



Landgericht Berlin

Beschluss

Geschäftsnummer: 102 O 39/03 AktG

In dem Spruchverfahren

betreffend die vormalige O & K Orenstein & Koppel AG,
eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts
Charlottenburg zu HRB 1167 -

Beteiligte:

hat die Kammer für Handelssachen 102 des Landgerichts Berlin am 19. November 2004 durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht und die Handelsrichter

b e s c h l o s s e n :

1. Die Anträge der Antragsteller auf Bestimmung einer angemessenen Barabfindung über den vom Hauptaktionär, der Antragsgegnerin und Beteiligten zu 13. festgesetzten und von der Hauptversammlung der O & K Orenstein & Koppel AG am 23. Dezember 2002 beschlossenen Betrag hinaus werden zurückgewiesen.
2. Die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten des Verfahrens hat die Antragsgegnerin zu tragen.

G r ü n d e

Das Grundkapital der vormaligen O & K Orenstein & Koppel AG (im folgenden: Gesellschaft), jetzt umgewandelt in die O & K Orenstein & Koppel GmbH, betrug nominal 61.355.025,74 € und war eingeteilt in 2.400.000,00 Stück Aktien ohne Nennbetrag.

Am 19. Mai 1999 schlossen die Antragsgegnerin und die Gesellschaft einen Unternehmensvertrag, in dem sich die Gesellschaft der Leitung der Beteiligten zu 13. unterstelle. Der Vertrag sah eine Ausgleichszahlung oder eine Barabfindung für die nicht vertragsschließenden, außenstehenden Aktionäre vor. Die Angemessenheit von Ausgleich und Abfindung waren Gegenstand eines Spruchsverfahrens, das vor dem hiesigen Gericht zu der

Geschäftsnummer 102.O.199/99 AktG anhängig war, und in dem die Erhöhungsbegehren der damaligen Antragsteller mit Beschluss vom 07. Juli 2003, bestätigt durch Beschluss des Kammergerichts vom 10. Mai 2004

- 2 W 163/03 - zurückgewiesen worden sind. Wegen der Einzelheiten wird auf vorgenannte Beschlüsse und die der bewertenden Einschätzung der entscheidenden Spruchkörper zugrundeliegenden Gutachten des bestellten Sachverständigen,

vom 17. Dezember 2001, ergänzt durch gutachterliche Äußerung vom 23. Dezember 2002, verwiesen.

Nachdem die Beteiligte zu 13. 2.282.233 Stück Aktien der Gesellschaft, d.h. 95,093 % von deren Grundkapital, erworben hatte, trat an sie an den Vorstand der Gesellschaft mit dem Verlangen heran, dieser möge eine Hauptversammlung zur Beschlussfassung über die Übertragung der Aktien der Minderheitsaktionäre auf sie einberufen. Die sodann auf den 23. Dezember 2002 einberufene außerordentliche Hauptversammlung der Gesellschaft hat den Ausschluss der Minderheitsaktionäre bei deren Abfindung in Höhe von 15,80 € je Aktie entsprechend dem Angebot der Beteiligten zu 13. beschlossen. Die von der Beteiligten zu 13. festgelegte und sodann beschlossene Barabfindung war im Bericht der Beteiligten zu 13. zur Vorbereitung der Hauptversammlung näher erläutert, gestützt im wesentlichen auf eine von ihr bei in Auftrag gegebene, unter dem 12. November 2002 erstattete „Unternehmensbewertung... zum 23. Dezember 2002“. Der mit Beschluss vom 01. November 2002 gerichtlich bestellte Prüfer gemäß § 327 c Abs. 2 Satz 2 und 3 AktG Kam in seinem Prüfungsbericht vom 13. November 2002 zu dem Ergebnis, die von der Beteiligten zu 13. festgelegte Barabfindung sei angemessen.

Wegen der Einzelheiten wird auf die einschlägigen, als Anlage vorliegenden Unterlagen, insbesondere den Bericht der Beteiligten zu 13. und die darin herangezogene Unternehmensbewertung seitens der ; zum 23. Dezember 2003 und den Prüfbericht vom 13. November 2002 Bezug genommen.

