

15

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

AktG 1965 §§ 149, 151, 157

Eine Konzern- oder Holdinggesellschaft, die mit Mehrheit an einer anderen Kapitalgesellschaft beteiligt ist, kann den bei der Tochtergesellschaft erzielten und zur Ausschüttung vorgesehenen Gewinn noch für das gleiche Geschäftsjahr in ihrer Bilanz unter "Forderungen an verbundene Unternehmen" und in der Gewinn- und Verlustrechnung unter "Erträge aus Beteiligungen" ausweisen, wenn der Jahresabschluß der Tochtergesellschaft noch vor Abschluß der Prüfung bei der Muttergesellschaft festgestellt worden ist und mindestens ein entsprechender Gewinnverwendungsvorschlag vorliegt.

BGH, Urt. v. 3. November 1975 - II ZR 67/73 - OLG Hamm
LG Münster

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 67/73

URTEIL

Verkündet am

3. November 1975
Kaufmann,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Frau Rosemarie H., Ha., Sü. Ki. weg
2. des Herrn Uwe Ham., Ha., Rot.
3. der Kommanditgesellschaft in Firma Ma. Se. GmbH & Co.,
vertreten durch die Ma. Se. GmbH, diese vertreten
durch den alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer
Dr. K. H. Kr., Ha., Mat.
4. der Frau Eva Kr., Ha., Hu.
5. des Herrn Dr. Karl-Heinz Kr., Ha., Hu.
6. der Ma. Se. GmbH, vertreten durch den alleinvertre-
tungsberechtigten Geschäftsführer Dr. K. H. Kr., Ha.,
Mat.
7. des Herrn Knud Me., Ha., Pö. Weg.
8. der Frau Dorothea v. Sel., p. A. Fr. l. Eh. v.
Sel., We. (Ho.), Bi. weg.
9. des Fr. l. Eh. v. Sel., We. (Ho.), Bi. weg.
10. der Frau Bianca L., Ha., Fr. straße.
11. des Herrn L., Ha., Fr. straße.
12. der Frau Susanne Ch., Ha., Gr. weg.
13. des Fr. l. Evelyn Hag., Ha., Od.
14. des Herrn Dieter Ze., Ha., Be. Straße.

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Wes. Z. Aktiengesellschaft, Wil.,
vertreten durch den Vorstand Ludwig Han. und Dr. Harry
GU. und durch den Aufsichtsrat, Vorsitzender Nico van D.,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Prof. Dr. Dr.
und Prof. Dr. -

15

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 3. November 1975 durch
den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Dr. Schulze,
Fleck, Dr. Kellermann und Bundschuh

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 8. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts Hamm vom 28. Februar 1973
wird auf Kosten der Kläger zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte ist durch Verschmelzung der Th[REDACTED]
Zel[REDACTED] AG mit der Wes[REDACTED] Z[REDACTED]-AG "Al[REDACTED]"
(im folgenden: Al[REDACTED]) durch Bildung einer neuen Gesell-
schaft gemäß § 339 Abs. 1 Nr. 2, § 353 AktG entstanden. Die
Kläger sind Aktionäre der ehemaligen Th[REDACTED] Zel[REDACTED]-
[REDACTED] AG und nunmehr der Beklagten. Sie beanstanden mit
ihrer Klage den vor der Verschmelzung festgestellten Jah-
resabschluß der Th[REDACTED] Zel[REDACTED] AG zum 31. Dezem-
ber 1971. Diese Gesellschaft war eine Holding-Gesellschaft,
deren Vermögen im wesentlichen in einer Beteiligung von
73,5 % am Kapital der Al[REDACTED] bestand.

