Oberlandesgericht Köln, 18 U 205/07

Datum:	15.01.2009
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	18. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	18 U 205/07
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2009:0115.18U205.07.00

Vorinstanz:	Landgericht Köln, 22 O 214/06
Schlagworte:	Satzungsunterschreitung, Aktionärsklage gegen qualifiziert faktischen Konzern, Voraussetzungen des qualifiziert faktischen Konzerns
Normen:	AktG §§ 311 ff.

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 23.11.2007 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 82 O 214/06 - wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 23.11.2007 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 82 O 214/06 - abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger. Die Nebenintervenienten tragen ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren wird auf 500.000 € festgesetzt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e : 1

I. 2

Der Kläger ist ein eingetragener Verein, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben die außergerichtliche und gerichtliche Geltendmachung von Aktionärsrechten gehört. Er ist Aktionär der Beklagten. Die Beklagte zählt mit ihren Tochtergesellschaften zu den größten deutschen Bauunternehmen. Sie bildet einen eigenständigen Teilkonzern innerhalb des T.Konzerns, W.. Seinerzeit, in 2006, verfügten die T. und ihr zuzurechnende Unternehmen über rund 66 % der Aktien der Beklagten, die übrigen Aktien befanden sich in Streubesitz. Unter dem 25.7.2008 teilte die T. mit, dass sie nunmehr über ca. 87,72 % des Grundkapitals und der Stimmrechte der Beklagten verfügt (Bekanntmachung gem. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 WpÜG vom 25.7.2008 im Elektronischen Bundesanzeiger, H X). Im Jahr 2005 erwarb die T. die Mehrheit der Aktien und Stimmenanteile bei der F. A. AG, die damit zu einer Schwestergesellschaft der Beklagten wurde. Mit Ad-hoc-Mitteilung vom 19.1.2006 kündigte die T. den Abschluss eines Beherrschungsvertrages mit der Beklagten an. Am 4.4.2006 teilte sie mit, dass sie diese Absicht nicht weiter verfolge. 3

Der Kläger wendet sich als Aktionär der Beklagten mit der Feststellungsklage gegen verschiedene Maßnahmen und die entsprechenden Beschlüsse von Vorstand und Aufsichtsrat, in denen er u.a. eine unzulässige faktische Eingliederung der Beklagten in die T. sieht. 4

Mit den Klageanträgen zu 1) bis 3) wendet der Kläger sich gegen den Verkauf der Hoch- und Ingenieurbausparte an die F. A. AG, mit dem Antrag zu 7) beantragt er die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, den Verkauf rückgängig zu machen. 5

Die Satzung der Beklagten enthielt bis zum 21.7.2006 folgenden Unternehmensgegenstand: 6

"Gegenstand des Unternehmens ist die Übernahme und Ausführung von Bauleistungen auf allen Gebieten des Straßen-, Ingenieur-, Wasser-, Hoch- und Tiefbaues, die Herstellung und der Vertrieb von Baustoffen und Bauteilen, die Vorbereitung und Durchführung von Bauvorhaben als Bauherr im eigenen Namen für eigene oder fremde Rechnung unter Verwendung von Vermögenswerten Dritter, die wirtschaftliche Vorbereitung und Durchführung von Bauvorhaben als Baubetreuer im fremden Namen für fremde Rechnung, Tätigkeiten aller Art auf dem Gebiet des Umweltschutzes, die Erbringung von Dienstleistungen, die mit all dem im Zusammenhang stehen, sowie die Vornahme verwandter Tätigkeiten." 7

Unter dem 28.2.2006 veräußerte die Beklagte mit Wirkung zum 1.3.2006 im Rahmen eines Asset Deals einen Großteil ihrer eigenen Hoch- und Ingenieurbauaktivitäten sowie der organisatorischen Einheit "Hoch- und Ingenieurbau" der K. S. Unternehmen für Hoch- und Tiefbau GmbH und in einem weiteren Vertrag (Share Deal) vom 4.5.2006 ihre Anteile an den im Klageantrag zu 1) genannten Unternehmen an die F. A. AG. Der Nettokaufpreis belief sich 8

auf ca. 30,9 Mio. €. Die Beklagte bot nach dem Verkauf Hoch- und Ingenieurbauleistungen nur noch im Zusammenhang mit dem Straßen- und Tiefbau und soweit das Mitangebot vom Markt erwartet wird an, z.B. bei Betreibermodellen. Sie führt darüber hinaus die begonnenen Projekte zu Ende. Die C. Bau AG, an der die Beklagte mit 35 % beteiligt ist, bietet ebenfalls Hoch- und Ingenieurbau an. Sie ist überwiegend in Zentral- und Osteuropa tätig.

In der Hauptversammlung vom 14.7.2006 wurde die Änderung der Satzung dahin beschlossen, dass Gegenstand des Unternehmens ist: 9

"a) die Ausführung von Bauleistungen für eigene oder fremde Rechnung, insbesondere im Straßen- und Tiefbau, 10

b) der Entwurf, die Planung und die Berechnung von Bauwerken, 11

c) die Durchführung aller dem Baugewerbe dienenden Hilfsgeschäfte, insbesondere 12

der Einkauf, die Herstellung, die Aufbereitung, die Verwertung und der Vertrieb von Baustoffen und -materialien, 13

d) die Wartung und Instandhaltung von Infrastruktureinrichtungen, insbesondere von Verkehrswegen, 14

e) die Durchführung von Betreibermodellen für Bauwerke aller Art, einschließlich deren Errichtung, Finanzierung und Bewirtschaftung und die Erbringung der damit verbundenen Dienstleistungen, 15

f) die Errichtung und der Betrieb von Anlagen aller Art der Umwelttechnik." 16

Die Satzungsänderung wurde am 21.7.2006 ins Handelsregister eingetragen. Auf die Anfechtungsklage mehrerer Aktionäre - u.a. des Klägers - hat das Landgericht den Beschluss über die Satzungsänderung durch Urteil vom 5.10.2007 - 82 O 114/06 - für nichtig erklärt. Über die Berufung der Beklagten, die beim Senat anhängig ist (18 U 182/07) ist noch nicht entschieden, der Senat hat das Verfahren ausgesetzt im Hinblick auf ein weiteres beim Landgericht Köln anhängiges Anfechtungsverfahren, welches sich gegen in der Hauptversammlung vom 1.6.2007 gefasste Bestätigungsbeschlüsse, u.a. auch die Änderung des Unternehmensgegenstands betreffend, richtet. 17

Der Kläger sieht im Verkauf der Hoch- und Ingenieurbauaktivitäten eine Satzungsunterschreitung, eine faktische Verschmelzung mit der F. A. AG sowie - da auf Veranlassung des Hauptaktionärs bzw. der T. erfolgt - eine Nachteilszufügung im qualifiziert faktischen Konzern. Die Beklagte habe dadurch ihre Unabhängigkeit eingebüßt, ihr komme nur noch die Funktion einer Betriebsabteilung für den Straßenbau in Deutschland zu. 18

Gegenstand der Klageanträge zu 4) bis 6) und 8) sind verschiedene Strukturmaßnahmen, in denen der Kläger eine Eingliederung in den Konzern der T. sieht, die ohne konzern- oder umwandlungsrechtliche Rechtsgrundlage, d.h. Abschluss eines Beherrschungsvertrages (mit entsprechendem Abfindungsangebot an die außenstehenden Aktionäre) oder Verschmelzung unzulässig sei. Dabei geht es insbesondere um die Veräußerung des Geschäftsbereichs Projektentwicklung, einem zur Hoch- und Ingenieurbausparte komplementärem Geschäftsfeld, sowie die Zusammenlegung des Verwaltungs- und Rechnungswesens, der Baumaschinenlogistik und der Rechtsabteilungen mit den entsprechenden Abteilungen der F. A. AG und anderen Schwestergesellschaften. 19

20

Der Geschäftsbereich Projektentwicklung war in der T. Projektentwicklung GmbH angesiedelt. Mit Vertrag vom 23.5.2006 veräußerte die Beklagte den Geschäftsbereich Projektentwicklung mit Wirkung zum 1.6.2006 an die B. E. GmbH. Bei jener handelt es sich um eine Tochter der F. A. AG (51%) und der T. (49 %). Der Kaufpreis belief sich auf 1,00 €. Die T. Projektentwicklungs-GmbH wickelt noch die Altverträge ab, ihr verbleiben auch die Grundstücke und das Sachanlagevermögen.

Weiterhin werden seit 2005 das Rechnungswesen, die Lohn- und Gehaltsabrechnungen, Finanzen, und die übrigen Verwaltungstätigkeiten von der D. GmbH wahrgenommen, die entsprechende Dienstleistungen auch für die F. A. AG erbringt. Die Beklagte hielt ursprünglich 99% der Anteile. Seit dem 19.12.2005 gehören ihr nach Umstrukturierungen nur noch 50% an der D. GmbH, die anderen 50 % hält nunmehr die F. A. AG. Die Veräußerung der entsprechenden Beteiligung der Beklagten (49,5 %) erfolgte zum Nominalwert (14.850 €). Gleichzeitig erwarb sie am 9.3.2006 mit Wirkung zum 1.1.2006 0,5 % der Beteiligung zum Nominalwert von 150 € von der U. T. Bau Holding Service GmbH (U.). Die Satzung der D. sieht nach der Umstrukturierung vor, dass wesentliche Entscheidungen nur einstimmig erfolgen können, räumt der Beklagten gegenüber der Geschäftsführung ein Weisungsrecht für Angelegenheiten ein, die Dienstleistungen an sie betreffen, und beinhaltet das Recht beider Gesellschaften, jeweils einen Geschäftsführer zu bestellen. 21

Eine ähnliche Umstrukturierung wurde auch im Bereich der Dienstleistungen in der Baumaschinenlogistik (Vermieten, Reparieren/Wartung, Schalung, Planen/Montieren und Investieren) vorgenommen; die entsprechende Service-Gesellschaft firmiert als G. GmbH (im Folgenden G. GmbH). Gleiches gilt für die Rechtsabteilungen. Die Rechtsabteilungen der Beklagten, der B. AG und der I. + X. Bau GmbH wurden zum 1.7.2006 in einer J. GmbH zusammengefasst, deren alleinige Gesellschafterin die Konzernobergesellschaft T. ist. 22

Die Beklagte besaß bis zum 7.7.2006 eine 49%ige Beteiligung an der L. GmbH & Co. KG, die ein Netz von Asphaltmischwerken betreibt, und der L. Verwaltung GmbH. Diese Beteiligungen veräußerte sie aus kartellrechtlichen Erwägungen an die andere Gesellschafterin (Y. & O. OHG) für 107 Mio. €. Die Parteien streiten darüber, ob die kartellrechtliche Notwendigkeit sich aus dem Erwerb der Anteilsmehrheit an der F. A. AG und deren ebenfalls im Asphaltmischgutgeschäft tätigen Tochter S. Baustoff GmbH durch die T. ergab oder im Zusammenhang mit dem Verhältnis der Beklagten zur Y.-Gruppe stand. 23

Außerdem ersetzte ein syndizierter Avalkredit, den die T. für die Konzerngesellschaften abschloss, die bisherige Avalkreditfinanzierung der Beklagten. Die Beklagte haftet in diesem Rahmen ausschließlich für eigene oder von ihren eigenen Töchtern in Anspruch genommene Avale. Hierdurch fielen für die Beklagte einmalige Kosten i.H.v. insgesamt 4 Mio. € an, die den Anteil der Beklagten an der *arrangement fee* ausmachten; andererseits wurden auf diese Weise bei der Beklagten die Sicherheiten aus dem Sicherheitenpool freigesetzt. 24

Es besteht schließlich eine Doppelfunktion des Herrn Dr. M. als Vorstand der Beklagten und (seit 1.1.2006) auch als Vorstand der T.. Der Aufsichtsrat der Beklagten genehmigte diese Tätigkeit am 8.3.2006. 25

Mit den Anträgen zu 9) und 10) begehrt der Kläger die Feststellung, dass der Vorstand verpflichtet ist, von der T. den Abschluss eines Beherrschungsvertrages zu verlangen und dass der Beklagten qualifizierte Nachteile zugefügt wurden mit der Folge, dass ihr ein Anspruch auf Verlustausgleich und den außenstehenden Aktionären ein Anspruch auf angemessenen Ausgleich oder Abfindung zusteht. 26

27

Der Kläger hat behauptet, sämtliche Maßnahmen seien auf Vorgabe und im Rahmen eines Gesamtkonzepts des Hauptaktionärs T. erfolgt. Er sieht hierin eine faktische Verschmelzung mit der F. A. AG bzw. unzulässige Eingliederung in die T.. Die Maßnahmen seien nachteilig und beseitigten die Eigenständigkeit der Beklagten.

Der Kläger hat beantragt, 28

festzustellen: 29

1. Der Verkauf und die Übertragung der unmittelbaren Hoch- und Ingenieurbauaktivitäten sowie der Hoch- und Ingenieurbauaktivitäten der K. S. Unternehmen für Hoch- und Tiefbau GmbH sowie der Anteile an den Beteiligungsgesellschaften N-P. Bau GmbH, Q-R. V. GmbH, Z. Q1 Unternehmen für Hoch- und Tiefbau GmbH, Y1 C1 GmbH, E1 Bau GmbH, Stahl- und Verbundbau E2 GmbH und der N.V. T. Belgium S.A., Antwerpen/Belgien an die B. AG ist zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 28. Februar 2006 bzw. der Übertragung am 1. März 2006 bzw. unmittelbar vor dem 9. Mai 2006 rechtswidrig gewesen. 30

2. Die Beschlussfassungen des Vorstandes der Beklagten zum Verkauf und zur Übertragung der unmittelbaren Hoch- und Ingenieurbauaktivitäten der K. S. Unternehmen für Hoch- und Tiefbau GmbH sowie der Anteile an den Beteiligungsgesellschaften N-P. Bau GmbH, Q-R. V. GmbH, Z. Q1 Unternehmen für Hoch- und Tiefbau GmbH, Y1 C1 GmbH, E1 Bau GmbH, Stahl- und Verbundbau E2 GmbH und der N.V. T. Belgium S.A., Antwerpen/Belgien an die B. AG sind rechtswidrig. 31

3. Die Beschlussfassungen des Aufsichtsrats der Beklagten zum Verkauf und zur Übertragung der unmittelbaren Hoch- und Ingenieurbauaktivitäten der K. S. Unternehmen für Hoch- und Tiefbau GmbH sowie der Anteile an den Beteiligungsgesellschaften N-P. Bau GmbH, Q-R. V. GmbH, Z. Q1 Unternehmen für Hoch- und Tiefbau GmbH, Y1 C1 GmbH, E1 Bau GmbH, Stahl- und Verbundbau E2 GmbH und der N.V. T. Belgium S.A., Antwerpen/Belgien an die B. AG sind rechtswidrig. 32

4. Die Eingliederung der Beklagten in die Organisation der T. sowie die Übertragung der Projektentwicklungsaktivitäten von der T. Projektentwicklungs GmbH auf die B. E. GmbH und die Übertragung von Beteiligungen an der D. GmbH und G. Technik International GmbH auf B. AG sind rechtswidrig. 33

5. Die Beschlussfassungen des Vorstandes zur Eingliederung der Beklagten in die Organisation T. sowie die Übertragung der Projektentwicklungsaktivitäten von der T. Projektentwicklungs GmbH auf die B. E. GmbH und die Übertragung von Beteiligungen an der D. GmbH und G. Technik International GmbH auf B. AG sind rechtswidrig. 34

6. Die Beschlussfassungen des Aufsichtsrats zur Eingliederung der Beklagten in die Organisation T. sowie die Übertragung der Projektentwicklungsaktivitäten von der T. Projektentwicklungs GmbH auf die B. E. GmbH und die Übertragung von Beteiligungen an der D. GmbH und G. Technik International GmbH auf B. AG sind rechtswidrig. 35

7. Die Beklagte ist verpflichtet, die Übertragung der unmittelbaren Hoch- und 36

Ingenieurbauaktivitäten sowie der Hoch- und Ingenieurbauaktivitäten der K. S. Unternehmen für Hoch- und Tiefbau GmbH sowie der Anteile an den Beteiligungsgesellschaften N-P. Bau GmbH, Q-R. V. GmbH, Z. Q1 Unternehmen für Hoch- und Tiefbau GmbH, Y1 C1 GmbH, E1 Bau GmbH, Stahl- und Verbundbau E2 GmbH und der N.V. T. Belgium S.A., 37

Antwerpen/Belgien an die B. AG rückabzuwickeln.

