

---

**Datum:** 08.10.2012  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 8. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** I-8 U 270/11  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2012:1008.I8U270.11.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Dortmund, 18 O 33/10  
**Nachinstanz:** Bundesgerichtshof, II ZR 318/12  
**Schlagworte:** Geschäftsmäßige Stimmrechtsvertretung; Legitimationsaktionär  
**Normen:** §§ 129 Abs. 3, 135 Abs. 1, 8 AktG  
**Leitsätze:** Ein von der Gesellschaft benannter, geschäftsmäßiger Stimmrechtsvertreter kann in den Anwendungsbereich des § 135 Abs. 8 AktG fallen.

Anmerkung: Nicht rechtskräftig!!

---

**Tenor:**

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 15.09.2011 verkündete Urteil des Landgerichts Dortmund teilweise abgeändert.

I.

Der Beschluss der Hauptversammlung der Beklagten vom 16.02.2010 zum sogenannten TOP 6 (Ablehnung der Abberufung des Herrn Dr. I2 als Versammlungsleiter) wird für nichtig erklärt.

Die Beschlüsse der Hauptversammlung der Beklagten vom 16.02.2010 zu TOP 1 (Ablehnung der Abberufung der durch die Hauptversammlung gewählten Mitglieder des Aufsichtsrates Dr. I2 und I mit Wirkung zum Ende der außerordentlichen Hauptversammlung) werden für nichtig erklärt.

Der Beschluss der Hauptversammlung der Beklagten vom 16.02.2010 zu TOP 3 (Ablehnung der Bestellung eines Sonderprüfers gemäß § 142 Abs. 1 AktG zur Prüfung der Rechtsgrundlage von Zahlungen an Aufsichtsratsmitglieder) wird für nichtig erklärt.

Der Beschluss der Hauptversammlung der Beklagten vom 16.02.2010 zu TOP 4 (Ablehnung der Bestellung eines besonderen Vertreters gemäß § 147 Abs. 2 AktG zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Mitglieder des Aufsichtsrates) wird für nichtig erklärt.

Der Beschluss der Hauptversammlung der Beklagten vom 16.02.2010 zu TOP 5 (Verlangen der W2 AG auf Beschlussfassung über die Billigung des Systems zur Vergütung der Vorstandsmitglieder) wird für nichtig erklärt.

II.

Es wird festgestellt, dass statt des vom Versammlungsleiter verkündeten Beschlusses zum sogenannten TOP 6 der Antrag der Aktionärin T, Herrn Dr. I2 als Versammlungsleiter abzurufen, die erforderliche Mehrheit erhalten hat und damit angenommen worden ist.

Es wird festgestellt, dass statt des vom Versammlungsleiter verkündeten Beschlusses zu TOP 1a der Antrag der W2 AG, das Aufsichtsratsmitglied Dr. I3 abzurufen, die erforderliche Mehrheit erhalten hat und damit angenommen worden ist.

Es wird festgestellt, dass statt des vom Versammlungsleiter verkündeten Beschlusses zu TOP 1b der Antrag der W2 AG, das Aufsichtsratsmitglied I abzurufen, die erforderliche Mehrheit

erhalten hat und damit angenommen worden ist.

Es wird festgestellt, dass statt des für nichtig erklärten Beschlusses zu TOP 3 der folgende Beschluss gefasst worden ist:

Bei der F3 AG wird ein Sonderprüfer bestellt, dessen Aufgabe es ist, folgende Vorgänge bei der Geschäftsführung zu prüfen:

(a) Auf welcher rechtlichen Grundlage hat der Aufsichtsratsvorsitzende Dr. I2 in den Jahren 2004 und 2005 von der Gesellschaft Honorarleistungen in Höhe von 9.000,00 EUR bzw. 6.000,00 EUR erhalten?

(b) Auf welcher rechtlichen Grundlage hat das damals amtierende Aufsichtsratsmitglied F in den Jahren 2004 und 2005 von der Gesellschaft Honorarleistungen in Höhe von jeweils 3.000,00 EUR erhalten?

(c) Sind in den Jahren 2001 bis 2003 ebenfalls Leistungen an damals amtierende Aufsichtsratsmitglieder gewährt worden, für die es in der Satzung keine Rechtsgrundlage gab?

(d) Wer hat die Zahlungen zu (a) – (c) zu verantworten?

(e) Sind bei der angeblichen Rückerstattung der Honorarzahlen für das Jahr 2006 der jeweilige Zinsschaden und eventuelle Rechtsverfolgungskosten der Gesellschaft ersetzt worden?

