BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 27/05

Verkündet am:
8. Mai 2006
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

AktG § 305

a) Der Anspruch auf Abfindung nach § 305 AktG ist kein wertpapiermäßig in der Aktie verkörpertes Mitgliedschaftsrecht, sondern ein schuldrechtlicher Anspruch auf der Grundlage des Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrages gegen das herrschende Unternehmen.

b) Der Abfindungsanspruch entsteht aufgrund des Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrages stets originär in der Person eines jeden außenstehenden Aktionärs.

c) Nach dem Ende des Unternehmensvertrages kann die Rechtsstellung eines außenstehenden Aktionärs i.S. von § 305 AktG nicht mehr neu erworben werden. Das gilt auch im Fall des sog. vertragsüberdauernden Spruchverfahrens. In dieser Konstellation gilt der materiell-rechtliche Fortbestand der Abfindungsberechtigung während der Anhängigkeit des Spruchverfahrens (BGHZ 135, 374) nur zugunsten der im Zeitpunkt der Beendigung des Unternehmensvertrages vorhandenen außenstehenden Aktionäre, nicht hingegen für künftige Erwerber von Aktien der ehemals abhängigen Gesellschaft.

BGH, Urteil vom 8. Mai 2006 - II ZR 27/05 - OLG Jena
LG Gera

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Mai 2006 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Dr. Kurzwelly, Kraemer, Prof. Dr. Gehrlein und Caliebe

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 22. Dezember 2004 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte auf die Berufung des Klägers zu 3 zur Zahlung von 292.272,75 € nebst Zinsen gegen Übereignung von 11.025 Stückaktien der D. AG, J. (W. 8) verurteilt worden ist.

Die Berufung des Klägers zu 3 gegen das Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Gera vom 1. April 2003 wird insgesamt zurückgewiesen.

Der Kläger zu 3 trägt die Kosten beider Rechtsmittelzüge.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die beklagte Je. AG ist aufgrund einer Verschmelzung Rechtsnachfolgerin der H. V. GmbH, die im Jahre 1993 als herrschendes Unternehmen mit der D. AG (D.) einen Beherrschungs- und Gewinnabführungs-

vertrag (Unternehmensvertrag - UV -) abgeschlossen und sich darin u.a. verpflichtet hatte, auf Verlangen eines außenstehenden Aktionärs der D. dessen Aktien gegen Zahlung einer Barabfindung von - umgerechnet - 26,51 € je Aktie zu erwerben (§ 5 Abs. 1 UV). Im Laufe eines von einzelnen Aktionären der D. eingeleiteten, während der Vorinstanzen noch im Rechtsmittelzug anhängigen Spruchverfahrens gemäß § 306 a.F. AktG zur Überprüfung der Angemessenheit der angebotenen Abfindung, kündigte die Beklagte den Unternehmensvertrag zum 31. Dezember 1999. Zu diesem Zeitpunkt befanden sich etwa 99,2 % der D.-Aktien, deren Kurs damals bei 30,00 € lag, im Besitz der Beklagten. Die Vertragsbeendigung wurde am 22. Februar 2000 in das Handelsregister eingetragen und die Eintragung am 17. März 2000 bekannt gemacht. Die Beklagte veräußerte in der Folgezeit einen Teil der von ihr gehaltenen D.-Aktien über die Börse und über Makler. Die D. führte von 2002 bis 2004 mehrere Kapitalerhöhungen durch, wodurch weitere Aktien in den Börsenumlauf gelangten. Der Börsenkurs der D.-Aktie lag Mitte des Jahres 2000 bei ca. 60,00 €, erreichte in jenem Jahr den Höchststand von knapp 100,00 €, entwickelte sich aber seit Anfang 2001 negativ; am 6. Dezember 2002 lag der Kurs bei 7,38 € und erreichte im Jahre 2005 seinen Tiefststand von 1,75 €.