Der vom Vorstand der Al[REDACTED] aufgestellte Jahres-
abschluß dieser Gesellschaft für das Geschäftsjahr 1971 wurde,
nachdem die Prüfer am 28. März 1972 den Bestätigungs-
vermerk erteilt hatten, am 12. April 1972 von Vorstand und
Aufsichtsrat festgestellt. Zugleich billigte der Aufsichts-
rat den Vorschlag des Vorstands, von dem mit 1.541.261 DM



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



ausgewiesenen Bilanzgewinn 1.440.000 DM an die Aktionäre auszuschütten. Diesem Vorschlag wurde in der ordentlichen Hauptversammlung der Al[REDACTED] vom 29. Mai 1972 entsprochen.

Inzwischen war der ebenfalls zum 31. Dezember 1971 aufgestellte Jahresabschluß der Th[REDACTED] Zel[REDACTED] AG mit einem bestätigenden Prüfungsvermerk vom 13. April 1972 am 14. April 1972 von Vorstand und Aufsichtsrat festgestellt worden. Die Bilanz weist unter "II Umlaufvermögen 3. Forderungen an verbundene Unternehmen" einen Betrag von 4.170.708,54 DM aus. Dazu heißt es im Geschäftsbericht (S. 9):

"Hierunter wird ein Darlehen an die Wes[REDACTED] Z[REDACTED]-Aktiengesellschaft 'Al[REDACTED]' ausgewiesen. Das Darlehen hat sich um rund DM 1.066.400,-- erhöht. Diese Erhöhung ist im wesentlichen darauf zurückzuführen, daß der Dividendenanspruch gegenüber unserer Beteiligungsgesellschaft für 1971 bilanziert wurde."

Die Gewinn- und Verlustrechnung führt unter "1. Erträge aus Beteiligungen" 2.381.400 DM auf. Der Geschäftsbericht (S. 10) erläutert diesen Posten folgendermaßen:

"Aus der Dividendenausschüttung von 12 % für 1970 auf nom. DM 11.025.000,-- Aktien der Wes[REDACTED] Z[REDACTED]-Aktiengesellschaft 'Al[REDACTED]' vereinnahmten wir DM 1.323.000,--.

Aus der Dividendenausschüttung von 9 % für 1971 auf nom. DM 11.760.000,-- Aktien der Wes[REDACTED] Z[REDACTED]-Aktiengesellschaft 'Al[REDACTED]' wird uns ein Betrag von DM 1.058.400,-- zufließen, so daß die Erträge aus Beteiligungen mit insgesamt DM 2.381.400,-- ausgewiesen werden."

In der ordentlichen Hauptversammlung der Th[REDACTED]-[REDACTED] Zel[REDACTED] AG vom 30. Mai 1972 erläuterten zu Punkt 1 der Tagesordnung Vorstand und Wirtschaftsprüfer den vor-

gelegten Jahresabschluß mit den Berichten des Vorstands und des Aufsichtsrats. Dazu erklärte die Klägerin zu 1, zugleich in Vertretung der weiteren Kläger, zur Niederschrift folgendes:

"Gegen die Bilanzierung des Gewinns der 'Al[REDACTED]' aus 1971 lege ich unter Bezugnahme auf §§ 152 und 157 Aktiengesetz Widerspruch zu Protokoll ein; soweit ich mich auf § 157 Aktiengesetz bezogen habe, gilt der Widerspruch hinsichtlich der Gewinn- und Verlustrechnung."

Zu Punkt 2 der Tagesordnung beschloß die Hauptversammlung in Übereinstimmung mit dem vom Aufsichtsrat gebilligten Vorschlag des Vorstands, von dem mit 2.443.692,63 DM ausgewiesenen Bilanzgewinn 2.439.295 DM zur Zahlung einer Dividende zu verwenden. Dementsprechend wurde der Gewinn bis auf einen Restbetrag von 4.397,63 DM ausgeschüttet.

Nachdem die Hauptversammlungen der beiden Gesellschaften dem Verschmelzungsvertrag vom 14. April 1972 zugestimmt hatten, wurde die Beklagte am 20. Juli 1972 in das Handelsregister eingetragen.

