

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER
RECHTSANWÄLTE

POPPELSDORFER ALLEE 114 · 53115 BONN

Vorab per Telefax
Bundesministerium der Justiz
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

Telefax-Nr.: (9 0000 0) 030/ 18 580-9525
Anzahl der Seiten: 17

PROF. DR. HEINZ MEILICKE bis 1997
Rechtsanwalt · Steuerberater

DR. WIENAND MEILICKE
Licencié en droit français, LL.M. taxation (N.Y.U.)
Rechtsanwalt · Fachanwalt für Steuerrecht
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

DR. JÜRGEN HOFFMANN
Rechtsanwalt · Fachanwalt für Steuerrecht · vBP
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

DR. THOMAS HEIDEL
Rechtsanwalt · Fachanwalt für Steuerrecht
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

HERBERT KRUMSCHEID
Rechtsanwalt · Fachanwalt für Versicherungsrecht

DR. IRINI AHOUZARIDI
Rechtsanwältin · Fachanwältin für Arbeitsrecht · Mediatorin
Δικηγόρος Αρείου Πάγου · auch zugel. beim Areopag (Athen)

DR. WOLFGANG WALCHNER
Rechtsanwalt · Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz

DR. STEFANIE DECKERS
D.E.S.S. (Université de Bourgogne) · Rechtsanwältin
Fachanwältin für Handels- und Gesellschaftsrecht

DR. DANIEL LOCHNER
Rechtsanwalt

DR. Gerd KRÄMER
Rechtsanwalt · Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

DR. DIETER E. RABBACK
Rechtsanwalt · Fachanwalt für Steuerrecht · Steuerberater

JAN KLEINERTZ
Rechtsanwalt

DR. MATTHIAS SCHATZ
LL.M. (Harvard) · Rechtsanwalt · Attorney-at-Law (New York)

HARTWIG OESTERLE
Rechtsanwalt

15. Januar 2013

Reg.Nr.: aufsatz/bundesmin150113

Telefon: (0228) 72 543 - 22/23

Telefax: (0228) 72 543 - 20

lochner@meilicke-hoffmann.de

Änderungen im Umwandlungsrecht und Folgeänderungen anlässlich der Aktienrechtsnovelle 2012

Sehr geehrter Herr Dr. Weis,
sehr geehrter Herr Dr. Neye,

mit Schreiben vom 30. November 2012, Az. III A 1 - 3501/24, hat das Bundesministerium der Justiz die am Gesellschaftsrecht interessierten Verbände allgemein dazu aufgerufen zu einem Vorschlag des Vorsitzenden des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins (im Folgenden auch „Regelungsvorschlag“) Stellung zu nehmen, der einige grundlegende Änderungen im Umwandlungsgesetz und weiteren gesellschaftsrechtlichen Gesetzen zum Gegenstand hat. Einer der zentralen Gegenstände dieses Regelungsvorschlages ist es, zur Beschleunigung aller Spruchverfahren künftig die Entscheidungen durch das Oberlandesgericht als erste und einzige Instanz vorzusehen.

Zumal unsere Kanzlei sowohl Aktiengesellschaften als auch Groß- und Minderheitsaktionäre vertritt und seit vielen Jahren in aktienrechtlichen Spruchverfahren tätig ist, greifen wir Ihren Aufruf gerne auf, um unsere Sichtweise zu dem Regelungsvorschlag dazulegen. Da der Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins mit Kollegen besetzt ist, die in ihrer Berufspraxis praktisch ausschließlich Gesellschaftsinteressen vertreten, was sich auch im Regelungsvorschlag widerspiegelt, denken wir aufgrund unserer Erfahrung auch in der Vertretung von Anlegern einen Beitrag leisten zu können, damit sich für den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages ein ausgewogenes Gesamtbild bietet. Inhaltlich beschränken wir unsere Stellungnahme auf die vorgeschlagene Verkürzung des Rechtsschutzes im Spruchverfahren durch Abschaffung des Instanzenzuges.

Das mit dem Regelungsvorschlag erklärtermaßen verfolgte Ziel, die Dauer von Spruchverfahren zu verkürzen, ist grundsätzlich sehr zu befürworten. Denn das Gebot effektiven Rechtsschutzes verlangt im Interesse der Rechtssuchenden die Durchführung von Gerichtsverfahren innerhalb angemessener Zeit. Es hieße jedoch das „Kind mit dem Bade auszuschütten“ und wäre daher der falsche Ansatz, wenn dieses Ziel einer Effizienzsteigerung und damit Verbesserung des Rechtsschutzes im Spruchverfahren ausgerechnet durch die Abschaffung von Rechtsmitteln verwirklicht werden soll, d.h. indem man mit den Rechtsschutzsuchenden „kurzen Prozess“ macht. Vor dem Hintergrund der Rechtsentwicklung der letzten Jahre, die Kapitalanleger durch einen erheblichen Rückbau des Rechtsschutzes im Anfechtungsprozess immer mehr auf ein „dulde und liquidiere“ verweist, ist es nicht gerechtfertigt nun auch den Rechtsschutz im Spruchverfahren zurückzuführen. Das im Regelungsvorschlag als Regelungsvorbild für die vorgeschlagene eininstanzliche Ausgestaltung herangezogene Freigabeverfahren bietet schon wegen seines Charakters als Eilverfahren keine geeignete Orientierung. Überdies ist auch nicht plausibel zu begründen, warum die Verlagerung der Eingangsinstanz auf das Oberlandesgericht - neben einer absehbar massiven Mehrbelastung der Oberlandesgerichte - zu einer Verfahrensverkürzung beitragen sollte. Dies gilt umso mehr, da in der jüngeren Praxis vermehrt zu beobachten ist, dass gerade die Landgerichte die Verfahrensdauer ganz erheblich durch einen zunehmend effizienten Gebrauch ihrer Verfahrensleitungsbefugnisse verkürzen.

