

5
71

Nachschlagewerk: ja
Antliche Sammlung: ja

AktG § 114 Abs. 5 Satz 1, § 118 Abs. 1 Satz 2

Eine Stadtgemeinde, die Gesellschafterin einer Aktiengesellschaft ist, ist von der Abstimmung über die Entlastung des Aufsichtsrats und einen damit zusammenhängenden Antrag auf Bestellung eines Sonderprüfers nicht deshalb ausgeschlossen, weil sie zwei Mitglieder desjenigen Organs, das zur Entscheidung über die Ausübung ihres Stimmrechts zuständig ist, in den Aufsichtsrat entsandt hat.

BGH, Urt. v. 29. Januar 1962 - II ZR 1/61

OLG Hamburg

LG Hamburg

II ZR 1/61

Verkündet

am 29. Januar 1962

Schorm, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

1. des Kaufmanns Hans P [REDACTED], H [REDACTED] W [REDACTED]allee [REDACTED],
2. der Hausfrau Helene T [REDACTED] geb. Sch [REDACTED]
H [REDACTED]-A [REDACTED], A [REDACTED]straße [REDACTED],
3. des Rentners Erich T [REDACTED], H [REDACTED]-A [REDACTED],
A [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

gegen

die H [REDACTED] E [REDACTED]werke Aktiengesellschaft,
H [REDACTED], Ge [REDACTED]-Ha [REDACTED]-Platz [REDACTED], vertreten durch

A. den Vorstand, die Herren

Dr. Ing. Richard Fi [REDACTED],
Dr. oec. publ. Gerhart E. v. Ma [REDACTED]
Dr. Claus Ha [REDACTED], Rechtsanwalt,
Dipl. Ing. Max St [REDACTED],
sämtlich H [REDACTED], Ge [REDACTED]-Ha [REDACTED]-Platz [REDACTED]

B. den Aufsichtsrat, die Herren

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.
- 6.

- 7.
- 8.
- 9.
- 10.
- 11.
- 12.
- 13.
- 14.
- 15.
- 16.
- 17.
- 18.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Wieczorek -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 22. Januar 1962 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter
Dr. Fischer, Dr. Kuhn, Liesecke und Dr. Reinicke

für Recht erkannt:

Auf die Revision und die Berufung der Kläger werden
die Urteile des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Ober-
landesgerichts zu Hamburg vom 18. November 1960 und der



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Kammer 1 für Handelssachen des Landgerichts Hamburg
vom 2. Mai 1960 in der Hauptsache und teilweise im
Kostenpunkt aufgehoben.

Der Beschluß der Hauptversammlung der Beklagten
vom 15. Dezember 1959 zu Punkt 1d der Tagesordnung
wird insoweit für nichtig erklärt, als die Bestellung
eines Sonderprüfers zu der Frage:

Erscheint es angezeigt, auf eine Änderung
der Höhe der Konzessionsabgabe hinzuwirken?
abgelehnt worden ist.

Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden den Klägern
zu 9/10 und der Beklagten zu 1/10 auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die drei Kläger sind Inhaber je einer Stammaktie von 1 000 DM des 200 Millionen DM betragenden Grundkapitals der Beklagten. Sie fechten zwei der am 15. Dezember 1959 gefaßten Hauptversammlungsbeschlüsse an. Durch den einen dieser beiden Beschlüsse wurde dem Aufsichtsrat für das Geschäftsjahr 1958/59 mit 1 913 116 gegen 215 228 Stimmen Entlastung erteilt, durch den anderen wurde die Bestellung eines Sonderprüfers mit 1 859 455 gegen 381 362 Stimmen bei 23 333 Enthaltungen abgelehnt.

Die Beklagte ist ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen, an dem die Freie und Hansestadt H. rund 73 % der Stammaktien und die sämtlichen Vorzugsaktien im Nennwert von 1 Million DM innehat. Je 100 DM Stammaktien gewähren eine Stimme, je 100 DM Vorzugsaktien 40 Stimmen. Außerdem geben die Vorzugsaktien das Recht, bis zu sechs Personen in den Aufsichtsrat zu entsenden. Von diesem Recht hat die Freie und Hansestadt H. für fünf Mitglieder des satzungsmäßig 18köpfigen Aufsichtsrats Gebrauch gemacht. Für die umstrittene Zeit waren dies Bürgermeister Br., der Finanzsenator Dr. We., der Leitende Regierungsdirektor Ko., Dr. Me. und Rechtsanwalt Me.

Auf Grund Vertrages hat die Beklagte an die Hansestadt eine Konzessionsabgabe zu zahlen.

Jede Änderung des Stromtarifs bedarf vertraglich der Zustimmung des Senats der Hansestadt, der dazu die Zustimmung der Bürgerschaft einzuholen hat. Die entsandten Auf-

sichtsratsmitglieder verzögerten eine vom Vorstand seit Sommer 1958 für erforderlich gehaltene Tarifierhöhung. Sie machten die Vorlage der Tarifierhöhung an die Bürgerschaft davon abhängig, daß der Vorstand seinen Dividendenvorschlag für 1958/59 von 9 % auf den Vorjahrssatz von 7 % ermäßige. Das erreichten sie auch. Sie glaubten, mit einer Tarifierhöhung nicht vor die Öffentlichkeit treten zu können, wenn gleichzeitig eine gegenüber dem Vorjahr um 2 % erhöhte Dividende ausgeschüttet werden würde.

Die Kläger nahmen diese Vorgänge zum Anlaß, den von der Hansestadt entsandten Mitgliedern des Aufsichtsrats die Entlastung zu verweigern und die Bestellung eines Sonderprüfers zu beantragen. Sie beantragten, über die Entlastung des Aufsichtsrats getrennt nach drei Gruppen (gewählte Mitglieder, entsandte Mitglieder, Belegschaftsmitglieder) abzustimmen. Der Vorsitzende der Hauptversammlung lehnte das ab, weil en-bloc-Abstimmung beantragt sei und dieser Antrag weitergehe. Die Kläger wandten sich hiergegen und gegen eine Teilnahme der Hansestadt an der Abstimmung über die Entlastung der von ihr in den Aufsichtsrat entsandten Mitglieder. An beiden angefochtenen Beschlüssen beteiligte sich die Hansestadt, vertreten durch Oberregierungsrat Dr. St. [REDACTED] von der Finanzbehörde, mit 1 829 569 Stimmen.

Die Kläger sind der Ansicht, die Hansestadt habe sowohl bei der Entlastung des Aufsichtsrats wie über den Antrag auf Bestellung eines Sonderprüfers nach dem § 114 Abs. 5 und § 118 Abs. 1 Satz 2 AktG zugrundeliegenden Rechtsgedanken nicht mitstimmen dürfen. Das begründen sie in dreifacher Hinsicht: 1. Zwei in den Aufsichtsrat entsandte Mitglieder,

nämlich Bürgermeister Brauer und Finanzsenator Dr. We [REDACTED], gehörten dem Senat der Hansestadt an. Beide hätten entscheidenden Einfluß auf die Verwaltung der stadteigenen Aktien gehabt. Deshalb sei der Bevollmächtigte der Stadt in der Hauptversammlung nur das Sprachrohr des Senats gewesen. 2. Dieser Bevollmächtigte (Dr. St [REDACTED]) habe nach Weisungen von Bürgermeister Br [REDACTED] abgestimmt. 3. Die Hansestadt hafte für Pflichtverletzungen von Bürgermeister Br [REDACTED] und Finanzsenator Dr. We [REDACTED], die diese als von ihr entsandte Aufsichtsratsmitglieder begingen.

