BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 302/06

Verkündet am:
16. März 2009
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

Wertpapierdarlehen

AktG § 245 Nr. 1, §§ 327 a ff.; BGB § 607; WpHG § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2, § 28

a) Die Beschaffung der für einen Squeeze-out gemäß § 327 a Abs. 1 Satz 1 AktG erforderlichen Kapitalmehrheit von 95 % auf dem Wege eines Wertpapierdarlehens (§ 607 BGB) ist grundsätzlich kein zur Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Übertragungsbeschlusses führender Rechtsmissbrauch. Das gilt auch dann, wenn der Darlehensnehmer eine Veräußerung der ihm zu Eigentum überlassenen Aktien nicht beabsichtigt und wenn einzelne Vermögensrechte aus ihnen (Dividende, Bezugsrechte) schuldrechtlich dem Darlehensgeber gebühren sollen.

b) Darlehenshalber überlassene Aktien werden von dem Darlehensnehmer nur dann i.S. der §§ 28, 22 Abs. 1 Nr. 2 WpHG "für Rechnung" des Darlehensgebers gehal-

ten, wenn dieser nach der vertraglichen Regelung weiterhin Einfluss auf die Stimmrechtsausübung nehmen kann.

c) Die Beschränkung der Anfechtungsbefugnis gemäß § 245 Nr. 1 AktG auf Aktionäre, welche die Aktien vor Bekanntmachung der Tagesordnung erworben haben, findet im Fall eines Aktienerwerbs und erst recht im Fall einer Klageerhebung vor Inkrafttreten der Vorschrift (1. November 2005) keine Anwendung.

d) Die Anfechtung eines Übertragungsbeschlusses gemäß § 327 a Abs. 1 AktG konnte auch schon vor Inkrafttreten des § 243 Abs. 4 Satz 2 AktG (1. November 2005) nach Sinn und Zweck des § 327 f Abs. 1 Satz 1, 2 AktG nicht auf abfindungsbezogene Informationsmängel gestützt werden (vgl. auch Senat, BGHZ 146, 179).

e) § 327 c Abs. 3 AktG verlangt nicht die Vorlage eines Konzernabschlusses.

BGH, Urteil vom 16. März 2009 - II ZR 302/06 - OLG München
LG Landshut

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. März 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Kraemer, Dr. Strohn, Caliebe und Dr. Reichart

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten werden das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 23. November 2006 aufgehoben und das Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Landshut vom 1. Februar 2006, soweit den Klagen der Kläger zu 14 und 19 gegen den Übertragungsbeschluss der außerordentlichen Hauptversammlung der Beklagten vom 25. Februar 2005 stattgegeben worden ist (Ziff. I. des Tenors), wie folgt abgeändert:

Die Klagen der Kläger zu 14 und 19 werden abgewiesen.

Im Übrigen wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens einschließlich der Kosten der Nebeninterventionen, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

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

Tatbestand:

1 Die Kläger sind Minderheitsaktionäre der beklagten Kommanditgesellschaft auf Aktien, der L. Holding KGaA, deren Gründer und persönlich haftender Gesellschafter J. L. (nachfolgend J.L.) ist. Er hielt im Jahr 2004 ca. 1,19 % der Kommanditaktien der Beklagten; ca. 31,33 % wurden von der J. L. GmbH (nachfolgend J.L. GmbH) und ca. 62,59 % von der L. Beteiligungs-GmbH (nachfolgend L. Bet.-GmbH) gehalten, deren Gesellschafter die Ehefrau und die Töchter des J.L. sind. Er selbst ist an der J.L. GmbH mit knapp 100 % beteiligt und zugleich deren Geschäftsführer. Durch Wertpapierdarlehensverträge vom 18. Oktober 2004 übertrugen J.L. und die J.L. GmbH ihre Kommanditaktien gegen ein jährliches Entgelt von 5.000,00 € bzw. 50.000,00 € auf die L. Bet.-GmbH. Gemäß den Verträgen, die auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und erstmalig zum 30. Juni 2007 kündbar waren, sollte der Gegenwert sämtlicher während der Laufzeit des Darlehens auf die Darlehenspapiere entfallender Bardividenden den Darlehensgebern zustehen; ihnen hatte die Darlehensnehmerin auch auf die Darlehenspapiere entfallende Bezugsrechte zur Verfügung zu stellen und bei Beendigung des Vertrages Aktien gleicher Art und Menge zurückzugeben.

2 Mit Schreiben vom 19. Oktober 2004 zeigte die L. Bet.-GmbH der Beklagten ihre nunmehr auf mehr als 95 % angewachsene Beteiligung am Grundkapital an und verlangte die Durchführung eines Squeeze out-Verfahrens gemäß §§ 327 a ff. AktG. In der außerordentlichen Hauptversammlung der Beklagten vom 25. Februar 2005 wurde dann die Übertragung der Aktien der Minderheitsaktionäre gegen Gewährung einer Barabfindung von 28,52 € je Stückaktie beschlossen (TOP 3). Mit Ausnahme der Kläger zu 14 und 19 waren die Kläger in der Hauptversammlung anwesend oder vertreten und haben gegen

den Beschluss Widerspruch erklärt. Viele von ihnen haben ihre Aktien an der Beklagten erst nach Bekanntgabe der Tagesordnung erworben.

3 Zuletzt nur noch gegen den Übertragungsbeschluss (TOP 3) richten sich die Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen aller 19 Kläger. Das Landgericht hat die Nichtigkeit dieses Beschlusses festgestellt. Die Berufung der Beklagten blieb erfolglos. Dagegen wendet sich die Beklagte mit ihrer - von dem Berufungsgericht zugelassenen - Revision.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision der Beklagten ist begründet; sie führt zur Abweisung der Klagen der Kläger zu 14 und 19 und im Übrigen zur Aufhebung und Zurückverweisung.

