BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 155/02

Verkündet am:
26. April 2004
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

AktG §§ 76, 118, 119, 179

"Gelatine"

a) Ungeschriebene Mitwirkungsbefugnisse der Hauptversammlung bei Maßnahmen, die das Gesetz dem Vorstand als Leitungsaufgabe zuweist, sind nur ausnahmsweise und in engen Grenzen anzuerkennen. Sie kommen allein dann in Betracht, wenn eine von dem Vorstand in Aussicht genommene Umstrukturierung der Gesellschaft an die Kernkompetenz der Hauptversammlung, über die Verfassung der Aktiengesellschaft zu bestimmen, rührt, weil sie Veränderungen nach sich zieht, die denjenigen zumindest nahe kommen, welche allein durch eine Satzungsänderung herbeigeführt werden können.

b) Außer für Fälle von Ausgliederungen kann diese Ausnahmezuständigkeit jedenfalls für die Umstrukturierung einer Tochter- in eine Enkelgesellschaft wegen des mit ihr verbundenen weiteren Mediatisierungseffekts in Betracht kommen. Eine wesentliche Beeinträchtigung der Mitwirkungsbefugnisse der Aktionäre liegt aber auch in diesen Fällen erst dann vor, wenn die wirtschaftliche Bedeutung der Maßnahme in etwa die Ausmaße wie in dem Senatsurteil BGHZ 83, 122 erreicht.

c) Ist die Hauptversammlung danach ausnahmsweise zur Mitwirkung berufen, bedarf ihre Zustimmung wegen der Bedeutung für die Aktionäre einer Dreiviertel-Mehrheit.

BGH, Urteil vom 26. April 2004 - II ZR 155/02 - OLG Karlsruhe
LG Heidelberg

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. April 2004 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Röhricht und die Richter Prof. Dr. Goette, Kraemer, Dr. Strohn und Caliebe

für Recht erkannt:

Die Revisionen der Kläger gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 12. März 2002 werden auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Das 25 Mio. € betragende Grundkapital der beklagten Aktiengesellschaft halten zu rund 10 % eine Reihe von Minderheitsaktionären, während es im übrigen, nämlich zu insgesamt 29,7589 % (270.805 Stückaktien) bei den vier Klägern und zu rund 60 % bei der Stiefmutter des Klägers zu 1, ihrer Tochter und einem Neffen des Klägers zu 1 liegt.

Die Satzung der Beklagten bestimmt in § 2:

"Gegenstand

(1) Gegenstand des Unternehmens sind die Herstellung und der Vertrieb von Gelatine und Gelatineerzeugnissen einschließlich Sonderprodukten sowie anderen chemischen Erzeugnissen.

(2) Die Gesellschaft ist berechtigt, alle Geschäfte einzugehen, die geeignet sind, den Geschäftszweck der Gesellschaft zu fördern. Sie kann im In- und Ausland Zweigniederlassungen errichten, sich bei anderen Unternehmen des In- und Auslands beteiligen, solche Unternehmen erwerben oder gründen und solche Unternehmen ganz oder teilweise unter einheitlicher Leitung zusammenfassen."

Über das Stimmrecht und die Beschlußfassung in der Hauptversammlung bestimmt § 19 folgendes:

"(1) In der Hauptversammlung gewährt je eine Stückaktie eine Stimme.

(2) Die Beschlüsse der Hauptversammlung werden mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen und, soweit eine Kapitalmehrheit erforderlich ist, mit einfacher Mehrheit des vertretenen Kapitals gefaßt, falls nicht die Satzung oder das Gesetz zwingend etwas anderes vorschreiben.

(3) ..."

Das wesentliche Geschäftsfeld der Beklagten ist die Herstellung und der Vertrieb von Gelatine und deren Nebenprodukten. Sie ist auf diesem Gebiet selbst operativ tätig, verfolgt ihr Unternehmensziel aber auch über verschiedene andere Gesellschaften, an denen sie beteiligt ist. U.a. hält sie je 100 % der Geschäftsanteile der G. mbH (im folgen-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

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

den: G.), der schwedischen E. AB und der englischen D. Holdings Ltd. Die zuletzt genannte Gesellschaft hat für die Beklagte nur eine geringe wirtschaftliche Bedeutung, während die schwedische Gesellschaft nicht unerheblich zum Konzernergebnis beiträgt. Aus dem Konzernabschluß zum 31. Dezember 1998 ergeben sich folgende - von den Parteien allerdings unterschiedlich interpretierte - Zahlen:

	Konzern (DM)	E. (DM)	%
Bilanzsumme	714.698.000	58.800.000	8,23
Eigenkapital	389.132,365	42.881.000	11,01
Umsatz	718.115.835	77.106.000	10,74
gezeichnetes Kapital	45.500.000	8.903.000	19,56
Buchwerte	391.256.159	66.915.000	17,1
Anlagevermögen			
Arbeitnehmer	1.839	171	9,29
Jahresüberschuß	86.668.072	19.280.000	22,24

Die beiden Beteiligungen an der schwedischen und der englischen Gesellschaft hat der Vorstand der Beklagten - ohne Mitwirkung der Hauptversammlung - im Jahr 1998 auf dem Wege einer Sachkapitalerhöhung in die G. eingebracht.