Der Entlastungsbeschluß sei zudem verfahrensrechtlich fehlerhaft, da zunächst über den Antrag auf Entlastung des Aufsichtsrats nach Gruppen habe abgestimmt werden müssen.

Der Beschluß, durch den die Bestellung eines Sonderprüfers abgelehnt worden sei, verstoße gegen § 23 Abs. 3 der Satzung.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Die Berufung der Kläger hatte keinen Erfolg (AG 1960, 333 = DB 1960, 1497 = MDR 1961, 326).

Mit der Revision verfolgen die Kläger den Klageantrag weiter, während die Beklagte um Zurückweisung der Revision gebeten hat.

Entscheidungsgründe:

A.

Entlastungsbeschuß

I.

Nach § 114 Abs. 5 Satz 1 AktG kann ein Aktionär, der durch die Beschlußfassung entlastet werden soll, weder für sich noch für einen anderen das Stimmrecht ausüben. Diese Bestimmung ist vorliegendenfalls unmittelbar nicht anwendbar, da die Entlastung keinen als Aufsichtsratsmitglied tätigen Aktionär betraf. Aktionär ist die Hansestadt. Als juristische Person kann sie nach § 86 Abs. 2 AktG nicht Aufsichtsratsmitglied sein. Sie war es zudem, die in Ausnutzung des ihr in § 10 der Satzung der Beklagten mehrere natürliche Personen in den Aufsichtsrat entsandt hat. Diese natürlichen Personen sind mit ihr nicht identisch.

Auch ein Fall der vom Reichsgericht im Urteil vom 22. Januar 1935 - II 198/34 - (RGZ 146, 385) entschiedenen Art liegt nicht vor. Nach dieser Entscheidung (ebenso W. Schmidt/Meyer-Landrut, Großkomm AktG § 114 Anm. 34; Schlegelberger/Quassowski, AktG § 114 Anm. 19; Ritter, AktG § 114 Anm. 7 b; von Godin/Wilhelmi, AktG § 114 Anm. 18; Teichmann/Köhler, AktG § 114 Anm. 6; Baumbach/Hueck, AktG § 114 Anm. 7 A; Scholz, GmbHG § 47 Anm. 18; W. Schmidt in Hachenburg, GmbHG § 47 Anm. 18) dürfen bei der Entlastung des Aufsichtsrats nicht Aktien mitstimmen, auf deren Verwaltung ein Aufsichtsratsmitglied von Rechts wegen einen ent-

scheidenden Einfluß ausübt, weil dann das betreffende Aufsichtsratsmitglied genau so, wie wenn es mit eigenen Aktien stimmte, Richter in eigener Sache und eine freie und unabhängige, nur den Gesellschaftsinteressen dienende Stimmrechtsausübung im Hinblick auf die widerstreitenden Interessen des betroffenen Aufsichtsratsmitglieds nicht gewährleistet wäre. Das hat das Reichsgericht für den Einmengesellschafter einer GmbH und denjenigen Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft angenommen, von dessen alleiniger Willensentschließung der korporative Wille abhängt. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die von der Hansestadt in den Aufsichtsrat der Beklagten entsandten Mitglieder von Rechts wegen keine Herrschaft über diejenigen Aktien besitzen, deren Abstimmungsbeteiligung die Kläger beanstanden. Es stützt sich hierbei auf Art. 33 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg vom 6. Juni 1952 (GVBl S. 117) und § 1 des Senatsgesetzes vom 11. Januar 1951 (GVBl S. 1), wonach ein aus mindestens 10 und höchstens 15 Mitgliedern bestehender Senat die Landesregierung des Landes Hamburg bildet, und darauf, daß die hamburgische Verfassung selbst dort, wo sie dem Bürgermeister eine Sonderstellung einräumt (z.B. Art. 41 Abs. 2), das Kollegialitätsprinzip verwendet, da auch diese Entscheidungen des Bürgermeisters der Billigung des Senats bedürfen (Drexelius/Weber, Die Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg Art. 41 Anm. 3). Der Bürgermeister könne also gegen den Mehrheitsentscheid des Senats keine Einzelmaßnahme durchsetzen. Der Senat sei es auch, der die Richtlinien der Politik bestimme und die Verwaltung führe und beaufsichtige (so Art. 33 Abs. 1 Satz 1 der hamburgischen Verfassung). Insoweit habe der Bürgermeister Hamburgs anders als der Bundeskanzler (vgl. Art. 65 GG) keine herausgehobene

Stellung (Ipsen, Hamburgs Verfassung und Verwaltung S. 288, 289; Drexelius/Weber aaO Art. 33 Anm. 2). Das ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, daß es nicht um einen Einfluß geht, wie er gegeben wäre, wenn die Mehrzahl der Senatsmitglieder dem Aufsichtsrat angehören würde oder wenn die Stimmen von Br[] oder Dr. We[] den Ausschlag bei der Abstimmung im Senat gegeben hätten. Unverkennbar hatten zwar Br[] und Dr. We[] durch ihre Beteiligung an der Senatsabstimmung die Möglichkeit, entscheidenden Einfluß darauf zu nehmen, ob mit den Stimmen der städteigenen Aktien für die Entlastung des Aufsichtsrats und damit auch für ihre eigene Entlastung gestimmt werden sollte. Aber die bloße Möglichkeit einer solchen Einflußnahme gab ihnen entgegen der Ansicht der Revision noch keinen Einfluß und darum keinen Grund, der eine ausdehnende Anwendung des § 114 Abs. 5 Satz 2 AktG rechtfertigt.

Grundsätzlich wird das Stimmrecht einer Korporation nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß eine zu ihrer Verwaltung gehörende Person Mitglied des zu entlastenden Aufsichtsrats eines Unternehmens ist, an dem diese Korporation Mitgliedschaftsrechte besitzt (RG Recht 1927 Nr. 1664).

