



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 190/17

Verkündet am:
25. September 2018
Ginter
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

WpHG § 22 Abs. 2 aF

- a) Von der Änderung der unternehmerischen Ausrichtung des Emittenten iSd § 22 Abs. 2 Satz 2 Fall 2 WpHG aF wird weder die erstmalige Bestimmung der Unternehmenspolitik noch eine Abrede mit dem Ziel, eine bestehende unternehmerische Ausrichtung und damit die jeweils bestehende Unternehmenspolitik beizubehalten, erfasst.

b) Das Vorliegen eines Einzelfalls in § 22 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 WpHG aF ist formal zu bestimmen.

BGH, Urteil vom 25. September 2018 - II ZR 190/17 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Juli 2018 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher sowie die Richter Wöstmann, Born, Dr. Bernau und V. Sander

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 17. Mai 2017 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte ist eine börsennotierte Aktiengesellschaft. Nachdem über ihr Vermögen am 1. Mai 2005 das Insolvenzverfahren eröffnet worden war, beschloss die Hauptversammlung am 13. Mai 2011 unter dem damaligen Alleinvorstand und Aktionär R. u.a. die Fortsetzung der Gesellschaft sowie eine Kapitalherabsetzung mit anschließender Kapitalerhöhung. R. besaß laut seiner Stimmrechtsmitteilung vom 6. Dezember 2011 24,45 % der Aktien. Nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens im Wege des Planverfahrens übernahm der Kläger Anfang 2012 fast 36 % der neuen Aktien. Sein Aktienanteil entsprach danach 19,56 % am gezeichneten Kapital. Für diese Aktien gab der Kläger am 23. April 2013 eine Stimmrechtsmitteilung ab.
- 2 R. wurde am 10. April 2013 aus wichtigem Grund als Vorstand abberufen und ein neuer Vorstand bestellt. Am 18. Februar 2014 verfügte R. über 10,89 % der Aktien.
- 3 Der Kläger hat mehrere in der außerordentlichen Hauptversammlung der Beklagten am 21. Februar 2014 gefasste Beschlüsse mit der Begründung angefochten, dass ihm zu Unrecht der Zutritt zur Hauptversammlung verweigert worden sei.
- 4 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die vom erkennenden Senat zugelassene Revision des Klägers.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision des Klägers hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

6 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, wie folgt begründet:

7 Der Kläger sei nicht gemäß § 245 Nr. 2 AktG anfechtungsbefugt. Er sei, Zugangsverlangen und Zugangsverweigerung durch die Beklagte unterstellt, zu Recht nicht zur Hauptversammlung zugelassen worden. Wegen Nichterfüllung der Meldepflichten aus § 21 WpHG idF vom 21. Dezember 2007 (nachfolgend aF) hätten die Rechte aus den dem Kläger gehörenden Aktien der Beklagten gemäß § 28 Satz 1 WpHG idF vom 12. August 2008 (nachfolgend aF) zum Zeitpunkt der außerordentlichen Hauptversammlung nicht bestanden. Nach § 22 Abs. 2 WpHG idF des OGAW-IV-UmsG vom 22. Juni 2011 (BGBl. I S. 1126; nachfolgend aF) seien die Stimmrechte von R. dem Kläger zuzurechnen. Beide hätten ihr Verhalten in Bezug auf die Beklagte in sonstiger Weise abgestimmt. Sie hätten sich hinsichtlich eines gemeinsamen Vorgehens gerichtet auf eine grundlegende Neuausrichtung des Geschäftszwecks der Beklagten auf den Bereich der regenerativen Energien abgesprochen.

8 In Absprache mit R. habe der Kläger am 5. März 2013 ein Einberufungsverlangen für eine außerordentliche Hauptversammlung mit dem Ziel verfasst, den damaligen Aufsichtsratsvorsitzenden abuberufen und weitere Vertreter in den unterbesetzten Aufsichtsrat zu wählen. Ihr Ziel sei nicht lediglich die Vervollständigung des Organs gewesen, sondern eine personelle Runder-

neuerung. Es habe auch kein abgestimmtes Verhalten im Einzelfall dahin vorgelegen, einmalig bestimmte Personen in den Aufsichtsrat zu wählen. Vielmehr habe sich die Neuwahl als Teil eines größeren Gesamtplans mit dem Ziel einer Neuausrichtung der Beklagten auf den Bereich der regenerativen Energien dargestellt. Der Kläger habe den damaligen Aufsichtsratsvorsitzenden für nicht geeignet gehalten. Ferner habe verhindert werden sollen, dass diese entsprechend seiner Ankündigung die Abberufung von R. betreiben werde und infolgedessen die vom Kläger und diesem gemeinsam verfolgte Neuausrichtung der Gesellschaft nach den Vorstellungen von R. unmöglich werden würde. Auch nach der Abberufung von R. als Vorstand am 10. April 2013 hätten der Kläger und R. weiterhin mit dem Ziel der Abberufung des damaligen Aufsichtsratsvorsitzenden und Wiedereinsetzung von R. zusammengearbeitet.