2 Mit vorgerichtlichem Schreiben vom 12. April 2002 forderten die Kläger zu 1 bis 3 von der Beklagten die Zahlung von Abfindungen nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übertragung der von ihnen gehaltenen D.-Aktien. Da die Beklagte eine Erfüllung der Forderung ablehnte, solange die Kläger nicht den Nachweis erbracht hätten, dass sie ihre Aktien vor Beendigung des Unternehmensvertrages erworben haben und dementsprechend die Rechtsstellung abfindungsberechtigter außenstehender Aktionäre besitzen, haben die Kläger entsprechende Leistungsklagen erhoben. Sie haben die Ansicht vertreten, nicht

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

beweisbelastet für den Erwerb abfindungsberechtigter Aktien zu sein, da die Beklagte durch den Verkauf eigener, nicht abfindungsberechtigter Aktien ohne deren Kennzeichnung mit einer neuen Wertpapierkennnummer am Kapitalmarkt eine Vermischung von Aktien mit Abfindungsanspruch und solchen ohne Abfindungsanspruch schuldhaft verursacht und ihnen dadurch den Beweis ihres Abfindungsrechts unmöglich gemacht habe.

3 Auf den vom Landgericht geforderten Nachweis ihrer Abfindungsberechtigung haben die Kläger lediglich eine Bankbestätigung über ihre Eigenschaft als D.-Aktionäre im Zeitpunkt der Klageerhebung vorgelegt; im Übrigen haben sie hingegen übereinstimmend erklärt, dass sie nicht in der Lage und auch nicht dazu bereit seien, den Zeitpunkt des Erwerbs der von ihnen gehaltenen Aktien nachzuweisen, einer dahingehenden gerichtlichen Auflage würden sie nicht nachkommen. Daraufhin hat das Landgericht die Klagen abgewiesen, weil die Kläger für die anspruchsbegründende Voraussetzung, abfindungsberechtigte außenstehende Aktionäre aufgrund Aktienerwerbs vor Beendigung des Unternehmensvertrages zu sein, beweisfällig geblieben seien.

4 Auf die nur von dem Kläger zu 3 (nachfolgend: Kläger) eingelegte Berufung hat das Berufungsgericht seiner Klage auf Zahlung einer Abfindung von 292.272,75 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übereignung von 11.025 Stückaktien der D. stattgegeben und dessen Rechtsmittel nur hinsichtlich eines geringfügigen Teils des Zinsanspruchs zurückgewiesen. Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision erstrebt die Beklagte die (vollständige) Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision der Beklagten ist begründet und führt unter teilweiser Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Zurückweisung auch der weitergehenden Berufung des Klägers und damit zur vollständigen Abweisung der Klage.

6 I. Das Oberlandesgericht (ZIP 2005, 525) hat zur Begründung seiner - gegenteiligen - Entscheidung ausgeführt:

7 Der Abfindungsanspruch nach § 305 AktG sei als in der Aktie verkörperter Anspruch verkehrsfähig und gehe im Falle des noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Spruchverfahrens auch nach Beendigung des Beherrschungsvertrages mit der Veräußerung der Aktie von dem abfindungsberechtigten Veräußerer auf einen zum Kreis außenstehender Aktionäre gehörenden Erwerber über. Zwar müsse grundsätzlich der Kläger beweisen, dass er "abfindungsberechtigte" Aktien erworben habe. Doch kehre sich im vorliegenden Fall die Beweislast um, weil die Beklagte diese Beweisführung dadurch schuldhaft vereitelt habe, dass sie nach Beendigung des Unternehmensvertrages D.-Aktien auf den Markt geworfen habe, ohne diese - nicht abfindungsberechtigten - Aktien mit einer eigenen Wertpapierkennnummer besonders zu kennzeichnen, so dass dadurch abfindungs- und nicht abfindungsberechtigte Aktien ununterscheidbar vermischt worden seien. Die Beklagte müsse sich daher - selbst wenn der Kläger die Aktien erst nach Beendigung des Unternehmensvertrages erworben haben sollte - diesem gegenüber so behandeln lassen, als habe er die Aktien von außenstehenden Aktionären, d.h. unter Einschluss des Abfindungsanspruchs, erworben.

