

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

1. AktG § 246; ZPO §§ 261 b Abs. 3, 295

Die Ausschlußfrist des § 246 Abs. 1 AktG wird durch die am letzten Tag der Frist eingereichte und ordnungsmäßig gefaßte, aber nur dem Vorstand und nicht dem Aufsichtsrat zugestellte Anfechtungsklage eines Aktionärs gewahrt, wenn der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten in Vertretung von Vorstand und Aufsichtsrat in der ersten mündlichen Verhandlung rügelos zur Sache verhandelt und die Zustellung, wäre sie in diesem Zeitpunkt vorgenommen worden, noch als "demnächst erfolgt" anzusehen wäre.

2. AktG §§ 243, 291, 320; GG Art. 3, 14

- a) Ein Eingliederungsbeschluß ist nicht schon deshalb anfechtbar, weil die zukünftige Hauptgesellschaft ihr mit der Tagesordnung bekanntgemachtes Abfindungsangebot in der Hauptversammlung mit Rücksicht auf eine bevorstehende Kapitalerhöhung dahin ergänzt hat, daß die ausscheidenden Aktionäre in demselben Verhältnis, in dem ihnen eine Abfindung in Aktien angeboten worden ist, zusätzlich eine nach dem durchschnittlichen Börsenkurs des Bezugsrechts zu bemessende Barabfindung erhalten sollen.
- b) Der Mehrheitsaktionär kann die Eingliederung ohne Rücksicht auf etwaige Rechte der Minderheit aus einem Beherrschungsvertrag betreiben.
- c) Zur Verfassungsmäßigkeit des § 320 AktG.

BGH, Urt. v. 27. Mai 1974 - II ZR 109/72 - OLG Celle
LG Lüneburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 109/72

URTEIL

Verkündet am

27. Mai 1974

W e r n e r ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

- Streitgenössische Streithelfer des Klägers:

1.

Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr.

2. a)

b)

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz:

gegen

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte:

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 27. Mai 1974 durch
den Vorsitzenden Richter Stempel und die Richter Fleck,
Dr. Bauer, Dr. Tidow und Bundschuh

für Recht erkannt:

Die Revisionen gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 28. Juni 1972 werden mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß von den Kosten der Berufungsinstanz der Kläger K. 4/10 und sein Streithelfer P. 2/10 tragen.

Die Kosten der Revisionsinstanz werden zu 2/3 dem Kläger K. und zu 1/3 dem Streithelfer P. auferlegt.

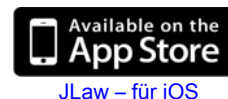
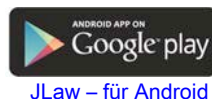
Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger und seine Streithelfer sind Minderheitsaktionäre der beklagten W. AG. Am 6. November 1968 schlossen die Beklagte und die B. A. & S.-Fabrik AG (BASF), ihre Mehrheitsaktionärin, einen Beherrschungsvertrag ab, der unter anderem den außenstehenden Aktionären der Beklagten für jede W.-Aktie als Gewinnanteil die Zahlung von jeweils 9/10 des Betrages garantiert, der für das gleiche Geschäftsjahr auf eine B.-Aktie ausgeschüttet wird. Ferner verpflichtete sich die B., auf Verlangen eines außenstehenden Aktionärs der Beklagten dessen W.-Aktien im Verhältnis 10 : 9 gegen B.-Aktien umzutauschen. Ein Verfahren zur Bestimmung der angemessenen Abfindung nach § 305 Abs. 5 Satz 2, § 306 AktG ist noch anhängig.



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



Seit Abschluß des Beherrschungsvertrages machte eine Anzahl von Aktionären der Beklagten von der Möglichkeit des Aktienumtauschs Gebrauch. Hierdurch und durch den Zukauf weiterer Aktien erhöhte sich die Beteiligung der B. am Grundkapital der Beklagten auf über 95 %. Daraufhin beschloß die B., die Eingliederung der Beklagten zu betreiben. Am 7. Oktober 1970 berief der Vorstand der Beklagten auf den 16. November 1970 die Hauptversammlung zur Beschlußfassung über die Eingliederung der Beklagten in die B. ein. Die B. machte ein mit der Tagesordnung bekanntgegebenes Abfindungsangebot. Darin verpflichtete sie sich nach § 320 Abs. 5 AktG, den aufgrund der Eingliederung ausscheidenden Aktionären der Beklagten "als Abfindung Aktien der B. zu gewähren, und zwar dergestalt, daß auf 10 Aktien der W. AG jeweils 9 Aktien der B. in gleichem Nennwert zu gewähren sind, wobei Spitzenbeträge durch bare Zuzahlungen ausgeglichen werden. Für die Berechnung dieser Spitzenbeträge wird für eine B.-Aktie im Nennbetrag von 50 DM der Kassa-Kurs des Tages an der Frankfurter Börse zugrunde gelegt, der dem Tag der Einreichung der W.-Aktie(n) zum Umtausch vorangeht". Die B. versprach ferner für den Fall, daß in einem gerichtlichen Verfahren nach den §§ 305, 306, 320 AktG ein für die W.-Aktionäre günstigeres Umtauschverhältnis als 10 : 9 bestimmt werden sollte, dieses Verhältnis auch der Abfindung der durch die Eingliederung ausgeschiedenen Aktionäre zugrunde zu legen und eine sich hiernach ergebende Differenz auszugleichen.

Zu Beginn der Hauptversammlung vom 16. November 1970 wurde den Aktionären der Beklagten mitgeteilt, daß die B. mit Rücksicht auf eine Kapitalerhöhung, die in deren Hauptversammlung am folgenden Tag zur Beschlußfassung anstand, ihr Abfindungsangebot inzwischen freiwillig wie folgt ergänzt hatte:

"Sie gewährt den durch die Eingliederung aus-
scheidenden W [REDACTED]-Aktionären zusätzlich
zu der Abfindung in Aktien eine Barabfindung,
und zwar pro Stück W [REDACTED]-Aktie 9/10 des
durchschnittlichen Wertes des sich aufgrund
der Kapitalerhöhung der B [REDACTED] ergebenden
Bezugsrechts an den Handelstagen an der
Frankfurter Wertpapierbörse. In den wenigen
Fällen, in denen diese Barabfindung in B [REDACTED]-
Aktien darstellbar ist, ist sie bereit, anstelle
dieser Barabfindung B [REDACTED]-Aktien zu gewähren;
dabei wird der Umrechnung der durchschnittliche
Kurs der B [REDACTED]-Aktie an den Handelstagen an der
Frankfurter Wertpapierbörse zugrunde gelegt."

