

I-26 W 9/06 AktE  
18 AktE 4/03  
LG Dortmund



OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF  
BESCHLUSS

In dem Spruchstellenverfahren  
zur Bestimmung der angemessenen Abfindung  
der ausgeschiedenen Aktionäre gemäß § 320 b AktG

**Beteiligte:**

gegen

hat der 26. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den Vorsitzenden  
 Richter am Oberlandesgericht die Richterin am Oberlandesgericht  
 und den Richter am Oberlandesgericht am 24.05.2006

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

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zu 6),  
 vom 25.07.2005 gegen den Be-  
 schluss des Landgerichts Dortmund vom 08.07.2005 wird als unzulässig  
 verworfen.

Die sofortige Beschwerde des gemeinsamen Vertreters der außenstehen-  
 den Aktionäre, vom 29.07.2005 ge-  
 gen den Beschluss des Landgerichts Dortmund vom 08.07.2005 wird zu-  
 rückgewiesen.

**Gründe**

**I.**

Dem vorliegenden Spruchstellenverfahren liegt die in der Hauptversammlung vom  
15.12.1998 der beschlossene Eingliederung der Thyssen Industrie AG  
 zugrunde. Ziel der Antragsteller ist eine Verbesserung des Umtauschverhältnisses  
 und/oder die Festsetzung einer höheren Abfindung, §§ 320 Abs. 2 Nr. 2, 320 b Abs. 1  
 Satz 1 AktG. Kurze Zeit nach diesem Beschluss, in der Hauptversammlung vom  
26.02.1999, wurde die Verschmelzung der auf die  
 beschlossen. Hierzu ist bei dem Landgericht Düsseldorf – 40 O 82/99 AktE – eben-  
 falls ein Spruchstellenverfahren anhängig, in welchem  
 mit Beschluss vom 28.03.2003 mit der Erstellung eines  
 Bewertungsgutachtens beauftragt wurde. Mit Beschluss vom 16.02.2004 wurde  
 auch in dem vorliegenden Verfahren zur gerichtlichen Sachverständigen  
 bestellt. Persönlich bestellt wurden durch Beschluss vom 03.02.2005

und Auf Anfrage des gemeinsamen Vertreters der außenstehenden Aktionäre berichteten die Sachverständigen mit Schreiben vom 03.01.2005 über die Prüfungstätigkeit der für Gesellschaften des Die hatte die Jahresabschlüsse der zum früheren | gehörenden Gesellschaften und einschließlich des Geschäftsjahres 2002/2003 geprüft. Die Prüfungsarbeiten für das letzte von geprüfte Geschäftsjahr 2002/2003 waren im Oktober 2003 im Wesentlichen abgeschlossen. Bis einschließlich des Jahresabschlusses zum 30.09.2001 war außerdem Abschlussprüfer der und der tätig. Der Umsatz dieser Unternehmen machte im Geschäftsjahr 2000/2001 einen Anteil von 0,4 % des Gesamtumsatzes des aus. Das aus diesen Abschlussprüfungen resultierende Honorar betrug maximal 2 % des Umsatzes der und in den beiden nachfolgenden Geschäftsjahren weniger als 1 %.

Mit Schriftsatz vom 27.01.2005 lehnte der gemeinsame Vertreter der außenstehenden Aktionäre die Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit ab. Dem Antrag schlossen sich die Antragsteller zu 1), 2), 5), und 17) an. Das Ablehnungsgesuch wurde damit begründet, die sei einem solchen Umfang als Sachverständige in Unternehmensbewertungen tätig, dass die nötige Distanz zur Großindustrie nicht gewahrt sei. Praktisch sei als Prüferin marktbeherrschend. sei Mitglied im Institut der Wirtschaftsprüfer, weshalb zu besorgen sei, dass sich die Sachverständigen an die Empfehlungen des IDW und des Arbeitskreises Unternehmensbewertung hielten. Der gemeinsame Vertreter der außenstehenden Aktionäre trug weiter vor, das Angebot der Sachverständigen in dem Verfahren – 40 O 82/99 LG Düsseldorf –, die Jahresabschlussmandate zu beenden, falls dies der Bestellung zu gerichtlichen Sachverständigen entgegenstünde, deute darauf hin, dass die Sachverständigen der Antragsgegnerin Gründe liefern wollten, um später wieder Mandate zu erhalten. Die frühere Tätigkeit der Sachverständigen als Abschlussprüfer für Tochtergesellschaften des Konzerns stehe ihrer Bestellung zu Sachverständigen entgegen, weil sie ansonsten genötigt seien, ihre eigene, voraufgegangene Tätigkeit einer kritischen Würdigung zu unterziehen.