9 Die Neuausrichtung der Beklagten auf erneuerbare Energien sei auch nicht schon auf der außerordentlichen Hauptversammlung am 13. Mai 2011 vorgenommen worden. Erst am 7. Mai 2013 habe R. in seiner Rolle als Minderheitsaktionär die Ergänzung der Tagesordnung der bereits einberufenen außerordentlichen Hauptversammlung u.a. mit dem Ziel der Beschlussfassung über die von ihm angestrebte Neuausrichtung der Beklagten durch die Änderung des Unternehmensgegenstands auf erneuerbare Energien verlangt. Dieses - nicht umgesetzten - Beschlussvorschlages hätte es nicht bedurft, wenn diese Neuausrichtung bereits beschlossene neue Geschäftspolitik der Beklagten gewesen sei.

10 II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung lässt sich die Anfechtungsbefugnis des Klägers nicht verneinen. Anfechtungsbefugt sind nach

§ 245 Nr. 2 Fall 1 AktG in der Hauptversammlung nicht erschienene Aktionäre, wenn sie zu Unrecht nicht zugelassen worden sind.

11 1. Der Kläger ist in der Hauptversammlung nicht erschienen. Das Berufungsgericht hat unterstellt, dass die Beklagte dem Kläger den Zutritt zur Hauptversammlung von Anbeginn an verweigert hat. Dies ist deshalb auch im Revisionsverfahren zu unterstellen.

12 2. Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen tragen seine Annahme nicht, dass die Zutrittsverweigerung berechtigt war und der Kläger die Rechte aus seinen Aktien aufgrund eines Meldeverstößes nach § 21 Abs. 1 WpHG i.V.m. § 28 Abs. 1 WpHG verloren hatte. Von dem Rechtsverlust wird zwar auch das Recht auf Teilnahme an der Hauptversammlung (§ 118 Abs. 1 AktG) erfasst (Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl., § 28 WpHG Rn. 13; MünchKommAktG/Bayer, 4. Aufl., § 28 WpHG Rn. 20). Zu Unrecht ist das Berufungsgericht aber davon ausgegangen, dass der Kläger eine Stimmrechtsmitteilung unterlassen habe. Die Voraussetzungen einer Zurechnung der Stimmen von R. nach § 22 Abs. 2 Satz 1 WpHG aF wegen eines abgestimmten Verhaltens liegen nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht vor. Den Gründen des Berufungsurteils lässt sich nicht entnehmen, dass der Kläger und R. zu einer Änderung der unternehmerischen Ausrichtung der Beklagten zusammengewirkt haben.

13 a) Einem Meldepflichtigen werden gemäß § 22 Abs. 2 Satz 1 WpHG aF Stimmrechte eines Dritten aus Aktien des Emittenten in voller Höhe zugerechnet, mit dem der Meldepflichtige sein Verhalten in Bezug auf diesen Emittenten abstimmt; ausgenommen sind Vereinbarungen in Einzelfällen. Gemäß § 22 Abs. 2 Satz 2 WpHG aF setzt ein abgestimmtes Verhalten voraus, dass der

Meldepflichtige und der Dritte sich über die Ausübung von Stimmrechten verständigen oder mit dem Ziel einer dauerhaften und erheblichen Änderung der unternehmerischen Ausrichtung des Emittenten in sonstiger Weise zusammenwirken. Ein Zusammenwirken in sonstiger Weise kann auch außerhalb der Hauptversammlung vorliegen und erfordert die koordinierte, auf einer gemeinsamen Absprache und Strategie beruhende Ausübung gesellschaftsrechtlich vermittelten Einflusses auf den Emittenten, wobei eine tatsächliche Einflussnahme nicht erforderlich ist, sondern bereits die bloße Absicht genügt (vgl. Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 16/9821, S. 11 f.; BaFin, Emittentenleitfaden, 2013, S. 121 unter VIII.2.5.8.1; MünchKommAktG/Bayer, 4. Aufl., § 22 WpHG Rn. 48; v. Bülow in KK-WpHG, 2. Aufl., § 22 Rn. 219; Opitz in Schäfer/Hamann, Kapitalmarktgesetze, 2. Aufl., § 22 WpHG Rn. 79c, 89a; Hoppe/Michel, BaFinJournal 04/10, S. 3, 4; Schürnbrand in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 8. Aufl., § 22 WpHG Rn. 28; Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl., § 22 WpHG Rn. 28; Becker in Just/Voß/Ritz/Becker, WpHG, § 22 Rn. 99; Zimmermann in Fuchs, WpHG, 2. Aufl., § 22 Rn. 93 f.). So kann das Zusammenwirken mit dem Ziel, die Wahl des Aufsichtsratsvorsitzenden zu beeinflussen, den Tatbestand iSd § 22 Abs. 2 Satz 2 Fall 2 WpHG aF erfüllen, wenn der Meldepflichtige und der Dritte die Absicht haben, diese Wahl als Mittel zu nutzen, um eine bereits konkretisierte, dauerhafte und erhebliche Änderung der unternehmerischen Ausrichtung herbeizuführen (vgl. Zimmermann in Fuchs, WpHG, 2. Aufl., § 22 Rn. 98; Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl., § 22 WpHG Rn. 30; Veil in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 22 WpHG Rn. 37; Opitz in Schäfer/Hamann, Kapitalmarktgesetze, 2. Aufl., § 22 WpHG Rn. 90c).