Nach der Aussprache beschloß die Hauptversammlung mit
3.434.148 Stimmen (= 97,6 % des Grundkapitals) gegen
3.352 Stimmen (= 0,095 %) bei Enthaltung von 898 Stimmen
die Eingliederung. Gegen den Beschluß erklärten der
Kläger und einige andere Aktionäre Widerspruch zur Nieder-
schrift.

Der Kläger hält den Eingliederungsbeschluß aus einer
Reihe von Gründen für gesetzwidrig. Er hat ihn mit seiner
am 16. Dezember 1970 bei Gericht eingegangenen Klage ange-
fochten und beantragt, ihn für nichtig zu erklären. Die
ihm in der Berufungsinstanz beigetretenen Streithelfer
haben sein Vorbringen unterstützt und weitere Anfechtungs-
gründe geltend gemacht.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit
den Revisionen, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt,
verfolgen der Kläger und sein Streithelfer P [REDACTED] weiter-
hin die Anfechtung des Eingliederungsbeschlusses.

Entscheidungsgründe:

I. Nach § 246 Abs. 1 und 2 AktG muß ein Aktionär die Klage, mit der er einen Beschluß der Hauptversammlung anfechtet, innerhalb eines Monats nach der Beschlußfassung erheben, und zwar gegen die Gesellschaft, vertreten durch Vorstand und Aufsichtsrat. Zutreffend weist die Beklagte mit ihrer Revisionserwiderung darauf hin, daß es zu einer diesen Vorschriften entsprechenden Klageerhebung durch Zustellung (§ 253 ZPO) nicht gekommen ist, soweit es sich um den allein noch am Verfahren beteiligten Kläger Krages handelt. Denn dessen Klageschrift ist zwar am 16. Dezember 1970, also noch innerhalb der Ausschlußfrist des § 246 Abs. 1 AktG, beim Landgericht eingegangen; in ihr sind zutreffend der Vorstand und der Aufsichtsrat als Vertreter der Beklagten bezeichnet und die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder mit Namen und Anschrift angegeben. Sie wurde aber, soweit aus den Akten ersichtlich ist, nur dem Vorstand im Geschäftslokal der Beklagten am 7. Januar 1971 zugestellt und nicht auch mindestens einem Mitglied des Aufsichtsrats, wie es für eine wirksame Klageerhebung nach den §§ 253, 171 ZPO notwendig gewesen wäre (BGHZ 32, 114, 119).

Dieser Mangel ist jedoch nach § 295 ZPO dadurch geheilt worden, daß der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten im ersten Termin vor dem Landgericht am 8. Juni 1971 rügelos zur Sache verhandelt hat. In diesem Termin stand zugleich die Anfechtungsklage des früheren Klägers zu 2, Dr. H. [REDACTED], zur Verhandlung an. Sie war ebenfalls am 16. Dezember 1970 bei Gericht eingegangen, aber im Gegensatz zu der vom jetzigen Revisionskläger eingereichten Klage nicht nur dem Vorstand, sondern am 14. Januar 1971 auch dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats der Beklagten

zugestellt worden. Infolgedessen vertrat der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 8. Juni 1971 nach Verbindung der beiden Sachen gemäß § 246 Abs. 3 Satz 3 AktG sowohl den Vorstand als auch den Aufsichtsrat (gerade hierdurch unterscheidet sich der vorliegende Fall von dem Sachverhalt, der dem Urteil des Senats vom 3. 12. 1973 - II ZR 85/70, NJW 1974, 278 zugrunde lag). In dieser Eigenschaft hat er verhandelt, ohne gegenüber dem Kläger Krages zu rügen, daß dessen Klage dem Aufsichtsrat der Beklagten noch nicht zugestellt worden war.

Hierin liegt ein gemäß § 295 ZPO wirksamer und unwiderruflicher Verzicht auf eine ordnungsmäßige Zustellung. Wie der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hinsichtlich der Klagefristen des § 35 Abs. 1 EheG und des § 1594 BGB entschieden hat, sind diese Fristen nach § 295 Abs. 1 ZPO als gewahrt zu betrachten, wenn die Klage vor ihrem Ablauf eingereicht, aber nicht zugestellt worden ist, sofern der Gegner in der ersten mündlichen Verhandlung den Zustellungsmangel nicht gerügt hat und die Zustellung, wäre sie in diesem Zeitpunkt vorgenommen worden, noch als "demnächst erfolgt" im Sinne des § 261 b Abs. 3 ZPO anzusehen wäre; hierbei kommt es auf den Verzichtswillen des Beklagten nicht an (BGHZ 25, 66, 70 ff; Urt. v. 24. 5. 72 - IV ZR 65/71, NJW 1972, 1373). Das gleiche gilt nach Ansicht des Senats für die Anfechtungsfrist des § 246 Abs. 1 AktG (ebenso v. Gleichenstein, Die AG 1969, 305, 307 f; Schilling in Großkomm. AktG 3. Aufl. § 246 Anm. 11). Auch bei ihr handelt es sich zwar um eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist, die von Amts wegen zu beachten ist und auf deren Einhaltung nicht verzichtet werden kann. Das schließt aber einen wirksamen Verzicht auf die prozeßrechtlich vorgeschriebene Zustellung der Klage nicht aus (BGHZ 25, 66, 74).