Das Landgericht hat die Ablehnungsgesuche mit Beschluss vom 08.07.2005 zurückgewiesen. Dagegen richten sich die sofortigen Beschwerden der Antragstellerin zu 6),  
sowie des gemeinsamen  
Vertreters der außenstehenden Aktionäre, mit dem Antrag,

den Beschluss des Landgerichts Dortmund vom 08.07.2005 aufzuheben  
und die Sachverständigen und von  
wegen Befangenheit abzulehnen.

Der gemeinsame Vertreter der außenstehenden Aktionäre begründet die sofortige Beschwerde wie folgt:

Das Landgericht verkenne die schwerpunktmäßigen Tätigkeiten eines Abschlussprüfers. Dessen eigentliche Verantwortung und der Schwerpunkt seiner Tätigkeit lägen in Bewertungsfragen, wie dies auch im Ertragswertverfahren der Fall sei. Hierzu verweist der gemeinsame Vertreter auf die Prüfung der Abschreibung eines Geschäftswertes und möglicher Beteiligungen sowie die Bewertung von Vorratsvermögen und Rückstellungen. Sowohl bei der Bewertung für den Jahresabschluss als auch für die Unternehmensbewertung komme es auf die Sichtweise am Bewertungsstichtag an. Wie die Geschäfte später tatsächlich gelaufen seien, sei weniger maßgeblich.

könnten folglich nicht unbefangen sein bei der Frage, ob aus der Sicht des 15.12.1998 andere Annahmen zutreffend gewesen seien als diejenigen welche als Abschlussprüfer aus Sicht des nur 15 Tage später liegenden 31.12.1998 testiert hätten. Deren Selbstbindung werde dadurch verstärkt, dass sie auch in den Folgejahren als Abschlussprüfer tätig geworden seien. Die Ablehnung werde auch auf die Lebenserfahrung gestützt, wonach ein Unternehmen, das eine Eingliederung durchführe, die in der Nähe des Bewertungsstichtages liegenden Jahresabschlüsse dahin beeinflusse, nicht in Widerspruch zu der den außenstehenden Aktionären vorgelegten Unternehmensbewertung zu geraten. Das gelte für die mögliche Aktivierung eines Geschäftswerts und für die Abschreibung einer Beteiligung als auch für die Bewertung halbfertiger Produkte und für andere Rückstellungen. Die Vorbefassung von sei auch nicht deshalb unerheblich, weil die von ihr geprüften Konzerntöchter lediglich mit 0,4 % am Gesamt-Konzernumsatz beteiligt seien. Maßgeblich sei nicht der Anteil am Konzernumsatz, sondern der Anteil am Konzernertrag, der weit höher sein dürfte als 0,4 % des

Konzernertrags. Zu beachten sei auch die Wertung des neugefassten § 319 Abs. 3 Nr. 3 d HGB.                    seien noch entgeltlich für die Antragsgegnerin tätig gewesen, als sie erstmals vom Landgericht Düsseldorf als gerichtliche Gutachter angesprochen worden seien. Zu diesem Zeitpunkt habe der Ablehnungsgrund schon deshalb bestanden, weil die Sachverständige vor dem Gutachten von der Gegenpartei Geld angenommen habe. Das Angebot von                    bestehende Prüfungsmandate niederzulegen, könne die Besorgnis der Befangenheit nicht beseitigen, da die Bereitschaft zur Aufgabe der Privatmandate mit der Gegenpartei abgesprochen sein könne.