Im Einzelnen:

A. Inhalt und Auswirkungen des Regelungsvorschlags

I. Inhalt des Regelungsvorschlags

Der Regelungsvorschlag sieht vor, die Zuständigkeit für die Durchführung des Spruchverfahrens den Oberlandesgerichten zuzuweisen (§ 11 Abs. 1 SpruchG n.F.) und deren Beschluss für unanfechtbar zu erklären (§ 11 Abs. 2 S. 2 SpruchG n.F.). § 12 SpruchG, der in der gegenwärtigen Fassung die Beschwerde gegen die Entscheidung der ersten Instanz regelt, soll dementsprechend ersatzlos gestrichen werden.

II. Auswirkungen

1. Geltung für sämtliche Spruchverfahren

Die vorgeschlagene Änderung des Spruchverfahrensgesetzes würde für sämtliche Spruchverfahren gelten und geht daher über den im Regelungsvorschlag benannten Regulationsanlass, eine alternative Form der Nachbesserung bei der Verschmelzung zu ermöglichen, deutlich hinaus.

2. Abschaffung auch der Rechtsbeschwerde?

Nach der gegenwärtigen, seit Einführung des FamFG im Jahre 2009 geltenden Rechtslage, kann das Beschwerdegericht nach § 70 Abs. 1 FamFG die Rechtsbeschwerde zum BGH zulassen. In diesem Fall besteht der Rechtsweg im Spruchverfahren also aus *drei* Instanzen. Eine Nichtzulassungsbeschwerde existiert anders als nach § 544 ZPO allerdings nicht. Für Altverfahren vor Einführung des FamFG besteht die Möglichkeit der weiteren Beschwerde und der Divergenzvorlage nach § 12 Abs. 2 S. 2 SpruchG a.F. i.V.m. § 28 Abs. 2 und 3 FGG fort (vgl. Drescher, in: Spindler/Stilz, AktG, § 12 SpruchG Rn. 22).

Ob mit dem Regelungsvorschlag auch die Abschaffung der Rechtsbeschwerde angestrebt ist, wird in der Begründung nicht ausdrücklich angesprochen. Auf den ersten Blick scheint die vorgeschlagene Neuregelung nicht zwingend auf die Abschaffung der Rechtsbeschwerde hinauszulaufen. Denn nach § 70 Abs. 1 FamFG kann nicht nur das „Beschwer-

degericht“, sondern auch das in erster Instanz tätige Oberlandesgericht die Rechtsbeschwerde zulassen.

Ungeachtet dessen dürfte der Gesetzgebungsvorschlag jedoch gerade auch auf die Abschaffung der Rechtsbeschwerdemöglichkeit zielen. Dafür spricht die ausdrückliche Rede von einem „eininstanzlichen“ Verfahren und die Betonung der Parallele zum Freigabeverfahren nach § 246a AktG. Denn für das Freigabeverfahren ist anerkannt, dass die auch dort grundsätzlich nach § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO in Betracht kommende Rechtsbeschwerde durch § 246a Abs. 3 S. 4 AktG ausgeschlossen ist, der den Beschluss des OLG für „unanfechtbar“ erklärt (vgl. Hüffer, AktG, § 246a Rn. 26; Heidel in: Heidel, Aktienrecht, § 246a AktG, Rn 11, 27; Dörr, in: Spindler/Stilz, AktG, § 246a Rn. 35). Eine gleichlautende Regelung soll nach dem Regelungsvorschlag auch in § 11 Abs. 2 S. 2 SpruchG n.F. aufgenommen werden. Dies könnte daher ebenso wie im Rahmen von § 246a Abs. 3 S. 4 AktG als Ausschluss der Rechtsbeschwerde ausgelegt werden.

Ohne dies ausdrücklich anzusprechen, zielt der Regelungsvorschlag also offenbar nicht nur auf die Abschaffung der Beschwerde, sondern auch auf die Abschaffung der Rechtsbeschwerde, die der Gesetzgeber erst durch die Einführung des FamFG im Jahre 2009 für das Spruchverfahren eröffnet hat.

B. Begründung der Verkürzung des Rechtsschutzes im Spruchverfahren auf eine Instanz

Die Begründung des Regelungsvorschlags für die angestrebte Rechtsschutzverkürzung beschränkt sich auf die pauschale Feststellung, dass Spruchverfahren unzumutbar lang seien und dass die Dauer „erheblich verkürzt werden [könne], wenn sich der Gesetzgeber entschließt, das Verfahren auf eine Instanz zu beschränken und dem OLG zuzuweisen“. Aufsetzend auf diesem Befund einer unzumutbaren Verfahrenslänge zieht der Regelungsvorschlag eine Parallele zum Freigabeverfahren und führt aus, sei es „dringend geboten, auch für das Spruchverfahren ein eininstanzliches Verfahren vorzusehen“. Näher erläutert wird dieser Aspekt aber nicht.

C. **Vorgeschlagene Rechtsschutzverkürzung nicht empfehlenswert**

Zur Beurteilung der Sachfrage, ob dem Vorschlag einer Verkürzung des Rechtsschutzes im Spruchverfahren zugestimmt werden kann, ist zunächst das zentrale Regelungsanliegen des SpruchG - der Vermögensschutz außenstehender Aktionäre bei Eingriffen in ihr Aktieneigentum - in Erinnerung zu rufen (I). Dies ist vor allem deswegen angezeigt, weil die Begründung des vorgelegten Regelungsvorschlags einseitig die Perspektive des zum Ausgleich, zur Abfindung oder Zuzahlung verpflichteten Unternehmens einnimmt. Im Anschluss daran wird auf die Details des im Regelungsvorschlag verfolgten Begründungsansatzes einzugehen sein (II).

