



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

II ZR 30/11

Verkündet am:
26. Juni 2012
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

AktG § 57, § 241 Nr. 3, § 311

- a) Wenn die Hauptversammlung einer abhängigen Aktiengesellschaft mit der Stimmenmehrheit des herrschenden Unternehmens einem nachteiligen Rechtsgeschäft zustimmt, muss bereits der Hauptversammlungsbeschluss einen Nachteilsausgleich vorsehen.
- b) Wenn der Nachteil, der der abhängigen Gesellschaft auf Veranlassung des herrschenden Unternehmens zugefügt wird, bezifferbar ist, muss eine Ausgleichsvereinbarung nach § 311 Abs. 2 AktG, die einen Zahlungsanspruch begründet, den Ausgleichsanspruch beziffern und darf ihn nicht von der späteren Feststellung des Nachteils abhängig machen.

BGH, Urteil vom 26. Juni 2012 - II ZR 30/11 - OLG München
LG München I

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Juni 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann und den Richter Dr. Strohn, die Richterin Dr. Reichart, die Richter Dr. Drescher und Born

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Kläger zu 2, 4, 5 und 6 wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 22. Dezember 2010 aufgehoben.

Der Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgesicht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte, die frühere B. bank AG, und die U. SpA (im Folgenden: U.), die damals ca. 94% des Grundkapitals der Beklagten hielt, vereinbarten am 12. September 2006 die Übertragung des Osteuropageschäfts der Beklagten. Die U. kaufte Aktien der Bank A. AG für 12,5 Milliarden € und der J. C. Bank HVB U. für 83 Millionen € von der Beklagten, die Bank A. AG kaufte von der Beklagten deren Anteile an der C.

Bank für 1,29 Milliarden € sowie deren Anteile an der H. Bank für 70 Millionen € und die H. Bank kaufte von der Beklagten Vermögensgegenstände der H. Niederlassung V. für 10,67 Millionen € und Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten der H. Niederlassung T. für 71,6 Millionen €.

2 Auf der außerordentlichen Hauptversammlung der Beklagten am 25. Oktober 2006 stimmten die Aktionäre mehrheitlich den einzelnen Verträgen über die Veräußerung des Osteuropageschäfts zu.

3 In der Hauptversammlung der Beklagten am 26. und 27. Juni 2007 wurde die Übertragung der Aktien der Minderheitsaktionäre auf die U. beschlossen. Auf einer weiteren Hauptversammlung am 29. und 30. Juli 2008 wurden die Zustimmungsbeschlüsse vom 25. Oktober 2006 bestätigt, unter Tagesordnungspunkt 8.1. und 8.2. die Anteilskaufverträge mit der U., unter Tagesordnungspunkt 8.3. und 8.4. die Anteilskaufverträge mit der Bank A. AG und unter Tagesordnungspunkt 8.5. und 8.6. die Unternehmenskaufverträge mit der H. Bank. Nach der Eintragung der Übertragung der Aktien der Minderheitsaktionäre auf die U. am 15. September 2008 im Handelsregister fasste die Alleinaktionärin am 5. Februar 2009 einen weiteren Bestätigungsbeschluss.

4 Gegen die Zustimmungsbeschlüsse vom 25. Oktober 2006 erhoben zahlreiche Aktionäre Anfechtungsklage. Das Landgericht München I erklärte die Beschlüsse für nichtig. Die Verhandlung über die Berufung der Beklagten setzte das Berufungsgericht entsprechend § 148 ZPO im Hinblick auf das vorliegende Verfahren aus.

5 Die Kläger, die damals Aktionäre der Beklagten waren, haben gegen die Bestätigungsbeschlüsse der Hauptversammlung vom 29. und 30. Juli 2008 Anfechtungsklage erhoben, die Kläger zu 5 und 6 nur gegen die Bestätigungsbe-

schlüsse zu 8.1. und 8.2. Die Klagen haben sie unter anderem damit begründet, die Zustimmungsbeschlüsse vom 25. Oktober 2006 seien nach § 241 Nr. 3 AktG nichtig, weil die Veräußerung des Osteuropageschäfts erheblich unter Wert erfolgt sei und damit gegen § 57 Abs. 1 AktG verstoße. Eine Vereinbarung vom 21. Dezember 2007 zwischen der Beklagten und U. , in der sich U. verpflichtet habe, Nachteile binnen einer bestimmten Frist in bar auszugleichen, wenn durch eine Gerichtsentscheidung festgestellt werde, dass der Verkauf des Osteuropageschäfts für die Beklagte nachteilig sei, ändere daran nichts.

6 Das Landgericht hat die Klagen abgewiesen. Gegen die Zurückweisung ihrer Berufung durch das Berufungsgericht richten sich die vom erkennenden Senat zugelassene Revisionen der Kläger zu 2, 4, 5 und 6.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revisionen haben Erfolg und führen zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

8 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, § 57 Abs. 1 Satz 1 AktG sei mit den Zustimmungsbeschlüssen vom 25. Oktober 2006 mit der Rechtsfolge ihrer Nichtigkeit und damit auch der Nichtigkeit der ersten Bestätigungsbeschlüsse vom 30. Juli 2008 nicht verletzt, weil diese Vorschrift durch das speziellere Regelungswerk der §§ 311 ff. AktG verdrängt werde. Die Vereinbarung vom 21. Dezember 2007 sei eine wirksame Nachteilsausgleichsvereinbarung. Es sei unschädlich, dass die durch die Vereinbarung begründete Forderung gegen die U. in der Höhe nicht beziffert sei und ihr Bestehen von der Entscheidung eines Gerichts abhängig gemacht werde. Wenn die Angemessenheit der Gegenleistung wie hier von anderen Aktionären angezweifelt werde, kämen das

herrschende Unternehmen und die Gesellschaft in die Situation, entweder in einem Rechtsstreit zu unterliegen und nach § 317 Abs. 1 AktG umfassend ersatzpflichtig zu werden oder eine erneute Bewertung durch ein Wirtschaftsprüfungsunternehmen mit entsprechenden Kosten für die Gesellschaft vornehmen zu lassen, wenn ihr nicht gestattet werde, eine solche bedingte Nachteilsausgleichsvereinbarung abzuschließen. Die Vereinbarung sei auch fristgerecht geschlossen worden. Ein Nachteil könne der Gesellschaft erst am 9. Januar 2007 mit der Feststellung der Vollzugsvoraussetzungen des Verkaufs des Osteuropageschäfts durch den Vorstand der Beklagten zugefügt worden sein. Die Vereinbarung vom 21. Dezember 2007 sei damit noch vor Ende des Geschäftsjahres, in dem der abhängigen Gesellschaft ein Nachteil zugefügt worden sei, geschlossen worden. Weder die Bestätigungsbeschlüsse vom 30. Juli 2008 noch die Zustimmungsbeschlüsse vom 25. Oktober 2006 seien nach § 243 Abs. 2 AktG anfechtbar. Ein Sondervorteil liege bei Strukturmaßnahmen erst vor, sofern er bei einer Gesamtwürdigung als sachwidrige Bevorzugung erscheine. Das sei hier nicht der Fall.

9 II. Das Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Den Bestätigungsbeschlüssen vom 30. Juli 2008 kommt keine Heilungswirkung zu, wenn - wie revisionsrechtlich zu unterstellen ist - die Beklagte für die Übertragung des Osteuropageschäfts keine gleichwertige Gegenleistung erhalten hat. Denn in diesem Fall sind die Ausgangsbeschlüsse vom 25. Oktober 2006, mit denen der Übertragung an die U. zugestimmt wurde, nach § 241 Nr. 3 AktG nichtig.

10 1. Die Bestätigungsbeschlüsse vom 30. Juli 2008 sind nichtig, wenn die Zustimmungsbeschlüsse vom 25. Oktober 2006 nach § 241 Nr. 3 AktG nichtig sind. Einem Bestätigungsbeschluss haftet ein materiell-rechtlicher Mangel des Ausgangsbeschlusses ebenfalls an (BGH, Urteil vom 15. Dezember 2003 - II ZR 194/01, BGHZ 157, 206, 210; Urteil vom 12. Dezember 2005

- II ZR 253/03, ZIP 2006, 227 Rn. 18; Beschluss vom 21. Juli 2008 - II ZR 1/07, ZIP 2009, 913 Rn. 10; Urteil vom 22. März 2011 - II ZR 229/09, BGHZ 189, 32 Rn. 27), und nach § 241 Nr. 3 AktG nichtige Beschlüsse können nicht bestätigt werden, wie schon der Wortlaut von § 244 AktG zeigt (BGH, Urteil vom 15. Dezember 2003 - II ZR 194/01, BGHZ 157, 206, 212; Urteil vom 20. September 2004 - II ZR 288/02, BGHZ 160, 253, 256; Urteil vom 22. März 2011 - II ZR 229/09, BGHZ 189, 32 Rn. 27).

11 2. Die Zustimmungsbeschlüsse vom 25. Oktober 2006 sind nichtig, wenn die Beklagte für die in den Zustimmungsbeschlüssen genannten Übertragungen keine gleichwertige Gegenleistung erhalten hat.

12 a) Die Übertragung des Osteuropageschäfts auf die U. war eine Einlagenrückgewähr nach § 57 Abs. 1 AktG, wenn zwischen dem Wert des Osteuropageschäfts und der Gegenleistung der U. ein Missverhältnis bestand. Es ist eine nach § 57 Abs. 1 AktG verbotene Zuwendung, wenn eine Leistung der Gesellschaft an den Aktionär nicht durch eine gleichwertige Gegenleistung des Aktionärs ausgeglichen wird (vgl. § 57 Abs. 1 Satz 3 AktG i.d.F. des MoMiG; BGH, Urteil vom 1. Dezember 2008 - II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 Rn. 12 - MPS; Urteil vom 31. Mai 2011 - II ZR 141/09, BGHZ 190, 7 Rn. 24 - Dritter Börsengang). Nach den im Revisionsverfahren zu unterstellenden Behauptungen der Kläger soll das Osteuropageschäft der Beklagten unter Wert an die U. verkauft worden sein.

13 b) Die Zustimmungsbeschlüsse der Hauptversammlung vom 25. Oktober 2006 waren in diesem Fall nichtig. Nach § 241 Nr. 3 AktG ist ein Beschluss nichtig, wenn er durch seinen Inhalt Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft gegeben sind. Dazu zählen die Vorschriften zur Kapitalerhaltung in § 57 AktG (MünchKomm AktG/Hüffer, 3. Aufl., § 241 Rn. 55; Würthwein in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl.,

§ 241 Rn. 210; Hölters/Englich, AktG, § 241 Rn. 61; Schwab in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 241 Rn. 21).

14 Das Berufungsgericht hat zwar nicht festgestellt, dass die Wirksamkeit der Kaufverträge oder ihres Vollzugs von der Zustimmung der Hauptversammlung abhängig gemacht war und die Beschlüsse der Hauptversammlung die Einlagenrückgewähr unmittelbar bewirkten. Ein Hauptversammlungsbeschluss verletzt § 57 AktG aber nicht nur dann, wenn er unmittelbar zur Einlagenrückgewähr führt. Auch wenn der Vorstand - wie bei einem Beschluss zur Geschäftsführung (§ 119 Abs. 2 AktG) - eine Entscheidung der Hauptversammlung einholt und erst die Umsetzung des Beschlusses zur Einlagenrückgewähr führt, verstößt die Billigung durch die Hauptversammlung gegen gläubigerschützende Vorschriften. Nach § 241 Nr. 3 AktG kommt es allein auf den Inhalt des Beschlusses an.

15 c) Der Nichtigkeit der Beschlüsse steht entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht entgegen, dass die U. herrschendes Unternehmen, der Verkauf unter Wert für die Beklagte ein nachteiliges Rechtsgeschäft nach § 311 Abs. 1 AktG war und ein Nachteilsausgleich grundsätzlich erst am Ende des Geschäftsjahres bestimmt werden muss (§ 311 Abs. 2 Satz 1 AktG). Wenn die Hauptversammlung einem nachteiligen Rechtsgeschäft zustimmt, muss bereits der Hauptversammlungsbeschluss einen Nachteilsausgleich vorsehen. Die Zustimmungsbeschlüsse der Hauptversammlung vom 25. Oktober 2006 haben keinen Nachteilsausgleich vorgesehen.

16 aa) § 311 Abs. 2 Satz 1 AktG erlaubt dem herrschenden Unternehmen, den Nachteilsausgleich zeitlich gestreckt erst zum Ende des Geschäftsjahrs vorzunehmen oder zu bestimmen, wann und durch welche Vorteile der Nachteil ausgeglichen werden soll, auch wenn der Nachteil gleichzeitig eine unzulässige Einlagenrückgewähr im Sinn von § 57 Abs. 1 AktG ist (BGH, Urteil vom

1. Dezember 2008 - II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 Rn. 11 - MPS; Urteil vom 31. Mai 2011 - II ZR 141/09, BGHZ 190, 7 Rn. 48 - Dritter Börsengang). Die Veräußerung von Unternehmensbeteiligungen an das herrschende Unternehmen unter ihrem Wert ist ein nachteiliges Rechtsgeschäft im Sinne von § 311 Abs. 1 und 2 AktG.

17 bb) Wenn die Hauptversammlung einem nachteiligen Rechtsgeschäft zustimmt, muss bereits der Beschluss selbst den Nachteilsausgleich vorsehen.

18 Die Ausübung des Stimmrechts des herrschenden Unternehmens in der Hauptversammlung ist eine nachteilige Veranlassung im Sinn des § 311 Abs. 1 AktG, wenn nachteilige Geschäftsführungsmaßnahmen nach § 119 Abs. 2 AktG beschlossen werden (H.-F. Müller in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 311 Rn. 21). Dazu genügt auch die Zustimmung zu einer nachteiligen Geschäftsführungsmaßnahme, selbst wenn sie noch umgesetzt werden muss, da der Vorstand Beschlüsse der Hauptversammlung grundsätzlich umzusetzen hat. Aufgrund der Legitimationswirkung eines Zustimmungsbeschlusses und seines Gewichts ist entgegen der Revisionserwiderung auch nicht entscheidend, ob dem Vorstand für die Umsetzung der Geschäftsführungsmaßnahme trotz der Zustimmung der Hauptversammlung noch ein Entscheidungsspielraum verbleibt. Dem Zustimmungsbeschluss fehlt die Bedeutung für eine nachteilige Maßnahme auch nicht, wenn der Vorstand nach § 119 Abs. 2 AktG eine Entscheidung der Hauptversammlung verlangt, ohne dazu - etwa nach den Grundsätzen der Gelatine-Entscheidung (vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2004 - II ZR 155/02, BGHZ 159, 30 - Gelatine I) - verpflichtet zu sein.

19 Wenn die nachteilige Veranlassung in einem mit der Stimmenmehrheit des herrschenden Unternehmens gefassten Hauptversammlungsbeschluss besteht, kann der Nachteilsausgleich nicht aufgeschoben werden, sondern muss bereits im Beschluss vorgesehen sein. Die Privilegierung des herrschenden

Aktionärs, einen Nachteilsausgleich erst zum Ende des Geschäftsjahres zu vereinbaren, kann nicht greifen, wenn die Hauptversammlung über ein nachteiliges Rechtsgeschäft beschließt. Teilweise wird zwar - allerdings in der Regel im Zusammenhang mit der Anfechtung nach § 243 Abs. 2 AktG - die Ansicht vertreten, die Privilegierung von § 311 Abs. 2 Satz 1 AktG müsse dem herrschenden Unternehmen auch erhalten bleiben, wenn die Hauptversammlung das nachteilige Geschäft beschließt (Mülbert, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 2. Aufl., 1996, S. 288 ff.; Abrell, BB 1974, 1463, 1467; für § 119 Abs. 2 AktG auch Strohn, Die Verfassung der Aktiengesellschaft im faktischen Konzern, 1977, S. 39 ff.). Überwiegend wird dagegen verlangt, dass der Nachteilsausgleich bereits im Beschluss selbst geregelt wird (OLG Frankfurt, WM 1973, 348, 350 f.; Hüffer, AktG, 10. Aufl., § 311 Rn. 48 und § 243 Rn. 43; MünchKommAktG/Hüffer, 3. Aufl., § 243 Rn. 105; Koppensteiner in KK-AktG, 3. Aufl., § 311 Rn. 166; Habersack in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl., § 311 Rn. 85; H.-F. Müller in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 311 Rn. 65; K. Schmidt in GroßkommAktG, 4. Aufl., § 243 Rn. 58; Zöllner in KK-AktG, 1. Aufl., § 243 Rn. 258; Würthwein in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 243 Rn. 220 f.; J. Vetter in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 311 Rn. 123; Fett in Bürgers/Körper, AktG, 2. Aufl., § 311 AktG Rn. 59; im Ergebnis auch MünchKommAktG/Altmeppen, 3. Aufl., § 311 Rn. 130, 132).