Es kann sich nur darum handeln, ob der persönliche Einfluß von Bürgermeister Brauer und Finanzsenator Dr. We[] ausreicht, um § 114 Abs. 5 AktG entsprechend anzuwenden. Das verneint das Berufungsgericht. Es meint: Ein lediglich persönlicher, tatsächlicher Einfluß sei anders als ein der Korporationsverfassung entsprechende Beherrschung einer

juristischen Person nicht einfach nachprüfbar und könne kein Kriterium gegen die Stimmberechtigung abgeben, die in der Hauptversammlung geprüft und entschieden werden müsse, ohne daß dafür eine längere Überlegungszeit zur Verfügung stehe. Da die Abhängigkeit in vielen Erscheinungsformen und Abstufungen vorkomme, würde die Prüfung der Stimmberechtigung mit schwierigen Tatsachenermittlungen belastet werden, zu denen nicht selten noch die Entscheidung schwieriger Rechtsfragen hinzukäme. Eine Abhängigkeit, die bloß auf wirtschaftliche oder persönliche Umstände zurückzuführen sei, lasse sich nicht allgemeingültig brauchbar abgrenzen. Insbesondere die Frage, ob der vom Reichsgericht (RGZ 146, 385, 391) geforderte entscheidende Einfluß vorliege, könne nur durch eine unsichere Abschätzung der Umstände des Einzelfalles beantwortet werden. Das würde in die Betätigung des gesellschaftlichen Lebens eine nicht zu verantwortende Unsicherheit hineintragen. Deshalb genüge ein faktischer Einfluß eines Aufsichtsratsmitglieds auf einen Aktionär nicht, um § 114 Abs. 5 AktG anzuwenden. Die Grenze zum unbeachtlichen Einfluß sei dort zu ziehen, wo sich der Einfluß rechtlich nicht mehr qualifizieren lasse. Hierfür möge es bei besonders krassem Einfluß Ausnahmen geben. Für einen ungewöhnlichen tatsächlichen Einfluß, der zu einer Abweichung von der Regel veranlassen könnte, habe sich jedoch nichts ergeben.

Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes (1958) vermeidet die Nachprüfungs- und Abgrenzungsschwierigkeiten, denen das Berufungsurteil Rechnung trägt. Er versagt einer juristischen Person schon dann das Stimmrecht, wenn die Person, die entlastet werden soll, gesetzlicher Vertreter dieser juristischen Person ist. Würde dieser Vorschlag Gesetz

- der Regierungsentwurf (§ 130 Abs. 1) hat ihn nicht übernommen -, so würde eine juristische Person bei der Entlastung eines Aufsichtsrats schon dann vom Stimmrecht ausgeschlossen sein, wenn ein Mitglied ihres Vertretungsorgans, das in diesem Gremium keinen entscheidenden Einfluß besitzt, Mitglied dieses Aufsichtsrats wäre. Der Referentenentwurf geht in seinem § 127 Abs. 1 Satz 2, wie in den Erläuterungen dazu auch hervorgehoben wird, über das geltende Recht hinaus und kann daher zur Auslegung des § 114 Abs. 5 AktG nicht herangezogen werden.

Wenn Bürgermeister Brauer und Finanzsenator Dr. Weichmann, wie das Berufungsgericht annimmt, keinen ungewöhnlichen persönlichen Einfluß auf die Haltung des Senats in der Entlastungsfrage genommen haben, so ist die Entscheidung des Senats von einem Kollegium und nicht von Brauer und Dr. Weichmann gefällt worden.

Die Revision will allerdings wahrhaben, beide hätten allein entschieden. Sie meint, das Berufungsgericht habe die rechtlichen Befugnisse der Senatsmitglieder mit den Parteien erörtern müssen. Nach § 139 ZPO befragt, hätten die Kläger unter Berufung auf Ipsen, Hamburgs Verfassung und Verwaltung S. 294, 374 unter Zeugen- und Sachverständigenbeweis gestellt, daß Senatsentscheidungen nach ständiger Hamburger Praxis durch Verfügung der Sachbearbeiter getroffen würden und zulässig seien. Zu einer derartigen Erörterung bot der Streitstoff keinen Anlaß, da die Beklagte (S. 7 ihres Schriftsatzes vom 12.10.1960, Bl. 107 d.A.) behauptet hatte, daß die Ausübung des Stimmrechts der Hansestadt in den Hauptversammlungen der Beklagten nicht der alleinigen Entscheidung

von Br. [REDACTED] und Dr. We. [REDACTED] unterliege, sondern vielmehr vom Senat als Kollegium erörtert und entschieden werde, und daß dies auch für die Hauptversammlung vom 15. Dezember 1959 zutreffe.

Des weiteren macht die Revision geltend, das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen § 286 ZPO nicht beachtet, daß die Kläger unter Zeugenbeweis gestellt hätten, Oberreinerungsrat Dr. St. [REDACTED] habe seine Anweisungen zur Ausübung des Stimmrechts nicht vom Senat, sondern von Bürgermeister Br. [REDACTED] und Finanzsenator Dr. We. [REDACTED] erhalten. Sie übersieht hierbei, daß die Kläger ausweislich der Sitzungsniederschrift vom 4. November 1960 erklärt haben, nicht behaupten zu wollen, daß die Dr. St. [REDACTED] von Bürgermeister Br. [REDACTED] und Dr. We. [REDACTED] erteilten Weisungen zur Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung nicht in Übereinstimmung mit der Auffassung des Senats erteilt worden seien. Danach kann der Vortrag der Kläger in den Tatsacheninstanzen nur dahin verstanden werden, der Senat als Kollegium habe die Stimmrechtsausübung festgelegt und Br. [REDACTED] und Dr. We. [REDACTED] hätten diese Entscheidung Dr. St. [REDACTED] mitgeteilt.

Nach der Prozeßlage kann daher nur davon ausgegangen werden, daß sich der Senat durch eine Kollegialentscheidung für eine bejahende Teilnahme an der Entlastung des Aufsichtsrats der Beklagten ausgesprochen hat und daß Bürgermeister Br. [REDACTED] und Finanzsenator Dr. We. [REDACTED] auf diese Kollegialentscheidung zwar tatsächlichen, aber keinen ungewöhnlichen Einfluß genommen haben.

In einem solchen Fall kann keine Rede davon sein, daß

die Freie und Hansestadt H[redacted] nur die Rechtsform bilde, unter der Br[redacted] und Dr. We[redacted] die Rechte ausüben, die sich aus dem stadteigenen Aktienbesitz ergeben. Hierfür fel es, auch nicht rechtlich betrachtet, an der Identität zwischen Aktionär und zu entlastendem Aufsichtsratsmitglied. Denn der körperschaftliche Wille der Hansestadt wird nicht durch Bürgermeister Brauer und Finanzsenator Dr. We[redacted], sondern durch den Senat der Hansestadt gebildet. Da sich der Senat als Kollegium, wenn auch vielleicht unter dem tatsächlichen Einfluß von Br[redacted] und Dr. We[redacted], für die Entlastung ausgesprochen hat, trifft der den § 114 Abs. 5 AktG tragende Grund, daß niemand Richter in eigener Sache sein darf, nicht zu. Nach dem geltenden Recht war die Hansestadt nicht deshalb von der Abstimmung über die Entlastung des Aufsichtsrats ausgeschlossen, weil zwei Mitglieder des Aufsichtsrats auch dem Senat der Stadt angehören und auf dessen Entscheidung persönlichen Einfluß gewonnen haben (vgl. W. Schmidt/Meyer-Landrut aaO § 114 Anm. 34).