I. **Regelungszweck des Spruchverfahrens**

1. **Gewährleistung vermögensrechtlichen Aktionärsschutzes**

AktG und UmwG erlauben mit Recht die Durchführung zahlreicher Strukturmaßnahmen auch gegen den Willen außenstehender Aktionäre, obgleich diese Maßnahmen wertmindernd in deren Aktieneigentum eingreifen oder dieses sogar ganz entziehen. Das Gesetz räumt den Aktionären insoweit Abfindungs-, Ausgleichs- und Zuzahlungsansprüche ein, deren Angemessenheit als Kompensation für die erlittene Beeinträchtigung im Spruchverfahren überprüft wird.

Das Spruchverfahren bildet damit einen wichtigen Teil des Rechtsschutzes, den Art. 14 Abs. 1 GG erfordert, wenn das Gesetz es der Mehrheit erlaubt, in das Aktieneigentum der Minderheit einzugreifen (vgl. etwa Riegger, in: Kölner Kommentar zum SpruchG, Einleitung Rn. 2). Denn nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG schützt Art. 14 Abs. 1 GG das in der Aktie verkörperte Anteilseigentum, das sowohl die mitgliedschaftliche Stellung des Aktionärs in der Gesellschaft als auch vermögensrechtliche Ansprüche vermittelt (vgl. BVerfGE 14, 263, 276; 25, 371, 407; 50, 290, 339; 100, 289, 301 f.). Verliert der außenstehende Aktionär diese mitgliedschaftliche Stellung oder wird er hierin durch eine Strukturmaßnahme in relevantem Maße eingeschränkt, muss er für den Verlust seiner Rechtsposition und die Beeinträchtigung seiner vermögensrechtlichen Stellung wirtschaftlich voll entschädigt werden (vgl. BVerfGE 100, 289, 304 f.). Dabei hat die Entschädigung den "wirklichen" oder "wahren" Wert des Anteilseigentums widerzuspiegeln (vgl. BVerfGE 100,

289, 306). Zudem folgt aus Art. 14 Abs. 1 GG, dass die grundrechtlich geschützte Aktionärsstellung auch verfahrensrechtlich abgesichert werden muss. Dies bedeutet, dass eine Abfindungs- und Ausgleichsregelung gerichtlich überprüfbar sein muss (vgl. BVerfGE 100, 289, 304; BVerfGK 1, 265; 269; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 23. August 2000 - 1 BvR 68/95, 1 BvR 147/97 -, NJW 2001, S. 279, 281; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 30. Mai 2007 - 1 BvR 390/04 -, NJW 2007, S. 3268, 3270 Rn. 20). Diese Grundsätze, die ursprünglich für die Fallgestaltungen eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages sowie einer Eingliederung entwickelt worden sind, hat das BVerfG auch auf den Squeeze-out sowie auf Fälle der Verschmelzung durch Aufnahme übertragen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 26. April 2011 - 1 BvR 2658/10 -, NJW 2011, S. 2497, 2498 Rn. 22; BVerfG, Beschluss vom 24. Mai 2012 - 1 BvR 3221/10 -, NJW 2012, 3020).

2. Einseitige Betonung der Interessen des Kompensationsschuldners durch den Regelungsvorschlag

Obwohl das Spruchverfahren wie aufgezeigt der Gewährleistung einer vollen Entschädigung außenstehender Aktionäre dient, berücksichtigt die Begründung des Regelungsvorschlags durchgehend nur die Perspektive des Kompensationsschuldners. Dies ist bereits bedenklich, soweit es lediglich um die Einführung einer alternativen Form der Nachbesserung nach § 15 UmwG geht, weil auch insofern die damit ggfs. einhergehenden Eingriffe in die Interessen der außenstehenden Aktionäre nicht ausgeblendet werden dürfen. Soweit dieses Regelungsziel aber zum Anlass genommen wird, Gesetzesänderungen einzuführen, die ganz allgemein auf eine Verkürzung des Rechtsschutzes im Spruchverfahren hinauslaufen, liegt darin eine nicht mehr akzeptable Verengung der Perspektive. Im Einzelnen:

a. Zur Bedeutung der *inter omnes*-Wirkung

Als Grund dafür, dass schon „vergleichsweise kleine Korrekturen des Umtauschverhältnisses [...] große Zahlungspflichten der übernehmenden Gesellschaft zur Folge haben“ können, verweist der Regelungsvorschlag auf die *inter omnes*-Wirkung nach § 13 SpruchG. Dieser Verweis auf die bloße Regelungstechnik des § 13 SpruchG verdeckt jedoch den Blick auf die wirtschaftlichen Hintergründe großer Nachzahlungspflichten:

Der eigentliche Grund dafür, dass vergleichsweise kleine Korrekturen des Umtauschverhältnisses zu großen Zahlungspflichten der übernehmenden Gesellschaft führen können, liegt schlicht darin, dass zuvor in eine große Vielzahl von Rechten eingegriffen wurde, die als Multiplikator wirken. Denn die fehlerhafte Festlegung des Umtauschverhältnisses vor der Korrektur hat zu einem entsprechend großen Vermögenstransfer zu Lasten einer Vielzahl von Aktionären der übertragenden Gesellschaft geführt. Vergleichbares gilt für alle Strukturmaßnahmen, an die sich Spruchverfahren anschließen können: Stets korrespondiert der im Spruchverfahren festgelegte Umfang der zu leistenden Kompensation mit dem Umfang des Vermögenstransfers, der zuvor zu Lasten der außenstehenden Aktionäre stattgefunden hat, d.h. in deren Anteilseigentum durch die Strukturmaßnahme eingegriffen worden ist.