- 14 b) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht angenommen, dass der Kläger und R. mit dem Ziel einer dauerhaften und erheblichen Änderung der unternehmerischen Ausrichtung der Beklagten zusammengewirkt haben.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen nicht erkennen, dass die vom Kläger und R. angestrebte Neuausrichtung auf den Bereich der erneuerbaren Energien eine bestehende unternehmerische Ausrichtung der Beklagten ändern sollte.

15 aa) Unternehmerische Ausrichtung ist die vom Vorstand aufgrund seiner Leitungsmacht bestimmte Unternehmenspolitik der Gesellschaft.

16 Der Begriff der unternehmerischen Ausrichtung ist gesetzlich nicht definiert. Die Gesetzesbegründung enthält keine Definition, sondern verweist nur beispielhaft auf die Zerschlagung des Unternehmens und eine die Gesellschaft lähmende Sonderdividende (Begr. RegE, BT-Drucks. 16/7438, S. 11) bzw. auf eine grundlegende Änderung des Geschäftsmodells oder eine Trennung von wesentlichen Geschäftsbereichen (Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 16/9821, S. 12).

17 Die unternehmerische Ausrichtung umfasst die grundlegenden Weichenstellungen, die das Unternehmen als Ganzes betreffen, wie das verfolgte Geschäftsmodell, die Ausrichtung der Geschäftsbereiche oder die Finanzierungsstruktur. Sie ist mit dem in der Satzung festgelegten Gegenstand des Unternehmens nicht gleichzusetzen, weil sie auch die Unternehmenspolitik, die Formulierung und Durchsetzung von Zielen und Maßnahmen, die das Unternehmen als Ganzes betreffen und das Unternehmensgeschehen für die Zukunft festlegen, einschließt. Die Festlegung der Unternehmenspolitik ist aufgrund seiner Leitungsfunktion grundsätzlich Sache des Vorstands der Aktiengesellschaft, § 76 Abs. 1 AktG. Bei der Unternehmensleitung und der Bestimmung der Geschäftspolitik ist der Vorstand an den satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand und etwaige Beschränkungen gebunden, die sich aus Zustimmungsvor-

behalten zugunsten des Aufsichtsrats oder Beschlusskompetenzen der Hauptversammlung ergeben. Die vom Vorstand in diesen Grenzen definierte Unternehmenspolitik ist als unternehmerische Ausrichtung der Gesellschaft iSv § 22 Abs. 2 Satz 2 Fall 2 WpHG aF zu verstehen (vgl. BaFin, Emittentenleitfaden, 2013, S. 121 unter VIII.2.5.8.1; Hoppe/Michel, BaFinJournal 04/10, S. 3, 4; v. Bülow in KK-WpHG, 2. Aufl., § 22 Rn. 221; Schürnbrand in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 8. Aufl., § 22 Rn. 28; MünchKommAktG/Bayer, 4. Aufl., § 22 WpHG Rn. 48; Becker in Just/Voß/Ritz/Becker, WpHG, § 22 Rn. 100; Opitz in Schäfer/Hamann, Kapitalmarktgesetz, 2. Aufl., § 22 WpHG Rn. 90a, 90k; Petersen in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., §§ 21-30 WpHG Rn. 55; Schilha in Bürgers/Körber, AktG, 4. Aufl., § 22 WpHG Rn. 17; Uwe H. Schneider in Assmann/Uwe H. Schneider, WpHG, 6. Aufl., § 22 Rn. 184; Schwark in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl., § 22 WpHG Rn. 28; Veil in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 22 WpHG Rn. 40; Zimmermann in Fuchs, WpHG, 2. Aufl., § 22 Rn. 95). Der Vorstand muss sich nach dem Überschreitungsverbot bei der Festlegung der Unternehmenspolitik zwar an die Satzungsbestimmung über den Unternehmensgegenstand halten, darf also keine Handlungen vornehmen, die mit dem in der Satzung festgelegten Gegenstand des Unternehmens nichts zu tun haben (Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 82 Rn. 9; Spindler in MünchKomm AktG, 4. Aufl., § 82 Rn. 34; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 82 Rn. 29; Grigoleit/Vedder, AktG, § 76 Rn. 9 f.). Das Überschreitungsverbot hindert den Vorstand jedoch nicht daran, tatsächlich eine nicht mehr vom satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand gedeckte unternehmerische Ausrichtung der Gesellschaft vorzubereiten oder vorzunehmen.