(f) Hat die Gesellschaft Vereinbarungen im Sinne des § 114 AktG getroffen, zu denen die Einwilligung oder Genehmigung des Aufsichtsrates nicht eingeholt wurde und hat die Gesellschaft auf Grundlage solcher Vereinbarungen unmittelbar oder mittelbar Zuwendungen an amtierende oder ehemalige Mitglieder des Aufsichtsrates getätigt? Waren ggf. eingeholte Zustimmungen rechtmäßig? Wurden getätigte Zuwendungen ordnungsgemäß offengelegt?

Als Sonderprüfer werden der Wirtschaftsprüfer T1, T-Straße, #####3 J, und der Rechtsanwalt M2, Am N 6 – 8, ##### L, mit der Maßgabe bestellt, dass sie zur Wahrnehmung des Prüfungsauftrages zusätzliche sachverständige Hilfspersonen hinzuziehen können.

Es wird festgestellt, dass statt des für nichtig erklärten Beschlusses zu TOP 4 der folgende Beschluss gefasst worden ist:

Gemäß § 147 Abs. 1 S. 1 AktG wird die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft aus dem unter TOP 3 der Einberufung zur außerordentlichen Hauptversammlung vom 06.01.2010 beschriebenen Sachverhaltskomplex gegen Herrn Dr. I2 sowie gegen Frau F beschlossen.

Zum besonderen Vertreter wird Herr Rechtsanwalt M, X-damm ###, #####2 E mit der Maßgabe bestellt, dass er berechtigt ist, zu seiner Unterstützung sachverständige Hilfspersonen heranzuziehen.

Es wird festgestellt, dass statt des für nichtig erklärten Beschlusses zu TOP 5 der folgende Beschluss gefasst worden ist:

Dem derzeitigen System zur Vergütung der Vorstandsmitglieder wird die Bewilligung verweigert.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

III.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

---

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |   |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|
| G r ü n d e :                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 1 |
| I.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 2 |
| Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft, die sich mit der Herstellung und dem Vertrieb von Werkstoffen und Industrie-Erzeugnissen befasst. Die Klägerin hielt zum Zeitpunkt der hier in Rede stehenden Hauptversammlung ca. 4,8 Mio. Aktien der Beklagten, was einer Beteiligung am Grundkapital der Beklagten von ca. 37 % entsprach. Auf Verlangen der Klägerin berief die Beklagte für den 16.02.2010 eine außerordentliche Hauptversammlung ein. Tagesordnungspunkt sollte u.a. die Abberufung des Aufsichtsratsvorsitzenden Dr. I2 und seines Stellvertreters I sein.                                                                                                                                                                                                                         | 3 |
| Die Organisation der Hauptversammlung wurde - wie auch in den vorangegangenen Hauptversammlungen - durch die professionelle Hauptversammlungs-Dienstleisterin „PR im I4 AG“ durchgeführt, deren alleiniges Vorstandsmitglied Dr. u ist. Dieser nahm an der Hauptversammlung als von der Beklagten benannter Stimmrechtsvertreter teil und übte die Stimmrechte eines Teils der abwesenden Aktionäre aus. Hinsichtlich der Stimmkartennummern 319 - 321, 326 und 361 – 363 gab er die Stimmen als Fremdbesitzer und im Übrigen als Vollmachtsbesitzer ab. Auch die Herren S und C, die Angestellte der „PR im I4 AG“ sind, nahmen in erheblichem Umfang Stimmrechte abwesender Aktionäre wahr, wobei sie ebenfalls teilweise als Legitimationsaktionäre und teilweise als Bevollmächtigte auftraten. | 4 |
| In der Hauptversammlung waren insgesamt 11.760.723 Stückaktien (91,168 % des Grundkapitals der Beklagten) präsent. Nach § 21 der Satzung der Beklagten gewährt jede Stammaktie der Beklagten eine Stimme in der Hauptversammlung.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 5 |
| Im Rahmen der Hauptversammlung stellte die Aktionärin T zum sogenannten Tagesordnungspunkt 6 den Antrag, den Aufsichtsratsvorsitzenden und Versammlungsleiter Dr. I2 als Versammlungsleiter abzuuberufen und stattdessen das Aufsichtsratsmitglied Dr. E2 zum Versammlungsleiter zu wählen. Der Antrag wurde mit 6.318.376 Nein-Stimmen zu 5.122,387 Ja-Stimmen abgelehnt. Die Anträge der Klägerin zu den Tagesordnungspunkten 1, 3, 4 und 5 wurden ebenfalls mit vergleichbaren Abstimmungsergebnissen abgelehnt. Wegen des Inhalts der vorgenannten Anträge der Klägerin und der exakten Abstimmungsergebnisse wird auf das zur Akte gereichte Hauptversammlungsprotokoll Bezug genommen (Anlage K 3).                                                                                           | 6 |
| Dr. u, S und C stimmten bezüglich sämtlicher Anträge der Aktionärin T bzw. der Klägerin mit Nein.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 7 |
| Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin die Feststellung der Nichtigkeit der Beschlüsse der außerordentlichen Hauptversammlung der Beklagten von 16.02.2010 zu den Tagesordnungspunkten 6, 1, 3, 4 und 5 sowie die positive Feststellung der vermeintlich                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 8 |

tatsächlich gefassten Beschlüsse.

