

Titel:

Feststellungsinteresse an einer Klage auf Feststellung eines Zustimmungserfordernisses der Hauptversammlung nach Vollzug des Vorstandsbeschlusses

Normenketten:

ZPO § 256 Abs. 1

AktG § 93, § 147, § 179a

GG Art. 14 Abs. 1

Leitsätze:

1. Ein rechtlich schützenswertes Interesse an der Feststellung eines Zustimmungserfordernisses der Hauptversammlung lässt sich nach Vollzug der vom Vorstand beschlossenen Maßnahme im Außenverhältnis nicht auf einen Eingriff in das Eigentumsrecht der Aktionäre stützen. (Rn. 40)

(redaktioneller Leitsatz)

2. Das rechtlich schützenswerte Interesse an der Feststellung der Zustimmungsbedürftigkeit eines Vorstandsbeschlusses kann nach Vollzug der Maßnahme im Außenverhältnis darin liegen, dass der Beschluss zum Anlass für Schadensersatzansprüche oder für Anträge in der Hauptversammlung etwa auf Versagung der Entlastung, Abberufung (oder unterbliebene Neuwahl) von Aufsichtsräten oder Geltendmachung von Ersatzansprüchen nach § 147 AktG genommen wird. (Rn. 47) (redaktioneller Leitsatz)

3. Soll die Feststellungsklage der Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs der Aktionäre gegen den Vorstand dienen, genügt die bloße abstrakte Möglichkeit eines solchen Anspruchs nicht. (Rn. 55)

(redaktioneller Leitsatz)

4. Das Rechtsschutzbedürfnis lässt sich nicht allein mit Aspekten begründen, die ohnehin im Spruchverfahren zu klären sind (Abgrenzung zu BGH BeckRS 2006, 13649). (Rn. 70) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Unternehmenszusammenschluss, Hauptversammlung, Zustimmungserfordernis, Vollzug, Feststellungsklage, Feststellungsinteresse, Eigentumsverletzung, Schadensersatzanspruch, Spruchverfahren

Vorinstanz:

LG München I, Endurteil vom 20.12.2018 – 5 HK O 15236/17

Rechtsmittelinstanz:

BGH Karlsruhe vom -- -- II ZR 49/21

Fundstellen:

AG 2022, 47

BeckRS 2020, 48212

NZG 2021, 1160

LSK 2020, 48212

Tenor

1. Die Berufung der Kläger gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 20.12.2018, Az. 5 HK O 15236/17, wird zurückgewiesen.

2. Die Kläger tragen die Kosten des Berufungsverfahrens zu gleichen Teilen.

3. Das Urteil sowie das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts München I sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Kläger können eine Vollstreckung durch die Beklagte durch Sicherheitsleistung in Höhe von 105% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte Sicherheit in Höhe von 105% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe

A.

1

Die Parteien streiten mittels Feststellungsklage um die Notwendigkeit der Beteiligung der Hauptversammlung der ... AG - der früheren Beklagten; die jetzige Beklagte ist ihre Rechtsnachfolgerin - an dem Zusammenschluss zwischen dem USamerikanischen Unternehmen ... Inc. und der ... AG.

2

Die ... AG und ... Inc. verhandelten 2016 über einen Zusammenschluss unter Gleichen mittels eines Aktientausch unter dem Dach einer neuen Holdinggesellschaft. Hierzu wurden bereits 2016 adhoc-Mitteilungen herausgegeben (Anlagen K9 bis K11). Die (jetzige) Bevollmächtigte der Klageseite regte in ihrer Eigenschaft als Vizepräsidentin der Deutschen Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz im Vorfeld der ordentlichen Hauptversammlung für das Geschäftsjahr 2017 an, eine Beteiligung der Aktionäre durch Debatte und Abstimmung im Rahmen der Hauptversammlung durchzuführen. Nach Ablehnung durch die ... AG reichte sie im Namen von insgesamt vier Aktionären, darunter die Klägerin zu 1), am 06.04.2017 einen Antrag auf Ergänzung der Tagesordnung zu Hauptversammlung am 10.05.2017 ein, mit dem für den Fall des Vorliegens eines BCA zum Zeitpunkt der Hauptversammlung eine Zustimmung hierzu durch die Hauptversammlung, für den Fall, dass ein BCA zu einem späteren Zeitpunkt abgeschlossen werde, ein Beschluss dahingehend, dass das BCA unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Zustimmung der Aktionäre stehe, erreicht werden sollte. Die ... AG lehnte den Antrag ab. Sie räumte allerdings im Rahmen der Hauptversammlung der Debatte über den geplanten Zusammenschluss Zeit ein.

3

Am 01.06.2017 unterzeichneten die ... AG sowie die ... Inc. (sowie weitere beteiligte Unternehmen) ein am 10.08.2017 erweitertes und geändertes Business Combination Agreement (BCA). Zu näheren Einzelheiten des BCA wird auf den Tatbestand des landgerichtlichen Urteils, dort S. 7-35, Bezug genommen.

4

Der Zusammenschluss sollte dergestalt vollzogen werden, dass beide Unternehmen unter dem Dach einer (Groß-)Muttergesellschaft, der ... plc, zusammengeschlossen werden sollten. Die bisherigen Aktionäre der ... Inc. und der ... AG sollten Aktionäre der ... plc werden. Um dies hinsichtlich der Aktionäre der ... AG zu erreichen, bot die ... plc den Aktionären der ... AG im Wege des Tauschs eigene Aktien durch öffentliches Angebot nach dem Wertpapiererwerbs und -übernahmegesetzes (WpÜG) an. Bei Ablauf der (ersten) Annahmefrist am 07.11.2017 hatten 75,7% der außenstehenden Aktionäre das Tauschangebot angenommen; bei Ablauf der Frist nach § 16 Abs. 2 WpÜG am 24.11.2017 betrug die Annahmequote 92,05%.

Ergänzend zum landgerichtlichen Urteil stellt der Senat fest:

5

Nach Freigabe der Kartellbehörden wurden das Tauschangebot und der Unternehmenszusammenschluss am 31.10.2018 vollzogen. Der Freigabe vorausgegangen war eine kartellbedingte Veräußerung von Unternehmensteilen.

6

Nach Vollzug des Tauschangebots hielt die ... plc 92,05% der Anteile an der ... AG. Sie übertrug am selben Tag ihre Aktien an der ... AG auf ihre 100%ige Tochter ... Holding GmbH, diese wiederum auf eine eigene 100%ige Tochter (die ... I. Holding AG). Die ... I. Holding AG schloss am 01.11.2018 einen Vertrag mit der ... AG, wonach diese unter Ausschluss der Minderheitsaktionäre gegen Barabfindung auf die ... I. Holding AG verschmolzen werde. Die Hauptversammlung der ... AG stimmte dem Verschmelzungsvertrag am 12.12.2018 zu. Die Verschmelzung wurde am 05.04.2019 in das Handelsregister der ... AG, am 08.04.2019 in das Handelsregister der ... I. Holding AG eingetragen. Die ... I. Holding AG firmiert seit dem 08.04.2019

ihrerseits als ... AG und wurde zwischenzeitlich in eine GmbH umgewandelt. Diese ... GmbH ist die jetzige Beklagte. Ein Spruchverfahren zur Festsetzung der angemessenen Barabfindung ist anhängig (Az. des LG München I: 5 HK O 5321/19).

7

Die Kläger, die ursprünglich zusammen 11.167 Aktien an der ... AG hielten, sind der Auffassung, das BCA sei unter verschiedenen Gesichtspunkten seitens der Hauptversammlung zustimmungspflichtig. Die geplante Vorgehensweise der ... plc sei auf das Ziel der Erlangung größtmöglicher Kontrolle innerhalb der Beklagten ausgelegt, so dass in Anwendung des Rechtsgedankens der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Sachen H. und G. wegen einer „Mediatisierung nach oben“ Zustimmungsbedürftigkeit gegeben sei; so würden wesentliche Entscheidungskompetenzen der Hauptversammlung (etwa zu Kapitalmaßnahmen, Gewinnverwendung, Satzungsänderungen) beschnitten, erfolge eine Verschiebung des Einflusses durch strukturelle Maßnahmen in der Übergangsphase und sei eine Veräußerung wesentlicher Unternehmensanteile geplant. Überdies liege ein verdeckter Beherrschungsvertrag vor. Schließlich ergebe sich eine Zustimmungsbedürftigkeit aus einer notwendigen Satzungsänderung.

8

Mit ihrer am 01.12.2017 zugestellten Klage beantragten die Kläger:

Es wird festgestellt, dass das „Business Combination Agreement“ (BCA) zwischen der Beklagten, der ... Inc., der ... H. LLC und der Z. S. Inc. in der Fassung vom 10.08.2017 der Zustimmung der Hauptversammlung der Beklagten bedurft hätte.

Hilfsweise: Es wird festgestellt, dass bereits die Schaffung der Möglichkeit einer Umsetzung der im Business Combination Agreement angelegten Maßnahmen dazu führt, dass die Hauptversammlung der Beklagten dem Business Combination Agreement vor dessen Abschluss hätte zustimmen müssen.

9

Die Beklagte beantragte

Klageabweisung.

10

Die Beklagten halten die Klage bereits für unzulässig. Die Kläger hätten einen gerichtlichen Antrag auf Aufnahme des Tagesordnungspunktes stellen müssen; der Klage fehle das Feststellungsinteresse; außerdem sei die Klage verfristet. In der Sache sei die Klage unbegründet. Es komme nicht zu einem Mediatisierungseffekt, weil sich nicht die Struktur der Gesellschaft, sondern der Aktionärskreis ändere. Ein Bedürfnis zu einer Einbindung der Hauptversammlung sei schon deshalb nicht anzuerkennen, weil die Aktionäre über das Tauschangebot eingebunden seien. Dessen Voraussetzungen richteten sich nach dem Regime des WpÜG. Deren unmittelbare Beteiligung habe sogar einen höheren Legitimationsgrad als die Hauptversammlung. Aus den Regelungen während der Laufzeit des BCA ergebe sich keine Zustimmungsbedürftigkeit. Den Abschluss von Beherrschungsverträgen bzw. Squeeze-Out behalte sich das BCA lediglich vor; in diesem Fall seien die Aktionäre über die diesbezüglichen Regelungen des Aktiengesetzes geschützt. Die Rechtsfigur des verdeckten Beherrschungsvertrages sei abzulehnen, jedenfalls fehle ein entsprechendes Weisungsrecht der Obergesellschaften.