Die Antragsgegnerin beantragt, die sofortigen Beschwerden zu verwerfen / zurückzuweisen.

Die Sachverständigen                    und                    seien zu keinem Zeitpunkt an einer Abschlussprüfung eines Unternehmens des                    -Konzerns beteiligt gewesen. Außerdem seien die Funktionen des Abschlussprüfers und des gerichtlichen Wertgutachters keineswegs unvereinbar, wie die Fälle der Mehrheitseingliederung, des Abschlusses eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages, des Ausschlusses von Minderheitsaktionären und der Maßnahmen nach dem Umwandlungsgesetz zeigten. Auch sei unbestritten, dass der Abschlussprüfer ebenfalls zum sachverständigen Prüfer bestellt werden könne. Daraus folge, dass der Abschlussprüfer auch die Funktion des gerichtlichen Sachverständigen im Spruchverfahren einnehmen könne. Zudem habe die Abschlussprüfung einen anderen Inhalt als die Wertermittlung. Bei der Abschlussprüfung handele es sich um eine Gesetzes-, Satzungs- und Ordnungsmäßigkeitsprüfung der Rechnungslegung, während das Gutachten nach der Ertragswertmethode auf die Erfassung der künftigen Ergebnisreihen gerichtet sei. Auf Geschäfts- oder Firmenwerte in den Einzelabschlüssen komme es deshalb nicht an, weil in dem maßgeblichen Zeitraum keine Unternehmen im Wege des asset deal erworben worden seien. Es seien lediglich in zwei Fällen außerplanmäßige Abschreibungen auf Anteile an verbundenen Unternehmen/Beteiligungen vorgenommen worden. Die angefallenen Abschreibungen seien aber für die Unternehmensbewertung irrelevant, da sie eine typische Bereinigungsposition darstellten. Unzutreffend sei die Ansicht des gemeinsamen Vertreters, bei der Bewertung des Vorratsvermögens wegen drohender Verluste aus schwebenden Geschäften und der Bildung von Rückstellungen wegen unsicherer Verbindlichkeiten komme es zu Überschneidungen zum Ertragswertverfahren. Die bei Drohverlusten durchzuführende Prognose beziehe sich nur darauf, ob bei noch nicht

Landgericht hat richtig entschieden. Das gegen die Sachverständigen und gerichtete Befangenheitsgesuch ist nicht begründet.

1.

Ein Sachverständiger kann gemäß § 406 Abs. 1 S. 1 ZPO aus denselben Gründen, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abgelehnt werden. Gemäß §§ 42 Abs. 2, 44 ZPO kann ein Richter wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn Umstände dargelegt und glaubhaft gemacht werden, aus denen vom Standpunkt des Ablehnenden aus bei vernünftiger und besonnener Betrachtung die Befürchtung gerechtfertigt erscheint, der Richter stehe der Sache nicht unvoreingenommen gegenüber (BVerfGE 82,38; BVerfGE 92, 139; BGH NJW-RR 2003,1220,1221; Musielak/Heinrich, ZPO, 4. Aufl., § 42 Rdnr.4 f.). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt.

2.

Die Ablehnung der Sachverständigen und wird darauf gestützt, dass bis zum Jahr 2003 als Abschlussprüfer für Tochtergesellschaften des Konzerns tätig war. Unstreitig hatte die die Jahresabschlüsse der zum früheren Konzern gehörenden Gesellschaften und einschließlich des Geschäftsjahres 2002/2003 geprüft. Die Prüfungsarbeiten für das letzte von geprüfte Geschäftsjahr 2002/2003 waren im Oktober 2003 im Wesentlichen abgeschlossen. Die war außerdem bis zu dem Jahresabschluss zum 30.09.2003 als Abschlussprüfer der und der tätig.

a)