- 18 Da das Zusammenwirken in sonstiger Weise auf eine Änderung der unternehmerischen Ausrichtung des Emittenten zielen muss, wird die erstmalige Bestimmung der Unternehmenspolitik nicht erfasst. Änderung meint einen

Wechsel von einer bestehenden unternehmerischen Ausrichtung zu einer anderen. Abreden mit dem Ziel, eine bestehende unternehmerische Ausrichtung und damit die jeweils bestehende Unternehmenspolitik beizubehalten, sind ebenfalls keine Änderungen (vgl. nur Bericht Finanzausschuss BT-Drucks. 16/9821, S. 11; BaFin, Emittentenleitfaden, 2013, S. 121 unter VIII.2.5.8.1; v. Bülow in KK-WpHG, 2. Aufl., § 22 Rn. 224; Petersen in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., §§ 21-30 WpHG Rn. 55; Zimmermann, ZIP 2009, 57, 58; Gätsch/Schäfer, NZG 2008, 846, 850; Korff, AG 2008, 692, 693). Ein Zusammenwirken von Aktionären mit dem Ziel, die bestehende Unternehmenspolitik des Vorstands zu unterstützen, führt nicht zu einer Meldepflicht.

19 bb) Den Gründen des Berufungsurteils lässt sich nicht entnehmen, dass im Zeitpunkt des mit R. abgestimmten Einberufungsverlangens des Klägers am 5. März 2013 die von ihnen angestrebte Neuausrichtung der Beklagten auf den Bereich der erneuerbaren Energien eine zuvor bestehende Unternehmenspolitik ändern sollte. Das Berufungsgericht hat zu einer zu diesem Zeitpunkt bestehenden unternehmerischen Ausrichtung der Beklagten keine ausdrücklichen Feststellungen getroffen. Um zu ermitteln, ob und in welchem Umfang eine Änderung geplant ist, ist aber die bisherige unternehmerische Ausrichtung eines Emittenten mit der von den zusammenwirkenden Personen beabsichtigten unternehmerischen Ausrichtung zu vergleichen.

20 Aus den Ausführungen des Berufungsgerichts zu der vom Kläger unterstützten Neuausrichtung der Beklagten auf den Bereich der erneuerbaren Energien ergibt sich nicht, dass damit eine dauerhafte und erhebliche Änderung der Unternehmenspolitik bezweckt war.

21 (1) Eine Änderung der unternehmerischen Ausrichtung lag in der beabsichtigten Änderung des Unternehmensgegenstandes entgegen der Auffassung

des Berufungsgerichts nicht bereits deshalb, weil die vom Kläger und R. angestrebte unternehmerische Ausrichtung der Beklagten nicht mit dem alten satzungsgemäßen Unternehmensgegenstand übereinstimmte. Die unternehmerische Ausrichtung der Beklagten entsprach beim Beschluss, die Gesellschaft fortzusetzen, nicht mehr dem in der Satzung bestimmten Unternehmensgegenstand.

22 Satzungsmäßiger Unternehmensgegenstand der Beklagten war der Erwerb und die Verwaltung von Beteiligungen an anderen Unternehmen für eigene Rechnung zur Anlage des Gesellschaftsvermögens. Die vom Kläger und dem Vorstand R. gewollte Neuausrichtung der Beklagten auf erneuerbare Energien - sei es als reine Vertriebsplattform der Solarprodukte der Firma P. -T. GmbH, sei es bei der Übernahme der Geschäfte dieser Firma einschließlich des Vertriebs der Solarprodukte durch die Beklagte - wird von diesem satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand nicht erfasst.

23 Die unternehmerische Ausrichtung der Beklagten entsprach aber nicht mehr dem Unternehmensgegenstand der Satzung. Über das Vermögen der Beklagten war am 1. Mai 2005 das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Ein werbendes Unternehmen betrieb die Beklagte danach nicht mehr. Sie war mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst (§ 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG) und ihr Zweck war auf Verwertung ihres Vermögens und Verteilung des Erlöses gerichtet (§ 1 Satz 1 InsO). Die Beklagte hatte damit über die Abwicklung im Insolvenzverfahren hinaus keine unternehmerische Ausrichtung mehr. Sie konnte wie eine "leere Hülse" (vgl. BGH, Beschluss vom 7. Juli 2003 - II ZB 4/02, BGHZ 155, 318, 322 f.; Beschluss vom 18. Januar 2010 - II ZR 61/09, ZIP 2010, 621 Rn. 6) mit einem neuen Unternehmen ausgestattet werden und damit eine neue unternehmerische Ausrichtung erhalten.