Die *inter omnes*-Wirkung des Spruchverfahrens ist lediglich die gesetzestechnische Umsetzung dieser Einsicht, die im Übrigen alternativlos ist (vgl. etwa Drescher, in: Spindler/Stilz, AktG, § 1 SpruchG Rn. 2; Riegger, in: Kölner Kommentar zum SpruchG, Einl. Rn. 2). Denn jede alternative Gestaltung hätte eine teilweise Kompensationslosigkeit des erzwungenen Vermögenstransfers zur Folge, was nicht mit Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar wäre.

b. Zur Bedeutung der überlangen Verfahrensdauer

Auch die Verfahrensdauer betrachtet der Regelungsvorschlag allein aus Perspektive des Kompensationsschuldners. Belastungen bringt die überlange Dauer von Spruchverfahren aber nicht nur für den Kompensationsschuldner mit sich, sondern primär für die in ihrem Aktieneigentum von der Konzernierungsmaßnahme betroffenen außenstehenden Aktionäre.

Die Beeinträchtigungen sind zum einen vermögensrechtlicher Art, weil die außenstehenden Aktionäre im Falle einer zu niedrigen Festsetzung bis zum Abschluss des Spruchverfahrens auf die ihnen von Verfassungswegen zustehende volle Entschädigung für den Eigentumseingriff warten müssen. Während dieser Zeit sind sie an einer anderweitigen Anlage ihres Kapitals gehindert und tragen zudem das Insolvenzrisiko des Kompensationsschuldners (vgl. aus der Praxis z.B. den Fall der Edscha AG, bei dem das Übernah-

mevehikel während des Spruchverfahrens Insolvenz anmeldete, Beschluss des LG Düsseldorf vom 11.01.2012, Az. 33 O 137/07, abrufbar über juris). Die Beeinträchtigungen der außenstehenden Aktionäre sind zum anderen auch immaterieller Natur, was sich etwa darin niederschlägt, dass die Bundesrepublik Deutschland zugunsten von betroffenen außenstehenden Aktionären wegen der überlangen Dauer von Spruchverfahren zur Zahlung von immateriellem Schadensersatz verurteilt worden ist (vgl. EGMR vom 20. Februar 2003, Az. 44324/98 - Kind./.Deutschland). Vergleichbare Ansprüche können sich heute auch aus dem zwischenzeitlich in Kraft getretenen § 198 GVG ergeben.

c. Zur Bedeutung der Verzinsung

Soweit die Begründung des Regelungsvorschlags auf die angeblich „hohe“ Verzinsung nach § 15 Abs. 2 UmwG hinweist, ist dieses Argument nicht nur der Sache nach unbegründet; es steht auch im Wertungswiderspruch zu den Feststellungen des Gesetzgebers des ARUG.

Entgegen dem durch den Regelungsvorschlag nahegelegten Eindruck wird der Kompensationsschuldner durch diese Vorschrift keineswegs einseitig belastet. Denn durch die Verzinsung wird lediglich ausgeglichen, dass ihm für die Dauer des Spruchverfahrens die Vorteile aus dem zu seinen Gunsten erfolgten Vermögenstransfer verbleiben, den er für eine von ihm zu niedrig angebotene Kompensation erlangt hat.

Die Verzinsung ist auch nicht etwa unangemessen hoch. Mit der Rüge einer (zu) hohen Verzinsung begibt sich der Regelungsvorschlag zu Unrecht in Widerspruch zu den Wertungen des Gesetzgebers des ARUG. Denn der Gesetzgeber hat den Zinssatz erst mit Wirkung zum 1. September 2009 von 2 auf 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz erhöht und ihn damit an den Zinssatz für Verzugs- und Prozesszinsen angeglichen (vgl. § 288 Abs. 1 S. 2, 291 BGB). Für vor diesem Zeitpunkt liegende Zeiträume gilt der alte Zinssatz nach wie vor fort (vgl. § 321 Abs. 1 UmwG). Hintergrund der Erhöhung war die zutreffende Erkenntnis des Gesetzgebers, dass ein zu niedrig angesetzter Zinssatz wegen des daraus resultierenden Finanzierungsvorteils für den Kompensationsschuldner einen Anreiz zur Verfahrensverzögerung auf Kosten der Kompensationsgläubiger bietet (vgl. BegrRegE ARUG BT-Drs. 16/11642 S. 42 f., 44) - an der Richtigkeit dieser Feststellungen des Gesetzgebers hat sich bis heute nichts geändert.

II. Ansatz des Regelungsvorschlags

Die im Regelungsvorschlag vorgesehene Abschaffung des Instanzenzuges im Spruchverfahren lässt sich unter keinem Gesichtspunkt rechtfertigen.

1. Argumentation in Bezug auf die Dauer von Spruchverfahren nicht überzeugend

a. Falscher Ansatz der verfolgten Problemlösungsstrategie

Die im Regelungsvorschlag verfolgte Problemlösungsstrategie ist ganz grundsätzlich verfehlt:

Zwar ist die unangemessene Dauer von Gerichtsverfahren in der Tat ein Missstand: Sowohl die Vorgaben des Grundgesetzes über die Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG) als auch die Verpflichtungen, die die Bundesrepublik Deutschland aus Art. 6 Abs. 1 EMRK treffen, gebieten die Durchführung von Gerichtsverfahren innerhalb eines angemessenen Zeitraums.