Ist hiernach die vorliegende Streitsache gemäß § 263 Abs. 1 ZPO am 8. Juni 1971 rechtshängig geworden, wie wenn die Klage an diesem Tag zugestellt worden wäre, so kommt es nach § 261 b Abs. 3 ZPO weiter darauf an, ob die so fingierte Zustellung noch als "demnächst erfolgt" anzusehen und deshalb ihre Wirkung auf den Tag des Eingangs der Anfechtungsklage bei Gericht - 16. Dezember 1970 - zurückzubeziehen ist. Das ist der Fall, weil die seit Einreichung der Klage eingetretene Verzögerung von über fünf Monaten nicht auf einer Nachlässigkeit des Klägers, sondern ausschließlich auf Umständen beruhte, auf die er keinen Einfluß hatte und die insbesondere im Geschäftsbereich des zustellenden Gerichts begründet lagen (BGHZ 25, 66, 76 ff; BGH, Urt. v. 25. 2. 71 - VII ZR 181/69, LM ZPO § 693 Nr. 4 m. w. N.).

II. In der Sache selbst hält das Berufungsgericht die vom Kläger und seinen Streithelfern geltend gemachten Anfechtungsgründe nicht für durchgreifend (vgl. den Urteilsabdr. in Die AG 1972, 283). Dem ist zuzustimmen.

1. Die Anfechtung ist zunächst darauf gestützt, das zusätzliche Abfindungsangebot der B... für den Fall der beabsichtigten Kapitalerhöhung sei nicht ordnungsgemäß nach § 320 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AktG schon mit der Tagesordnung bekanntgemacht worden. Dazu meint das Berufungsgericht, dieses Zusatzangebot habe das alte Angebot als Grundlage für den Eingliederungsbeschluß unberührt gelassen. Da sich die Angemessenheit der Abfindung nach den wirtschaftlichen Verhältnissen im Zeitpunkt des Eingliederungsbeschlusses richte, habe ihre Bewertung das am 16. November 1970 noch in der Zukunft liegende Ereignis der Kapitalerhöhung nicht umfaßt. Das Zusatzangebot habe lediglich einer Benachteiligung der ausscheidenden Aktionäre durch

dieses künftige Ereignis vorbeugen und damit vorweg einer zu erwartenden wesentlichen Änderung der Vertragsgrundlage Rechnung tragen sollen. Die Aktionäre der einzugliedernden Gesellschaft könnten nach § 320 Abs. 4 und Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit § 319 Abs. 4 AktG über ihre Rechte in der Hauptgesellschaft aufgrund des Aktienangebots erst nach Eintragung der Eingliederung in das Handelsregister, also unter Umständen - bei Anfechtung des Beschlusses (vgl. § 319 Abs. 3 Satz 2 AktG) - erst nach Jahren verfügen; in der Zwischenzeit seien sie von der Teilnahme an einer Kapitalerhöhung durch Ausübung von Bezugsrechten ausgeschlossen. Ob die Hauptgesellschaft verpflichtet sei, diese Lücke durch eine nachträgliche Anpassung ihres Angebots zu schließen, oder ob dies zu den Aufgaben des im Verfahren nach § 320 Abs. 6 Satz 2, § 306 AktG mit der Abfindung befaßten Gerichts gehöre, sei nicht zu entscheiden. Die Hauptgesellschaft sei jedenfalls zu einer solchen Anpassung berechtigt und nicht gehindert, sie gegebenenfalls schon in der Hauptversammlung vor dem Beschluß über die Eingliederung zu versprechen, ohne daß hierdurch ihr ursprüngliches Angebot geändert werde.

Diese Ausführungen (denen Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht 1973 S. 12 zustimmen) halten jedenfalls im Ergebnis den Revisionsangriffen stand.

Das nach § 320 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AktG bekanntzumachende Abfindungsangebot der künftigen Hauptgesellschaft ist nicht, wie die Revision unter Hinweis auf den anders liegenden Fall des § 295 AktG meint, Gegenstand des Eingliederungsbeschlusses, sondern nur eine gesetzliche Voraussetzung für die Beschlußfassung, deren Fehlen, Mangelhaftigkeit oder nicht ordnungsmäßige Bekanntgabe die Anfechtbarkeit des Beschlusses selbst begründen kann

(vgl. § 124 Abs. 4, § 243 Abs. 1, § 320 Abs. 6 Satz 3 AktG). Seine eigentliche Bedeutung liegt nicht darin, den Minderheitsaktionären eine Grundlage für die Entscheidung zu geben, ob sie für oder gegen die Eingliederung stimmen sollen. Da es nämlich für die Eingliederung notwendig, aber auch ausreichend ist, daß sich 95 % des Grundkapitals in der Hand der zukünftigen Hauptgesellschaft befinden (§ 320 Abs. 1 AktG), kommt es auf die Stimmen der Minderheit insoweit überhaupt nicht an. Die ordnungsmäßige Ankündigung des Abfindungsangebots soll vielmehr den ausscheidenden Aktionären möglichst frühzeitig eine Entscheidung ermöglichen, ob sie gemäß § 320 Abs. 6 Satz 2, § 306 AktG die Angemessenheit der angebotenen Abfindung gerichtlich überprüfen lassen wollen (Begr. zu § 309 Reg.Entw., abgedr. bei Kropff, AktG 1965 S. 424). Dazu erhalten sie durch die Bekanntgabe schon mit der Tagesordnung Gelegenheit, Fragen vorzubereiten, die sie oder ihre Vertreter in der Hauptversammlung über alle im Zusammenhang mit der Eingliederung wesentlichen Angelegenheiten und damit vor allem über solche Tatsachen stellen können, die für die Beurteilung des Abfindungsangebots bedeutsam sind (§ 320 Abs. 3 AktG).