Die Klägerin hat vorgetragen: Sämtliche gefassten Beschlüsse seien nicht ordnungsgemäß zustande gekommen, da die Stimmen von Dr. u, S und C nicht hätten berücksichtigt werden dürfen. Neben Dr. u seien auch S und C als Stimmrechtsvertreter der Beklagten anzusehen, da sie Mitarbeiter der „PR im I4 AG“ seien und damit den Weisungen des Dr. u unterworfen gewesen seien. Ein Stimmrechtsvertreter einer Gesellschaft könne nur dann wirksam Stimmrechte von Aktionären wahrnehmen, wenn ihm hinsichtlich seines Abstimmungsverhaltens zuvor konkrete Weisungen durch die Aktionäre erteilt worden seien. Dies sei vorliegend entweder gar nicht oder zumindest nicht in ausreichendem Maße erfolgt. Soweit Dr. u, S und C als Legitimationsaktionäre aufgetreten seien, seien die betreffenden Stimmabgaben schon deshalb unwirksam, weil ein von der Gesellschaft benannter Stimmrechtsvertreter nicht gleichzeitig Legitimationsaktionär sein könne. Da somit die Stimmen von Dr. u, S und C nicht hätten berücksichtigt werden dürfen, sei keiner der streitgegenständlichen Beschlüsse mit der erforderlichen Mehrheit zustande gekommen.

Soweit die Klägerin ursprünglich außerdem beantragt hat festzustellen, dass die Herren F2 und S1 im Rahmen der hier in Rede stehenden Hauptversammlung zu neuen Mitgliedern des Aufsichtsrates der Beklagten gewählt worden sind, hat sie ihre Klage im Verhandlungstermin vom 15.09.2011 einseitig für erledigt erklärt.

Die Klägerin hat beantragt,

1.

a) den Beschluss der Hauptversammlung der Beklagten vom 16.02.2010 zum sogenannten TOP 6 (Ablehnung der Abberufung des Herrn Dr. I2 als Versammlungsleiter) für nichtig zu erklären;

b) die Beschlüsse der Hauptversammlung der Beklagten vom 16.02.2010 zu TOP 1 (Ablehnung der Abberufung der durch die Hauptversammlung gewählten Mitglieder des Aufsichtsrates Dr. I2 und I mit Wirkung zum Ende der außerordentlichen Hauptversammlung) für nichtig zu erklären;

c) den Beschluss der Hauptversammlung der Beklagten vom 16.02.2010 zu TOP 3 (Ablehnung der Bestellung eines Sonderprüfers gemäß § 142 Abs. 1 AktG zur Prüfung der Rechtsgrundlage von Zahlungen an Aufsichtsratsmitglieder) für nichtig zu erklären;

d) den Beschluss der Hauptversammlung der Beklagten vom 16.02.2010 zu TOP 4 (Ablehnung der Bestellung eines besonderen Vertreters gemäß § 147 Abs. 2 AktG zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Mitglieder des Aufsichtsrates) für nichtig zu erklären;

e) den Beschluss der Hauptversammlung der Beklagten vom 16.02.2010 zu TOP 5 (Verlangen der W2 AG auf Beschlussfassung über die Billigung des Systems zur Vergütung der Vorstandsmitglieder) für nichtig zu erklären;

hilfsweise zu 1. a) – e) die Nichtigkeit der Beschlüsse festzustellen,

höchst hilfsweise zu 1. a) – e) die Unwirksamkeit der Beschlüsse festzustellen;

2.