8. Die Beklagte ist ohne die vorherige Schaffung einer konzernrechtlichen Rechtsgrundlage dazu verpflichtet, die Eingliederung in die Organisation der T. sowie die Übertragung der Projektentwicklungsaktivitäten von der T. Projektentwicklungs GmbH auf die B. E. GmbH und die Übertragung von Beteiligungen an der D. GmbH und G. Technik International GmbH auf B. AG rückabzuwickeln. 38

9. Der Vorstand der Beklagten ist verpflichtet, von der T. den Abschluss eines Beherrschungsvertrages zu verlangen. 39

10. Der Beklagten sind qualifizierte Nachteile zugefügt worden, deshalb steht ihr ein Anspruch auf Verlustausgleich entsprechend § 302 AktG zu. 40

Die außenstehenden Aktionäre der Beklagten haben Ansprüche auf Gewährung eines angemessenen Ausgleichs und einer angemessenen Abfindung entsprechend §§ 304, 305 AktG, deren Höhe im Wege eines Spruchverfahrens bestimmt werden kann. 41

Die Beklagte hat beantragt, 42

die Klage abzuweisen. 43

Das Landgericht hat den Anträgen zu 1) bis 8) - mit kleineren Umformulierungen - stattgegeben und die Anträge zu 9) und 10) als unzulässig abgewiesen. Hiergegen richten sich die selbständigen Berufungen beider Parteien. Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstands einschließlich des Tenors der angefochtenen Entscheidung wird auf das Urteil des Landgerichts Bezug genommen. 44

Die Beklagte begehrt mit ihrer Berufung die Abweisung der Klage. 45

Sie hält die Feststellungsanträge für rechtsmissbräuchlich und auch im übrigen unzulässig. Eine allgemeine aktienrechtliche Feststellungsklage einzelner Aktionäre zur Überprüfung vermeintlich rechtswidrigen Organhandelns gebe es nicht. Die Grundsätze der N1 II - Entscheidung des Bundesgerichtshofs beträfen nur den Sonderfall des Bezugsrechtsausschlusses bei der Ausnutzung genehmigten Kapitals, sie seien auf die vorliegende Fallkonstellation nicht übertragbar. Zudem stehe den Feststellungsanträgen die Subsidiarität der Feststellungsklage entgegen, der Kläger hätte ohne weiteres Leistungsklage auf Rückabwicklung der Maßnahmen erheben können. Die Anträge zu 4) - 6) und 8), insbesondere der Begriff der "Eingliederung der Beklagten in die Organisation der T. " seien zu unbestimmt. Es sei unklar, welche konkreten Maßnahmen hierunter fielen. 46

Die Anträge seien aber auch unbegründet: 47

Die angegriffenen Maßnahmen seien weder im Hinblick auf die Satzung noch als Nachteilszufügung im Sinne von § 311 AktG inhaltlich zu beanstanden. Die Maßnahmen seien nicht von der T. veranlasst worden, sondern beruhten auf einer eigenständigen unternehmerischen Entscheidung der Organe der Beklagten, sich zukünftig auf ihr Kerngeschäftsfeld Straßen- und Tiefbau zu konzentrieren. Die Organe der Beklagten hätten sich hierbei im Rahmen ihres gesetzlich durch § 93 Abs. 1 S. 2 AktG geschützten unternehmerischen Ermessenspielraums bewegt. Sämtliche vom Kläger angegriffene Maßnahmen seien nicht nur vertretbar, sondern auch tatsächlich erfolgreiche Schritte zur Steigerung des Unternehmenswerts und der Ertragskraft der Beklagten. 48

49

Die auf Rückabwicklung gerichteten Anträge zu 7) und 8) seien schon deshalb unbegründet, weil ihr die Rückabwicklung rechtlich, wirtschaftlich und faktisch unmöglich sei.

Die Beklagte wendet sich ferner gegen die Anwendung der Grundsätze des "qualifiziert faktischen Konzerns", die mittlerweile überholt und im Aktienrecht nicht anwendbar seien. Die Rechte der Minderheitsaktionäre seien spezialgesetzlich durch Schadensersatzpflichten (§§ 117, 93 AktG, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 277 StGB oder 400 AktG), Anfechtungsrechte, die Verpflichtung zur Erstattung eines Abhängigkeitsberichts (§ 312 Abs. 1 AktG) und die Möglichkeit zur Erzwingung einer Sonderprüfung (§ 315 AktG) sowie eventuelle Schadensersatzansprüche gegen das herrschende Unternehmen (§ 317 AktG) abschließend geschützt. Zudem habe das Landgericht diese Grundsätze auch falsch angewandt. Es habe das den Organen der Beklagten zustehende unternehmerische Ermessen missachtet und an deren Stelle seine eigenen Vorstellungen von einer zweckmäßigen und erfolgversprechenden Unternehmenspolitik gesetzt. Zudem seien die Maßnahmen einem Einzelnachteilsausgleich in Form des Schadensersatzes nach § 317 AktG zugänglich. Die Beklagte führt dies jeweils für die einzelnen Maßnahmen näher aus und tritt in diesem Zusammenhang den Feststellungen des Landgerichts, die der hinreichenden Grundlage entbehrten, entgegen. Das Landgericht habe ihren Vortrag und ihre Beweisantritte übergangen und die ihm obliegende Hinweispflicht verletzt. In diesem Zusammenhang wendet die Beklagte sich auch gegen die vom Landgericht angenommenen Beweiserleichterungen zugunsten des Klägers. Der BGH habe diese für außenstehende Gläubiger entwickelt. Auf einen Mitgesellschafter seien diese Grundsätze nicht übertragbar. Unabhängig davon bezögen sich die von der Rechtsprechung entwickelten Beweiserleichterungen auch nicht auf das Tatbestandsmerkmal des "Nachteils". Soweit das Landgericht über die konkreten Einzelmaßnahmen hinaus von einer "umfassenden Eingliederung der Beklagten in das Gesamtkonzept der T. " ausgehe, sei dies zu unbestimmt, das Urteil enthalte hierzu auch keine konkreten Feststellungen. 50

Die Aufgabe der Hoch- und Ingenieurbauaktivitäten sei auch nicht unter dem Aspekt einer Satzungsunterschreitung rechtswidrig. Die Satzung in ihrer damaligen Fassung habe nur eine beispielhafte und damit unverbindliche Aufzählung der verschiedenen Tätigkeiten enthalten. Die Beklagte habe - wie erstinstanzlich vorgetragen - den Hoch- und Ingenieurbau auch nicht vollständig aufgegeben. Die fortbestehenden Aktivitäten könnten nicht als völlig marginal bezeichnet werden. Hierunter fielen u.a. der Bau von Brücken bis zu einem Projektvolumen von 2,5 Mio. € sowie der Bau von Raststättenanlagen, Tankstellen oder Mautstationen. Ferner habe das Landgericht die wirtschaftliche Dimension der C. -Beteiligung verkannt. Darüber hinaus habe die Beklagte in 2006 sämtliche Geschäftsanteile an der Q2 C2 GmbH & Co. KG erworben, die über einen profitablen Hoch- und Ingenieurbaubereich mit einer jährlichen Bauleistung in einer Größenordnung von 16 Mio. € verfüge. Eine eventuelle Satzungsunterschreitung wäre im übrigen unschädlich, da die Rechte und Interessen der Minderheitsaktionäre nicht beeinträchtigt seien. Das Landgericht habe schließlich zu Unrecht eine temporäre Satzungsunterschreitung für unzulässig angesehen. Die Satzungsänderung habe nicht beschlossen werden können, bevor der Verkauf nicht sicher gewesen sei, da sonst die Gefahr einer Satzungsüberschreitung gedroht hätte. Zudem entziehe es dem Abwehranspruch die Grundlage, wenn kompetenzüberschreitendes Verhalten nachträglich legalisiert werde. Daher reiche es aus, dass die Beklagte die Frage, ob die Satzung geändert oder der Hoch- und Ingenieurbau fortgeführt werden solle, in der nächsten Hauptversammlung zur Abstimmung gestellt habe. Zumindest der Antrag zu 7) auf Rückgängigmachung sei aufgrund der zwischenzeitlichen Satzungsänderung unbegründet. Diese sei - jedenfalls derzeit - schon aufgrund der Eintragung im Handelsregister wirksam. 51

Die Beklagte beantragt, 52

das Urteil des Landgerichts Köln vom 23.11.2007 - 82 O 214/06 - teilweise abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen. 53

Der Kläger beantragt, 54

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. 55

Mit seiner eigenen Berufung beantragt er, 56

das Urteil des Landgerichts Köln vom 23.11.2007 - 82 O 214/06 - soweit es die Klage abweist abzuändern und festzustellen: 57

1. Der Vorstand der Beklagten ist verpflichtet, von der T. den Abschluss eines Beherrschungsvertrages zu verlangen. 58

2. Der Beklagten sind qualifizierte Nachteile zugefügt worden, deshalb steht ihr ein Anspruch auf Verlustausgleich entsprechend § 302 AktG zu. Die außenstehenden Aktionäre der Beklagten haben Ansprüche auf Gewährung eines angemessenen Ausgleichs und einer angemessenen Abfindung entsprechend §§ 304, 305 AktG, deren Höhe im Wege eines Spruchverfahrens bestimmt werden kann. 59

Die Beklagte beantragt, 60

die Berufung des Klägers zurückzuweisen. 61

Die Streithelfer schließen sich den Anträgen des Klägers an. 62

Der Kläger sieht mit dem Landgericht in der Veräußerung der Hoch- und Ingenieurbausparte eine unzulässige Satzungsunterschreitung. Mit der Angabe des Unternehmensgegenstands lege die Gesellschaft sich gegenüber dem Rechtsverkehr und den anderen Kapitalmarktteilnehmern fest, in welchen Betätigungsfeldern sie tätig sei. Beim Erwerb der Aktien hätten die Anleger davon ausgehen können, an den unterschiedlichen konjunkturellen Zyklen und Ertragspotentialen im Straßenbau bzw. Hoch- und Ingenieurbau profitieren zu können. Der Satzungsverstoß sei durch die Satzungsänderung in das Handelsregister nicht geheilt, da die Anfechtungsklagen noch anhängig seien. Zudem könne der Eingriff auch nicht durch eine bloße Satzungsänderung geheilt werden, sondern nur durch den Abschluss eines Unternehmensvertrages, eine Verschmelzung oder eine Eingliederung. 63

Die Aufgabe der Hoch- und Ingenieurbauaktivitäten sei auch konzernrechtlich unzulässig. Der Nachteil für die Beklagte liege schon darin, dass der Beklagten die - aufgrund der unterschiedlichen Konjunkturzyklen der T2 Straßenbau und Hoch- und Ingenieurbau bislang vorhandene - Risikodiversifizierung fehle und zudem keine Drittangebote eingeholt worden seien. Diese Vorteile seien nunmehr auf die Ebene der T. verlagert worden. Eine positive Kursentwicklung schließe konzernrechtliche Nachteile nicht aus. 64

Der Kläger ist der Ansicht, die Klage müsse mit allen Anträgen schon aus verfassungsrechtlichen Gründen Erfolg haben. Aus dem durch Art. 14 GG geschützten Aktieneigentum sowie dem Rechtsstaatsprinzip und dem Justizgewährleistungsanspruch ergebe sich, dass ein Aktionär sich gegen die ohne Beherrschungsvertrag unzulässige Integration der Gesellschaft in den Konzern des herrschenden Unternehmens wehren können müsse. Dabei dürften an seine Darlegungs- und Beweislast keine nicht erfüllbaren Anforderungen gestellt werden. Mit den angegriffenen Maßnahmen sei das Konzept des Großaktionärs T. umgesetzt worden, in Deutschland zwei T2 reine Gesellschaften zu 65

schaffen und gleichzeitig verwaltungstechnische "Reibungsverluste" abzubauen. Die vollständige Integration der Beklagten in den Konzern der T. sei ohne Abschluss eines Beherrschungsvertrages rechtswidrig. Da die einzelnen Maßnahmen Teil dieses Gesamtkonzepts seien, komme es auf die Nachteile der einzelnen Maßnahmen nicht an. Der Senat sei gem. § 529 Abs. 1 S. 1 ZPO an die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts zur Integration der Beklagten in die Konzernstruktur der T. gebunden. Damit stehe auch für das Berufungsverfahren fest, dass die betreffenden Maßnahmen der Umsetzung eines Gesamtkonzepts dienten, deren Ziel die Verschmelzung ohne Beschlussfassung der Hauptversammlung bzw. die vollständige Integration der Beklagten in den Konzern der T. sei. Auch für das Berufungsverfahren müssten daher alle Einzelschritte zusammengefasst betrachtet werden. Sämtliche Maßnahmen dienten den Partikularinteressen der Hauptaktionärin der Beklagten. Eine solche Konzernintegration sei nur auf Grundlage eines Unternehmensvertrages zulässig, insoweit bestehe ein verfassungsrechtlicher Kontrahierungszwang. Die Feststellungsklage sei erforderlich, um der Durchsetzung dieser Partikularinteressen entgegenzutreten und es den außenstehenden Aktionären bereits im Vorfeld eines möglichen Spruchverfahrens zu ermöglichen, ihre berechtigten Ausgleichsansprüche zumindest dem Grunde nach vorab klären zu lassen. Wirtschaftlich diene die Klage der Sicherung der entsprechenden Ansprüche der außenstehenden Aktionäre auf Ausgleich und Schadensersatz.