Unter diesem Gesichtspunkt kann für die Minderheit auch die rechtzeitige Kenntnis von einem Zusatzangebot erheblich sein, das die künftige Hauptgesellschaft mit Rücksicht auf eine bevorstehende Kapitalerhöhung abgibt. Zwar kann sich das Abfindungsangebot im allgemeinen nur nach der wirtschaftlichen Lage im Zeitpunkt des Eingliederungsbeschlusses richten. Das schließt aber nicht aus, daß hierbei solche bevorstehenden Ereignisse mitzuberechnen sind, die bei der Beschlußfassung bereits vorauszusehen und deshalb geeignet sind, den Wert der angebotenen Abfindung für die ausscheidenden Aktionäre

schon jetzt zu beeinflussen. So wird ein Minderheitsaktionär, der damit rechnen muß, daß die als Abfindung angebotenen Aktien bis zur Abgabe an ihn infolge einer zwischenzeitlich durchgeführten Kapitalerhöhung in ihrem Wert gemindert sein werden, ohne daß ihm ein angemessener Ausgleich hierfür geboten wird, das Angebot mit Recht als unangemessen betrachten und darum geneigt sein, das gerichtliche Verfahren nach § 320 Abs. 6 Satz 2, § 306 AktG zu beantragen. Von einem solchen Entschluß kann ihn aber ein (gegebenenfalls bedingtes) Zusatzangebot abbringen, das die erwartete Kapitalerhöhung in die zugesagte Abfindung einbezieht. Das spricht dafür, dieses und das ursprüngliche Angebot mit der Revision und entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts als Einheit zu betrachten.

Dies rechtfertigt es aber noch nicht, mit der Revision den Eingliederungsbeschluß in allen Fällen als gesetzwidrig anzusehen, in denen ein zusätzliches Angebot für den Fall der künftigen Kapitalerhöhung erst in der Hauptversammlung und nicht schon bei der Einberufung mitgeteilt wird. Eine solche Folgerung mag, vom Zweck des § 320 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AktG her gesehen, dort angebracht sein, wo die in der Hauptversammlung bekanntgegebene Erklärung der zukünftigen Hauptgesellschaft das bislang vorliegende Angebot so verändert, daß die Minderheitsaktionäre vor einem neuen Sachverhalt stehen. Denn auf eine so veränderte Lage muß sich die Minderheit beizeiten einstellen können. Dagegen besteht kein Bedürfnis, die Bekanntgabe eines zusätzlichen Angebots gleichzeitig mit der Tagesordnung auch dann zu den unabdingbaren Voraussetzungen für die Gesetzmäßigkeit des Eingliederungsbeschlusses zu rechnen, wenn es um nichts weiter als um die notwendige Ergänzung des vorliegenden Angebots im Hinblick auf eine erwartete Kapitalerhöhung zu Bedingungen

geht, die sich aus dem Inhalt des bisherigen Angebots und dem Kapitalerhöhungsplan von selbst ergeben. Denn mit der Möglichkeit einer solchen Ergänzung, mit der lediglich die Lücke zwischen dem Eingliederungsbeschluß und seinem Wirksamwerden überbrückt wird, müssen die ausscheidenden Aktionäre im allgemeinen rechnen, wenn bei der künftigen Hauptgesellschaft eine Kapitalerhöhung in Aussicht steht.

Ein solcher Sachverhalt ist hier gegeben. Das ergänzende Angebot der B. stellte für den Fall der Kapitalerhöhung die abzufindenden Aktionäre der Beklagten wirtschaftlich so, wie wenn sie die ihnen im Verhältnis 9 : 10 angebotenen B.-Aktien schon mit dem Eingliederungsbeschluß hätten erwerben und auf diese Weise im gleichen Verhältnis an der vorgesehenen Kapitalerhöhung ebenso wie die Altaktionäre der B. hätten beteiligt sein können. Sie erhielten freilich nicht, wie die B.-Aktionäre, ein Bezugsrecht, das sie unmittelbar in die Lage versetzt hätte, auf eine bestimmte Anzahl alter Aktien je eine neue Aktie zu dem hierfür festgesetzten Ausgabepreis zu erwerben, sondern lediglich einen Anspruch auf Barabfindung in Höhe von 9/10 des durchschnittlichen Kurswertes eines solchen Bezugsrechts je W.-Aktie oder ausnahmsweise - bei genügend hoher Abfindungssumme - auf Abgabe von B.-Aktien zum Börsenkurs anstelle der Barabfindung. Das war aber nur eine zwangsläufige Folge davon, daß die ausscheidenden Aktionäre der Beklagten Inhaber der angebotenen B.-Aktien voraussichtlich erst werden konnten, nachdem die Frist für die Ausübung eines Bezugsrechts verstrichen war.

Ohne Erfolg verweist die Revision demgegenüber auf das allgemein gehaltene Vorbringen des Klägers, der Börsenpreis des Bezugsrechts habe nicht annähernd einen Ausgleich für den Wertverlust der B.-Aktien infolge der Kapitalerhöhung dargestellt. Zwar bildet der Börsenkurs keinen

unbedingt zuverlässigen Maßstab für die angemessene Abfindung eines ausscheidenden Gesellschafters (vgl. Urt. d. Sen. v. 30. 3. 67 - II ZR 141/64, LM UmwG Nr. 2). Hier geht es aber nicht um die Angemessenheit des Abfindungsangebots und deshalb auch nicht darum, ob dieses Angebot, wie der Kläger geltend gemacht hat, angesichts der Kapitalerhöhung "noch unrichtiger" geworden ist; die Angemessenheit ist nach § 320 Abs. 6 Satz 1 und 2 AktG allein im Verfahren nach § 306 AktG zu prüfen. Entscheidend ist vielmehr, daß die B. mit ihrem Zusatzangebot, aufbauend auf dem mit der Tagesordnung angekündigten Angebot eines Aktienumtauschs im Verhältnis 10 : 9, in folgerichtiger und damit voraussehbarer Weise lediglich der Tatsache Rechnung getragen hat, daß die abzufindenden Aktionäre der Beklagten nicht mehr unmittelbar in den Genuß der Bezugsrechte aufgrund der bevorstehenden Kapitalerhöhung kommen konnten.

