

# Landgericht Hamburg

AZ.. 404 HKO 18/11



## Beschluss

In der Sache

wegen Forderung

beschließt das Landgericht Hamburg - Kammer 4 für Handelssachen - durch den Vorsitzenden  
Richter am Landgericht und die Handelsrichter und am 30.01.2013:

1. Die Antragsgegnerin zu 2) ist verpflichtet, den ausgeschiedenen Aktionären der Bavaria- St. Pauli- Brauerei AG anstelle der angebotenen Abfindung von 5 Aktien der \_\_\_\_\_ für je 3 Aktien der Bavaria- St. Pauli- Brauerei AG eine solche von 8 Aktien der \_\_\_\_\_ für je 3 Aktien der Bavaria- St. Pauli- Brauerei AG zu gewähren, wobei Spitzenbeträge durch Zuzahlung von € 363.-- auszugleichen sind.
2. Auf Verlangen jedes ausgeschiedenen Aktionärs hat die Antragsgegnerin zu 2) eine Barabfindung in Höhe von € 363 nebst Zinsen in Höhe von 2 Prozent über dem Diskont- bzw. Basiszinssatz seit dem 25.09.1990 zu zahlen.
3. Die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Antragsteller tragen die Antragsgegnerinnen als Gesamtschuldner. Die Vergütung für die Tätigkeit des gemeinsamen Vertreters hat die Antragsgegnerin zu 1) zu tragen.

## I.

Bei der Antragsgegnerin zu 1) handelt es sich um eine altingesessene Hamburger Brauerei, die 1922 durch Verschmelzung der 1897 in Altona gegründeten Bavaria Brauerei mit der 1862 in der Nachbarschaft entstandenen Actien-Bierbrauerei in Hamburg St. Pauli entstanden ist. Die Antragsgegnerin zu 2) ist 1972 durch Verschmelzung der

und der entstanden. Das Grundkapital der Antragsgegnerin zu 1) betrug im Jahre 1995 DM 27.100.000,--. Ab 1990 gehörte ihr Unternehmen mehrheitlich zur mit der im Juli 1990 ein Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag abgeschlossen worden war. Dieser sah für die außenstehenden Aktionäre der Antragsgegnerin zu 1) eine Ausgleichszahlung von DM 15,-- und eine Barabfindung von DM 425,-- vorsah. Hinsichtlich der Angemessenheit dieser Leistungen war von mehreren Aktionären 1990 bei der Kammer ein Spruchverfahren eingeleitet worden (414 O 118/90), das seit 1994 in der Beschwerdeinstanz beim Hanseatischen Oberlandesgericht anhängig war.

Mit Wirkung vom 30.09.1994 verkaufte ihr Aktienpaket von 516.258 Aktien an die Antragsgegnerin zu 2) zu einem Preis von DM 775,-- pro Aktie. Die Antragsgegnerin zu 2) war danach an der Antragsgegnerin zu 1) zu 95,2 % beteiligt. Der Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag zwischen der Antragsgegnerin zu 1) und wurde am 31.10.1994 aufgehoben. Über deren Vermögen wurde im Jahre 1996 das Konkursverfahren eröffnet.

Durch Beschluss der außerordentlichen Hauptversammlung vom 14.07.1995 wurde die Antragsgegnerin zu 1) in die Antragsgegnerin zu 2) eingegliedert. Den ausgeschiedenen Aktionären der Antragsgegnerin zu 1) wurden als Abfindung für je 3 Aktien der Bavaria- St. Pauli- Brauerei AG im Nennwert von DM 50,-- je 5 Aktien der im Nennwert von DM 50,-- gewährt. Nach den Wertermittlungen in dem Bericht des Vorstands der Antragsgegnerin zu 2), die im Rahmen der Eingliederungsprüfung von geprüft und für zutreffend angese-

hen wurden, ergab sich für den Stichtag 14.07.1995 ein nach der Ertragswertmethode bestimmter - Unternehmenswert der Antragsgegnerin zu 1) mit insgesamt 315,6 Millionen DM, so dass auf jede Aktie ein Wert von DM 582,29 entfiel. Der Wert der Antragsgegnerin zu 2) zum selben Stichtag sollte 1.571 Millionen DM, damit DM 350,15,- pro Aktie betragen. Daraus errechnete sich ein Umtauschverhältnis von 1 (Bavaria St-Pauli Aktie) zu 1,663 ( ).