8 II. Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

9 Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung der geltend gemachten Abfindung gegen Erwerb seiner 11.025 Stückaktien der D. aus § 5 Abs. 1 UV in Verbindung mit § 305 Abs. 1, 4 AktG. Denn er hat nicht den - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - ihm obliegenden Nachweis für die anspruchsbegründende Tatsache geführt, dass er auch in der hier vorliegenden besonderen Konstellation des sog. vertragsüberdauernden Spruchverfahrens die persönliche Eigenschaft als "außenstehender Aktionär", an die § 5 Abs. 1 UV in Übereinstimmung mit der zwingenden gesetzlichen Regelung des § 305 Abs. 1 AktG die Anspruchsberechtigung hinsichtlich des Abfindungsanspruchs knüpft, vor Beendigung des Unternehmensvertrages erworben hat; danach ist für eine - vom Oberlandesgericht postulierte - Beweislastumkehr zu Lasten der Beklagten wegen einer vermeintlich von ihr zu verantwortenden Beweisvereitelung kein Raum.

10 1. a) Nach § 5 Abs. 1 UV ist - wortgleich mit der zwingenden gesetzlichen Regelung in § 305 Abs. 1 AktG - das im Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag verankerte Abfindungsangebot des herrschenden Unternehmens ausschließlich an "außenstehende" Aktionäre der beherrschten Gesellschaft gerichtet. Ein Aktionär, der durch Ausübung der eingeräumten Option das Abfindungsrecht im Prozessweg geltend macht, hat als Kläger diese anspruchsbegründende persönliche Eigenschaft grundsätzlich darzulegen und zu beweisen. Als außenstehende Aktionäre kommen während der Dauer des Beherrschungsvertrages nach Sinn und Schutzzweck des Gesetzes - das selbst keine Definition enthält - alle Aktionäre der abhängigen Gesellschaft mit Ausnahme des anderen Vertragsteils und derjenigen Aktionäre in Betracht, die aufgrund rechtlich fundierter wirtschaftlicher Verknüpfung mit dem anderen Vertragsteil von der Gewinnabführung unmittelbar oder mittelbar in ähnlicher Weise

profitieren wie dieser (vgl. Hüffer, AktG 7. Aufl. § 304 Rdn. 2 m. umfangreichen Nachw.; RegE bei Kropff, AktG 1965, S. 385).

11 b) Aus dem Wortlaut des Gesetzes und des gleichlautenden Unternehmensvertrages wie auch insbesondere aus dem Vertrags- bzw. Gesetzeszweck der Sicherung des außenstehenden Aktionärs gegen die Beeinträchtigung seiner aus der Mitgliedschaft abgeleiteten Herrschaftsrechte (BGHZ 135, 374, 379; 138, 136, 139) folgt zugleich, dass während der Dauer des Unternehmensvertrages in der Person eines jeden Aktienerwerbers, der nicht dem anderen Vertragsteil zuzuordnen und damit außenstehender Aktionär ist, mit dem Erwerb der Aktie - unabhängig vom Erwerbszeitpunkt, der Person des Veräußerers und insbesondere auch der dogmatischen Konstruktion - zugleich das Abfindungsrecht entsteht (so zutreffend Bayer, ZIP 2005, 1053, 1058; Bilda, NZG 2005, 375, 378). Das gilt namentlich auch für solche Aktionäre, die ihre Aktien vom herrschenden Unternehmen oder von der beherrschten Gesellschaft selbst (auch nachträglich) - etwa bei Aktien aus einer Kapitalerhöhung (vgl. dazu LG München AG 1998, 147; Emmerich in Emmerich/Habersack, AktG- und GmbH-Konzernrecht, 4. Aufl. § 305 Rdn. 21) - erworben haben, obwohl in einer derartigen Konstellation von Rechts wegen ein Abfindungsoptionsrecht - das nichts anderes als ein durch die Beherrschungssituation gerechtfertigtes individuelles "Sonderaustrittsrecht" gegen angemessene Abfindung darstellt - in der Person des Veräußerers nicht bestanden haben kann, von diesem also auch nicht - "derivativ" - ableitbar ist. Da selbst bei einem derartigen Aktienerwerb der Erwerber unbestreitbar die Rechtsstellung jedenfalls als außenstehender Aktionär im Sinne des Gesetzes erlangt, erscheint es unvertretbar, ihm nicht zugleich - und zwar zweifelsfrei originär "ad personam" - die nach dem Unternehmensvertrag bzw. von Gesetzes wegen ohne Einschränkung als Rechtsfolge angeordnete Abfindungsberechtigung zuzuerkennen (so zutreffend Bayer aaO

S. 1058; für diesen Fall offenbar zustimmend auch: Altmeppen in Festschrift Ulmer, 3, 5; Hirte in Festschrift Hadding, 427, 429 m.w.Nachw.; Würdinger in Großkomm.z.AktG 3. Aufl. § 304 Anm. 5: "ipso iure"; vgl. auch Koppensteiner in Kölner Komm.z.AktG 3. Aufl. § 304 Rdn. 17 - zum Ausgleich; a.A. offenbar Emmerich aaO § 305 Rdn. 21; Habersack, AG 2005, 709, 711).