21

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| a) für den Fall, dass dem Antrag zu 1 a) (oder dem entsprechenden Hilfsantrag) stattgegeben wird, im Wege der positiven Beschlussfeststellung festzustellen, dass statt des vom Versammlungsleiter verkündeten Beschlusses zum sogenannten TOP 6 der Antrag der Aktionärin T, Herrn Dr. I2 als Versammlungsleiter abzuwufen, die erforderliche Mehrheit erhalten hat und damit angenommen worden ist;                                           |    |
| b) für den Fall, dass dem Antrag zu 1 b) (oder dem entsprechenden Hilfsantrag) stattgegeben wird, im Wege der positiven Beschlussfeststellung festzustellen, dass                                                                                                                                                                                                                                                                               | 22 |
| aa) statt des vom Versammlungsleiter verkündeten Beschlusses zu TOP 1a der Antrag der W2 AG, das Aufsichtsratsmitglied Dr. I3 abzuwufen, die erforderliche Mehrheit erhalten hat und damit angenommen worden ist;                                                                                                                                                                                                                               | 23 |
| bb) statt des vom Versammlungsleiter verkündeten Beschlusses zu TOP 1b der Antrag der W2 AG, das Aufsichtsratsmitglied I abzuwufen, die erforderliche Mehrheit erhalten hat und damit angenommen worden ist;                                                                                                                                                                                                                                    | 24 |
| c) für den Fall, dass dem Antrag zu 1 c) (oder dem entsprechenden Hilfsantrag) stattgegeben wird, im Wege der positiven Beschlussfeststellung festzustellen, dass statt des für nichtig erklärten Beschlusses gemäß 1 c) der folgende Beschluss gefasst worden ist:                                                                                                                                                                             | 25 |
| Bei der F3 AG wird ein Sonderprüfer bestellt, dessen Aufgabe es ist, folgende Vorgänge bei der Geschäftsführung zu prüfen:                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 26 |
| (a) Auf welcher rechtlichen Grundlage hat der Aufsichtsratsvorsitzende Dr. I2 in den Jahren 2004 und 2005 von der Gesellschaft Honorarleistungen in Höhe von 9.000,00 EUR bzw. 6.000,00 EUR erhalten?                                                                                                                                                                                                                                           | 27 |
| (b) Auf welcher rechtlichen Grundlage hat das damals amtierende Aufsichtsratsmitglied F in den Jahren 2004 und 2005 von der Gesellschaft Honorarleistungen in Höhe von jeweils 3.000,00 EUR erhalten?                                                                                                                                                                                                                                           | 28 |
| (c) Sind in den Jahren 2001 bis 2003 ebenfalls Leistungen an damals amtierende Aufsichtsratsmitglieder gewährt worden, für die es in der Satzung keine Rechtsgrundlage gab?                                                                                                                                                                                                                                                                     | 29 |
| (d) Wer hat die Zahlungen nach lit. (a) bis (c) zu verantworten?                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 30 |
| (e) Sind bei der angeblichen Rückerstattung der Honorarzahlfungen für das Jahr 2006 der jeweilige Zinsschaden und eventuelle Rechtsverfolgungskosten der Gesellschaft ersetzt worden?                                                                                                                                                                                                                                                           | 31 |
| (f) Hat die Gesellschaft Vereinbarungen im Sinne des § 114 AktG getroffen, zu denen die Einwilligung oder Genehmigung des Aufsichtsrates nicht eingeholt wurde und hat die Gesellschaft auf Grundlage solcher Vereinbarungen unmittelbar oder mittelbar Zuwendungen an amtierende oder ehemalige Mitglieder des Aufsichtsrates getätigt? Waren ggf. eingeholte Zustimmungcn rechtmäßig? Wurden getätigte Zuwendungen ordnungsgemäß offengelegt? | 32 |
| Als Sonderprüfer werden der Wirtschaftsprüfer T1, T-Straße, #####3 J, und der Rechtsanwalt M2, Am N 6 – 8, ##### L, mit der Maßgabe bestellt, dass sie zur Wahrnehmung des Prüfungsauftrages zusätzliche sachverständige Hilfspersonen hinzuziehen können.                                                                                                                                                                                      | 33 |

d) für den Fall, dass dem Antrag zu 1 d) (oder dem entsprechenden Hilfsantrag) stattgegeben wird, im Wege der positiven Beschlussfeststellung festzustellen, dass statt des für nichtig erklärten Beschlusses gemäß 1 d) der folgende Beschluss gefasst worden ist:

Gemäß § 147 Abs. 1 S. 1 AktG wird die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft aus dem unter TOP 3 der Einberufung zur außerordentlichen Hauptversammlung vom 06.01.2010 beschriebenen Sachverhaltskomplex gegen Herrn Dr. I2 sowie gegen Frau F beschlossen. Zum besonderen Vertreter wird Herr Rechtsanwalt M, X-##5, #####2 E mit der Maßgabe bestellt, dass er berechtigt ist, zu seiner Unterstützung sachverständige Hilfspersonen heranzuziehen. 35

e) für den Fall, dass dem Antrag zu 1 e) (oder dem entsprechenden Hilfsantrag) stattgegeben wird, im Wege der positiven Beschlussfeststellung festzustellen, dass statt des für nichtig erklärten Beschlusses gemäß 1 e) der folgende Beschluss gefasst worden ist: 36

Dem derzeitigen System zur Vergütung der Vorstandsmitglieder wird die Bewilligung verweigert. 37

3. festzustellen, dass sich die Klage hinsichtlich des ursprünglichen Klageantrages zu 3) erledigt hat. 38