Die Kläger sind der Auffassung, der Dividendenanspruch gegen die Al[REDACTED] habe, weil erst 1972 entstanden, nach dem Grundsatz der Bilanzwahrheit nicht schon im Jahresabschluß für 1971 berücksichtigt werden dürfen. Im Hinblick auf die Verschmelzung sei es vielmehr notwendig gewesen, ein Rumpfgeschäftsjahr zu bilden. Die Kläger haben beantragt,

1. festzustellen, daß der Jahresabschluß der Th[REDACTED] Zel[REDACTED] AG zum 31. Dezember 1971, wie er vom Aufsichtsrat der Beklagten festgestellt worden ist, nichtig ist;

2. hilfsweise, den in der Hauptversammlung vom 30. Mai 1972 ... zu Punkt 1 der Tagesordnung erläuterten und festgestellten Jahresabschluß der Th[REDACTED] Zel[REDACTED] AG zum 31. Dezember 1971 nach erfolgter Anfechtung für nichtig zu erklären.

Das Landgericht hat dem Hauptantrag der Kläger stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgen die Kläger ihre Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Die Klage ist zulässig.

1. Zu Unrecht meint die Beklagte mit ihrer Revisionserwiderung, ihr fehle für die auf § 256 in Verbindung mit § 249 AktG gestützte Nichtigkeitsklage die passive Prozeßführungsbefugnis, weil die Nichtigkeit eines Jahresabschlusses der Th[REDACTED] Zel[REDACTED] AG nur im Verhältnis zu dieser Gesellschaft mit der erweiterten Rechtskraftwirkung des § 248 ZPO habe festgestellt werden können und deshalb mit dem Erlöschen der beiden miteinander verschmolzenen Gesellschaften gemäß § 353 Abs. 6 AktG die Grundlage für eine solche Feststellung entfallen sei. Zutreffend hat das Berufungsgericht hierzu vermerkt, daß die Beklagte als Gesamtrechtsnachfolgerin der Th[REDACTED] Zel[REDACTED] AG (§ 353 Abs. 5 Satz 2 AktG) materiell- und prozeßrechtlich voll an die Stelle ihrer Rechtsvorgängerin getreten ist. Das gilt entgegen der Auffassung der Beklagten auch für die Rechtsverteidigung gegenüber einer Klage, mit der Aktionäre die Nichtigkeit eines festgestellten Jahresabschlusses geltend machen (vgl. RGZ 115, 378, 381; RG HRR 1937, 648).

Die besondere Vorschrift des § 352 AktG, wonach eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Verschmelzungsbeschlusses der übertragenden Gesellschaft nach deren Erlöschen gegen die übernehmende Gesellschaft zu richten ist, steht dem nicht entgegen. Es spricht nichts für die Annahme, der Gesetzgeber habe mit dieser Bestimmung Klagen auf Feststellung der Nichtigkeit anderer Hauptversammlungsbeschlüsse oder, wie hier, eines festgestellten Jahresabschlusses der übertragenden Gesellschaft nach wirksamer Verschmelzung für unzulässig erklären wollen (Schilling in Großkomm. Aktiengesellschaft 3. Aufl. § 352 Anm. 7; ebenso im Ergebnis Kraft in Kölner Komm. z. AktG § 352 Anm. 6; a. M. Baumbach/Hueck, AktG 13. Aufl. § 352 Rn. 3). § 352 AktG stellt ebenso wie seine Vorläufer (§ 308 HGB und § 246 AktG 1937) klar, daß für Klagen, mit denen der Verschmelzungsbeschluß der übertragenden Gesellschaft bekämpft wird, nach deren Erlöschen die übernehmende Gesellschaft als Rechtsnachfolgerin der richtige Gegner ist, weil sie in erster Linie Anlaß und Möglichkeiten hat, den Verschmelzungsbeschluß zu verteidigen (Schilling in Großkomm. AktG 2. Aufl. § 246 Anm. 1). Eine allgemeine Tendenz, über den Zeitpunkt der Verschmelzung hinausreichende Prozesse, in denen nicht um die Wirksamkeit der Verschmelzung selbst gestritten wird, tunlichst zu vermeiden, läßt sich daraus nicht entnehmen. Eine solche Regelung hätte unter Umständen, wie namentlich bei unzulässiger Beeinträchtigung von Gewinnansprüchen, einen empfindlichen Eingriff in die Aktionärsrechte bedeutet, für den ein rechtfertigender Grund nicht ersichtlich ist.