Eine gesetzliche Regelung, wonach der Abschlussprüfer in einem Spruchstellenverfahren zur Bestimmung des Umtauschverhältnisses und der angemessenen Abfindung der Minderheitsaktionäre nicht zum gerichtlichen Sachverständigen bestellt werden kann,

besteht nicht. Ebenso wenig lässt sich die Unvereinbarkeit aus der rechtlichen Stellung des Abschlussprüfers und der des gerichtlich bestellten Sachverständigen im Spruchstellenverfahren herleiten.

aa)

Der gesetzliche Abschlussprüfer ist weder Organ der prüfungspflichtigen Gesellschaft noch Hilfsorgan des Aufsichtsrats bei der Überwachung des Vorstands, sondern unabhängiger Sachverständiger mit gesetzlich vorgegebenen Kontrollaufgaben (MüKo HGB-Ebke, §18 RdNr. 18 ). Die zentrale Vorschrift zur Sicherung der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers findet sich in § 319 Abs. 2 HGB. Danach darf nicht Abschlussprüfer sein, wer Beziehungen geschäftlicher, finanzieller oder persönlicher Art zu dem zu prüfenden Unternehmen unterhält. Die besondere Bedeutung der Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Unbefangenheit des Prüfers wird durch das Berufsrecht der Wirtschaftsprüfer unterstrichen. Nach § 43 Abs. 1 S.1 WPO hat der Wirtschaftsprüfer seinen Beruf unabhängig auszuüben. § 43 Abs. 1 S. 2 WPO verlangt, dass sich der Wirtschaftsprüfer insbesondere bei der Erstattung der Prüfberichte im Sinne des § 321 HGB unparteilich zu verhalten hat (vgl. i.e. MüKo HGB - Ebke, § 319 RdNr 14 m.w.N.).

Die gesetzlichen Vorschriften über die Abschlussprüfung schließen eine Personalidentität bei der Erstellung des Jahresabschlusses und seiner Überprüfung strikt aus. § 319 Abs. 3 S 1 Nr. 3 HGB konkretisiert hierzu das sogenannte Selbstprüfungsverbot. Der Abschlussprüfer soll einen Tatbestand nur beurteilen, wenn er an dessen Zustandekommen über die Prüfungstätigkeit hinaus selbst nicht maßgeblich mitgewirkt hat. Der Abschlussprüfer darf in dem zu prüfenden Geschäftsjahr und bis zur Erteilung des Bestätigungsvermerks nicht bei der Führung der Bücher, der Aufstellung des Jahresabschlusses oder in verantwortlicher Position an der internen Revision mitwirken sowie keine Bewertungsleistungen erbringen, wenn diese sich auf den zu prüfenden Jahresabschluss nicht nur unwesentlich auswirken (Beck'scher Bilanzkommentar – Förschle/Schmidt, 6. Aufl., § 319 RdNr. 46).

Gegenstände der Prüfung sind nach § 317 HGB der Jahresabschluss, der Lagebericht sowie der Konzernabschluss einschließlich der einbezogenen Jahresabschlüsse und der Konzernlagebericht. Gerade bei der Prüfung des Lageberichts wird die unabhängige Stellung des Abschlussprüfers deutlich; er soll die nach § 289 Abs. 1 S. 1 2. Hs. HGB erforderliche Einschätzung des Vorstands überprüfen und bewerten, nicht aber



eine eigene Prognose abgeben ( vgl. Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, 32. Aufl., § 321 Rdnr. 1 m.w.N.).

Diese Unabhängigkeit des Abschlussprüfers liegt der Wertung des Gesetzgebers zugrunde, wonach der Abschlussprüfer auch zum Verschmelzungsprüfer bestellt werden kann ( vgl. BT-Drs. 9/1785, S 23). Selbst die gleichzeitige Tätigkeit des Verschmelzungsprüfers als Abschlussprüfer bei einer der beteiligten Gesellschaften steht seiner Bestellung nicht entgegen (Lutter UmwG, § 11 RdNr. 6 m.w.N.). Dementsprechend kann der Abschlussprüfer auch zum Vertragsprüfer bestellt werden (Kölner Komm AktG - Koppensteiner, 3. Aufl., § 293 d Rdnr. 5; MüKo AktG – Altmeppen, 2. Aufl., § 293 d RdNr. 5 m.w.N.).