Der Börsenkurs der Antragsgegnerin zu 1) belief sich in den drei Monaten vor der Hauptversammlung vom 14.07.1995 auf durchschnittlich DM 465,- pro Aktie. Der durchschnittliche Börsenkurs der Antragsgegnerin zu 2) betrug im vorgenannten Zeitraum DM 264,- Aktie.

Das Spruchverfahren über den Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag zwischen der Antragsgegnerin zu 1) und der wurde unter Beteiligung des Konkursverwalters der trotz der wirksam beschlossenen Eingliederung fortgesetzt. Mit Beschluss vom 31.01.2001 setzte das Oberlandesgericht für die außenstehenden Aktionäre der Antragsgegnerin zu 1) den angemessenen Ausgleich auf DM 27,- je Aktie und die Barabfindung auf DM 710,- fest.

Die Antragsteller sind bzw. waren ausgeschiedene Aktionäre der Antragsgegnerin zu 1). Sie halten das Umtauschverhältnis zu ihren Lasten für zu gering bemessen und vertreten die Auffassung, dass die ausgeschiedenen Aktionäre gemäß §320 b Abs. 1 S. 3 AktG Anspruch auf die Gewährung einer Barabfindung hatten, da es sich bei der Antragsgegnerin zu 2) um eine von der abhängige Gesellschaft im Sinne von §17 AktG gehandelt habe. Zwar habe sei-nerzeit nicht über eine Mehrheitsbeteiligung an der Antragsgegnerin zu 2) verfügt. Ihr sei aber eine ca. 25 % ige Beteiligung der an der Antragsgegnerin zu 2) zuzurechnen, weil aufgrund ihrer eigenen Beteiligung an der in der Lage gewesen sei, die Antragsgegnerin zu 2) über eine faktische Hauptver-

sammlungsmehrheit zu beherrschen.

Diese Frage war bereits Gegenstand mehrerer Entscheidungen, in denen es ebenfalls um die Eingliederung von Brauereien in den Konzern der Antragsgegnerin zu 2) ging ( LG Berlin, Urteil vom 13.11.1995 - 99 O 126/95 -, AG 1996, 230; Urteil vom 2.12.1996 - 99 O 173/96-, AG 1997, 183; Beschluss vom 9.11.2001 - 98 AktE 13/90 - ;

LG Mannheim, Beschluss vom 25.02.2002 - 22 O 14/91 - ;

LG Dortmund, Beschluss vom 14.04.2003 - 20 AktE 7/94 - ; LG Berlin ) und ist auch von der Kammer im Verfahren 414 O 123/93 -

|- mit Beschluss vom 15.03.2004, dahin gehend entschieden, dass wahlweise eine Barabfindung geschuldet werde. Die dagegen gerichteten Beschwerden u.a. der Antragsgegnerin zu 2) sind durch Beschluss des Hans OLG vom 13.09.2007 zurückgewiesen worden.

Von Seiten der Antragsteller und des gemeinsamen Vertreters wird zudem geltend gemacht, dass als angemessene Abfindung mindestens ein Betrag in Höhe des Kaufpreises, den die Antragsgegnerin zu 2) an ge- zahlt hat, je nach Berechnungsweise DM 738,- oder DM 775,- pro Aktie geschuldet werde. Im übrigen sei, wie insbesondere der Antragsteller zu 8) eingehend darlegt, die im Spruchverfahren über den Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag gerichtlich festgesetzte Barabfindung in Höhe von DM 710,- je Aktie zzgl. Zinsen in Höhe des gesetzlichen Zinsanspruchs ab dem 25.09.1990 die aus verfassungsrechtlicher Sicht geschuldete Mindestentschädigung. Durch die Eingliederung sei den außenstehenden Aktionären der Antragsgegnerin die sich aus dem laufenden Spruchverfahren ergebende Abfindungsoption entzogen worden. Die Antragsgegnerin zu 2) schulde deswegen eine Abfindung in Höhe von mindestens DM 1.014,30 = € 518,60 /Aktie.