Abgesehen von dem hier ausscheidenden Gesichtspunkt, daß die volle Ausübung eines Bezugsrechts dem Aktionär die Aufrechterhaltung seines bisherigen Beteiligungsverhältnisses mit den damit verbundenen Mitgliedschaftsrechten ermöglicht, soll das Bezugsrecht den Aktionär in wirtschaftlicher Hinsicht dafür entschädigen, daß der Wert seiner bisherigen Beteiligung infolge der kursgünstigen Ausgabe junger Aktien sinkt. Dadurch, daß er entweder das Bezugsrecht verkauft oder davon durch den Erwerb junger Aktien zum (billigen) Ausgabepreis Gebrauch macht, kann der Aktionär den Unterschied zwischen dem früheren und dem neuen Substanzwert der alten Aktien zu seinen Gunsten realisieren (Baumbach/Hueck, AktG 13. Aufl. § 186 Rn. 2, 4). Dabei drückt sich im Börsenkurs des Bezugsrechts im allgemeinen die Wertminderung der alten Aktien infolge der Kapitalerhöhung aus. Infolgedessen bietet

sich dieser Kurs in aller Regel auch als angemessene Entschädigung eines gemäß § 320 AktG ausscheidenden Aktionärs für das ihm entgangene Bezugsrecht an. Das dementsprechende Zusatzangebot der B., das im übrigen lediglich das schon angekündigte Bewertungsverhältnis von 10 : 9 für den angebotenen Aktienumtausch auf das Bezugsrecht mit erstreckte, änderte für die Aktionäre der Beklagten nicht die Grundlage des bisherigen Angebots und erforderte daher zu seiner Beurteilung keine wesentlich neuen Überlegungen oder Fragestellungen, auf die sie sich besonders hätten vorbereiten müssen.

Damit entfällt eine wirksame Anfechtung des Eingliederungsbeschlusses wegen Verletzung des § 320 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AktG.

2. Einen weiteren Anfechtungsgrund hat der Kläger daraus hergeleitet, daß infolge der Eingliederung die Aktionäre der Beklagten gewisse Rechte und Sicherheiten verlieren, die ihnen der Beherrschungsvertrag vom 6. November 1968 unmittelbar oder mittelbar gewährt hat, ohne daß dieser Vertrag ausdrücklich aufgehoben wurde. Nach der zutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts ist dies jedoch nur eine von der Minderheit hinzunehmende Folge der gesetzlichen Regelung, die jederzeit die Eingliederung in eine andere Aktiengesellschaft durch Mehrheitsbeschluß erlaubt, sofern diese 95 % der Anteile in der Hand hat. Das bezweifelt die Revision zu Unrecht.

a) Nach § 295 Abs. 2, § 296 Abs. 2 und § 297 Abs. 2 AktG bedarf es eines Sonderbeschlusses der außenstehenden Aktionäre, wenn ein Unternehmensvertrag, der diesen Aktionären einen Ausgleich gewährt, hinsichtlich dieser Ausgleichsbestimmungen geändert, insgesamt aufgehoben

oder durch die beherrschte Gesellschaft ohne wichtigen Grund gekündigt werden soll. Dabei handelt es sich um vertragliche oder vertraglich vorgesehene Eingriffe in den laufenden Unternehmensvertrag und nicht, wie im Fall des § 320 AktG, um die Ausübung einer gesetzlichen Befugnis, die es dem Mehrheitsaktionär ermöglicht, das bisherige Abhängigkeitsverhältnis durch eine weitergehende Form der Integration des beherrschten in das herrschende Unternehmen abzulösen. An die Stelle eines Sonderbeschlusses der außenstehenden Aktionäre tritt hier zum Schutz der Minderheit kraft Gesetzes das erschwerte Mehrheitserfordernis nach § 320 Abs. 1 AktG. Ein Verzicht auf das beim Erreichen dieser Mehrheit alsbald gegebene Eingliederungsrecht ist dem Beherrschungsvertrag ebensowenig zu entnehmen wie etwa ein Verzicht auf eine Verschmelzung oder auf die Auflösung der herrschenden Gesellschaft, die ebenfalls zum Erlöschen eines Unternehmensvertrags führen (Würdinger, Die AG 1972, 13, 14 sowie in Großkomm. AktG 3. Aufl. § 320 Anm. 3 c).

Da hiernach eine dem Sonderbeschlußrecht der außenstehenden Aktionäre unterliegende Angelegenheit nicht Gegenstand des angefochtenen Beschlusses war, erübrigt es sich, auf die Bedenken der Revision gegen die zusätzliche Erwägung des Berufungsgerichts einzugehen, tatsächlich habe die für einen Sonderbeschluß erforderliche Mehrheit für die Eingliederung gestimmt.

b) Der Beherrschungsvertrag sichert den außenstehenden W [REDACTED]-Aktionären als unmittelbaren Anspruch gegen die B [REDACTED] 9/10 des jeweils auf eine B [REDACTED]-Aktie ausgeschütteten Gewinnanteils zu. Diese (variable) Dividendengarantie wird mit der Eingliederung der Beklagten in die B [REDACTED] gegenstandslos, weil die ausscheidenden Aktionäre der Beklagten alsdann in demselben Verhältnis ohnehin

einen unmittelbaren Gewinnanspruch als Aktionäre der B. haben werden. Auch dies ist lediglich eine vom Willen des Gesetzgebers mitumfaßte zwangsläufige Folge der Eingliederungsbestimmungen, die wirtschaftlich die ausscheidenden Aktionäre jedenfalls dann nicht schlechter als bisher stellt, wenn, wie hier, keine feste Dividendengarantie gemäß § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG gegeben wurde. Ein Verstoß gegen den von der Revision vertretenen Grundsatz, daß die bei der Eingliederung zu gewährenden Aktien keine geringeren Mitgliedschaftsrechte verkörpern dürfen als die auf die Hauptgesellschaft übergehenden Aktien (vgl. Würdinger in Großkomm. AktG § 320 Anm. 14 a), ist nicht ersichtlich.

c) Der Wegfall der Substanzgarantie, der bislang mit dem von der B. gemäß § 302 AktG versprochenen Verlustausgleich (§ 4 des Beherrschungsvertrags) verbunden war, wie auch der vom Berufungsgericht (BU 38/39) im einzelnen erörterten sonstigen Schutzvorschriften (z. B. § 300 Nr. 3, § 301 AktG; vgl. § 324 AktG) rechtfertigt sich, soweit diese Sicherungen mittelbar auch den Minderheitsaktionären zugute kommen, daraus, daß aufgrund der gesetzlichen Regelung nach der Eingliederung alle Aktien der Beklagten im Besitz der B. sein werden und deshalb ein Schutz der Aktionäre nicht mehr erforderlich ist. Die ausscheidenden Aktionäre stehen damit nicht schlechter als etwa die Minderheitsaktionäre einer Gesellschaft, die ohne die Zwischenstufe eines Beherrschungsvertrags in eine andere eingegliedert oder mit dieser verschmolzen wird. Sie bleiben dafür andererseits als künftige Aktionäre der Hauptgesellschaft nicht nur mittelbar an der Vermögenssubstanz der Beklagten beteiligt, sondern werden auch Mitglieder der Hauptgesellschaft mit den dazu gehörigen Vermögens- und Herrschaftsrechten, womit unter Umständen - bei Unterstützung durch andere Aktionäre - ein Zuwachs an Einflußmöglichkeiten verbunden sein kann (vgl. Begr. zu § 309 RegEntw., Kropff aaO S. 424).