Nach Eintragung des Übertragsbeschlusses in das Handelsregister bei dem Amtsgericht Charlottenburg am 24. Februar 2003 und Veröffentlichung in den vorgesehen Blättern am 01., 02. und 05. März 2003 hat der Antragsteller zu 1. unter dem 05. März 2003 beantragt, die Angemessenheit der Barabfindung zu überprüfen und sie neu festzusetzen. Dem nachfolgend haben die aus dem Rubrum ersichtlichen weiteren Antragsteller rechtzeitig entsprechende Anträge gestellt. Die Kammer hat mit Beschluss vom 04. September 2002 dem Beteiligten zu 12.

zum gemeinsamen Vertreter der nicht am Verfahren beteiligten ausgeschlossenen Minderheitsaktionäre bestellt.

Die Antragsteller halten, überwiegend ohne weitere Begründung, die geschlossene Barabfindung für unangemessen niedrig. Soweit sie ihre Ansicht begründen, rügen sie eine Ermittlung der Liquidationswerte auf nicht stichtagsbezogener Basis per 31. Dezember 2001 und fehlende bzw. unzureichende Planrechnungen; das Prüfgutachten vom 13. November 2002 halten sie wegen Parallelprüfung für letztendlich unbehelflich.

II.

Die Anträge waren zurückzuweisen.

1. Bedenken gegen die Zulässigkeit der Anträge der jetzt verfahrensbeteiligten Antragsteller haben sich nicht ergeben.
2. Die Anträge sind aber nicht begründet. Die zur Abfindung der Minderheitsaktionäre beschlossene Barabfindung erweist sich in Ansehung aller der Kammer ermittelbaren Gegebenheiten als angemessen.

2.1 Art. 14 GG gebietet es, Minderheitsaktionäre für den Verlust ihrer Rechtsposition und die Beeinträchtigung ihrer vermögensrechtlichen Stellung voll zu entschädigen; die Entschädigung muss dem „wirklichen“ oder „wahren“ Wert des Anteilseigentums zum Zeitpunkt des einschlägigen Hauptversammlungsbeschlusses entsprechen (BVerfG ZIP 2003, 2114). Deshalb ist es nicht zu beanstanden, dass die Bemessung der Abfindung hier nicht auf den Ertragswert des Unternehmens, sondern letztendlich auf den Börsenkurs abstellt. Dies ist veranlasst durch den angesprochenen, verfassungsrechtlich begründeten Meistbegünstigungsgrundsatz, entspricht aber auch der Einschätzung der Fachkreise für Unternehmensbewertungen. Nach Nr. 7.4 des IDW - Standard, Stand 28. Juni 2000 (IDW - S1), der wesentliche allgemeine Grundsätze, wie Wirtschaftsprüferunternehmen bewerten, zusammenfasst, kann insbesondere bei schlechter Ergebnislage der Barwert für Überschüsse, die sich bei sich Liquidation des gesamten Unternehmens ergeben, den Fortführungswert übersteigen. Liegt es so, bildet grundsätzlich der Liquidationswert des Unternehmens die Untergrenze für die Unternehmensbewertung.

2.2 Die Kammer hält die Prämisse bei der Bemessung der beschlossenen Abfindung, dass die Gesellschaft keine Ertragsperspektive hatte, so dass auch kein Ertragswert ableitbar ist, für tragfähig.

2.2.1 Der Ertragswert wird ermittelt aus der Summe des Bargeldes der zukünftigen Gewinnüberschüsse des betriebsnotwendigen Vermögens. Dies entspricht dem Ansatz der bewertenden Fachkreise (vgl. IDW-S1 Nr. 7.2.1) und wird auch von der Rechtsprechung so gehandhabt (vgl. anstelle Fieler BayObLG DB 2001, 1928; OLG Düsseldorf AG 2001, 189; OLG Hamburg AG 2001, 479).