Die Antragsteller beantragen,

eine höhere Abfindung durch Verbesserung des Umtauschverhältnisses

und

eine Barabfindung

festzusetzen.

Die Antragsgegnerinnen beantragen,

die Anträge zurückzuweisen.

Sie halten das Umtauschverhältnis für angemessen. Es bestehe auch kein Anspruch auf Gewährung einer Barabfindung, da es eine Abhängigkeit der Antragsgegnerin zu 2) von der nicht gegeben habe. Die habe aufgrund der Mehrheitsverhältnisse keinen beherrschenden Einfluss in Hauptversammlungen ausgeübt. Die habe der keine Weisungen hinsichtlich des Abstimmungsverhaltens erteilt und sei dazu wegen der Selbständigkeit der auch gar nicht in der Lage gewesen. Zudem habe es, wie aus den vorgelegten schriftlichen Erklärungen der früheren Geschäftsführer der vom 04.07.1996 hervorgehe, zu keiner Zeit Beschlüsse zum Abstimmungsverhalten der gegeben. Aus dem Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag könnten die Antragsteller keine Rechte herleiten, den dieser sei bereits im Jahre 1994 aufgehoben worden, könne also keinen Einfluss auf den Wert der Antragsgegnerin zum maßgeblichen Stichtag im Jahre 1995 gehabt haben. Eine Abfindungsoption müssten die Antragsteller gegen den vermeintlichen Schuldner, nicht gegenüber den Antragsgegnerinnen, geltend machen.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Schriftsätze der Beteiligten Bezug genommen.

## II.

Das Begehren der Antragsteller insoweit begründet, wie den infolge der Eingliederung in die [ ] ausgeschiedenen Aktionären der Bavaria-St-Pauli-Brauerei AG nicht neben der Abfindung in eigenen Aktien der Hauptgesellschaft wahlweise eine Barabfindung angeboten worden ist. Es ist auch hinsichtlich der angestrebten Verbesserung des Umtauschverhältnisses erfolgreich.

### 1. Barabfindung

Gemäß § 320 b Abs. 1 S. 2 AktG steht den von einer Eingliederung betroffenen Aktionären grundsätzlich eine Abfindung eigener Aktien der Hauptgesellschaft zu. Sie haben jedoch zusätzlich Anspruch auf eine Abfindung in bar, wenn es sich bei der Hauptgesellschaft, um ein abhängiges Unternehmen handelt (§ 320 b Abs. 1 S. 3 AktG).

#### a) Abhängige Gesellschaft

Bei der Antragsgegnerin zu 2) handelt es sich - davon ist die Kammer aufgrund der unstreitigen Umstände und der im Verfahren 414 O 123/93 erfolgten Vernehmung des Zeugen [ ] überzeugt, um eine abhängige Gesellschaft im Sinne von § 17 Abs. 1 AktG. Die Antragsgegnerin zu 2) stand zwar nicht im Mehrheitsbesitz der [ ] so dass die Vermutung des § 17 Abs. 2 AktG nicht eingreift. Trotz ihrer Minderheitsbeteiligung hatte diese aber jedenfalls mittelbar die Möglichkeit, beherrschenden Einfluss auf die Antragsgegnerin zu 2) auszuüben.