3. Der durch § 320 AktG gedeckte Eingriff in die vom Beherrschungsvertrag mit geprägte Rechtsstellung der Minderheitsaktionäre wäre allerdings unzulässig, wenn die gesetzliche Regelung selbst gegen das Grundgesetz, insbesondere gegen dessen Art. 3 oder 14, verstieße. Mit Recht hat das Berufungsgericht diese Frage nach den Grundsätzen beurteilt, die das Bundesverfassungsgericht für den vergleichbaren Fall des § 15 UmwG in seinem Urteil vom 7. August 1962 (BVerfGE 14, 263) aufgestellt hat, und die Verfassungswidrigkeit verneint (vgl. dazu auch Würdinger, Die AG 1972, 14 f und in Großkomm. AktG § 320 Einl.; Emmerich/Sonnenschein aaO S. 53 f).

Wie das Bundesverfassungsgericht in diesem Urteil ausführt (aaO S. 278 ff), ist das in der Aktie verkörperte gesellschaftsrechtliche Eigentum in seinem Bestand gegen Beschlüsse der Mehrheit nicht unbedingt gesichert. So war es schon nach dem vor Inkrafttreten des Grundgesetzes geltenden Recht mit den Möglichkeiten des Erlöschens infolge der Auflösung, der Vermögensübertragung auf die öffentliche Hand oder einen Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit oder, wie hier hinzuzufügen ist, einer Verschmelzung belastet (§§ 203, 233 ff, 253, 254 AktG 1937). Darin kommt zum Ausdruck, daß die Aktie sowohl Vermögens- als auch Mitgliedschaftsrecht ist. Dem Gesetzgeber bleibt es überlassen, bei seinen Entscheidungen stärker auf die eine oder andere Seite abzustellen. Er kann es im Rahmen seines Ermessens auch für angebracht halten, den Interessen der Allgemeinheit an einer freien Entfaltung der unternehmerischen Initiative im Konzern den Vorrang zu geben vor dem Schutz solcher Minderheitsaktionäre, die nach den gegebenen Verhältnissen in der Aktie zwangsläufig mehr eine Kapitalanlage als eine unternehmerische Beteiligung sehen müssen. Voraussetzung hierfür ist

freilich, daß die berechtigten Interessen der zum Ausscheiden gezwungenen Minderheit gewahrt bleiben. Dazu müssen ihr einmal wirksame Rechtsbehelfe gegen einen Mißbrauch der wirtschaftlichen Macht zur Verfügung stehen, zum anderen ist Vorsorge zu treffen, daß sie für den Verlust ihrer Rechtsposition wirtschaftlich voll entschädigt werden (aaO S. 282/283).

Obwohl diese Entscheidung im Schrifttum teilweise auf Kritik gestoßen ist (vgl. Emmerich/Sonnenschein aaO S. 53 m. w. N.), hat der Senat keine Bedenken, ihr jedenfalls für den vorliegenden Fall ebenso zu folgen wie in seinen früheren Urteilen vom 10. 10. 1966 - II ZR 71/64 (zu 3 e letzter Abs.) und vom 30. 3. 1967 - II ZR 141/64 (LM UmwG Nr. 1 und 2). Der Entzug der bisherigen Beteiligung im Wege der Eingliederung setzt nach § 320 Abs. 1 AktG eine noch erheblich größere Mehrheit voraus, als sie nach dem Umwandlungsgesetz in der ursprünglichen Fassung vom 12. November 1956 (BGBl. I 844), die dem Bundesverfassungsgericht vorlag, erforderlich war. Auch erhält der ausscheidende Aktionär nicht nur, wie nach jenem Gesetz, eine Barabfindung - ähnlich einem gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzungsguthaben -, sondern (im Fall des § 320 Abs. 5 Satz 3 AktG wahlweise) wiederum eine aktienrechtliche Beteiligung, die der früheren wirtschaftlich gleichwertig sein muß (§ 320 Abs. 5 Satz 4 AktG; vgl. Würdinger, Die AG 1972, 15 und Großkomm. AktG § 320 Anm. 3 b, 14, § 305 Anm. 11). Dabei konnte der Gesetzgeber davon ausgehen, daß auf diese Weise dem Interesse des abzufindenden Aktionärs jedenfalls im Normalfall besser gedient ist, als wenn er auf eine Barabfindung verwiesen würde, weil dabei immerhin die von ihm gewählte Art der Vermögensanlage gewahrt und er überdies wirtschaftlich am Vermögen der eingegliederten Gesellschaft beteiligt bleibt.

Gewisse Mängel, wie sie bei der Umwandlung dem gerichtlichen Verfahren über die Höhe der Abfindung früher anhafteten (vgl. BVerfG aaO S. 286), sind bei der heute für die Eingliederung geltenden Regelung des § 320 Abs. 6 Satz 2, 3 in Verbindung mit § 306 AktG weitgehend vermieden. Der nach wie vor mit diesem meist zeitraubenden Verfahren verbundene Nachteil, daß die ausscheidenden Aktionäre bis zu seinem Abschluß über die ihnen zustehende Abfindung - oder mindestens den umstrittenen Teil - nicht verfügen können, läßt sich gegebenenfalls, wenn es der Grundsatz der vollen Entschädigung erfordern sollte, im Wege verfassungsgemäßer Rechtsanwendung wirtschaftlich ausgleichen, wobei nicht nur an den Ersatz eines Verzugsschadens (vgl. § 320 Abs. 5 Satz 6 AktG), sondern vielleicht auch an die Anwendung ähnlicher Grundsätze zu denken ist, wie sie die Rechtsprechung zur Enteignungsentschädigung entwickelt hat (vgl. BGHZ 43, 300, 306; 44, 52).