Die Beklagte hat beantragt, 39

die Klage abzuweisen. 40

Sie hat vorgetragen: Sämtliche Beschlüsse seien ordnungsgemäß zustande gekommen. Insbesondere seien auch die Stimmabgaben durch Dr. u als Stimmrechtsvertreter der Beklagten wirksam gewesen. Sofern die Aktionäre Dr. u als Stimmrechtsvertreter der Beklagten mit ihrer Vertretung beauftragt hätten, hätten die Aktionäre ihm ausreichend konkrete Weisungen hinsichtlich seines Abstimmungsverhaltens erteilt. Soweit Dr. u als Fremdbesitzer beauftragt worden sei, habe es Weisungen der Aktionäre nicht bedurft. Die Stimmabgaben durch S und C seien unproblematisch wirksam gewesen, weil diese keine Stimmrechtsvertreter der Beklagten gewesen seien. Selbst wenn sie als Stimmrechtsvertreter der Beklagten anzusehen wären, würde sich im Ergebnis nichts anderes ergeben, weil ihrer Bevollmächtigung zur Stimmabgabe als Vertreter konkrete Weisungen der Aktionäre zugrunde gelegen hätten und die Stimmabgabe als Legitimationsaktionär unabhängig von der Erteilung von Weisungen zulässig sei. 41

Das Landgericht hat Beweis durch schriftliche Vernehmung des Zeugen C erhoben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Inhalt der schriftlichen Aussage des Zeugen C vom 21.06.2011 Bezug genommen (vgl. Bl. 230 ff. d.A.). 42

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es angeführt, die Beschlüsse seien jeweils ordnungsgemäß zustande gekommen. Die Stimmrechte zu den Stimmkartennummern 124, 315, 319 - 321, 326 und 361 - 363 seien durch Dr. u ordnungsgemäß wahrgenommen worden. Bezüglich der Stimmkartennummern 319 - 321, 326 und 361 - 363 sei Dr. u als Legitimationsaktionär aufgetreten, was nicht zu beanstanden sei. Denn es sei rechtlich zulässig, wenn Aktionäre den von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreter zur Ausübung des Stimmrechtes im eigenen Namen ermächtigten. Die Stimmen zur Stimmkartennummer 315 habe Dr. u als Vertreter aufgrund einer wirksamen Vollmacht des betreffenden Aktionärs abgegeben. Dass Dr. u im Teilnehmerverzeichnis hinsichtlich der Stimmkartennummer 315 als Fremdbesitzer eingetragen gewesen sei, sei 43

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| unschädlich, da dies keine Auswirkungen auf die Abstimmungsergebnisse gehabt habe. Bei den Aktien zur Stimmkartennummer 124 handele es sich um die eigenen Aktien des Dr. u, so dass dieser auch insoweit stimmrechtsberechtigt gewesen sei. Ferner bestünden auch hinsichtlich der Stimmabgaben zu den Stimmkartennummern 105, 130, 199, 208, 211, 212, 213, 214, 215, 223, 258, 266, 285, 291, 292, 306, 327 und 352 sowie 121, 138, 185, 324 und 365, die durch S bzw. C als Legitimationsaktionäre erfolgt seien, keine Bedenken gegen die Gültigkeit der Stimmen. Auf die Gültigkeit der weiteren durch Dr. u, S und C abgegebenen Stimmen komme es nicht an, da eine etwaige Ungültigkeit dieser Stimmen für das Abstimmungsergebnis nicht kausal gewesen sei. |    |
| Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Zur Begründung wiederholt und vertieft sie ihr erstinstanzliches Vorbringen. Ergänzend führt sie an, dass sich die Unwirksamkeit der von Dr. u als Legitimationsaktionär abgegebenen Stimmen auch aus § 135 Abs. 8 AktG ergebe.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 44 |
| Die Klägerin beantragt,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 45 |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 46 |
| das Urteil des Landgerichts Dortmund vom 15.09.2011 abzuändern und entsprechend der erstinstanzlich gestellten Anträge zu erkennen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 47 |
| Die Beklagte beantragt,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 48 |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 49 |
| die Berufung zurückzuweisen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 50 |
| Sie verteidigt das angefochtene Urteil. Ergänzend führt sie an, § 135 Abs. 8 AktG sei auf den von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreter nicht anwendbar.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 51 |
| Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 52 |
| II.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 53 |
| Die Berufung der Klägerin ist zulässig und hat auch in der Sache überwiegend Erfolg.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 54 |
| Die Klage ist bezüglich der Klageanträge zu 1) und 2) begründet und lediglich hinsichtlich des Klageantrages zu 3) unbegründet.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 55 |
| 1. Klageanträge zu 1)                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 56 |
| a) Gegen die Zulässigkeit der Klageanträge zu 1) bestehen keine Bedenken. Die Statthaftigkeit der Anfechtungsklage folgt aus den §§ 243 ff. AktG.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 57 |
| b) Die Klageanträge zu 1) sind begründet.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 58 |
| aa) Die Anfechtungsbefugnis der Klägerin folgt aus § 245 Nr. 1 AktG. Die Klägerin ist Aktionärin der Beklagten und hat sämtlichen Beschlüssen in der Hauptversammlung                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 59 |

widersprochen. Die Klagefrist des § 246 Abs. 1 AktG ist gewahrt.