Auszugehen ist danach davon, dass obwohl sie zum Stichtag  
am 07. Juli 1993 lediglich einen eigenen Aktienanteil von 33,4 % an der Antrags-  
gegnerin zu 2) hielt, über die mittelbare Beteiligung an die  
Möglichkeit einer Einflussnahme auf deren Abstimmungsverhalten hatte und da-  
mit in Hauptversammlungen der Antragsgegnerin zu 2) über eine faktische Stim-  
menmehrheit verfügte. Für eine Abhängigkeit im Sinne von §17 Abs. 1 AktG  
reicht schon die Möglichkeit einer beherrschenden Einflussnahme aus. Es  
kommt nicht darauf an, die inwieweit der beherrschende Einfluss tatsächlich aus-  
geübt worden ist (Hüffer, AktG, 5. Aufl., §17 Rdnr. 6). Ebenso ist nicht entschei-  
dend, dass die Möglichkeit der Einflussnahme gesellschaftsrechtlich abgesi-  
chert ist; es genügt, wenn die gesellschaftsrechtlich begründeten Einwirkungs-  
möglichkeiten erst in Verbindung mit weiteren Umständen rechtlicher oder tat-  
sächlicher Art einen beherrschenden Einfluss begründen. Für die Beherrschung  
eines Unternehmens reicht auch die Minderbeteiligung eines Gesellschafters  
aus, wenn der Einfluss durch die Mitwirkung von anderen Minderbeteiligten et-  
wa im Rahmen von Stimmbindungsverträgen oder Treuhandabreden eine be-  
ständige und umfassende Einflussmöglichkeit sichergestellt ist (Hüffer, AktG,  
5. Aufl., § 17 Rdnr. 6). Gleiches gilt, wenn die Verbindung mit einem Dritten in  
ständiger Übung belegt, dass mit dessen Unterstützung immer gerechnet wer-  
den kann (BGH, NJW 1994, 1801; OLG Karlsruhe, aaO). Das ist nach Auffas-  
sung der Kammer der Fall. Die Kammer verweist insoweit auf die den Parteien  
bekannten Gründe der Entscheidung des Landgerichts Hamburg vom  
15.03.2004 – 414 O 123/93 – und insbesondere auf den Beschluss des Han-  
s-OLG vom 13.07.2009 – 13 W 3/09 -, dessen überzeugenden Erwägungen  
das Gericht sich jeder Hinsicht anschließt.

#### **b) Höhe der Barabfindung**

Durch die Gewährung der Abfindung nach § 320 b AktG soll der Aktionär einen  
vollen Ausgleich für die Vermögensverluste erleiden, die ihm durch die Einglie-  
derung entgangen sind. Im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesverfas-  
sungsgerichts und des Bundesgerichtshofs (BVerfG ZIP 1999, 1436; BGH ZIP  
2001, 734, 2003, 1745) ist die Abfindung nur dann angemessen, wenn sie den

ausscheidenswilligen Aktionären eine volle Entschädigung für den Wert ihrer Beteiligung an dem Unternehmen verschafft. Maßgeblich ist insoweit der durch den Börsenkurs repräsentierte Verkehrswert der Aktie nur als die Untergrenze für die dem Aktionär zu gewährende volle Entschädigung. Ergibt sich, dass der Ertragswert oder der Substanzwert des Unternehmens höher sind, so ist der höhere Wert der Bemessung der Abfindung zugrunde zu legen. Hier ist weder der durchschnittliche Börsenkurs in dem nach der Rechtsprechung maßgeblichen Referenzzeitraum von drei Monaten vor der Beschlussfassung in der Hauptversammlung, der sich unstrittig auf DM 465,- belief, maßgeblich noch der im Bericht des Vorstands ermittelte Ertragswert von DM 582,29. Die Antragsteller haben nämlich, wie der Antragsteller zu 8) zu Recht geltend macht, mindestens Anspruch auf die Gewährung einer Entschädigung in Höhe der nach dem Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag zwischen der Antragsgegnerin zu 1) und der geschuldeten Abfindung, die sich auf DM 710,- zzgl. der bis zur Eingliederung angefallenen Zinsen beläuft. Wie der Bundesgerichtshof in der grundlegenden Entscheidung DAT/Altana (ZIP 2001, 734, 735) ausgesprochen hat, bleibt der Abfindungsanspruch außenstehender Aktionäre bestehen, wenn der Unternehmensvertrag während eines Spruchstellenverfahrens beendet wird (so schon BGHZ 134, 374). Auch durch eine nachfolgende Eingliederung entfällt die Sachbefugnis der außenstehenden Aktionäre, aus einem Unternehmensvertrag einen Ausgleich bzw. eine Abfindung zu verlangen, nicht. Zwar hat die Eingliederung zur Folge, dass alle Aktien, die sich nicht in der Hand der Hauptgesellschaft befinden, auf diese übergehen (§ 320 a Satz 1 AktG). Aktienurkunden verbriefen gemäß § 320 a Satz 2 AktG bis zu ihrer Aushändigung an die Hauptgesellschaft nur einen - auf den für die Eingliederung maßgebenden Zeitpunkt bezogenen - Anspruch auf den angemessenen Ausgleich und die angemessene Abfindung. Mit dem durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Eigentumsrecht wäre es aber, wie der BGH ausgeführt hat, unvereinbar, mit dem Übergang der Mitgliedschaftsrechte infolge Eingliederung den durch einen Unternehmensvertrag erlittenen Verlust der Aktionäre entfallen zu lassen. Deswegen sind §§ 304, 320 a AktG verfassungskonform dahin auszulegen, dass das Recht der außenstehenden Aktionäre auf Festsetzung eines angemessenen Ausgleichs bzw. einer angemessenen Abfindung auch dann bestehen bleibt,