Der Kläger ist der Ansicht, der Erfolg der Klage hänge nicht davon ab, dass er für jede einzelne Maßnahme Nachteile, die nicht einem Einzelausgleich zugänglich seien, nachweise. Es möge sein, dass die einzelnen Maßnahmen bei isolierter Betrachtungsweise konzernrechtlich einem Einzelausgleich zugänglich seien. Die Maßnahmen seien aber schon deshalb rechtswidrig und rückabzuwickeln, weil ein solcher, den Anforderung des § 311 AktG entsprechender Einzelausgleich nicht durchgeführt worden sei. Zudem genüge ein Einzelausgleich auch dann nicht mehr, wenn - wie hier - die einzelnen Maßnahmen Teil eines Gesamtkonzepts und darauf ausgerichtet seien, dauerhaft die wirtschaftliche Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der Beklagten aufzuheben. Die Schwelle zur vollständigen, den Einzelausgleich ins Leere laufen lassenden Konzernintegration sei überschritten. Durch die Vielzahl der konzernintegrativen Maßnahmen sei im Einzelnen gar nicht mehr feststellbar, welche Einzelmaßnahmen künftig nachteilig seien. Bereits jetzt habe die Beklagte ihren Status als selbständige Aktiengesellschaft verloren. Nur die Rückabwicklung der Maßnahmen könne dem Interesse der Aktionäre und Gläubiger an der Wiederherstellung der Eigenständigkeit der Beklagten Rechnung tragen. Das System des Einzelausgleichs erfasse nur solche Maßnahmen, die in ihrer integrativen Tiefe unter der Schwelle zu einer kompensationspflichtigen Strukturmaßnahme liegen. Es greife nur bei einem dezentral geführten faktischen Konzern. Die weitergehende Konzernintegration sei nur im Vertragskonzern zulässig. 66

Weitergehender Tatsachenvortrag sei ihm als außenstehendem Aktionär nicht möglich, aber auch nicht erforderlich. Das Landgericht habe zu Recht angenommen, dass die Beklagte die konzernintegrativen Maßnahmen nicht hinreichend substantiiert bestritten habe. 67

Die eigene Berufung des Klägers richtet sich gegen die Abweisung der Anträge zu 9) und 10). 68

Entgegen der Ansicht des Landgerichts bestehe für den Antrag zu 9) eine Rechtsgrundlage. Das Landgericht habe sich nicht damit auseinandergesetzt, dass die Schutzfunktion des Konzernrechts eine Verpflichtung zum Abschluss eines Beherrschungsvertrages begründe, die mit einem entsprechenden Recht des Aktionärs auf Abschluss eines solchen 69

Beherrschungsvertrages korrespondiere. Der Feststellungsantrag verletze auch nicht die Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft. Der Bundesgerichtshof habe in mehreren Entscheidungen erkannt, dass der Rechtsschutz des Aktionärs nicht auf die Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage reduziert werden könne, sondern bei Vorliegen einer Regelungslücke auch die allgemeine Feststellungsklage statthaft sei. Vorstand und Aufsichtsrat hätten die rechtswidrigen Maßnahmen nicht sanktioniert und das sei wegen der Abhängigkeit der Beklagten von der Mehrheitsaktionärin und der Besetzung von Vorstand und Aufsichtsrat mit Organmitgliedern der Mehrheitsaktion auch ohne entsprechendes Feststellungsurteil nicht zu erwarten. Das Recht des einzelnen Aktionärs ergebe sich daraus, dass der Beherrschungsvertrag der Zustimmung der Hauptversammlung bedürfe.

Entgegen der Ansicht des Landgerichts sei der Antrag auch nicht deshalb treuwidrig, weil er - der Kläger - auf der Hauptversammlung am 14.7.2006 dafür gestimmt habe, den Vorstand gem. § 83 AktG anzuweisen, die Verschmelzung mit der F. A. AG vorzubereiten, und auf seine positive Beschlussfeststellungsklage das Landgericht inzwischen durch das Urteil vom 5.10.2007 im Parallelverfahren 82 O 114/06 LG Köln (18 U 182/07 OLG Köln) das Zustandekommen dieses Beschlusses festgestellt habe. Hierin liege kein Widerspruch. Nur durch einen Beherrschungsvertrag könne der bestehende Zustand schnellstmöglich legalisiert werden. 70

Der Antrag zu 10) sei ebenfalls zulässig. Ein Feststellungsinteresse für ein Drittrechtsverhältnis bestehe nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 164, 249, 255 f.), wenn dieses zugleich für die Rechtsbeziehungen der Parteien untereinander von Bedeutung sei, der Kläger ein Interesse an alsbaldiger Klärung habe und das Aktienrecht für die Austragung eines solchen Streits keine abschließende Regelung treffe. Bis zur Beseitigung der qualifizierten Nachteilszufügung werde auch er - der Kläger - reflexartig in seinen eigenen Mitgliedschaftsrechten verletzt. Für diesen Zeitraum bestehe neben den Beseitigungsansprüchen gem. § 317 AktG eine durch entsprechende Anwendung der §§ 302, 304, 305 AktG zu schließende Schutzlücke. Das Feststellungsinteresse ergebe sich daraus, dass bei entsprechender Feststellung damit gerechnet werden könne, dass die Organe der Beklagten sich rechtmäßig verhielten und auf die Abstellung der Missstände und einen angemessenen Ausgleich hinwirkten. Die Regelungen in §§ 304, 305 AktG zeigten, dass der Vorstand des beherrschten Unternehmens hinsichtlich der Frage der Angemessenheit von Ausgleich und Abfindung mitwirken und dabei auch die Interessen der außenstehenden Aktionäre beachten und vertreten müsse. Andernfalls bilde die Feststellung die Grundlage für andere aktienrechtliche Maßnahmen gegen die Organmitglieder der Beklagten. 71

Die Feststellungsanträge seien begründet, da der Beklagten durch die angegriffenen Maßnahmen Nachteile zugefügt worden seien, die sich einem Einzelausgleich entziehen. Die Einflussnahme durch die T. auf die Beklagte habe eine solche Dichte und Intensität erreicht, dass das Ausgleichssystem der §§ 311 ff. AktG versage. Die Übertragung der Hoch- und Ingenieurbau- und Projektentwicklungsaktivitäten an die Schwestergesellschaft F. A. AG, die Auslagerung des kaufmännischen und administrativen Bereichs auf die D. GmbH und J. GmbH und die Einbindung in die Konzernfinanzierung über den syndizierten Avalkredit sowie das Vorstandsdoppelmandat von Dr. M. und die Besetzung sämtlicher Aufsichtsratsposten der Anteilseigener durch Vorstandsmitglieder der T. belegten ohne Notwendigkeit einer Beweisaufnahme, dass die Beklagte faktisch nur noch wie eine Betriebsabteilung der T. geführt werde. Auf die Nachteiligkeit der einzelnen Maßnahmen, die sich nicht mehr isolieren ließen, komme es daher noch nicht einmal an. Rechtsfolge sei die analoge Anwendung der Vorschriften über die Abfindung bzw. den angemessenen Ausgleich bei Abschluss eines Beherrschungsvertrages. An den Grundsätzen der qualifizierten Nachteilszufügung habe sich 72

durch die neue Rechtsprechung des BGH zum existenzvernichtenden Eingriffs nichts geändert.

Die Beklagte hält auch die Anträge zu 9) und 10) für unzulässig. Einer Klage auf Durchführung bestimmter Geschäftsführungsmaßnahmen stehe die zwingende Kompetenzordnung des Aktiengesetzes entgegen, wonach der Vorstand die Geschäfte unter eigener Verantwortung führe. Das Verlangen des beherrschten Unternehmens nach dem Abschluss eines Beherrschungsvertrages sei eine reine Geschäftsführungsmaßnahme, über die der Vorstand in eigener Verantwortung zu entscheiden habe. Das Verlangen der Kläger sei auch treuwidrig. Selbst wenn die Verschmelzung den Abschluss eines Beherrschungsvertrages nicht ausschließe, sei die Vorbereitung von zwei Verträgen eine enorme Ressourcenverschwendung zu Lasten aller Aktionäre. 73

Der Antrag zu 10) sei wegen des Begriffs der "Zufügung qualifizierter Nachteile" nicht hinreichend bestimmt, zudem sei er auf die Pflichten der am Verfahren nicht beteiligten T. gerichtet. Hierfür fehle schon wegen fehlender Bindungswirkung des Urteils das rechtliche Interesse. 74

Darüber hinaus wären die Anträge auch unbegründet. Die Rechtsfigur des qualifiziert faktischen Konzerns sei im Aktienrecht nicht (mehr) anwendbar. Die §§ 311 ff. AktG böten ein abschließendes aktienrechtliches Schutzkonzept. Eine analoge Anwendung der §§ 302 ff. AktG auf den faktischen Konzern komme nicht in Betracht. 75

Schließlich hätten sich die Umstrukturierungsmaßnahme auch nicht als nachteilig erwiesen. Unternehmenswert und Börsenkurs der Beklagten hätten sich gerade durch die vom Kläger kritisierten Maßnahmen seit 2006 überproportional vervielfacht, was unmittelbar auch den Aktionären zu Gute komme. 76

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien und die von ihnen vorgelegten Unterlagen Bezug genommen. 77

II. 78

Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet. 79

1. Zulässigkeit der Klage 80

Die Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit und der Verpflichtung zur Rückabwicklung der Veräußerung der Hoch- und Ingenieurbausparte der Beklagten an die F. A. AG und der weiteren, mit den Anträge zu 4) bis 6) angegriffenen Maßnahmen ist zulässig, soweit der Kläger die Rechtswidrigkeit auf eine Satzungsunterschreitung sowie eine qualifizierte Nachteilszufügung im faktischen Konzern stützt und die ungeschriebene Zuständigkeit der Hauptversammlung unter dem Gesichtspunkt einer wesentlichen Strukturmaßnahme bzw. der sog. Holzmüller-Grundsätze geltend macht. Die Klage kann dagegen nicht auf die Verletzung der Pflicht des herrschenden Unternehmens, Nachteile nach §§ 311, 317 AktG auszugleichen, gestützt werden, insoweit ist sie unzulässig. 81

1.1. Die Klage ist nicht bereits wegen Rechtsmissbrauchs insgesamt unzulässig (zu den Anforderungen an einen "individuellen" Rechtsmissbrauch BGH NJW 1989, 2689, 2692). Allein der Vortrag, der Kläger und sein Alleinvorstand gehörten zur "Gruppe der sogenannten Berufskläger, die sich darauf spezialisiert haben, Hauptversammlungen börsennotierter Aktiengesellschaften anzugreifen" reicht hierfür ebenso wenig aus wie der Vortrag, der Kläger 82

vertrete nicht nur Kleinanleger (GA 1020 f.).

1.2. Veräußerung der Hochbausparte, Anträge zu 1) bis 3) 83

Die auf die Rechtswidrigkeit der Veräußerung der Hoch- und Ingenieurbausparte gerichteten Feststellungsanträge zu 1) bis 3) sind insoweit zulässig, als der Kläger die Rechtswidrigkeit auf den Gesichtspunkt der Satzungsunterschreitung, der ungeschriebenen Zuständigkeit der Hauptversammlung und auf die Grundsätze zum sog. qualifiziert faktischen Konzern stützt. Die Klage ist dagegen unzulässig, soweit der Kläger einen Verstoß gegen § 311 AktG rügt. 84

1.2.1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Klage eines Aktionärs gegen seine Gesellschaft auf die Feststellung rechtswidrigen Organhandelns zulässig, wenn die Feststellung für die Rechtsbeziehungen der Parteien untereinander von Bedeutung ist, der Kläger an der alsbaldigen Klärung dieser Frage ein rechtliches Interesse hat und das Aktienrecht für die Austragung eines solchen Streits keine abschließende (d.h. die Feststellungsklage ausschließende) Regelung trifft (BGHZ 83, 122, 125 f. - Holzmüller -; BGHZ 164, 249, 255 - N1 II -). Unter diesen Voraussetzungen steht der Zulässigkeit der Feststellungsklage nicht entgegen, dass unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen dem Gesellschafter und den Gesellschaftsorganen nicht bestehen, vielmehr die jeweiligen Rechtsverhältnisse nur im Verhältnis zur Gesellschaft bestehen (sog. Drittrechtsverhältnis). 85

Voraussetzung für die Zulässigkeit der Feststellungsklage ist, dass der Kläger darlegt, durch die streitgegenständlichen Maßnahmen in seinen Rechten als Gesellschafter betroffen zu sein. Die Rechtswidrigkeit der Maßnahmen oder ein bloß wirtschaftliches Interesse an der Verhinderung für die Gesellschaft nachteiliger Maßnahmen reichen nicht aus. Dem einzelnen Aktionär steht kein generelles "Ersatzaufsichtsrecht" gegenüber den geschäftsführenden Organen zu. Seine Klagebefugnis beruht vielmehr darauf, dass er eine Verletzung seiner Mitgliedsrechte geltend macht (BGHZ 83, 122, 135 - Holzmüller -). 86

1.2.2. Der Kläger kann die gegen die Veräußerung der Hoch- und Ingenieurbausparte gerichteten Feststellungsanträge auf eine Verletzung der Zuständigkeit der Hauptversammlung stützen. Eine die Feststellungsklage rechtfertigende Verletzung von Mitgliedschaftsrechten liegt vor, wenn der Aktionär geltend macht, dass die Zuständigkeit der Hauptversammlung verletzt ist (BGHZ 83, 122, 133, 135 - Holzmüller -). Denn in der Hauptversammlung kann jeder einzelne Aktionär mitbestimmen und die Entscheidung beeinflussen. Dies macht der Kläger geltend, indem er sich auf die Notwendigkeit einer vorherigen Satzungsänderung und auf die ungeschriebene Zuständigkeit der Hauptversammlung nach den Holzmüller-Grundsätze beruft. 87

Die aktienrechtlichen Vorschriften schließen eine solche Klage - gestützt auf die Gesichtspunkte der Satzungsunterschreitung bzw. der ungeschriebenen Zuständigkeit der Hauptversammlung nach den Holzmüller-Grundsätze - nicht aus. Ein Ausschluss der Klage durch das Kompetenzgefüge des AktG ist anzunehmen, wenn der Streit durch das AktG abschließend geregelt ist (wie etwa das Vorgehen gegen Beschlüsse der Hauptversammlung) oder durch die Zulassung der allgemeinen Feststellungsklage zusätzliche Anforderungen des AktG (z.B. Quoren wie in § 142 Abs. 2 AktG) oder die Kompetenzordnung des AktG (§ 147 AktG: Zuständigkeit der Hauptversammlung für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder) umgangen werden. Beides liegt hinsichtlich der gerügten Verletzung der Zuständigkeit der Hauptversammlung nicht vor. 88

89

1.2.3. Soweit der Kläger darüber hinaus eine Überschreitung der Grenzen des faktischen Konzerns rügt, ist die Klage nur insoweit zulässig, als er nach den Grundsätzen des sog. qualifiziert faktischen Konzerns Nachteile rügt, die nicht einem Einzelausgleich zugänglich sind. Eine auf Feststellung der Rechtswidrigkeit nachteiliger Maßnahmen, die einem Einzelausgleich zugänglich sind, gerichtete Klage eines Aktionärs gegen die abhängige Gesellschaft ist dagegen nicht zulässig, da hierdurch Mitwirkungsrechte der Aktionäre nicht beeinträchtigt werden und das Kompetenzgefüge des AktG einer solchen Klage entgegensteht.