Es ist jedoch in sich widersprüchlich, wenn ausgerechnet diese Vorgaben des Gebots effektiven Rechtsschutzes, die den Rechtsschutzsuchenden, d.h. hier die Antragsteller des Spruchverfahrens, schützen sollen, zur Rechtfertigung der *Abschaffung* von Rechtsschutz - das Abschneiden des Instanzenzuges - zu Lasten der Rechtsschutzsuchenden herangezogen werden. Zwar mag der Instanzenzug durch die Gewährleistungen des Grundgesetzes nicht zwingend vorgegeben sein. Gleichwohl ist das geltende System der zivilrechtlichen Rechtsschutzverwirklichung in Deutschland aus guten Gründen durch mehrinstanzliche Verfahrenszüge geprägt. Die Möglichkeit einer Rechts- und (zumindest eingeschränkten) Tatsachenkontrolle durch eine zweite Instanz sorgt ganz allgemein für eine höhere Richtigkeitsgewähr der getroffenen Entscheidungen, die grundsätzlich zusätzlich mögliche Rechtskontrolle durch eine bundesweit zuständige dritte Instanz sorgt für die gebotene Rechtseinheit.

Es besteht kein Anlass, für das Spruchverfahren von diesen systematischen Grundentscheidungen des deutschen Verfahrensrechts abzuweichen, zumal dieses Verfahren dazu dient, eine von Verfassungswegen geschuldete volle Entschädigung für einen Eigentumseingriff zu gewährleisten. Bedenkt man, dass die Rechtsordnung etwa für Nachbarschafts- oder Mietstreitigkeiten schon bei Streitwerten von nur wenigen Tausend Euro einen Rechtsweg über bis zu drei Instanzen zur Verfügung stellt, ist es nicht zu rechtfertigen, dass ausgerechnet für rechtlich und bewertungstechnisch äußerst anspruchsvolle Spruchverfahren, bei denen es regelmäßig um die Kompensation eines Vermögenstransfers in hoher Millionen- oder gar Milliarden-Euro-Höhe geht, der Rechtsschutz auf eine einzige Instanz beschränkt werden soll.

b. Beschwerde und Rechtsbeschwerde tragen nicht entscheidend zur überlangen Verfahrensdauer bei

Darüber hinaus lässt sich bei Lichte betrachtet die durch den Regelungsvorschlag aufgestellte These nicht rechtfertigen, es ließe sich durch die Abschaffung des Instanzenzuges die Dauer des Spruchverfahrens „erheblich“ verkürzen.

Davon könnte nur dann ausgegangen werden, wenn eine wesentliche Ursache der überlangen Dauer von Spruchverfahren gerade in der Dauer der 2. oder 3. Instanz zu sehen wäre. Nachweise für diese These führt die Begründung des Regelungsvorschlages nicht an und solche sind auch nicht bekannt. Insbesondere fehlt ein entsprechender Nachweis durch eine statistische Betrachtung der Verfahrenslänge von Spruchverfahren. Ob sich die These durch eine systematische Erfassung überlanger Spruchverfahren bestätigen ließe, erscheint zweifelhaft. Die 3. Instanz kann schon deswegen überhaupt nur ganz eingeschränkt zur Verfahrensdauer beitragen, weil die Rechtsbeschwerde lediglich bei Zulassung durch das Beschwerdegericht statthaft ist (§ 70 Abs. 1 FamFG) und sie in der Praxis im Regelfall nicht zugelassen werden braucht.

Eine Durchsicht der Rechtsprechung - ihr entspricht der von uns in der Praxis gewonnene Eindruck - zeigt, dass die wesentlichen zeitlichen Beiträge zu einer überlangen Verfahrensdauer in aller Regel in die 1. Instanz und nicht in die Beschwerdeinstanz fallen. Angesichts des Umstandes, dass die Eingangsinstanz die Hauptlast für die Bewältigung der auftretenden Sach- und Rechtsfragen trägt, während das OLG auf einen in rechtlicher und

tatsächlicher Hinsicht bereits aufbereiteten Fall trifft, ist dies auch nicht verwunderlich. Vor diesem Hintergrund ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, dass durch die vorgeschlagene Änderung des Spruchverfahrens der bislang gewährte Rechtsschutz erheblich verkürzt wird, *ohne* dass dies entscheidend zur Vermeidung überlanger Verfahren beiträgt.

So sei etwa auf zwei jüngere Entscheidungen des BVerfG verwiesen, in denen jeweils die Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz aufgrund der überlangen Dauer von Spruchverfahren festgestellt wurde (BVerfG vom 17. November 2011, 1 BvR 3155/09, AG 2012, 86 - „Daimler/AEG“ - sowie BVerfG vom 2. Dezember 2011, 1 BvR 314/11, ZIP 2012, 177 - „ABB“). In der Entscheidung in Sachen Daimler/AEG entfielen dabei bereits auf die 1. Instanz rund 18 Jahre, während die 2. Instanz das Verfahren in rund zwei Jahren zum Abschluss gebracht hat. Es ist offensichtlich, dass das Fehlen einer Beschwerdemöglichkeit an der Tatsache einer überlangen Verfahrensdauer in diesem Fall nichts geändert hätte. Gleiches gilt ungeachtet der nunmehr seit etwa vier Jahren laufenden Beschwerdeinstanz auch in Sachen ABB, weil dort bereits die Durchführung des Verfahrens in 1. Instanz einen Zeitraum rund 22 Jahren in Anspruch genommen hat.

c. Verfahrendauer als Problem unzureichender Ressourcen

Anhand der vorstehend zitierten Entscheidung des BVerfG in Sachen Daimler/AEG lässt sich auch plastisch verdeutlichen, dass ein wesentlicher Beitrag zur Überlänge von Spruchverfahren jedenfalls in der Vergangenheit in der Überlastung der zuständigen Gerichte gelegen hat. Der Vorsitzende Richter der Kammer für Handelssachen des LG Frankfurt, die für die erstinstanzliche Durchführung des Spruchverfahrens zuständig war, das der Verfassungsbeschwerde zugrunde lag, hat dies für die Stellungnahme des Hessischen Justizministeriums im Rahmen des Verfassungsbeschwerdeverfahrens sorgfältig dokumentiert. Die vorgenannte (unveröffentlichte, uns aus der Verfahrensakte zugängliche) Stellungnahme zitiert den Kammervorsitzenden wie folgt:

„Die 3. Kammer für Handelssachen war hierfür in keiner Weise entlastet, sondern hatte - auf der Grundlage der seinerzeitigen Buchstabenzuständigkeit - ebenso viele Eingänge zu bearbeiten wie die anderen Kammern für Handelssachen. Dabei war der streitgegenständliche Vorgang keineswegs das einzige Verfahren dieser Art, vielmehr waren ca. zehn Spruchverfahren - die ersten landesweit angefallenen Großverfahren dieser Art - mit Allgemeinverbindlichkeit zu bearbeiten, einige davon gleichfalls mit komplexen Bewertungen von Konzerngesellschaften und außerordentlicher wirtschaft-

licher Tragweite (R + V, Nestle, Mannesmann, Hartmann & Braun u.a.). Da diese Verfahren, für die es keinerlei Entlastung gab, etwa denselben Arbeitsaufwand verursachten wie die verbliebenen Sachen der allgemeinen Zuständigkeit, waren in der 3. Kammer für Handelssachen über lange Jahre hinweg praktisch zwei Kammerpensen zu bewältigen. Dies war wiederholt Gegenstand von Überlastungsanzeigen, die - wie schon an der Kette der Anzeigen abzulesen - in keinem Fall zu einer durchgreifenden Verbesserung der Lage geführt haben. (...)"

Daran schließt sich in der vorstehend zitierten Stellungnahme eine detaillierte Übersicht über die Überlastungsanzeigen des zuständigen Richters an, die über einen Zeitraum von über 15 Jahren in etwa jährlichem Abstand erfolgt sind. Weiter führt die Stellungnahme des Hessischen Justizministeriums aus, dass die Schilderung der Belastungssituation auch von dem Präsidenten des Landgerichts für zutreffend gehalten worden ist. Man wird davon ausgehen dürfen, dass auch an anderen Gerichten bei der Geschäftsverteilung der mit der Durchführung von Spruchverfahren verbundenen Arbeitsbelastung nicht ausreichend Rechnung getragen worden ist (vgl. dazu auch Engel/Puszkajler, BB 2012, 1687, 1691 f.).

Aufschlussreich ist insoweit auch, dass zwischen einzelnen OLG-Bezirken ganz erhebliche Unterschiede bei der durchschnittlichen Verfahrensdauer bestehen, für die die unterschiedliche Ressourcenausstattung einen plausiblen Erklärungsansatz bietet. Eine aktuelle statistische Auswertung der in den Jahren 2009 - 2011 abgeschlossenen Spruchverfahren zeigt z.B., dass die Gerichte im OLG-Bezirk Frankfurt a.M. durchschnittlich 108 Monate benötigten, im OLG-Bezirk Düsseldorf 106 Monate und im OLG-Bezirk München dagegen nur 41 Monate; ähnliche Werte waren etwa auch für Köln (45) und Saarbrücken (55) zu ermitteln (Lorenz, AG 2012, 284, 286).

Es muss nicht näher erläutert werden, dass sich die fehlende Zuteilung ausreichender Ressourcen durch die Justizverwaltung stets als Hemmnis für eine zügige Verfahrensdurchführung auswirken wird (vgl. zum Spruchverfahren Engel/Puszkajler, BB 2012, 1687, 1691 f.; vgl. auch bereits Puszkajler, ZIP 2003, 518, 519 f.), völlig unabhängig davon, ob sie die Kammer für Handelssachen oder das Oberlandesgericht als Eingangsstanz betrifft. Da die Besetzung der OLG-Senate mit drei Berufsrichtern in der Justiz ungleich größere Personalressourcen bindet als eine Kammer für Handelssachen, dürfte sich die Verlagerung der Eingangszuständigkeit von der KfH auf das Oberlandesgericht sogar noch problemverstärkend auswirken. So besteht die Gefahr, dass der Regelungsvorschlag sogar zu einer zusätzlichen Verzögerung der Spruchverfahren führen könnte.

Dass ein Teil der Spruchverfahren bereits *de lege lata* vor die Oberlandesgerichte gelangt, so dass diese schon jetzt mit Spruchverfahren befasst sind, ist kein durchgreifendes Gegenargument, weil das OLG insoweit auf einen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht aufbereiteten Sachverhalt trifft, über den regelmäßig vergleichsweise zügig entschieden werden kann.

d. **Positive Effekte allein aus der Verlagerung der Eingangsinstanz auf das OLG?**

Allein aus der Verlagerung der Eingangsinstanz von den Landgerichten auf die Oberlandesgerichte ist keine wesentlichen Steigerungen der Verfahrensgeschwindigkeit zu erwarten. Denn der notwendige Verfahrensaufwand in der Eingangsinstanz verändert sich durch die Verlagerung der Eingangszuständigkeit nicht.