wenn die abhängige Aktiengesellschaft während des Spruchstellenverfahrens in die herrschende Aktiengesellschaft eingegliedert wird. Den von einer Eingliederung betroffenen Aktionären steht daher eine höhere Entschädigung aus einem vorangegangenen Unternehmensvertrag weiterhin zu; eine Infolge der Eingliederung gezahlte geringere Abfindung ist anzurechnen (BGH, aaO).

Mit der Eingliederung sind sämtliche Mitgliedschaftsrechte der vom Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag betroffenen außenstehenden Aktionäre, dazu gehören auch die Ansprüche auf Gewährung der Abfindung, auf die Antragsgegnerin zu 2) übertragen worden. Den außenstehenden Aktionären wurde damit die Möglichkeit genommen, gegen Rückgabe ihrer Aktien aus der Bavaria - St. Pauli AG auszuscheiden. Die Antragsgegnerin zu 2) schuldet, da sie verpflichtet ist, den außenstehenden Aktionären einen vollen Ausgleich für den infolge der Eingliederung erlittenen Rechtsverlust zu ersetzen, daher mindestens eine Entschädigung in Höhe des Wertes des Ausgleichs und der Abfindung aus dem zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossenen Spruchstellenverfahren über den Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag aus dem Jahre 1990. Dies gilt unabhängig davon, ob sich der Anspruch gegenüber der AG seinerzeit oder bei Beendigung des Spruchverfahrens wirtschaftlich hätte realisieren lassen oder nicht, denn die außenstehenden Aktionäre hätten ansonsten sowohl die Antragsgegnerin zu 1) und - nach der Eingliederung - auch die Antragsgegnerin zu 2) in Anspruch nehmen können.

Die Antragsgegnerin zu 2) kann nicht einwenden, dass sie am Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag nicht beteiligt war und daher Abfindung und Ausgleich für den Rechtsverlust aufgrund des Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages nicht schulde. Die Ansprüche auf Zahlung von Abfindung und Ausgleich gemäß §§ 304, 305 AktG richten sich gegen beide Parteien des Unternehmensvertrages, also auch gegen die Gesellschaft, deren außenstehende Aktionäre antragsherechtig sind (Bilda, in: MünchKomm-AktG, 2. Aufl., § 306 Rdnr. 52). Demgemäß ist Schuldnerin der im Spruchverfahren über den Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag festgesetzten Abfindung auch die Antragstellerin zu 1). Die Antragsgegnerin zu 2) hat gemäß § 322 AktG auf Grund der

Eingliederung als Hauptgesellschaft für alle vor diesem Zeitpunkt begründeten Verbindlichkeiten der AntragsgegnerIn zu 1) einzustehen. Sie ist deswegen in gleicher Weise wie die Antragsgegnerin zu 1) verpflichtet, den außenstehenden Aktionären die festgelegte Entschädigung zu erstaten.

