BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 392/03

Verkündet am:
13. Februar 2006
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

AktG § 304; SpruchG §§ 1 ff.

Die Festsetzung eines sog. "Null-Ausgleichs" für außenstehende Aktionäre in einem Ergebnisabführungsvertrag mit einer chronisch defizitären Aktiengesellschaft führt weder zur Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 304 Abs. 3 Satz 1 AktG noch zur Anfechtbarkeit des ihm zustimmenden Hauptversammlungsbeschlusses. Eine etwaige Unangemessenheit des Null-Ausgleichs kann gemäß § 304 Abs. 3 Satz 2, 3 AktG nur im Spruchverfahren (§§ 1 ff. SpruchG) geltend gemacht werden.

BGH, Urteil vom 13. Februar 2006 - II ZR 392/03 - OLG Hamm
LG Bochum

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Februar 2006 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Kraemer, Prof. Dr. Gehrlein, Dr. Strohn und Caliebe

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 27. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 18. November 2003 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin ist Aktionärin der Beklagten, einer seit längerem defizitär arbeitenden Straßenbahnen-Aktiengesellschaft. Am 17. April 2002 schloss die Beklagte mit ihrer Mehrheitsaktionärin, der H. GmbH B. , einen Gewinnabführungsvertrag, der dieser die steuerliche Geltendmachung der Verluste der Beklagten im Rahmen einer Organschaft ermöglichen sollte. Der Vertrag sah für außenstehende Aktionäre einen Ausgleich (§ 304 AktG) von "0 Euro" sowie eine Abfindung (§ 305 AktG) von 180 Euro je Stückaktie vor. Diese Beträge hatte der gerichtlich bestellte Vertragsprüfer (§ 293 c AktG) für angemessen erachtet. Die Hauptversammlung der Beklagten stimmte dem Gewinnabführungsvertrag durch Beschluss vom 30. August 2002

- bei einer Gegenstimme - zu (§ 293 AktG), woraufhin die anwesende Vertreterin der Klägerin Widerspruch zur Niederschrift erklärte (§ 245 Nr. 1 AktG).

2 Mit ihrer (form- und fristgerecht erhobenen) Anfechtungsklage begehrt die Klägerin die Nichtigerklärung des Zustimmungsbeschlusses. Sie meint, der Gewinnabführungsvertrag sei gemäß § 304 Abs. 3 Satz 1 AktG nichtig, weil er überhaupt keinen Ausgleich für außenstehende Aktionäre vorsehe. Die Klage blieb in beiden Vorinstanzen erfolglos. Dagegen richtet sich die - von dem Senat auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin zugelassene - Revision der Klägerin.

Entscheidungsgründe:

3 Die Revision ist unbegründet.

4 I. Das Berufungsgericht hat in seinem - gemäß § 540 Abs. 2 ZPO in das Sitzungsprotokoll aufgenommenen - Urteil unter Bezugnahme auf die erstinstanzliche Entscheidung ausgeführt, die Nichtigkeitsfolge des § 304 Abs. 3 Satz 1 AktG greife hier nicht ein, weil eine Sicherung der außenstehenden Aktionäre gegen Dividendenausfall bei einer dauerhaft negativen Ertragsprognose der Gesellschaft nicht erforderlich sei, so dass in solchem Fall ein Ausgleich von 0 Euro vorgesehen werden könne. Die tatsächliche Angemessenheit dieser Festsetzung bzw. die Richtigkeit der ihr zugrunde liegenden Ertragsprognose sei gemäß § 304 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. § 306 (a.F.) AktG ausschließlich im Spruchverfahren, nicht aber auf dem Wege der Anfechtung des Zustimmungsbeschlusses zu klären (§ 304 Abs. 3 Satz 2 AktG).