Gerade bei der hier in Frage stehenden Nichtigkeit eines Jahresabschlusses kann ein Aktionär auch nicht auf die Möglichkeit verwiesen werden, die Nichtigkeit nach § 249 Abs. 1 Satz 2 AktG auf andere Weise als durch eine Nichtigkeitsklage geltend zu machen (so aber Baumbach/Hueck aaO). Denn abgesehen davon, daß auf solche Weise die erweiterten Wirkungen des § 248 AktG nicht zu erzielen

sind, entfällt diese Möglichkeit jedenfalls nach Ablauf der Fristen des § 256 Abs. 6 AktG, weil der Fristablauf nach § 256 Abs. 6 Satz 2 AktG allein durch eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit zu verhindern ist (BGHZ 33, 175, 176 f; Baumbach/Hueck aaO § 242 Rn. 6, § 256 Rn. 24; Schilling, Großkomm. AktG 3. Aufl. § 256 Anm. 20). Eine solche Klage kann sich nach dem Erlöschen der übertragenden Gesellschaft nur noch gegen die übernehmende Gesellschaft als Gesamtrechtsnachfolgerin richten, da die auf Ansprüche aus der Verschmelzung beschränkte Fiktion des § 349 Abs. 2 AktG insoweit nicht gilt.

2. Dem Eintritt der Beklagten in die prozeßrechtliche Stellung der Th[REDACTED] Zel[REDACTED] AG aufgrund der Gesamtrechtsnachfolge entspricht auf der anderen Seite die Befugnis der Kläger, die Nichtigkeit des festgestellten Jahresabschlusses zum 31. Dezember 1971, nunmehr gegen die Beklagte, auch weiterhin geltend zu machen. Sie folgt daraus, daß sich ihre Mitgliedschaft bei der Beklagten als der übernehmenden Gesellschaft fortgesetzt hat (Schilling aaO § 352 Anm. 7; Kraft aaO § 346 Anm. 5). Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Nichtigkeitskläger, der seine Gesellschafterstellung aufgibt oder verliert, den Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit weiterverfolgen kann (vgl. BGHZ 43, 261, 266 ff), stellt sich daher nicht.

3. Die Nichtigkeitsklage eines Gesellschafters erfordert keinen besonderen Nachweis eines Feststellungsinteresses; dieses ergibt sich ohne weiteres aus der - hier im Verhältnis zur Beklagten fortgesetzten - Mitgliedschaft (BGHZ 43, 261, 265). Selbst wenn man aber für den Fall der Verschmelzung zusätzlich verlangen wollte, daß sich der Hauptversammlungsbeschluß oder der Jahresabschluß, dessen Nichtigkeit festgestellt werden soll, auch auf die Rechtsverhältnisse der übernehmenden Gesellschaft auswirkt, wäre

diese Voraussetzung hier schon mit Rücksicht darauf erfüllt, daß nach § 348 Abs. 1 AktG die Wertansätze in der Schlußbilanz der übertragenden Gesellschaft für die Jahresbilanzen der übernehmenden Gesellschaft als Anschaffungskosten gelten (Schilling aaO § 352 Anm. 7).

II. In sachlicher Hinsicht hält das Berufungsgericht die hier allein in Frage kommenden Voraussetzungen des § 256 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 149 Abs. 1 AktG - Nichtigkeit des festgestellten Jahresabschlusses wegen Verstoßes gegen zwingende Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung und Bilanzierung - nicht für gegeben. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen.

