

# MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

## **Verweigerung des Rechtsschutzes für außenstehende Aktionäre verstößt gegen europäische Menschenrechtskonvention**

*Dr. Wienand Meilicke, licencié en droit francais, LL.M. taxation (N.Y.U.), Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, und*

*Dr. Thomas Heidel, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, Bonn*

**Nach Art. 6 EMRK hat jedermann Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen zu entscheiden hat. Wie der Fall der Verschmelzung der Balcke-Dürr AG auf die Babcock Borsig AG zeigt, halten die Vorschriften des deutschen Aktienrechts über den Rechtsschutz für außenstehende Aktionäre in Umwandlungsfällen sowie in allen Fällen, in denen den außenstehenden Aktionären nach deutschem Verfassungsrecht volle Entschädigung geschuldet wird, einer Überprüfung nach der EMRK nicht stand.**

### **1. Beispielsfall: Verschmelzung der Balcke-Dürr AG auf die Babcock Borsig AG**

Die Babcock Borsig AG hielt mit 67% eine qualifizierte Mehrheit an der börsennotierten Balcke-Dürr AG. Die von der Babcock Borsig AG vorausgewählten, vom LG Duisburg bestellten Verschmelzungsprüfer Fasselt & Partner' bewerteten die Babcock Borsig AG zum Stichtag 25. 5. 2001 mit E 0,96 Milliarden und die Balcke-Dürr AG mit E 0,51 Milliarden. In Wahrheit war die Babcock Borsig AG seit langem überschuldet, wie sich anlässlich des Verkaufs ihrer Beteiligung an der HDW im Frühjahr 2002 und des nachfolgenden Insolvenzverfahrens herausgestellt hat<sup>2</sup>. Trotzdem beschloss die Hauptversammlung der Balcke-Dürr AG am 25. 5. 2001 mit den Stimmen der Babcock Borsig AG und gegen die Stimmen zahlreicher außenstehender Aktionäre die Verschmelzung der Balcke-Dürr AG auf die Babcock Borsig AG. Damit wurden die Aktionäre der Balcke-Dürr AG gezwungen, ihre werthaltigen Balcke-Dürr AG-Aktien gegen wertlose Aktien an der Babcock Borsig AG einzutauschen.

### **II. Kein effektiver Rechtsschutz der durch Mehrheitsbeschluss enteigneten Minderheitsaktionäre nach dem deutschen Recht**

Dass Minderheitsaktionäre nicht durch Mehrheitsbeschluss gezwungen werden können, ihre werthaltigen Aktien entschädigungslos an den Mehrheitsaktionär abzuliefern, ergibt sich nicht nur aus Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK, wonach jede Person Recht auf Achtung ihres Eigentums hat,<sup>3</sup> sondern schon aus dem deutschen Verfassungsrecht'. Das deutsche Recht gewährt den durch Mehrheitsbeschluss enteigneten Minderheitsaktionären jedoch keinen effektiven Rechtsschutz im Sinne von Art. 6 i. V. m. Art. 13 EMRK. Eine Anfechtungsklage gegen den Verschmelzungsbeschluss des übertragenden Rechtsträgers kann nach ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in § 14 Abs. 2 UmwG nicht darauf gestützt werden, dass das Umtauschverhältnis der Anteile zu niedrig bemessen ist oder dass die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger kein ausreichender Gegenwert für die Anteile oder die Mitgliedschaft bei dem übertragenden Rechtsträger ist.<sup>1</sup>

Nach der Rechtsprechung des BGH können die außenstehenden Aktionäre den Umwandlungsbeschluss nicht einmal mit der Begründung anfechten, ihr Fragerecht hinsichtlich der Unternehmensbewertung für die Verschmelzungsrelation sei verletzt worden, weil der BGH das im Gesetz angeordnete Fragerecht nicht mehr durch die Anfechtungsklage sanktioniert.<sup>6</sup>

# MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Den außenstehenden Aktionären soll nicht einmal die Möglichkeit eingeräumt sein, in einem vorläufigen Verfahren nach § 16 Abs. 3 UmwG glaubhaft zu machen, dass das Umtauschverhältnis der Anteile zu niedrig bemessen ist und die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger kein ausreichender Gegenwert für die Anteile bei dem übertragenden Rechtsträger ist.<sup>7</sup> Der deutsche Gesetzgeber verweist die außenstehenden Aktionäre vielmehr auf das Spruchstellenverfahren, bei welchem nicht jeder Aktionär das Glück einer so langen Verfahrensdauer hat, dass die Bundesrepublik Deutschland zu Schadensersatz verurteilt wird.<sup>8</sup>

Eine Insolvenzsicherung zu Gunsten außenstehender Aktionäre für aus dem Spruchstellenverfahren resultierende Nachzahlungsansprüche sieht das Gesetz nicht vor? Schadensersatzansprüche gegen die Verschmelzungsprüfer sind auf E 4 Mio. begrenzt (§ 11 Abs. 2 UmwG i.V.m. § 323 Abs. 2 HGB)<sup>10</sup> und können deshalb einen angemessenen Rechtsschutz nicht ersetzen.

### III. Die Verweigerung des Rechtsschutzes verstößt gegen die EMRK

Die deutsche Rechtslage ist mit der in Art. 6 EMRK verankerten Verpflichtung, zivilrechtliche Ansprüche in angemessener Zeit vor Gericht vorbringen zu können, nicht vereinbar. Art. 6 EMRK gewährleistet nämlich nicht nur, dass überhaupt irgendwann einmal die Gerichte angerufen werden können, sondern gewährleistet einen effektiven Rechtsschutz. Die Staaten sind verpflichtet, dass der Einzelne von seinem Recht auf Zugang zum Gericht in wirksamer Weise Gebrauch machen kann." Die Konvention schützt ausdrücklich gegen überlange Zivilverfahren - ein wichtiger Aspekt von effektivem Rechtsschutz.<sup>12</sup> Im Fall Fayed hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte unter Bezugnahme auf die Rechtsprinzipien von Rechtsstaatlichkeit und Garantie des effektiven Zugangs zum Gericht bestätigt, dass der generelle Ausschluss ganzer Rechtsbereiche von der Klagbarkeit mit der Konvention unvereinbar ist.<sup>13</sup>

dd>Darüber hinaus garantiert Art. 13 EMRK demjenigen, dessen Rechte und Freiheiten nach der Konvention verletzt worden sind, „das Recht, eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz einzulegen". Der Gerichtshof hat sich wiederholt und ausdrücklich zur Rechtsstaatsidee bekanntes, die sowohl in der Präambel der EMRK als auch in der Satzung des Europarates<sup>16</sup> als Rechtsmaximen genannt sind; das Rechtsstaatsprinzip fordere zur Gewährleistung wirksamen Grundrechtsschutzes zuvörderst effektive Möglichkeiten des Rechtsschutzes. <sup>17</sup> Der Gerichtshof verlangt in ständiger Rechtsprechung, dass jemand, „ der eine Verletzung der Konvention behauptet, ein Rechtsmittel vor einem nationalen Organ zur Verfügung haben müsse, das über seine Behauptung entscheide und ihm ggf. Ersatz gewähre; die Staaten müssten Rechtsbehelfe einrichten, mit denen dieser Anspruch verfolgt werden könne.<sup>18</sup> Zur Effektivität der wirksamen Beschwerde gehört nach der Rechtsprechung zur EMRK u. a.<sup>19</sup> deren materielle Effektivität: Der Beschwerdeführer muss in der Lage sein, aus einer Entscheidung einen wirklichen Vorteil zu ziehen; die nationale Instanz muss einen angemessenen Rechtsschutz gewährleisten. Nach der Rechtsprechung der Konventionsorgane kann eine mangelnde Effektivität des nationalen Rechtsschutzes z. B. darin begründet sein, dass sie erfahrungsgemäß eine überlange Verfahrensdauer mit sich bringt oder zu unangemessenen finanziellen Risiken des Bürgers führt, der sich gegen eine Maßnahme wehrt.<sup>21</sup> Den Menschenrechten nach der Konvention muss durch die Entscheidung zur tatsächlichen Wirksamkeit verholfen werden, diese dürfen nicht nur theoretischer Natur bleiben.<sup>22</sup>