24 Die unternehmerische Ausrichtung, die die Beklagte vor der Insolvenzeröffnung hatte, wurde mit der Wiederaufnahme der werbenden Tätigkeit nicht wieder aufgenommen. In der außerordentlichen Hauptversammlung der Beklagten vom 13. Mai 2011 wurde die Fortsetzung der Gesellschaft beschlossen (§ 274 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 AktG, § 258 InsO). Mit dem Fortsetzungsbeschluss wurde der Gesellschaftszweck von der Liquidation wieder auf eine werbende Tätigkeit gerichtet. Eine inhaltliche Ausrichtung der Unternehmenspolitik der Beklagten war mit dem Fortsetzungsbeschluss nicht verbunden. Der satzungsmäßige Unternehmensgegenstand der Beklagten wurde durch die Hauptversammlung zwar nicht geändert. Die Geschäftstätigkeit der Beklagten vor Insolvenzeröffnung sollte aber auch nicht unverändert wieder aufgenommen, sondern neu ausgerichtet werden. R. hat ausweislich des vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Protokolls der außerordentlichen Hauptversammlung vom 13. Mai 2011, auf der der Fortsetzungsbeschluss gefasst wurde, seine Pläne für Aktivitäten der Beklagten auf dem Gebiet der regenerativen Energien als deren neuen Geschäftszweck vorgestellt und eine Neuausrichtung der Beklagten in diesem Geschäftsbereich skizziert. Diese Neuausrichtung sollte drei Säulen beinhalten, nämlich den Kauf und Betrieb von (Solar-)Anlagen, Patente betreffend die Produktivität z.B. von Solaranlagen sowie betreffend Mikrochips zur Steuerung und Leistungsmessung einzelner Module und eine Kombination von Dachsanierungen mit der Montage von Solaranlagen. Diese drei künftigen Geschäftsbereiche der Beklagten hatte R. zudem bereits als Geschäftsführer und Gesellschafter der Firma P. -S. GmbH in einem an die Aktionäre der Beklagten gerichteten Schreiben vom 13. Mai 2011 unter der Überschrift "Konzeptvorstellung der M. AG nach Planinsolvenz" formuliert, wobei die Umsetzung danach durch beide Gesellschaften erfolgen sollte.

25 (2) Wenn der Vorstand R. seine in der Hauptversammlung am 13. Mai 2011 angekündigte Ausrichtung der Beklagten auf den Bereich der So-

laranlagen bzw. regenerativen Energien in der Folgezeit umgesetzt hat, liegt im Zusammenwirken des Klägers mit R. mit der vom Berufungsgericht festgestellten Zielsetzung, die Beklagte auf den Bereich der erneuerbaren Energien neu auszurichten, keine Änderung einer unternehmerischen Ausrichtung, sondern eine Unterstützung der bereits nach der Wiederaufnahme der werbenden Tätigkeit erfolgten Neuausrichtung der Geschäftstätigkeit. Die Unterstützung der bestehenden unternehmerischen Ausrichtung führt aber nicht zu einer Meldepflicht. Deshalb diente dann auch die von R. nach seiner Abberufung als Vorstand in seiner Rolle als Minderheitsaktionär am 7. Mai 2013 beantragte Ergänzung der Tagesordnung der außerordentlichen Hauptversammlung um u.a. die Änderung des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstands nur dazu, Unternehmensgegenstand und unternehmerische Ausrichtung wieder in Übereinstimmung zu bringen.

26 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Streit von R. vor seiner Abberufung als Vorstand mit dem Aufsichtsrat. Die Meinungsverschiedenheiten betrafen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht die Ausrichtung der unternehmerischen Tätigkeit auf das Gebiet der regenerativen Energien, sondern den Umfang sowie die Art und Weise der dem Vorstand obliegenden Vorbereitungshandlungen für die Tätigkeit der Beklagten auf diesem Geschäftsfeld. So monierte der Aufsichtsrat in der Aufsichtsratssitzung vom 17. September 2012, dass der Vorstand R. ohne Aufsichtsratsbeschluss als Geschäftsführer und Gesellschafter u.a. der P. -T. GmbH im Geschäftsfeld der Beklagten auf eigene Rechnung tätig sei. In der Aufsichtsratssitzung vom 18. Oktober 2012 fasste der Aufsichtsratsvorsitzende die Entwicklung und Lage der beklagten Gesellschaft seit der Hauptversammlung vom 13. Mai 2011 dahin zusammen, dass die Gesellschaft mit dem Ziel der Insolvenzeinstellung und der Geschäftstätigkeit auf dem Gebiet der Solarenergie saniert werden sollte. Für eine operative Betätigung auf dem Solar-Markt seien aber kaum Ak-

tivitäten festzustellen, bis auf einen gerade erfolgten Kontakt mit einem Unternehmen in K. , der aber noch keinerlei Ertrag erbracht habe.

27 Den bisher vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen lässt sich auch keine neuerliche Änderung der unternehmerischen Ausrichtung in der Folgezeit entnehmen. Das Berufungsgericht konnte nicht feststellen, dass der Geschäftszweck der Beklagten, wie diese meint, im Sinn der Festlegung eines neuen Unternehmensgegenstands auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen R. beschränkt worden sei. Zwar ist die unternehmerische Ausrichtung nicht mit dem satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand identisch. Ein Beschluss des Aufsichtsrats, Schadensersatzansprüche gegen ein Vorstandsmitglied geltend zu machen, führt aber zu keiner neuen oder besonderen unternehmerischen Ausrichtung einer Gesellschaft. Schadensersatzansprüche betreffen nicht die unternehmerische, werbende Tätigkeit der Gesellschaft und damit nicht die Unternehmenspolitik als die Formulierung und Durchsetzung von Zielen und Maßnahmen, die das Unternehmensgeschehen für die Zukunft in den wesentlichen Grundzügen festlegen.