1. Die Kläger beanstanden den Jahresabschluß der Th[REDACTED] Zel[REDACTED] AG für 1971, weil er den Anspruch gegen die Al[REDACTED] auf die für dasselbe Jahr ausgeschüttete Dividende gemäß § 151 Abs. 1 Aktivseite III B 10 und § 157 Abs. 1 Nr. 8 AktG bereits berücksichtigt, obwohl die Hauptversammlung der Al[REDACTED] die Ausschüttung erst am 29. Mai 1972, also sowohl nach dem Bilanzstichtag vom 31. Dezember 1971 als auch nach der Feststellung des Jahresabschlusses 1971 der Th[REDACTED] Zel[REDACTED] AG am 14. April 1972, gemäß § 174 AktG beschlossen hat. Sie sehen hierin einen Verstoß gegen den Grundsatz, daß der Jahresabschluß einen möglichst sicheren Einblick in die Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft zum Abschlußstichtag geben muß. Um diesen Anforderungen zu genügen, darf die Bilanz allerdings auf der Aktivseite grundsätzlich nur solche Vermögensgegenstände ausweisen, die der Gesellschaft in dem maßgeblichen Zeitpunkt bereits gehört haben. Ebenso soll die Gewinn- und Verlustrechnung nur diejenigen Erträge aufführen, die im Berichtsjahr angefallen sind. Deshalb sind Gewinne aus Beteiligungen an Kapitalgesellschaften im allgemeinen erst dann in den Jahresabschluß aufzunehmen,

wenn ein Gewinnverwendungsbeschluß der Beteiligungsgesellschaft vorliegt und hierdurch ein verfügbarer Rechtsanspruch auf einen Gewinnanteil in bestimmter Höhe endgültig begründet worden ist.

2. Es fragt sich aber, ob nicht bei der auch hier gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung (vgl. Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der AG, 4. Aufl. § 149 Tz 31 ff, 34) die Aktivierung eines bei Ende des Geschäftsjahres rechtlich noch nicht fest entstandenen Gewinnanspruchs dann als zulässig anzusehen ist, wenn er sich gegen ein verbundenes Unternehmen mit gleichem Geschäftsjahr richtet, an dem die Gesellschaft mit Mehrheit beteiligt ist, und infolgedessen in dem Zeitpunkt, in dem diese Gesellschaft ihren Jahresabschluß feststellt, die Entstehung der Forderung mindestens tatsächlich gesichert erscheint. Ein Teil des Schrifttums verneint dies unter Hinweis auf die aus dem Jahre 1925 stammende Entscheidung RGZ 112, 19 mit der Begründung, was rechtlich überhaupt noch nicht bestehe, könne nicht bilanziert werden, möge die Entstehung auch noch so sicher sein (so noch in jüngerer Zeit v. Godin/Wilhelmi, AktG 4. Aufl. § 151 Anm. 28, § 157 Anm. 10; Baumbach/Hueck aaO § 151 Rn. 33; ebenso wohl für Beteiligungen an einer Kapitalgesellschaft Claussen in Kölner Komm. z. AktG § 151 Anm. 36, § 157 Anm. 34, 38). Jene Entscheidung läßt sich aber ebenso wie die an ihr geübte Kritik (vgl. insbesondere Flechtheim, Bankarchiv 1926, 8 ff) für die Beurteilung des vorliegenden Falles nur beschränkt heranziehen. Denn einmal betrifft sie einen anderen Sachverhalt; es ging dort um den Gewinn aus der Beteiligung einer Aktiengesellschaft an einer Kommanditgesellschaft, bei dessen Bilanzierung die Organe der Kommanditgesellschaft deren Gewinn noch nicht wirksam festgesetzt hatten und zudem einer der beiden persönlich haftenden Gesellschafter der Gewinnzuweisung widersprochen hatte.

Zum anderen galt damals noch das alte Aktienrecht des HGB, von dem sich die hier maßgebenden Vorschriften des Aktiengesetzes 1965, wie etwa über die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses, die Gewinnverwendung oder das Recht der verbundenen Unternehmen, zum Teil erheblich unterscheiden.