20

Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an. Wenn ein Beschluss - wie dies regelmäßig der Fall ist - neben dem Nachteil für die abhängige Gesellschaft auch Sondervorteile für einen herrschenden Aktionär bietet, muss schon nach dem Wortlaut von § 243 Abs. 2 Satz 2 AktG mit dem Beschluss ein angemessener Ausgleich vorgesehen sein, um die Anfechtbarkeit zu beseitigen. Der Aktionär kann nicht darauf verwiesen werden, den Beschluss in der Hoffnung auf einen ungewissen Ausgleich unanfechtbar werden zu lassen. Das muss auch gelten, wenn der Beschluss nicht nur anfechtbar, sondern

wegen Verstoß gegen gläubigerschützende Vorschriften nichtig ist. Zwar wird ein nichtiger Beschluss nicht infolge Fristablaufs bestandskräftig. Dem Minderheitsaktionär ist aber nicht zumutbar, mit einer Klage zuzuwarten, ob und wie das herrschende Unternehmen noch eine Vereinbarung über den Nachteilsausgleich trifft. Die Hauptversammlung kann auch - anders als etwa der Vorstand - nicht selbst nach der nachteiligen Veranlassung dafür Sorge tragen, dass der Nachteil spätestens bis zum Ende des Geschäftsjahres durch Vorteile ausgeglichen oder ein Rechtsanspruch auf die Vorteile vereinbart wird, weil sie nicht ständig zusammentritt.

21 III. Das Urteil erweist sich auch nicht aus anderem Grund als richtig.

22 1. Die Kläger haben durch die Vereinbarung vom 21. Dezember 2007 nicht das Rechtsschutzbedürfnis für die Nichtigkeitsklage verloren. Dabei kann offen bleiben, ob eine nachträgliche Erledigung der Klage durch einen späteren Nachteilsausgleich oder sogar nur eine Nachteilsausgleichsvereinbarung eintreten kann (so zur Anfechtbarkeit nach § 243 Abs. 2 AktG Martens, AG 1974, 9, 13; MünchKommAktG/Altmeppen, 3. Aufl., § 311 Rn. 134; aA Mülbert, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 2. Aufl., 1996, S. 289; Zöllner in KK-AktG, 1. Aufl., § 243 Rn. 258). Die Vereinbarung vom 21. Dezember 2007 genügt nicht den Anforderungen, die an die Bestimmung eines Rechtsanspruchs auf einen ausgleichenden Vorteil (§ 311 Abs. 2 AktG) zu stellen sind.

23 Wenn der Nachteil, der der abhängigen Gesellschaft auf Veranlassung des herrschenden Unternehmens zugefügt wird, bezifferbar ist, muss eine Ausgleichsvereinbarung, die einen Zahlungsanspruch begründet, den Ausgleichsanspruch beziffern und darf ihn nicht von der späteren Feststellung des Nachteils abhängig machen. Wenn sich der Nachteil bilanziell niederschlägt, muss der Vorteil bilanzierbar sein; das gilt dann auch für die Gewährung eines An-

spruchs auf Ausgleich. Jede Ausgleichsvereinbarung muss zudem Art, Umfang und Leistungszeit der als Ausgleich zugesagten Vorteile festlegen, um den Ausgleich nicht auf die lange Bank zu schieben und die Grenzen zum Schadensersatzanspruch nach § 317 AktG nicht zu verwischen (Habersack in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl., § 311 Rn. 63 m.w.N.). Wird nur ein unbezifferter Anspruch auf Ausgleich später festgestellter Nachteile eingeräumt, wird die erforderliche Klarheit nicht geschaffen und der Forderung des § 311 Abs. 2 nach konkreter Festlegung der Vorteile nicht entsprochen (vgl. MünchKommAktG/Altmeyers, 3. Aufl., § 311 Rn. 365), jedenfalls dann nicht, wenn der Nachteil bezifferbar ist.