12 Irgendwelche - etwa dem anderen Vertragsteil anzulastende - Beweisschwierigkeiten können in dieser Phase des bei bestehendem Unternehmensvertrag stattfindenden Aktienerwerbs für den Anspruchsteller hinsichtlich seiner Position als außenstehender Aktionär und damit zugleich als Abfindungsoptionsberechtigter nicht auftreten.

13 c) An diesem Befund ändert sich durch die im vorliegenden Fall bestehende besondere Situation, dass die Vertragsbeendigung während eines noch andauernden Spruchverfahrens eingetreten ist, nichts. Zwar kann es an sich nach dem Ende des Unternehmensvertrags begrifflich keine "außenstehenden" Aktionäre mehr geben, da die vertragliche Verbindung zwischen herrschendem und beherrschtem Unternehmen gerade nicht weiterbesteht. Jedoch ist in diesem Fall, wie der Senat bereits entschieden hat, der Abfindungsanspruch nach § 305 Abs. 1 AktG - unter Berücksichtigung der besonderen Regelungen der Absätze 4 Satz 3 und 5 Satz 2 dieser Norm - zugunsten der zu diesem Zeitpunkt vorhandenen außenstehenden Aktionäre, deren Dispositionsfreiheit im Hinblick auf die ihnen nicht anzulastende Dauer des Spruchverfahrens Schutz gebührt, bis zur Entscheidung des Spruchgerichts als fortbestehend anzusehen, gleichviel ob diese dem Spruchverfahren beigetreten sind oder nicht (BGHZ 135, 374, 380).

14 Übt ein Kläger demnach - wie hier - nach der Beendigung des Unternehmensvertrages sein Abfindungsrecht aus, muss er jedenfalls beweisen,

dass er seine Aktien vor diesem Zeitpunkt erworben hat; dies ist etwa durch Vorlage einer Wertpapierabrechnung oder einer Bestätigung der depotführenden Bank ohne weiteres möglich (so zutreffend Ruoff, DB 2005, 2201, 2205).

15 2. An dieser Darlegungs- und Beweislast ändert sich auch dann nichts, wenn der Kläger - was er als möglich bezeichnet hat - die Aktien, hinsichtlich derer er nunmehr die Abfindungsoption ausüben möchte, erst nach Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages erworben hat.

16 In diesem Fall stellt sich das vom Berufungsgericht in den Mittelpunkt seiner Überlegungen zur Beweislastumkehr gerückte Problem einer "Vermischung und Vermengung" von nach § 305 AktG abfindungsberechtigten und nicht abfindungsberechtigten Aktien schon deshalb nicht, weil nach Beendigung des Unternehmensvertrages in der hier vorliegenden Sonderkonstellation eines vertragsüberdauernden Spruchverfahrens die persönliche Eigenschaft eines außenstehenden Aktionärs, an die Gesetz und Vertrag die Abfindungsberechtigung knüpfen, auch dann nicht mehr neu erworben werden kann, wenn der Kläger seinen (rechtsgeschäftlichen) Aktienerwerb von einem im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung außenstehenden Aktionär ableitet. Die "Fiktion" des Fortbestandes der Rechtsstellung als außenstehender Aktionär während der Dauer des vertragsüberlebenden Spruchverfahrens zum Schutze der Dispositionsfreiheit allein des bei Beendigung des Unternehmensvertrages vorhandenen Aktionärs endet jedenfalls dann, wenn dieser die Entscheidung trifft, von der Option keinen Gebrauch zu machen, indem er sich von seiner Investition auf andere Weise, nämlich durch Veräußerung der Aktie am Kapitalmarkt, trennt; eine Perpetuierung dieser Fiktion in der Person des die Aktie nach Beendigung des Unternehmensvertrages erwerbenden Dritten kommt weder nach dem Wortlaut

noch nach Sinn und Zweck des Gesetzes bzw. der inhaltsgleichen vertraglichen Abfindungsregelung in Betracht.