Dafür, dass OLG-Richter aus irgendeinem Grund *per se* besser für die Durchführung von Spruchverfahren qualifiziert seien und dass aus diesem Grund eine Verfahrensbeschleunigung zu erwarten sei, streitet keine Vermutung (vgl. auch Krenek, ZRP 2006, 78, 79). Die mit Spruchverfahren befassten Kammern der Landgerichte sind mit erfahrenen Vorsitzenden Richtern besetzt, die sich bedingt durch den Zuständigkeitsbereich ihrer Kammern regelmäßig über Jahre hinweg eine große Expertise auf dem Gebiet der Unternehmensbewertung erarbeitet haben und sich zudem - anders als OLG-Senate - die praktische Erfahrung der Handelsrichter nutzbar machen können (vgl. auch Wasmann, in: Kölner Kommentar, SpruchG, § 2 Rn. 2). Gerade in Spruchverfahren, in denen es u.a. darum geht, die vom Kompensationsschuldner vorgelegten Unternehmensplanungen zu überprüfen, können sich die Kenntnisse erfahrener Kaufleute an der Seite des Berufsrichters als wertvolle Sachkompetenz erweisen. Der Spezialisierungsgrad auf Seiten der Berufsrichter wird gerade im Hinblick auf den Umgang mit Spruchverfahren auch noch dadurch verstärkt, dass zahlreiche Länder von der Möglichkeit einer Zuständigkeitskonzentration nach § 2 Abs. 4 SpruchG a.F. bzw. jetzt § 71 Abs. 2 Nr. 4e, Abs. 4 GVG Gebrauch gemacht haben (vgl. Puzskajler, ZIP 2003, 518, 519 f. zum Zusammenhang zwischen einer Spezialisierung durch Verfahrenskonzentration und Verfahrensbeschleunigung). Die zuständigen Kammervorsitzenden stehen zudem auch untereinander vielfach in regem fachlichen Austausch. Es erscheint daher nicht sinnvoll, diese insoweit in jahre- und jahrzehn-

telanger Arbeit gebildete Expertise der Richterschaft an den Landgerichten durch den Transfer der Eingangszuständigkeit auf die Oberlandesgerichte zu entwerten.

Im Übrigen zeigt sich gerade in jüngerer Zeit, dass die erstinstanzlichen Verfahrensdauern an etlichen Landgerichten signifikant sinken (vgl. die statistischen Angaben bei Lorenz, AG 2012, 284 ff.), was der Regelungsentwurf nicht berücksichtigt. Ein Grund dafür ist, dass die erstinstanzlichen Gerichte zunehmend konsequent ihre Verfahrensleitungsbefugnisse dazu nutzen, das Verfahren nach Kräften zu beschleunigen. Auf die Notwendigkeit, dass die Spruchgerichte auf den Vorwurf überlange Verfahrenslängen mit organisatorischen Maßnahmen reagieren müssen, wies Puskajler bereits 2003 hin (ZIP 2003, 518, 520). Potential zur Beschleunigung durch verfahrensleitende Maßnahmen besteht insofern zum einen bei einer Verfahrensverzögerung durch die Parteien (vgl. auch BegrRegE ARUG, BT-Drs. 16/11642, S. 42 ff. zur Gefahr einer Verfahrensverzögerung durch den Antragsgegner; in der Praxis zeigt sich dies etwa in der Form, dass der Antragsgegner nicht in der gebotenen Weise mit dem Gutachter kooperiert) und zum anderen in der häufig überlangen Bearbeitungsdauer von Sachverständigengutachten (vgl. dazu auch die Stellungnahme des Deutschen Notarvereins vom 19. Dezember 2012, S. 7, abrufbar unter www.dnotv.de/dokumente/Stellungnahmen.html). Denn während Unternehmensbewertungen etwa bei Unternehmensübernahmen regelmäßig innerhalb von Wochen oder Monaten erstellt werden können, werden Sachverständigengutachten in Spruchverfahren von den gerichtlich bestellten Sachverständigen häufig dilatorisch erstellt und können daher ohne eine Beschleunigung durch die Gerichte erfahrungsgemäß zu mehrjährigen Bearbeitungszeiten führen (vgl. Lorenz, AG 2012, 284 f.). Hier sind die prozessualen Möglichkeiten der Beschleunigung in der Vergangenheit oft nur sehr zurückhaltend oder gar nicht genutzt worden, werden dies aber inzwischen mit zunehmender Häufigkeit.

2. Keine Parallele zum Freigabeverfahren

Die durch den Regelungsvorschlag in seiner Begründung behauptete Vorbildfunktion des Freigabeverfahrens, die eine parallele Ausgestaltung des Instanzenzugs auch im Spruchverfahren angeblich „dringend geboten“ erscheinen lasse, ist sachlich nicht nachvollziehbar.

Zwar sieht das Gesetz für das Freigabeverfahren ein eininstanzliches Verfahren vor. Eine Übertragung auf das Spruchverfahren könnte allenfalls dann wie vom Regelungsvorschlags behauptet „dringend geboten“ sein, wenn in Spruch- und Freigabeverfahren vergleichbare Regelungsanliegen verfolgt werden würden, die dementsprechend auch eine vergleichbare Ausgestaltung des Verfahrens bedingen. Dies ist jedoch nicht der Fall:

a. Regelungszweck des Freigabeverfahrens

Das Freigabeverfahren ist im deutschen Aktien- und Gesellschaftsrecht ebenso wie im allgemeinen Zivilrecht weitgehend ohne Vorbild und wird dementsprechend als Eilverfahren eigener Art qualifiziert (vgl. Begr. RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 28; Hüffer, AktG, § 246a Rn. 1; Schatz, Der Missbrauch der Anfechtungsbefugnis durch den Aktionär und die Reform des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts, 2012, S. 128 ff.). Zwar ist auch bei anderen Eilverfahren (Arrest, einstweilige Verfügung) der Zugang zur Revisionsinstanz verschlossen (§ 542 Abs. 2 ZPO); doch stehen hier immerhin zwei Instanzen zur Verfügung. Zudem zielt das Freigabeverfahren auf die rechtsbeständige Handelsregistereintragung von Hauptversammlungsbeschlüssen und damit anders als Arrest und einstweilige Verfügung auf eine endgültige Regelung.