11

Das Landgericht, auf dessen Tatbestand und Entscheidungsgründe umfassend Bezug genommen wird (§ 540 ZPO), hat die Klage abgewiesen. Es hat ausgeführt, dass die Feststellungsklage zulässig, jedoch nicht begründet sei. Ein Feststellungsbedürfnis sei zu bejahen, da anderenfalls die Aktionäre nicht aus eigenem Recht die Verletzung ihrer Mitwirkungsbefugnis in der Hauptversammlung geltend machen könnten; dies wäre mit dem aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Justizgewährungsanspruch unvereinbar. Dem könne nicht entgegengehalten werden, es würden nur abstrakte Rechtsfragen geprüft.

12

Die Klage sei jedoch unbegründet, da eine Zustimmungsbedürftigkeit durch die Hauptversammlung nicht gegeben sei. Insbesondere trete durch das BCA keine Mediatisierung, wie sie der Rechtsprechung in Sachen H. und G. angenommen wurde, ein. Die Annahme einer Zustimmungsbedürftigkeit durch die Hauptversammlung stehe in Widerstreit zu den Vorgaben des Wertpapiererwerbs und -übernahmegesetzes

(WpÜG), dass eine Zustimmungspflicht durch die Hauptversammlung nicht kenne. Dem deutschen Recht sei überdies eine Konzerneingangs- oder -bildungskontrolle fremd. Überdies ändere das Tauschangebot lediglich die Aktionärsstruktur der beherrschten Gesellschaft; auch eine etwaige Unterbewertung der ... AG im Rahmen des Aktientauschs stelle keinen Eingriff in die Vermögensstruktur der ... AG dar. Des Weiteren ergebe sich eine Zuständigkeit der Hauptversammlung auch nicht unter dem Blickwinkel des verdeckten Beherrschungsvertrages. Es sei schon streitig, ob diese Rechtsfigur überhaupt anzuerkennen sei; jedenfalls enthalte das BCA keine Regelung, aufgrund derer angenommen werden könne, die herrschende Gesellschaft ... plc habe die Möglichkeit, der Beklagten jederzeit ihren Willen aufzuzwingen. Abzulehnen sei auch das Erfordernis einer Konzernöffnungsklausel in der Satzung der Beklagten.

13

Die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung unter Hinweis auf den Rückzug der Beklagten aus dem nordamerikanischen Markt im nicht nachgelassenen Schriftsatz lehnte das Landgericht ab, da der Umfang der Geschäftstätigkeit dort deutlich unterhalb der Schwellenwerte bleibe, bei denen die höchstrichterliche Rechtsprechung ein Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung angenommen habe (vgl. LGU 61f.).

14

Gegen das ihnen am 09.01.2019 zugestellte klageabweisende Urteil des Landgerichts legten die Kläger mit Schriftsatz vom 28.01.2019, beim Oberlandesgericht München am selben Tag eingegangen, Berufung ein und begründeten diese nach Bewilligung einer Fristverlängerung mit Schriftsatz vom 08.04.2019, der ebenfalls am selben Tag bei Gericht einging.

15

Mit ihrer Berufung verfolgen die Kläger ihr erstinstanzliches Rechtsschutzziel unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags vollumfänglich weiter.

16

Mit Beschluss vom 10.12.2019 wies der Senat darauf hin, dass Zweifel an der Zulässigkeit der vorliegenden Feststellungsklage bestünden. Die Kläger trugen hierzu vor, das Feststellungsinteresse ergebe sich aus auch nach Wirksamkeit einer Strukturmaßnahme nicht ausgeschlossenen Sekundäransprüchen. So begründe bereits der Eingriff in das mitgliedschaftliche Recht des Aktionärs einen Schaden. Wegen kartellrechtlicher Vorgaben seien überdies Unternehmensanteile veräußert worden, so dass die Ertragsaussichten des Unternehmens geschmälert seien - die ... Group habe von 2018 bis 2019 ein Umsatzrückgang von 9,1%, beim operativen Ergebnis sogar einen Rückgang von 19% zu verzeichnen - und folglich der Abfindungsanspruch der Aktionäre in dem anhängigen Spruchverfahren niedriger sei. Außerdem bestünden Schadensersatzansprüche der ... AG gegen ihre ehemaligen Vorstände aus § 93 AktG. Die Klageberechtigung sei auch nicht zwischenzeitlich durch den Squeeze-Out entfallen. Dies gelte namentlich im Hinblick auf das bereits erwähnte Spruchverfahren, in dem die Schadensersatzansprüche der Gesellschaft zu berücksichtigen seien.

17

Die Kläger beantragen,

I. Das Urteil des Landgerichts München I vom 20.12.2018, Az. 5 HKO 15236/17, wird aufgehoben.

II. Es wird festgestellt, dass das „Business Combination Agreement“ (BCA) zwischen der Beklagten, der ... Inc., der Z. H. LLC und der Z. S. Inc. in der Fassung vom 10.08.2017 der Zustimmung der Hauptversammlung der Beklagten bedurft hätte.

Hilfsweise wird beantragt,

Es wird festgestellt, dass bereits die Schaffung der Möglichkeit einer Umsetzung der im Business Combination Agreement angelegten Maßnahme dazu führt, dass die Hauptversammlung der Beklagten dem Business Combination Agreement vor dessen Abschluss hätte zustimmen müssen.

18

Die Beklagte beantragt

die Zurückweisung der Berufung.

19

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil in der Sache, verfolgt darüber hinaus weiter ihre bereits erstinstanzlich geäußerte Rechtsansicht, dass die Klage unzulässig sei.

20

Sie trägt des Weiteren vor, dass maßgeblich für das Spruchverfahren ein Umsatzrückgang nur sei, soweit er sich auf das operative Ergebnis auswirke. Dabei berücksichtigten die Kläger nicht, dass das operative Ergebnis 2018 die Veräußerungsgewinne aus den Desinvestitionen beinhalte. In Wahrheit profitierten die Kläger von einer Erhöhung des Unternehmenswertes.

21

Der Senat hat am 14.10.2020 mündlich verhandelt. Auf das Protokoll der Verhandlung sowie auf die gewechselten Schriftsätze wird ergänzend Bezug genommen.

B.

I.

22

Die zulässige Berufung bleibt ohne Erfolg. Die Klage erweist sich bereits als unzulässig. Dies ergibt sich zwar nicht bereits daraus, dass die Kläger es verabsäumt hätten, einen gerichtlichen Antrag auf Ergänzung der Tagesordnung nach § 122 Abs. 3 AktG zu stellen (dazu 1.). Der Klage fehlt jedoch das Feststellungsinteresse nach § 256 Abs. 1 ZPO (dazu 2.).

23

1. Die Kläger begehren die Feststellung, dass das BCA der Zustimmung der Hauptversammlung bedurft hätte. Eine Feststellungsklage ist nach § 256 Abs. 1 ZPO nur zulässig, wenn an der Feststellung ein rechtliches Interesse besteht. Dies ist dann zu verneinen, wenn bessere Rechtsschutzmöglichkeiten - etwa eine Leistungsklage - zur Verfügung stehen (dazu allgemein: Zöller/Greger, ZPO, 33. Aufl., § 256 Rn. 7a). Nach § 122 Abs. 2 AktG können Aktionäre, deren Anteile zusammen den zwanzigsten Teil des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von 500.000 € erreichen, verlangen, dass Gegenstände auf die Tagesordnung einer Hauptversammlung gesetzt werden. Wird dem Antrag nicht entsprochen, kann das Gericht nach § 122 Abs. 3 AktG die Aktionäre ermächtigen, den Gegenstand bekanntzumachen. Auf den ersten Blick erscheint naheliegend, dass mit einer nachträglichen Feststellungsklage auf Zustimmungsbedürftigkeit ausgeschlossen ist, wer trotz Möglichkeit hierzu verabsäumt hat, eine Behandlung auf der Hauptversammlung zu erzwingen. Bedenklich an dieser Sichtweise ist aber, dass sie aus einem Recht, das der Stärkung der Beteiligungsmöglichkeiten der Aktionäre dient, im Ergebnis einen Verwirkungstatbestand herleitet, falls der Aktionär - den keine Verantwortung für die Einhaltung der Organzuständigkeiten in einer Aktiengesellschaft trifft - von seinem Antragsrecht keinen Gebrauch macht. Erst recht erscheint zweifelhaft, ob eine Antragstellung zum Gericht möglich und zumutbar ist, wenn zum Zeitpunkt der Antragstellung der finale Vertragsentwurf noch nicht vorliegt. All diese Fragestellungen bedürfen jedoch keiner Entscheidung, da nach den unangegriffenen Feststellungen des Landgerichts die Kläger weder einzeln noch zusammen das notwendige Quorum für einen Antrag nach § 122 Abs. 3 AktG erreichen. Dass die Klägervertreterin - für überwiegend andere Aktionäre, die zusammen das Quorum erfüllten - im Vorfeld der Hauptversammlung einen Antrag nach § 122 Abs. 2 AktG gestellt hat, besagt nicht - worauf sie zu Recht hinweist (Schriftsatz vom 06.09.2018, S. 4, Bl. 314 d.A.) -, dass sie insoweit Auftrag und Vollmacht hatte, die Ablehnung der Aufnahme auf die Tagesordnung gerichtlich anzufechten.