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

5 II. Das Berufungsurteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

6 1. Die Art der Abfassung des vorliegenden "Protokollurteils" genügt unter den vorliegenden Umständen ausnahmsweise noch den Anforderungen des § 540 Abs. 1 Satz 2 ZPO und nötigt daher nicht zur Aufhebung des Urteils von Amts wegen (vgl. dazu BGH, Urt. v. 10. Februar 2004 - VI ZR 94/03, NJW 2004, 1389 f. zu II 3 m.w.Nachw.). Es handelt sich hier im Wesentlichen um die Beurteilung einer Rechtsfrage; der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt lässt sich aus dem in Bezug genommenen erstinstanzlichen Urteil sowie aus dem Hinweis darauf, dass die Parteien in zweiter Instanz lediglich den Vortrag ihrer Rechtsansichten wiederholt und vertieft hätten, noch so weit entnehmen, dass eine revisionsrechtliche Nachprüfung möglich ist (vgl. dazu BGH aaO; Urt. v. 28. September 2004 - VI ZR 362/03, NJW 2005, 830; vom 6. Februar 2004 - V ZR 249/03, NJW 2004, 1666). Die zweitinstanzlichen Parteianträge ergeben sich aus den gemäß dem Protokoll in Bezug genommenen Schriftsätzen (§§ 297 Abs. 2, 525 ZPO), was bei einem Protokollurteil genügt (BGH, Urt. v. 6. Februar 2004 aaO zu 3 a).

7 2. Entgegen der Ansicht der Revision ist weder der vorliegende Gewinnabführungsvertrag deshalb gemäß § 304 Abs. 3 Satz 1 AktG nichtig noch der ihm zustimmende Hauptversammlungsbeschluss (§ 293 AktG) deshalb gemäß § 243 Abs. 1, 2 AktG anfechtbar, weil der Vertrag einen sog. "Nullausgleich" für außenstehende Aktionäre vorsieht.

8 a) Nach § 304 Abs. 1 Satz 1 AktG muss ein Gewinnabführungsvertrag einen angemessenen Ausgleich für die außenstehenden Aktionäre durch wiederkehrende Geldleistung vorsehen. Die Ausgleichszahlungen dienen als Er-

satz für die infolge des Unternehmensvertrages ausfallende Dividende (vgl. Begr.RegE zum AktG 1965 bei Kropff, Aktiengesetz, S. 394 f.; Hüffer, AktG 6. Aufl. § 304 Rdn. 5); dementsprechend ist gemäß § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG in dem Unternehmensvertrag die jährliche Zahlung zumindest desjenigen Betrages zuzusichern, der ohne den Vertrag nach der bisherigen Ertragslage und den künftigen Ertragsaussichten der Gesellschaft voraussichtlich als Gewinnanteil auf die einzelne Aktie verteilt werden könnte (vgl. Senat, BGHZ 156, 57, 60 f.; Hüffer aaO; Koppensteiner in Kölner Komm.z.AktG 3. Aufl. § 304 Rdn. 2). Ist sonach der Ausgleich nach den Ertragsaussichten bzw. nach dem voraussichtlichen Gewinnanteil zu bemessen, kann es nicht schlechthin unzulässig sein, in einem Gewinnabführungsvertrag mit einer chronisch defizitären Gesellschaft (als abhängigem Unternehmen) - wie hier der Beklagten - einen sog. "Nullausgleich" vorzusehen. Das entspricht auch der weit überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum (vgl. BayObLG, AG 1995, 509, 512; OLG Düsseldorf, AG 1999, 89, 90; Bilda in MünchKommAktG 2. Aufl. § 304 Rdn. 91; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-KonzernR 3. Aufl. § 304 Rdn. 35; Hartmann/Hartmann, Festschrift Pleyer, S. 287 ff., 297, 299; Hirte in GroßkommAktG 4. Aufl. § 304 Rdn. 84; Hüchting, Abfindung und Ausgleich im aktienrechtlichen Beherrschungsvertrag [1972] S. 70 f.; Hüffer aaO § 304 Rdn. 12; Krieger in MünchHdbAG 2. Aufl. § 70 Rdn. 72; Lutter/Drygalla, AG 1995, 49, 51; Brauksiepe, BB 1971, 109; a.A. Geßler in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG § 304 Rdn. 86; Koppensteiner aaO § 304 Rdn. 60, 68; Maul, DB 2002, 1423 f.; Meilicke, DB 1974, 417, 418; ders. in Heidel, Aktienrecht § 304 Rdn. 31, 37). § 304 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 AktG verlangen nicht mehr als einen den Ertragsaussichten "angemessenen" Ausgleich. Sind die (fiktiven) Ertragsaussichten der Gesellschaft - am Stichtag des Hauptversammlungsbeschlusses gemäß § 293 Abs. 1 AktG (vgl.