17 a) Der Senat vermag schon im Ansatz der im Anschluss an die herrschende Meinung im Schrifttum (vgl. Altmeppen aaO S. 12; Emmerich aaO § 305 Rdn. 20; Geßler in Geßler/Hefermehl/Eckard/Kropff, AktG § 305 Rdn. 15; Habersack aaO S. 711; Hasselbach/Hirte in Großkomm.z.AktG 4. Aufl. § 305 Rdn. 12; Hirte aaO S. 431; Koppensteiner aaO § 305 Rdn. 32; Krieger in MünchHdbGesR Bd. IV 2. Aufl. § 305 Rdn. 90; Würdinger aaO § 305 Anm. 2; a.A. grundlegend Bayer aaO S. 1057 f.; ihm grundsätzlich folgend Ruoff aaO S. 2201 ff.; Lehmann, ZIP 2005, 1489, 1493 ff.; i. Erg. auch Bilda, NZG aaO S. 377 f., jedoch beschränkt auf den hier vorliegenden Fall des vertragsüberlebenden Spruchverfahrens) vom Berufungsgericht vertretenen Ansicht nicht zu folgen, dass der im Unternehmensvertrag zugunsten der außenstehenden Aktionäre angeordnete Abfindungsoptionsanspruch als ein in der Aktie verkörpertes Recht mit deren rechtsgeschäftlicher Übertragung auf einen ebenfalls zum Kreis außenstehender Aktionäre gehörenden Erwerber übergehe und eine solche Verkehrsfähigkeit bis zum Ablauf der Frist zur Geltendmachung des Abfindungsverlangens andauere.

18 b) Der Abfindungsanspruch ist bereits deshalb kein wertpapiermäßig in der Aktie verkörpertes Mitgliedschaftsrecht, weil er seine Grundlage nicht in dem mitgliedschaftlichen Verhältnis zur beherrschten eigenen Gesellschaft, sondern in einem schuldrechtlichen Anspruch gegen das herrschende Unternehmen findet; dieser regelt - in Ausgestaltung des von Gesetzes und Verfassungs wegen dem Minderheitsaktionär eingeräumten Sonderaustrittsrechts aus der beherrschten Gesellschaft - die Erwerbsverpflichtung des herrschenden Unternehmens hinsichtlich der Aktien gegen Zahlung der angemessenen, ge-

richtlicher Kontrolle unterliegenden "Gegenleistung". Zur Erfüllung dieses Anspruchs hat sich das herrschende Unternehmen gegenüber jedem außenstehenden Aktionär im Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag nach Art eines berechtigenden Vertrages zugunsten Dritter (§ 328 BGB) entsprechend der zwingenden Norm des § 305 Abs. 1 AktG verpflichtet oder es wird dazu - im Falle der Unangemessenheit oder gar des Fehlens einer solchen Abfindungsoption - auf Antrag kraft Gesetzes im Wege rückwirkender Bestimmung des vertraglich geschuldeten Ausgleichs durch das zuständige Spruchgericht gemäß § 305 Abs. 5 Satz 2 AktG verpflichtet. In beiden Fällen entsteht das Abfindungsrecht - gleichgültig, ob es primär vertraglicher oder gesetzlicher Natur ist oder in beiden gleichartigen Schuldverhältnissen seine Grundlage hat (vgl. dazu BGHZ 135, 374, 380 m.w.Nachw. sowie BGHZ 147, 108, 112; zur Überlagerung des vertraglichen durch ein gleichartiges gesetzliches Schuldverhältnis: Bilda in MünchKomm.z.AktG 2. Aufl. § 305 Rdn. 5-8; Hasselbach/Hirte aaO § 305 Rdn. 7 f.; Zöllner in Gedächtnisschrift für Knobbe/Keuk, 376, 381) - zunächst "ipso iure" nur in der Person des sich durch die Abgrenzung zum "anderen Vertragsteil" des Unternehmensvertrages definierenden "außenstehenden" Aktionärs. Knüpfen mithin das Gesetz wie auch der Unternehmensvertrag die Entstehung des Abfindungsanspruchs nicht an einen irgendwie gearteten Übertragungsakt an, sondern gelangt er - zumal er nicht in der Aktie verbrieft ist und auch kein sonstiges, automatisch derivativ übergehendes Nebenrecht darstellt - als notwendige Kehrseite des wegen der Beherrschungssituation dem außenstehenden Aktionär eingeräumten Austrittsrechts bei diesem originär zur Entstehung, so erscheint es geboten, dies auch bei weiteren, nunmehr rechtsgeschäftlichen Übertragungen der Aktie durch abfindungsberechtigte Aktionäre während der Dauer des Beherrschungsvertrages "ad personam" außenstehender Aktionäre anzunehmen. Nur so lässt sich auch die - originäre - Entstehung des Abfindungsrechts in der Person des außenstehenden Aktionärs im bereits