Der Höhe der Barabfindung ist zunächst die gerichtlich festgelegte Abfindung von DM 710,- zugrunde zu legen. Der Auffassung des Antragstellers zu 8), dass der Barabfindung Zinsen in Höhe von 2 % über dem Diskontsatz der Deutschen Bundesbank bzw. dem mittlerweile an seine Stelle getretenen Referenzzinssatz hinzuzurechnen sind, teilt die Kammer nicht. Zwar hätten die Antragsteller, wenn ihnen die Aktien an der AntragsgegnerIn zu 1) nicht durch die Eingliederung entzogen worden wären, vom Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Gewinnabführungsvertrages durch Eintragung in das Handelsregister (§ 294 Abs. 2 AktG) bis zur Eintragung der Eingliederung (§ 319 Abs. 7 AktG), also vom 25.09.1990 bis zum 28.12.1995, gemäß 305 Abs. 3 S. 3 AktG Zinsen in genannter Höhe beanspruchen können. Es ist jedoch nicht ersichtlich, warum die Zinsen als Teil der Abfindung im Rahmen der Eingliederung ihren Charakter als Nebenforderungen verloren haben sollen. Die Antragsgegnerinnen schulden pro Aktie eine Abfindung von DM 710,- = € 363,02 nebst Zinsen. Da der aufs Jahr bezogene Zinsbetrag der Höhe nach den festgesetzten Ausgleich von € 27,- deutlich überschreitet und eine Anrechnung der zugesprochenen Ausgleichszahlungen auf die Zinsansprüche zu erfolgen hat, können die Ausgleichsansprüche bei der Bemessung der Barabfindung unberücksichtigt bleiben.

Angesichts der Höhe der so ermittelten Abfindung waren weitere Ermittlungen zum Unternehmenswert der Antragsgegnerin nicht geboten. Der durchschnittliche Börsenkurs und der nach Ertragswertgesichtspunkten auf die einzelne Aktie entfallende Wert liegen zum Stichtag 14.07.1995 so weit unter der vorstehend ermittelten Mindestentschädigung, dass selbst bei einer deutlichen Erhöhung des Ertragswertes sich keine Erhöhung der Abfindung ergeben würde.

## 2. Umtauschverhältnis

Bei der Bemessung des Umtauschverhältnisses von Aktien der Antragsgegnerin zu 1) in solche der Antragsgegnerin zu 2) ist gemäß § 320 b Abs. 1 S. 4 AktG die Abfindung als angemessen anzusehen, wenn die Aktien in dem Verhältnis gewährt werden, in dem bei einer Verschmelzung auf eine Aktie der Gesellschaft Aktien der Hauptgesellschaft zu gewähren wären. Zur Ermittlung dieser Verschmelzungswertrelation ist nach der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Verkehrswert der Obergesellschaft grundsätzlich mit dem durch den Börsenkurs repräsentierten Wert gleichzusetzen.

Daraus resultiert ein Wertverhältnis von 710,- DM zu 264,- DM, entsprechend 1: 2,68. Für drei Aktien der Antragsgegnerin zu 1) sind DM 2.130 zu zahlen. 8 Aktien der Antragsgegnerin zu 2) repräsentieren einen vergleichbaren Wert von 2.112 DM, wobei anzuordnen war, dass Spitzenbeträge durch eine bare Zuzahlung in Höhe von € 363,- (= DM 710,-) auszugleichen sind

3. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 320 b Abs. 3 S. 2, 306 Abs. 7 AktG, 13 a FGG. Es bestand kein Anlass, abweichend von der Regel (§§ 306 Abs. 7 S. 7 AktG) die Verfahrenskosten bzw. die außergerichtlichen Kosten einem anderen Verfahrensbeteiligten als den Antragsgegnerinnen aufzuerlegen. Der Ansicht des HansOLG, aaO, dass Schuldner der Kosten nur die Hauptgesellschaft sei, folgt das Gericht nicht. Die Anträge der Antragsteller waren weder unzulässig noch rechtsmissbräuchlich; sie haben im Gegenteil zur Festsetzung der von den Antragstellern erstrebten Barabfindung geführt. Für die außergerichtlichen Kosten des gemeinsamen Vertreters ist allein die Antragsgegnerin zu 1) Kostenschuldnerin (§ 320 b Abs. 3 S. 2, 306 Abs. 4 S. 6 AktG).

4. Eine Entscheidung über den Geschäftswert wird gesondert getroffen werden.