Des weiteren macht die Revision geltend, daß ein besonders krasser Fall tatsächlichen Einflusses vorliege. Sie leitet dies daraus ab, daß zwei Mitglieder des Aufsichtsrats dem Senat angehört hätten, daß das Verhalten dieser beiden Personen den Gegenstand der Abstimmung über die Entlastung gebildet habe und daß sich Dr. St[redacted] gegenüber Bürgermeister Br[redacted] und Finanzsenator Dr. We[redacted] in der Rolle Untergebenen befunden und über die Entlastung seiner Vorgesetzten abgestimmt habe. Die Doppelmitgliedschaft in Senat und Aufsichtsrat gab Br[redacted] und Dr. We[redacted] nicht mehr Einfluß auf die Entschließung der Stadt, als jedes andere Senatsmitglied im Senatskollegium auf die Ausübung des

Stimmrechts der stadteigenen Aktien hatte. Daran änderte auch die Tatsache nichts, daß der Senat festlegte, wie sich der Stimmvertreter der Stadt gerade zur Entlastung des Aufsichtsrats verhalten sollte. Dr. St. [REDACTED] stimmte nicht kraft eigener EntschlieÙung, sondern auf Weisung des Senats ab. Seine Stellung im Verhältnis zum Bürgermeister und zum Finanzsenator war daher ohne Bedeutung.

II.

Im übrigen prüft das Berufungsgericht, ob die Freie und Hansestadt Hamburg im Hinblick darauf, daß sich Bürgermeister Br. [REDACTED] und Finanzsenator Dr. We. [REDACTED] den Entscheidungen des Senats zu fügen haben, und der Leitende Regierungsdirektor Ko. [REDACTED] die Stellung eines Beamten des Landes H. [REDACTED] innehat, wie ein Mitglied des Aufsichtsrats der Beklagten behandelt werden könne und bei dem Entlastungsbeschluß als Richter in eigener Sache tätig geworden sei. Es führt insoweit aus: Ein bloß tatsächlicher Einfluß der Stadt auf diese drei entsandten Aufsichtsratsmitglieder rechtfertigt eine solche Annahme nicht, denn insoweit liege es nicht anders als bei der unter I. dargestellten umgekehrten Machtlage. Nur ein rechtlicher Einfluß könne beachtlich sein.

Ein solcher Einfluß bestehe jedoch nicht. Selbst wenn die Stadt den von ihr entsandten Aufsichtsratsmitgliedern Weisungen für ihr Verhalten im Aufsichtsrat erteilt haben sollte, habe sie doch rechtlich keine Möglichkeit, diese zwangsweise durchzusetzen. Sie könne zwar die Entsandten abberufen und durch andere Personen ersetzen; gegen einen weisungswidrig handelnden Beamten könne sie auch disziplina-

risch vorgehen und so mittelbar auf ein bestimmtes Verhalten der Entsandten hinwirken. Sie könne aber nicht unmittelbar die Willensbildung des Aufsichtsrats der Beklagten gestalten. Zwischen die Entscheidung der Stadt und die Willensbildung des Aufsichtsrats sei die EntschlieÙung der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder gestellt. Darum sei das Verhalten des Aufsichtsrats, das den Gegenstand des Entlastungsbeschlusses gebildet habe, nicht das Verhalten der Hansestadt H■■■■■, sondern das einer anderen Person. Darum habe die Stadt bei der Abstimmung über die Entlastung über fremde und nicht über eigene Verantwortlichkeit geurteilt. Entsandte Mitglieder des Aufsichtsrats hätten den Belangen der Gesellschaft den Vorzug zu geben (RGZ 165, 68, 79). Nach § 70 Abs. 2 DGO (1935) seien allerdings die von Gemeinden entsandten Aufsichtsratsmitglieder an die Weisungen des Bürgermeisters gebunden. Diese Bestimmung gelte aber nach § 122 DGO (1946) nicht mehr für die Hansestadt Hamburg. Die Änderung des § 70 DGO (1935) durch die DGO (1946), daß von Gemeinden entsandte Aufsichtsratsmitglieder den Weisungen des Rats der Gemeinde unterliegen, sei deshalb in Hamburg nicht Gesetz geworden. Außerdem hätten, falls nichts anderes vereinbart sei, auch die von einer Gemeinde entsandten Aufsichtsratsmitglieder da, wo § 70 DGO anwendbar sei, den Interessen der Gesellschaft grundsätzlich den Vorrang vor den Interessen der Entsendungskörperschaft zu geben. Hierfür beruft sich das Berufungsgericht auf Surén, Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik II (1960) S. 209. Daher, so legt es weiter dar, könne entgegen der Auffassung von Ipsen (Hamburgs Verfassung und Verwaltung, S. 238; ders. JZ 1955, 597) dem § 70 DGO auch nicht die Bedeutung eines überpositiven und damit auch in Hamburg geltenden Rechtssatzes beigemessen

werden. Die Tätigkeit der von Gemeinden entsandten Aufsichtsratsmitglieder habe ihre Rechtsgrundlage nicht in der Vertretung einer Gemeinde nach außen, sondern in dem der Gemeinde durch die Satzung der Gesellschaft eingeräumten Recht. Auch insoweit beruft sich das Berufungsgericht auf Surén aaO.

1. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Berufungsgericht darin recht hat, daß Personen, die im Geltungsbereich des § 70 DGO von einer Gemeinde in den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft entsandt worden sind, an keine Weisungen der Gemeinde gebunden sind und dem Aktienrecht entsprechend in ihrer Unabhängigkeit nicht beeinträchtigt werden dürfen. Das Gegenteil wird jedenfalls im öffentlichrechtlichen Schrifttum vertreten (Surén/Loschelder, Deutsche Gemeindeordnung § 70 S. 119, 122/23; Pfundtner/Neubert, Das neue deutsche Reichsrecht, Deutsche Gemeindeordnung § 70 Anm. 3). Dort wird auch angenommen, daß § 70 DGO Vorrang vor der Ungebundenheit von Vorstand und Aufsichtsrat habe und ein das allgemeine Gesellschaftsrecht durchbrechendes Prinzip enthalte. Derselbe Standpunkt wird für die seit 1945 erlassenen landesgesetzlichen Gemeindeordnungen vertreten, die sich den § 70 DGO zum Vorbild genommen haben und ihm entsprechen (Surén, Die deutschen Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik S. 215/16; Salzmann/Schunck, Das Selbstverwaltungsgesetz für Rheinland/Pfalz § 80 Erl. 5; Lauritzen, Die Selbstverwaltung in Schleswig-Holstein § 85 Erl. 2). Nach der Amtlichen Begründung zu § 70 DGO war es jedenfalls der Zweck dieser Bestimmung, die bis dahin in der Rechtsprechung streitige Frage, ob die von einer Gemeinde entsandten Aufsichtsratsmitglieder an Weisungen der Gemeinde gebunden seien, im bejahenden Sinne zu klären. Ballerstedt (DÖV 1951, 452) be-

zeichnet die von § 70 DGO getroffene Regelung als einen tiefen Einbruch in die Organisationsprinzipien des Aktienrechts, und Ipsen (JZ 1955, 597) macht dem aktienrechtlichen Schrifttum den Vorwurf, von § 70 DGO nahezu ausnahmslos keine Kenntnis genommen zu haben.