2.2.2 Eine solche zukunftsorientierte Unternehmensbewertung erfordert also eine Prognose der künftigen finanziellen Überschüsse aus dem betriebsnotwendigen Vermögen. Für eine solche Prognose bedarf es auf der einen Seite einer Analyse der bereits erfolgten Entwicklung in der Vergangenheit.

Die notwendige Vergangenheitsanalyse lässt jedenfalls keine positive Vertragsprognose für die Zukunft zu. In den Jahren 1996 bis 2001 war das Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit der Gesellschaft jeweils negativ.

Eine beachtliche Wendung zum Besseren kann auch nicht stichtagsbezogen (für die Beachtlichkeit des Bewertungsstichtages vgl. BGH NJW 1998, 1867) festgestellt werden. Die Beteiligte zu 13. hat auf Vorgabe des Gerichts den Geschäftsbericht der Gesellschaft auf den 31. Dezember 2002 vorgelegt. Dieser weist erneut ein negatives Ergebnis der operativen Tätigkeit der Gesellschaft auf.

Zwar sind die im Geschäftsbericht aufgeführten Ergebnisse nicht stichtagsbezogen. Abgesehen davon, dass nach dem einschlägigen Stichtag liegende Ergebnis und/oder Gegebenheiten je nach Lage des Falles zu einer Plausibilisierung führen können, liegt der Berichtsstichtag nur acht Tage nach dem hier beachtlichen Bewertungsstichtag. Da es sich bei diesen acht Tagen um einen Zeitraum handelt, in dem feiertagsbedingt regelmäßig nur sehr geringe geschäftliche Tätigkeit entfaltet wird und die Berichtsergebnisse im Übrigen eine Fortsetzung des Trends der letzten Jahre darstellen, hat die Kammer keine Bedenken, aus den geschäftlichen Ergebnis bis zum Bewertungsstichtag, dem 23. Dezember 2002, die Schlussfolgerung zu ziehen, dass die Gesellschaft keine positive Ertragsperspektive für die Zukunft hatte.

Anderes ergibt sich auch nicht aus dem mit dem Beteiligten zu 13. geschlossenen Beherrschungsvertrag. Zwar hat dieser dazu geführt, dass der Gesellschaft Kapital zugeführt worden ist, so dass eine Insolvenz vermieden werden konnte. Daraus lässt sich aber bereits deshalb keine Zukunftsprognose ableiten, weil der Vertrag zum 31. Dezember 2004 kündbar ist.

2.2.3 Schließlich sind aus Sicht des 23. Dezember 2002 auch keine Gegebenheiten greifbar geworden oder ansonsten dargetan, aus denen eine positive Ertragsprognose ungeachtet der betrieblichen Gegebenheiten, wie in den Ergebnissen der Vergangenheit dokumentiert, hätte abgeleitet werden können.

auch das allgemeine, für einen möglichen Geschäftserfolg der Gesellschaft beachtliche wirtschaftlich konjunkturelle Umfeld ließ nicht erwarten, dass die Gesellschaften in greifbarer Zukunft einen positiven Ertrag erwirtschaftet. Dies gilt umso mehr, als sie im wesentlichen auf Nachfrage seitens der Baubranche angewiesen ist, deren allgemeine Verfassung besonders desolat war und bei der das Geschäft derart kurzfristig angelegt ist, dass langjährige Prognosezeiträume nicht sachgerecht sind (BGH AG 2003, 585).

2.3. Auch aus dem stichtagsbezogenen Liquidationswert der Gesellschaft lässt sich eine höhere Barabfindung als am 23. Dezember 2002 beschlossen nicht herleiten. Der Liquidationswert wird von den bewertenden Fachkreisen als der Barwert der Nettoerlöse, die sich aus der Veräußerung von Vermögensgegenständen eines Unternehmens abzüglich Schulden und Liquidationskosten, ggfs. nach Abzug künftiger Ertragssteuern, ergeben, definiert (Nr. 7.4 IDW-S1). Soweit ersichtlich, geht auch die einschlägige Rechtsprechung hiervon aus.