5 Der Umstand, dass die Kläger zu 9 bis 11, 14 und 18 im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht durch einen bei dem Bundesgerichtshof zugelassenen Prozessbevollmächtigten vertreten waren, führt nicht zum Erlass eines Teilversäumnisurteils ihnen gegenüber (§ 555 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 331 ZPO), weil alle Kläger im Hinblick auf die von ihnen erstrebten Urteilswirkungen des § 248 Abs. 1 Satz 1 AktG notwendige Streitgenossen i.S. des § 62 Abs. 1 Alt. 1 ZPO sind (vgl. Senat, BGHZ 122, 211, 240; Sen.Urt. v. 16. Februar 2009 - II ZR 185/07, Tz. 55 "Kirch/Deutsche Bank" ZIP 2009, 460, z.V.b. in BGHZ) und daher die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten gelten.

6 I. Das Berufungsgericht (ZIP 2006, 2370; dazu Kumpan/Mittermeier, ZIP 2009, 404; C. Schäfer/Dette, NZG 2009, 1) hält den angegriffenen Übertragungsbeschluss (§ 327 a AktG) für nichtig gemäß § 241 Nr. 3 AktG. Soweit § 327 a Abs. 1 Satz 1 AktG ein Übertragungsverlangen eines Aktionärs, dem 95 % des Grundkapitals gehören, voraussetze, bedeute dies, dass ein Rechtssubjekt Vollrechtsinhaber der Aktien sein müsse. Insoweit sei zwar auf die formale Eigentümerstellung abzustellen. Jedoch seien Korrekturen bei Rechtsmissbrauch oder bei Gesetzesumgehung angezeigt. Es spreche einiges dafür, dass die Erreichung des Schwellenwerts von 95 % mittels eines Wertpapierdarlehens stets als Umgehungsgeschäft oder das Übertragungsverlangen in diesem Fall als rechtsmissbräuchlich anzusehen sei. Dies könne jedoch dahinstehen, weil ein Rechtsmissbrauch hier jedenfalls deshalb vorliege, weil aufgrund der vertraglichen Ausgestaltung der wirtschaftliche Gehalt der Aktien bei den Darlehensgebern verblieben sei und mit den Wertpapierdarlehen nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten nicht vorrangig der Zweck einer Gewinnerzielung der Darlehensnehmerin durch Weiterveräußerung der "entliehenen" Aktien, sondern deren Bündelung bei der L. Bet.-GmbH auf unbestimmte Zeit - vergleichbar einer treuhänderischen Übertragung - bezweckt gewesen sei. Im Ergebnis entbehre der Übertragungsbeschluss damit einer gesetzlichen Grundlage und sei deshalb nichtig.

7 II. Das Berufungsurteil hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Verschaffung der für § 327 a AktG erforderlichen Kapitalmehrheit von 95 % auf dem Wege eines Wertpapierdarlehens führt weder generell noch in der vorliegenden Ausgestaltung zur Nichtigkeit oder zur Anfechtbarkeit des Übertragungsbeschlusses.

8 1. Fehlgehend meint das Berufungsgericht, es handele sich hier um einen Hauptversammlungsbeschluss "ohne gesetzliche Grundlage" wie im Fall

des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 3. Juli 1991 (BLw 54/95, BGHZ 132, 353). Das Berufungsgericht widerspricht damit insofern sich selbst, als es - zutreffend - davon ausgeht, dass für die Beurteilung, ob einem Aktionär Aktien der Gesellschaft in Höhe von 95 % des Grundkapitals i.S. des § 327 a Abs. 1 Satz 1 AktG "gehören", auf die formale Eigentümerposition abzustellen ist (vgl. Habersack in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 5. Aufl. § 327 a Rdn. 16; Hüffer, AktG 8. Aufl. § 327 a Rdn. 12; Schüppen/Tretter in Haarmann/Schüppen, WpÜG 3. Aufl. § 327 a AktG Rdn. 8 m.w.Nachw.; Schäfer/Dette, NZG 2009, 1, 4 f.) und der Aktienerwerb aufgrund eines Wertpapierdarlehens "grundsätzlich" diese Voraussetzung erfüllt. Ein Wertpapierdarlehen, welches als Sachdarlehen i.S. von § 607 BGB zu qualifizieren ist (vgl. z.B. Schmid/Mühlhäuser, BB 2001, 2609 m.w.Nachw.) vermittelt dem Darlehensnehmer kein "Aktieneigentum zweiter Klasse" (zutreffend Kort, AG 2006, 557, 563), sondern Volleigentum an den "entliehenen" Aktien. Dementsprechend wurde in den vorliegenden Darlehensverträgen vereinbart, "dass mit der Übertragung der Darlehenspapiere das unbeschränkte Eigentum an den Darlehenspapieren auf die Darlehensnehmerin übergeht" und diese "berechtigt ist, mit den Darlehenspapieren nach ihrem Belieben zu verfahren". Allein auf das sachenrechtliche Eigentum an einer Aktienmehrheit von 95 % kommt es nach dem Wortsinn, der Entstehungsgeschichte und der Systematik des § 327 a Abs. 1 Satz 1 AktG an (vgl. dazu im Einzelnen Kumpan/Mittermeier, ZIP 2009, 404, 406 m.Nachw.).