Nach § 311 AktG darf ein herrschendes Unternehmen die abhängige Gesellschaft nicht zu nachteiligen Maßnahmen veranlassen, wenn diese Nachteile nicht bis zum Ende des Geschäftsjahres ausgeglichen oder zumindest dem abhängigen Unternehmen ein Rechtsanspruch auf Ausgleich eingeräumt wird. Eine auf Feststellung eines solchen, ausgleichspflichtigen Nachteils gerichtete Klage eines Aktionärs gegen die abhängige Gesellschaft ist nicht zulässig. Es fehlt schon an einem Eingriff in die mitgliedschaftlichen Rechte des Aktionärs. Die Zulässigkeit einer solchen Maßnahme ist nicht von einem Hauptversammlungsbeschluss abhängig, sondern lediglich von dem Ausgleich des Nachteils. Die Klagebefugnis lässt sich auch nicht aus §§ 317 Abs. 1 und 4, 309 Abs. 4 AktG herleiten. Nach diesen Vorschriften kann auch ein einzelner Aktionär den Schadensersatzanspruch aus § 317 AktG geltend machen, der der abhängige Gesellschaft - und ggfs. auch deren Aktionären - gegen das herrschende Unternehmen zusteht, wenn der geschuldete Ausgleich nicht bis zum Ende des Geschäftsjahres geleistet oder durch einen Rechtsanspruch abgesichert wird. § 317 AktG begründet Ansprüche indes nur gegenüber dem herrschenden Unternehmen und dessen gesetzlichem Vertreter, rechtfertigt aber nicht eine Klage gegen die abhängige Gesellschaft. Das gleiche gilt, soweit sich aus § 317 AktG ein Anspruch gegen das herrschende Unternehmen auf Unterlassen oder Beseitigung der nach § 311 AktG rechtswidrigen Maßnahme ergeben kann (hierzu Emmerich/*Habersack*, KonzernR, 5. Aufl., § 317 Rn 19, 20). 90

Unabhängig von diesen Erwägungen steht der Zulässigkeit einer gegen die abhängige Gesellschaft gerichteten Feststellungsklage auch entgegen, dass dieser Konflikt durch die §§ 311 ff. AktG abschließend geregelt ist, nämlich durch die §§ 314 bis 317 AktG, die die Prüfung durch den Aufsichtsrat, die Möglichkeit einer Sonderprüfung und einen Schadensersatzanspruch gegen das herrschende Unternehmen vorsehen. Eine darüber hinausgehende Klagebefugnis eines einzelnen Aktionärs wäre eine Umgehung dieser abschließenden Regelungen, insbesondere von § 315 AktG, der zusätzliche Anforderungen an die Erzwingung einer Sonderprüfung stellt (nämlich Beanstandungen durch die Abschlussprüfer, den Aufsichtsrat oder den Vorstand gem. Abs. 1 oder das Quorum von 1 % der Aktien oder einer Beteiligung von mindestens 100.000 € nach Abs. 2). 91

Soweit der Kläger dagegen geltend macht, dass die Veräußerung der Hoch- und Ingenieurbausparte - und die weiteren Maßnahmen, die Gegenstand der Anträge zu 4) bis 6) und 8) sind - Nachteile für die Beklagte begründet, die nicht einem Einzelausgleich zugänglich sind, ist die Klage zulässig. Die Verletzung eigener Rechte liegt darin, dass der Kläger die Verletzung der Zuständigkeit der Hauptversammlung geltend macht, indem er rügt, dass solche Maßnahmen nur aufgrund eines Beherrschungsvertrages zulässig sind, der wiederum der Zustimmung der Hauptversammlung bedarf. 92

Auch das AktG oder die Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft stehen einer solchen Klage nicht entgegen. Das Aktiengesetz enthält keine entgegenstehenden Regelungen. 93

94

Ob eine dem Einzelausgleich nicht zugängliche Maßnahme diese Rechtsfolgen hat, ist keine Frage der Zulässigkeit der Klage, sondern ihrer Begründetheit.

1.3. Rechtswidrigkeit der weiteren Maßnahmen, Anträge zu 4) bis 6) 95

Auch die Klageanträge zu 4) bis 6), mit denen der Kläger sich gegen weitere Maßnahmen wendet, in denen er eine unzulässige "Eingliederung" in die Organisation der T. sieht, sind nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen zulässig. 96

Der Kläger macht das Vorliegen eines sog. qualifizierten faktischen Konzerns geltend, welcher ohne entsprechenden Beschluss der Hauptversammlung unzulässig sei. Damit wird - was für die Zulässigkeit ausreicht - ein eigenes rechtliches Interesse geltend gemacht. 97

Die Anträge sind auch nicht wegen fehlender Bestimmtheit unzulässig. Zwar wäre ein Antrag auf Feststellung einer unzulässigen "Eingliederung der Beklagten in die Organisation der T." wegen fehlender Bestimmtheit des hier nicht im technischen Sinne der §§ 319 ff. AktG verstandenen Begriffs der Eingliederung nicht zulässig. Denn einem entsprechenden Urteilsausspruch ließe sich nicht entnehmen, welche konkreten Handlungen unzulässig und ggfs. rückabzuwickeln wären. Der Kläger hat aber im Termin vom 30.10.2008 klargestellt, dass damit die im Antrag genannten Rechtsakte und Handlungen sowie die vom Landgericht in seinem Urteil genannten Umstände zur Begründung der unzulässigen Einbindung in die Organisation der T. gemeint sind (GA 1128). Mit diesem Inhalt ist der Antrag hinreichend bestimmt. 98

1.4. Verpflichtung zur Rückabwicklung der beanstandeten Maßnahmen, Anträge zu 7) und 8) 99

Die auf Rückabwicklung der in den Anträge zu 1) bis 6) genannten Handlungen gerichteten Anträge zu 7) und 8) sind ebenfalls zulässig. Ihnen steht insbesondere nicht der Vorrang der Leistungsklage entgegen. 100

Die Möglichkeit einer Leistungsklage steht einem Feststellungsantrag nicht grundsätzlich entgegen, sie kann aber zum Wegfall des Rechtsschutzinteresses unter dem Gesichtspunkt einer besseren Rechtsschutzmöglichkeit (Zöller/*Greger*, ZPO, 27. Aufl., § 256 Rn 7a) führen. Die Feststellungsklage ist wegen Vorrangs der Leistungsklage unzulässig, wenn dem Kläger eine Klage auf Leistung möglich und zumutbar ist (Zöller/*Greger*, aaO) und der Kläger sein eigentliches Ziel nur durch eine - weitere - Leistungsklage erreichen kann. Im vorliegenden Fall schließt die Möglichkeit der Leistungsklage das Rechtsschutzinteresse nicht aus. Das rechtliche Interesse des Klägers beschränkt sich darauf, die Verpflichtung der Beklagten feststellen zu lassen. Die Durchsetzung eines etwaigen Leistungstitels im Rahmen der Vollstreckung - etwa durch Ersatzvornahme nach § 887 ZPO - wäre dem Kläger ohnehin weder möglich noch zumutbar. Es ist Sache der Gesellschaft, durch ihre Organe Abhilfe zu schaffen (BGHZ 164, 249, 256). Daher gilt für eine auf die Feststellung rechtswidrigen Organhandelns gerichtete Klage eines Aktionärs der Vorrang der Leistungsklage grundsätzlich nicht (BGHZ 164, 249, 259 - N1 II -). Die Feststellung reicht vielmehr aus, weil erwartet werden kann, dass die Gesellschaft bzw. ihrer Organe hieraus die notwendigen Folgerungen ziehen (BGHZ 83, 122, 126 - Holzmüller -; BGHZ 164, 249, 256 - N1 II -). Ferner kann die Feststellung Grundlage für eventuelle weitergehende Maßnahmen oder Sekundäransprüche sein (BGHZ 83, 122, 126 - Holzmüller -). 101

2. Die Klage ist indes nicht begründet. 102

103

2.1. Rechtswidrigkeit der Veräußerung der Hoch- und Ingenieurbausparte wegen Satzungsunterschreitung, Anträge zu 1) bis 3)

Der Verkauf der Hoch- und Ingenieurbausparte an die F. A. AG ist nicht deshalb rechtswidrig, weil infolge der Veräußerung der satzungsmäßige Unternehmensgegenstand nicht mehr ausgefüllt und somit die Satzung der Beklagten verletzt wäre. 104

Die nach § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG vorgeschriebene Angabe des Unternehmenszwecks in der Satzung hat den Zweck, die Grenze der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands zu bestimmen und außenstehende Dritte über den Tätigkeitsbereich der Gesellschaft zu informieren (*Hüffer*, AktG, 8. Aufl., § 23 Rn 21; MüKo-AktG/*Pentz*, 3. Aufl., § 23 Rn 78). Die Angabe des Unternehmensgegenstands verbietet nicht nur eine ihn überschreitende Tätigkeit, sondern kann - wenn die Tätigkeitsfelder in der Satzung verbindlich und abschließend gefasst sind - den Vorstand auch zur Ausfüllung des Unternehmensgegenstands verpflichten bzw. ihm die dauerhafte Aufgabe der dort festgelegten Tätigkeit untersagen (Spindler/Stilz/*Holzborn*, AktG, § 179 Rn 64; *Hüffer*, AktG, 8. Aufl., § 179 Rn 9a; MüKo-AktG/*Stein*, 2. Aufl., § 179 Rn 106; Emmerich/*Habersack*, KonzernR, 5. Aufl., Vor § 311 Rn 31). 105

Zum jetzigen Zeitpunkt liegt eine Satzungsunterschreitung schon deshalb nicht vor, weil die Hauptversammlung vom 14.7.2006 die Änderung des Unternehmensgegenstands beschlossen hat und die Änderung im Handelsregister eingetragen ist. Der Umstand, dass das Landgericht die Satzungsänderung durch Urteil des Landgerichts vom 5.10.2007 im Parallelverfahren 82 O 114/06 für unwirksam erklärt hat, ändert hieran nichts. Das Urteil des Landgerichts ist nicht rechtskräftig, Wirkung kommt ihm nach § 241 Nr. 5 AktG sowie nach § 248 AktG erst mit Rechtskraft zu (vgl. auch *Götz* in Bürgers/Körber, AktG, § 248 Rn 5). 106

Eine rechtswidrige Satzungsunterschreitung lässt sich aber auch für den vom Landgericht im Urteilstenor genannten Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. unmittelbar vor dem 9.5.2006 nicht feststellen. 107

Das ergibt sich allerdings nicht alleine schon daraus, dass in der nächsten Hauptversammlung über die Satzungsänderung abgestimmt wurde. Rechtsfolge der Satzungsunterschreitung ist, dass entweder die Hauptversammlung die Satzung entsprechend ändern muss oder die entsprechende Tätigkeit wieder aufgenommen werden muss (*Wiedemann* in Großkommentar AktG, 4. Aufl., § 179 Rn 96; *Zöllner* in Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl., § 179 Rn 110). Daraus folgt aber nicht, dass die Aufgabe der Hoch- und Ingenieurbauaktivitäten ohne Satzungsänderung zulässig und rechtmäßig war. Vielmehr darf die Änderung des Unternehmensgegenstands grundsätzlich nicht ohne entsprechende Satzungsänderung beschlossen und umgesetzt werden (ebenso Münch. Hdb. AG/*Krieger*, 3. Aufl., § 69 Rn 6). Es kann zwar erwogen worden, eine vorübergehende Satzungsunterschreitung in Ausnahmefällen zuzulassen, wenn eine vorherige Entscheidung der Hauptversammlung nicht möglich ist und die Zustimmung der Hauptversammlung als sicher erscheint. Das Landgericht ist aber zu Recht davon ausgegangen, dass die tatsächlichen Voraussetzungen eines solchen Ausnahmefalles im konkreten Fall nicht vorliegen. Eine besondere Notwendigkeit, den Verkauf der Hoch- und Ingenieurbausparte vor Einholung der Zustimmung der Hauptversammlung vorzunehmen, ist nicht ersichtlich. Weder war der Verkauf dringend noch war er notwendig. Ob die Verhandlungen mit der F. A. AG gescheitert wären, wenn die Beklagte den Verkauf von der Zustimmung der Hauptversammlung abhängig gemacht hätte, kann daher dahinstehen. Die Notwendigkeit, den Verkauf ohne bzw. vor einer Satzungsänderung vorzunehmen, lässt sich auch nicht damit begründen, dass bei einem Scheitern des Verkaufs nach vorheriger Satzungsänderung 108

ebenfalls ein satzungswidriger Zustand in Form einer Satzungsüberschreitung vorläge. Die jetzige Fassung des Unternehmensgegenstands zeigt, dass diese Bedenken nicht begründet sind.

Der Senat kann aber dennoch offen lassen, ob die alte Fassung der Satzung der Beklagten dahin auszulegen ist, dass der Unternehmensgegenstand eine Verpflichtung zur Ausübung auch von Hoch- und Ingenieurbauaktivitäten enthält oder ob die Weite des Unternehmensgegenstands auch eine weitgehende Konzentration auf die beiden Tätigkeitsfelder des Straßen- und Tiefbaus zugelassen hätte. Denn jedenfalls führen der Umfang der auch nach Veräußerung der Hoch- und Ingenieurbausparte bei der Beklagten verbliebenen Aktivitäten auf diesem Gebiet und der Umstand, dass die Satzungsänderung auf der Tagesordnung der nächsten Hauptversammlung stand, dazu, dass eine eventuelle Satzungsunterschreitung zwar eingeleitet war, aber in dem vom Landgericht im Urteilstenor genannten Zeitraum noch keine unzulässige Satzungsunterschreitung vorlag. 109

Dabei kommt es nicht darauf an, ob die verbleibenden Hoch- und Ingenieurbautätigkeiten von ihrem Umfang her mit den bisherigen Aktivitäten in diesem Bereich vergleichbar sind oder diese kompensieren können. Im Rahmen der Satzungsunterschreitung ist Maßstab nicht der bisherige Umfang dieser Tätigkeit - angesichts der Zu- und Verkäufe der Beklagten änderte sich der Anteile des Hoch- und Ingenieurbaus an der Gesamttätigkeit der Beklagten ohnehin ständig -, sondern die Satzung. Eine Pflicht zur gleichberechtigten Bearbeitung aller oder mehrerer Geschäftsfelder lässt sich der Satzung nicht entnehmen. 110

Zur Ausfüllung des satzungsmäßigen Unternehmenszwecks reichte die von der Beklagten ausgeübte Hoch- und Ingenieurbautätigkeit - jedenfalls bis zur nächsten Hauptversammlung - aus. 111

Die begonnenen Projekte sind bei der Beklagten verblieben und werden von ihr bis Ende 2008 zu Ende geführt. Das geschätzte Volumen dieses Altgeschäfts beläuft sich nach den Feststellungen des Landgerichts auf ca. 900 Mio. €. Die Beendigung der laufenden Projekte steht zwar der Wertung, dass der Hoch- und Ingenieurbau als eigenständiger Geschäftsbereich aufgegeben wurde, nicht entgegen. Bis zur Abwicklung der laufenden Projekte ist die Beklagte in diesem Bereich aber weiterhin - wenn auch nicht werbend - tätig. 112

Ferner darf auch die Beteiligung von 35 % an der C. AG nicht außer Betracht bleiben. Sie hat - wie die Beklagte unwidersprochen vorträgt - ein erhebliches Volumen, sowohl hinsichtlich der Bauleistung der C. AG in diesem Bereich (1,4 Mrd. € in 2003, 1,7 Mrd. € in 2004 und 2,2 Mrd. € in 2005, GA 798) als auch für das Jahresergebnis der Beklagten (11,9 Mio. € in 2003, 8,4 Mio. € in 2004 und 23,8 Mio. € in 2005, 39,5 Mio. € in 2006, GA 196 und 798). Ob diese Beteiligung die bisherigen Hoch- und Ingenieurbauaktivitäten kompensieren kann, ist aus den oben genannten Gründen unerheblich. Lediglich die völlige Aufgabe des Geschäftszweiges kann eine Satzungsunterschreitung begründen, nicht aber das Zurückfahren der diesbezüglichen Aktivitäten. Dass die entsprechenden Bauleistungen nicht in Deutschland erbracht werden, ist ebenfalls unerheblich, da der satzungsmäßige Unternehmenszweck dies nicht vorschreibt. Schließlich sind diese Aktivitäten auch nicht allein deshalb für die Frage der Satzungsunterschreitung ohne Bedeutung, weil sie nicht von der Beklagten selbst, sondern von einer Gesellschaft ausgeübt werden, an der die Beklagte keine Mehrheitsbeteiligung hält. Es handelt sich nicht um eine bloße Finanzanlage, sondern eine unternehmerische Beteiligung, die der Beklagten auch einen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit der C. erlaubt (zu diesem Kriterium *Hüffer*, AktG, 8. Aufl., § 179 Rn 9a). 113

114

Schließlich trägt die Beklagte in der Berufungsbegründung unwidersprochen vor, dass sie zum 1.1.2006 sämtliche Anteile an der im Hoch- und Ingenieurbau tätigen Q2 C2 GmbH & Co. KG erworben habe. Deren Bauleistung im Hoch- und Ingenieurbau lag in 2006 bei ca. 16 Mio. € bei einer Gesamtbauleistung von 91,5 Mio. € (GA 799).