Die Beteiligte zu 13. geht in ihrem Bericht für die Hauptversammlung, gestützt auf die Unternehmensbewertung von _____ von einem Liquidationswert von 8,27 € je Aktie aus. In Ansehung aller greifbaren Gegebenheiten sieht die Kammer keinen Anhalt dafür, dass sich der stichtagsbezogene Liquidationswert tatsächlich auf mehr als 15,80 € je Aktie beläuft.

2.3.1 Zwar hat die Beteiligte zu 13. mit wenig Engagement in Abrede gestellt, dass die von _____ zugrunde gelegten Werte ganz überwiegend nicht stichtagsbezogen sind. Dies erscheint der Kammer aber letztendlich unschädlich. Denn dem Geschäftsbericht per 31. Dezember 2002, einem beinahe stichtagsgleichen Zeitpunkt, lässt sich entnehmen,

dass sich beachtliche, substanzbezogene Veränderungen im Verlauf des Jahres 2002 nicht ergeben haben.

2.3.2 Die Ansätze als solche erscheinen der Kammer plausibel. Soweit kongruent, ergibt sich eine Kontinuität mit den Ansätzen, wie sie der Ermittlung des Liquidationswertes auf den 28. Juni 1999 laut Sachverständigengutachten, erstattet in dem vorangegangenen Spruchverfahren aus Anlass des Unternehmensvertrages vom 12. Mai 1999 zu der Geschäftsnummer 102.O.199/99 AktG LG Berlin zugrunde gelegt worden sind. Dieses Gutachten hat, wie im einzelnen mit Beschluss vom 07. Juli 2003 dargelegt, die Kammer im Ergebnis überzeugt; nach Beschwerde hiergegen hat das Kammergericht diese Einschätzung bestätigt.

Auch seitens der Antragsteller sind durchschlagende Einwendungen nicht erhoben worden. Soweit die Antragstellerin zu 2. beanstandet, dass der Liquidationswert von Konzessionen und gewerblichen Schutzrechten mit 0,00 € angesetzt worden ist, erscheint die Begründung von dies beruhe auf einschlägigen Erfahrungswerten, zwar nicht ohne weiteres überzeugend, auf der anderen Seite sind aber einen solchen Erfahrungssatz möglicherweise in Zweifel stellende anderweitige Gegebenheiten nicht angeführt worden.

Soweit der in Ansatz gebrachte Zinssatz von 11 % vor Steuern und 7,15 % nach Steuern zur Kapitalisierung der Deckungsbeiträge für Marke, Kundenstamm und Ersatzteilgeschäft beanstandet worden ist, fehlt es auch der Kammer an Begründung für einen solchen Zinssatz. Jedoch behaupten auch die Antragsteller nicht, dass ein Kapitalisierungszinssatz von z.B. 7 % vor Steuern zu einem Wert führen würde, der den gesamten Liquidationswert auf mehr auf 15,80 € steigen ließe.

2.3.3 Schließlich führt auch der Prüfbericht vom 13. November 2002 hier noch zu einer zusätzlichen Plausibilisierung, auch wenn es nahe liegt, dass hier eine sogenannte Parallelprüfung erfolgt ist.

Zwar neigt auch die Kammer dazu, die Ergebnisse derartiger Prüfungen mit Zurückhaltung zu betrachten; eine faktische gegenseitige Beeinflussung von vom Hauptaktionär beauftragten Wirtschaftsprüfer und dem gerichtlich bestellten Prüfer liegt nahe (vgl. Puzkajler ZIP 2003, 518, 521). Auf der anderen Seite sieht die obergerichtliche Rechtsprechung das Ergebnis einer sogenannten Parallelprüfung nicht von vornherein als

nicht verwertbar an (OLG Düsseldorf ZIP 2004, 359, 364; OLG Stuttgart ZIP 2003, 2003 163).

Hier bewegen sich die Prüfergebnisse im Rahmen überwiegend bereits im vorangegangenen Verfahren aus Anlaß des Abschlusses des Unternehmensvertrages gesicherter Erkenntnisse. Sie können deshalb als im Ergebnis von der im Auftrag der Beteiligten zu 13. bewertenden Tätigkeit von nicht beachtlich beeinflusst angesehen werden.