28 (3) Auch wenn - was aufgrund der Feststellung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei bis zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht nicht operativ tätig geworden, und der entsprechenden Vorwürfe des Aufsichtsrats an R. nicht ausgeschlossen erscheint - es bei der Ankündigung einer Neuausrichtung in der Hauptversammlung der Beklagten vom 13. Mai 2011 verblieb, zielte das Zusammenwirken des Klägers mit R. zur Neuausrichtung auf dem Gebiet der regenerativen Energien nicht auf eine Änderung einer zuvor bestehenden unternehmerischen Ausrichtung. Die Neubestimmung der unternehmerischen Ausrichtung bei einer wirtschaftlichen Neugründung unter Verwendung des Mantels einer unternehmenslosen Gesellschaft entspricht der erstmaligen Bestimmung der unternehmerischen Ausrichtung bei der Gründung

der Gesellschaft. Die erstmalige Bestimmung der unternehmerischen Ausrichtung ist aber keine Änderung einer bestehenden unternehmerischen Ausrichtung. Wenn die Ankündigung auf der Hauptversammlung über die Neuausrichtung nicht umgesetzt wurde, die Unternehmenspolitik aber auch nicht anderweitig festgelegt wurde, zielte das Zusammenwirken des Klägers mit R. noch auf die erstmalige Neubestimmung der unternehmerischen Ausrichtung nach der wirtschaftlichen Neugründung.

29 III. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Auch wenn sich der Kläger und R. über die Ausübung von Stimmrechten verständigt haben sollten (§ 22 Abs. 2 Satz 2 Fall 1 WpHG aF), weil sie sich bezüglich der Abwahl des Aufsichtsratsvorsitzenden und der Wahl neuer Aufsichtsratsmitglieder verständigt haben, handelt es sich aber auf der Grundlage der bislang vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen jedenfalls um eine Vereinbarung in einem Einzelfall, bei der eine Stimmrechtszurechnung nicht stattfindet (§ 22 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 WpHG aF).

30 Die Absprache zwischen dem Kläger und R. war auf die einmalige gemeinsame Stimmrechtsausübung auf der Hauptversammlung gerichtet, um den damaligen Aufsichtsratsvorsitzenden abuberufen und weitere Vertreter in den unterbesetzten Aufsichtsrat zu wählen, um so eine Neuausrichtung der Beklagten erreichen zu können, auch wenn nach den bisherigen Feststellungen damit keine Änderung ihrer unternehmerischen Ausrichtung verbunden war. Diese Verhaltensabstimmung zwischen dem Kläger und R. umfasste somit neben ihrem koordinierten Stimmverhalten in der einzuberufenden Hauptversammlung jedenfalls auch eine weitreichende Zielvereinbarung im Hinblick auf die mittels der beabsichtigten vollständigen Neubesetzung des Aufsichtsrats

von beiden angestrebte geschäftliche Neuausrichtung der beklagten Emittentin. Das steht jedoch der Annahme eines privilegierten Einzelfalls nicht entgegen. Der Einzelfall nach § 22 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 WpHG aF ist formal zu bestimmen.

31 1. Die vom Bundesgerichtshof bislang offengelassene Frage (vgl. BGH, Urteil vom 18. September 2006 - II ZR 137/05, BGHZ 169, 98 Rn. 20 f. mwN - WMF, zu § 30 Abs. 2 WpÜG), wie der Begriff des Einzelfalls in § 22 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 WpHG aF zu bestimmen ist, wird in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beantwortet.

32 a) Teilweise wird in Rechtsprechung und Schrifttum das Vorliegen der Einzelfallausnahme formal, d.h. bezogen auf die Häufigkeit des Abstimmungsverhaltens, bestimmt. Nach diesem formalen Verständnis sind als Einzelfall daher alle Abstimmungen zu verstehen, deren Umsetzung nur eine einmalige Handlung der Aktionäre erfordert (OLG Stuttgart, ZIP 2004, 2232, 2236 f.; v. Bülow in KK-WpHG, 2. Aufl., § 22 Rn. 228 f.; v. Bülow/Stephanblome, ZIP 2008, 1797, 1799; v. Bülow in Veil, Übernahmerecht in Praxis und Wissenschaft, 2009, S. 137, 144; Opitz in Schäfer/Hamann, Kapitalmarktgesetze, 2. Aufl., § 22 WpHG Rn. 91a; Petersen in Spindler/Stilz, AktG, §§ 21-30 WpHG Rn. 57; Wehowsky in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 22 WpHG Rn. 26; Zimmermann in Fuchs, WpHG, 2. Aufl., § 22 Rn. 103; Süßmann in Assmann/Schütze, Hdb KapitalanlageR, 4. Aufl., § 14 Rn. 34 f.; Düchting, Acting in Concert, 2009, S. 256; Kocher, Der Konzern 2010, 162, 166; Zimmermann, ZIP 2009, 57, 58 f.; Pluskat, DB 2009, 383, 385 f.; Schockenhoff/Wagner, NZG 2008, 361, 364; Gätsch/Schäfer, NZG 2008, 846, 850; Drinkuth, ZIP 2008, 676, 679; Diekmann, DStR 2007, 445, 447; Gesell in FS Maier-Reimer, S. 123, 136 ff.; Kocher, BB 2006, 2436; Saenger/Kessler, ZIP 2006, 837, 839 ff.; Schumann/Schockenhoff, ZGR 2005, 568, 588 f.;