3. Für den Ausweis von Gewinnen aus einer Mehrheitsbeteiligung in demselben Geschäftsjahr, in dem sie bei der Tochtergesellschaft erzielt worden sind, spricht wesentlich der Gesichtspunkt, daß vor allem bei konzernverbundenen Unternehmen, die infolge einheitlicher Leitung (§ 18 AktG) eine wirtschaftliche Einheit bilden, die Gewinne der Tochtergesellschaft tunlichst ohne zeitliche Verschiebung im Jahresabschluß der Muttergesellschaft erscheinen sollten. Denn die Aussagefähigkeit einer Bilanz, die den Geschäftserfolg eines bestimmten Jahres aufzeigen soll, könnte leiden, wenn im gleichen Geschäftsjahr erzielte Gewinne einer Tochtergesellschaft erst im folgenden Geschäftsjahr, bei mehrstufiger Beteiligung sogar erst in einem noch späteren Jahr bei der Muttergesellschaft vereinnahmt werden dürften (Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG § 151 Anm. 74). Dasselbe gilt für den hier zu beurteilenden Jahresabschluß einer Holdinggesellschaft, deren Geschäftsergebnis fast ausschließlich durch die Erträge aus einer Mehrheitsbeteiligung bestimmt wird. Auch hier kann es das Bilanzbild verzerren und damit einen zeitgerechten Einblick in die wirkliche Vermögens- und Ertragslage erschweren, wenn dieses Ergebnis bei der Holdinggesellschaft nicht schon in dem Jahr, in dem es tatsächlich erwirtschaftet wurde, sondern erst aus einem späteren Jahresabschluß ersichtlich ist. Dies würde um so mehr für ein Unternehmen gelten, das sowohl an Kapital- als auch an Personengesellschaften mit Mehrheit beteiligt ist, weil dann die Gewinne aus diesen Beteiligungen möglicherweise unterschiedlich zu vereinnahmen wären (vgl. Claussen aaO § 157 Anm. 38).

4. In rechtlicher Hinsicht ist ferner zu berücksichtigen, daß sich der Gewinnanspruch des Aktionärs zwar erst mit dem Gewinnverwendungsbeschluß zu einem der Höhe nach bestimmbaren Gläubigerrecht verfestigt, aber schon vorher als mitgliedsrechtlicher Anspruch gemäß § 54 Abs. 4 AktG begründet ist. Dieser Anspruch besteht zwar nur im Rahmen des ordnungsgemäß festgestellten Bilanzgewinns und nur insoweit, als dieser Gewinn nicht durch Gesetz, Satzung oder durch Hauptversammlungsbeschluß von der Verteilung ausgeschlossen ist. Ein mit Mehrheit beteiligtes Unternehmen hat es aber weitgehend selbst in der Hand, eine von ihm gewünschte Gewinnverteilung bei der Beteiligungsgesellschaft tatsächlich durchzusetzen.

5. Auch das Bedenken, daß sich am Bilanzstichtag die genaue Höhe einer bei der Tochtergesellschaft anfallenden Dividende vielfach noch nicht mit Gewißheit übersehen läßt, wiegt nicht so schwer, daß es notwendig wäre, bei einer Mehrheitsbeteiligung die wirtschaftliche Einheit der verbundenen Unternehmen außer acht zu lassen. Zwar sind Vermögensgegenstände mit dem Wert in die Bilanz einzusetzen, den sie am Abschlußstichtag hatten; spätere Entwicklungen bleiben hierbei grundsätzlich außer Betracht. Das schließt aber nicht aus, bei der Aufstellung einer Bilanz nachträglich gewonnene Erkenntnisse in der Weise für die Bewertung mitheranzuziehen, daß daraus Rückschlüsse auf den Wert eines Gegenstandes am Stichtag gezogen werden (vgl. Urt. d. Sen. v. 22. 10. 73 - II ZR 37/72, WM 1974, 129 zu II, insoweit in LM BGB § 738 Nr. 5 nicht abgedr.).