4. Gegenüber den Zweifeln des Klägers an der Angemessenheit der von der B. angebotenen Abfindung und seinem Vorbringen, die B. habe unter Mißbrauch ihres Stimmrechts Sondervorteile zum Schaden der Beklagten und der anderen Aktionäre zu erlangen gesucht (§ 243 Abs. 2 AktG), weist das Berufungsgericht zutreffend auf § 320 Abs. 6 Satz 1 AktG hin, wonach die Anfechtung des Eingliederungsbeschlusses auf diese Gründe nicht gestützt werden kann. Auch diese Regelung ist entgegen der Ansicht der Revision mit dem Grundgesetz unvereinbar.

Hält ein ausscheidender Aktionär das Abfindungsangebot für unangemessen, so steht ihm das gerichtliche Verfahren nach § 320 Abs. 6 Satz 2, § 306 AktG offen. Dieses Verfahren mag die Gerichte vor eine sehr schwierige Aufgabe stellen, die aber, wie das Berufungsgericht zutreffend

angenommen hat und auch die Revision einräumen muß, lösbar sind. Eine Erörterung der Angemessenheit im Anfechtungsprozeß, wie die Revision sie befürwortet, würde die Schwierigkeiten lediglich auf diesen Prozeß verlagern, der den betroffenen Aktionären zudem nicht die gleichen Erleichterungen (Ermittlungen von Amts wegen, grundsätzliche Kostenfreiheit für die Aktionäre) gewährt wie das Verfahren nach § 306 AktG.

Was den Vorwurf des Stimmrechtsmißbrauchs betrifft, so ist davon auszugehen, daß nach § 243 Abs. 2 Satz 2 AktG die damit begründete Anfechtbarkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses allgemein für die benachteiligten Aktionäre entfällt, wenn ihnen der Beschluß einen angemessenen Ausgleich für ihren Schaden gewährt. Wenn somit der Gesetzgeber die Stimmrechtsausübung zur Erlangung von Sonder Vorteilen bei angemessener Entschädigung der anderen Aktionäre nicht als Anfechtungsgrund betrachtet und außerdem die Prüfung der Angemessenheit im Fall der Eingliederung einem besonderen gerichtlichen Verfahren vorbehalten hat, so war es nur folgerichtig, eine auf § 243 Abs. 2 AktG gestützte Anfechtung bei der Eingliederung überhaupt auszuschließen. Da sich hier das Interesse der Minderheitsaktionäre im wesentlichen im Vermögenswert ihrer Beteiligung erschöpft, ist diesem beachtlichen Interesse gegenüber einem Mehrheitsaktionär, der mit Hilfe seines Stimmrechts die Eingliederung der Gesellschaft betreibt, dadurch Genüge getan, daß der Gesetzgeber der Minderheit zur Sicherung einer angemessenen Abfindung mit dem Verfahren nach § 306 AktG einen ausreichenden Rechtsschutz bereitgestellt hat.

5. Der Vortrag des Klägers, die B. habe die zur Mehrheit von 95 % fehlenden Aktien teilweise zu Preisen

an der Börse gekauft, die erheblich über dem jetzigen Abfindungsangebot lägen, vermag die Anfechtbarkeit des Eingliederungsbeschlusses entgegen dem Standpunkt der Revision ebenfalls nicht zu begründen. Soweit dieses Vorbringen nicht nur auf die Behauptung mißbräuchlicher Stimmrechtsausübung oder eines unangemessenen Abfindungsangebots hinausläuft und deshalb gemäß § 320 Abs. 6 Satz 1 AktG unbeachtlich ist, sondern besagen will, die B. habe bereits die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Ausübung ihres Stimmrechts in sitten- oder treuwidriger Weise herbeigeführt, reicht es nicht aus, um einen dem Beschluß selbst anhafteten Mangel im Sinne des § 246 Abs. 1 AktG erkennen zu lassen. Daß die B., um ihre Mehrheitsbeteiligung noch zu vergrößern, Aktien der Beklagten zu einem höheren Entgelt aufgekauft hat, als es ihrer Umtauschverpflichtung nach dem Beherrschungsvertrag entsprach, rechtfertigt allein nicht die Folgerung, der Eingliederungsbeschluß sei unter Verstoß gegen das Gesetz oder die guten Sitten zustande gekommen. Wie schon erwähnt, war es der B. nicht verwehrt, ungeachtet des Beherrschungsvertrags die Eingliederung der Beklagten zu betreiben. Daß sie sich hierbei unlauterer Mittel bedient habe, ist, wie das Berufungsgericht dargelegt hat, dem Vortrag des Klägers nicht zu entnehmen.

6. In der zur Begründung der Anfechtung schließlich angeführten Tatsache, daß in der Hauptversammlung die Frage des Aktionärs N., welchen Preis die B. beim Verkauf einer Beteiligung an der Westfalen-Bank AG erzielt habe, ohne Antwort geblieben ist, erblickt das Berufungsgericht keine Verletzung des § 320 Abs. 3 AktG, weil diese Frage keine im Zusammenhang mit der Eingliederung wesentliche Angelegenheit der künftigen Hauptgesellschaft betreffen habe. Die Beteiligung habe unbestritten nur 1 % des

Anlagevermögens der B. ausgemacht. Nach der Veräußerung sei an ihrer Stelle der Erlös im Vermögen der B. enthalten gewesen. Inwiefern unter diesen Umständen der in der Vergangenheit liegende Verkaufsvorgang im Rahmen der Eingliederung habe bedeutsam sein sollen, hätten der Kläger und seine Streitgenossen auf Befragen nicht erklären können.