Auf die Frage, inwieweit die im Zusammenhang mit Straßenbauprojekten und Betreibermodellen auch zukünftig angebotenen Hoch- und Ingenieurbauleistungen zur Ausfüllung eines satzungsmäßigen Unternehmenszwecks "Hoch- und Ingenieurbau" ausreichen oder als bloße Hilfstätigkeiten des Straßenbaus zu bezeichnen sind, kommt es daher nicht an. Die bei der Beklagten verbliebenen Aktivitäten genügen jedenfalls für eine Übergangszeit bis zu einer Beschlussfassung der Hauptversammlung über eine eventuelle Änderung des Unternehmensgegenstands zur Ausfüllung des bisherigen satzungsmäßigen Unternehmensgegenstands. 115

2.2. Rechtswidrigkeit des Verkaufs der Hoch- und Ingenieurbausparte nach den sog. Holzmüller-Grundsätzen, Anträge zu 1) bis 3) 116

Der Verkauf der Hoch- und Ingenieurbausparte unterlag auch nicht nach den sog. Holzmüller-Grundsätzen der (ungeschriebenen) Zuständigkeit der Hauptversammlung. Diese Grundsätze betreffen nur eine solche Auslagerung der Geschäftstätigkeit auf Tochtergesellschaften, die mit einer Verlagerung von Zuständigkeiten verbunden ist (sog. Mediatisierungseffekt). Während die Verwaltung des Kapitals der Kontrolle und Beeinflussung durch die Aktionäre unterliegt, ist die Ausübung der Rechte aus einer - an die Stelle des investierten Vermögens getretenen - Beteiligung Sache des Vorstands (Emmerich/*Habersack* , Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 5. Aufl., Vor § 311 Rn 34; BGH ZIP 2007, 24). Ein solcher Mediatisierungseffekt ist durch den Verkauf der Hoch- und Ingenieurbausparte nicht eingetreten (gegen die Anwendung der Holzmüller-Grundsätze auf Veräußerungen auch Münch. Hdb. AG/*Krieger*, 3. Aufl., § 69 Rn 10; Emmerich/*Habersack*, aaO, Vor § 311 Rn 43 für die Veräußerung von Beteiligungen. Für den Asset-Deal kann indes nichts anderes gelten, auch insoweit fehlt es am Mediatisierungseffekt). 117

Darüber hinaus hat das Landgericht zu Recht festgestellt, dass die Erheblichkeitsschwelle von um die 80 % nicht erreicht ist. Auch unter dem Gesichtspunkt eines "Grundlagengeschäfts" oder einer grundlegenden Veränderung der Struktur der Gesellschaft durch die Konzentration auf den Straßen- und Tiefbau ergibt sich keine ungeschriebene Zuständigkeit der Hauptversammlung. Eine solche ungeschriebene Zuständigkeit der Hauptversammlung ist im Wege der Rechtsfortbildung nur in engen Grenzen anzuerkennen bei Sachverhalten, die dem "Holzmüller-Fall" vergleichbar sind (BGHZ 159, 30, 45 - Gelatine I). Der hierfür anzunehmende Schwellenwert liegt bei 70 - 80 % (BGHZ 159, 30, 45 - Gelatine I -; Münch. Hdb. AG/*Krieger*, 3. Aufl., § 69 Rn 11) und ist im vorliegenden Fall nicht erreicht. Für eine ungeschriebene Zuständigkeit der Hauptversammlung für strukturändernde Maßnahmen innerhalb des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstands und unterhalb dieses Schwellenwertes fehlt eine Rechtsgrundlage. 118

2.3. Überschreitung der Grenzen des faktischen Konzerns durch einzelne Maßnahmen, Anträge zu 1) bis 6) 119

Entgegen der Ansicht des Landgerichts lässt sich die Rechtswidrigkeit des Verkaufs der Hoch- und Ingenieurbausparte und der weiteren mit den Anträgen zu 4) bis 6) angegriffenen Maßnahmen schließlich auch nicht daraus ableiten, dass diese Maßnahme nach § 311 ff. AktG im sog. faktischen Konzern unzulässig sind und - wie der Kläger meint - eine unzulässige Einbeziehung der Beklagten in die Organisation der T. bzw. faktische 120

Verschmelzung mit der F. A. AG bedeuten.

Mit dem Begriff des faktischen Konzerns wird - im Gegensatz zum Vertragskonzern und Eingliederungskonzern - die Abhängigkeit einer Gesellschaft von einem herrschenden Unternehmen bezeichnet, ohne dass zwischen den Gesellschaften ein Unternehmensvertrag geschlossen wurde oder eine Eingliederung vorliegt (Hüffer, AktG, 8. Aufl., § 18 Rn 3). Zwischen der Beklagten und der T. besteht ein faktischer Konzern, nämlich eine Abhängigkeit nach § 17 AktG bzw. eine Konzernvermutung nach § 18 Abs. 1 S. 3 AktG. Einen Unternehmensvertrag haben die T. und die Beklagte nicht abgeschlossen. 121

Der faktische Konzern ist nach geltendem Aktienrecht zulässig. Das AktG enthält keine Regelungen, die eine Abhängigkeit und faktische Konzernierung verhindern, sondern wirkt den Konzerngefahren durch die verhaltensorientierten Regelungen der §§ 311 ff AktG entgegen, die auf einen Nachteilsausgleich gerichtet sind (BGH Beschl. v. 25.6.2008 - II ZR 133/07 -, DStR 2008, 2077 Rn 17 im Parallelverfahren F. A. AG; ebenso Emmerich/*Habersack*, KonzernR, 5. Aufl., § 311 Rn 8; *Hüffer*, AktG, 8. Aufl., § 311 Rn 1; Spindler/Stilz/*Müller*, AktG, Vor §§ 311-318 Rn 2; ausführlich K.Schmidt/Lutter/*Vetter*, AktG, § 311 Rn 4 ff., insb. 6). Danach darf das herrschende Unternehmen die abhängige Gesellschaft nur dann zu für diese nachteilige Maßnahmen veranlassen, wenn diese Nachteile bis zum Ende des Geschäftsjahres ausgeglichen werden oder der Gesellschaft ein entsprechender Rechtsanspruch eingeräumt wird (§ 311 AktG). Die Regelungen der §§ 311 ff AktG zum faktischen Konzern beruhen auf dem Gedanken des Ausgleichs einzelner nachteiliger Maßnahmen und setzen voraus, dass diese feststellbar sind und ihre Auswirkungen sich konkret vermögensmäßig ablesen lassen, d.h. bezifferbar sind. 122

Wird die Konzernleitung im faktischen Konzern in einer Weise intensiviert, dass das System des Einzelausgleichs außer Funktion gesetzt wird, spricht man von einem qualifiziert faktischen Konzern (Spindler/Stilz/*Müller*, AktG, Vor §§ 311-318 Rn 25). Voraussetzung für den sog. qualifiziert faktischen Konzern ist, dass der durch nachteilige Einflussmaßnahmen verursachte Nachteil oder Schaden sich selbst unter Zuhilfenahme des § 287 ZPO nicht bestimmen bzw. beziffern lässt (K.Schmidt/Lutter/*Vetter*, AktG, § 317 Rn 44). Eine solche Situation kommt bei Einzeleingriffen in Betracht, die unabsehbare Folgen haben. In der Literatur wird eine solche Konstellation aber auch angenommen, wenn das herrschende Unternehmen einen solch intensiven Einfluss auf die AG ausübt, dass einzelne Einflussmaßnahmen nicht mehr isolierbar sind, das abhängige Unternehmen also beispielsweise wie eine Betriebsabteilung geführt wird (K.Schmidt/Lutter/*Vetter*, AktG, § 317 Rn 44; ähnlich Emmerich/*Habersack*, KonzernR, 5. Aufl., Anh. § 317 Rn 17). 123

Solche qualifizierten, einem Einzelausgleich nicht zugänglichen Nachteilszufügungen sind rechtswidrig. Das ergibt sich schon aus §§ 311, 317 AktG, wonach nachteilige Maßnahmen unzulässig sind, wenn der Nachteil nicht ausgeglichen wird. Wenn schon die Veranlassung einer nachteiligen Maßnahme ohne Ausgleich rechtswidrig ist, dann erst Recht die Veranlassung einer nachteiligen Maßnahme, die einem Ausgleich gar nicht zugänglich ist (ähnlich Schmidt/Lutter/*Vetter*, AktG, § 311 Rn 8, 99; Münch. Hdb. AG/*Krieger*, 3. Aufl., § 69 Rn 80). Eine solche Einflussnahme bzw. Ausübung von Leitungsmacht ist daher konzernrechtlich nur auf Grundlage eines Beherrschungsvertrages oder einer Eingliederung zulässig (Münch. Hdb. AG/Krieger, 3. Aufl., § 69 Rn 23a). 124

Allerdings hat der Kläger nicht hinreichend darlegt und unter Beweis gestellt, dass die von ihm beanstandeten Maßnahmen für die Beklagte zu nicht kompensierbaren Nachteilen geführt haben. 125

126

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die beanstandeten Maßnahmen für die Beklagte nachteilig sind, liegt beim Kläger. Beweiserleichterungen sind insoweit nicht gerechtfertigt (BGH DStR 2008, 2077 Rn 5 f.). Das ergibt sich sowohl aus den allgemeinen Regelungen über die Darlegungs- und Beweislast als auch der Rechtsprechung und Literatur zu §§ 317, 311 AktG sowie der - inzwischen aufgegebenen - Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen GmbH-Konzern (BGH DStR 2008, 2077 Rn 5 f. m.w.Nachw.). Grundsätzlich trägt jede Partei, die den Eintritt einer Rechtsfolge geltend macht, die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen eines ihr günstigen, d.h. die begehrte Rechtsfolge begründenden, Rechtssatzes. Da der Kläger die Klage auf die Rechtswidrigkeit dieser Maßnahmen stützt, muss er die rechtlichen Voraussetzungen hierfür, also das Vorliegen eines qualifizierten Nachteils, darlegen und ggfs. beweisen.

Erleichterungen bei der Darlegungslast lassen sich nicht aus den vom Kläger zitierten Äußerungen in Interviews oder den Geschäftsberichten der Beklagten oder der T. herleiten. 127

Unabhängig davon, inwieweit es sich bei den Äußerungen von Dr. I1 oder den Angaben in den Geschäftsberichten um hinreichend belegte Tatsachen handelt, begründen diese Äußerungen nur eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die angegriffenen Maßnahmen auf eine Einflussnahme seitens des herrschenden Unternehmens, der T., zurückgehen und von diesem veranlasst sind. Die Ausübung der Leitungsmacht ist aber kein Indiz dafür, dass die konkreten Maßnahmen für die Beklagte nachteilig sind. Hierfür reicht weder die Feststellung aus, dass das herrschende Unternehmen die Maßnahmen veranlasst hat noch die Vermutung, dass das herrschende Unternehmen sich bei Veranlassung dieser Maßnahmen nur oder vorwiegend von seinen eigenen, nicht notwendig mit den Interessen der Beklagten identischen, Interessen hat leiten lassen. Der qualifizierte Nachteil lässt sich nicht allein aus der Einflussnahme des herrschenden Unternehmens ableiten, auch nicht im Sinne einer tatsächlichen Vermutung (BGHZ 122, 123 - TBB - , LS 2). Der Vortrag, es liege eine Ausrichtung der beklagten abhängigen Gesellschaft auf das Konzerninteresse vor, genügt nicht als substantiierter Vortrag eines konkreten Nachteils (BGH DStR 2008, 2077 Rn 8). Daher reicht es - entgegen der Ansicht des Klägers (GA 140) - auch nicht aus, konzernrechtlich relevante Gefährdungslagen aufzuzeigen, um einen Nachteil zu begründen. Das gleiche gilt für den Vortrag des Klägers, mit den Maßnahmen werde der Plan des Mehrheitsaktionärs umgesetzt, in Deutschland zwei T2 reine Gesellschaften zu schaffen, sowie den Vortrag, die Beklagte werde zur bloßen Marke degradiert. Derart weitgehende Erleichterungen bei der Darlegungslast würden darauf hinauslaufen, dass es letztlich Sache der Gesellschaft wäre, im einzelnen für jede Maßnahme darzulegen, dass die von einem Aktionär beanstandete Maßnahme sich nicht nachteilig auswirkt. Eine solche Umkehr der Darlegungslast rechtfertigt sich auch nicht aus den vom Kläger angeführten verfassungsrechtlichen Aspekten, nämlich dem durch Art. 14 GG geschützten Aktieneigentum und dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz. Ein allgemeines "Aufsichtsrecht" steht dem einzelnen Aktionär nach der Kompetenzordnung des Aktiengesetzes gerade nicht zu. Die bloße Möglichkeit einer Rechtsverletzung genügt zur Umkehrung der grundsätzlich beim Anspruchsteller liegenden Darlegungs- und Beweislast nicht. 128

Es kann dahinstehen, ob und in welchem Umfang dem Kläger deshalb Erleichterungen bei der Darlegungslast zuzubilligen sind, weil er als sog. "außenstehender" Minderheitsaktionär keinen Einblick in die inneren Geschäftsvorgänge der Beklagten hat, und ob daher die Erleichterungen bei der Darlegungslast, die nach der inzwischen aufgegebenen Rechtsprechung zum qualifiziert faktischem GmbH-Konzern dem Gläubiger einer Gesellschaft bei der Darlegung der inneren Verhältnisse der Gesellschaft zugebilligt wurden, 129

auch auf die Klage eines außenstehenden Aktionärs Anwendung finden (für die Beibehaltung der Erleichterungen bei der Darlegungslast Emmerich/*Habersack*, KonzernR, 5. Aufl., Anh. § 317 Rn 21; MüKo-AktG/*Kropff*, 2. Aufl., Anh. § 317 Rn 56; zweifelnd BGH DStR 2008, 2077 Rn 6). Nach der früheren Rechtsprechung zum faktisch qualifizierten GmbH-Konzern war den Beweisschwierigkeiten des Gläubigers einer Gesellschaft Rechnung zu tragen. Danach genügte es zunächst, dass der Kläger Umstände darlegt und ggfs. beweist, die die Annahme zumindest nahelegen, dass bei der Unternehmensführung im Hinblick auf das Konzerninteresse die eigenen Belange der Gesellschaft über bestimmte, konkret ausgleichsfähige Einzeleingriffe hinaus beeinträchtigt worden sind. Kennt die Beklagte die maßgebenden Tatsachen und ist ihr die Darlegung des Sachverhalts zumutbar, obliegt es ihr, ihrerseits substantiiert zu bestreiten und in diesem Zusammenhang nähere Angaben zu machen (BGHZ 122, 123, 132 f. - TBB). Die Beweislast ändert sich hierdurch nicht, sie bleibt beim Kläger (Münch. Hdb. AG/*Krieger*, 3. Aufl., § 69 Rn 140).