Entscheidend ist letztendlich, ob das geprüfte Ergebnis tragfähig erscheint. Bedenken gegen Parallelprüfungen können nicht dazu führen, dass an sich plausible Ergebnisse allein wegen einer Parallelprüfung ohne weitere Begutachtung einer Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden können.

2.4 Da, wie im einzelnen dargelegt, keinerlei Anhalt für einen stichtagsbezogenen Unternehmenswert von mehr als 15,80 € je Aktie, gegründet auf den Ertragswert oder den Liquidationswert, besteht, sah die Kammer auch keine Veranlassung, weitere Ermittlungen von Amts wegen durch Beauftragung eines Sachverständigen anzustellen. Der im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach § 12 FGG beachtliche Amtsermittlungsgrundsatz sieht keine Ermittlungen „ins Blaue“ hinein vor (Keidel/Schmidt, FGG, 15. Aufl., § 12 Rdn. 5). Amtsermittlung bedeutet nicht Ausschöpfung aller erdenklichen Beweismittel, wenn kein Anhalt für das Bestehen noch zu beweisender Gegebenheiten besteht.

2.5 Dem Bundesverfassungsgericht (E100, 289 = NJW 1999, 3769) folgend, ist davon auszugehen, dass Art. 14 Abs. 1 GG gebietet, den außenstehenden Aktionären neben voller Vermögensteilhabe zumindest das zufließen zu lassen, was sie bei freier Entscheidung, sich von den Unternehmensanteilen zu trennen, erlöst hätten (BVerfG a.a.O. - NJW - Seite 3771). Deshalb bestimmt der Börsenkurs in der Regel die Untergrenze der Barabfindung (a.a.O. Seite 3772).

Auch dieser Vorgabe wird die angebotene und beschlossene Barabfindung gerecht. Dabei kommt es nicht entscheidend darauf an, auf welchen Stichtag bezogen ein Durchschnittskurs, ein sogenannter Referenzkurs, zu ermitteln ist. Stellt man nicht, wie von ermittelt, auf drei Monate per 11. November 2002 (d.h. auf den Zeitraum 12. August bis 11. November 2002) ab, sondern, dem Ansatz des BGH (NJW 2001, 2080) folgend, auf das Mittel der Börsenkurse der letzten drei Monate vor dem die Anteilsinhaberschaft entziehenden

Hauptversammlungsbeschluss, so betrug der Referenzkurs per 23. Dezember 2002 15,52 € und lag somit unter der angebotenen Barabfindung. Da dieser antragsgegnerseits dargelegte Durchschnittskurs antragstellerseits nicht in Zweifel gezogen worden ist und er sich im Rahmen des Plausiblen bewegt, sah die Kammer keinen Anlass, die Ermittlung des jetzt angesprochenen Referenzkurses noch zu überprüfen bzw. überprüfen zu lassen.

2.6 Schuldner der Barabfindung ist allein die Beteiligte zu 13. als Hauptaktionär. Soweit vormalig streitig war, wer richtiger Antragsgegner und damit letztendlich auch Schuldner der Barabfindung ist (für den Hauptaktionär: Grunewald in Müko - AktG, 2. Aufl., § 327 f. Rdn. 9; Grzimek in Geibel-Süßmann, WpüG, Art. 7, § 327 f. AktG, Rdn. 19; Hasselbach WpüG § 327 f. AktG, Rdn. 8.; für die Gesellschaft: Hüffer, AktG, 5. Aufl., § 327 f. AktG Rdn. 5; für Gesellschaft und Hauptaktionär: Steinmeyer/Häger, AktG § 327 f. Rdn. 14) hat der Gesetzgeber durch die Änderung des § 327 f, AktG, durch Art. 2 Nr. 7 des Spruchverfahrensneuordnungsgesetzes vom 12. Juni 2003 (BGB L.I Seite 838), mit der der Hauptaktionär angesprochen und eine Verweisung auf das SpruchG vorgenommen wird, nach Einschätzung der Kammer auch zum Ausdruck gebracht, dass richtiger Antragsgegner (entsprechend § 5 Nr. 3 SpruchG) der Hauptaktionär ist. Dies erscheint konsequent, ist der Hauptaktionär doch Schuldner der angebotenen Abfindung (Grunewald a.a.O. § 327 b) AktG Rdn. 3). Daran ändert ein nachfolgender, sozusagen bestätigender Beschluss der Hauptversammlung und ein sodann eventuell eingeleitetes Spruchverfahren nichts.