Liebscher, ZIP 2002, 1005, 1008; zu § 30 Abs. 2 Satz 2 WpÜG: OLG Frankfurt am Main, ZIP 2004, 1309, 1314; LG Hamburg, ZIP 2007, 427, 429; v. Bülow in KK-WpÜG, 2. Aufl., § 30 Rn. 234 ff.; Diekmann in Baums/Thoma, WpÜG, 12. Lfg., § 30 Rn. 75 f., 80; Noack/Zetzsche in Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl., § 30 WpÜG Rn. 46; Steinmeyer in Steinmeyer, WpÜG, 3. Aufl., § 30 Rn. 60; Süßmann in Angerer/Geibel/Süßmann, WpÜG, 3. Aufl., § 30 Rn. 32; Drinkuth in Marsch-Barner/Schäfer, Hdb börsennotierte AG, 4. Aufl., Rn. 60.211; Rothenfußer in Paschos/Fleischer, Hdb ÜbernahmeR, 2017, § 11 Rn. 342; v. Bülow, FS Uwe H. Schneider, 2011, S. 141, 150 f.; Krause in FS Uwe H. Schneider, 2011, S. 669, 697 ff.; Kuth/Brockhaus, DB 2005, 1266; Lange, ZBB 2004, 22, 27; v. Bülow/Bücker, ZGR 2004, 669, 700, 714; Seibt, ZIP 2004, 1829, 1833; Weiler/Meyer, NZG 2003, 909, 910; Casper, ZIP 2003, 1469, 1476). Danach liegt eine die Stimmrechtszurechnung ausschließende Vereinbarung in einem Einzelfall gemäß § 22 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 WpHG aF auch dann vor, wenn das abgestimmte Verhalten des Meldepflichtigen und des Dritten über die gemeinsame Ausübung von Stimmrechten für den Emittenten nachhaltige oder dauerhafte unternehmenspolitische Folgen nach sich ziehen würde.

- 33 b) Nach anderer, eine materiellrechtliche Betrachtungsweise vornehmenden Ansicht liegt ein Einzelfall iSd § 22 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 WpHG aF dann nicht mehr vor, wenn bereits einer einzelnen Maßnahme ein besonderes qualitatives Gewicht zukommt oder mit ihr zusätzlich eine weitreichende Zielvereinbarung verbunden ist. Nach diesem materiellen Verständnis sind für die Bestimmung der Einzelfallausnahme die unternehmenspolitischen Folgen der Verhaltensabstimmung maßgeblich (BaFin, Emittentenleitfaden, 2013, VIII.2.5.8.2 [S. 122]; Hoppe/Michel, BaFinJournal 4/2010, 3, 4 f.; MünchKomm AktG/Bayer, 4. Aufl., § 22 WpHG Rn. 49; Becker in J/V/R/B, WpHG, § 22 Rn. 104; Uwe H. Schneider in Assmann/Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 22

Rn. 191b; Schürnbrand in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 8. Aufl., § 22 WpHG Rn. 30; Schwark in Schwark/Zimmer, WpHG, 4. Aufl., § 22 Rn. 24 f.; Veil in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 22 Rn. 36 f.; zu § 30 Abs. 2 Satz 2 WpÜG: OLG München, ZIP 2005, 856, 857; Uwe H. Schneider in Assmann/Pötzsch/Uwe H. Schneider, WpÜG, 2. Aufl., § 30 Rn. 201; Schüppen/Walz in Frankfurter Kommentar zum WpÜG, 3. Aufl., § 30 Rn. 80; Oechsler in Ehricke/Ekkenga/Oechsler, WpÜG, 2003, § 30 Rn. 24; Schäfer in Marsch-Barner/Schäfer, Hdb börsennotierte AG, 4. Aufl., Rn. 18.39; Anders/Filgut, ZIP 2010, 1115 ff.; Fleischer, ZGR 2008, 185, 202 f.; Hamann, ZIP 2007, 1088, 1094 [im Ergebnis]; Borges, ZIP 2007, 357, 363 f.; Wackerbarth, ZIP 2007, 2340, 2344; Halász/Kloster, WM 2006, 2152, 2155 f.; Saenger/Kessler, ZIP 2006, 837, 840; Casper/Bracht, NZG 2005, 839 f.; Diekmann in VGR Gesellschaftsrecht 2005, S. 69, 84; Louven, BB 2005, 1414, 1415; Strunk/Linke in Veil/Drinkuth, Reformbedarf und Übernahmerecht, 2005, S. 3, 21; Seibt, ZIP 2004, 1829, 1833). Danach liegt ein privilegierter Einzelfall gemäß § 22 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 WpHG aF bereits dann nicht mehr vor, wenn das abgestimmte Verhalten des Meldepflichtigen und des Dritten über die gemeinsame einmalige Ausübung von Stimmrechten für den Emittenten nachhaltige oder dauerhafte unternehmenspolitische Folgen nach sich ziehen würde.

34 2. Der Senat schließt sich der erstgenannten Auffassung an, wonach das Vorliegen eines Einzelfalls formal zu bestimmen ist.