bb) Die streitgegenständlichen Beschlüsse der Hauptversammlung der Beklagten vom 16.02.2010 sind gesetzeswidrig und waren deshalb auf die Anfechtung der Klägerin für nichtig zu erklären (§ 243 Abs. 1 AktG). Denn die Feststellung des Abstimmungsergebnisses ist in fehlerhafter Weise erfolgt. 60

Die Feststellung eines Abstimmungsergebnisses ist dann fehlerhaft, wenn Stimmen mitgezählt wurden, die nicht berücksichtigungsfähig waren, und ohne diese Stimmen ein anderes Abstimmungsergebnis erzielt worden wäre (Relevanz- bzw. Kausalitätserfordernis). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Denn die von Dr. u als Legitimationsaktionär abgegebenen Stimmen sind gemäß § 135 Abs. 1 S. 1, Abs. 8 AktG ungültig. 61

Gemäß § 135 Abs. 8 AktG gelten die Absätze 1 bis 7 der Vorschrift sinngemäß u.a. für solche Personen, die sich geschäftsmäßig gegenüber Aktionären zur Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung anbieten. Diese Voraussetzungen liegen im Hinblick auf Dr. u der „PR im I4 AG“ vor. Ein geschäftsmäßiges Erbieten in diesem Sinne setzt voraus, dass die betreffende Person beabsichtigt, sich wiederholt und nicht nur gelegentlich als Stimmrechtsvertreter zu betätigen und hierfür gegenüber den Aktionären zu werben (BGH WM 1995, 882 ff.; Spindler/Spitz, AktG Band 1, 2. Auflage 2010, § 135 Rn. 106; Hopt/Wiedemann, AktG Band 5, 4. Auflage 2008, § 135 Rn. 26; Bürgers/Körber, AktG, 2. Auflage 2011, § 135 Rn. 47). Dies war bezüglich Dr. u im Zeitpunkt der hier in Rede stehenden Hauptversammlung der Fall. Denn dieser ist alleiniges Vorstandsmitglied der „PR im I4 AG“, die professionell Dienstleistungen für die Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften anbietet. Nach dem eigenen Sachvortrag der Beklagten gehört es zur gewöhnlichen Dienstleistung der „PR im I4 AG“, sich bzw. ihre Mitglieder für Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften zur Ausübung von Stimmrechten bevollmächtigen zu lassen. Hieraus folgt gleichzeitig, dass die „PR im I4 AG“ gegenüber den Aktionären um die Erteilung entsprechender Vollmachten wirbt. Bezüglich der Person des Dr. u zeigt sich die Wiederholungsabsicht exemplarisch daran, dass er von der Beklagten nicht nur für die hier streitgegenständlichen Hauptversammlung, sondern auch für die darauffolgende Hauptversammlung vom 28.09.2010 als Stimmrechtsvertreter benannt wurde. Daher kann kein Zweifel daran bestehen, dass die erforderliche Wiederholungsabsicht auf Seiten des Dr. u zum Zeitpunkt der hier in Rede stehenden Hauptversammlung vom 16.02.2010 gegeben war. 62

Soweit im Rahmen des § 135 Abs. 8 AktG darüber hinaus Entgeltlichkeit des Handelns des Stimmrechtsvertreters verlangt wird (so etwa Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 3. Auflage 2011, § 135 Rn. 28), ist diese Voraussetzung ebenfalls erfüllt. Denn nach den Angaben der Beklagten in der Berufungsverhandlung wird die „PR im I4 AG“ von der Beklagten für ihre Tätigkeit (naturgemäß auch) bezahlt. 63

Der Anwendbarkeit des § 135 Abs. 8 AktG steht nicht entgegen, dass Dr. u in der hier in Rede stehenden Hauptversammlung als von der Beklagten benannter Stimmrechtsvertreter aufgetreten ist. Zwar soll § 135 Abs. 8 AktG auf den von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreter nicht anwendbar sein, wenn es sich bei diesem um ein Mitglied der betreffenden Gesellschaft handelt (MüKo-Schröer, AktG Band 4, 2. Auflage 2004, § 135 Rn. 37) oder der Stimmrechtsvertreter sich ausschließlich für Hauptversammlungen der betreffenden Gesellschaft erbietet (so Spindler/Spitz aaO). Ob dem zu folgen ist, kann dahinstehen. Denn Dr. u ist weder Mitglied der Beklagten noch tritt er ausschließlich auf Hauptversammlungen der Beklagten als Stimmrechtsvertreter auf. Von den vorgenannten Ausnahmefällen abgesehen ist § 135 Abs. 8 AktG auf den von der Gesellschaft benannten 64