24

2. Die Feststellungsklage erfüllt jedoch nicht die Voraussetzungen des § 256 Abs. 1 ZPO.

25

Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann auf die Feststellung des Bestehens oder Nicht-Bestehens eines Rechtsverhältnisses Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. Eine Feststellungsklage ist bereits dann unzulässig, wenn das ihr notwendige Feststellungsinteresse nur und erst im maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht fehlt (BGH, Urteil vom 04.05.2006 - IX ZR 189/03, juris-Rn. 24; BGH, Beschluss vom 10.02.2016 - IV ZR 432/12, BeckRS 113222 Rn. 12), erst recht wenn das Feststellungsinteresse bereits von Anfang an fehlte.

26

a) Maßgeblich für die Beurteilung des Feststellungsinteresses ist der Antrag der Kläger. Danach begehren sie - nur und ausschließlich - die Feststellung der Zustimmungsbedürftigkeit des Abschlusses des vorliegenden BCA durch die Hauptversammlung. Nicht etwa festgestellt werden soll, dass das BCA unwirksam sei; erst recht bezweifeln die Kläger nicht, dass der in der Folge angebotene Aktientausch zwischen den (annehmenden) Aktionären der ... AG und der ... plc schuldrechtlich wirksam zustande gekommen ist und zwischenzeitlich dinglich vollzogen ist, die ... plc somit 92,05% der Aktien erworben hat, ferner dass im Wege der Verschmelzung ein Squeeze-Out der verbliebenen Aktionäre erfolgte.

27

Vorzustellen ist ferner, dass sich die hiesige Fallkonstellation durch weitere Besonderheiten von Klagen, mit denen die Rechtsprechung bislang befasst war, unterscheidet: Geltend gemacht wird allein, dass die Aktionäre über eine Hauptversammlung zu beteiligen gewesen wären, nicht aber dass das BCA auch bei Beschlussfassung der Hauptversammlung nicht zustimmungsfähig gewesen wäre, also materiellrechtlich unwirksam sei. Hinzu tritt der Umstand, dass sich das eigentliche Fusionsgeschäft außerhalb des unmittelbaren Einwirkungsbereichs der beklagten Gesellschaft, nämlich durch Vertrag der ... plc mit den jeweiligen Aktionären, vollzieht. Insoweit hat - anders als in der H.-Entscheidung des BGH (BGH, II ZR 174/80) - eine Beteiligung der Aktionäre stattgefunden. Diese haben das Angebot sogar mit qualifizierter ¾-Mehrheit angenommen (am Ende der Zeichnungsfrist am 07.11.2017 hatten 75,7% der außenstehenden Aktionäre das Tauschangebot angenommen; am Ende der Frist nach § 16 Abs. 2 WpÜG am 24.11.2017 betrug die Quote sogar 92,05%). Die Annahme mit über 75% stand bei Zustellung der Klage am 01.12.2017 (im Übrigen auch schon bei Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses am 14.11.2017) und damit bei Beginn der Rechtshängigkeit nach § 253 Abs. 1, § 261 Abs. 1 ZPO bereits fest.

28

b) Der Senat bejaht vorliegend ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis.

29

Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis besteht. Rechtsverhältnis ist eine aus dem vorgetragenen Rechtsverhältnis abgeleitete rechtliche Beziehung von Personen untereinander oder zu einem Gegenstand, die ein subjektives Recht enthält oder aus der ein solches Recht entspringen kann (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 33. Aufl., § 256 Rn. 3). Dabei kann es sich um Rechte jeder Art handeln. Kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis liegt dagegen vor, wenn nur einzelne Elemente oder Vorfragen des Rechtsverhältnisses, wie Rechtswidrigkeit oder Verschulden, geklärt werden sollen (Seiler in Thomas/Putzo, ZPO, 41. Aufl., § 256 Rn. 10; BGH NJW 1977, 1288, 1289 f.- zur Frage der Rechtswidrigkeit).

30

Daran gemessen, kann etwa die Nichtigkeit eines kompetenzwidrig abgeschlossenen Vertrages festgestellt werden (BGH, Urteile vom 25.02.1982 - II ZR 174/80, juris-Rn. 17 ff. - H.; und vom 14.05.1990 - II ZR 125/89), aber auch die Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit von Beschlüssen der Gesellschaftsorgane (BGH, Urteil vom 10.07.2018 - II ZR 120/16).

31

Grundsätzlich bestehen deshalb keine Bedenken, als feststellungsfähiges Rechtsverhältnis die Frage anzusehen, ob der auf einem Beschluss von Vorstand und Aufsichtsrat beruhende Abschluss eines BCA der Zustimmung der Hauptversammlung bedürfe, denn insoweit stehen mitgliedschaftliche und damit subjektive Rechte des Aktionärs inmitten (vgl. BGH, Urteil vom 25.02.1982 - II ZR 174/80, juris-Rn. 41 ff.). Dass der Beschluss vorliegend durch Abschluss des BCA außenwirksam vollzogen ist, ändert am Vorliegen eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses nichts, wenn und soweit dieses in der Gegenwart noch Rechtswirkungen erzeugt (Zöller/Greger, ZPO, 33. Aufl., § 256 Rn. 3a).

32

c) Der Klage fehlt jedoch - von Anfang an, jedenfalls im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Senat - das Rechtsschutzbedürfnis bzw. das Interesse an einer baldigen Feststellung.

33

aa) Das Rechtsschutzbedürfnis entfällt allerdings nicht bereits deshalb, weil die Kläger zwischenzeitlich aus der (ursprünglich beklagten) Gesellschaft ausgeschlossen wurden (BGH, Urteil vom 09.10.2006 - II ZR 46/05, juris-Rn. 14 ff.).

34

Zum Zeitpunkt der Klageerhebung waren sie noch Gesellschafter der ... AG. Aus dem Normzweck des § 265 Abs. 2 ZPO ist herzuleiten, dass der Verlust der Gesellschafterstellung nicht per se den Verlust der Klagebefugnis nach sich zieht. Dabei spielt keine Rolle, ob die Gesellschafterstellung willentlich - etwa durch Veräußerung - oder unfreiwillig - durch Ausschluss im Wege eines Squeeze-Out - verloren gegangen ist. Die notwendige und sachgerechte Begrenzung der Verfahrensfortsetzungsbefugnis findet auf Ebene des Erfordernisses eines rechtlichen Interesses an der Weiterführung des Prozesses nach Ausscheiden ihre sachgerechte Begrenzung (BGH aaO Rn. 17).

35

bb) Entgegen der Auffassung der Beklagten fehlt es auch nicht an einem rechtlichen Interesse aufgrund der Erklärung der Klägervertreterin in einer Pressemitteilung.

36

Ein ausschließlich wirtschaftliches Interesse würde ebenso wenig genügen wie wissenschaftliche oder sonstige ideelle Interessen. Allein zur Klärung abstrakter Rechtsfragen ist die Feststellungsklage unzulässig (Seiler in Thomas/Putzo, ZPO, 41. Aufl., § 256 Rn. 11). Das rechtliche Interesse kann deshalb nicht damit begründet werden, dass es sich um eine höchststrichterlich noch nicht entschiedene Fragestellung handelt. Wegen der interpartes-Wirkung von Urteilen ist allein maßgeblich, ob die Kläger im hiesigen Verfahren ein Interesse an der streitgegenständlichen Feststellung haben. Fehlt es daran, würde im Ergebnis eine - im Verhältnis der Parteien dieses Verfahrens - abstrakte Rechtsfrage geklärt.

37

Dass mit dem vorliegenden Verfahren primär die Klärung einer abstrakten Rechtsfrage angestrebt wird, vermutet die Beklagte. Dies trifft indes nicht zu. Die Beklagte begründet ihren Verdacht damit, dass die Klägervertreterin die Fusion in ihrer Funktion als Vizepräsidentin der Deutschen Schutzvereinigung in der Sache ausdrücklich begrüßt und lediglich das Verfahren ohne Beteiligung der Hauptversammlung beanstandet habe (vgl. Pressemitteilung B 12). Diese Sichtweise der Klägervertreterin in anderer Funktion müssen allerdings die Kläger nicht gegen sich gelten lassen.

38

cc) Anders als das Landgericht meint, kann das Rechtsschutzbedürfnis nicht allein aus dem Umstand hergeleitet werden, dass eine - unterstellte - Verletzung des Zustimmungserfordernisses durch die Hauptversammlung in mitgliedschaftliche Rechte der Aktionäre eingreift.

39

Rechtswidrige Maßnahmen lösen primär Unterlassungsansprüche aus. Der Senat erkennt an, dass Unterlassungsansprüche ins Leere laufen, wenn der Vollzug der Maßnahme im Außenverhältnis wirksam ist, weil ein Verstoß gegen das Zustimmungserfordernis nicht auf die Vertretungsmacht im Außenverhältnis durchschlägt. Dies führt jedoch nicht dazu, dass allein deshalb ein rechtlich geschütztes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Maßnahme besteht.

40

Ein allein hierauf gestütztes Feststellungsinteresse ist vielmehr nur anzuerkennen (vgl. BGH, Urteil vom 17.06.2016 - V ZR 272/15, juris-Rn. 23f.), wenn es sich um einen tiefgreifenden Grundrechtseingriff handelt. Nur dann wird man aus Art. 19 Abs. 4 GG ableiten können und müssen, dass der Gesichtspunkt des effektiven Rechtsschutzes zur Anerkennung einer Klagemöglichkeit zwingt. Das ist insbesondere bei solchen Grundrechten zu bejahen, deren Einschränkung dem Richtervorbehalt unterliegen (etwa Art. 13 GG, Art. 104 Abs. 2 und 3 GG). Ein solcher Fall ist vorliegend nicht gegeben. Es geht allein um ein - vorliegend noch dazu ungeschriebenes - Mitgliedschaftsrecht aus einer Aktionärsstellung. Ein etwaiger Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG rechtfertigt jedenfalls nicht die Zuerkennung einer „abstrakten“ Feststellung der Rechtswidrigkeit. Vielmehr ist die Aktionärsstellung durch eine Vielzahl an Sekundäransprüchen geschützt (insb. Schadensersatzansprüche - sei es der Gesellschaft oder des Gesellschafters; Möglichkeit der gesellschaftsrechtlichen Sanktionierung; ggf. Anspruch auf angemessene Barabfindung im Falle eines Squeeze-Out, §§ 327a f. AktG; Minderheitenschutz durch Konzernrecht, etwa § 311 AktG). Dieses System genügt, um den grundgesetzlich verbürgten Anspruch auf effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Ein Rehabilitationsinteresse (wegen diskriminierender Nebenwirkungen einer Maßnahme, dazu BGH, aaO, juris-Rn. 19) steht ebenfalls nicht zur Debatte.