Die deutsche Gemeindeordnung gilt nicht in Hamburg (§ 122 DGO 1946). Das Berufungsgericht stellt fest, daß Rechtssätze, die den Vorschriften des § 70 DGO entsprächen, in Hamburg auch durch ein anderes Gesetz oder durch Gewohnheitsrecht nicht entstanden seien. Diese Beurteilung betrifft irrevisibles Recht und ist daher nach § 549 ZPO für das Revisionsgericht bindend. Eine gemeinderechtliche Weisungsbefugnis ließe sich daher nur annehmen, wenn die in § 70 DGO niedergelegten Rechtssätze überpositives Recht und damit auch für Hamburg verbindlich wären. Das kann entgegen der Ansicht von Ipsen (Hamburgs Verfassung und Verwaltung, S. 238) nicht angenommen werden. Überpositives Recht setzt voraus, daß eine andere Regelung mit dem Gerechtigkeitsempfinden unvereinbar wäre. So liegt es jedoch bei dem Rechtssatz des § 70 DGO von der Weisungsgebundenheit der von Gemeinden entsandten Aufsichtsratsmitglieder nicht, da vor seiner Einführung umstritten war, was insoweit Rechtens sei, und da die entgegengesetzte Regelung zu durchaus sachgerechten Ergebnissen führen würde.

Es geht daher um ein gemeindliches Entsendungsrecht, für das ein Grundsatz, wie er in § 70 DGO niedergelegt ist, nicht gilt.

2. Die Frage, ob eine Gemeinde bei der Entlastung von

Personen mitstimmen darf, die sie in den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft entsandt hat, ist vielschichtig. Sie läßt sich nur aus dem Wesen der Entlastung und der Eigenart der Stellung entsandter Aufsichtsratsmitglieder lösen.

a) Der Senat hat in seinem Urteil vom 12. März 1959 - II ZR 180/57 (BGHZ 29, 385, 390) ausgesprochen, daß die Entlastung des Vorstands einer Aktiengesellschaft im Hinblick auf § 84 Abs. 4 Satz 3 AktG nicht mehr wie früher die Bedeutung eines Verzichts auf Ersatzansprüche oder eines Anerkenntnisses des Nichtbestehens derartiger Ansprüche hat, sondern nichts weiter als die Billigung der Geschäftsführung und das Vertrauen in sie zum Ausdruck bringt. Für die Entlastung des Aufsichtsrats kann nichts anderes gelten, da § 99 AktG bestimmt, daß § 84 AktG auf den Aufsichtsrat sinngemäß anzuwenden ist.

b) Entsandte Aufsichtsratsmitglieder haben dieselben Pflichten wie die gewählten Aufsichtsratsmitglieder. Als Angehörige eines Gesellschaftsorgans haben sie den Belangen der Gesellschaft den Vorzug vor denen des Entsendungsberechtigten zu geben und die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen, ohne an Weisungen des Entsendungsberechtigten gebunden zu sein (RG JW 1932, 2279; RGZ 165, 68, 79; Schlegelberger/Quassowski, AktG § 88 Anm. 22; W. Schmidt/Meyer-Landrut aaO § 88 Anm. 16; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band II § 73 II 5; Fitting/Kraegeloh, BetrVerfG § 76, 122). Sie werden nicht von der Hauptversammlung gewählt und abberufen, sondern vom Entsendungsberechtigten bestellt und können (§ 88 Abs. 4 Satz 1 AktG.) von ihm jederzeit abberufen und durch andere ersetzt werden.

Sie bedürfen daher anders als die gewählten Aufsichtsratsmitglieder weder zu ihrer Bestellung noch zu ihrer Geschäftsführung des Vertrauens der Hauptversammlung. Damit hat die Entlastung nur die Bedeutung der Billigung der Geschäftsführung des Aufsichtsrats und nicht die Bedeutung eines Ausspruchs des Vertrauens, wie es die gewählten Aufsichtsratsmitglieder zu ihrer Geschäftsführung brauchen.

Das Entsendungsrecht entspricht einem praktischen Bedürfnis. Es trägt dem Umstand Rechnung, daß ein Aktionär ein besonderes Interesse daran haben kann, seine Belange im Aufsichtsrat durch Personen seines Vertrauens gewahrt zu wissen. Gedacht ist hierbei vor allem an die öffentliche Hand, die bei gemein- oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen darauf bedacht sein muß, daß das Gemeinwohl angemessen berücksichtigt wird. Darum kann dem Entsendungsberechtigten das Stimmrecht bei der Entlastung des Aufsichtsrats nicht schon deshalb versagt werden, weil er von seinem Entsendungsrecht Gebrauch gemacht hat und über den Entsandten in der Lage ist, Einfluß auf die Haltung des Aufsichtsrats zu nehmen. Da der Entsandte die Interessen der Gesellschaft vor die Interessen des Entsendungsberechtigten zu stellen hat, kann der Entsendungsberechtigte den Entsandten nicht daran hindern, die ihm im Aufsichtsrat obliegenden Aufgaben und damit die Belange der Gesellschaft mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmanns, dem die Überwachung und Prüfung eines Unternehmens obliegt, zu wahren.

Nun ist es allerdings denkbar, daß der Entsendungsberechtigte gleichwohl Weisungen erteilt und daß der Entsandte

den Weisungen nachkommt, obwohl er das nicht darf. Aber die Möglichkeit pflichtwidrigen Verhaltens beider kann dem Entsendungsberechtigten für die Abstimmung über die Entlastung des Aufsichtsrats nicht das Stimmrecht nehmen. Eine solche Einflußnahme ist, wenn die Satzung das Entsendungsrecht vorsieht, nie ganz auszuschließen. Mit ihr hat der Gesetzgeber gerechnet, wenn er einerseits die Möglichkeit der Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern zuließ (§ 88 AktG) und andererseits nur einem Aktionär, der durch die Beschlußfassung entlastet werden soll, die Ausübung des Stimmrechts verwehrt (§ 114 Abs. 5 AktG). Diese Regelung trägt dem Umstand Rechnung, daß entsandte Aufsichtsratsmitglieder nicht vom Vertrauen der Hauptversammlung getragen sind und nicht der Versicherung des Vertrauens der Aktionäre bedürfen, um weiter im Amt bleiben zu können. Es ist auch nicht so, daß niemand da wäre, der die entsandten Aufsichtsratsmitglieder zur Verantwortung ziehen könnte. Wenn der Entsendungsberechtigte bei der Entlastung mitstimmt, sind die übrigen Aktionäre keineswegs rechtlos; ihnen bleibt, wenn sie eine Minderheit von 10 % des Grundkapitals darstellen, sowohl der Rechtsbehelf des § 122 AktG wie der des § 88 Abs. 4 Satz 2 AktG. Da der Entsendungsberechtigte zivilrechtlich nicht die Möglichkeit hat, Weisungen durchzusetzen, kommt nur ein tatsächlicher Einfluß in Betracht. Die Intensität eines solchen Einflusses ist zu verschieden, als daß er in der Hauptversammlung, wenn es um die Bejahung oder Verneinung eines Stimmrechts geht, rasch erfaßt werden könnte. Das Reichsgericht (RGZ 146, 385 ff) hat daher gute Gründe, wenn es das Stimmverbot des § 114 Abs. 5 AktG nur auf Fälle ausdehnte, in denen von Rechts wegen entscheidender Einfluß ausgeübt und Identität zwischen dem Aufsichtsratsmitglied und demje-