erwähnten Fall des (nachträglichen) Aktienerwerbs vom herrschenden Unternehmen während der Dauer des Unternehmensvertrags dogmatisch und rechtspraktisch einwandfrei erklären. In Übereinstimmung mit der gesetzlichen Regelung ist die Angebotserklärung des herrschenden Unternehmens danach - insbesondere von ihrem Sinn und Zweck her - so auszulegen, dass zwar jeder außenstehende Aktionär annahmebefugt sein soll, dies aber nur, solange er diese Eigenschaft - wegen des Eingriffs in seine individuelle mitgliedschaftliche Position durch den Unternehmensvertrag - innehat. Das hat zur Folge, dass der Veräußerer mit der Übertragung der Aktie und der damit verbundenen Beendigung seiner - bis dahin beeinträchtigten - Mitgliedschaft zugleich das individuelle Abfindungsoptionsrecht verliert und statt seiner der Erwerber der Aktie, sofern er zum (potentiellen) Kreis der außenstehenden Aktionäre gehört und deswegen durch die Beherrschungssituation in seinem Mitgliedschaftsrecht betroffen sein kann, (wiederum) eine eigene, nicht abgeleitete Abfindungsbefugnis erlangt.

19 3. Für eine rechtsgeschäftliche Übertragung der Aktie durch einen bislang außenstehenden Aktionär nach Beendigung des Unternehmensvertrags in der hier vorliegenden besonderen Fallkonstellation des vertragsüberlebenden Spruchverfahrens folgt daraus, dass dieser einen Abfindungsanspruch nach Veräußerung der Aktien nicht mehr geltend machen kann, weil er mit dem Ende seiner Mitgliedschaft bei der ehemals abhängigen Gesellschaft seinen - bis dahin als während des noch laufenden Spruchverfahrens fortdauernd "fingierten" - Dispositionsschutz als außenstehender Aktionär verloren hat. Auf der anderen Seite kann aber auch der Aktienerwerber keinen Abfindungsanspruch mehr erwerben, weil er die nach dem Unternehmensvertrag und dem Gesetz dafür erforderliche Rechtsstellung eines außenstehenden Aktionärs nach der Beendigung des Unternehmensvertrages nicht mehr konstitutiv erlangen kann. Allein

die an dem anhängigen Spruchverfahren beteiligten oder davon begünstigten Aktionäre werden noch hinsichtlich ihrer Abfindungsrechte, die auf einen Zeitpunkt bezogen sind, in dem die Aktionäre wegen des bestehenden Unternehmensvertrages als außenstehend definiert waren, für die - von ihnen kaum abschätzbare und in der Regel auch nicht beeinflussbare - Dauer des Verfahrens als außenstehende Aktionäre behandelt (BGHZ 135, 374, 380 f.). Daran, dass diese Qualifikation nach Beendigung des Unternehmensvertrages nicht mehr bei dritten Erwerbern entstehen kann, weil ihnen die persönlichen Voraussetzungen für die Gewährung des mit der Abfindungsregelung intendierten Schutzes fehlen, ändert auch die Fortdauer des Spruchverfahrens nichts (zutreffend Bayer aaO S. 1058 f.; im Ergebnis auch - wenngleich auf der Grundlage der derivativen Erwerbstheorie: Bilda, NZG aaO S. 378). Der materiell-rechtliche Fortbestand der Abfindungsberechtigung während der Anhängigkeit des Spruchverfahrens (BGHZ 135, 374, 380 f.) gewährt damit im Ergebnis nur Schutz vor einer nachteiligen Veränderung des "status quo", erstreckt indessen die Abfindungspflicht des bislang herrschenden Unternehmens nicht auf künftige Aktienerwerber.