41

Auch im Gesellschaftsrecht geht der Bundesgerichtshof davon aus, dass eine Klagebefugnis nur besteht, wenn an der Klage etwa wegen im Raum stehender Sekundäransprüche ein berechtigtes Interesse besteht (vgl. BGH, Urteile vom 09.10.2005 - II ZR 46/05, juris-Rn. 17, vom 10.07.2018 - II ZR 120/16, juris-Rn. 19).

42

dd) Ein Feststellungsinteresse wäre allerdings gegeben, wenn durch einen Feststellungsantrag erreicht werden soll und kann, dass der Vollzug einer Maßnahme unterbleibt oder rückgängig gemacht wird. Darauf zielten die Anträge in der H.-Entscheidung des BGH (Urteil vom 25.02.1982 - II ZR 174/80) ab, der ebenfalls eine unterbliebene Beteiligung der Hauptversammlung zugrunde lag (dort allerdings waren die Aktionäre überhaupt nicht, auch nicht über ein Übernahmeangebot beteiligt): Die Feststellung der Nichtigkeit/Unwirksamkeit der beschlossenen Strukturmaßnahme (Ausgliederung einer Tochtergesellschaft) diene primär dazu, dass die Klageseite im Falle des Erfolgs die begründete Erwartung hätte haben dürfen, dass die Gesellschaftsorgane die notwendigen Folgerungen zögen und den rechtswidrig geschaffenen Zustand nicht aufrechterhielten, widrigenfalls Sekundäransprüche im Raum stünden (BGH, aaO Rn. 18). Der Antrag war somit primär zukunftsgerichtet, wie auch der (erste) Hilfsantrag auf Rückübertragung zeigt. Gleiches gilt für den - letztlich erfolgreichen - weiteren Antrag auf Feststellung einer Verpflichtung zur Einholung der Zustimmung der Hauptversammlung; auch dieser Antrag bezog sich auf zukünftige Maßnahmen.

43

So liegt der Fall aber nicht. Die Kläger haben die Klage nicht erhoben, um Maßnahmen abzuwehren oder zu erreichen, dass getroffene Maßnahmen rückabgewickelt werden.

44

Insbesondere ziehen die Kläger nicht in Zweifel, dass der Abschluss des BCA wirksam war und blieb (vgl. die Pressemitteilung der Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V., Anlage B12), da die Außenvertretungsmacht des Vorstands bei Abschluss eines Vertrages - auch eines BCA - gemäß § 82 AktG grundsätzlich unbeschränkt ist. Dies gilt selbst dann, wenn im Innenverhältnis die Zustimmungskompetenz der Hauptversammlung missachtet worden sein sollte (vgl. bereits BGH, Urteil vom 25.02.1982 - II ZR 174/80, juris-Rn. 29 f.). Die Kläger stellen daher weder den Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des BCA noch stellen sie in Frage, dass der BCA zwischenzeitlich vollzogen ist. Sie begehrt(en) auch nicht - auch nicht mittelbar - eine Verhinderung oder Rückabwicklung der im BCA angelegten oder in diesem Zusammenhang auch nur angekündigten selbständigen Maßnahmen, insbesondere des schuldrechtlichen und dinglichen Vollzugs des Aktientauschs zwischen den tauschwilligen Aktionären der ... AG und der ... plc.

45

ee) Ein Feststellungsinteresse wäre schließlich anzuerkennen, wenn Wiederholungsgefahr bestünde. Denn dann wäre die Feststellung geeignet, einer künftigen Rechtsverletzung wirksam zu begegnen. Daran fehlt es ebenfalls. Stellt man auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ab, so ergibt sich dies bereits daraus, dass die Fusion, die das BCA vorbereitete, unwiderruflich vollzogen ist. Überdies stand bereits bei Klageerhebung zu erwarten, dass die Fusion vollzogen würde.

46

ff) Damit kommt als Anknüpfung für ein Feststellungsinteresse nur ein Abstellen auf mögliche Sekundäransprüche (im untechnischen Sinne) in Betracht.

47

Insoweit erkennt der BGH an, dass das Rechtsschutzbedürfnis für eine Feststellungsklage auf Unwirksamkeit eines Beschlusses eines Leitungsorgans nicht nur darin liegen kann, dass ein stattgebendes Feststellungsurteil die Gesellschaftsorgane dazu anhält, hieraus die notwendigen Folgerungen ableiten. Falls das nicht geschieht - oder nicht (mehr) geschehen kann, wie hier -, kann das Feststellungsurteil zum Anlass für Schadensersatzansprüche oder für Anträge in der Hauptversammlung etwa auf Versagung der Entlastung, Abberufung (oder unterbliebene Neuwahl) von Aufsichtsräten oder Geltendmachung von Ersatzansprüchen nach § 147 AktG genommen werden. Die Möglichkeit derartiger Sekundäransprüche begründet ebenfalls das Feststellungsinteresse (vgl. BGH, Urteil vom 10.10.2005 - II ZR 90/03, juris-Rn. 19 - M./C. II). Diese Rechtsprechung kann auf die Feststellung der Zustimmungsbedürftigkeit übertragen werden.

48

(1) Vorliegend stehen allerdings allein Schadensersatzansprüche inmitten. Sonstige mögliche Anträge in der Hauptversammlung (insbesondere solche ohne Bezug auf Schadensersatzansprüche), auf die sich die Kläger pauschal und am Rande (Schriftsatz vom 06.10.2020, S. 3, Bl. 643 d.A.) berufen (genannt ist die Frage der Entlastung des Vorstandes), spielen keine Rolle. Im vorliegenden Fall lässt sich so ein Rechtsschutzbedürfnis auch nicht begründen:

49

Stellt man - was für eine Unzulässigkeit genügt - auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht ab, so war dem Vorstand zu diesem Zeitpunkt die Entlastung durch unangefochtenen Hauptversammlungsbeschluss 2018 - mit über 98% der Stimmen - bereits erteilt. Anträge in der Hauptversammlung sind auch deshalb nicht (mehr) möglich, weil die ... AG zwischenzeitlich auf eine Tochter der ... plc verschmolzen und überdies in eine GmbH umgewandelt wurde, folglich ihre rechtliche Existenz verloren hat. Auch haben die Kläger ihren Gesellschafterstatus verloren. Für eine Selbstregulierung durch die Gesellschaft (BGH, Urteil vom 10.10.2005 - II ZR 90/03, juris-Rn. 27) außerhalb von Schadensersatzansprüchen ist daher kein Raum.

50

Schon bei Klageerhebung konnte aus diesem Gesichtspunkt kein Feststellungsinteresse hergeleitet werden. Denn bei Rechtshängigkeit stand fest, dass sich eine überwältigende Mehrheit von 75,7% der Aktionäre am Aktientausch beteiligt hatte. Anders als bei der zweiten Angebotsfrist nach § 16 Abs. 2 WpÜG - bei dem die Aktionäre unter dem Druck der Tatsache standen, dass die ... AG nach dinglichem Vollzug des Tauschangebots auch ohne ihre Zustimmung aufgrund der ¾-Mehrheit der ... plc unter dem nahezu unumschränkten Einfluss der ... plc stehen würde - handelten diese Aktionäre freiwillig. Insoweit trifft die Behauptung der Klageseite nicht zu, dass die L.-Aktionäre unter wirtschaftlichem Zwang handelten, da die ... AG zur Zahlung einer Vertragsstrafe von 250 Mio € verpflichtet gewesen wäre, wenn das Quorum verfehlt worden wäre. Zutreffend weist die Beklagte darauf hin (Schriftsatz vom 06.11.2018, S. 16, Bl. 341 d.A.), dass Art. VIII Nr. 8.6 (c) des BCA (Anlage B 2, S. 54) die Verpflichtung zur Zahlung dieser Summe im Falle einer Kündigung wegen Verfehlers des Annahmequorums (Nr. 8.3 (iv)) an die zusätzliche Voraussetzung der Nr. 8.4 (Nicht-Empfehlung des Angebots) knüpft. In der Tatsache, dass sich die Aktionäre mit dieser Quote am Aktientausch beteiligt haben, liegt zugleich ihre Zustimmung zur Fusion mit ... zu den ausgehandelten Konditionen und damit auch die konkludente Billigung des BCA. Dann aber ist eine Mehrheit für etwaige gesellschaftsrechtliche Sanktionen wegen des Abschlusses des BCA - wie die Zustimmung zur Entlastung des Vorstandes mit über 98% der Stimmen ex post bestätigt - von vornherein nicht ersichtlich (zur fehlenden Anfechtbarkeit der Entlastung, weil die unterbliebene Einholung der Zustimmung der Hauptversammlung zu einem BCA jedenfalls nicht grob rechtswidrig ist: OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 01.10.2013 - 5 U 214/12, juris-Rn. 34). Gleiches gilt für sonstige Anträge.