nigen Aktionär, um dessen Stimmrecht es geht, angenommen werden kann. Für den rechtlichen Einfluß bleibt es sich gleich, ob er vom Aufsichtsratsmitglied auf den Aktionär oder umgekehrt vom Aktionär auf den Aufsichtsrat ausgeübt wird. Damit ist aber zugleich die Grenze für die Ausdehnung des § 114 Abs. 5 AktG gezogen: Ein bloß faktischer Einfluß genügt nicht. Zutreffend weist das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang noch darauf hin, daß die tatsächlichen Verhältnisse stark genug sind, um den entsendungsberechtigten Aktionär bei der Erteilung von Weisungen und den Entsandten bei der Beachtung von Weisungen zur Zurückhaltung zu veranlassen. Der Entsendungsberechtigte kann nicht gut von einem von ihm entsandten Aufsichtsratsmitglied ein gesellschaftswidriges Verhalten verlangen, und der Entsandte macht sich durch gesellschaftswidriges Verhalten persönlich schadensersatzpflichtig (§§ 99, 84 AktG) und strafbar (§ 294 AktG).

3. Die Revision meint, die Freie und Hansestadt H[REDACTED] habe bei der Entlastung des Aufsichtsrats jedenfalls deshalb nicht mitstimmen dürfen, weil sie als entsendungsberechtigte Aktionärin neben den von ihr in den Aufsichtsrat entsandten Personen für deren schuldhaftes Obliegenheitsverletzungen hafte. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Stimmverbot des § 114 Abs. 5 Satz 1 AktG auf den Aktionär ausgedehnt werden kann, der für eine Pflichtverletzung des Aufsichtsrats mithaftet. Jedenfalls fehlen die Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme der Beklagten.

a) Der Entsendende steht zur aufnehmenden Gesellschaft

in keinem Vertragsverhältnis (Möhring, SozPrax 38, 546; Schlegelberger/Quassowski § 88 Anm. 28; Baumbach/Hueck, AktG § 88 Anm. 5 C). Darum ist § 278 BGB unanwendbar.

b) Auch § 831 BGB trifft nicht zu. Entsandte Aufsichtsratsmitglieder werden allerdings nicht von der Hauptversammlung gewählt, sondern vom Entsendungsberechtigten bestellt. Dieser von Weipert (Großkomm AktG 1. Aufl. § 84 Anm. 6) hervorgekehrte Umstand reicht aber zur Anwendung des § 831 BGB nicht aus, da es an der von dieser Vorschrift vorausgesetzten Weisungsabhängigkeit fehlt (v. Godin/Wilhelmi, AktG § 84 Anm. 31; Schilling in Großkomm AktG, 2. Aufl. § 84 Anm. 7). Deshalb entfällt auch die von Schilling (aaO) befürwortete entsprechende Anwendung des § 831 BGB.

c) Ebensowenig kommt § 31 BGB in Betracht. Das gilt auch dann, wenn das von einer juristischen Person entsandte Aufsichtsratsmitglied zugleich Mitglied des Vorstands dieser Korporation ist oder zu ihren sonstigen verfassungsmäßigen Vertretern gehört. Denn es fehlt an der weiteren Voraussetzung dieser Bestimmung, daß die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung "in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung" begangen ist. Zwar kann eine Verrichtung gleichzeitig Organhandlung für zwei Rechtspersonen sein (BGHZ 4, 253, 262 ff). Hierzu gehört aber, daß für beide Korporationen gehandelt wird. Die von einer juristischen Person in den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft entsandten Personen dürfen bei der Wahrnehmung ihrer Verpflichtungen als Aufsichtsratsmitglieder der aufnehmenden Gesellschaft nicht in ihrer Doppelseigenschaft als Organvertreter der Entsendungskörperschaft tätig werden. Solche Aufsichtsratsmitglieder haben zwar die

Belange des Entsendungsberechtigten zu wahren, aber sie dürfen diesen Belangen nicht den Vorrang vor den Belangen derjenigen Aktiengesellschaft geben, in deren Aufsichtsrat sie entsandt sind. Verletzt eine in den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft entsandte Person, die zugleich Organmitglied der entsendenden Körperschaft ist, ihre Verpflichtungen als Aufsichtsratsmitglied dadurch, daß sie den Interessen der Entsendungskörperschaft den Vorzug gibt, so bleibt diese Pflichtverletzung eine Handlung als Aufsichtsratsmitglied und ist, auch nicht zugleich, eine Handlung in Ausführung der ihr bei der Entsendungskörperschaft zustehenden Verrichtung. Denn im Aufsichtsrat der aufzunehmenden Gesellschaft kann diese Person nur in ihrer Eigenschaft als Organmitglied dieser Gesellschaft und nicht als Organmitglied der Entsendungskörperschaft tätig werden. Einer solchen Person können nur in ihrer Eigenschaft als Aufsichtsratsmitglied Verpflichtungen obliegen, und sie kann nur solche Pflichten verletzen.

Mestmäcker (Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, S. 259 ff, 263) vertritt den Standpunkt, das in § 31 BGB zum Ausdruck gekommene Haftungsprinzip gebiete es, die juristische Person in gleicher Weise haften zu lassen wie eine natürliche Person. Natürliche Personen, die in der Verwaltung einer Aktiengesellschaft ihre eigenen Interessen den Belangen der Gesellschaft voranstellten, hafteten auf Schadensersatz. Dementsprechend müsse eine juristische Person haften, die Einfluß auf die Verwaltung einer anderen juristischen Person habe und dabei ihre eigenen Interessen denen der anderen Rechtsperson vorgehen lasse. Für die Aus-

übung des Stimmrechts aus Aktien, die einer juristischen Person gehören, werde nicht bezweifelt, daß es sich um Verrichtungen der Organe dieser juristischen Person handle. In der gleichen Weise, in der die juristische Person durch ihre Organe in der Hauptversammlung einer anderen Aktiengesellschaft handle, nehme sie die Verwaltungsfunktionen in dieser Gesellschaft wahr. In der Verwaltung der aufzunehmenden Gesellschaft geschehe nichts und unterbleibe nichts, was nicht genau so geschehen würde, wenn die juristische Person als solche in der Verwaltung tätig wäre. Haftung und Einfluß dürften nicht auseinanderfallen.