Diese rechtlich einwandfreien Feststellungen tragen die Auffassung, ein Anfechtungsgrund liege auch insoweit nicht vor. Auf die weitere Erwägung des Berufungsgerichts, die Auskunftsverweigerung sei auf den angefochtenen Beschluß ohne Einfluß gewesen, kommt es daher nicht an.

III. Die Revisionsangriffe des Streithelfers Pfinder richten sich vor allem gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die B. habe die ausscheidenden Aktionäre nach § 320 Abs. 5 Satz 2 AktG nur mit Aktien abzufinden. Die Streithelfer P. und N. hatten hingegen den Standpunkt vertreten, es sei mindestens wahlweise eine Barabfindung anzubieten gewesen, weil ein im Gegensatz zu anderen Fällen ausgeübter Zwang zum Erwerb fremder Aktien verfassungswidrig sei und überdies - wie die Streithelfer N. hinzugefügt haben - hier wegen der Abhängigkeit der B. von Großbanken Satz 3 und nicht Satz 2 des § 320 Abs. 5 AktG anzuwenden sei.

Dieses Vorbringen hätte, wenn es richtig wäre, die Anfechtbarkeit des Eingliederungsbeschlusses begründen können, da es nicht die Höhe, sondern die Art der Abfindung betrifft und damit die Ordnungsmäßigkeit des Angebots in Frage steht (vgl. § 320 Abs. 6 Satz 3 AktG; Würdinger in Großkomm. AktG § 320 Anm. 6 b). Es ist aber erst in der Berufungsinstanz durch Schrift-

sätze der Streithelfer N. und P. in den Rechtsstreit eingeführt worden, als die Ausschlußfrist des § 246 Abs. 1 AktG längst verstrichen war; bis dahin hatte der Kläger das Angebot nur wegen seiner unangekündigten Ergänzung sowie zur Höhe beanstandet. Innerhalb dieser Frist ist nicht nur Klage zu erheben, sondern es müssen die einzelnen Anfechtungsgründe wenigstens in ihrem wesentlichen tatsächlichen Kern vorgebracht sein (BGHZ 15, 177, 180 f; Urt. d. Sen. v. 11. 7. 66 - II ZR 134/65, LM AktG 1965 § 246 Nr. 1 m. w. N.). Da dies hier hinsichtlich des Anfechtungsgrundes, das auf Aktien beschränkte Abfindungsangebot sei ordnungswidrig, nicht geschehen ist, ist der Kläger mit diesem Grund ausgeschlossen. Dasselbe gilt für alle sonstigen, erst in der Berufungsinstanz von den Streithelfern nachgeschobenen und jetzt teilweise mit der Revision aufgegriffenen Anfechtungsgründe.

Allerdings ist die Verfassungsmäßigkeit des § 320 Abs. 5 Satz 2 AktG eine reine Rechtsfrage, die sich nach dem in der Klageschrift vorgetragenen Sachverhalt von selbst stellen konnte. Es kann offenbleiben, ob gleichwohl die Anfechtung auch insoweit daran scheitert, daß der Kläger den Anfechtungsgrund der Ordnungswidrigkeit des Abfindungsangebots der Art nach erst nach Ablauf der Klagefrist geltend gemacht hat, ob also innerhalb dieser Frist nicht nur die für einen Anfechtungsgrund maßgebenden wesentlichen Tatsachen vorzubringen sind, sondern der Kläger auch erkennen lassen muß, daß er gerade (auch) aus diesem Grund den angefochtenen Beschluß beanstandet (so anscheinend Schilling in Großkomm. AktG § 246 Anm. 4). Denn nach den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts, denen der Senat nichts hinzuzufügen hat, ist die Regelung des § 320 Abs. 5 Satz 2 AktG so, wie sie lautet, mit dem Grundgesetz vereinbar.

IV. Der frühere Kläger zu 2, Dr. H. [REDACTED], hat seine Klage nach Verkündung des Berufungsurteils mit Einwilligung der Beklagten zurückgenommen (Schrifts. v. 3. 7. u. 20. 7. 72). Das war zulässig, obwohl beide Kläger mit Rücksicht auf § 248 AktG notwendige Streitgenossen gemäß § 62 ZPO (1. Altern.) waren (Stein/Jonas, ZPO 19. Aufl. § 62 Anm. II 1 b, V 5). Damit entfielen nach § 271 Abs. 3 ZPO von Anfang an die Wirkungen der Rechtshängigkeit, auch soweit sie bis dahin dem Kläger Krages mit zugute gekommen waren. Die Streithelfer Nold, die beiden Klägern zur Unterstützung beigetreten waren, konnten den Rechtsstreit weder für Dr. H. [REDACTED] noch selbständig als Partei weiterführen, sondern nur noch die weitere Prozeßführung des Klägers Krages unterstützen (BGH, Beschl. v. 22. 12. 64 - Ia ZR 237/63, LM PatG § 37 Nr. 11). Infolgedessen ist auf das besondere Vorgehen des ehemaligen Klägers zu 2 nicht mehr einzugehen.

V. Zur Kostenentscheidung hat das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt, die nach § 247 Abs. 2 AktG zugunsten des Streithelfers P. [REDACTED] ergangene Anordnung habe den Streitwert für ihn nicht verändert, sondern nur seine Haftung für die Gebühren beschränkt (Baumbach/Hueck aaO § 247 Rn. 5, 6). Indem es nach § 101 Abs. 2, § 100 Abs. 1 ZPO den Kläger und seinen Streithelfer P. [REDACTED] für den Berufungsrechtszug gleichmäßig mit Kosten belastet hat, hat es freilich nicht die erheblich verschiedene Beteiligung beider am Rechtsstreit - der Kläger besitzt 120, der Streithelfer dagegen nur 50 W. [REDACTED]-Aktien - und die

hierdurch gemäß § 100 Abs. 2 ZPO eröffnete Möglichkeit berücksichtigt, den Kostenanteil unterschiedlich hoch festzusetzen. Der Senat hat von dieser Möglichkeit nunmehr Gebrauch gemacht und nach demselben Maßstab auch über die Kosten der Revisionsinstanz entschieden.

Stempel

Fleck

Dr. Bauer

Dr. Tidow

Bundschuh