51

(2) Stehen nur und ausschließlich Schadensersatzansprüche im Raum, bestehen erhebliche Zweifel, ob ein bloßer Antrag auf Feststellung der Zustimmungsbedürftigkeit dem Feststellungsinteresse hinreichend Rechnung trägt. Der Feststellung lässt sich, falls die Klage Erfolg hat, allenfalls entnehmen, dass das Verhalten der Organe objektiv pflichtwidrig war. Im Ergebnis läuft eine solche Klage auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Handelns der Gesellschaftsorgane hinaus und damit auf die Erfüllung nur eines Tatbestandselements des Haftungstatbestandes (zur Unzulässigkeit: BGH NJW 1977, 1288, 1289 f., s.o.). Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs lehnt es dementsprechend ab, das Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit einer bereits abgeschlossenen Maßnahme (konkret eines Stadionverbotes) mit einer etwaigen aus der rechtswidrigen Maßnahme resultierenden Schadensersatzpflicht zu begründen; bei der Feststellung der Schadensersatzpflicht handele es sich vielmehr um ein eigenständiges feststellungsfähiges Rechtsverhältnis (BGH, Urteil vom 17.06.2016 - V ZR 272/15, juris-Rn. 15).

52

Ein großzügigerer Maßstab mag dann veranlasst sein, wenn die „Offenheit“ des Antrags dem Umstand geschuldet ist, dass den Klägern unterschiedliche Sekundäransprüche (wiederum im weiteren Sinne) zustehen können, sie sich deshalb berechtigterweise nicht auf die Feststellung der Schadensersatzpflicht festlegen lassen möchten (BGH, Urteil vom 10.10.2005 - II ZR 90/03, juris-Rn. 22). So lag der Fall aber schon bei Klageerhebung nicht, erst recht liegt er so nicht im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung.

53

Großzügiger könnte man allenfalls dann verfahren, wenn sich - wegen der Vermutung des Verschuldens in § 93 Abs. 2 S. 2 AktG - die Frage der Haftung unmittelbar aus der Pflichtverletzung herleiten ließe. Das gibt jedenfalls der vorliegende Fall, wie in der mündlichen Verhandlung erörtert, nicht her. Hier stehen Fragen der Exkulpation des Vorstandes oder der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs wegen mehrheitlicher Beteiligung der Aktionäre am Aktientausch im Raum. Eine bloße Feststellung der Zustimmungsbefähigung, die man mit der Feststellung objektiver Pflichtwidrigkeit gleichsetzen kann, trägt daher nicht einmal zu einer Klärung bei, ob den Klägern Schadensersatzansprüche wenigstens dem Grunde nach zustehen oder nicht. Die gewählte Feststellungsklage ist daher nicht geeignet, auch nur partiellen Rechtsfrieden zu schaffen, sondern erzwingt ein zweites Verfahren dem Grunde wie der Höhe nach.

54

(3) Letztlich kommt es auf diese Fragestellung jedoch nicht an. Die Kläger haben nicht vermocht aufzuzeigen, dass Schadensersatzansprüche im Raum stehen, die - falls sie überhaupt bestehen - nicht abschließend im (bereits anhängigen) Spruchverfahren zu verfolgen sind und dort geklärt werden.

55

Die Kläger stehen insoweit auf dem Standpunkt, dass sie für ein Feststellungsinteresse Schadensersatzansprüche nicht schlüssig vortragen müssen. Es genüge, wenn Schadensersatzansprüche nicht ausgeschlossen seien. In keinem Fall genügt jedoch die bloß abstrakte Möglichkeit eines Schadens. Es muss entweder ein Schaden eingetreten sein oder wenigstens mit dem Eintritt eines - relevanten - Schadens zu rechnen sein (vgl. BGH, Urteil von 07.05.2019 - II ZR 178/19, juris-Rn. 31 für einen Antrag auf Feststellung der Ersatzpflicht für künftige Schäden; der Fall betraf allerdings materiell rechtswidrige Maßnahmen). Ob strengere Maßstäbe - etwa eine Schadenswahrscheinlichkeit - zu fordern ist, weil vorliegend nicht der materielle Bestand der Aktionärsstellung, sondern sein formelles Beteiligungsrecht inmitten steht, kann der Senat dahinstehen lassen.

56

Die Kläger machen insoweit geltend, der Schaden liege in dem Verlust ihres Mitgliedschaftsrechts infolge des Squeeze-Out; ferner sei infolge kartellbedingter Veräußerungen von Unternehmensteilen insbesondere in den USA Umsatz und operatives Ergebnis zurückgegangen, so dass die Barabfindung nach Squeeze-Out niedriger ausfalle. Schließlich stünden Ansprüche der Gesellschaft gegen ihre Vorstände nach § 93 AktG wegen der kartellbedingten Veräußerungen im Raum, die - da bereits zum Zeitpunkt des Ausschlusses der Kläger entstanden - im Spruchverfahren zu berücksichtigen seien. Nicht stützen sich die Kläger darauf, dass das BCA den Handlungsspielraum der Gesellschaft in der Übergangsphase eingeengt habe. Es ist auch weder vorgetragen noch ersichtlich, dass insoweit Maßnahmen unterlassen wurden, die ohne BCA beschlossen worden wären. Die seitens der Kläger geltend gemachten Anknüpfungspunkte für Schadensersatzansprüche rechtfertigen den Feststellungsantrag nicht:

57

(a) Die Anknüpfung an den Verlust der gesellschaftsrechtlichen Stellung als Aktionär trägt nicht.

58

(aa) Dies ergibt sich schon daraus, dass der Feststellungsantrag die Durchsetzung eines konkreten Zahlbetrages - sei es in Gestalt von Schadensersatz, sei es im Rahmen des Spruchverfahrens - vorbereiten will. Dieses Begehren betraf und betrifft nicht den Bestand des Mitgliedschaftsrechts als solchen (es ist mittlerweile ohnehin verloren), sondern dessen Wert. Ein Schaden, für den die Feststellung benötigt würde, entsteht nur, wenn die Kläger eine echte Werteinbuße geltend machen. Würde für ein Feststellungsinteresse allein der Umstand genügen, dass in das Mitgliedschaftsrecht eingegriffen wird, selbst wenn kein vermögensrechtlicher Nachteil entsteht, liefe dies auf die Anerkennung eines nicht monetären Interesses hinaus; ein reines Genugtuungsinteresse genügt aber für das Feststellungsinteresse nicht.

59

(bb) Der Senat lehnt die Anknüpfung an den Verlust des Mitgliedschaftsrechts aus einem weiteren Grund ab: Das BCA berührt den Bestand des Mitgliedschaftsrechts nicht, worauf die Beklagte zutreffend hingewiesen hat. Auch der durch das BCA vorbereitete und begleitete Aktientausch lässt den Bestand des Mitgliedschaftsrechts unberührt. Vielmehr wechselt durch den Vollzug des Aktientauschs lediglich die Inhaberschaft der Aktien, deren Inhaber bereit waren, ihre Aktien an die ... plc abzugeben. Die

Inhaberschaft der nicht tauschwilligen Aktionäre bestand unverändert fort. Zu einem Eingriff kam es erst durch Folgemaßnahmen. Diese waren aber nicht Regelungsinhalt des BCA. Zwar wurden die Aktionäre bei Unterbreitung der Angebotsunterlage - wie in § 11 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 WpÜG vorgesehen - darüber unterrichtet, dass die ... plc bei Erreichen gewisser Schwellenwerte bestimmte gesellschaftsrechtliche Maßnahmen beabsichtige, wie den Abschluss eines Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrags bei Erreichen einer Quote von 75%-90% der Aktien, eines reinen Squeeze-Out nach §§ 327a ff. AktG bzw. §§ 39a ff. WpÜG bei einer Quote von mehr als 95% oder - wie tatsächlich geschehen - eines verschmelzungsrechtlichen Squeeze-Out nach § 62 Abs. 5 UmwG bei einer Quote von 90-95%. Insoweit handelte es sich um bloße Ankündigungen; die Umsetzung dieser Maßnahmen blieb späteren Hauptversammlungen ausdrücklich vorbehalten.

60

Dementsprechend basiert der tatsächlich Verschmelzungsvorgang mit Squeeze-Out auf einem gesonderten Hauptversammlungsbeschluss nach Vollzug der Fusion. Dieser Beschluss hätte gesondert angefochten werden können und müssen und ist somit mangels Anfechtung bestandskräftig und damit auch im Verhältnis der Parteien wirksam.

61

Daran ändert sich nichts dadurch, dass der Beschluss im Sinne einer natürlichen Kausalität Folge des BCA und des darauf basierenden Aktientauschangebots ist. Die Rechtsordnung kann an dem Umstand nicht vorbeigehen, dass sich der Aktientausch und damit auch die Änderung der Mehrheitsverhältnisse in der Hauptversammlung durch Vertrag zwischen den tauschwilligen Aktionären und der ... plc - ohne Beteiligung der ... AG - vollzieht (und sich auch ohne vorherigen Abschluss eines BCA und ohne jedwede Beteiligung der ... AG so hätte vollziehen können). Aus diesem wirksamen Aktientausch und der dabei erlangten Mehrheit leitet die „neue“ Mehrheit ihre Befugnis ab, einen umwandlungsrechtlichen Squeeze-Out vorzunehmen. Eine etwaig fehlerhafte Begleitung dieses Aktientausches durch BCA betrifft, wertend betrachtet, nicht diesen sich außerhalb der eigentlichen Gesellschaft vollziehenden und wirksamen Wechsel im Aktionariat. Konsequenz dieses Umstandes, dass sich der Wechsel der Inhaberschaft im Aktionariat außerhalb der Gesellschaft vollzieht, ist, dass die dem Aktientausch zeitlich nachfolgende Ausübung einer der neuen Mehrheit zustehenden Kompetenz keinen rechtswidrigen Eingriff in den Bestand der Mitgliedschaftsrechte der Kläger darstellt und deshalb auch im Falle der Anfechtung keinen Anfechtungsgrund darstellen würde.

62

(b) Die Kläger stützen Schadensersatzansprüche ferner auf den Umstand, dass Verkäufe von Unternehmensanteilen zur Erlangung kartellrechtlicher Freigaben in die Bemessung der angebotenen Barabfindung einfließen, so dass diese niedriger ausfalle.

