den Kläger am 04.09.2008 und vor Durchführung der Hauptversammlung am 04.11.2009 – ein zielgerichtetes Verhalten us nahe legt und die 167

Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 09.06.2010 eingeräumt hat, dass auch dessen Söhne T6 und T5 ein eigenes Interesse an der Niederlegung des Amtes als Geschäftsführer durch u gehabt hätten, da ansonsten das Stimmverbot nach § 142 Abs. 1 S. 2 AktG auf die Beteiligungsgesellschaft durchschlagen würde, rechtfertigt dies nicht die Annahme eines Umgehungstatbestandes.

Das hier vermeintlich umgangene Stimmverbot will solche Stimmberechtigte, die sich bei ihrer Stimmabgabe möglicherweise von anderen als den Gesellschaftsinteressen leiten lassen, von der Willensbildung ausschließen. Konstitutiv für das Stimmverbot ist damit die Möglichkeit überlagernder Interessenverfolgung. Scheidet aber eine dem Stimmverbot unterliegende Organperson aus der für die Willensbildung einer Muttergesellschaft maßgeblichen Rolle – hier als deren Geschäftsführer – aus und wirkt bei der Willensbildung gar nicht mit, besteht die Möglichkeit der Einflussnahme auf das Stimmrecht der Muttergesellschaft nicht mehr. Der Verzicht auf jede Möglichkeit der Einflussnahme vermag aber den Fortbestand des Stimmverbotes nicht zu rechtfertigen, zumal eine darüber hinaus gehende faktische Einflussnahme us nicht hat festgestellt werden können. 168

c) Aufteilung der Beschlüsse zu Prüfungsgegenstand einerseits und Benennung des Prüfer169 andererseits

Auch soweit der Beschluss zu Tagesordnungspunkt 3 sich über den Gegenstand der Sonderprüfung und der Beschluss zu Tagesordnungspunkt 4 sich über den zu benennenden Sonderprüfer verhält, stellt diese Aufspaltung ebenfalls keinen Verfahrensfehler dar. Zwar genügt es nach ganz herrschender Meinung nicht, dass die Hauptverhandlung über das "Ob" der Sonderprüfung beschließt und die Bestellung als Ausführungshandlung dem Vorstand oder anderen Stellen überlässt (vgl. Hüffer, AktG, 9. Auflage (2010), § 142 Rdn. 10 m.w.N.), jedoch würde sich die Annahme eines Verfahrensmangels jedenfalls als bloße Förmerei erweisen, wenn wie hier – über beide Tagesordnungspunkte nacheinander und mit gleichem Ergebnis abgestimmt worden ist. 170

2. Berufung des Klägers 171

Die ebenfalls zulässige Berufung des Klägers hat keinen Erfolg. Der Kläger hat nur dann einen Anspruch auf Feststellung des tatsächlich nicht zustande gekommenen Beschlussergebnisses, wenn aufgrund der in Wirklichkeit anzunehmenden Mehrheitsverhältnisse in der Hauptversammlung von einer Annahme des beantragten Beschlusses auszugehen und dieser Beschluss rechtlich auch nicht aus sonstigen Gründen zu beanstanden wäre (LG München I, AG 2008, 720). Nach den oben gemachten Ausführungen erweist sich die Anfechtungsklage gegen die die Anträge ablehnenden Beschlüsse jedoch als unbegründet, da die zu Grunde gelegten Mehrheitsverhältnisse zu Recht angenommen worden sind. Dementsprechend ist unabhängig von der Rechtmäßigkeit des vom Kläger begehrten Beschlussinhalts für die von ihm begehrte Beschlussfeststellung kein Raum mehr. 172

Aus dem gleichen Grund erweisen sich auch die vom Kläger gestellten drei Hilfsanträge mit einem jeweils modifizierten Beschlussinhalt als unbegründet. 173

3. 174

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 175