3. Die Gerichtskosten waren entsprechend § 327 f. Abs. 2 Satz 2 AktG i.V.m. § 306 Abs. 7 Satz 2 AktG a.F., die hier gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 SpruchG beachtlich sind, der Beteiligten zu 13. als Hauptaktionär aufzuerlegen; als Schuldner der Barabfindung trägt der Hauptaktionär regelmäßig auch die Verfahrenskosten (Grunewald a.a.O § 327 AktG, Rdn. 9 m.w.N.).

Anlass, die Gerichtskosten abweichend von § 306 Abs. 7 Satz 7 AktG a.F. ausnahmsweise entsprechend § 306 Abs. 7 Satz 8 AktG a.F. anderen Verfahrensbeteiligten aufzuerlegen, sieht die Kammer nicht. Solcher Anlass kann gegeben sein, wenn ein offensichtlich unzulässiger oder unbegründeter Antrag gestellt wird (OLG Düsseldorf AG 1996, 88; Bilda in Müko-AktG, 2.Aufl., § 306 Rdn. 168 m.w.N.). Da ein Antrag eines ausstehenden Aktionärs, um verfahrenseinleitende Wirkung zu zeitigen, lediglich das Rechtsschutzziel hier erkennen lassen musste, aber im Übrigen einer Begründung nicht bedurfte (Bilda a.a.O. Rdn. 55 und 56), erscheint der Kammer zu weitgehend, einem Antragsteller ausnahmslos die Gerichtskosten aufzuerlegen, sofern er sich nach Einschätzung des Gerichts nicht ernsthaft mit einem Bewertungsgutachten auseinandergesetzt hat (so aber LG Dortmund NZG 2002, 343). Soweit

einer Verfahrensförderungspflicht der Antragsteller das Wort geredet wird (Bilda a.a.O., Rdn. 56 sowie 17 - 19), hat das Auswirkungen auf den Gang des Verfahrens und eventuell auf dessen Ergebnis, nämlich darauf, inwieweit das Gericht im Rahmen der ihm nach Verfahrenseinleitung gemäß § 12 FGG obliegenden Amtsermittlungslast Ermittlungen anzustellen hat. Dies ist zuvor unter 2.4 dargelegt worden.

Für die außergerichtlichen Kosten wird überwiegend § 13 a Abs. 1 FGG, nicht § 306 Abs. 7 Satz 7 und 8 AktG a.F. als einschlägige Norm angesehen (BayObLG 1996, 127, 131; Bilda a.a.O. Rdn. 169; Hüffer a.a.O. Rdn. 22 m.w.N.). In sogenannten Antragsverfahren ist allein die Zurückweisung des Antrages in der Regel noch kein ausreichender Grund, um eine Kostenerstattung zu verfügen (Keidel/Zimmermann, a.a.O. § 13 a Rdn. 22 m.w.N.). Es müssen zu dem Unterliegen noch besondere Gründe hinzutreten (Keidel/Zimmermann, a.a.O. Rdn. 23). Schließlich wird es als billig im Sinne von § 13 a Abs. 1 FGG angesehen, die wohl zum Schutz von Minderheitsaktionären vorgenommene gesetzgeberische Entscheidung, wie sie für die Gerichtskosten in § 306 Abs. 7 Satz 7 und 8 AktG a.F. ihren Niederschlag gefunden hat, auch auf die außergerichtlichen Kosten zu erstrecken (Hüffer, a.a.O.). D.h., hier entspricht es der Billigkeit, dass der Hauptaktionär auch die außergerichtlichen Kosten tragen.