63

(aa) Mit diesem Argument können die Kläger nicht gehört werden. Zur Zahlung einer Barabfindung kommt es nämlich nur, weil die Fusion durchgeführt wurde (so auch Schriftsatz des Beklagtenvertreters vom 27.02.2020, S. 7, Bl. 629 d.A.). Wären das BCA und damit auch der Aktientausch unterblieben, wäre es nicht zu einem Squeeze-Out und der Zahlung einer angemessenen Barabfindung gekommen. Letztlich begehren die Kläger als Schadensersatz eine Erhöhung der Abfindung, die ihnen ohne BCA, Aktientausch und Squeeze-Out überhaupt nicht zugestanden hätte. Somit kommt es auch nicht darauf an, ob - was die Beklagte bestreitet - die Barabfindung tatsächlich infolge der Veräußerung von Unternehmensteilen niedriger ausfällt.

64

Als Eingriff in den Vermögenswert der Aktie hätte etwa in Betracht kommen können, dass sich der Aktienkurs verschlechtert hätte. Dies machen die Kläger jedoch nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Aus dem von der Klägerseite selbst vorgelegten Bewertungsgutachten (Anlage BK 6, S. 113 ff.) ist vielmehr ersichtlich, dass sich der Aktienkurs der ... AG (nach einem Kursrutsch 2015 auf Werte zwischen 116 und 140 €) bereits infolge der Fusionsgespräche verbessert hat (Kurssprung bei erster Ankündigung von Fusionsgesprächen: >10%, Minus nach Mitteilung des Abbruchs der Verhandlungen: -5,6%; bei Wiederaufnahme: +5,6%; Kursanstieg infolge Abschluss BCA auf 179,20 € am 09.06.2017). Die zuerkannte Barabfindung - der im Übrigen regelmäßig der Börsenkurs im Zeitraum von drei Monaten vor Bekanntgabe der Entscheidung für den Squeeze-Out als Untergrenze zugrunde liegt (Singhof in BeckOKG, § 327b AktG

Rn. 7 [Stand: 19.10.2020]); der gemittelte Börsenkurs im demnach maßgeblichen I. Quartal 2018 betrug (nach kartellbedingten Verkäufen) knapp 173 € - in Höhe von 189,46 € liegt nahe dem einmaligen Höchstwert der Aktie mit 191 € am letzten Tag der Frist für die Abgabe des Tauschangebots (bereits am Folgetag war der Kurs auf 186,29 € gefallen).

65

(bb) Im Übrigen können die Kläger auf die Desinvestitionsentscheidung des Vorstandes keine individuellen Schadensersatzansprüche stützen. Eine Schmälerung von Vermögen oder Ertragsfähigkeit berührt nämlich nicht den Bestand des Mitgliedschaftsrechts (vgl. Wagner in MüKo BGB, 8. Aufl., § 823 Rn. 352). Vielmehr vollzieht sich ein etwaiger Schutz der Gesellschaft über Schadensersatzansprüche der Gesellschaft; der Aktionär profitiert mittelbar über den Wert seiner Aktien.

66

Dies gilt jedenfalls dann, wenn die konkrete Desinvestitionsentscheidung als Maßnahme der Geschäftsführung vom Vorstand ohne Beteiligung der Hauptversammlung (und damit ohne Eingriff in das mitgliedschaftliche Beteiligungsrecht des Aktionärs) allein getroffen werden kann. So liegt der Fall hier: Die Kläger machen geltend, infolge der kartellbedingten Veräußerungen von Unternehmensteilen sei von 2018 auf 2019 ein Umsatzrückgang von 9% und ein Einbruch des operativen Ergebnisses um 19% zu verzeichnen. Diese Werte verfehlen die Schwellenwerte für eine Zustimmungsbedürftigkeit im Innenverhältnis nach der höchststrichterlichen Rechtsprechung in Sachen H. und G. I (so man schlichte Veräußerungsgeschäfte ohne Mediatisierungseffekt dieser Rechtsprechung überhaupt unterwirft [dazu Hüffer/Koch, aaO, § 119 Rn. 22]). Danach wird eine Zustimmungsbedürftigkeit dann ausgelöst, wenn 70-80% des Vermögens mediatisiert werden (Hüffer/Koch, aaO, Rn. 25; BGH, Urteile vom 26.04.2004 - II ZR 155/02, juris-Rn. 48); wesentliche geringere Werte genügen nicht. Es stellt sich somit auch nicht die Frage, ob ein Kompetenzmangel im Innenverhältnis im Einzelfall ausnahmsweise auf das Außenverhältnis durchschlagen könnte (dazu Spindler in MüKo AktG, 5. Aufl., § 82 Rn. 58 ff.). Das würde im Übrigen selbst dann gelten, wenn man zusätzlich den Umsatzverlust von 14% aus einer möglichen Veräußerung der Engineering Sparte hinzurechnen würde (zu der es aber bislang unwidersprochen nicht gekommen ist und bei der ein Zusammenhang mit der Fusion zweifelhaft erscheint). Der Vorstand war daher befugt, in eigener Verantwortung entsprechende Desinvestitionsentscheidungen zu treffen. Ob die Hauptversammlung dem BCA hätte zustimmen müssen, berührt nicht die Befugnis des Vorstandes, autonom über die in seiner Kompetenz liegenden Geschäftsführungsfragen zu entscheiden. Eine andere Frage ist allenfalls, ob die Veräußerung materiell pflichtwidrig war, weil sie der Umsetzung einer Maßnahme (hier des BCA) diene, die - so die Unterstellung im Rahmen der Zulässigkeit - der vorherigen Zustimmung der Hauptversammlung bedurft hätte. Einen eigenständigen Eingriff in mitgliedschaftliche Rechte des Aktionärs begründet dies gleichwohl nicht.

67

(c) Damit bleibt als Anknüpfungspunkt, dass die Kläger der Auffassung sind, dass infolge des behaupteten pflichtwidrigen Abschlusses (und Vollzugs) des BCA durch die Vorstände der Gesellschaft Schadensersatzansprüche aus § 93 AktG „in Milliardenhöhe“ zustünden (Schriftsatz der Klägervertreterin vom 27.02.2020, S. 21, Bl. 619 d.A.). Diese sind, wie die Kläger selbst vortragen, im Spruchverfahren über die Höhe der Barabfindung zu berücksichtigen, weil die Schadensersatzansprüche bereits in der Wurzel angelegt waren, somit als Aktivposten zu berücksichtigen seien. Unstreitig ist ein Spruchverfahren zwischenzeitlich anhängig.

68

(aa) Der BGH hat anerkannt, dass ein berechtigtes Interesse für die Fortsetzung eines Anfechtungsprozesses gegen einen Hauptversammlungsbeschluss auch dann besteht, soweit der Ausgang des Anfechtungsprozesses rechtliche erhebliche Auswirkungen auf die als Vermögensausgleich für den Verlust der Mitgliedsrechte zu gewährende angemessene Barabfindung haben kann (BGH, Urteil vom 09.10.2006 - II ZR 46/05, juris-Rn. 19).

69

(bb) Anders als im vom BGH entschiedenen Fall fehlt es vorliegend an einem Rechtsschutzbedürfnis, wie mit den Parteien in der Verhandlung ausführlich erörtert.

70

(aaa) Der Senat sieht kein Rechtsschutzbedürfnis für Feststellungsklagen, deren Rechtsschutzinteresse berechtigterweise allein mit Aspekten begründet werden kann, die ohnehin im Spruchverfahren zu klären sind. Dies würde von vornherein zu einer - prozessunökonomischen - Doppelung der Verfahren führen. Da aber schon bei Klageerhebung nur Sekundäransprüche im Raum standen und auch bei diesen, wie ausgeführt, keine individuellen Schadensansprüche berechtigt geltend gemacht wurden, sondern allenfalls solche, die in Ansprüchen der Gesellschaft gegen ihre Vorstände münden, handelt es sich um Ansprüche, die im Rahmen eines Spruchverfahrens ohnehin zu prüfen sind. Schon bei Rechtshängigkeit war aufgrund der Zustimmung von mehr als 90% der Aktionäre absehbar, dass es zu einem Squeeze-Out kommen würde. Eine Notwendigkeit zur Erhebung der streitgegenständlichen (zusätzlichen) Feststellungsklage zu ihrer Vorbereitung bestand nicht.

71

Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zu dem vom BGH entschiedenen Fall. Dort waren die Aktionäre gezwungen, innerhalb der Monatsfrist nach § 246 Abs. 1 AktG Anfechtungsklage gegen Beschlüsse einer vorangegangenen Hauptversammlung zu erheben, um deren Bestandskraft zu verhindern. Es ging mithin um die Frage, ob die Kläger durch spätere Hauptversammlungsbeschlüsse um die Frucht einer Klage gebracht werden können, deren Erhebung das Gesetz verlangte.

72

Ein Rechtsschutzbedürfnis kann in diesem Zusammenhang nicht selbständig daraus hergeleitet werden, etwaige Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen Vorstände berechtigten zu Anträgen in der Hauptversammlung nach § 147 AktG. Zum einen handelt es sich materiell um dieselben Ansprüche, die Gegenstand des Spruchverfahrens sind. Im Übrigen sind, wie oben unter (1) näher begründet, Anträge in der Hauptversammlung und damit auch Anträge nach § 147 AktG nicht mehr möglich. Auch war und ist, wie dort ebenfalls ausgeführt, angesichts der breiten Beteiligung von Aktionären am Aktientausch nicht ersichtlich, dass sich eine Mehrheit für entsprechende Anträge hätte finden können (mit Blick auf § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG vgl. OLG Frankfurt, OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 01.10.2013 - 5 U 214/12, juris-Rn. 34).

73

(bbb) Die Entscheidung im hiesigen Verfahren wirkt auch nicht unmittelbar präjudiziell.