Auch bei Anwendung dieser Grundsätze genügt der Vortrag des Klägers indes nicht zur Begründung qualifizierter, dem Einzelausgleich nicht zugänglicher Nachteile. Der Vortrag des Klägers bietet - worauf er im Termin hingewiesen wurde - keine hinreichend konkreten Anhaltspunkt für solche Nachteile. 130

Rechtsgeschäfte oder Maßnahmen sind nachteilig, wenn sie die Vermögenslage oder die Ertragsaussichten der Gesellschaft mindern (Hüffer, AktG, 8. Aufl., § 311 Rn 25). Sie sind nicht nachteilig, wenn auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft sich ebenso verhalten hätte (Münch. Hdb. AG/*Krieger*, 3. Aufl., § 69 Rn 78). Die Ermittlung des nachteiligen Charakters einer Maßnahme erfolgt durch Vergleich des Verhaltens des Vorstands der abhängigen Gesellschaft mit dem fiktiven Verhalten des Vorstands einer unabhängigen, im übrigen aber in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht vergleichbaren Gesellschaft. Dabei ist immer auch das dem Vorstand zukommende unternehmerische Ermessen zu berücksichtigen (Münch. Hdb. AG/*Krieger*, 3. Aufl., § 69 Rn 78; zum Ganzen Emmerich/*Habersack*, KonzernR, 5. Aufl., § 311 Rn 53 ff.). Die Beurteilung der Maßnahme ist aus der ex-ante-Sicht vorzunehmen (Emmerich/*Habersack* , KonzernR, 5. Aufl., § 311 Rn 57). 131

Maßnahmen der Konzernintegration oder zur Spezialisierung im Konzern sind nicht per se nachteilig (Emmerich/*Habersack*, KonzernR, 5. Aufl., § 311 Rn 57a; Münch. Hdb. AG/*Krieger*, 3. Aufl., § 69 Rn 139). Nachteile ergeben sich aber, wenn durch die Maßnahme der Bestand oder die Rentabilität der abhängigen Gesellschaft und damit deren Existenzfähigkeit nach Beendigung des Abhängigkeitsverhältnisses ernsthaft in Frage gestellt ist oder den ihr auferlegten Risiken oder entzogenen Chancen keine adäquaten Vorteile gegenüber stehen (Emmerich/*Habersack*, KonzernR, 5. Aufl., aaO). 132

2.3.1. Konzernrechtlich relevante, dem Einzelausgleich nicht zugängliche Nachteile aus der Veräußerung der Hoch- und Ingenieurbausparte hat der Kläger nicht hinreichend dargelegt und unter Beweis gestellt. 133

Das Landgericht hat das Vorliegen solcher Nachteile aus folgenden Umständen hergeleitet: 134

- Satzungsunterschreitung, 135
- Veräußerung an langjährigen Wettbewerber,
- Übertragung von Geschäftschancen,
- unangemessener Kaufpreis bzw. die Angemessenheit lässt sich mangels Alternativangeboten nicht feststellen,

- Verlagerung der Risikodiversifizierung auf die T. .

Diese Feststellungen sind entgegen der Ansicht des Klägers für das Berufungsverfahren nicht bindend. An die rechtliche Wertung des Landgerichts ist der Senat gem. § 529 Abs. 2 ZPO ohnehin nicht gebunden. Hinsichtlich der vom Landgericht getroffenen Tatsachenfeststellungen bestehen Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Feststellungen, so dass gem. § 529 Abs. 1 ZPO auch insoweit keine Bindungswirkung eingetreten ist. 136

Soweit die vom Landgericht angenommenen Nachteile einem Einzelausgleich fähig sind, fehlt es schon an der Zulässigkeit der Klage. Daher lässt sich die Feststellung der Rechtswidrigkeit nicht daraus herleiten, dass der Kaufpreis möglicherweise unangemessen niedrig ist. Denn ein zu niedriger Kaufpreis kann ohne weiteres durch Schadensersatz ausgeglichen werden (vgl. auch Emmerich/*Habersack*, KonzernR, 5. Aufl., Vor § 311 Rn 44). Ein unangemessen niedriger Kaufpreis ist auch kein Indiz dafür, dass der Verkauf mit weiteren Nachteilen für die Beklagte verbunden ist. Schließlich hat das Landgericht einen unangemessen niedrigen Kaufpreis auch nicht ordnungsgemäß festgestellt. Die Beklagte hat den Vortrag des Klägers unter Bezugnahme auf die vor dem Verkauf eingeholten Gutachten bestritten. Ihr Bestreiten ist nicht deshalb prozessual unbeachtlich oder gar widerlegt, weil sie die Gutachten nicht vorgelegt hat oder weil sie von ihr und der F. A. AG in Auftrag gegeben wurde. Privatgutachten sind nicht per se falsch. Die Beweislast für die Unangemessenheit des Kaufpreises liegt beim Kläger. 137

Ein Nachteil durch Übertragung von Geschäftschancen und die Verlagerung der Risikodiversifizierung von der Beklagten auf die T. durch die Konzentration auf den Straßenbau ist nicht hinreichend vorgetragen. In dem Rückzug auf den Straßen- und Tiefbau und der Verlagerung der Geschäftschancen des Hoch- und Ingenieurbaus auf die F. A. AG und die T. als Muttergesellschaft **kann** ein Nachteil liegen, **muss** aber nicht. Daher reicht dieser Gesichtspunkt zur Begründung eines Nachteils auch nicht aus. Zwar entfiel ein wesentlicher Teil der Bauleistung der Beklagten auf den Hoch- und Ingenieurbau, zwischen den Parteien ist aber auch unstreitig, dass dieser Geschäftsbereich in den Jahren 1990 bis 2005 - mit Ausnahme der Jahre 1999, 2000 und 2002 - mit negativen Ergebnissen abgeschlossen hat, während der Bereich Straßen- und Tiefbau - von "vereinzelten" (UA 46) negativen Erträgen abgesehen - Gewinne erwirtschaftet hat. Es kommt auch nicht darauf an, ob es sinnvolle Alternativen zur Veräußerung der Hoch- und Ingenieurbausparte gab. Entscheidend ist vielmehr, ob sie zu konkreten Nachteilen führt. Zwar kann auch die Aufgabe von Geschäftschancen einen Nachteil begründen, daraus folgt aber nicht, dass die Aufgabe von Geschäftsbereichen, die nicht völlig aussichtslos sind, per se nachteilig ist. Ob die Beklagte den - zum Zeitpunkt des Verkaufs nicht profitablen - Hoch- und Ingenieurbau restrukturiert oder aufgibt und veräußert, liegt grundsätzlich im unternehmerischen Ermessen ihres Vorstands. Allenfalls dann, wenn sich konkret feststellen lässt, dass die aus einer Umstrukturierung des Geschäftsbereichs ergebenden Chancen den Vorteil aus der Aufgabe des Geschäftsbereichs übersteigen, kann ein konzernrechtlich relevanter Nachteil vorliegen. Eine solche Feststellung hat das Landgericht indes nicht getroffen. Der darlegungs- und beweispflichtige Kläger hat keine konkreten Tatsachen hierzu vorgetragen. Die Erwägung des Landgerichts, die Beklagte hätte strukturelle Probleme abbauen und über sinnvolle Zukäufe nachdenken können (UA 47), genügt zur Begründung eines Nachteils nicht. Damit setzt das Landgericht seine unternehmerischen Vorstellungen an die Stelle des unternehmerischen Ermessens der Beklagten. Zudem fehlt für diese Ausführungen die tatsächliche Grundlage. Das Landgericht beachtet ferner nicht, dass die Beklagte nicht darlegen und beweisen muss, dass sich aus der Hoch- und Ingenieurbausparte keine 138

Geschäftschancen ergeben haben. Vielmehr obliegt dem Kläger der Nachweis, dass solche Geschäftschancen bestanden haben und diese die Vorteile aus der Übertragung der Hoch- und Ingenieurbauaktivitäten übersteigen.

Der Nachteil lässt sich auch nicht damit begründen, dass die Beklagte sich beim Erwerb der E1 -Beteiligungen und der sonstigen Zukäufe Vorteile für ihre Hoch- und Ingenieurbausparte versprochen hatte oder damit, dass der Erwerb der Hoch- und Ingenieurbausparte für die F. A. AG von Vorteil war. Beides begründet noch keinen Nachteil für die Beklagte. Der Vortrag der Beklagten, wonach die Beklagte den Hoch- und Ingenieurbau aufgrund ihrer Struktur weniger profitabel betreiben kann als ein hierauf spezialisiertes Unternehmen und auch als die F. A. AG ist jedenfalls nicht widerlegt. 139

Mit dem Gesichtspunkt einer Verlagerung der Risikodiversifizierung von der Beklagten auf die T. lässt sich ein Nachteil im konkreten Fall ebenfalls nicht begründen. Dass eine Bauunternehmung, die auf mehreren Gebieten tätig ist, profitabler arbeitet als ein auf den Straßen- und Tiefbau spezialisiertes Unternehmen steht ebenso wenig fest wie, dass ein Straßen- und Tiefbauunternehmen seine marktführende Stellung nur behaupten kann, wenn es auch Hoch- und Ingenieurbauleistungen anbietet. 140

Dass die Beklagte die Hoch- und Ingenieurbausparte an einen langjährigen Wettbewerber veräußert hat, stellt keinen Nachteil dar, da die Beklagte dieses Geschäftsfeld insgesamt weitgehend zurückfahren will. Nach der Veräußerung besteht im Hinblick auf den Hoch- und Ingenieurbau kein Wettbewerbsverhältnis mehr. Daran ändern auch die Bereiche nichts, in denen die Beklagte nach wie vor im Hoch- und Ingenieurbau tätig ist. In diesen Bereichen - der Beendigung begonnener Projekte, Hoch- und Ingenieurbauwerke im Zusammenhang mit Straßenbauprojekten und die vorwiegend in Zentral- und Osteuropa tätige C. AG - besteht kein Konkurrenzverhältnis zur F. A. AG. 141

Eine Satzungsunterschreitung reicht zur Begründung eines qualifizierten Nachteils nicht aus. Sie wirkt sich weder auf die Ertragslage noch auf die Überlebensfähigkeit der Beklagten aus. Im übrigen liegt - wie dargelegt - eine Satzungsunterschreitung nicht vor. 142

Weitere Nachteile, die einem Einzelausgleich nicht fähig sind, hat das Landgericht hinsichtlich der Veräußerung der Hoch- und Ingenieurbausparte nicht festgestellt und sind auch nicht vorgetragen. 143

2.3.2. Auch hinsichtlich der Übertragung der Projektentwicklungsaktivitäten auf die F. A. AG ist ein nicht dem Einzelausgleich fähiger Nachteil nicht hinreichend dargelegt und unter Beweis gestellt. 144

Ob der Kaufpreis angemessen war, kann wiederum dahinstehen. Denn ein zu niedriger Kaufpreis wäre ein Nachteil, der ohne weiteres einem Einzelausgleich fähig ist in Form des Ausgleichs der Differenz zum angemessenen Kaufpreis. 145

Sonstige Nachteile sind nicht hinreichend vorgetragen. Der pauschale Vortrag, dass die Beklagte hierdurch auf Geschäftschancen, insbesondere im zukunftsträchtigen Geschäftsfeld der Public Private Partnership (PPP), verzichte, reicht nicht aus. Er indiziert keine Überschreitung des dem Vorstand zustehenden unternehmerischen Ermessens. Umgekehrt verweist die Beklagte zu Recht darauf, dass nach der weitgehenden Aufgabe des aktiven Hoch- und Ingenieurbaugeschäfts der Verbleib der Projektentwicklungssparte bei der Beklagten keinen Sinn macht. Dem ist der Kläger nicht konkret entgegengetreten. Nach dem Tatbestand des landgerichtlichen Urteil handelt es sich bei der Projektentwicklung unstreitig 146

um ein "zum Hoch- und Ingenieurbau komplementäres Geschäftsfeld" (UA 8).

2.3.3. Sog. qualifizierte Nachteile lassen sich auch hinsichtlich der vom Kläger angegriffenen organisatorischen Maßnahmen nicht feststellen. 147

Der Kläger hat nicht hinreichend vorgetragen, dass die Zusammenlegung von Verwaltungsfunktionen der Beklagten und der Schwestergesellschaft F. A. AG in der D. GmbH und die damit zusammenhängende Übertragung von Anteilen an der D. GmbH an die F. A. AG für die Beklagte nachteilig ist. Solche Nachteile sind auch nicht ersichtlich. 148

Die Beklagte hat dargelegt, dass die Zusammenlegung der Verwaltungsfunktionen zu Synergieeffekten geführt hat, die der Beklagten über die Absenkung des Verrechnungssatzes für die Dienstleistungen unmittelbar zugeflossen sind. Dem ist der Kläger nicht substantiiert entgegengetreten. 149

Der Kläger hat auch keine konkreten Tatsachen vorgetragen, aus denen sich ergibt, dass durch die Zusammenlegung der Verwaltungsfunktionen der Bestand, die Rentabilität oder die Existenzfähigkeit der Beklagten gefährdet sind. Der Kernbereich der unternehmerischen Tätigkeit ist nicht betroffen. Die Ausgliederung kaufmännischer Aufgaben wird auch von unabhängigen Gesellschaften aus betriebswirtschaftlichen Gründen vorgenommen. Auch aus der Einräumung einer 50-%-igen Beteiligung an die F. A. AG sind qualifizierte, d.h. dem Einzelausgleich nicht zugängliche Nachteile nicht erkennbar. Die Einräumung einer 50-%-igen Beteiligung ist Folge der Zusammenlegung der Verwaltungsfunktionen. Der Einfluss der Beklagten ist durch die Einräumung der Weisungsbefugnis in den sie betreffenden Dienstleistungen, das Einstimmigkeitserfordernis für wesentliche Entscheidungen sowie das Recht beider Gesellschaften, einen Geschäftsführer zu benennen, hinreichend gesichert. Dem diesbezüglichen Tatsachenvortrag der Beklagten in der Klageerwiderung ist der Kläger nicht konkret entgegengetreten. 150

Institutionalisierte Einflussmöglichkeiten der T. auf die D. GmbH sind nicht ersichtlich, die T. ist an der D. GmbH nicht beteiligt. Zudem würde die Möglichkeit der Einflussnahme zur Begründung eines qualifizierten Nachteils nicht ausreichen. 151

Ob die Veräußerung zum Nominalwert deshalb nachteilig ist, weil der Verkehrswert der Beteiligung höher liegt, kann offen bleiben. Denn dieser Nachteil wäre ohne weiteres einem Einzelausgleich zugänglich. Ein eventueller Schadensersatzanspruch 152

aus § 317 AktG rechtfertigt die vorliegende Feststellungsklage eines einzelnen Aktionärs gegen die abhängige Gesellschaft nicht. Unabhängig davon war Ziel der Maßnahme die Zusammenlegung der Verwaltungsfunktionen und nicht die Erzielung eines Veräußerungserlöses. 153

Ein Nachteil liegt auch nicht darin, dass die Beklagten keine konkreten Vorkehrungen für den Fall des Ausscheidens der Beklagten - oder der F. A. AG - aus dem Konzern getroffen hat. Eine Zentralisierung unternehmerischer Funktionen beim herrschenden Unternehmen liegt nicht vor, da die T. an der D. GmbH nicht beteiligt ist. Vielmehr geht es um die Zusammenlegung dieser Funktionen zwischen zwei Schwestergesellschaften. Aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten der Beklagten auf die D. GmbH bedurfte es eines konkreten Ausstiegsszenarios für den - bislang nicht absehbaren - Fall des Ausscheidens aus dem Konzern nicht. Der Zugriff der Beklagten auf die Dienstleistungen der D. GmbH ist weder vom Bestehen eines Konzernverhältnisses mit der T. noch von der Zugehörigkeit der F. A. AG zum Konzern der T. abhängig, sondern ergibt sich aus ihrer 154

eigenen Beteiligung an der D. GmbH und den mit dieser getroffenen Vereinbarungen. Außerdem betreffen die von der D. GmbH wahrgenommenen Funktionen nicht den operativen Bereich und können ohne größere Schwierigkeiten wieder von der Beklagten selbst oder einer von ihr abhängigen Gesellschaft wahrgenommen werden.