Mit Rücksicht darauf, daß der Kläger zu 1 dieses Vorgehen für rechtswidrig hält und in einem - bis zur Erledigung des vorliegenden Rechtsstreits ausgesetzten - gerichtlichen Verfahren fordert, die Einbringung rückgängig zu machen (11 O 122/99 LG Heidelberg), hat der Vorstand in der Hauptversammlung vom 5. Mai 2000 - neben einem von den Aktionären nicht gebilligten Plan, der die Umstrukturierung der Beklagten zu einer Holdinggesellschaft zum Ziel hatte - unter TOP 10 die Genehmigung der angegriffenen Maßnahmen zur Abstimmung gestellt. Der Versammlungsleiter stellte fest, daß die Hauptversammlung

die Einbringung genehmigt habe, nachdem die Stimmauszählung ergeben hatte, daß bei einer Beteiligung von 905.519 Stimmen nur die Kläger mit 270.805 Stimmen und Minderheitsaktionäre mit gut 1.000 Stimmen gegen den Vorschlag der Verwaltung votiert hatten. Die Kläger erhoben Widerspruch zu Protokoll des amtierenden Notars, weil sie der Auffassung sind, daß der Beschluß einer Mehrheit von Dreiviertel des vertretenen Kapitals bedurft habe und deswegen nicht wirksam gefaßt worden sei. Die Einbringung der Beteiligung der Beklagten an den beiden Gesellschaften sei eine Maßnahme, die als Teil eines weiter reichenden Gesamtkonzepts zu einer grundlegenden Umstrukturierung des Konzerns und der Umwandlung der Beklagten in ein nur noch als Holdinggesellschaft tätiges Unternehmen führe und wegen des erheblichen Gewichts für die Aktionäre der Muttergesellschaft die Anwendung der Grundsätze der sog. "Holzmüller"-Entscheidung des Senats (BGHZ 83, 122) erfordere.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat - in der Annahme, der Kläger zu 3, der innerhalb der gesetzlichen Frist keine Rechtsmittelschrift eingereicht hatte, habe das erstinstanzliche Urteil nicht angegriffen - die Berufung der Kläger zu 1, 2 und 4 zurückgewiesen. Mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet. Entgegen der Annahme der Revision hat das Berufungsgericht kein unzulässiges Teilurteil erlassen. In der Sache ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß nach der angefochtenen Entscheidung der Beschluß der Hauptversammlung der Beklagten vom 5. Mai 2000 zu TOP 10 vom Versammlungsleiter als wirksam zustande gekommen

festgestellt worden ist, obwohl er nicht eine Mehrheit von Dreiviertel des vertretenen Grundkapitals gefunden hat.

I. Die Sache bedarf nicht der Aufhebung und Zurückverweisung an die Vorinstanz, weil das Berufungsgericht - wie die Kläger geltend machen - unzulässigerweise ein Teilurteil erlassen hätte. Vielmehr ist über das Rechtsschutzbegehren der Kläger in der zweiten Instanz durch das angefochtene Urteil in vollem Umfang entschieden worden, so daß die Gefahr nicht besteht, es könnten über das Anfechtungsbegehren, über welches seiner Natur nach nur für und gegen alle Aktionäre in der Sache einheitlich befunden werden kann (§ 62 Abs. 1, Alt. 1 ZPO), einander widersprechende Entscheidungen ergehen.

Allerdings ist das Berufungsgericht, wie seinem Berichtigungsbeschluß vom 31. Mai 2002 entnommen werden muß, von der unzutreffenden Vorstellung ausgegangen, der Kläger zu 3 sei, weil er nicht selbst innerhalb der Rechtsmittelfrist Berufung eingelegt habe, nicht als Partei an dem zweitinstanzlichen Verfahren beteiligt gewesen. Das begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken, weil bei einer Beschlußanfechtungsklage die Kläger notwendige Streitgenossen im Sinne von § 62 Abs. 1, Alt. 1 ZPO sind und wegen der prozessualen Wirkung dieser Streitgenossenschaft nach dem in § 62 Abs. 2 ZPO für den Fall der Säumnis eines Streitgenossen niedergelegten, aber allgemeingültigen Rechtsgedanken die ordnungsgemäße Rechtsmitteleinlegung nur eines von mehreren notwendigen Streitgenossen auch zugunsten der anderen wirkt (heute allg. Meinung, vgl. BGHZ 131, 376, 382; Bork in Stein/Jonas, ZPO 21. Aufl. § 62 Rdn. 40 ff.; Schilken in Münch.Komm.z.ZPO 2. Aufl. § 62 Rdn. 52; Zöller/Vollkommer, ZPO 24. Aufl. § 62 Rdn. 32; Musielak/Weth, ZPO 3. Aufl. § 62 Rdn. 20; a.A. RGZ 132, 349, 352). Zwar konnte der Kläger zu 3 dadurch für das Berufungsverfahren nicht die Stellung eines von den anderen Streitge-

nossen unabhängigen Rechtsmittelführers erlangen (vgl. nur Bork in Stein/ Jonas aaO § 62 Rdn. 42 m.w.Nachw.), hätte es also u.U. hinnehmen müssen, wenn die drei anderen Streitgenossen ihr Rechtsmittel zurückgenommen hätten; solange jedoch - wie hier geschehen - über die Berufung der anderen Streitgenossen ein Urteil in der Sache ergeht, bedurfte es keiner Entscheidung über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der eigenständigen Rechtsmitteleinlegung des Klägers zu 3. Da er durch die Prozeßbevollmächtigten der Kläger im Berufungsverfahren ausdrücklich vertreten wurde, ist er - wie nach § 62 Abs. 2 ZPO geboten - am zweitinstanzlichen Verfahren beteiligt worden, und die klageabweisende Entscheidung des Berufungsgerichts ist der Sache nach auch zu seinen Lasten ergangen. In gleicher Weise ist er - wie auch die Beklagte nicht in Abrede stellt - zumindest aufgrund der wirksamen Einlegung der Revision durch die anderen Streitgenossen auch Partei des Revisionsverfahrens.