74

Die Rechtskraft des hiesigen Feststellungsurteils wirkt nur zwischen den Parteien (inter partes), hier also zwischen den konkreten Klägern und der ehemaligen ... AG, jetzt ... GmbH.

75

Den Klägern ist insoweit zuzugeben, dass - anders als typischerweise - (nunmehr) Identität zwischen den Parteien der gesellschaftsrechtlichen Klage (Aktionär gegen die Gesellschaft) und den Parteien des Spruchverfahrens (Aktionär - den Ausschluss betreibenden Hauptaktionär) besteht, da aufgrund der Verschmelzung die jetzige Beklagte gleichsam eine Doppelstellung als die den Ausschluss betreibende Mehrheitsaktionärin und als Rechtsnachfolgerin der ... AG hat.

76

Das Gericht im Spruchverfahren entscheidet jedoch mit Wirkung für und alle ausgeschlossenen Aktionäre, § 13 S. 2 SpruchG. Eine Bindung an das Ergebnis des hiesigen Prozesses, dort ohnehin nur Vorfrage und ein Tatbestandselement im Rahmen der Bestimmung der angemessenen Barabfindung, besteht dabei nicht und kann - wegen der erga omnes-Wirkung seiner Entscheidung - auch nicht bestehen. Eine unmittelbare präjudizielle Wirkung entfaltet der hiesige Prozess somit nicht; das Gericht im Spruchverfahren bleibt vielmehr frei, die Rechtsfrage anders der Senat im hiesigen Verfahren zu beurteilen. Erst recht gilt das für den Fall einer den Klägern ungünstigen Sachentscheidung. In keinem Fall kann nämlich eine Bindung zu Lasten der am hiesigen Verfahren nicht beteiligten Aktionäre angenommen werden. Dann aber besteht kein Interesse an der Fortführung des Rechtsstreits (vgl. § 265 Abs. 3 ZPO).

77

Insoweit zeigen sich weitere maßgebliche Unterschiede zur BGH-Entscheidung vom 09.10.2006 - II ZR 46/05:

78

Im dortigen Fall drohten im Falle der Versagung der Fortführung des Anfechtungsprozesses den Klägern ungünstige Hauptversammlungsbeschlüsse in Bestandskraft zu erwachsen (BGH aaO Rn. 20); damit wären

inmitten stehende Verträge nach § 179a AktG wirksam geworden mit der Folge, dass dies Auswirkungen auf die Barabfindung im Spruchverfahren gehabt hätte. So liegt der hiesige Fall nicht: es gibt keine Hauptversammlungsbeschlüsse mit Auswirkungen für die Barabfindung, die in Bestandskraft erwachsen könnten. Zum anderen wird das BCA nicht erst durch ein Abschneiden der Fortsetzung des Prozesses wirksam, sondern war, wie von keiner Seite bezweifelt wird, von Anfang an wirksam. Es steht auch nicht die präjudizielle negative Wirkung eines klageabweisenden Urteils inmitten, wenn die Feststellungsklage als unzulässig abgewiesen wird.

79

Anders als die Kläger meinen (Schriftsatz vom 06.10.2020, Bl. 643ff. d.A.), handelt es bei den kartellbedingten Veräußerungen nicht um Verträge im Sinne von § 179a AktG. Nach dieser Vorschrift bedarf der (schuldrechtliche) Vertrag, durch den sich eine Aktiengesellschaft „zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens“ verpflichtet, der Zustimmung der Hauptversammlung. Ohne Zustimmung ist der Vertrag nichtig mit der Folge, dass bereicherungsrechtliche Rückforderungsansprüche bestünden (§§ 812 ff. BGB). Die tatsächlich vorgenommenen Veräußerungen erfüllen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 179a AktG nicht, denn es wird - selbst wenn man annimmt, dass sämtliche kartellbedingten Veräußerungsgeschäfte, auch wenn sukzessiv erfolgt, zusammenzurechnen sind (dazu Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl., § 179a Rn. 5) - mitnichten „das ganze Unternehmen“ verkauft. Die Verkäufe führten nach dem klägerischen Vortrag vielmehr zu Rückgängen des Umsatzes von 9% bzw. des operativen Ergebnisses von 19%. Der Einbruch betrifft nur einen Bruchteil weit unterhalb der Hälfte des unternehmerischen Outputs und ist nicht geeignet, den Tatbestand des § 179a AktG auszulösen. Auch bei qualitativer Betrachtung kann nicht die Rede davon sein, dass die ... AG mit dem zurückbehaltenen Vermögen ihren in der Satzung festgelegten bisherigen Unternehmensgegenstand, wenn auch in eingeschränktem Umfang, nicht weiterverfolgen könnte (zu diesem Maßstab Hüffer/Koch, AktG, aaO Rn. 4 mwN; ebenso schon BGH, Urteil vom 25.02.1982 - II ZR 174/80, juris-Rn. 22 [zur Vorgängervorschrift § 361 AktG]). Ergänzend sei bemerkt, dass auch die Werte, die das Landgericht im Urteil, S. 61 ff. bei Annahme einer kompletten Veräußerung des nordamerikanischen Marktsegments annahm, die Schwelle des § 179a AktG (weit) verfehlen würde.

80

Zum zweiten stellt der BGH darauf ab (BGH, aaO, Rn. 22), dass eine Nichtigerklärung im Anfechtungsprozess (mit der Folge, dass der im dortigen Verfahren zugrunde liegende schuldrechtliche Vertrag ohne weiteres, weil nichtig, rückabzuwickeln wäre) nach § 248 Abs. 1 AktG für und gegen alle Aktionäre wirkte. An einer solchen erga omnes-Wirkung fehlt es bei einer reinen Feststellungsklage.

81

(ccc) Zu berücksichtigen sind die Besonderheiten des vorliegenden Falles, die eine etwaige indizielle Bedeutung der Entscheidung selbst im Erfolgsfalle der Kläger derart zurücktreten lassen, dass sich ein Rechtsschutzbedürfnis hierauf allein unter Rekurs auf prozessökonomische Erwägungen nicht begründen lässt: Eine Feststellung der objektiven Pflichtwidrigkeit bedeutete lediglich die - für das Spruchverfahren nur indizielle, nicht bindende - Entscheidung über ein Tatbestandselement der Ansprüche. Die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen, wie beispielsweise eine mögliche Exkulpation des Vorstandes blieben ungeklärt, obwohl an ihrer Erfüllung erhebliche Zweifel bestehen (vgl. dazu unter e). Der Nutzen dieses Verfahrens für die Kläger im ohnehin anhängigen Spruchverfahren ist daher so eingeschränkt, dass er eine Fortsetzung des vorliegenden Verfahrens nicht rechtfertigt, jedenfalls - unter Berücksichtigung der beidseitigen Interessen - zumutbar macht, die Frage umfassend und abschließend im ohnehin anhängigen Spruchverfahren zu klären.

82

Hinzu tritt, dass von Gesetzes wegen keine Notwendigkeit zur Erhebung einer gesonderten Feststellungsklage bestand (dazu unter d), ferner dass der Klage das Rechtsschutzbedürfnis von Anfang an fehlte, weil im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Klage aufgrund der erreichten Zustimmungsquote absehbar war, dass es zu einem Squeeze-Out kommen würde, im Übrigen nicht ersichtlich ist, wie die Kläger die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen die Vorstände außerhalb des Spruchverfahrens hätten erzwingen können.

83

d) Ein Rechtsschutzbedürfnis ergibt sich schließlich auch nicht daraus, dass die Kläger gezwungen waren, fristgebunden Klage zu erheben. Dafür kann an dieser Stelle dahinstehen, ob die Erhebung der

Feststellungsklage ohne unangemessene Verzögerung zu erfolgen hatte. Die Rechtsprechung unterwirft zwar die „Abwehrklage“ gegen unwirksame Geschäftsführungsmaßnahmen dem Gebot, sie ohne unangemessene Verzögerung zu erheben (BGH, Urteile vom 10.07.2018 - II ZR 120/16 und vom 07.05.2019 - II ZR 278/16). Dazu zählt die Unterlassungsklage (vgl. BGH, Urteil vom 07.05.2019 - II ZR 278/16), mit der die Umsetzung unwirksamer Vorstandsbeschlüsse verhindert werden soll; der BGH hat dies auf Klagen auf Feststellung der Unwirksamkeit eines Vorstandsbeschlusses im Bereich der Kapitalmaßnahmen diesem „Fristgebot“ erstreckt (BGH, Urteil vom 10.07.2018 - II ZR 120/16, juris-Rn. 20 ff.) und dies mit Rücksichtnahmepflichten des Aktionärs gegenüber der Gesellschaft begründet.

84

Es erscheint bereits zweifelhaft, ob dasselbe für die bloße Feststellung der Mitwirkungsbedürftigkeit der Hauptversammlung - die Unwirksamkeit der Maßnahme wird nicht geltend gemacht - gilt; selbst wenn dem so wäre, lässt sich aus dem „Fristerfordernis“ - jedenfalls für den vorliegenden Fall - ein Rechtsschutzbedürfnis nicht ableiten.