Die Verwerflichkeit des Ausschlusses des Rechtswegs ist am deutlichsten, wenn der finanziell angeschlagene Mehrheitsaktionär bereits die für den Verschmelzungsbeschluss erforderliche qualifizierte Mehrheit hält. Dann stellt der Beschluss, die vermögende Tochter- auf die wertlose Muttergesellschaft zu verschmelzen, der Sache nach ein Gestaltungsrecht des

# MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Mehrheitsgesellschafters dar, das Vermögen der Tochtergesellschaft zu Gunsten der Gläubiger der Muttergesellschaft zu beschlagnahmen, ohne dass der deutsche Gesetzgeber dagegen einen effektiven Rechtsschutz gewährt. Schon bei „einfacher“ Abhängigkeit vom Mehrheitsaktionär ist aber vom Vorstand der verschmolzenen Gesellschaft beim Aushandeln des Verschmelzungsvertrages eine Wahrung der Interessen seiner Minderheitsaktionäre nicht mehr ernstlich zu erwarten. Außerdem besteht Anlass zu der Annahme, dass die Gläubigerbanken des Mehrheitsaktionärs den Konflikt zwischen den eigenen Gläubigerinteressen und den Interessen ihrer Wertpapierkunden zulasten Letzterer lösen und deshalb ihr Depotstimmrecht zugunsten der Verschmelzung der vermögenden Tochter- auf die finanziell angeschlagene Muttergesellschaft ausüben. Darum ist es geboten, den Minderheitsaktionären des verschmolzenen Rechtsträgers einen effektiven Rechtsschutz gegen ein unfaires Umtauschverhältnis zur Verfügung zu stellen, welcher auch einer Insolvenz des Verschmelzungspartners stand hält. All diesen Anforderungen genügt die deutsche Rechtslage nicht. Sie dürfte deshalb vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte kaum Bestand haben.

# MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

- 1 Beschluss des LG Duisburg vom 9.3.2001, n. v.
- 2 Eröffnungsbeschluss, AG Duisburg, ZIP 2002, 1636 = NZI 2002, 556; Gutachten des Vorläufigen Insolvenzverwalters Dr. Helmut Schmitz vom 20. B. 2002 (n. v.); vgl. auch einstweilige Verfügung in der Sache HDW, LG Duisburg, NZG 2002, 643.
- 3 Vgl. auch die Entscheidung der Kommission aus dem Jahre 1982, *Bramelid und Malström gegen Schweden*, E 8588/79, DR 29, 64 = EuGRZ 1983, 483.
- 4 Seit BVerfGE 14, 263 = NJW 1962, 1667 = AG 1962, 249 = BB 1962, 900 ff. (Feldmühle) allgemeine Meinung.
- 5 Dasselbe gilt im Falle von Squeeze-out, Unternehmensvertrag und Eingliederung, vgl. § 327 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, § 305 Abs. 5 S. 1, § 320 b Abs. 2 S. 1 Hs. 2 AktG.
- 6 BGHZ 146, 179, 181 ff. = ZIP 2001, 199 = DB 2001, 319 = NJW 2001, 1425 = GmbHR 2001, 200 (MEZ); bestätigt in BGH, NJW 2001, 1428 = ZIP 2001, 412 = AG 2001, 263 = DB 2001, 471 (Aqua Butzke). Fraglich ist, ob der BGH diese Rechtsprechungsänderung gegenüber BGHZ 107, 296 = ZIP 1989, 980 = DB 1989, 1664 = NJW 1989, 2689, ohne Vorlage an den EuGH vornehmen durfte, obwohl § 340 a AktG (a. F.) auf Art. 9 der Verschmelzungsrichtlinie beruht.
- 7 Vgl. statt aller Marsch-Barner, in: Kallmeyer, Umwandlungsgesetz, 2. Aufl., § 16 Rn. 44; BegrRegE, BT-Drucks. 12/6699, 89; differenzierend Harten, AG 2000, 301, 306; Noack, ZHR 164 (2000), 274, 285.
- 8 Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 20. 2. 2003 i. S. Kind/BRD, Beschw.-Nr. 44324/98, [www.echr.coe.int/hudoc](http://www.echr.coe.int/hudoc); vgl. dazu. Heidel, FTD v. 11. 3. 2003, 32.
- 9 OLG Köln, DB 2001, 1354; gegen die Zurückweisung der Revision durch den BGH, Az.: III ZR 94/01, wurde Verfassungsbeschwerde eingelegt, die unter dem Az. 1 BvR 966/02 beim BVerfG geführt wird; Kritik hieran bei Meilicke, DB 2001, 2387; auch die Erfüllungsgewährleistung beim Squeeze-out nach § 327 b Abs. 3 AktG soll nur die vom Hauptaktionär festgelegte Abfindung, nicht die vom Spruchgericht ermittelte Abfindungsergänzung sichern, vgl. zur Kritik Heidel/Lochner *Anwalt-Kommentar Aktienrecht*, 2003, §327 b AktG Rn. 15.
- 10 Grenze bei amtlich an der Börse notierten Gesellschaften, vgl. zur Haftung Llü1-1er, in: Kallmeyer (Fn. 7), § 11 UmwG Rn. 15 ff.
- 11 Frowein/Peukert, EMRK, 2. Aufl., Art. 6 Rn. 54.
- 12 Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK („innerhalb angemessener Frist“ - „within a reasonable time“ - „dans un Mai raisonnable“); vgl. zur Auslegung die bei Fn. 8 zitierte Entscheidung sowie Frowein/Peukert (Fn. 11), Art. 6 Rn. 136 ff.; Villiger, *Handbuch EMRK*, Rn. 454 ff.
- 13 GH 294, 65 = HRLJ 1994, 344; ähnlich die Entscheidung *De Geouffre de la Pradelle*, GH 253, 30 = EuGRZ 1991, 298 = HRLJ 1993, 276.
- 14 „shall have an effective remedy before a national authority“ - „a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale“.
- 15 Vgl. z. B. Golder, GH 18, 34 = EuGRZ 1975, 91; Klaas u. a., GH 28, 55 = EuGRZ 1979, 278.
- 16 Präambel und Art. 3.
- 17 Silver, GH 61, 90 = EuGRZ 1984, 147; Klaas u. a., GH 28, 55. 18 Frowein/Peukert (Fn. 11), Art. 13 Rn. 2
- 19 Neben „institutional“, „substantive“, „remedial effectiveness“, vgl. m. w. N. Harris/O'Boyle/Warbrick, *Law of the European Convention an Human Rights*, 2000, S. 450 ff.
- 20 Soering, GH 161, 120 = EuGRZ 1989, 314; Vilvarajah, GH 215, 122=HRLJ 1991, 432; vgl. Harris/OBoyle/Warbrick (Fn. 19), S. 456 ff.
- 21 Vgl. die Nachweise über die Entscheidungspraxis bei Watscher, in: FS Kralik, 1986, S. 268 f.
- 22 Airey, GH 32, 11 Ziff. 20ff. = EuGRZ 1979, 626; Andersson (NI und R) gegen Schweden, GH 226-A = ÖJZ 1992, 552; ähnlich Klaas gegen Deutschland, GH 28,29 =EuGRZ 1979, 278.

Betriebs-Berater (BB) / 58. Jahrgang / Heft 35 / 27. August 2003