Grundsätzlich bedeutet aber auch der Verlust der Eigenständigkeit noch keinen unzulässigen Nachteil, da sowohl der faktische Konzern als auch die Einflussnahme durch das herrschende Unternehmen nicht per se rechtswidrig sind. Ein Nachteil liegt erst dann vor, wenn die Konzernintegration so weit fortschreitet, dass die Gesellschaft bei einem Ausscheiden aus dem Konzern nicht mehr lebensfähig ist. Diese Gefahr besteht bei den hier in Rede stehenden Maßnahmen nicht. 155

Die gleichen Erwägungen gelten für die Übertragung von Anteilen an der G. Baumaschinen Technik International GmbH und die gemeinsame Verwaltung des Baumaschinenparks der Beklagten und der F. A. AG. Die Zusammenlegung der Verwaltung des Maschinenparks mit der F. A. AG ist nicht per se nachteilig. Konkrete Nachteile sind nicht ersichtlich. Dass die Synergieeffekte nicht der Beklagten, sondern der T. zugute kommen, ist nicht substantiiert vorgetragen und auch nicht ersichtlich, da die T. an der G. GmbH nicht beteiligt ist. Eines konkreten "Ausstiegsszenarios" bedurfte es nicht, da in dem - bisher nicht absehbaren - Fall eines Ausscheidens der Beklagten oder der F. A. AG aus dem Konzern der Zugriff der Beklagten auf die Verwaltung ihres Maschinenparks und die Leistungen der G. GmbH nicht entfällt und diese Funktionen schließlich auch ohne Rückerwerb der Anteile an der G. GmbH wieder getrennt werden können. Der Maschinenpark selbst steht nicht im Eigentum der G. GmbH, sondern ist im Eigentum der Beklagten geblieben. 156

Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Übertragung der Anteile an der G. GmbH, die mit der gemeinsamen Verwaltung des Maschinenparks einhergeht, zu einem nicht dem Einzelausgleich fähigen Nachteil für die Beklagte führt. Auf die Angemessenheit des Kaufpreises kommt es in diesem Zusammenhang nicht an, da es sich hierbei um einen bezifferbaren Nachteil handelt. 157

Die Zusammenlegung der Rechtsabteilungen der Beklagten, der F. A. AG und der I. + X. GmbH in der J. GmbH, einer Tochter der T., ist aus konzernrechtlicher Sicht ebenfalls nicht rechtswidrig. Konkrete Nachteile sind nicht hinreichend vorgetragen. 158

Finanzielle Nachteile sind nicht ersichtlich. Die entstehenden Synergieeffekte kommen auch der Beklagten zugute. Es ist nicht ersichtlich, dass sie allein in die T. fließen. 159

Auch diese Maßnahme betrifft nicht den Kernbereich der unternehmerischen Tätigkeit, sondern eine reine Unterstützungsfunktion. Nach Beendigung des Konzernverhältnisses ist der Aufbau einer eigenen Rechtsabteilung ohne größere Schwierigkeiten wieder möglich. 160

Der Nachteil einer gemeinsamen, bei der T. angesiedelten Rechtsabteilung lässt sich auch nicht mit der möglichen Interessenkollision im Zusammenhang mit Konzernsachverhalten und eventuellen Konflikten mit den Schwestergesellschaften, etwa im Zusammenhang mit der Übertragung der Hoch- und Ingenieurbausparte und weiteren Beteiligungen, begründen. Der Beklagten bleibt es unbenommen, für derartige Fälle unabhängige Berater einzuschalten. Zudem enthält der Dienstleistungsvertrag mit der J. GmbH in Ziff. III (GA 353) eine Regelung für den Fall eines Interessenkonflikts, die insbesondere im Hinblick auf die wechselseitigen Pflichten, bereits auf die Möglichkeit eines Interessenkonflikts hinzuweisen, ausreicht. Die abstrakte Möglichkeit eines Missbrauchs durch gezielte Anweisung an die J. GmbH genügt zur Begründung eines Nachteils nicht. 161

Ein Verstoß gegen § 76 AktG oder eine Einschränkung der eigenverantwortlichen Unternehmensführung durch den Vorstand liegen nicht vor. Die Beklagte verweist zu Recht darauf, dass die Rechtsabteilung die unternehmerischen Entscheidungen nicht trifft und die eigenverantwortliche Leitung des Unternehmens das Vorhalten einer eigenen Rechtsabteilung nicht erfordert. 162

Aus dem gleichen Grund ist auch nicht ersichtlich, dass die Beklagte durch die Inanspruchnahme der Dienstleistungen der J. GmbH ihre Unabhängigkeit verliert. Dass durch eine beim herrschenden Unternehmen angesiedelte zentrale Rechtsabteilung - wie vom Landgericht angenommen - "faktisch ein von Rechts wegen nicht bestehendes Weisungsrecht der Konzernobergesellschaft in einem für das Unternehmen relevanten Bereich begründet" würde (UA 66), ist nicht nachvollziehbar. Weder ist ein Weisungsrecht der T. ersichtlich, noch handelt es sich um einen zentralen Bereich der Unternehmensführung. 163

Das Doppelmandat des Vorstands Dr. M. und die Besetzung des Aufsichtsrats sind ebenfalls unter konzernrechtlichen Gesichtspunkten nicht rechtswidrig. Personelle Verflechtungen begründen als solche noch keinen Nachteil (Emmerich/*Habersack*, KonzernR, 5. Aufl., Anh. § 317 Rn 13 m.w.Nachw.; Münch. Hdb. AG/*Krieger*, 3. Aufl., § 69 Rn 139). Sie können lediglich eine Vermutung dafür begründen, dass die Maßnahmen auf Veranlassung des herrschenden Unternehmens, also der T., zurückgehen und dass Vorstand und Aufsichtsrat sich hierbei (zumindest auch) von den Interessen der T. haben leiten lassen (Hüffer, AktG, 8. Aufl., § 311 Rn 22). Die personellen Verflechtungen belegen aber nicht, dass konkrete einzelne Maßnahmen für die Beklagte nachteilig sind. 164

Eine auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Doppelmandats gerichtete Klage wäre im übrigen auch unzulässig. Die personelle Besetzung von Vorstand und Aufsichtsrat und deren Kontrolle sind im Aktiengesetz abschließend geregelt. Eine Aktionärsklage ist nicht vorgesehen und zur Wahrung der mitgliedschaftlichen Rechte der Aktionäre auch nicht geboten. 165

2.3.4. Hinsichtlich der Veräußerung der L.-Anteile stehen qualifizierte, einem Einzelausgleich nicht zugängliche Nachteile ebenfalls nicht fest. 166

Das Landgericht hat auf Grundlage eines Zeitungsartikels und dem Auszug aus dem Beschluss des Bundeskartellamts vom 19.9.2006 (B1 - 186/06) gefolgert, dass die Veräußerung der L.-Beteiligung auf dem Erwerb der F. A. AG und deren im Asphaltmischgutgeschäft tätigen Tochter S. Baustoff GmbH durch die G1 bzw. die T. beruht. Damit habe sie allein im Interesse des herrschenden Unternehmens gelegen und sei für die Beklagte nachteilig gewesen. Es bestehen konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Feststellungen. Der Zeitungsartikel und der Auszug aus dem Beschluss des Bundeskartellamts bieten keine ausreichende Grundlage für die Feststellungen des Landgerichts, zudem hat es die Beweisantritte der Beklagten zum Hintergrund der Aufgabe der L.-Beteiligung übergangen (GA 358). 167

Der vom Landgericht zitierte Zeitungsartikel ist kein geeignetes Beweismittel, da nicht ersichtlich ist, auf welche Tatsachengrundlage und Quellen er sich stützt, so dass auch seine Richtigkeit nicht beurteilt werden kann. Soweit das Landgericht sich auf die vom Kläger vorgelegten Auszüge aus dem Beschluss des Bundeskartellamts vom 19.9.2006 (Anl. K 34) stützt, bestehen - wie im Verhandlungstermin erörtert - konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellung. Aus dem vorgelegten Auszug ergibt sich zwar ein Zusammenhang zwischen der Veräußerung der L.-Beteiligung und dem Erwerb der Anteile an der F. A. AG durch die G1 bzw. T., aber schon die vom Landgericht 168

zitierte Stelle zeigt, dass dies nicht der einzige Grund war ("Hintergrund des Zusammenschlussverfahrens ist **zum einen** das anhängige Fusionskontrollverfahren B 1 - 169/05 G1 /B. "). Auf der folgenden Seite 9 des Beschlusses heißt es:

"3. Zum anderen ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben vor dem Hintergrund der Auflagenumsetzung im Verfahren B1 – 29/05 – Y. zu sehen. Die Freigabe erging u.a. unter der Auflage, dass Y. die Beteiligung der M1 B1 Asphalt (Auflage A.10), das Mischwerk M2 (Auflage A.9) und das Mischwerk T1 (Auflage A.14) an einen unabhängigen Erwerber veräußert. Angesichts der gewichtigen Verflechtungen zwischen Y. und T. über die L. kam T. vor ihrem Rückzug aus der L. nicht als unabhängiger Erwerber in Betracht." 169

Diese Passage stützt den Vortrag der Beklagten, wonach es - zumindest auch - um das Verhältnis zur Y. -Gruppe ging. Sie belegte den Zusammenhang mit dem von der Beklagten zitierten Verfahren B 1 - 29/05 Y. /O1 und dass der Erwerb von weiteren Mischwerken durch die Beklagte von der Veräußerung ihrer L.-Beteiligung abhing. Der beweispflichtige Kläger hat keinen Beweis dazu angetreten, dass die Veräußerung der L.-Beteiligung allein vor dem Hintergrund des Erwerbs der F. A. AG durch die T. erfolgt ist. 170

Unabhängig davon sind auch konkrete Nachteile nicht hinreichend dargelegt. Es liegen nicht genügend Feststellungen dazu vor, dass sich die Stellung der Beklagten auf dem Markt für Asphaltmischgut durch die Veräußerung der L.-Beteiligung verschlechtert hat. Insofern kann es auch einen Nachteil ausschließen, wenn der Beklagten tatsächlich in kartellrechtlicher Sicht aufgrund ihres 49-%-igen Anteils die gesamte L.-Beteiligung zugerechnet wurde. Daher kommt auch eine Kompensation der L.-Beteiligung durch Zukäufe in Betracht. Die Beklagte verweist zu Recht auf die im Rahmen des Verkaufs der L.-Beteiligung erhaltenen Mischwerke und Beteiligungen (sog. Realteilung, GA 790) sowie die zwischenzeitlichen Zukäufe (GA 791, 1040). 171

Die Angemessenheit des Kaufpreises zieht das Landgericht nicht in Zweifel, hierfür liegen auch keine Anhaltspunkte vor. 172

Einer Beweisaufnahme zum Hintergrund und den Auswirkungen der Übertragung der L.-Anteile bedarf es nicht. Die Beweislast für eventuelle Nachteile liegt beim Kläger. Dieser hat für seinen Vortrag, wonach der Verkauf der L.-Anteile allein auf dem Erwerb der F. A. AG durch die T. bzw. die G1 beruht, keinen Beweis angetreten und konkrete Nachteile nicht hinreichend dargelegt. 173

2.3.5. Die Einbeziehung in den konzernweiten Avalkredit sieht das Landgericht zu Recht nicht als nachteilig an. Der Kläger wendet sich in der Berufungserwiderung hiergegen nicht. 174

2.3.6. Einen Verstoß gegen ein eventuelles konzernrechtliches Wettbewerbsverbot (ob es ein solches Verbot gibt, hat der BGH offen gelassen, DStR 2008, 2077 Rn 16) hat das Landgericht zutreffend verneint. 175

Das Landgericht führt zutreffend aus, dass nach der Trennung des Konzerns in die Sparten Straßenbau einerseits und Hoch- und Ingenieurbau andererseits eine Wettbewerbssituation zwischen der Beklagten und der F. A. AG jedenfalls derzeit nicht besteht und daher zum derzeitigen Zeitpunkt auch Unterlassungs- und Beseitigungsanträge nicht zu rechtfertigen vermag. Selbst wenn die Spartentrennung aufgrund des vorliegenden Rechtsstreits oder eines eventuellen Hauptversammlungsbeschlusses wieder rückgängig gemacht werden müsste, steht § 242 BGB der Geltendmachung eines zukünftigen, ungewissen Wettbewerbsverbots derzeit entgegen (ähnlich BGH DStR 2008, 2077 Rn 15 für den 176

umgekehrten Fall eines bis zum endgültigen Vollzug der Spartentrennung möglicherweise noch bestehenden temporären Wettbewerbsverbots).