Aus dem gleichen Grund ist die sogenannte Parallelprüfung grundsätzlich zulässig. Eine solche Parallelprüfung spricht nicht gegen eine unabhängige (Über-)Prüfung der Angemessenheit der angebotenen Barabfindung (OLG Düsseldorf, Urf. v. 14. Januar 2005, I-16 U 59/04 , AG 2005, 293, 297; OLG Stuttgart, B. v. 03.12.2003-Az. 20 W 6/03-, zitiert aus Juris). Auch ist der Vertragsprüfer nicht automatisch als Sachverständiger im Spruchstellenverfahren ausgeschlossen (MüKo AktG – Altmeppen, 2. Aufl., § 293 d, RdNr. 5). Der Umstand, dass ein gerichtlich bestellter Sachverständiger bereits in einem anderen Verfahren ein Gutachten erstattet hat, ist kein Grund, ihn wegen der Besorgnis der Befangenheit abzulehnen. Ihm muss die Fähigkeit zugesprochen werden, eine einmal gefasste Meinung zu revidieren (vgl. OLG Düsseldorf, AG 2001, 533).

Damit ist auch der Abschlussprüfer nicht von vornherein als gerichtlicher Sachverständiger im Spruchstellenverfahren zur Bestimmung des Umtauschverhältnisses und der angemessenen Abfindung nach einer Eingliederung ausgeschlossen.

bb)

Die Akzeptanz eines im Spruchstellenverfahren eingeholten Gutachtens wird zwar umso höher sein, je geringer die Verbindung des Sachverständigen zu einer der Parteien ist. Deshalb dürfte es sachgerecht sein, unter verschiedenen zur Auswahl stehenden Sachverständigen denjenigen auszuwählen, der keine oder jedenfalls die geringsten Berührungspunkte mit einer der Parteien hat. Dies gilt für die Bestellung gerichtlicher Sachverständiger allgemein. Dies kann aber im vorliegenden Fall nicht dazu führen,

dass die Unabhängigkeit der Sachverständigen allein deshalb in Zweifel gezogen wird, weil die von ihnen vertretene Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in der Vergangenheit bei einem beteiligten Unternehmen als Abschlussprüfer tätig war. Es hätte vielmehr der Darlegung weiterer konkreter Umstände bedurft, um die Besorgnis zu rechtfertigen, die Sachverständigen seien an einer unparteiischen, unvoreingenommenen Erstellung des Gutachtens gehindert (vgl. OLG Düsseldorf, AG 2001, 533 m.w.N.). Solche Umstände hat der Beschwerdeführer nicht vorgetragen.

b)

Die war bis zum Jahr 2003 als  
 Abschlussprüfer für Tochtergesellschaften des Konzerns tätig. Unstreitig hatte  
Konzern gehörenden Gesell-  
 die Jahresabschlüsse der zum früheren und  
 schaften einschließlich des Geschäftsjahres 2002/2003 geprüft. Die Prüfungsarbeiten für  
 das letzte von geprüfte Geschäftsjahr 2002/2003 waren im Oktober 2003 im We-  
 sentlichen abgeschlossen. war außerdem bis zu dem Jahresabschluss zum  
 30.09.2003 als Abschlussprüfer der und der  
 tätig.