6. Durch den Ausweis einer Dividende, deren Ausschüttung am Abschlußstichtag noch nicht beschlossen war, unter den Posten "Forderungen an verbundene Unternehmen" und "Erträge aus Beteiligungen" darf freilich nicht das Verbot umgangen werden, unrealisierte Gewinne etwa über einen

erhöhten Ansatz des Beteiligungswertes zu vereinnahmen (vgl. Adler/Düring/Schmaltz aaO § 149 Tz 67 ff, § 153 Tz 94; über neuere Tendenzen, vor allem im angelsächsischen Bereich und in Vorschlägen zum europäischen Gemeinschaftsrecht, die Nachteile dieses Verbots - eingeschränkter Einblick in die Vermögenslage der Gesellschaft und fehlende Synchronisierung von Gewinnerzielung und -ausweis - mit Hilfe der sog. Equity-Methode zu beseitigen, vgl. Havermann in Festschr. Barz 1974 S. 387 ff, insbes. 397 ff; Vorschlag einer VO über das Statut für Europäische Aktiengesellschaften, Art. 185 mit Begr., BTDs. VI/1109 S. 72, VII/3713 S. 113). Dieses Verbot, das zu den wichtigsten Grundsätzen des deutschen Bilanzrechts gehört, soll im Interesse der Gläubiger verhindern, daß unsichere Gewinne ausgeschüttet werden und hierdurch ein Substanzentzug eintritt, der die Erhaltung des Grundkapitals als Haftungsgrundlage gefährden könnte. Eine solche Gefahr scheidet aber aus, wenn bei der Aktivierung der Dividende deren Ausschüttung bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung mit Sicherheit feststeht. Das ist dann der Fall, wenn bei einer Mehrheitsbeteiligung und sich deckenden Geschäftsjahren der Jahresabschluß der Tochtergesellschaft vor Abschluß der Prüfung bei der Muttergesellschaft festgestellt worden ist und mindestens ein entsprechender Gewinnverwendungsvorschlag gemäß § 170 Abs. 2, § 171 AktG vorliegt (so Adler/Düring/Schmaltz aaO § 151 Tz 173, § 157 Tz 97; noch weitergehend - Zulässigkeit der Aktivierung auch ohne Gewinnverwendungsvorschlag - Kropff aaO m. w. N.; enger Rasch, Deutsches Konzernrecht 5. Aufl. S. 183 und wohl auch Mellerowicz in Großkomm. AktG 3. Aufl. § 151 Anm. 73). Die theoretische Möglichkeit, der Vorstand der Muttergesellschaft werde, nachdem deren Jahresabschluß unter Berücksichtigung des bei der Tochtergesellschaft vorliegenden Gewinnverwendungsvorschlags verbindlich festgestellt worden ist, in der folgenden Hauptversammlung der Tochtergesellschaft als Vertreter der Muttergesellschaft

gegen die vorgeschlagene Gewinnausschüttung stimmen und hierdurch dem Jahresabschluß der eigenen Gesellschaft den Boden entziehen, ist in aller Regel tatsächlich auszuschießen.

7. Die somit unter bestimmten Voraussetzungen unbedenkliche zeitliche Angleichung von Gewinnerzielung und Gewinnausweis in den Jahresabschlüssen verbundener Unternehmen steht unter dem Gebot der Bilanzklarheit. Deshalb ist im Geschäftsbericht offenzulegen, daß es sich um eine Dividende handelt, die bei der Feststellung des Jahresabschlusses noch nicht vereinnahmt, aber mit Sicherheit zu erwarten war.