85

Denn die etwaige Versäumung der Frist zur Erhebung einer Abwehrklage mag zu einer Verwirkung des Klagerechts für eine entsprechende Abwehrklage führen (BGH, aaO, juris-Rn. 31); ihr Unterlassen sperrt jedoch nicht die (spätere) Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen. So hat der BGH im Verfahren II ZR 278/16 zwar die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen als verfristet angesehen; die Abweisung von gleichzeitig geltend gemachten Schadensersatzansprüchen beruhte nicht auf einer Verwirkung der Schadensersatzansprüche (sondern darauf dass der Schaden nicht ausreichend dargelegt war bzw. dass - hinsichtlich der Feststellung einer Ersatzpflicht für künftige Schäden - mit dem Eintritt eines Schadens nicht zu rechnen war). Daraus folgt für den Senat: eine Abwehrklage muss zwar ggf. innerhalb angemessener Frist erhoben werden, ihre Erhebung ist jedoch keine *conditio sine qua non* für die spätere Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen und vermittelt deshalb auch nicht das Rechtsschutzbedürfnis für die vorliegende Feststellungsklage. Eine andere Sichtweise wäre schwerlich mit der Wertung von § 93 Abs. 6 AktG, der eine 10-jährige Verjährungsfrist für die Haftung von Vorständen börsennotierter Unternehmen vorsieht, und von § 93 Abs. 4 S. 3 AktG, der den Verzicht und den Vergleich über solche Ansprüche für drei Jahre ausschließt, vereinbar. Diese Vorschriften beziehen sich zwar auf das Innenverhältnis von Vorstand zu Gesellschaft; derartige Ansprüche werden (mittelbar) vorliegend (zumindest auch) geltend gemacht. Es wäre darüber hinaus kaum zu erklären, wenn - trotz des bewusst scharfen Sanktionsregimes - im Außenverhältnis von Gesellschaft und Aktionär Schadensersatzansprüche unter Berufung auf Treuepflichten nicht nur im Einzelfall, sondern regelmäßig abgekürzt würden, zumal die Verjährungsvorschriften für die Gesellschaft in den meisten Fällen einen ausreichenden Schutz bieten.

86

Jedenfalls im vorliegenden Fall konnte nicht die zeitnahe Erhebung der Klage erwartet werden, um etwaige Schadensersatzansprüche zu wahren. Es geht nicht etwa um eine Fallgestaltung, bei der dem Aktionär vorgeworfen werden könnte, er hätte durch frühere Klage Schaden abwenden können. Denn die Kläger machen gerade nicht die Unwirksamkeit einer Maßnahme geltend, sondern behaupten - zutreffend - die Wirksamkeit des BCA von Anfang an. Die Kläger konnten folglich mit ihrer Klage weder den Abschluss des BCA noch dessen Umsetzung verhindern. In einer solchen Konstellation kann die Gesellschaft den Klägern hinsichtlich etwaiger Schadensersatzansprüche nicht entgegenhalten, dass sie zuvor nicht oder nicht rechtzeitig (Feststellungs-)Klage erhoben hätten.

87

e) Ergänzend merkt der Senat an, dass für ihn nach dem Vortrag der Parteien nicht ersichtlich ist, dass die klägerseits in den Raum gestellten Schadensersatzansprüche bestünden, selbst wenn man - nur insoweit handelt es sich um eine doppelrelevante Tatsache - eine Zustimmungspflichtigkeit der Hauptversammlung zum BCA annimmt. Auch unter diesem Aspekt hat der Senat erhebliche Zweifel, ob ein Bedürfnis für die beantragte Feststellung besteht. Der Senat verdeutlicht dies an folgenden Aspekten:

88

(aa) Schadensersatzansprüche setzen Verschulden voraus. Für den Senat ist nicht erkennbar, dass die Leitungsorgane schuldhaft gehandelt haben (vgl. Beklagtenvortrag, Schriftsatz vom 27.02.2020, S. 10f., Bl. 632 f. d.A.), als sie die Beteiligung der Hauptversammlung unterließen, selbst wenn insoweit ein objektiv pflichtwidriges Übergehen der Hauptversammlung unterstellt.

Die Frage der Zustimmungsbedürftigkeit eines BCA ist höchststrichterlich nicht geklärt. Die Ansicht, es sei nicht zustimmungspflichtig, ließ und lässt sich gut vertreten (Koch, ZGR 2019, 588, 592: „Diese Würdigung Strohn's [Anm. d. Senats: nach Abschluss des streitgegenständlichen BCA] hat gerade die Beratungspraxis auch deshalb aufgeschreckt, weil man nicht nur die H.-Rechtsprechung deutlich entschärft glaubte, sondern auch die spezielle Form der Zusammenführung, wie sie für den Fall L./P. gewählt wurde, als weitgehend gesicherten Bestandteil der Transaktionspraxis wählte. Im Schrifttum wurde eine solche Vorgehensweise nahezu durchgängig für zulässig und nicht zustimmungsbedürftig gehalten“ mwN in Fn. 10; vgl. auch [aus der ex-post-Perspektive]: Fleischer, Der Betrieb, 2019, 2675, 2681: „Die ganz überwiegende Meinung sieht keine Grundlage für eine ungeschriebene Hauptversammlungskompetenz“ mwN in Fußnote 145; Schmolke in VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2018, Hauptversammlungszuständigkeit für Business Combination Agreements, Rn. 39 ff.; Dominik Meier in VGR, aaO, Bericht über die Diskussion des Referats Schmolke, Rn. 5, wonach die Mehrheit der Diskutanten die Ansicht teile, dass ein BCA als „Aktionsfahrplan“ bei einem Zusammenschluss à la L. AG/P. keine Mediatisierung darstelle und eine ungeschriebene Zuständigkeit der Hauptversammlung abzulehnen sei; ablehnend - allerdings unter Hinweis auf die Strittigkeit der Rechtsfrage - Spindler in K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl., § 119 Rn. 40a; ebenfalls ablehnend Strohn, ZHR 182, 114). Das Landgericht hat mit guten Argumenten ebenfalls angenommen, dass das BCA nicht zustimmungsbedürftig sei. Vor diesem Hintergrund erschließt sich nicht, dass die Einnahme des beklagten vertretene Rechtsstandpunkts einen vorwerfbaren Sorgfaltsverstoß begründet, zumal sich die Gesellschaftsorgane, wie sich aus der vorgerichtlichen Korrespondenz ergibt, umfassend rechtlich haben beraten lassen (Anlage B11, S. 2 ff.). Es ist anerkannt, dass das Vertrauen auf fachkundigen Rat die Gesellschaftsorgane exkulpiert (BGH, Urteil vom 14.05.2007 - II ZR 48/06, juris-Rn. 14).

90

(bb) Im Übrigen bestehen durchgreifende Zweifel, ob die behauptete Pflichtverletzung für die behaupteten Schäden zurechenbar kausal wäre.

91

Im Nachgang zum BCA haben mehr als 75% der Aktionäre - nachdem durch Pressemitteilungen (schon 2016, vgl. Anlage B1) wesentliche Kernstücke der Fusion bekannt gegeben worden waren, die Aktionäre Gelegenheit zu einer Aussprache im Rahmen der Hauptversammlung 2017 hatten und sie umfassend schriftlich durch die Angebotsunterlage informiert waren - freiwillig am Aktientausch teilgenommen und damit zugleich konkludent die Fusion und mittelbar auch das BCA, das den Fahrplan und wesentliche Parameter festlegte, gebilligt. Die nach Ansicht der Kläger notwendige Zustimmung von (hier sogar absolut) 75% der Aktionäre ist damit erreicht. Diese Zustimmung wurde zwar nicht in einer Hauptversammlung, aber rechtsverbindlich durch Annahme des Übernahmeangebots der ... plc für ihre Aktien erteilt. Durch diesen Vertrag (ohne unmittelbare Beteiligung der ... AG) wird die Fusion zivilrechtlich wirksam vollzogen. Vor dem Hintergrund der hohen Zustimmungsquote von mehr als 75 bzw. 90% der Aktionäre bestehen für den Senat überdies keine Zweifel, dass eine Hauptversammlung dem BCA ebenfalls zugestimmt hätte, zumal nicht ersichtlich ist, dass wesentliche Akteure die Fusion dort abgelehnt hätten (vgl. die Pressemitteilung der Deutschen Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V., Anlage B12; zum Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens: vgl. BGH, Urteil vom 10.07.2018 - II ZR 24/17, juris-Rn. 42 ff. zur fehlenden Zustimmung des Aufsichtsrates).

92

3. Da die Klage bereits mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig ist, bedarf keiner abschließenden Entscheidung, ob die vorliegende Feststellungsklage als Abwehrklage - als solche ohnehin nicht Vorbedingung für die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen - ohne unangemessene Verzögerung zu erheben war und ob diese Frist insbesondere vor dem Hintergrund, dass zwischen Abschluss des BCA am 01.06.2017 bis zur Klageeinreichung am 24.10.2017 bereits fast 5 Monate, selbst gerechnet ab Unterbreiten der Angebotsunterlage am 10.08.2017 mit einer Fülle von deutschsprachigen Unterlagen mehr als 2 Monate verstrichen waren, gewahrt ist.

93

Nach nochmaliger Beratung hält der Senat dafür, dass - selbst wenn man das Gebot einer unverzüglichen Klageerhebung auf die vorliegende Fallkonstellation, bei der es gerade nicht um die Unwirksamkeit eines konstitutiven Vorstandsbeschlusses geht, überhaupt anwendet - Großzügigkeit geboten ist. Das Interesse

der Gesellschaft an zeitnahe Rechtssicherheit ist bei einem von vornherein auf bloße Feststellung gerichteten Antrag (bei gleichzeitiger Anerkennung der Wirksamkeit der Maßnahme) im Vergleich zu echten Unterlassungssituationen von vornherein gemindert. Hinzu kommt, dass eine Klage seitens der Schutzvereinigung angedroht war (Anlage B12), so dass die ... AG nicht berechtigt darauf vertrauen durfte, dass keine Klage erhoben würde. Letztlich entscheidend ist, dass den Kläger unzumutbar ist, mit erheblichem Kostenrisiko eine reine Feststellungsklage gleichsam prophylaktisch zu erheben, wenn unklar ist, ob Aktionäre von dem Aktientausch überhaupt in hinreichender Anzahl Gebrauch machen.

II.

94

Die Berufung hat auch im Hilfsantrag keinen Erfolg. Auch bezüglich des Hilfsantrags fehlt es am notwendigen Feststellungsinteresse. Die Frage der Teilidentität mit dem Hauptantrag, auf die das Landgericht abgestellt hat, bedarf daher keiner Entscheidung.

III.

95

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. Die Zulassung der Revision war nicht veranlasst, da die Verneinung des Feststellungsinteresses auf den Umständen des konkreten Einzelfalles beruht.