Maßgeblich für die Beurteilung der Frage der Befangenheit ist, dass die Prüfungstätigkeit der für Unternehmen des  
– Konzerns beendet war, bevor das Landgericht die Sachverständigen  
 und mit Beschluss vom 03.02.2005 beauftragte. Die Sachver-  
 ständigen hatten mit Schreiben vom 03.01.2005 mitgeteilt, dass  
nicht mehr für Unternehmen des  
 Konzerns oder sonstige Unternehmen des – Konzerns als Abschluss-  
 prüfer oder sonst beratend tätig sei. Unerheblich ist, ob die Tätigkeit der  
bereits beendet war, als das Landgericht  
 Düsseldorf die in dem dortigen  
 Verfahren beauftragte. Auf die Frage, ob die Sachverständigen in dem vorliegenden  
 Verfahren dem Einwand der Befangenheit ausgesetzt sind, hätte dies keinen Einfluss.

Ob und inwieweit die Sachverständigen bei der Bestimmung der Verschmelzungswertrelation in der Vergangenheit liegende Bewertungen der Tochterunternehmen des

- Konzerns möglicherweise zu revidieren haben, kann nach der eingangs beschriebenen unabhängigen Stellung des Abschlussprüfers und der ihm zuzuerkennenden Fähigkeit, seine Bewertung zu überprüfen und zu ändern, dahinstehen. Besondere Umstände, aus denen der Beschwerdeführer bei redlicher Betrachtung die Besorgnis herleiten könnte, den Sachverständigen und könnte die entsprechende Bereitschaft fehlen, sind nicht vorgetragen oder sonst ersichtlich. Die Prüfungstätigkeit der für den

- Konzern ist beendet und der Vortrag des Beschwerdeführers, es spreche „einiges für die Annahme, dass einerseits und andererseits sich bei den Gesprächen über den Rollenwechsel von augenzwinkernd zugerufen haben, dass dies weder der noch der

zum Schaden gereichen“ solle, erfolgt ohne jede tatsächliche Grundlage und in's Blaue hinein. Dies gilt auch für die auf eine angebliche Lebenserfahrung gestützte Behauptung des Beschwerdeführers, wonach ein Unternehmen, das eine Eingliederung durchführe, die in der Nähe des Bewertungsstichtages liegenden Jahresabschlüsse dahin beeinflusse, nicht in Widerspruch zu der den außenstehenden Aktionären vorgelegten Unternehmensbewertung zu geraten. Überprüfbaren Tatsachenvortrag enthält auch nicht der Vorwurf des Beschwerdeführers, die Verfahren, in denen

als gerichtlicher Sachverständiger bestellt worden sei, seien „immer wie das Hornberger Schießen“, also zu Lasten der Antragsteller ausgegangen“.

Hinzu kommt, dass des Konzerns geprüft hat, deren Umsatzanteil am Konzernumsatz des -Konzerns 0,4 % ausmacht. Auch wenn es für die Verschmelzungswertrelation auf die Ertragskraft der Unternehmen, und zwar der Unternehmen des - Konzerns, ankommt, erscheint es so gut wie ausgeschlossen, dass - selbst bei Unterstellung einer mehrfach so hohen Ertragskraft dieser Unternehmen – hierdurch die Bewertung nennenswert beeinflusst werden könnte. Ohnehin, falls dies relevant werden sollte, kann erwartet werden, dass die Sachverständigen eine bei einer Abschlussprüfung durch vorgenommene Bewertung kritisch überprüfen und bei Bedarf korrigieren werden.

c):

Auf die Frage, ob die Rüge der Befangenheit fristgerecht erhoben wurde, kommt es nicht mehr an.

3.

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst, weil die außergerichtlichen Kosten ebenso wie in den Verfahren der Richterablehnung, an der sich die Ablehnung eines Sachverständigen wegen der Besorgnis der Befangenheit orientiert, nicht erstattungsfähig sind (vgl. OLG Düsseldorf, OLGR 1993, 63).

Der gerichtliche Geschäftswert ist gemäß § 30 KostO nach freiem Ermessen zu bestimmen und richtet sich nach dem Geschäftswert der Hauptsache (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1994, 1086). Der dafür maßgebliche Beziehungswert kann zur Zeit noch nicht festgesetzt werden, weil es hierfür auf den Ausgang des Verfahrens ankommt.