8. Das von der Th[REDACTED] Zel[REDACTED] AG gewählte Verfahren ist demnach mit den Grundsätzen des § 149 AktG vereinbar. Denn der festgestellte Jahresabschluß der Al[REDACTED] mit dem Gewinnverwendungsvorschlag lag bereits vor, als der Jahresabschluß der Th[REDACTED] Zel[REDACTED] AG mit dem Prüfungsvermerk versehen und festgestellt wurde. Auch ließ der Geschäftsbericht die Sachlage klar erkennen, so daß eine Irreführung der Aktionäre und Gläubiger aus-schied. Damit war zugleich der Notwendigkeit genügt, wesentliche Änderungen der Bilanzierungsmethode im Geschäftsbericht kenntlich zu machen (vgl. § 160 Abs. 2 Satz 4 und 5 AktG).

Ob es unter den hier vorliegenden Umständen nicht nur statthaft, sondern sogar geboten ist, die Dividende in demselben Geschäftsjahr auszuweisen, in dem sie bei der Tochtergesellschaft erwirtschaftet wurde, braucht der Senat nach Lage der Sache nicht zu entscheiden. Auch stellt sich hier nicht die Frage, ob die Muttergesellschaft den in ihrem Jahresabschluß ausgewiesenen Beteiligungsgewinn erst ausschütten darf, wenn der entsprechende Gewinnverwendungsbeschluß der Tochtergesellschaft vorliegt.

III. Da die Bedenken der Kläger gegen die Aktivierung erst später ausgeschütteter Gewinne der Al[REDACTED] im letzten Jahresabschluß der Th[REDACTED] Zel[REDACTED] AG unabhängig

115

von der anschließenden Verschmelzung der beiden Gesellschaften nicht durchgreifen, erübrigt es sich, auf die Ausführungen des Berufungsgerichts einzugehen, mit denen es dieses Verfahren hier jedenfalls im Hinblick auf § 345 Abs. 3 AktG für zulässig hält. Damit erledigen sich auch alle Angriffe der Revision gegen diese Ausführungen.

Die sonstigen Revisionsrügen sind ebenfalls unbegründet.

1. Die bloße Möglichkeit, daß gegen den am 12. April 1972 festgestellten Jahresabschluß der Al[REDACTED] eine Nichtigkeitsklage erhoben werden würde, hinderte die Muttergesellschaft hier wie auch sonst nicht daran, in ihrem eigenen Jahresabschluß von seiner Gültigkeit auszugehen.

2. Eine verbotene Gewinnausschüttung im Sinne des § 62 AktG liegt nach dem unstreitigen Sachverhalt nicht vor und war auch in dem Zeitpunkt, in dem Vorstand und Aufsichtsrat der Th[REDACTED] Zell[REDACTED] AG den Jahresabschluß 1971 feststellten, nicht in Betracht zu ziehen.

3. Ob auch die Bilanz der Al[REDACTED] zum 31. Dezember 1971 den Dividendenanspruch der Muttergesellschaft ausweisen mußte oder überhaupt durfte (vgl. § 151 Abs. 4 Satz 3 AktG), ist, wie auch die Revision einräumt, für die hier allein zu treffende Entscheidung über den Jahresabschluß der Th[REDACTED] Zell[REDACTED] AG gleichgültig.

IV. Der Hilfsantrag der Kläger, "den in der Hauptversammlung vom 30. Mai 1972 zu Punkt 1 der Tagesordnung erläuterten und festgestellten Jahresabschluß der Th[REDACTED]-[REDACTED] Zell[REDACTED] AG zum 31. Dezember 1971 nach erfolgter Anfechtung für nichtig zu erklären", ist gegenstandslos, weil der beanstandete Jahresabschluß nicht durch die

Hauptversammlung, sondern gemäß § 172 AktG durch Vorstand und Aufsichtsrat festgestellt wurde und deshalb ein nach § 257 AktG anfechtbarer Beschluß gar nicht vorliegt. Mit Recht hat ihn daher das Berufungsgericht ebenfalls abgewiesen. Der Hinweis der Revision auf § 174 AktG geht ins Leere, da sich die Klage nicht gegen den Gewinnverwendungsbeschluß zu Punkt 2 der Tagesordnung vom 30. Mai 1972 richtet.

Stimpel

Dr. Schulze

Fleck

Dr. Kellermann

Bundschuh