35 Für eine solche formale Bestimmung des Einzelfalls spricht nicht nur der Wortlaut der Norm, sondern auch der Aspekt der Rechtssicherheit. Würde man die Vereinbarung zu einer einzelnen Abstimmung bereits für ausreichend erachten, sofern diese Abstimmung nur eine hinreichend nachhaltige Wirkung in der Zukunft zeitigt, so wäre unsicher, welchen Abstimmungsgegenständen eine

derart hinreichende Bedeutung beizumessen wäre (BGH, Urteil vom 18. September 2006 - II ZR 137/05, BGHZ 169, 98 Rn. 20 f. mwN - WMF, zu § 30 Abs. 2 WpÜG).

36 Weiterhin entspricht eine weite Auslegung des Einzelfalls dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Mit den Mitteilungspflichten nach den §§ 21 ff. WpHG aF soll die Funktionsfähigkeit des deutschen Finanzmarkts gestärkt und dazu für die Anleger Transparenz über die wesentliche Eigentümerstruktur der börsennotierten Gesellschaft (Begr. RegE, BT-Drucks. 12/6679, S. 1, 33) und die sonstigen Einwirkungsmöglichkeiten geschaffen werden (BGH, Urteil vom 19. Juli 2011 - II ZR 246/09, BGHZ 190, 291 Rn. 32). Nach Sinn und Zweck des § 22 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 WpHG aF sind deshalb solche Vereinbarungen von einer Stimmrechtszurechnung auszunehmen, denen es an einer Kontinuität des abgestimmten Verhaltens fehlt. Es sollen nicht stetig wechselnde Mehrheiten zugerechnet und gemeldet werden, sondern nur ein solches abgestimmtes Verhalten, das - ähnlich wie die Zurechnungstatbestände des § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 6 WpHG aF - auf eine gewisse Beständigkeit ausgerichtet ist. Dem trägt eine allein auf die möglichen Auswirkungen einer einzelnen Maßnahme abstellende materielle Betrachtungsweise nicht ausreichend Rechnung, auch wenn bei einem solchen Ansatz Darlegungs- und Beweisschwierigkeiten im Hinblick auf den eigentlichen Gegenstand der Absprache, nämlich etwaige im Einzelnen zukünftig geplanten Stimmrechtsausübungen und sonstigen Handlungen zur Einflussnahme auf die unternehmerische Ausrichtung, vermieden werden könnten.

37 Ebenfalls für ein formales Verständnis der Einzelfallausnahme in § 22 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 WpHG aF spricht die Gesetzessystematik. In den §§ 21 ff. WpHG aF wird nicht nach der materiellen Bedeutung der Stimmrechtsmacht differenziert. Ein solches Unterscheidungsmerkmal ist der kapital-

marktrechtlichen Beteiligungstransparenz fremd (vgl. Zimmermann in Fuchs, WpHG, 2. Aufl., § 22 Rn. 103). Folgerichtig ist es auch nicht Voraussetzung für eine Stimmrechtszurechnung nach § 22 Abs. 1 Satz 1 WpHG aF, dass mit dem zuzurechnenden Stimmanteil tatsächlich materiell spürbarer Einfluss ausgeübt wird. Nichts anderes gilt für § 22 Abs. 2 Satz 2 Fall 2 WpHG aF, der lediglich an die Zielrichtung der Verhaltenskoordination anknüpft; das Zusammenwirken muss nicht tatsächlich zu einer dauerhaften und erheblichen Änderung der unternehmerischen Ausrichtung führen.

38 Des Weiteren hätte bei einer materiellen Auslegung die Einzelfallausnahme in § 22 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 WpHG aF bei einer sonstigen Einflussnahme auf die unternehmerische Ausrichtung eines Emittenten keinen Anwendungsbereich mehr, weil diese stets die Absicht einer dauerhaften und erheblichen Änderung voraussetzt.

39 Gegen eine den Wortlaut einschränkende Auslegung der Einzelfallausnahme des § 22 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 WpHG aF spricht schließlich das aus Art. 103 Abs. 2 GG folgende Bestimmtheitserfordernis, das gemäß § 3 OWiG auch für Ordnungswidrigkeiten wie die Verletzung von Mitteilungspflichten aus § 21 Abs. 1 Satz 1 und 2 WpHG aF gilt (vgl. BGH, Urteil vom 19. Juli 2011 - II ZR 246/09, BGHZ 190, 291 Rn. 33 mwN). Denn mit jeder Einschränkung der Einzelfallausnahme in § 22 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 WpHG aF für die Zurechnung von Stimmrechten ist zugleich eine entsprechende Ausweitung der Mitteilungspflichten verbunden.

40

IV. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Soweit das Berufungsgericht keine weitergehenden Feststellungen zu einer von dem Kläger und R. bezweckten Änderung der unternehmerischen Ausrichtung der Beklagten zu treffen vermag, wird es sich nunmehr davon zu überzeugen haben, ob der Kläger zur Hauptversammlung nicht zugelassen wurde.

Drescher

Wöstmann

Born

Bernau

V. Sander

Vorinstanzen:

LG Stuttgart, Entscheidung vom 29.04.2016 - 31 O 7/14 KfH -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 17.05.2017 - 20 U 1/16 -