Senat, BGHZ 138, 136, 139 f.) - minimal, ist auch nur ein Minimalausgleich angemessen. Ist kein Ertrag zu erwarten, korreliert der angemessene Ausgleich dementsprechend mit 0,00 €. Einen darüber hinausgehenden Ausgleich fordern § 304 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 AktG nicht. Auf steuerliche oder sonstige Vorteile, welche der Unternehmensvertrag für den anderen Vertragsteil mit sich bringt, kommt es für den Ausgleich gemäß § 304 AktG nicht an. Dieser ist keine Gegenleistung für Vorteile des anderen Vertragsteils (vgl. Senat, BGHZ 138, 136, 138).

9 aa) Nicht überzeugend ist der Einwand, der andere Vertragsteil, der den Unternehmensvertrag mit einer defizitären Gesellschaft abschließe, lasse damit erkennen, dass er sich eine angemessene Verzinsung des Gesellschaftsvermögens jedenfalls nach einer gewissen Anlaufzeit verspreche (so Geßler aaO § 304 Rdn. 86). Gerade am Beispiel der unmittelbar oder mittelbar von der öffentlichen Hand beherrschten und gemeinnützige Aufgaben erfüllenden Nahverkehrsunternehmen - wie der Beklagten - zeigt sich, dass es sich dabei um eine tatsächlich ungesicherte Hypothese handelt (vgl. Koppensteiner aaO § 304 Rdn. 60). Davon abgesehen wären derartige Erwartungen mit realem Hintergrund bereits bei der Ertragsprognose gemäß § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG zu berücksichtigen (vgl. Hartmann/Hartmann aaO S. 296), deren etwaige Unrichtigkeit, wie noch auszuführen ist (vgl. unten b), weder die Nichtigkeitsfolge des § 304 Abs. 3 Satz 1 AktG noch die Anfechtbarkeit des Zustimmungsbeschlusses (§ 293 Abs. 1 AktG), sondern allein eine Korrektur im Spruchverfahren rechtfertigen könnte (vgl. § 304 Abs. 3 Satz 2, 3 AktG).

10 bb) Ebenso wenig verlangt der Gesetzeszweck des § 304 AktG in Gegenüberstellung zu § 305 AktG, dass der Unternehmensvertrag in jedem Fall

eine Ausgleichszahlung vorsehen muss, die dem außenstehenden Aktionär eine wirtschaftlich interessante Alternative zu einem Ausscheiden aus der Gesellschaft gegen Abfindung gemäß § 305 AktG bietet und im Fall einer Verlustgesellschaft an einer angemessenen Verzinsung ihres Liquidationswerts zu orientieren ist (so aber Koppensteiner aaO § 304 Rdn. 52, 60; Meilicke, DB 1974, 417 f.). Abgesehen davon, dass auch der Liquidationswert einer abhängigen Verlustgesellschaft (nach Abzug der Schulden) "gleich null" sein kann, widerspricht diese Auffassung dem Wortlaut und der Konzeption des § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG, der lediglich einen Mindestausgleich in Höhe des fiktiven "Gewinnanteils" gebietet. Auf eine feste Verzinsung seines Anteils am Liquidationswert der Gesellschaft hätte der Aktionär auch ohne den Unternehmensvertrag, für dessen Folgen er entschädigt werden soll, keinen Anspruch (vgl. Bilda; Hüffer; Krieger jeweils aaO). Durch den Unternehmensvertrag wird der Charakter der Aktie als Risikopapier, das keine feste Verzinsung des eingesetzten Kapitals verspricht, nicht verändert (vgl. Hartmann/Hartmann aaO). Die Überlegung, dass ein sorgfältig handelnder Vorstand Defizite verursachendes Betriebsvermögen entweder anderweitig rentabel einzusetzen oder zu veräußern habe (so Koppensteiner aaO), rechtfertigt ebenfalls nicht ohne weiteres eine Verzinsung des Liquidationswerts, sondern könnte allenfalls bei der langfristigen Ertragsprognose im Rahmen des festen Ausgleichs gemäß § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG Berücksichtigung finden. Insoweit handelt es sich aber wiederum um eine Frage der Grundlagen des angemessenen Ausgleichs, die nicht im vorliegenden Anfechtungsprozess, sondern im Spruchverfahren zu klären ist, weshalb hier dahinstehen kann, ob die genannte Überlegung im Fall der Beklagten realistisch ist.

11 Auch aus dem Postulat grundsätzlicher Gleichwertigkeit der beiden Alternativen, die das Gesetz dem außenstehenden Aktionär in § 304 und § 305 AktG zur Verfügung stellt, lässt sich ein Mindestausgleich in Höhe der marktüblichen Verzinsung des Liquidationswerts nicht ableiten (vgl. Emmerich aaO § 304 Rdn. 38 f.; a.A. Koppensteiner aaO Rdn. 60), zumal der Gesetzgeber dieses Postulat nicht als zwingendes Prinzip normiert (so auch Koppensteiner aaO Rdn. 54) und eine Äquivalenz von Ausgleich und Abfindung nicht in jedem Fall für gegeben erachtet hat (vgl. Begr.RegE bei Kropff aaO S. 397; Hirte aaO § 304 Rdn. 114). Die Abfindung gemäß § 305 AktG ersetzt den Wert der Beteiligung insgesamt, der Ausgleich gemäß § 304 AktG die Gewinnanteile des außenstehenden Aktionärs bei fortbestehender Beteiligung an der abhängigen Gesellschaft (vgl. Senat, BGHZ 135, 374, 379). Zwar ist es von Verfassungs wegen geboten, dass sowohl Abfindung als auch Ausgleich - "je für sich gesehen" - zur "vollen" Entschädigung des außenstehenden Aktionärs für die mit dem Abschluss des Unternehmensvertrages verbundene Beeinträchtigung seiner Vermögens- und Herrschaftsrechte führen (BVerfG ZIP 1999, 1804, 1806). Wer aber ohnehin wegen anhaltender Ertragslosigkeit der Gesellschaft keine Dividende zu erwarten hat, würde durch Ausgleichszahlungen nicht entschädigt, sondern besser gestellt, als er ohne den Unternehmensvertrag stünde (vgl. Bilda aaO § 304 Rdn. 91), zumal er für dessen Dauer vor weiter auflaufenden Verlusten "seiner" Gesellschaft durch die Verlustausgleichspflicht des anderen Vertragsteils (§ 302 AktG) geschützt wird (vgl. Brauksiepe aaO). Das verbleibende Risiko fehlender Überlebensfähigkeit der Gesellschaft nach Ende des Unternehmensvertrags kann nicht durch einen angemessenen Ausgleich (§ 304 AktG), sondern nur durch eine Barabfindung (§ 305 AktG) kompensiert werden (vgl. Senat, BGHZ 135, 374, 379; Hirte aaO § 304 Rdn. 114; Koppensteiner aaO § 304 Rdn. 53).

12 Es ist in der Eigenart eines dauerhaft defizitären Unternehmens begründet, dass die Abfindung (§ 305 AktG) deutlich attraktiver sein kann als der Ausgleich (§ 304 AktG). Unabhängig davon ist es den Parteien des Unternehmensvertrages unbenommen, eine der beiden Alternativen über den gesetzlich vorgegebenen Mindestbetrag hinaus bewusst attraktiver auszugestalten, um hierdurch die außenstehenden Aktionäre zum Verbleib in der oder zum Ausscheiden aus der Gesellschaft zu bewegen (vgl. Hartmann/Hartmann aaO S. 292 f.; Koppensteiner aaO Rdn. 53). Aus dem Unterschied zwischen der im vorliegenden Fall angebotenen Abfindung von 180,00 € je Stückaktie und dem Ausgleich von 0,00 € lässt sich jedenfalls dessen Unangemessenheit nicht zwangsläufig entnehmen. Auch das wäre im Übrigen nicht im vorliegenden Rechtsstreit, sondern im Spruchverfahren zu entscheiden.

13 cc) Soweit das Bundesverfassungsgericht (aaO sowie ZIP 1999, 1436; dazu Senat, BGHZ 147, 108) eine Berücksichtigung des Börsenkurses der Aktien auch im Rahmen des § 304 AktG gefordert hat, betrifft dies nur das Umtauschverhältnis im Rahmen des variablen Ausgleichs gemäß § 304 Abs. 2 Satz 3, 4 AktG, nicht jedoch den - im vorliegenden Fall wegen der Rechtsform des anderen Vertragsteils als GmbH allein in Betracht kommenden - festen Ausgleich gemäß § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG (vgl. Koppensteiner aaO § 304 Rdn. 55 m.w.Nachw.).

14 b) Entgegen der Ansicht der Revision folgen die Unzulässigkeit eines Nullausgleichs und die Anfechtbarkeit des ihm zustimmenden Hauptversammlungsbeschlusses auch nicht daraus, dass gemäß § 304 Abs. 3 Satz 1 AktG ein Unternehmensvertrag nichtig ist, der "entgegen Absatz 1 überhaupt keinen Ausgleich vorsieht". Die Festsetzung eines Nullausgleichs ist dem nicht gleich-

zustellen. Der Gesetzgeber hat die Ausgleichsproblematik bei chronisch defizitären Gesellschaften nicht erkannt (vgl. Begr.RegE bei Kropff aaO; Koppensteiner aaO § 304 Rdn. 60); er hatte bei Schaffung der Vorschrift nur Fälle im Auge, in denen ein positiver Ausgleich geboten bzw. angemessen, aber ohne Rücksicht hierauf nicht vorgesehen ist und es damit schon an einem Substrat für eine Angemessenheitsprüfung gemäß §§ 293 a Abs. 1, 293 e Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG fehlt. Deutlich zum Ausdruck gebracht hat der Gesetzgeber hingegen, dass Fragen der Angemessenheit einer Ausgleichsregelung weder die Wirksamkeit des Unternehmensvertrages berühren noch im Wege der Anfechtung des Zustimmungsbeschlusses (§ 293 Abs. 1 AktG) geltend zu machen, sondern ausschließlich in dem - ggf. zu einer Erhöhung des Ausgleichs führenden - Spruchverfahren (§ 306 a.F. AktG; jetzt §§ 1 ff. SpruchG v. 12. Juni 2003, BGBl. I 838) zu klären sind (vgl. § 304 Abs. 3 Satz 2, 3 AktG; Begr.RegE aaO). Die Festsetzung eines Nullausgleichs ist - ebenso wie eine sonstige Ausgleichsregelung - das Ergebnis einer Angemessenheitsprüfung "der Höhe nach" und unterliegt dem dafür gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren unter Einschluss der Berichtspflichten gemäß §§ 293 a Abs. 1, 293 e Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG. Ob der Nullausgleich tatsächlich "angemessen" i.S. von § 304 Abs. 1 Satz 1 AktG oder eine Erhöhung geboten ist, ist auch hier nicht im Anfechtungsprozess, sondern im Spruchverfahren zu entscheiden (vgl. auch BayObLG, AG 1995, 509; OLG Düsseldorf, AG 1999, 89, 90). Da Fragen der Angemessenheit des festgesetzten Ausgleichs - einschließlich eines Nullausgleichs - die Wirksamkeit des Unternehmensvertrages nicht berühren, bedarf es (entgegen der Ansicht von Meilicke in Heidel aaO § 304 Rdn. 37) der Festsetzung eines "mindestens symbolischen Ausgleichs" auch nicht zu dem Zweck, um dem Registerrichter die Eintragung des Unternehmensvertrages gemäß

§ 298 AktG ohne langwierige Prüfung der Angemessenheit eines Nullausgleichs zu ermöglichen.

15 Ob und auf welchem Wege ein "fester" Ausgleich i.S. von § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG - einschließlich eines Nullausgleichs - einer regelmäßigen Überprüfung zuzuführen und im Fall einer am Stichtag des Hauptversammlungsbeschlusses (§ 293 Abs. 1 AktG; vgl. Senat, BGHZ 138, 136, 139 f.) nicht vorherzusehenden Ertragsentwicklung entsprechend "anzupassen" ist (dazu Bilda aaO § 304 Rdn. 91; Emmerich aaO § 304 Rdn. 35; Hartmann/Hartmann aaO S. 287, 297, 299; Lutter/Drygalla, AG 1995, 49), bedarf hier keiner Entscheidung, weil dies der vorliegenden Anfechtungsklage jedenfalls nicht zum Erfolg verhelfen könnte.

16 c) Ebenso unbehelflich ist im vorliegenden Anfechtungsprozess schließlich die Revisionsrüge, das Berufungsgericht sei den Einwänden der Klägerin gegen die von der Beklagten behauptete Ertragslosigkeit nicht nachgegangen.

Damit kann die Klägerin nur in dem - von ihr bereits eingeleiteten - Spruchstellenverfahren gemäß § 306 a.F. AktG, nicht aber im vorliegenden Rechtsstreit Gehör finden, wie das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend ausführt.

Goette Kraemer Gehrlein

Strohn Caliebe

Vorinstanzen:
LG Bochum, Entscheidung vom 19.02.2003 - 13 O 192/02 -
OLG Hamm, Entscheidung vom 18.11.2003 - 27 U 66/03 -