Die Revision macht sich diesen Standpunkt zu eigen und greift auf die Behauptungen der Kläger zurück, die von der Freien und Hansestadt Hamburg in den Aufsichtsrat der Beklagten entsandten Personen hätten die Tarifierhöhung aus politischen Gründen verzögert. Dadurch sei der Einfluß der Stadt auf den Aufsichtsrat wirksam geworden, und deshalb müsse die Stadt den - übrigens recht hohen - Schaden, der der Beklagten durch die Verzögerung der Tarifierhöhung erwachsen sei, neben den dafür verantwortlichen Aufsichtsratsmitgliedern mittragen. Mindestens aus diesem Grunde habe sie an der Abstimmung über die Entlastung des Aufsichtsrats nicht teilnehmen dürfen.

Die Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern durch eine juristische Person kann der Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung durch eine juristische Person nicht gleich gestellt werden. Eine juristische Person kann zwar Mitglied einer Aktiengesellschaft, nach § 86 Abs. 2 AktG aber nicht Aufsichtsratsmitglied sein. Während sich

ein Aktionär in der Hauptversammlung vertreten lassen kann, ist dies einem Aufsichtsratsmitglied nicht möglich. Der Aktionär übt in der Hauptversammlung den ganzen Einfluß aus, den jede Aktie gibt. Ein entsendungsberechtigter Aktionär erschöpft sein Recht durch Bestellung und Abberufung, darüber hinaus hat er rechtlich keine Einwirkungsmöglichkeit, er kann nur tatsächlich Einfluß nehmen. Diese Unterschiede können nicht außer acht gelassen werden. Ob eine Ausnahme gemacht werden könnte, wenn durchweg Organe einer juristischen Person in der Verwaltung einer Aktiengesellschaft tätig sind, braucht nicht entschieden zu werden. Denn hier liegt nicht mehr vor, als daß zwei Mitglieder des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg und ein Leitender Regierungsdirektor der Stadt im Aufsichtsrat der Beklagten sitzen. Über diese drei Aufsichtsratsmitglieder hat die Stadt aber keinen bestimmenden, beherrschenden Einfluß auf die Verwaltung der Beklagten.

d) Bei der Einführung des Entsendungsrechts ist zwar eine Haftung des Entsendungsberechtigten für Pflichtverletzungen des Entsandten erwogen, aber abgelehnt worden (s. Schlegelberger/Quassowski § 88 Anm. 28).

e) Das Aktiengesetz zieht mehrfach Personen, für deren Rechnung ein Dritter handelt, zur Haftung neben dem Handelnden heran (§ 39 Abs. 5, § 46). Dabei geht es aber um die Sicherung der Kapitalgrundlage und nicht um einen allgemeinen Rechtsgedanken, der auf die Haftung aus der Geschäftsführung übertragen werden könnte (Weipert aaO § 84 Anm. 6; Schilling aaO Anm. 7).

f) Es kann höchstens eine Haftung aus § 101 AktG (Baumbach/Hueck, AktG § 88 Anm. 5 C) oder aus § 826 BGB (Weipert und Schilling aaO) Platz greifen. Dem entspricht es, wenn der Senat in seinem Urteil vom 14.12.1959 - II ZR 187/57 - BGHZ 31, 258, 278/79 - den Standpunkt vertreten hat, daß die Gesellschafter einer GmbH durch Weisungen an die Geschäftsführer nur unter den Voraussetzungen des § 826 BGB schadensersatzpflichtig werden können.

Die Kläger haben der Stadt nicht vorgeworfen, für sich oder einen anderen gesellschaftsfremde Sondervorteile verfolgt zu haben. Ausweislich des Protokolls vom 4. November 1960 (Bl. 114/15 d.A.; ebenso BU S. 23) haben sie vielmehr erklärt, sich für die Anfechtung der beiden mit der Klage angegriffenen Hauptversammlungsbeschlüsse nicht auf § 197 Abs. 2 AktG stützen zu wollen, und erst recht haben sie nicht behauptet, daß die Voraussetzungen des § 826 BGB gegeben seien.

III.

- Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob der Antrag auf getrennte Abstimmung über die Entlastung der gewählten, der entsandten und der nach dem Betriebsverfassungsgesetz gewählten Aufsichtsratsmitglieder zulässig war und ob zur Abstimmung des Gesamtaufichtsrats geschritten werden durfte, ohne darüber Beschluß fassen zu lassen, wie zu verfahren sei. Es nimmt an, daß der Entlastungsbeschluß nicht auf dem gewählten Abstimmungsmodus beruhe. Mit Sicherheit lasse sich sagen, daß die Freie und Hansestadt Hamburg gegen den Antrag gestimmt hätte, über die Entlastung des

Aufsichtsrats gruppenweise zu beschließen. Aber selbst wenn es zur Abstimmung über die Entlastung nach Gruppen gekommen wäre, würde es zur Entlastung des gesamten Aufsichtsrats gekommen sein, nur daß dann statt eines Beschlusses drei Beschlüsse notwendig geworden wären.

Das ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Nach alledem ist die Anfechtung des Entlastungsbeschlusses unbegründet.

B.

Sonderprüferbeschuß

Dasselbe gilt nicht durchweg von der Anfechtung des Beschlusses, durch den die Bestellung eines Sonderprüfers abgelehnt worden ist.

1. Die Freie und Hansestadt H. war durch § 118 AktG nicht gehindert, über den Antrag auf Bestellung eines Sonderprüfers mit abzustimmen.

§ 118 Abs. 1 Satz 2 AktG trifft unmittelbar nicht zu, da die Freie und Hansestadt H. kein Aktionär ist, der zugleich Mitglied des Aufsichtsrats ist. Eine Ausdehnung dieser Vorschrift kommt nur unter den gleichen Voraussetzungen in Frage, die eine ausdehnende Anwendung des § 114 Abs. 5 AktG rechtfertigen. Insoweit und dafür, daß diese Ausnahme nach den hier gegebenen Umständen nicht vorliegt, kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

Soweit die Revision aber darauf abzielt, der Freien und Hansestadt H[REDACTED] den Vorwurf zu machen, daß sie gesellschaftsfremde Sondervorteile für sich oder andere angestrebt habe, setzt sie sich in Widerspruch zu der Erklärung der Kläger vom 4. November 1960, die Anfechtung nicht auf § 197 Abs. 2 AktG stützen zu wollen.

Die Revision macht noch geltend, die Frage, die dem Sonderprüfer nach dem Antrag der Kläger vorgelegt werden sollte, hätte die Interessen der Freien und Hansestadt H[REDACTED] in hohem Maße berührt. Die Stadt habe schon deshalb nicht mitstimmen dürfen, da ihr das Stimmrecht nur um der Gesellschaft und nicht um ihrer eigenen Interessen willen zustehe. Aber das sind keine Gesichtspunkte, die das Aktiengesetz für einen Stimmrechtsausschluß für wesentlich hält.