20 4. Dieses Ergebnis begegnet auch unter verfassungsrechtlichen Aspekten (Art. 14 GG) keinen durchgreifenden Bedenken.

21 Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist es von Verfassungs wegen nicht geboten, den Abfindungsanspruch durch die - systemwidrige - Konstruktion einer rechtsgeschäftlichen Übertragungsmöglichkeit auf Dritte nach dem Ende des Unternehmensvertrages bis zur Entscheidung des Gerichts in dem vertragsüberlebenden Spruchverfahren fungibel zu machen und so dessen etwaige wirtschaftliche Nutzbarkeit zu eröffnen.

22 a) Der durch die Mitgliedschaft vermittelten Grundrechtsposition des bisherigen, nunmehr veräußerungswilligen außenstehenden Aktionärs wird dadurch hinreichend Rechnung getragen, dass er die Möglichkeit erhält, gegen die vom herrschenden Unternehmen angebotene Erstattung des - auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Unternehmensvertrages bezogenen, auf seine Angemessenheit gerichtlich überprüfbaren - Wertes seines Anteils aus der Gesellschaft auszuscheiden. Wird später eine höhere Abfindung festgesetzt, so erhält er die Differenz nacherstattet. Damit wird das verfassungsrechtlich vorgegebene Prinzip voller wirtschaftlicher Entschädigung gewahrt. Ein verfassungsrechtlich geschütztes Bedürfnis, ihm stattdessen die Veräußerung seiner Aktien unter Einschluss des Abfindungsanspruchs an einen Dritten zu ermöglichen, besteht nicht. Denn er ist nicht einmal gehindert, sich von seinem Investment durch eine Veräußerung seiner Aktien an einen Dritten zu trennen. Ob er eine derartige Desinvestition vornimmt, hängt letztlich von seiner persönlichen Entscheidung ab, die sich in erster Linie an den aktuellen Börsenkursen - in Relation zu dem von ihm erwarteten Ausgang des Spruchverfahrens - orientieren wird. Liegt dieser Börsenkurs unter dem vertraglich garantierten Abfindungsbetrag, so wird er schon aus wirtschaftlichen Gründen diesen Weg nicht wählen. Veräußert er seine Aktien hingegen zu einem die vertragliche Abfindung übersteigenden Preis an einen Dritten, dann geschieht ihm kein Unrecht, wenn mit seinem in der Veräußerung liegenden Verzicht auf den Dispositionsschutz auch der Anspruch auf eine später höher festgesetzte Abfindung untergeht. Unter dem verfassungsrechtlichen Aspekt voller wirtschaftlicher Entschädigung (Art. 14 GG) ist das schon deshalb unerheblich, weil das entschädigungspflichtige herrschende Unternehmen dem außenstehenden Aktionär nicht die - ebenfalls von seiner persönlichen Entscheidung abhängige - bestmögliche wirtschaftliche Verwertung der Aktie gewährleisten muss (vgl. Sen.Urt. v. 2. Juni 2003 - II ZR 85/02, ZIP 2003, 1600, 1603).

23 b) Auf der anderen Seite wird das Interesse des Erwerbers einer Aktie während der Dauer des Bestehens des Unternehmensvertrages hinreichend dadurch grundrechtlich geschützt, dass er - wie oben ausgeführt - mit dem Aktienerwerb außenstehender Aktionär wird und als solcher für die infolge der Beherrschungssituation bestehende Beeinträchtigung seiner Mitgliedschaftsrechte originär das Abfindungsrecht erlangt; er erhält damit den Schutz, der jedem Minderheitsaktionär bei Abschluss eines Beherrschungsvertrages zukommt.