24 Diesen Anforderungen genügt die Vereinbarung vom 21. Dezember 2007 nicht. Der damit gewährte Ausgleichsanspruch ist nicht beziffert, obwohl bei einem Verkauf unter dem tatsächlichen Wert die Differenz zu dem von der U. gezahlten Kaufpreis für die Anteile bzw. die Vermögensgegenstände bezifferbar ist und der Vorteil in einer Zahlung bestehen soll. Die Vereinbarung macht den Ausgleichsanspruch zudem von der späteren Feststellung eines Nachteils abhängig. Die U. sollte zum Ausgleich innerhalb von 10 Werktagen nach der Zustellung einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung verpflichtet sein, in der ein Gericht mit Wirkung gegenüber U. feststellt, dass der Abschluss oder der Vollzug der Verträge Nachteile für die Beklagte aufwies. Die Regelung verschob damit einen Ausgleich mindestens auf die lange Bank, zumal ungewiss ist, in welchem Verfahren eine solche Feststellung gegenüber der U. getroffen werden sollte. Den Anfechtungsklagen gegen die Zustimmungsbeschlüsse, die außerdem allenfalls mittelbar und nicht durch den Urteilsausspruch selbst zur Feststellung eines Nachteils führen konnten, wäre die Grundlage entzogen worden, wenn man die Vereinbarung entgegen den bestehenden Ausführungen mit dem Berufungsgericht für ausreichend hielte. Im Ergebnis enthält die Vereinbarung nicht mehr als das Anerkenntnis,

einen Nachteil ausgleichen zu müssen, wenn und soweit ein solcher gerichtlich festgestellt würde. Damit werden die Grenzen zum Schadensersatzanspruch nach § 317 Abs. 1 AktG verwischt, in dessen Rahmen der Nachteil als Teil des Schadens zu ersetzen ist.

25 Die Vereinbarung wird entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht dadurch gerechtfertigt, dass die Beklagte und die U. nicht wissen können, ob ein Gericht etwa auf eine Anfechtungsklage hin den Wert der Osteuropabeteiligungen anders einschätzt. Die Regelung über den Nachteilsausgleich in § 311 Abs. 2 AktG dient nicht einer Heilung von Beschlussmängeln oder der Behebung der Unsicherheit, ob und inwieweit ein Nachteil vorliegt, sondern soll ein herrschendes Unternehmen nur insoweit privilegieren, als es die Bestimmung über den Ausgleich eines Nachteils längstens bis zum Geschäftsjahresende aufschieben darf, ohne schadensersatzpflichtig zu werden.

26 2. Die Kläger haben auch durch die Übertragung der Aktien auf die U. das Rechtsschutzbedürfnis für die Klage nicht verloren. Die damit ausgeschiedenen Aktionäre haben ein Interesse an der Fortsetzung der Klage trotz der Übertragung der Aktien und des Verlustes der Mitgliedschaft, weil die Frage der Gleichwertigkeit der Kaufpreiszahlung für ihre Abfindung von Bedeutung sein kann (vgl. BGH, Urteil vom 9. Oktober 2006 - II ZR 46/05, BGHZ 169, 221 Rn. 19). Zwar ist der Übertragungsvertrag nicht notwendigerweise nichtig, wenn die Zustimmungsbeschlüsse nichtig sind. Die Beklagte hätte aber ggf. einen Schadensersatzanspruch nach § 317 AktG gegen die U., der in die Abfindungsrechnung einzustellen wäre. Über diesen wird zwar nicht entschieden, insoweit kommt dem Urteil im Ausgangsprozess aber eine gewisse indizielle Wirkung zu (vgl. BGH, Urteil vom 9. Oktober 2006 - II ZR 46/05, BGHZ 169, 221 Rn. 24).

27 3. Der neuerliche Bestätigungsbeschluss vom 5. Februar 2009 konnte das Rechtsschutzbedürfnis für die Beschlussmängelklage gegen die Bestätigungsbeschlüsse vom 30. Juli 2008 gleichfalls nicht entfallen lassen (vgl. oben II 1.).

28 IV. Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif. Das Berufungsgericht hat - aus seiner Sicht folgerichtig - keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Beteiligungen und Vermögensgegenstände der Beklagten unter Wert an die U. veräußert wurden. Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass die Kläger, die für das Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes beweispflichtig sind, darlegen und gegebenenfalls beweisen müssen, dass die Beklagte unter Wert veräußert hat.

Bergmann

Strohn

Reichart

Drescher

Born

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 10.12.2009 - 5 HKO 13261/08 -

OLG München, Entscheidung vom 22.12.2010 - 7 U 1584/10 -