Stimmrechtsvertreter nach allgemeiner Ansicht anwendbar (so auch MüKo-Schröer und Spindler/Spitz aaO.). Dem ist zuzustimmen. Zum einen lässt sich dem Wortlaut des § 135 Abs. 8 AktG eine Einschränkung dahin, dass ein von der Gesellschaft benannter Stimmrechtsvertreter vom Anwendungsbereich der Vorschrift ausgeschlossen wäre, nicht entnehmen. Für eine teleologische Reduktion der Vorschrift besteht auch kein Grund. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb ein von der Gesellschaft benannter Stimmrechtsvertreter, der geschäftsmäßig handelt, weniger strengen Regeln unterworfen sein soll als ein geschäftsmäßig Handelnder, der Aktionäre vertritt, ohne von der Gesellschaft als Stimmrechtsvertreter benannt worden zu sein. Im Falle eines von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreters besteht nämlich zusätzlich die Gefahr einer Interessenkollision, die in den anderen Anwendungsfällen des § 135 Abs. 8 AktG nicht notwendigerweise gegeben ist. Die Gefahr einer Interessenkollision ergibt sich bei Einschaltung eines von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreters daraus, dass dieser regelmäßig in besonderer Nähe zur Verwaltung der Gesellschaft steht. Dies gilt auch dann, wenn es sich bei ihm nicht um ein Mitglied der Gesellschaft, sondern um einen Dritten handelt. In diesem Fall wird der Stimmrechtsvertreter der Gesellschaft aufgrund eines entgeltlichen Vertrages mit der Gesellschaft für diese tätig und regelmäßig ein wirtschaftliches Interesse an dem Fortbestand dieser geschäftlichen Beziehungen haben. Diese Interessenlage begründet gegen den Rechtsgedanken des § 136 Abs. 2 AktG die Gefahr, dass der Stimmrechtsvertreter geneigt ist, in der Hauptversammlung im Sinne der Verwaltung der Gesellschaft zu agieren. Angesichts dieser Interessenlage besteht ein besonderes Bedürfnis, den von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreter - jedenfalls sofern es sich bei diesem um einen Dritten handelt – den strengen Anforderungen des § 135 Abs. 1 bis 7 AktG zu unterwerfen.

Entgegen der Auffassung der Beklagten lässt sich auch dem Willen des Gesetzgebers nicht entnehmen, dass der von der Gesellschaft benannte Stimmrechtsvertreter vom Anwendungsbereich des § 135 Abs. 8 AktG ausgeschlossen ist. Nach der Gesetzesbegründung sollen durch die Einbeziehung des „geschäftsmäßig Handelnden“ in § 135 Abs. 8 AktG geschäftsmäßige Aktionärsvertreter, die die Stimmrechtsausübung für Aktionäre als Geschäftszweck betreiben, den Aktionärsvereinigungen gleichgestellt werden (vgl. BT-Drucksache 16/11642, S. 35). Auch ein von der Gesellschaft benannter Stimmrechtsvertreter kann die Stimmrechtsvertretung jedenfalls dann als Geschäftszweck betreiben, wenn er nicht Mitglied der ihn benennenden Gesellschaft ist und sich auch für Hauptversammlungen anderer Gesellschaften als Stimmrechtsvertreter anbietet. 65

Aus der sinngemäßen Anwendung des § 135 Abs. 1 S. 1 AktG folgt, dass Dr. u die Stimmen der abwesenden Aktionäre nicht als Legitimationsaktionär abgeben durfte. Gemäß § 135 Abs. 1 S. 1 AktG darf ein Kreditinstitut das Stimmrecht für Aktien, die ihm nicht gehören und als deren Inhaber es nicht im Aktienregister eingetragen ist, nur ausüben, wenn es bevollmächtigt ist. Hieraus ergibt sich nach allgemeiner Auffassung die Unzulässigkeit der Stimmabgabe durch ein Kreditinstitut im Wege der Legitimationszession (BGH WM 1995, 882 ff.; Spindler/Spitz, AktG Band 1, § 135 Rn. 14; Hopt/Wiedemann, AktG Band 5, § 134 Rn. 93 und § 135 Rn. 33, 37; MüKo-Kubis, AktG Band 4, § 129 Rn. 33). Denn ein Legitimationsaktionär gibt seine Stimmen nicht im fremden Namen als Bevollmächtigter, sondern gemäß § 129 Abs. 3 AktG im eigenen Namen ab. Die sinngemäße Anwendung des § 135 Abs. 1 S. 1 AktG auf den in § 135 Abs. 8 AktG bezeichneten Personenkreis hat zur Folge, dass die generelle Unzulässigkeit der Stimmabgabe als Legitimationsaktionär auch für diese Personen gilt (vgl. Hüffer, AktG, 10. Auflage 2012, § 135 Rn. 50; Hopt/Wiedemann, AktG Band 5, § 134 Rn. 93; Bürgers/Körber, AktG, § 135 Rn. 49). Der Ausnahmefall des § 135 Abs. 6 AktG ist hier nicht einschlägig. 66