9 a) Entgegen einer vereinzelt im Schrifttum vertretenen Auffassung liegt in der Beschaffung der für § 327 a Abs. 1 Satz 1 AktG erforderlichen Mehrheit von 95 % mittels eines Wertpapierdarlehens auch dann keine zur Nichtigkeit des Übertragungsbeschlusses führende Gesetzesumgehung, wenn dieses Vorgehen lediglich dem - mehr oder weniger vorübergehenden - Erreichen der Beteiligungsschwelle von 95 % dienen soll (so aber Ph. Baums, WM 2001, 1843,

1846; Geibel/Süßmann/Grzimek, WpÜG § 327 f AktG [Art. 7] Rdn. 12). Das Gesetz verlangt lediglich eine Kapitalmehrheit von 95 %, die auch durch Zurechnung gemäß § 327 a Abs. 2 i.V.m. § 16 Abs. 2, 4 AktG zustande kommen kann, und trifft im Übrigen keine Regelung über die erforderliche Art des Erwerbs dieser Beteiligung (Kölner Komm.z.WpÜG/Hasselbach § 327 a AktG Rdn. 27; Hüffer aaO § 327 a Rdn. 7; Kort aaO S. 557 f.; Schäfer/Dette aaO S. 5, 7 zu IV 2; Kumpan/Mittermeier aaO S. 407). Anders als der Zweck einer Eingliederung (§§ 319 ff. AktG), die gemäß § 327 Abs. 1 Nr. 3 AktG u.a. dann kraft Gesetzes endet, wenn erneut Minderheitsaktionäre eintreten, besteht der - für die Frage einer Gesetzesumgehung maßgebliche - Gesetzeszweck der §§ 327 a ff. AktG nicht darin, einem Hauptaktionär die dauerhafte Stellung als Alleinaktionär zu sichern (vgl. Kort aaO S. 560; Krieger, BB 2002, 53, 62; Markwardt, BB 2004, 277, 285; insoweit auch Fleischer, ZGR 2002, 757, 778). Vielmehr geht der Gesetzeszweck der §§ 327 a ff. AktG dahin, im Interesse einer effizienten Unternehmensführung die Ausschließung einer kleinen Aktionärsminderheit mit einer Beteiligung von insgesamt bis zu 5 % aus der Gesellschaft (gegen volle Abfindung) zu ermöglichen, weil ihretwegen ein hoher "Formalaufwand" betrieben werden muss und es "ökonomisch keinen Sinn macht, derart kleine Minderheiten in der AG zu belassen" (Begr.RegE BT-Drucks. 14/7034 S. 31; Schäfer/Dette aaO S. 4). Soweit § 327 a Abs. 1 Satz 1 AktG für einen Squeeze out eine Kapitalmehrheit von 95 % voraussetzt, zielt das Gesetz nicht auf die dauerhafte Verfestigung der Herrschaftsmacht eines Großaktionärs, sondern hat in erster Linie die verbleibenden 5 % als eine "im deutschen Aktienrecht anerkannte Größenordnung für die Festlegung einer Minderheit" im Blick (vgl. Begr.RegE aaO S. 72; Schäfer/Dette aaO S. 4), die keinen Bestandsschutz gegenüber einem Squeeze out genießen soll.

10 b) Es trifft - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - im Übrigen auch nicht zu, dass die in § 327 a Abs. 1 Satz 1 AktG vorausgesetzte Kapital-

mehrheit bei einem einzigen Rechtssubjekt konzentriert sein muss. Das Gegenteil ergibt sich aus der Zurechnungsnorm des § 327 a Abs. 2 i.V.m. § 16 Abs. 4 AktG, der eine Zurechnung der von dem Hauptaktionär nur mittelbar gehaltenen Beteiligungen vorsieht. Danach kann auch durch Addition der Kapitalbeteiligungen des Hauptaktionärs und von ihm abhängiger Gesellschaften die Beteiligungsschwelle von 95 % erreicht werden (vgl. Schäfer/Dette aaO S. 4), was nach den Gesetzesmaterialien ein aufwändiges "Umhängen" der Beteiligungen zwecks Schaffung der formalen Voraussetzungen des § 327 a AktG überflüssig machen soll (Begr.RegE aaO S. 72; Großkomm.z.AktG/Fleischer 4. Aufl. § 327 a Rdn. 37). Daraus ergibt sich zugleich, dass eine Mehrheitsbeschaffung mit dem alleinigen Ziel eines Squeeze out - z.B. durch "Umhängen" von Beteiligungen - vom Gesetzgeber nicht missbilligt wird. Ebenso wenig ist § 327 a AktG ein "Verbot" der nur vorübergehenden Vereinigung der Anteile mehrerer Rechtsträger zum Zwecke eines Squeeze out zu entnehmen (in diesem Sinne aber Ph. Baums aaO; Fleischer, ZGR 2002, 757, 778; Grunewald, ZIP 2002, 18 f.). Allenfalls kann sich bei einer solchen Konstellation die Frage eines Rechtsmissbrauchs stellen, der dann aber ggf. auch nach Auffassung der Mehrzahl der dafür plädierenden Autoren lediglich die Anfechtbarkeit, nicht jedoch die von dem Berufungsgericht angenommene Nichtigkeit des Übertragungsbeschlusses rechtfertigen könnte (vgl. MünchKommAktG/Grunewald 2. Aufl. § 327 a Rdn. 20; Habersack aaO § 327 a Rdn. 27; Großkomm.z.AktG/Fleischer aaO § 327 a Rdn. 36; Singhof in Spindler/Stilz, AktG § 327 a Rdn. 16; gegen Anfechtbarkeit selbst in den im Schrifttum diskutierten Missbrauchsfällen Kölner Komm.z.AktG/Koppensteiner 3. Aufl. § 327 f Rdn. 11).

11 2. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist im vorliegenden Fall auch kein Rechtsmissbrauch gegeben.