Des weiteren wirft die Revision der Freien und Hansestadt H[REDACTED] einen Machtmißbrauch in Gestalt der sittenwidrigen Ausübung der gesellschaftlichen Mitwirkungsbefugnisse vor. Sie meint, ein solcher Fall liege vor, wenn ein Mehrheitsaktionär seine Stimmenmacht ohne Rücksicht auf das Wohl der Gesellschaft ausnutze und auf Kosten der Minderheit eigensüchtige Zwecke verfolge. Hierfür beruft sie sich auf Küster (Inhalt und Grenzen der Rechte der Gesellschafter, insbesondere des Stimmrechts, im Deutschen Gesellschaftsrecht, S. 66 ff) und RGZ 113, 188, 193. Sie behauptet, so liege es hier: Die Stadt habe das Wohl der Gesellschaft nicht berücksichtigt, weil sie eine Sonderprüfung und damit eine Untersuchung im gesellschaftsrechtlichen Rahmen verhindert habe. Sie habe ihr peinliche Tatbestände nicht an die Öffentlichkeit gelangen lassen wollen und daher eigensüchtige Zwecke verfolgt.

Diese Ausführungen decken sich mit dem, was die Kläger zu der von ihnen angenommenen Verletzung des Stimmverbots des § 118 AktG vorgetragen haben. Auf sie braucht daher nicht weiter eingegangen zu werden.

2. Dagegen ist die Stellungnahme des Berufungsgerichts zu § 23 Abs. 3 der Satzung der Beklagten rechtlich nicht einwandfrei.

Nach dieser Bestimmung ist für einen Beschluß der Hauptversammlung, der auf eine Änderung der an die Freie und Hansestadt Hamburg zu zahlenden Abgaben zielt, eine in gesonderter Abstimmung sich ergebende Mehrheit der in der Hauptversammlung vertretenen nicht im städteigenen Besitz befindlichen Aktien erforderlich. Das Berufungsgericht legt die Bestimmung dahin aus, daß sie nicht Beschlüsse betrifft, die eine Entscheidung der Hauptversammlung erst vorbereiten sollen, sondern nur solche Beschlüsse, die das Vorgehen der Gesellschaft gegenüber der Stadt festlegen. Als einen Beschluß der ersten Art sieht es die Einsetzung eines Sonderprüfers an, während es für eine Entscheidung der zweiten Art die Beschlußfassung darüber hält, ob gegenüber der Stadt als dem Partner des Vertrages über die Abgabe eine Vertragsänderung verlangt werden kann. Diese Auslegung ist der Nachprüfung durch das Revisionsgericht unbeschränkt zugänglich. Die Satzung einer Aktiengesellschaft unterliegt der freien Nachprüfung durch das Revisionsgericht insoweit, als sie körperschaftsrechtliche Fragen regelt (vgl. BGHZ 14, 25, 36/37; BGH WM 1955, 65). Um einen solchen Fall geht es hier. § 23 Abs. 3 der Satzung der Beklagten sieht eine gesonderte Abstimmung der nicht im Besitz der Hansestadt befindlichen

Aktien vor. Gestritten wird darüber, ob die Voraussetzungen für diese gesonderte Abstimmung gegeben waren. Dieser Streit betrifft eine körperschaftsrechtliche Regelung, die für einen unbestimmten Personenkreis, nämlich für die Gläubiger und künftigen Gesellschafter, von Bedeutung ist und deshalb nur einheitlich ausgelegt werden kann. Hinzu kommt, daß die nicht der Stadt gehörenden Aktien die Minderheit bilden. Der Streit dreht sich daher zugleich um Voraussetzungen, Umfang und Tragweite eines Rechts der Minderheit. Auch das ist eine körperschaftsrechtliche Frage.

Die Auslegung des Berufungsgerichts kann nicht gebilligt werden. Auszugehen ist davon, daß der Vorstand unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten hat (§ 70 Abs. 1 AktG). Diese Verantwortung kann ihm niemand abnehmen, auch die Satzung nicht. Die Hauptversammlung kann über Fragen der Geschäftsführung nur entscheiden, wenn der Vorstand es verlangt (§ 103 Abs. 2 AktG). Für eine statutarisch vorgesehene gesonderte Abstimmung bestimmter Aktionäre kann nichts anderes gelten. § 23 Abs. 3 der Satzung der Beklagten kann daher nicht anordnen, daß die nicht der Hansestadt gehörenden Aktien darüber zu befinden haben, ob eine Änderung der vertraglich der Freien und Hansestadt Hamburg zustehenden Konzessionsabgaben verlangt werden soll. Die Entscheidung hierüber hat vielmehr der Vorstand der Beklagten unter alleiniger Verantwortung zu treffen. Die Satzung konnte aber einer bestimmten Gruppe von Aktionären das Recht zugestehen, dem Vorstand zu empfehlen, wegen einer Änderung der Abgabe bei der Hansestadt vorstellig zu werden. Wer ein solches Recht hat, muß auch befugt sein, vorbereitende Maßnahmen zur Ausführung dieses Rechts zu treffen, insbesondere zu prüfen,

ob Grund für die erörterte Empfehlung besteht. Deshalb ist § 23 Abs. 3 der Satzung der Beklagten dahin zu verstehen, daß allein die Inhaber der nicht der Hansestadt gehörenden Aktien darüber zu beschließen haben, ob eine Sonderprüfung darüber veranstaltet werden soll, ob es angezeigt erscheint, auf eine Änderung der Höhe der der Stadt geschuldeten Abgaben hinzuwirken.

Der von den Klägern in der Hauptversammlung vom 15. Dezember 1959 gestellte Antrag geht zu weit. Da die Pflicht zur Zahlung bestimmter Abgaben vertraglich festgelegt ist, kann einem Sonderprüfer nicht aufgegeben werden, zu prüfen, ob diese Abgaben dem Grunde nach berechtigt sind. Einem Sonderprüfer kann auch nicht die Aufgabe gestellt werden, zu prüfen, ob die Abgaben berechtigt sind, denn das würde auf den Versuch hinauslaufen, die Hansestadt mit Hilfe der Beurteilung des Sonderprüfers gegebenenfalls bloßzustellen und so einen Druck auf ihre Entschließung auszuüben. Der Antrag der Kläger, durch einen Sonderprüfer feststellen zu lassen, ob die Konzessionsabgabe dem Grunde und der Höhe nach berechtigt ist, enthält aber den Antrag, einen Sonderprüfer zu dem Zweck zu bestellen, zu prüfen, ob es angezeigt erscheint, auf eine Änderung der Höhe der Konzessionsabgabe hinzuwirken. Über diesen Antragsinhalt hätte eine gesonderte Abstimmung der der Hansestadt nicht gehörenden Aktien vorgenommen werden müssen. Da dies nicht geschehen ist, war der Anfechtungsklage

insoweit stattzugeben.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 97, 91,
92 ZPO.

Dr.Nastelski Dr.Fischer Dr.Kuhn Liesecke Dr.Reinicke