Aufgrund des Verstoßes gegen § 135 Abs. 1 S. 1, Abs. 8 AktG waren die durch Dr. u als Legitimationsaktionär abgegebenen Stimmen ungültig. Gemäß § 135 Abs. 7 AktG haben Verstöße gegen § 135 Abs. 1 S. 2 bis 7 und Abs. 2 bis 6 keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Stimmabgaben. Hieraus folgt im Umkehrschluss, dass ein Verstoß gegen § 135 Abs. 1 S. 1 AktG zur Unwirksamkeit der Stimmabgaben führt. Da Dr. u die Stimmrechte zu den Stimmkartenummern 319 (230.000 Stimmen), 320 (370.000 Stimmen), 321 (385.000 Stimmen), 326 (154.730 Stimmen), 361 (364.400 Stimmen), 362 (375.000 Stimmen) und 363 (1.892.000 Stimmen) als Legitimationsaktionär ausgeübt hat, waren bezüglich der streitgegenständlichen Abstimmungen zumindest 3.771.130 Nein-Stimmen ungültig. Dies hat zur Folge, dass die Anträge der Klägerin die erforderliche Mehrheit erhalten haben und die Feststellung der einzelnen Abstimmungsergebnisse somit fehlerhaft war.

67

Auf die Gültigkeit der weiteren durch Dr. u abgegeben Stimmen sowie der durch S und C abgegebenen Stimmen, deren Stimmabgaben in gleicher Weise zu behandeln wären, kommt es danach nicht mehr an.

68

2. Klageanträge zu 2)

69

Die Klageanträge zu 2) sind als positive Beschlussfeststellungsanträge zulässig. Die Zulässigkeit einer positiven Beschlussfeststellungsklage ist allgemein anerkannt, soweit diese sich – wie hier - auf ablehnende Beschlüsse in der Hauptversammlung bezieht, deren Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit gleichzeitig im Wege der Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden (vgl. Hüffer, AktG, § 246 Rb. 42). Das Rechtsschutzbedürfnis der Klägerin ist auch nicht im Hinblick auf den Klageantrag zu 2) c) entsprechend dem Rechtsgedanken des § 142 Abs. 2 AktG dadurch entfallen, dass die Klägerin nach der Veräußerung eines Großteils der Aktien der Beklagten mittlerweile nur noch in Höhe von 0,41 % am Grundkapital der Beklagten beteiligt ist. § 142 Abs. 2 AktG stellt lediglich ein Erfordernis für die Antragsberechtigung im Zeitpunkt der Beschlussfassung auf. Durch die Unterschreitung des Antragsquorums nach Beschlussfassung wird das Rechtsschutzbedürfnis für eine positive Beschlussfeststellungsklage nicht berührt.

70

Die Klageanträge zu 2) sind auch begründet. Denn aufgrund der Ungültigkeit der von Dr. u abgegebenen Stimmen haben die streitgegenständlichen Anträge der Aktionärin T und der Klägerin in der Hauptversammlung der Beklagten eine ausreichende Mehrheit an gültigen Stimmen gefunden. Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der zustande gekommenen Beschlüsse bestehen nicht und werden von der Beklagten auch nicht geltend gemacht.

71

3. Klageantrag zu 3)

72

Der Klageantrag zu 3), gerichtet auf Feststellung der Erledigung des ursprünglichen Klageantrages zu 3), ist unbegründet, weil keine Erledigung eingetreten ist. Denn der ursprüngliche Klageantrag zu 3) war unzulässig. Statthafter Gegenstand einer positiven Beschlussfeststellungsklage kann nur ein ablehnender Hauptversammlungsbeschluss sein. Die Wahl der Herren F2 und S zu Aufsichtsratsmitgliedern der Beklagten stand jedoch in der Hauptversammlung der Beklagten vom 16.02.2010 nicht zur Abstimmung und war demgemäß auch nicht Gegenstand eines ablehnenden Beschlusses. Dass dies möglicherweise anders gewesen wäre, wenn der Antrag der Klägerin zu TOP 1 (Abwahl der Aufsichtsratsmitglieder Dr. I2 und I) in der Hauptversammlung angenommen worden wäre, ist unerheblich, da fiktive Anträge und Beschlüsse nicht Gegenstand einer positiven Beschlussfeststellungsklage sein können. Insoweit ist der jeweilige Aktionär gehalten, eine Beschlussfassung in einer neuen Hauptversammlung zu erwirken.

73

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 ZPO. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 709, 711 ZPO. 75

Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, da die diesbezüglichen Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. 76

**Anmerkung: Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig!** 77

**II ZR 318/12 - BGH** 78