Geschuldet sind diese besonderen Ausprägungen des Freigabeverfahrens dabei dem gesetzgeberischen Bestreben, das Blockadepotential von Anfechtungsklagen bei eintragungspflichtigen Hauptversammlungsbeschlüssen zu reduzieren, um so missbräuchlichen Anfechtungsklagen entgegenzuwirken. Der beklagten Aktiengesellschaft wird es daher im Freigabeverfahren angesichts der mit Konzernierungsmaßnahmen regelmäßig einhergehenden wirtschaftlichen Interessen in Millionen- oder Milliarden-Euro-Höhe unter bestimmten Umständen ermöglicht, unbeschadet einer anhängigen Anfechtungsklage in einem Eilverfahren die konstitutive Handelsregistereintragung herbeizuführen. Die Verwirklichung dieses Zwecks hängt entscheidend von der möglichst zügigen Durchführung des Freigabeverfahrens ab. Diesem ganz besonders gelagerten Ziel hat der Gesetzgeber die Ausgestaltung des Verfahrens - gerade auch hinsichtlich der erst- und letztinstanzlichen Zuständigkeit des OLG und der Vorgabe, dass das Verfahren innerhalb von drei Monaten erledigt werden soll - nahezu durchgehend untergeordnet.

b. Regelungszweck des Spruchverfahrens

Für das Spruchverfahren stellt sich die Interessenlage demgegenüber vollständig anders dar. Blockadepotential für Strukturmaßnahmen besteht nicht. Vielmehr schließt die Existenz des Spruchverfahrens gerade aus, dass Beschlüsse über Strukturmaßnahmen mit der Begründung angefochten (und damit blockiert) werden können, dass die als Ausgleich für den mit der Maßnahme einhergehenden Eingriff in das Anteilseigentum der außenstehenden Aktionäre angebotene Kompensation zu niedrig ausfällt (vgl. Drescher, in: Münchner Kommentar, AktG, § 1 SpruchG Rn. 2). Für radikale Eingriffe in die Ausgestaltung des Spruchverfahrens nach dem Vorbild des Freigabeverfahrens als Eilverfahren fehlt damit jede Rechtfertigung.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass sich eine Abschaffung des Instanzenzuges im Spruchverfahren noch einschneidender auswirken würde, als dies schon im Freigabeverfahren der Fall ist. Denn dort ist es dem klagenden Aktionär unbenommen, seine Anfechtungsklage im Hauptsacheverfahren auch nach erfolgter Freigabe weiter zu betreiben, Schadensersatz zu verlangen und implizit die Rechtsverletzung der Gesellschaft feststellen zu lassen (vgl. BegrRegE ARUG BT-Drs. 16/11642 S. 42). Dafür steht der gesamte Instanzenzug zur Verfügung. Für das Spruchverfahren kommt ein vergleichbares Vorgehen nicht in Betracht, da das Spruchverfahren selbst für Bewertungsfragen das Hauptsacheverfahren ist und es den außenstehenden Aktionären auch bzw. gerade verwehrt ist, mit der Begründung der mangelnden Angemessenheit der ihnen angebotenen Kompensation eine Anfechtungsklage zu betreiben.

Für die darin liegende Schlechterstellung des Aktionärs im Spruchverfahren fehlt jede Rechtfertigung. Dies wird spätestens deutlich, wenn man sich die Rechtsentwicklung der letzten Jahre vor Augen führt (vgl. dazu auch die Stellungnahme des Deutschen Notarvereins vom 19. Dezember 2012, S. 2 ff., abrufbar unter www.dnotv.de/dokumente/Stellungnahmen.html). Denn wie der massive Rückgang an Anfechtungsklagen zeigt (vgl. nur Bayer/Hoffmann/Sawada, ZIP 2012, 897, 899 f.; Baums/Drinhausen/Keinath, ZIP 2011, 2329 ff.) wurde der Aktionärsrechtsschutz durch UMAG und ARUG in den letzten Jahren stark abgebaut - nicht zuletzt durch die Einführung des eininstanzlichen Freigabeverfahrens. Durch die Erschwerung von Anfechtungsklagen werden außenstehende Aktionäre immer mehr auf ein „dulde und liquidiere“ ver-

wiesen. Wenn außenstehende Aktionäre für rechtswidrig erachtete Konzernierungsmaßnahmen nicht mehr verhindern können, sondern dulden müssen, gewinnt für sie das Spruchverfahren als Rechtsschutz zur Durchsetzung einer angemessenen Kompensation zusätzlich an Bedeutung. Daher erscheint es verfehlt, ausgerechnet das verkürzte Freigabeverfahren, durch das dem Rechtsschutz durch die Anfechtungsklage teilweise die Effektivität genommen wurde, zum Vorbild zu nehmen, um nun auch den verbliebenen Rechtsschutz im Spruchverfahren zu verkürzen.

D. Ergebnisse

Dem Vorschlag, die Eingangsinstantz des Spruchverfahrens auf die Oberlandesgerichte zu verlagern und den Instanzenzug abzuschaffen, sollte nicht gefolgt werden. Auch wenn eine Verfahrensbeschleunigung im Spruchverfahren erstrebenswert ist, ist eine Verkürzung des Rechtsschutzes schon angesichts der das Anfechtungsrecht zunehmend beschneidenden Rechtsentwicklung das falsche Mittel. Dies gilt umso mehr, da es ohnehin fraglich erscheint, ob eine eininstanzliche Ausprägung des Spruchverfahrens vor den Oberlandesgerichten überhaupt zu einer Verfahrensverkürzung oder nicht ausschließlich zu einer zusätzlichen Überlastung der Oberlandesgerichte führen würde. Eine Stärkung der personellen Ressourcen bei den zuständigen Gerichten und eine - teilweise bereits umgesetzte - konsequente Verfahrensbeschleunigung durch verfahrensleitende Maßnahmen der Gerichte sind effizientere Mittel, um eine Verfahrensverkürzung zu erreichen, ohne die über viele Jahre an den Landgerichten aufgebaute wertvolle Expertise aufzugeben und den Rechtsschutz im Spruchverfahren abzubauen.

Mit freundlichen Grüßen


Dr. Lochner


Schödel