II. Das Berufungsgericht hat angenommen, die von dem Vorstand Ende 1998 in eigener Verantwortung vorgenommene Einbringung der Beteiligungen der Beklagten an der schwedischen und der britischen Tochtergesellschaft in die G., zu der er um die Genehmigung der Aktionäre nachgesucht hat, sei von dem in § 2 Abs. 2 der Satzung niedergelegten Unternehmensgegenstand gedeckt gewesen, so daß der von den Klägern angegriffene Beschluß nicht wegen einer erforderlichen Änderung der Satzung einer qualifizierten Mehrheit nach § 179 Abs. 2 AktG bedurft habe. Die Umgliederung des Jahres 1998 sei auch nicht als Teilakt einer umfassenden Umstrukturierung der Beklagten zu einer reinen Holdinggesellschaft zu verstehen, vielmehr sei plausibel dargelegt, daß sie unabhängig von den aus ganz anderen Gründen im Jahr 2000 zur Abstimmung gestellten Maßnahmen durchgeführt worden sei. Auch unter dem Gesichtspunkt einer ungeschriebenen Hauptversammlungszuständigkeit nach den sog. "Holzmüller"-Grundsätzen (BGHZ 83, 122 ff.) sei für die Einbringung

der Geschäftsanteile in die G. ein mit Dreiviertel-Mehrheit gefaßter Beschuß der Hauptversammlung nicht erforderlich gewesen. Die tatbestandlichen Voraussetzungen, unter denen der Vorstand der Beklagten verpflichtet gewesen wäre, die Zustimmung der Hauptversammlung einzuholen, seien nicht erfüllt gewesen, weil die andere Zuordnung des Beteiligungsbesitzes der Beklagten zu einer ihr allein gehörenden Tochtergesellschaft nicht in den Kernbereich des Unternehmens eingreife, die Unternehmensstruktur nicht von Grund auf verändere und die Aktionäre der Beklagten nicht in ihren mitgliedschaftlichen und Vermögensrechten beeinträchtige. Davon abgesehen hätte ein etwa doch erforderlicher Zustimmungsbeschluß, da er eine Maßnahme der Geschäftsführung betreffe, lediglich einer einfachen Mehrheit bedurft, die im vorliegenden Fall unzweifelhaft erreicht worden sei.

III. Das hält in seinen entscheidenden Teilen den Angriffen der Revision stand.

1. Der Beschluß zu TOP 10 bedurfte nicht der in § 179 Abs. 2 AktG bestimmten qualifizierten Mehrheit, weil er von dem in § 2 der Satzung der Beklagten festgelegten Unternehmensgegenstand umfaßt war und nicht - wie die Revision zur Überprüfung stellt - eine tatsächliche Änderung der Satzung enthielt. § 2 Abs. 2 der Satzung läßt es ausdrücklich zu, daß der in Abs. 1 dieser Bestimmung festgelegte Unternehmensgegenstand nicht allein auf dem Wege eigener operativer Tätigkeit der Beklagten, sondern auch durch Beteiligung an oder durch Gründung bzw. durch Erwerb von anderen Unternehmen verfolgt wird und daß diese Unternehmen ganz oder teilweise unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt werden. Der Satzungsgeber, der 1989 bei der Umwandlung des seit Jahrzehnten als GmbH bestehenden Unternehmens in die jetzige Aktiengesellschaft umfangreichen Beteiligungsbesitz vorgefunden hatte, hat damit

- der bestehenden Doppelfunktion der Beklagten als operativ wie als Holdinggesellschaft tätigen Unternehmens Rechnung tragend - die Grenzen abgesteckt, innerhalb deren der Vorstand in Ausübung der ihm übertragenen Leitungsmacht in eigener Verantwortung (§ 76 AktG) die Geschäfte zu führen hat (vgl. Röhricht in Großkomm.z.AktG 4. Aufl. § 23 Rdn. 83; Pentz in Münch.Komm.z.AktG 2. Aufl. § 23 Rdn. 78). Ob Beteiligungsbesitz von der Beklagten selbst zu halten und dementsprechend die Führung des Tochterunternehmens in größerem Maße in den Händen des Vorstands der Muttergesellschaft liegen oder die Geschäfte der Beteiligungsunternehmen besser auf einer tieferen hierarchischen Ebene innerhalb des Konzerns geführt werden sollen, ist damit nach der Satzung eine von dem Vorstand - entsprechend der ihm obliegenden aktuellen Beurteilung - allein verantwortungsbewußt zu treffende Entscheidung; sie umschließt auch etwaige Änderungen der bisherigen Zuordnung, wie sie hier aus nachvollziehbaren steuerlichen und bilanzpolitischen Gründen auf dem Wege der Zwischenschaltung der G. vom Vorstand Ende 1998 veranlaßt worden sind. Es ist aus revisionsrechtlichen Gründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht - anders als die Kläger - in der Umstrukturierungsmaßnahme von 1998 und den auf der Hauptversammlung vom 5. Mai 2000 zur Abstimmung gestellten weiteren Maßnahmen nicht Teile eines einheitlichen Konzepts gesehen hat und deswegen nicht die Überzeugung hat gewinnen können, daß die Einbringung der Beteiligungen in die G. faktisch eine Satzungsänderung zum Inhalt habe.

2. Die Anfechtungsklage ist auch im übrigen nicht begründet. Der Versammlungsleiter hat mit Recht angenommen, daß der angefochtene Genehmigungsbeschluß einer qualifizierten Mehrheit des vertretenen Kapitals - was die Kläger unter Berufung auf die sog. "Holzmüller"-Grundsätze für erforderlich

halten - nicht bedurfte, und ihn folgerichtig als mit einem erzielten Quorum von 69,98 % der Stimmen als wirksam zustande gekommen festgestellt.

a) Der Senat hat ausgesprochen (BGHZ 83, 122), daß bestimmte Entscheidungen einer Aktiengesellschaft, die - anders als dies in den in § 119 Abs. 1 AktG genannten Fällen oder z.B. für die Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Vermögens der Gesellschaft (§ 179 a AktG), für Unternehmensverträge (§§ 293, 295 AktG), für die Fassung eines Fortsetzungsbeschlusses (§ 274 AktG) oder für Eingliederungsbeschlüsse (§§ 319, 320 AktG) bestimmt ist - eine Mitwirkung der Aktionäre nach dem Gesetz nicht erfordern, ausnahmsweise der von dem Vorstand einzuholenden, intern wirkenden Zustimmung der Hauptversammlung bedürfen. Anerkannt hat der Senat diese "ungeschriebene" Hauptversammlungszuständigkeit in einem Fall, in dem eine Aktiengesellschaft zwar nicht ihr ganzes Gesellschaftsvermögen, jedoch einen Betrieb, welcher den wertvollsten Teil des Gesellschaftsvermögens ausmachte, auf eine zu diesem Zweck gegründete Tochtergesellschaft ausgegliedert hat (BGHZ 83, 122). Er hat dabei das Erfordernis der Zustimmung der Hauptversammlung nicht auf die Ausgliederungsmaßnahme selbst beschränkt (BGHZ 83, 122, 131 f.), sondern auf die spätere Entscheidung über eine Kapitalerhöhung in der Tochtergesellschaft erweitert (BGHZ 83, 122, 141 ff.). Die Pflicht des Vorstands, in diesen beiden Fallgestaltungen die Aktionäre der Muttergesellschaft an der Entscheidungsfindung zu beteiligen, hat der Senat nicht aus einer Anlehnung an die gesetzlich festgelegten Tatbestände hergeleitet, nach denen die Zustimmung der Hauptversammlung erforderlich ist; vielmehr hat er - mit Blick darauf, daß die hier in Rede stehende Pflicht zur Beteiligung der Aktionäre ausschließlich das Innenverhältnis des Vorstandes zur Gesellschaft betrifft, seine Handlungsfähigkeit im Außenverhältnis aber unberührt läßt - § 119 Abs. 2 AktG als die maßgebende Norm bezeichnet, aus welcher sich die intern

wirkende Beschränkung der Handlungsmacht des Vorstandes ableitet (BGHZ 83, 122, 131).

Die Anerkennung einer solchen, nur das Innenverhältnis zwischen Vorstand und Gesellschaft betreffenden ungeschriebenen Hauptversammlungszuständigkeit durch den Senat wird heute im Schrifttum überwiegend gebilligt (vgl. Nachw. bei Habersack in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht 3. Aufl. vor § 311 Rdn. 33 Fn. 143). Keine Einigkeit besteht indessen über den Anwendungsbereich dieser Grundsätze im einzelnen (vgl. schon BGHZ 83, 122, 140; zusammenfassend Mülbert in Großkomm.z.AktG aaO § 119 Rdn. 20; Habersack aaO vor § 311 Rdn. 33; Reichert in Beck'sches Handb. der AG § 5 Rdn. 27 ff. je m.w.Nachw.), weil Schutzzweck (dazu unten aa) und Rechtsgrundlage (unten bb) ebenso umstritten sind, wie das Erfordernis und die Festlegung einer "Wesentlichkeits-" bzw. "Bagatellgrenze" (unten cc) und das Quorum (unten b), mit dem die Hauptversammlung für den Fall ihrer ungeschriebenen Zuständigkeit Beschluß zu fassen hat.

aa) In Teilen des Schrifttums ist die "Holzmüller"-Entscheidung von Anfang an begrüßt worden, weil man ihr über den konkret entschiedenen Fall einer strukturändernden Ausgliederung hinaus eine Bestätigung für die Lehre entnommen hat, nicht nur in der Aktiengesellschaft, sondern auch in dem von ihr geführten Konzern gebe es einen weiten Bereich grundlegender Geschäftsführungsaufgaben, an denen mitzuwirken die Aktionäre durch die Hauptversammlung der herrschenden Gesellschaft berufen seien (vgl. in diesem Sinn vor allem Lutter, FS Stimpel S. 825, 833 ff.; ähnlich Timm, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze S. 135 ff., 165 ff.; U.H. Schneider, FS Bärmann S. 873, 881 ff.; ablehnend Mertens in Kölner Komm.z.AktG 2. Aufl. § 76 Rdn. 51; Hüffer, AktG 6. Aufl. § 119 Rdn. 18; ders. FS Ulmer S. 279, 286 ff.).

Für diese Lehre kann die genannte Entscheidung des Senats nicht in Anspruch genommen werden. Dies ist sich schon aus seiner äußerst zurückhaltenden Bemerkung zu ersehen, der Senat sei nicht gehalten, umfassend zu erörtern, "inwieweit dieses Modell einer 'konzernspezifischen Binnenordnung' nach geltendem Recht begründbar, mit den wirtschaftlichen Gegebenheiten zu vereinbaren und praktisch durchführbar" sei (BGHZ 83, 122, 138). Es ist zwar nicht zu verkennen, daß das Erfordernis, die Hauptversammlung in bestimmten gesetzlich nicht geregelten Fällen intern an der Entscheidung zu beteiligen, deren Einfluß auf eine Konzernbildung und -leitung zu stärken vermag. Diese Wirkung tritt indessen lediglich als Reflex der von dem Senat für erforderlich erachteten Beteiligung der Aktionäre ein. Die - angesichts der wohlaustarierten Kompetenzverteilung in der Aktiengesellschaft (zur Entwicklung s. etwa Assmann in Großkomm.z.AktG aaO Einl. Rdn. 133, 156 f., 164; 1. Bericht des Vorsitzenden des Ausschusses für Aktienrecht bei Schubert, Protokolle des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht S. 485 f.; 2. Bericht aaO S. 503 ff.; Amtl. Begründung zum AktG 1937, Deutscher Reichsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger 1937, Nr. 28 S. 3; Kropff, AktG 1965 S. 95 f. und 165 zu § 119; Mertens in Kölner Komm.z.AktG aaO § 76 Rdn. 9; Hefermehl/Spindler in Münch.Komm.z.AktG 2. Aufl. § 76 Rdn. 21 ff.) nur ausnahmsweise in Betracht kommende - Einschaltung der Hauptversammlung bei derartigen Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstandes soll nämlich der bei der Verabschiedung des Gesetzes nicht erkannten (Geßler, FS Stimpel S. 771, 780; Hüffer aaO § 119 Rdn. 18 a "Anschauungslücke") besonderen Fallgestaltung Rechnung tragen, daß das Handeln des Vorstandes zwar durch seine Vertretungsmacht, den Wortlaut der Satzung und die nach § 82 Abs. 2 AktG im Innenverhältnis begrenzte Geschäftsführungsbefugnis formal noch gedeckt ist, die Maßnahmen aber "so tief in die Mitgliedsrechte der Aktionäre und deren im

Anteilseigentum verkörpertes Vermögensinteresse eingreifen" (vgl. BGHZ 83, 122, 131), daß diese Auswirkungen an die Notwendigkeit einer Satzungsänderung heranreichen. Durch diese notwendige Mitwirkung der Hauptversammlung soll der mit der Ausgliederung entscheidend wichtiger Teile des Unternehmens der Gesellschaft auf nachgelagerte Beteiligungsgesellschaften notwendigerweise verbundenen Mediatisierung des Einflusses der Aktionäre (vgl. dazu BGHZ 153, 47, 54; hierauf maßgeblich abstellend z.B. Habersack aaO vor § 311 Rdn. 34; s. auch Wiedemann, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht S. 53 ff.; ablehnend, allein auf den Schutz der Vermögensinteressen abstellend Mülbert, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt S. 416 ff.; ders. in Großkomm.z.AktG aaO § 119 Rdn. 33), denen es als Satzungsgeber zukommt, Gegenstand und Grenzen des Handelns der für die Gesellschaft tätigen Leitungsorgane zu bestimmen, begegnet werden (BGHZ 83, 122, 136, 139). Zugleich soll der Schutz der Anteilseigner vor einer durch grundlegende Entscheidungen des Vorstands eintretenden nachhaltigen Schwächung des Wertes ihrer Beteiligung gewährleistet werden (BGHZ 83, 122, 142 f.; vgl. Kubis in Münch.Komm.z.AktG 2. Aufl. § 119 Rdn. 44 ff.; Zimmermann/Pentz, FS Welf Müller S. 151, 163). Den berechtigten Belangen der Aktionäre wird damit - anders als wenn sie, was natürlich bei Anerkennung eines weiten Gestaltungsspielraums des Vorstandes unberührt bleibt, ausschließlich auf die Verfolgung von Schadenersatzansprüchen gegen den Vorstand wegen pflichtwidriger Ausübung seiner Leitungsmacht verwiesen würden - schon präventiv Rechnung getragen.

Der zur Entscheidung stehende Streitfall gibt dem Senat keinen Anlaß, abschließend darüber zu befinden, bei welchen einzelnen Geschäftsführungsmaßnahmen der Vorstand, obwohl er dazu nach dem geschriebenen Gesetz nicht verpflichtet ist, aus dem Gesichtspunkt eines tiefgreifenden Eingriffs in die

mitgliedschaftlichen Befugnisse der Aktionäre intern gehalten ist, die Zustimmung der Hauptversammlung einzuholen. Jedenfalls aber kann ein Mediatisierungseffekt (vgl. Liebscher, Konzernbildungskontrolle S. 65 ff., 74 f.; Wiedemann, Unternehmensgruppe S. 53 f.; Kubis aaO § 119 Rdn. 74; Habersack aaO vor § 311 Rdn. 35; ferner allgemein BGHZ 153, 47, 54), den der Vorstand angesichts der von ihm ausgehenden tiefgreifenden Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Aktionäre, deren ihm anvertrautes Geld der Vorstand bei seiner Leitungstätigkeit zu verwalten hat (vgl. dazu schon 1. Bericht des Vorsitzenden des Ausschusses für Aktienrecht bei Schubert, Protokolle aaO S. 485), nicht ohne deren Zustimmung herbeiführen darf, nicht nur wie im Fall "Holzmüller" (BGHZ 83, 122) von der Ausgliederung eines wichtigen Betriebs auf eine dazu gegründete Tochtergesellschaft ausgehen. Er kann wegen der hier ebenfalls eintretenden (weiteren) Machtverschiebung zu Lasten der Aktionäre der Muttergesellschaft auch bei Umstrukturierungen des Beteiligungsbesitzes, wie sie etwa den Anlaß für den vorliegenden Rechtsstreit bilden, auftreten und den Vorstand deshalb intern zur Einholung der Zustimmung der Hauptversammlung verpflichten.

bb) In der "Holzmüller"-Entscheidung hat der Senat die Rechtsgrundlage für die Einbeziehung der Hauptversammlung in den Entscheidungsprozeß aus § 119 Abs. 2 AktG hergeleitet (BGHZ 83, 122, 131): Das nach dieser Vorschrift grundsätzlich bestehende Ermessen des Vorstandes, ob er die Hauptversammlung ausnahmsweise über eine Geschäftsführungsmaßnahme abstimmen lassen wolle, bestehe in Fällen eines tiefgreifenden Eingriffs in Mitgliedschafts- und Vermögensrechte der Aktionäre, wie sie etwa die Ausgliederung eines den wesentlichen Teil des Gesellschaftsvermögens ausmachenden Betriebs der Gesellschaft darstelle, nicht mehr, sondern verdichte sich für einen sorgfältig handelnden Vorstand zu einer Pflicht zur Beteiligung der Aktionäre.

Im Schrifttum hat diese Herleitung der ungeschriebenen Hauptversammlungszuständigkeit überwiegend Kritik erfahren (vgl. für alle nur Habersack aaO vor § 311 Rdn. 36; Mülbert in Großkomm.z.AktG aaO § 119 Rdn. 21 je m.w.Nachw.; a.A. aber Hüffer aaO § 119 Rdn. 18; Sympathien auch bei Reichert, Beiheft 68 der ZHR S. 45). Auch wenn anzuerkennen ist, daß der Gesetzgeber mit § 119 Abs. 2 AktG keine auch nur indirekte Verpflichtung des Vorstandes hat begründen wollen, die Hauptversammlung über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus an der Geschäftsführung zu beteiligen (vgl. zur Entstehungsgeschichte Geßler, FS Stimpel S. 771, 773 ff.), wird bei der Kritik nicht immer hinreichend berücksichtigt, daß der Senat sich vor allem deswegen an § 119 Abs. 2 AktG angelehnt hat, weil er deutlich machen wollte, daß die von ihm angenommene Pflicht allein das Innenverhältnis zur Hauptversammlung betrifft, die uneingeschränkte Außenvertretungsmacht des Vorstandes hiervon aber nicht berührt wird (h.M. vgl. statt aller Habersack aaO vor § 311 Rdn. 48; Koppensteiner in Kölner Komm.z.AktG aaO vor § 291 Rdn. 22; a.A. Hübner, FS Stimpel S. 791, 798). Die in der Literatur überwiegend befürwortete Analogie zu allen oder einzelnen aktienrechtlichen Vorschriften, die die Mitwirkung der Hauptversammlung bei bestimmten Maßnahmen anordnen (vgl. m.w.Nachw. Habersack aaO vor § 311 Rdn. 36, Fn. 154; Mülbert in Großkomm.z.AktG aaO § 119 Rdn. 23), mag zwar auf der tatbestandlichen Seite eher geeignet sein, die in Betracht kommenden Fälle einer ungeschriebenen Hauptversammlungszuständigkeit festzulegen, sie sieht sich aber dem Einwand ausgesetzt, daß die gesetzlich geregelten Fälle von der Rechtsfolge her nicht passen, weil sie dem Vorstand nicht nur die Geschäftsführungsbefugnis nehmen, sondern die von ihm getroffenen Maßnahmen wegen fehlender Vertretungsmacht als nichtig behandeln.

Vorzugswürdig - zumal der Gesetzgeber in Kenntnis der lang anhaltenden Diskussion Initiativen zur Regelung des Problems nicht ergriffen hat (vgl. Hüffer, FS Ulmer S. 279, 301 f.) - erscheint es deswegen, die Grundlage für ein ungeschriebenes Mitwirkungsrecht der Aktionäre bei Geschäftsführungsmaßnahmen weder aus § 119 Abs. 2 AktG noch aus einer Gesetzesanalogie herzuleiten, sondern die zutreffenden Elemente beider Ansätze, nämlich die bloß das Innenverhältnis betreffende Wirkung einerseits und die Orientierung der in Betracht kommenden Fallgestaltungen an den gesetzlich festgelegten Mitwirkungsbefugnissen auf der anderen Seite, aufzunehmen und diese besondere Zuständigkeit der Hauptversammlung als Ergebnis einer offenen Rechtsfortbildung anzusehen (vgl. schon Geßler, FS Stimpel S. 771, 780).

cc) Daß nicht jede die Rechtsstellung der Aktionäre beeinträchtigende Maßnahme des Vorstandes das Mitwirkungsrecht der Hauptversammlung auslöst, wird auch von dem Teil des Schrifttums anerkannt, der prinzipiell für eine weitestmögliche Ausdehnung der ungeschriebenen Hauptversammlungszuständigkeit eintritt. Von diesem Ansatz aus ist es konsequent, allenfalls nach Bagatellgrenzen zu suchen, ohne deren Überschreiten der Vorstand bei seinem Handeln frei ist.

Dem ist indessen nach dem oben beschriebenen Schutzzweck der vom Senat entwickelten Rechtsfigur nicht zu folgen. Recht und Pflicht zur eigenverantwortlichen, an objektiven Sorgfaltsmaßstäben orientierten Geschäftsführung hat das Aktiengesetz allein dem - bei seinem Handeln der Überwachung durch den von der Hauptversammlung gewählten Aufsichtsrat unterworfenen - Vorstand zugewiesen; der Hauptversammlung dagegen ist, von den gesetzlich geregelten Fällen abgesehen, die Mitwirkung an und die Einflußnahme auf Geschäftsführungsmaßnahmen versagt. In Auswertung der bis zum Ende der

Weimarer Republik gewonnenen Erkenntnisse hat der Gesetzgeber bewußt die bis dahin bestehende zentrale Stellung der Hauptversammlung als des für die Geschicke der Aktiengesellschaft maßgebenden Organs, von dem Aufsichtsrat und Vorstand ihre Befugnisse herleiten, zurückgenommen, weil sie nach ihrer ganzen Struktur typischerweise die ihr bis dahin zugedachte Aufgabe nicht sachgerecht erfüllen konnte. Nach der über Jahre sich hinziehenden Diskussion mit Wissenschaft und Praxis (vgl. Nachw. bei Schubert, Quellen zur Aktienrechtsreform der Weimarer Republik 1926 - 1931 und Protokolle des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht; Assmann in Großkomm. z.AktG aaO Einl. Rdn. 133, 156 f., 164) hatte sich die Erkenntnis durchgesetzt, daß die Hauptversammlung in Anbetracht ihrer inhomogenen, dem Zufall ausgelieferten Zusammensetzung und ihrer Ferne zu den jeweils zu treffenden Geschäftsführungsmaßnahmen ihrer ganzen Struktur nach für die Mitwirkung an der Leitung einer Aktiengesellschaft ungeeignet ist, daß ihr aber die Grundlagenkompetenz für die "Verfassung", nämlich die Aufstellung und Änderung der Satzung, einschließlich der Entscheidung über eine Kapitalerhöhung, sowie für die Bestellung und Abberufung des Aufsichtsrats und die Entlastung der Geschäftsführung zugewiesen bleiben müsse (vgl. 1. und 2. Bericht des Vorsitzenden des Ausschusses für Aktienrecht bei Schubert, Protokolle aaO S. 486, 503 ff.; Begründung zum AktG 1937 aaO S. 3). Diese mit § 70 AktG 1937 eingeführten Regeln hat der Gesetzgeber des geltenden Aktienrechts, ohne nach der konkreten Struktur der Gesellschaft zu differenzieren (so aber Liebscher, Konzernbildungskontrolle S. 100 ff.), ausdrücklich übernommen und die Befugnisse der Hauptversammlung lediglich in einzelnen Geschäftsführungsfragen erweitert, von denen er - wie etwa beim Abschluß von Unternehmensverträgen - annahm, sie seien so wesentlich für die weitere Entwicklung der Gesellschaft, daß sie dem Vorstand nicht allein überlassen bleiben könnten (Kropff, AktG vor § 76 S. 95 f.). In einer global vernetzten Wirtschaftsordnung, in der es

darauf ankommt, sich bietende Chancen umgehend zu nutzen oder aufkommenden Gefahren sogleich zu begegnen, wäre eine zu enge Bindung an jeweils einzuholende Entschließungen der nicht ständig präsenten, sondern regelmäßig nur mit erheblichem Aufwand an Zeit und Kosten einzuberufenden Hauptversammlung gänzlich unpraktikabel und hätte eine Lähmung der Gesellschaft zur Folge.

Danach kann eine im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehene Mitwirkung der Hauptversammlung bei Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands nur in engen Grenzen, nämlich dann in Betracht kommen, wenn sie an die Kernkompetenz der Hauptversammlung, über die Verfassung der Gesellschaft zu bestimmen, rühren und in ihren Auswirkungen einem Zustand nahezu entsprechen, der allein durch eine Satzungsänderung herbeigeführt werden kann. Die Überschreitung der im Schrifttum in diesem Zusammenhang genannten Schwellenwerte - sie beziehen sich auf unterschiedliche Parameter und schwanken zwischen 10 % und 50 % (s. Nachw. bei Habersack aaO vor § 311 Rdn. 41; Kubis aaO § 119 Rdn. 55; Krieger in Münch.Handb.d.Gesellschaftsrechts Bd. 2, 2. Aufl. § 69 Rdn. 7 f.) - kann danach nicht ausreichen; die beschriebenen Voraussetzungen, die zur Durchbrechung der vom Gesetz vorgesehenen Kompetenz- und Arbeitsteilung führen, werden vielmehr regelmäßig erst dann erfüllt sein, wenn der Bereich, auf den sich die Maßnahme erstreckt, in seiner Bedeutung für die Gesellschaft die Ausmaße der Ausgliederung in dem vom Senat entschiedenen "Holzmüller"-Fall erreicht.

b) Ist danach - ausnahmsweise - die Zustimmung der Hauptversammlung für eine Geschäftsführungsmaßnahme einzuholen, bedarf diese einer Dreiviertel-Mehrheit des vertretenen Grundkapitals, wie dies im Ergebnis der inzwischen herrschenden Auffassung im Schrifttum entspricht (vgl. z.B. Hübner,

FS Stimpel S. 791, 795 f.; Priester, ZHR 163 [1999], 187, 199 f.; Joost, ZHR 162 [1999], 164, 172; Altmeppen, DB 1998, 49, 51; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften 3. Aufl. § 16 Rdn. 15; Habersack aaO vor § 311 Rdn. 45 m.w.Nachw.; a.A. Hüffer FS Ulmer S. 279, 297 ff.; Semler in Münch.Handb.d. Gesellschaftsrechts Bd. 2, 2. Aufl. § 34 Rdn. 42). Dagegen spricht nicht, daß es sich bei der ausnahmsweise der Zustimmung der Hauptversammlung unterstellten Maßnahme - worauf das Berufungsgericht in seiner Hilfsbegründung abgestellt hat (ähnlich Liebscher aaO S. 92 f.) - um eine Geschäftsführungsangelegenheit und nicht um eine Satzungsänderung handelt. Entscheidend ist vielmehr, daß Gegenstand der Beschlußfassung eine Maßnahme ist, die zwar noch keine Satzungsänderung erfordert, ihr aber angesichts der tief in die mitgliedschaftliche Stellung der Aktionäre eingreifenden Wirkung so nahe kommt, daß die an sich gegebene Gestaltungsmacht des Vorstandes hinter der gebotenen Mitwirkung der Hauptversammlung zurücktreten muß. In diesem Sinn hat der Gesetzgeber auch für andere nicht die Verfassung, sondern Geschäftsführungsmaßnahmen im weiteren Sinn betreffende Angelegenheiten - etwa für den Abschluß von Unternehmensverträgen (vgl. diesen Beispielsfall herausstellend Kropff aaO S. 96) oder für die inhaltlich verwandten Umstrukturierungen nach dem Umwandlungsgesetz 1994 - nicht nur die Zustimmung der Hauptversammlung überhaupt angeordnet, sondern bestimmt, daß eine qualifizierte Mehrheit hierfür erreicht werden muß.