24 Demgegenüber gebietet es das Interesse des Aktienerwerbers nicht, ihm auch bei einem Erwerb nach Ende des Beherrschungsvertrages ein solches Abfindungsrecht einzuräumen. In diesem Fall erwirbt er in Kenntnis der Beendigung des Unternehmensvertrags eine Beteiligung an einer nicht mehr vertraglich beherrschten Gesellschaft zu einem Zeitpunkt, in dem der rechtfertigende Grund dafür entfallen ist, ihm ein Sonderaustrittsrecht gegen Zahlung einer gerichtlich kontrollierten und ggf. festgesetzten Abfindung durch das (ehemals) herrschende Unternehmen zu gewähren. Der Wert seines Anteils wird in dieser Situation - ohne Rücksicht auf einen etwaigen Abfindungsanspruch - maßgeblich durch die Werthaltigkeit des Unternehmens im Zeitpunkt des Erwerbs bestimmt. Zu einem Preis unterhalb der vertraglichen Abfindung wird ein ehemals außenstehender Aktionär ohnehin nie veräußern; zahlt der Erwerber hingegen einen darüber liegenden aktuellen Börsenkurs, dann deshalb, weil er - genauso wie die übrigen Marktteilnehmer - der Beteiligung an der nicht mehr beherrschungsvertraglich gebundenen Gesellschaft einen höheren Zukunftswert beimisst.

25 III. Danach verbleibt es dabei, dass dem Kläger der Nachweis oblag, das Eigentum an sämtlichen Aktien, für die er im vorliegenden Verfahren einen Ab-

findungsanspruch geltend macht, bereits vor der Beendigung des Beherrschungsvertrages erworben zu haben.

26 Da Beweisschwierigkeiten - wie dargelegt - insoweit nicht auftreten können, hat das Landgericht aus der erstinstanzlichen Prozesserklärung des Klägers, er sei nicht in der Lage und auch nicht bereit, den Zeitpunkt des Erwerbs der innegehaltenen Aktien nachzuweisen, den Schluss gezogen, dass er offensichtlich die Aktien erst nach der Beendigung des Unternehmensvertrages zum 17. März 2000 erworben hat. Dann aber bestünde ein Abfindungsanspruch des Klägers gemäß § 5 Abs. 1 UV oder § 305 AktG schon deshalb nicht, weil er nicht als außenstehender Aktionär im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist. Dass dem Kläger etwa aus anderen Gründen der Nachweis des Zeitpunktes des Erwerbs nicht möglich sein sollte, hat er nicht nachvollziehbar dargelegt. Er hätte nämlich - wie das Landgericht ebenfalls zu Recht angenommen hat - einen solchen Nachweis in gleicher Weise wie durch die vorgelegte Bankbestätigung über die Inhaberschaft der Aktien als solche vorlegen können.

27 Angesichts dessen ist nicht nur generell, sondern auch im konkreten Fall kein Raum für eine Beweislastumkehr; eine solche wäre im übrigen selbst auf der Grundlage des - freilich unzutreffenden - Ansatzes des Berufungsgerichts von einer Übertragbarkeit des Abfindungsoptionsrechts nicht in Betracht gekommen, wie die Revision der Beklagten im Anschluss an das diesbezüglich von ihr vorgelegte Privatgutachten Altmeppen mit Recht geltend gemacht hat (vgl. dazu: Altmeppen aaO S. 18 ff.). Eine Beweisvereitelung durch die Beklagte kommt erst recht nicht in Betracht, weil nicht ersichtlich ist, inwiefern die Beklagte durch Veräußerung von Aktien über die Börse und über Makler nach der Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages, zu der sie als Aktionärin ohne weiteres - insbesondere ohne eine Rechtspflicht zu einer

irgendwie gearteten Kennzeichnung solcher Aktien - berechtigt war, den dem Kläger obliegenden Nachweis hinsichtlich des Erwerbszeitpunktes beeinträchtigt haben sollte.

28 IV. Da angesichts des bisherigen prozessualen Verhaltens des Klägers weitere rechtlich erhebliche tatrichterliche Feststellungen nicht in Betracht kommen und damit der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist, hat der Senat in der Sache selbst durch Wiederherstellung des die Klage abweisenden landgerichtlichen Urteils zu entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Goette Kurzwelly Kraemer

Gehrlein Caliebe

Vorinstanzen:
LG Gera, Entscheidung vom 01.04.2003 - 2 HKO 272/02 -
OLG Jena, Entscheidung vom 22.12.2004 - 7 U 391/03 -