12 a) Ebenso wie die Frage einer Gesetzesumgehung (dazu oben 1) lässt sich auch diejenige eines Rechtsmissbrauchs nicht allein anhand der Ziele des Vorgehens, sondern nur in Relation zu der gesetzgeberischen Zielsetzung beurteilen (vgl. Fröde, NZG 2007, 729, 732). Wie schon erwähnt, verfolgen die §§ 327 a ff. AktG das rechtspolitische Ziel, einem Hauptaktionär, dem Aktien der Gesellschaft in Höhe von 95 % des Grundkapitals "gehören", die Ausschließung einer Restminderheit von 5 % im Interesse einer effizienten Unternehmensführung zu ermöglichen. Die Praxis zeige - so die Gesetzesmaterialien -, dass Kleinstbeteiligungen oftmals missbraucht würden, um den Mehrheitsaktionär bei der Unternehmensführung zu behindern und ihn zu - nicht von der Sache her gebotenen - finanziellen Zugeständnissen zu veranlassen (Begr.RegE BT-Drucks. aaO S. 31 f.). Andererseits könnten die Kleinstbeteiligten regelmäßig keinen relevanten Einfluss auf die Unternehmenspolitik nehmen, weshalb ihr Interessenschwerpunkt auf der Vermögenskomponente ihrer Beteiligung liege, deren Verlust mit einer vollen wirtschaftlichen Entschädigung hinreichend kompensiert werde (Begr.RegE aaO S. 32 mit Hinweis auf BVerfGE 100, 289, 305). Die auf Kostenersparnis und Missbrauchseindämmung ausgerichtete Zielsetzung hat auch das Bundesverfassungsgericht gebilligt und ausgeführt, ein Missbrauch könne nicht allein darin gesehen werden, dass ein Mehrheitsaktionär das Ziel verfolge, sich weniger verbliebener Minderheitsaktionäre zu entledigen (BVerfG NJW 2001, 279, 281 "Moto-Meter"; BVerfG ZIP 2007, 1261; 2007, 2121).

13 Mehrheitsaktionärin war die L. Bet.-GmbH auch schon vor der Wertpapierleihe. Ihr hätte die für § 327 a AktG erforderliche Mehrheit in der vorliegenden Familiengesellschaft ebenso gut auch durch zulässiges "Umhängen" der Beteiligungen verschafft werden können (vgl. oben 1.).

14 b) Einer sachlichen Rechtfertigung bedarf der Übertragungsbeschluss gemäß § 327 a AktG nach einhelliger Auffassung nicht (vgl. die Nachweise bei Schäfer/Dette aaO S. 4 Fn. 46). Der Gesetzgeber selbst hat die Abwägung der widerstreitenden Interessen vorgenommen, weshalb der Squeeze out seine Rechtfertigung "in sich" trägt (vgl. Großkomm.z.AktG/Fleischer aaO § 327 a Rdn. 75 m.w.Nachw.; Schäfer/Dette aaO; vgl. auch BGHZ 76, 352, 353 f.; 103, 184, 189 ff.). Der von einem unmittelbar oder mittelbar (vgl. § 327 a Abs. 2 i.V.m. § 16 Abs. 4 AktG) wenigstens 95 % des Grundkapitals haltenden Hauptaktionär verfolgte Zweck, mittels eines Squeeze out Behinderungen bei der Unternehmensführung (einschließlich der Konzernführung) durch die übrigen Inhaber von Klein- und Kleinstbeteiligungen zu vermeiden, ist grundsätzlich legitim, ohne dass es auf das Vorliegen zusätzlicher (übergeordneter) unternehmerischer Gründe im Einzelfall ankommt (vgl. BVerfG ZIP 2007, 2121). Die Legitimität des genannten Zwecks hängt nicht davon ab, wie lange der Hauptaktionär die ihm gehörenden oder ihm gemäß § 16 Abs. 4 AktG zuzurechnenden Aktien unmittelbar oder mittelbar hält (Kort aaO S. 560). Den Interessen der Minderheit, zu welcher die (unmittelbaren) Inhaber von gemäß § 16 Abs. 4 AktG zugerechneten Aktien selbstverständlich nicht gehören (vgl. Schäfer/Dette aaO S. 5), wird durch das Erfordernis einer angemessenen Barabfindung (§ 327 a Abs. 1 Satz 1 AktG) im Sinne einer vollen wirtschaftlichen Entschädigung Rechnung getragen.

15 c) Entgegen einer in Teilen des Schrifttums verbreiteten Auffassung (vgl. z.B. Großkomm.z.AktG/Fleischer aaO § 327 a Rdn. 79; Habersack aaO § 327 a Rdn. 29 jew. m.w.Nachw.) ist aus einer mehr oder weniger vorübergehend beabsichtigten Erreichung der Schwelle von 95 % - wie hier mittels eines Wertpapierdarlehens - für sich allein auch kein Indiz für einen Rechtsmissbrauch vor und bei Fassung des Übertragungsbeschlusses mit der Folge zu entnehmen, dass der Hauptaktionär eine übergeordnete unternehmerische Zielsetzung dar-

legen müsste (vgl. dagegen Kölner Komm.z.WpÜG/Hasselbach § 327 a AktG Rdn. 27; Schnorbus in K. Schmidt/Lutter, AktG § 327 f Rdn. 15; Fröde, NZG 2007, 729, 734; Schäfer/Dette aaO S. 5). Abgesehen davon, dass dies doch wieder auf das - im Gesetz nicht angelegte - Erfordernis einer sachlichen Rechtfertigung hinausliefe, lässt § 327 a AktG völlig offen, auf welche Weise und für wie lange sich der Hauptaktionär die für ein Übertragungsverlangen gemäß § 327 a Abs. 1 AktG erforderliche Mehrheit von 95 % verschafft (vgl. Kort aaO S. 557, 560; Schäfer/Dette aaO S. 5; Schnorbus aaO; wohl auch Kölner Komm.z.AktG/Koppensteiner aaO § 327 f Rdn. 11). Ein beabsichtigtes Halten "auf Ewig" kann fraglos nicht vorausgesetzt werden. Erst recht verlangt das Gesetz nicht, dass der Hauptaktionär die Mehrheit von 95 % gegen Zahlung des vollen Gegenwerts erworben haben muss, sondern knüpft allein an die (formale) Rechtsinhaberschaft an (vgl. Schäfer/Dette aaO). Ein irgendwie geartetes "Haltefristerfordernis" ergäbe keinen Sinn (vgl. Kort aaO S. 561 f.), weil dadurch die Minderheit keinen Bestandsschutz gegenüber einem Squeeze out erlangen würde, die von dem Gesetzgeber bezweckte Flexibilität der Unternehmensführung aber verfehlt oder nachhaltig behindert würde.

16 d) Da das Gesetz eine Mehrheitsbeschaffung mit dem Ziel eines Squeeze out nicht verbietet oder missbilligt, kann - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - ein Rechtsmissbrauch auch nicht darin gesehen werden, dass nach den vorliegenden Darlehensverträgen einzelne mit den "entliehenen" Aktien verbundene Vermögensrechte schuldrechtlich bei den Darlehensgebern verbleiben sollten. Das betrifft lediglich das Innenverhältnis der Vertragsparteien und ändert an dem Erreichen der in § 327 a AktG allein vorausgesetzten Beteiligungsschwelle von 95 % nichts. Soweit das Berufungsgericht einen Missbrauchsaspekt auch darin sehen will, dass die Darlehensnehmerin (L. Bet.-GmbH) eine Weiterveräußerung der "entliehenen" Aktien entgegen dem üblichen Zweck eines Wertpapierdarlehens nicht beabsichtigt habe, konterka-

riert es den von ihm selbst - allerdings zu Unrecht - angenommenen Zweck der §§ 327 a ff. AktG, eine dauerhafte Alleinherrschaft des Hauptaktionärs zu sichern, die im Fall einer Weiterveräußerung der entliehenen Aktien gerade nicht gewährleistet wäre. Maßgeblich sind indes nicht irgendwelche, im Regelfall kaum nachweisbare "Absichten", sondern die vertragliche Regelung, welche einen Vollrechtserwerb des Aktieneigentums durch den Darlehensnehmer vorsieht (vgl. oben II 1 vor a) und mit einer zumindest bis 30. Juni 2007 reichenden und darüber hinaus offenen Laufzeit sogar dem (tatsächlich nicht bestehenden) Erfordernis einer angemessenen "Haltefrist" genügen würde.

17 e) Von einem Rechtsmissbrauch kann im vorliegenden Fall umso weniger ausgegangen werden, als es sich bei der Beklagten um eine Familiengesellschaft handelt, in der schon vor der Aktientransaktion auf die L. Bet.-GmbH eine Aktionärsminderheit von - unter Einschluss der Kläger - weniger als 5 % einem Familienverbund gegenüberstand. Dieser ermöglicht zwar hier keine von den beiden Wertpapierdarlehen unabhängige Zurechnung nach § 16 Abs. 4 AktG. Da aber die darlehenshalber übertragenen Aktien aus dem Familienverbund stammen und darin verbleiben sollen, ist der vorliegende Fall mit einer kurzzeitigen Vereinigung der Anteile mehrerer nur zu Zwecken eines Squeeze out zusammengeschlossener Aktionäre, welche das Schrifttum zum Teil als missbräuchlich ansieht (vgl. Habersack aaO § 327 a Rdn. 29; MünchKommAktG/Grunewald aaO § 327 a Rdn. 21 f.), ohnehin nicht vergleichbar.

18 III. Nach allem kann das angefochtene Urteil mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht bestehen bleiben. Eine abschließende Entscheidung über die Klagen der meisten Kläger gegen den Übertragungsbeschluss ist dem Senat allerdings verwehrt, weil das Berufungsgericht sich - von seinem Rechtsstandpunkt aus konsequent - nicht mit den von etli-

chen Klägern zusätzlich - auch mit entsprechenden Gegenrügen in der Revisionsinstanz - geltend gemachten Anfechtungsgründen, die ggf. allen gemäß § 245 a.F. AktG klagebefugten Klägern zugute kämen (vgl. BGHZ 122, 211, 240; Sen.Urt. v. 16. Februar 2009 - II ZR 185/07 ZIP 2009, 460, 470 Tz. 55), befasst hat. Dazu bedarf es zum Teil noch tatrichterlicher Feststellungen, soweit die geltend gemachten Anfechtungsgründe nicht schon aus Rechtsgründen zu verneinen sind. Abweisungsreif sind indes die Klagen der Kläger zu 14 und 19, weil ihnen schon die Anfechtungsbefugnis gemäß § 245 AktG fehlt und Nichtigkeitsgründe auch von den übrigen Klägern nicht dargetan sind.

19 1. Nach den in der Revisionsinstanz nicht beanstandeten Feststellungen des Berufungsgerichts waren die Kläger zu 14 und 19 in der Hauptversammlung weder anwesend noch vertreten, weshalb ihnen schon aus diesem Grund eine Anfechtungsbefugnis gemäß § 245 Nr. 1 AktG fehlt. Auch eine Anfechtungsbefugnis gemäß § 245 Nr. 2 AktG scheidet aus, weil ein Einberufungs- oder Bekanntmachungsmangel im Sinne dieser Vorschrift nicht vorliegt (vgl. dazu unten IV 1 b). Ebenso wenig besteht eine Anfechtungsbefugnis gemäß § 245 Nr. 3 a.F. AktG i.V.m. § 243 Abs. 2 AktG im Hinblick auf den von der Hauptaktionärin der Beklagten (L. Bet.-GmbH) mit dem Squeeze out erstrebten Vorteil (vgl. § 327 f Satz 1 AktG). Der Kläger zu 19 hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts (BU 16) überdies die Anfechtungsfrist gemäß § 246 Abs. 1 AktG nicht eingehalten.

20 Der sonach gebotenen Abweisung der Klage der Kläger zu 14 und 19 steht nicht entgegen, dass zwischen sämtlichen Klägern eine notwendige Streitgenossenschaft i.S. des § 62 Abs. 1 Fall 1 ZPO besteht, weil es sich insoweit nicht um eine Entscheidung über das gemeinsame streitige Rechtsverhältnis handelt (vgl. Sen.Urt. v. 16. Februar 2009 aaO Tz. 55 "Kirch/Deutsche Bank").

21 2. Was die Klagen der übrigen Kläger angeht, so geht das Berufungsgericht zutreffend von ihrer Klagebefugnis nach der zur Zeit des angefochtenen Hauptversammlungsbeschlusses (und der Klageerhebung) geltenden Vorschrift des § 245 Nr. 1 a.F. AktG aus, weshalb auch diejenigen Kläger klagebefugt sind, die nicht nachgewiesen haben, dass sie die Aktien vor der Bekanntmachung der Tagesordnung erworben haben, wie von der am 1. November 2005 in Kraft getretenen Neufassung des § 245 Nr. 1 AktG vorausgesetzt.

22 Das Fehlen einer Übergangsregelung ist noch kein hinreichender Grund für die Annahme, der Gesetzgeber habe mit der Neufassung des § 245 Nr. 1 AktG auch eine nach altem Recht bereits entstandene Anfechtungsbefugnis beseitigen wollen (vgl. Lochner, ZIP 2006, 135; Neumann/Siebmann, DB 2006, 435). Die Anfechtungsbefugnis ist ein subjektives Recht (vgl. Hüffer aaO § 245 Rdn. 2 m.w.Nachw.), in das ohnehin nicht ohne weiteres durch eine Gesetzesänderung quasi rückwirkend eingegriffen werden kann. Jedenfalls kann von einem entsprechenden Eingriffswillen des Gesetzes nicht ausgegangen werden. Zum einen handelt es sich in § 245 AktG - anders als in dem von der Revision angeführten Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26. Januar 2005 (XII ZR 70/03, NJW 2005, 1428 zur Neuregelung der Vaterschaftsanfechtung) - um Formalregelungen in zeitlicher Hinsicht. Hinzu kommt, dass durch die Neuregelung "Fehlanreize" zum Erwerb von Aktien durch räuberische Aktionäre nach Bekanntmachung der Tagesordnung vermieden werden sollen (vgl. BT-Drucks. 15/5092 S. 27), was sich nicht auf einen schon geraume Zeit vor Inkrafttreten des Gesetzes getätigten Aktienerwerb beziehen kann. Auf die etwaige Kenntnis der oder einiger der Kläger von der bevorstehenden Gesetzesänderung kommt es (entgegen der Ansicht des OLG Frankfurt am Main ZIP 2006, 370, 371 f.) nicht an, weil eine bestehende Rechtslage auch sonst bis zu ihrer Änderung zur Erlangung bestimmter Rechtspositionen ausgenutzt werden kann.

23 Zum gleichen Ergebnis gelangt man hier, wenn man mit dem Berufungsgericht darauf abstellt, dass mit der Gesetzesänderung jedenfalls nicht die Anfechtungsbefugnis in bereits laufenden Anfechtungsprozessen beseitigt werde, und man damit der Sache nach die Grundsätze des intertemporalen Zivilprozessrechts anwendet (vgl. dazu Senat, BGHZ 172, 136, 145 Tz. 25). Zwar handelt es sich bei der Anfechtungsbefugnis gemäß § 245 AktG nicht um eine Prozess-, sondern um eine materielle Klagevoraussetzung (vgl. Sen.Beschl. v. 11. Juni 2007 - II ZR 152/06, AG 2007, 863 Tz. 6). Sie ist aber, wie auch ihre Behandlung im Rahmen der notwendigen Streitgenossenschaft zeigt (vgl. oben III 1), einem prozessualen Erfordernis jedenfalls angenähert.

24 IV. Für das wieder eröffnete Berufungsverfahren weist der Senat im Übrigen auf Folgendes hin:

25 1. Die nachstehenden, von den Klägern geltend gemachten (Nichtigkeits- oder) Anfechtungsgründe sind nicht schlüssig:

26 a) Soweit die Kläger die Verfassungsmäßigkeit des Squeeze out-Verfahrens überhaupt in Abrede stellen, ist auf die gegenteilige, bereits oben dargestellte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu verweisen. Soweit die Höhe der Abfindung im konkreten Fall gerügt wird, ist das weder ein Nichtigkeits- noch ein Anfechtungsgrund (vgl. § 327 f Satz 2 AktG).

27 b) Ein Anfechtungsgrund wegen eines Einberufungs- oder Bekanntmachungsmangels i.S. von § 245 Nr. 2 AktG liegt nicht darin, dass nur der persönlich haftende Gesellschafter J.L. - und nicht auch noch zusätzlich die weitere persönlich haftende Gesellschafterin J.L. GmbH - die Hauptversammlung vom 25. Februar 2005 einberufen und Vorschläge zur Beschlussfassung gemacht hat. Gemäß § 19 (2) der Satzung der Beklagten soll die Hauptversammlung zwar grundsätzlich durch "die persönlich haftenden Gesellschafter" (oder durch

den Aufsichtsrat) einberufen werden. Diese Regelung wird jedoch durch § 12 (1) Abs. 2 der Satzung modifiziert, weil danach die J.L. GmbH nicht geschäftsführungsbefugt ist, solange eine natürliche Person - hier J.L. - geschäftsführungsbefugter persönlich haftender Gesellschafter und zur Wahrnehmung der Geschäftsführung in der Lage ist. Die Einberufung der Hauptversammlung einschließlich der damit in Zusammenhang stehenden Mitteilungen und Bekanntmachungen (§ 283 Nr. 6 i.V.m. §§ 121 ff. AktG) ist in einer KGaA wie der Beklagten Sache der Geschäftsführung und damit grundsätzlich den geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Komplementären zugewiesen (vgl. Großkomm.z.AktG/Assmann/Sethe 4. Aufl. § 283 Rdn. 26; MünchKommAktG/Semler/Perlitt 2. Aufl. § 283 Rdn. 8 f.). Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus § 12 (1) Abs. 3 der Satzung. Im Übrigen wäre es ohnehin eine reine Förmelei, neben der Einberufung und den Beschlussvorschlägen des Komplementärs J.L. entsprechende Maßnahmen der von ihm selbst als Geschäftsführer vertretenen J.L. GmbH zu verlangen, obwohl er zugleich für diese handeln kann. Dadurch unterscheidet sich der vorliegende Fall von dem Handeln des einzelnen Mitglieds eines Kollegialorgans (dazu BGHZ 149, 158).

28 c) Unerheblich ist, dass "die Erklärung nach § 327 b Abs. 3 AktG" der D. AG vom 4. Januar 2005 nur den Gesetzestext dieser Vorschrift wiedergibt, weil der Gesetzgeber zusätzliche Anforderungen nicht aufgestellt hat (vgl. BT-Drucks. 14/7034 S. 72). Insbesondere muss nicht garantiert werden, dass auch in Spruchverfahren festgesetzte Erhöhungen der Abfindung gezahlt werden (vgl. Sen.Beschl. v. 25. Oktober 2005 - II ZR 327/03, ZIP 2005, 2107 f. zu 3.; BVerfG ZIP 2007, 1261 Tz. 27).

29 d) Kein Anfechtungsgrund ist ferner die fehlende Vorlage des Konzernabschlusses für 2004, weil § 327 c Abs. 3 AktG seinem Wortlaut nach eine entsprechende Vorlagepflicht nicht vorsieht und eine darüber hinausgehende Aus-

legung der Vorschrift wegen ihres abschließend enumerativen Charakters nicht in Betracht kommt (vgl. OLG Hamburg ZIP 2003, 2076, 2079; OLG Düsseldorf ZIP 2005, 441; Hüffer aaO § 327 c Rdn. 6 m.w.Nachw.).

30 e) Ebenso wenig erfolgreich und überdies kaum verständlich ist die Rüge, dass von der Beklagten selbst erworbene und dann eingezogene Aktien "bei der Summe der Aktien hätten berücksichtigt werden müssen, da der Kauf entgegen der Ermächtigung nicht an der Börse erfolgt" sei. Die Art und Weise des Aktienerwerbs ist unerheblich, weil gemäß § 327 a Abs. 2 i.V.m. § 16 Abs. 2 Satz 2 AktG eigene Aktien der Gesellschaft ohnehin stets abzusetzen sind. Nach den tatbestandlichen Feststellungen des Berufungsgerichts (§ 314 ZPO; vgl. Musielak/Ball, ZPO 6. Aufl. § 540 Rdn. 6) wurde die Schwelle von 95 % des Grundkapitals (§ 327 a Abs. 1 Satz 1 AktG) erreicht.

31 f) Soweit einige der Kläger geltend machen, dass ein Antrag auf Bestellung eines Sonderprüfers nicht mit den Stimmen der L. Bet.-GmbH hätte abgelehnt werden dürfen, ist schon die Relevanz des angeblichen Verstoßes für den allein noch im Streit stehenden Übertragungsbeschluss gemäß § 327 a AktG nicht ersichtlich.

32 g) Soweit Einwände gegen die Bestellung des Prüfers der Barabfindung durch das Gericht (§ 327 c Abs. 2 Satz 3 AktG) erhoben werden, ist dies im Hinblick auf die (nicht wahrgenommene) Möglichkeit der Anfechtung der gerichtlichen Bestellungsentscheidung (§ 327 c Abs. 2 Satz 4 i.V.m. § 293 c Abs. 2 AktG i.V.m. § 10 Abs. 5 UmwG) unbehelflich. Davon abgesehen liegt in der zeitlich mit der Aufstellung des Berichts durch den Hauptaktionär (§ 327 c Abs. 2 Satz 1 AktG) einhergehenden "Parallelprüfung" gemäß § 327 c Abs. 2 Satz 2 AktG ohnehin kein Verstoß gegen § 327 c Abs. 2 Satz 4, § 293 d Abs. 1

AktG, § 319 Abs. 3 HGB (vgl. Sen.Urt. v. 18. September 2006 - II ZR 225/04, AG 2006, 887 f. Tz. 14; Hüffer aaO § 327 c Rdn. 5 m.w.Nachw.).

33 h) Soweit die Kläger zu 14 und 15 die Nichtigkeit des Übertragungsbeschlusses wegen eines dadurch entstehenden "Sondervorteils für die Beteiligungs-GmbH" geltend machen, steht dem schon § 327 f Satz 1 AktG entgegen.

34 i) Aus Rechtsgründen ohne Erfolg bleibt schließlich die Rüge, die J.L. GmbH habe ihre Mitteilungspflicht gemäß §§ 21, 22 WpHG bezüglich der darlehensweise erfolgten Übertragung ihrer Aktien auf die L. Bet.-GmbH verletzt, weshalb die L. Bet.-GmbH (Darlehensnehmerin) gemäß § 28 WpHG keine Rechte aus den entliehenen Aktien habe ausüben können. Zwar unterschritt der Anteil der J.L. GmbH infolge der darlehensweisen Übertragung ihrer Aktien mehrere Meldeschwellen des § 21 Abs. 1 Satz 1 WpHG. Eine etwaige Verletzung ihrer Mitteilungspflicht wäre aber nicht geeignet, zu einem Verlust der Rechte der L. Bet.-GmbH an den von ihr "entliehenen" Aktien zu führen. Abgesehen davon, dass ein Rechtsverlust gemäß § 28 WpHG nicht auf einen Rechtsnachfolger übergeht (vgl. Assmann/U.H. Schneider, WpHG 4. Aufl. § 28 Rdn. 70), erfasst der Rechtsverlust gemäß § 28 WpHG nur Aktien, die einem Meldepflichtigen gehören oder aus denen ihm Stimmrechte gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder 2 WpHG zugerechnet werden. Ein Fall des § 22 Abs. 1 Nr. 1 WpHG liegt hier nicht vor, weil die Darlehensnehmerin kein Tochterunternehmen der Darlehensgeberin war und ist. Ebenso wenig hielt die L. Bet.-GmbH die Aktien aufgrund des Darlehensvertrages "für Rechnung" der J.L. GmbH i.S. des § 22 Abs. 1 Nr. 2 WpHG. Zwar wird zum Teil vertreten, dass bei einem Wertpapierdarlehen ohne Weiterveräußerungsabsicht des Darlehensnehmers (wie im vorliegenden Fall) § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpHG eingreife und eine Zurechnung "auch zum Darlehensgeber" erfolge (vgl. Assmann/U.H. Schneider aaO § 22 Rdn. 71; Kumpan/Mittermeier, ZIP 2009, 404, 406 m.w.Nachw.). Dies

kann jedoch - in Parallele zu § 22 Abs. 1 Nr. 1 WpHG - richtigerweise nur dann gelten, wenn der Darlehensgeber nach der vertraglichen Regelung auf die Stimmrechtsausübung des Darlehensnehmers Einfluss nehmen kann (so zutreffend Kölner Komm.z.WpHG/v. Bülow § 22 Rdn. 2, 84; Fuchs/Dehlinger/Zimmermann, WpHG § 22 Rdn. 56; Schäfer/Hamann/Opitz, Kapitalmarktgesetze 2. Aufl. § 22 WpHG Rdn. 49). Denn die §§ 22, 28 WpHG stellen die Stimmrechte in den Vordergrund. Nur im Fall eines mittelbaren Stimmrechts des seine Meldepflicht versäumenden Darlehensgebers erscheint die Sanktion eines unmittelbar den Darlehensnehmer treffenden Rechtsverlustes hinsichtlich der "entliehenen Aktien" gerechtfertigt. Ein entsprechendes Einflussnahmerecht der J.L. GmbH auf die Stimmrechtsausübung der L. Bet.-GmbH in der Beklagten ergibt sich jedoch aus dem Wertpapierdarlehensvertrag vom 18. Oktober 2004 nicht.

35 Eine Verletzung der Meldepflicht der L. Bet.-GmbH (Darlehensnehmerin) wird von den Klägern nicht behauptet. Ausweislich der tatbestandlichen Feststellungen des Berufungsgerichts wurde die Mitteilung über die Erhöhung ihres Aktienanteils unter dem 20. Oktober 2004 veröffentlicht (§ 25 Abs. 1 a.F. WpHG).

36 2. Nicht schon aus Rechtsgründen zu verneinen sind hingegen weitere von den oder einzelnen Klägern vorgebrachte Anfechtungsgründe, wie die Behauptung, dass die Barabfindung nicht von der gerichtlich bestellten Prüferin geprüft (§ 327 c Abs. 2 Satz 2 AktG) bzw. der Prüfbericht nicht von ihr unterzeichnet worden sei. Insoweit bedarf es noch tatrichterlicher Feststellungen. Das gleiche gilt für die von den Klägern behaupteten Informationspflichtverletzungen (§ 131 AktG), die - ebenso wie das Fehlen eines Prüfberichts gemäß § 327 c Abs. 2 Satz 2 AktG (vgl. MünchKommAktG/Grunewald aaO § 327 c Rdn. 15) - ggf. zur Anfechtbarkeit des Übertragungsbeschlusses führen können.

Abfindungsbezogene Informationsmängel bleiben allerdings außer Betracht (vgl. auch BGHZ 146, 179, 181 ff.), wie sich - auch unabhängig von der Klarstellung in § 243 Abs. 4 Satz 2 AktG (Art. 1 Nr. 20 UMAG vom 22. September 2005, BGBl. I S. 2802) - aus Sinn und Zweck des § 327 f Abs. 1 Satz 1, 2 AktG ergibt (vgl. Hasselbach aaO § 327 f Rdn. 4; H. Schmidt, FS Ulmer S. 543, 548 ff.). Die Parallele zu § 320 b Abs. 2 Satz 3 AktG (so Hüffer aaO § 327 f Rdn. 2 m.w.Nachw.) überzeugt daher nicht.

37 Weitere Anfechtungsgründe sind in dem von dem Berufungsgericht in Bezug genommenen landgerichtlichen Urteil nur andeutungsweise dargestellt und entziehen sich daher einer revisionsrechtlichen Beurteilung.

38 V. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, die noch erforderlichen Feststellungen, ggf. nach ergänzendem Vortrag der Parteien, zu treffen.

Goette Kraemer Strohn

Caliebe Reichart

Vorinstanzen:
LG Landshut, Entscheidung vom 01.02.2006 - 1 HKO 766/05 -
OLG München, Entscheidung vom 23.11.2006 - 23 U 2306/06 -