Hiervon ist - entgegen der Ansicht der Beklagten - auch dann nicht abzugehen, wenn die Satzung eine sog. Konzernklausel enthält (ebenso Habersack aaO vor § 311 Rdn. 45; a.A. Lutter, FS Stimpel S. 825, 847 f.; Wiedemann, Unternehmensgruppe aaO S. 57) oder wenn - wie hier in § 19 Abs. 2 der Satzung geschehen - bestimmt ist, daß alle Beschlüsse der Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit gefaßt werden können, soweit nicht das Gesetz oder die

Satzung zwingend anderes bestimmen. Mit der Aufnahme einer allgemeinen Konzernöffnungsklausel in die Satzung erweitern die Aktionäre lediglich den Handlungsspielraum des Vorstandes, der dementsprechend nicht gehalten ist, den Unternehmensgegenstand ausschließlich durch eigene operative Tätigkeit der Aktiengesellschaft zu verwirklichen, sondern dafür auch zu gründende oder zu erwerbende Gesellschaften oder Beteiligungen einsetzen darf. Des mit der Anerkennung ungeschriebener Hauptversammlungszuständigkeiten bezweckten Schutzes begeben sich die Aktionäre dadurch nicht; das hat der Senat der Sache nach bereits in der "Holzmüller"-Entscheidung (BGHZ 83, 122, 141 ff.) angenommen, indem er für die Hauptversammlung der Muttergesellschaft ein Mitwirkungsrecht auch bei grundlegenden Maßnahmen in der Tochtergesellschaft nach Durchführung einer der Zustimmung der Aktionäre bedürfenden Ausgliederungsmaßnahme anerkannt hat.

Angesichts der Schwere der möglichen Beeinträchtigung der Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre kann die Satzung zu ihren Lasten das Quorum für die Zustimmung zu der beabsichtigten Maßnahme nicht absenken, vielmehr ist das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit hier nicht anders als z.B. in den Fällen der §§ 179 a Abs. 1 Satz 2, 293 Abs. 1 Satz 3, 319 Abs. 2 Satz 3 AktG zwingend.

3. Der unter TOP 10 zur Abstimmung gestellte und mit 69,98 % des vertretenen Grundkapitals angenommene Genehmigungsbeschluß ist unter Zugrundelegung der vorstehend beschriebenen Kriterien nicht unwirksam. Er greift nicht derart tief in die mitgliedschaftlichen Rechte der Aktionäre der Beklagten ein, daß die Hauptversammlung mit ihm hat befaßt werden und daß sie obendrein ihre Zustimmung mit qualifizierter Mehrheit hat erteilen müssen.

Zutreffend ist allerdings der Ansatzpunkt der Kläger, daß die hier vollzogene Einbringung der bisher von der Beklagten gehaltenen Beteiligungen an der schwedischen E. AB und der englischen D. Holdings Ltd. in die im alleinigen Anteilsbesitz der Muttergesellschaft stehende G. eine Maßnahme ist, die einen Mediatisierungseffekt (s. dazu BGHZ 153, 47, 54) zu Lasten der Aktionäre zur Folge hat. Das ergibt sich hier - anders, als wenn die Geschäftsanteile lediglich von einer 100prozentigen auf eine andere ebenfalls 100prozentige Tochtergesellschaft (vgl. dazu Kubis aaO § 119 Rdn. 74) übertragen werden - schon daraus, daß mit der beabsichtigten Übertragung eine weitere hierarchische Ebene geschaffen und damit der Einfluß der herrschenden Obergesellschaft und deren Hauptversammlung auf die Führung der Geschäfte, aber auch auf die Entscheidung über die Gewinnverwendung und andere Maßnahmen dieses nunmehr zu einer Enkelgesellschaft gewordenen Unternehmens abnimmt. Denn die Leitungsorgane dieser Gesellschaft erhalten den Rahmen für ihr Handeln nunmehr nicht mehr durch den von der Hauptversammlung kontrollierten Vorstand der Muttergesellschaft, sondern von dem organschaftlichen Vertreter der zwischengeschalteten Tochtergesellschaft vorgegeben, der seine Berufung einer nach § 76 AktG getroffenen Entscheidung des Vorstandes der Muttergesellschaft verdankt.

Die Strukturmaßnahme, zu der der Vorstand - offensichtlich nicht in der Absicht einer Selbstbindung, sondern geleitet von der die Praxis verunsichernden Diskussion um Grund und Grenzen einer über die ausdrücklich im Gesetz geregelten Fälle hinausgehenden notwendigen Mitwirkung der Hauptversammlung - die Genehmigung der Aktionäre eingeholt hat, greift jedoch nicht in dem oben beschriebenen wesentlichen Umfang in die Rechtsstellung der Aktionäre ein. Soweit die Kläger dies anders beurteilen, beruht dies darauf, daß sie deutlich geringere Anforderungen hinsichtlich der sog. "Wesentlichkeitsschwelle",

dafür den Charakter der Umgliederung als "Strukturmaßnahme" in den Vordergrund stellen.

Einer näheren Feststellung, welche wirtschaftliche Bedeutung die schwedische Gesellschaft - allein auf sie kommt es unstreitig an, weil die englische D. Holdings Ltd. von gänzlich untergeordnetem Rang ist - für die Beklagte besitzt, bedarf es entgegen der Ansicht der Revision nicht. Denn schon nach dem eigenen Vortrag der Kläger liegen die von ihnen in diesem Zusammenhang angeführten, die Ansätze des Vorstandes des Beklagten korrigierenden Kennziffern für Bilanzsumme, Eigenkapital, Umsatz und Ergebnis vor Steuern mit maximal 30 % weit unter der Grenze, die überschritten sein muß, um eine ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeit für die zum Gegenstand des Genehmigungsbeschlusses gemachte Umgliederung der weiterhin zum Konzern gehörenden schwedischen Tochtergesellschaft begründen zu können.

Röhricht Goette Kraemer

Strohn Caliebe