2.4. Überschreitung der Grenzen des faktischen Konzerns durch Konzernintegration, Anträge zu 1) bis 6) 177

Entgegen der vom Kläger vertretenen Ansicht ergibt sich die Rechtswidrigkeit der beanstandeten Maßnahmen auch nicht schon daraus, dass die Integration der Beklagten in den Konzern ein Maß erreicht habe, welches nur auf Grundlage eines Unternehmensvertrages zulässig sei. Der Vortrag, dass die Ausübung von Leitungsmacht so intensiv sei, dass das Schutzsystem der §§ 311 ff AktG versage, weil sich einzelne nachteilige Maßnahmen nicht mehr isolieren ließen, genügt nicht für die Annahme eines rechtswidrigen qualifiziert faktischen Konzerns. 178

Allein aus einem etwaigen Einfluss der T. auf die Beklagte lässt sich weder die Rechtswidrigkeit der beanstandeten einzelnen Maßnahmen noch die Notwendigkeit eines Unternehmensvertrages begründen. Rechtswidrig ist nicht der faktische Konzern oder die Ausübung von Leitungsmacht als solche, wie intensiv sie auch sein mag. Rechtswidrig sind nur konkrete, für das abhängige Unternehmen nachteilige Maßnahmen (Emmerich/*Habersack*, KonzernR, 5. Aufl., Anh. § 317 Rn 27). Daher sind auch die für eine umfassende und intensive Einflussnahme der T. auf die beanstandeten Maßnahmen sprechenden Umstände weder zur Begründung der Rechtswidrigkeit der Maßnahmen noch als Indiz für einen konkreten, dem Einzelausgleich nicht zugänglichen Nachteil geeignet. Das gleiche gilt für den Vortrag des Klägers, die einzelnen Maßnahmen seien Teil eines Gesamtkonzepts des Hauptaktionärs. Auch reicht der Verdacht eines Nachteils für die Feststellung der Rechtswidrigkeit nicht aus. Voraussetzung für die Annahmen eines qualifizierten faktischen Konzerns ist vielmehr stets die Feststellung konkreter nachteiliger Maßnahmen. Die bloße Ausübung von Leitungsmacht oder gar nur die Möglichkeit, solche Leitungsmacht auszuüben, genügen nicht (BGHZ 122, 123, 131 - TBB -). Die Haftung im qualifiziert faktischen Konzern ist keine Zustandshaftung (Münch. Hdb. AG/*Krieger*, 3. Aufl., § 69 Rn 135 f.). Auch in den Fällen, in denen das herrschende Unternehmen einen intensiven Einfluss auf das abhängige Unternehmen ausübt, müssen konkrete nachteilige Maßnahmen festgestellt werden (Münch. Hdb. AG/Krieger, 3. Aufl., § 69 Rn 138 "Die Qualifizierung tritt erst ein, wenn zwar Nachteilszufügungen feststellbar sind, aber eine konkrete Schadensermittlung mit zumutbarem Aufwand unmöglich ist"; Emmerich/*Habersack*, KonzernR, 5. Aufl., Anh. § 317 Rn 17: "wenn sich die *unzweifelhaft vorliegenden nachteiligen Maßnahmen* (Kursiv im Original) infolge der Dichte der Einflussnahme schon objektiv nicht mehr isolieren lassen"). Die Annahme eines qualifizierten faktischen Konzern setzt daher - von der durch fehlende Verbuchung oder Dokumentation der einzelnen Geschäftsvorfälle gekennzeichneten sog. "Waschkorblage" (Emmerich/*Habersack*, KonzernR, 5. Aufl., Anh. § 317 Rn 18) abgesehen (BGH DStR 2008, 2077 Rn 5) - stets die Feststellung konkreter Maßnahmen und deren Nachteile für die abhängige Gesellschaft voraus. Auch ein Feststellungsantrag kann sich daher nur auf konkrete Maßnahmen beziehen (vgl. auch Emmerich/*Habersack*, KonzernR, 5. Aufl., Anh. § 317 Rn 27 a.E., wonach auch eventuelle Abwehr- und Beseitigungsansprüche sich nur gegen konkrete nachteilige Maßnahmen richten können, da nicht die Konzernstruktur als solche, sondern nur die konkrete Einflussnahme die Rechtswidrigkeit begründet). Der Vortrag, inzwischen sei mit Abschluss aller konzernintegrativen Maßnahmen eine "Vollintegration" eingetreten, genügt zur Begründung der Rechtswidrigkeit nicht. 179

Die Feststellung konkreter Nachteile ist auch nicht deshalb entbehrlich, weil aufgrund der Konzernintegration sich die finanziellen Auswirkungen der beanstandeten Maßnahmen auf 180

die einzelnen Konzerngesellschaften nicht isoliert feststellen lassen. Hiervon kann für die vom Kläger beanstandeten Maßnahmen, die nur unterstützende Verwaltungsfunktionen betreffen, nicht ausgegangen werden.

Einer Gesamtschau aller Maßnahmen bedarf es aus dem gleichen Grund nicht. Sie kann lediglich generell eine intensive, nicht am Interesse der Beklagten orientierten Ausübung von Leitungsmacht belegen. Das allein ist rechtlich aber nicht relevant. Vielmehr kann der Kläger sich lediglich gegen einzelne Maßnahmen, deren Nachteile konkret festgestellt ist, wenden. Zudem taugt die intensive Ausübung von Leitungsmacht nicht als Indiz für die Nachteile einzelner Maßnahmen. 181

Schließlich hat der Kläger eine "nicht hinnehmbare" Integration oder "Eingliederung" der Beklagten in den Konzern auch nicht hinreichend dargelegt. Die "Schaffung von zwei Sparten reinen Gesellschaften", die Zusammenlegung bestimmter Verwaltungsfunktionen mit der F. A. AG, eine konzerneinheitliche Rechtsabteilung und das Vorstandsdoppelmandat bedeuten weder für sich noch in der Gesamtschau eine weitgehende Konzernintegration oder den Verlust der Eigenständigkeit der Beklagten. 182

2.5. Pflicht zur Rückabwicklung, Anträge zu 7) und 8) 183

Da die auf Feststellung der Rechtswidrigkeit gerichteten Anträge zu 1) bis 6) unbegründet sind, besteht auch keine Verpflichtung der Beklagten, die vom Kläger beanstandeten Maßnahmen rückgängig zu machen. 184

Selbst wenn man in der Veräußerung der Hoch- und Ingenieurbausparte eine unzulässige Satzungsunterschreitung sieht, wäre der Verkauf nicht notwendig rückabzuwickeln. Der Pflicht zur Rückabwicklung steht zum einen entgegen, dass die Satzung zwischenzeitlich geändert und der geänderte Unternehmensgegenstand in das Handelsregister eingetragen wurde. Zum anderen wäre die Rückabwicklung auch nicht die einzige in Betracht kommende Handlungsalternative. Vielmehr kann der Vorstand auch die Hauptversammlung darüber entscheiden lassen, ob die Satzung geändert oder der bisherige Unternehmensgegenstand wieder aufgenommen werden soll (*Zöllner* in Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl., § 179 Rn 110; ähnlich *Wiedemann* in Großkommentar AktG, 4. Aufl., § 179 Rn 96). Hieran würde auch eine erfolgreiche Anfechtung des Beschlusses vom 14.7.2006 bzw. des Bestätigungsbeschlusses vom 1.6.2007 nichts ändern, solange die Beschlüsse nicht wegen inhaltlicher Unzulässigkeit der Satzungsänderung unwirksam sind. Denn die erfolgreiche Anfechtung des Beschlusses steht einer Ablehnung des Antrags nicht gleich und hindert eine Neuvornahme nicht. Selbst wenn eine Satzungsänderung endgültig nicht zustande kommt, wäre der Vorstand zur Rückabwicklung des Verkaufs der Hoch- und Ingenieurbausparte und der damit zusammenhängenden Beteiligungen nicht verpflichtet. Er wäre dann nur verpflichtet, den Unternehmensgegenstand wieder aufzufüllen. Ob er dies durch Rückerwerb der veräußerten Hochbau- und Ingenieurbausparte nebst der entsprechenden Beteiligungen erreicht oder auf sonstige Weise (Wiederaufnahme der Hoch- und Ingenieurbauaktivitäten durch Einrichtung einer neuen Hoch- und Ingenieurbauabteilung oder Erwerb entsprechender Unternehmen) ist Sache des Vorstands im Rahmen der ihm obliegenden Geschäftsführung. 185

III. 186

Die Berufung des Klägers ist zulässig, aber nicht begründet. Das Landgericht hat die Klageanträge zu 9) und 10) zu Recht als unzulässig abgewiesen. 187

1. Abschluss eines Beherrschungsvertrages, Antrag zu 9) 188

Mit dem Antrag zu 9) begehrt der Kläger die Feststellung, dass der Vorstand der Beklagten verpflichtet ist, von der T. den Abschluss eines Beherrschungsvertrages zu verlangen. Der Antrag ist unzulässig. Die Klage eines Aktionärs eines abhängigen Unternehmens auf Feststellung einer Verpflichtung zum Abschluss eines Unternehmensvertrages ist im Aktiengesetz nicht vorgesehen. Sie widerspricht auch der Kompetenzordnung des Aktiengesetzes, wonach Vorstand und Aufsichtsrat nicht der Kontrolle durch einzelne Aktionäre unterliegen. Aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in der Sache N1 II ergibt sich nichts anderes. Die Zulässigkeit der Klage ergab sich in diesem Fall daraus, dass an sich die Hauptversammlung über den Bezugsrechtsausschluss entscheiden muss und der einzelne Aktionär durch den Bezugsrechtsausschluss unmittelbar in seinen Aktionärsrechten betroffen ist, da hierdurch eine Verwässerung seiner Beteiligung, nämlich des Gewichts seiner Stimme, droht. Eine solche Konstellation ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. 189

Es besteht auch kein Bedürfnis für die Zulassung einer auf das Verlangen nach einem Beherrschungsvertrag gerichteten Feststellungsklage. Es bedarf der Feststellungsklage nicht zur Durchsetzung der mitgliedschaftlichen Rechte des Klägers. Der Kläger macht gerade geltend, dass ihm die Ansprüche auf Ausgleichszahlung bzw. Abfindungsangebot auch ohne Abschluss eines Beherrschungsvertrages zustehen. 190

Entgegen der Ansicht des Klägers genügt es für die Annahme einer Regelungslücke nicht, dass ansonsten keine Klagemöglichkeit besteht. Die allgemeine Feststellungsklage eines Aktionärs gegen jedwedes rechtswidriges Handeln der Gesellschaft oder ihrer Organe ist im Aktiengesetz gerade nicht vorgesehen und würde auch das Kompetenzgefüge des Aktiengesetzes mit den jeweiligen Rechten und Pflichten der einzelnen Gesellschaftsorgane außer Kraft setzen. 191

Auf die Frage, ob der Antrag auch wegen Treuwidrigkeit im Hinblick auf das gleichzeitige Verlangen einer Verschmelzung unzulässig ist, kommt es nicht an. 192

Im übrigen wäre der Antrag auch unbegründet, und zwar selbst dann, wenn die Voraussetzungen eines unzulässigen qualifiziert faktischen Konzerns vorlägen. Denn der Vorstand hat auch bei Vorliegen einer unzulässigen Einflussnahme seitens des herrschenden Unternehmens mehrere Handlungsalternativen. Er kann einen Beherrschungsvertrag für die sinnvollste Lösung ansehen und seinen Abschluss anstreben. Ebenso denkbar wäre bei Vorliegen der Voraussetzungen aber auch eine Eingliederung. Weiter kommt - zumindest nach Ansicht des Klägers - auch eine Verschmelzung mit der F. A. AG in Betracht. Schließlich bleibt dem Vorstand auch die vom Kläger mit den Anträgen zu 7) und 8) geltend gemachte Handlungsoption, die beanstandeten Maßnahmen rückabzuwickeln und sich etwaigen zukünftigen rechtswidrigen Anforderungen seitens des herrschenden Unternehmens zu widersetzen. Wählt er keine dieser Möglichkeiten und handelt rechtswidrig, kann er sich Schadensersatzansprüchen nach § 93 AktG aussetzen. Welche der Handlungsmöglichkeiten der Vorstand wählt, liegt zunächst in seinem pflichtgemäßen unternehmerischen Ermessen. Dieses reduziert sich nicht auf nur eine denkbare Handlungsalternative in Form des Anstrebens eines Beherrschungsvertrages, zumal der Vorstand der abhängigen Gesellschaft allein den Abschluss eines Unternehmensvertrages ohnehin nicht bewirken kann. Dementsprechend verlangt auch der Kläger mit seiner Klage sowohl die Rückgängigmachung der beanstandeten Maßnahmen als auch den Abschluss eines Unternehmensvertrages. 193

2. Anträge zu 10) 194

195

Auch die Anträge zu 10) sind unzulässig. Die Ansprüche aus §§ 302, 304, 305 AktG, deren Feststellung der Kläger beantragt, richten sich nicht gegen die abhängige Gesellschaft, sondern gegen das herrschende Unternehmen, also die T.. Die Feststellungsklage wirkt nur inter partes (*Goette*, DStR 2006, 139, 143), also im Verhältnis des Klägers zur Beklagten, bindet aber nicht die am Rechtsstreit nicht beteiligte T..

Die Voraussetzungen, unter denen einen Klage auf Feststellung eines aktienrechtlichen Drittrechtsverhältnisses zulässig sein kann, liegen nicht vor. Das Landgericht verweist zu Recht darauf, dass die entsprechende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs immer innergesellschaftliche Rechtsverhältnisse zum Gegenstand hatte. Soweit der Kläger meint, es handele sich deshalb "um eine innergesellschaftliche Drittbeziehung, die einer Feststellungsklage für die außenstehenden Aktionäre zugänglich ist", weil "die T. als Mehrheitsaktionärin durch die von ihr veranlasste rechtswidrige Konzernintegration faktisch das Organisationsgefügte der Beklagen aufgebrochen" habe (GA 866), verkennt er, dass ungeachtet eines Abhängigkeitsverhältnisses die Konzernunternehmen rechtlich selbständig sind. Das gilt selbst im Vertragskonzern, erst Recht aber im faktischen, und auch im sog. qualifiziert faktischen Konzern. 196

Das Rechtsschutzinteresse ergibt sich auch nicht daraus, dass die Feststellung der Vorbereitung eines Spruchverfahrens dienen könnte, da die Beklagte an einem entsprechenden Spruchverfahren nicht beteiligt ist (§ 5 Nr. 1 SpruchG) und eine eventuelle Feststellung für das herrschende Unternehmen, die T., keine Wirkung hat, da diese am vorliegenden Rechtsstreit nicht beteiligt ist. Damit ist die begehrte Feststellung aber auch zur Vorbereitung eines Spruchverfahrens nicht geeignet. 197

Auch ein sonstiges rechtliches Interesse an einer gegen die Beklagte gerichteten Feststellung ist nicht ersichtlich. Pflichten der Organe der Beklagten im Hinblick auf eine eventuelle Ausgleichszahlung oder Abfindung sind nicht ersichtlich, ebenso wenig ist erkennbar, inwieweit die beantragte Feststellung Grundlage für anderweitige aktienrechtliche Maßnahmen gegen Organmitglieder der Beklagten sein kann. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit der beanstandeten Maßnahmen ist bereits Gegenstand der Klageanträge zu 1) bis 8). 198

3. Im übrigen wären die Anträge nach Maßgabe der Ausführungen zur Berufung der Beklagten auch in der Sache nicht begründet. 199

IV. 200

Es besteht kein Grund zu der vom Kläger beantragten Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Seine Stellungnahme vom 01.12.2008 enthält weder neuen entscheidungserheblichen Sachvortrag noch rechtfertigt sie eine von den erteilten Hinweisen abweichende Beurteilung der Rechtslage. 201

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO. Da zwischen dem Kläger und den Streithelfern keine notwendige Streitgenossenschaft im Sinne von §§ 69, 101 Abs. 2 ZPO besteht, richten sich die Kosten der Nebenintervenienten nach § 101 Abs. 1 ZPO. Anders als bei einer Anfechtungsklage (hierzu BGH DStR 2007, 1265 = ZIP 2007, 1337) kommt der begehrten Feststellung der Rechtswidrigkeit der angegriffenen Maßnahmen keine Rechtskraftwirkung gegenüber den übrigen, am Rechtsstreit nicht beteiligten Aktionären zu (*Goette*, DStR 2006, 139, 143). 202

203

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Mit der Wertfestsetzung folgt der Senat der von den Parteien nicht beanstandeten Streitwertfestsetzung durch das Landgericht.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor, § 543 Abs. 2 ZPO. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern nicht eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Der Senat hat den Fall auf der Grundlage anerkannter Grundsätze alleine nach den tatsächlichen Besonderheiten des vorliegenden Sachverhaltes entschieden. Grundsätzliche Fragen zur Rechtsfigur des sog. qualifizierten faktischen Konzerns stellen sich nicht, da der Kläger das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen hierfür nicht hinreichend vorgetragen hat. 204

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE