

5 W 70/09

16 O 54/07 Landgericht Kiel

B e s c h l u s s

In dem Spruchverfahren

wegen Zulässigkeit der Anträge der Antragsteller zu 6/46, 8/47, 22/51 und 23/52

hat der 5. Zivilsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht

, den Richter am Oberlandesgericht und den Richter am Oberlandesgericht am 01. Juni 2010 beschlossen:

Die Beschwerde der Antragsgegnerin vom 26.03.2009 gegen den Beschluss des Vorsitzenden der Kammer für Handelssachen III des Landgerichts Kiel vom 09.03.2009, soweit durch diesen die Zulässigkeit der Anträge der Antragsteller zu 6/46, 8/47, 22/51 und 23/52 festgestellt worden ist, wird als unbegründet zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis zu 40.000,00 € festgesetzt.

G r ü n d e

I.

Die Antragsgegnerin ist ein Telekommunikations-Dienstleistungsunternehmen mit Sitz in Büdelsdorf. Sie ist Rechtsnachfolgerin der und der , die mit Vertrag vom 08.07.2005 und mit Zustimmung der jeweiligen Hauptversammlungen der übertragenen Rechtsträger (

am 24.08.2005 und am 25.08.2005) auf (später umfirmiert auf den Namen der Antragsgegnerin) verschmolzen wurden. Die Antragsteller zu 6/46, 8/47, 22/51 und 23/52 waren als Aktionäre vor der Verschmelzung sowohl an der als auch an der beteiligt.

Anfang März 2005 kündigte die an, eine Verschmelzung mit der freenet.de AG anzustreben. Zu diesem Zeitpunkt war die France Telekom und ab Mai 2005 nach weitgehender Übernahme des von France Telekom gehaltenen Aktienpakets durch die Investmentgesellschaft „Texas Pacific Group“ (nachfolgend „TPG“) größter Aktionär der mit einer Beteiligung von 28,7 %. Die war wiederum mit 50,4 % an der freenet.de AG beteiligt. Hinsichtlich des Verfahrens für eine Ermittlung des Umtauschverhältnisses waren sich die Parteien (mit dem Vorstandsvorsitzenden einerseits und freenet.de AG mit dem Vorstandsvorsitzenden andererseits) zunächst nicht einig. Am 6. Juni 2005 einigten sich beide jedoch auf ein vorläufiges Bewertungsverhältnis. Es wurde eine Bandbreite festgelegt, wonach eine Aktie der freenet.de AG voraussichtlich zwischen 1,14 und 1,19 Aktien der entsprechen sollte (Bl. 28 d. A.). Im Anschluss an diese Vereinbarung wurden die beiden Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und durch die Vorstände von und freenet.de AG gemeinsam beauftragt, die Unternehmenswerte der beiden Gesellschaften und der im Rahmen der Verschmelzung aus technischen Gründen als aufnehmende Gesellschaft fungierenden Antragsgegnerin (damals noch firmierend als) sowie das rechnerische Umtauschverhältnis zu ermitteln und über das Ergebnis dieser Prüfung ein gemeinsames Gutachten zu erstatten. Am 8.07.2005 einigten sich die beteiligten Unternehmen im Rahmen eines Verschmelzungsvertrages auf das endgültige Umtauschverhältnis. Es wurde vereinbart, dass ein freenet.de. Aktionär für jede Aktie 1,15 Papiere der telunico erhält, ein Aktionär hingegen nur 1,0 Papiere. Die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses wurde vom gerichtlich bestellten Verschmelzungsprüfer gemäß Prüfungsbericht vom 11.07.2005 bestätigt. Die Hauptversammlung der stimmte am 24. August 2005 mit 99,85 % des vertretenen Kapitals für den

Verschmelzungsvertrag. Die Hauptversammlung der freenet.de AG stimmte am 25. August 2005 ebenfalls dem Verschmelzungsvertrag mit einer Mehrheit von 99,39 % des vertretenen Kapitals zu. Nach vergleichsweiser Beilegung von Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen wurde die Verschmelzung in das Handelsregister der Antragsgegnerin (AG Kiel HRB 7306 KI) am 02.03.2007 eingetragen und am 5.3.2007 im elektronischen Registerportal nach § 10 HGB bekannt gemacht.

In diesem seit dem 30.04.2007 gemäß §§ 15 Umwandlungsgesetz i. V. m. 1 ff. SpruchG anhängigen Spruchverfahren begehren insgesamt 55 Antragsteller die gerichtliche Bestimmung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses bzw. einer entsprechenden Ausgleichszahlung nach § 1 Nr. 4 SpruchG.

Das Landgericht hat im Rahmen einer Zwischenentscheidung gemäß Ziffer I des angefochtenen Beschlusses vom 09.03.2009 u. a. festgestellt, dass die Anträge der Antragsteller zu 6/46, 8/47, 22/51 und 23/52 zulässig sind. Dagegen richtet sich die Beschwerde der Antragsgegnerin.

II.

1. Die Beschwerde ist – entgegen der Auffassung der Antragsteller zu 22./51, und 23./52. – als einfache (unbefristete) Beschwerde gemäß §§ 17 Abs. 1 Spruchgesetz i. V. m. 19 FGG a.F. (Rechtsmittelzug vor Inkrafttreten des FamFG am 01.09.2009) zulässig. Zwischenentscheidungen sind – wie hier – jedenfalls dann selbständig beschwerdefähig, wenn sie eine Zwischenentscheidung über die Zulässigkeit des Antrags enthalten (§ 280 Abs. 2 ZPO; vgl. Luther-Krieger/Mennicke, UmwG, 4. Auflage, § 12 SpruchG, Rn. 3; Münchener Kommentar – Aktiengesetz, Kubis, 3. Auflage 2010, § 12 SpruchG Rn. 1). Es handelt sich nicht um eine sofortige Beschwerde gemäß § 12 Abs. 1 SpruchG a. F. (in der Fassung bis zum 31.08.2009), weil diese Vorschrift ausdrücklich auf Entscheidungen nach § 11 Spruchgesetz verweist und deshalb Zwischenentscheidungen ausgenommen sind (vgl. Münchener Kommentar AktG-Kubis, a. a. O.).

2. Zu Recht hat das Landgericht festgestellt, dass die gegenläufig erhobenen Bewertungsrügen der Beschwerdegegner (als ehemalige Aktionäre sowohl der als auch der freent.de AG) wegen Widersprüchlichkeit (Perplexität) nicht un schlüssig und damit gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 SpruchG unzulässig sind. Richtig ist zwar, dass die angestrebte Veränderung des Umtauschverhältnisses zugunsten der ehemaligen freenet.de AG Aktionäre - wirtschaftlich gesehen – nicht zu dem Vortrag ehemaliger Aktionäre passt, die ebenfalls eine zu niedrige Bewertung ihres Unternehmens im Rahmen der Verschmelzung auf die telunico Holding AG behaupten. Die Antragsgegnerin verkennt jedoch, dass es sich rechtlich um die Verschmelzung auf einen neuen Rechtsträger im Sinne von § 3 Abs. 1 UmwG handelt (die telunico Holding AG bzw. nach Umfirmierung freenet AG), mithin zwei eigenständige Verschmelzungsvorgänge (auf die telunico Holding AG; und freenet.de AG auf die telunico Holding AG) unterschieden werden müssen. Die telunico Holding AG war vor der Verschmelzung mit der bereits existent und mit einem Grundkapital von 50.000,00 € ausgestattet. Zwar verfügte sie vor der Verschmelzung über keinen eigenen operativen Unternehmenswert (d.h. sie war nach Vollzug des ersten Teilakts des Verschmelzungsvertrages praktisch mit dem Wert der identisch), gleichwohl handelte es sich um einen eigenständigen Verschmelzungsvorgang, der rechtlich von dem zweiten Teilakt (= Verschmelzung der freenet.de AG auf die telunico Holding AG) zu unterscheiden ist. Bei beiden Verschmelzungsvorgängen ist die Ermittlung des Unternehmenswertes der übertragenen Rechtsträger (und freenet.de AG) bereits aufgrund der gesetzlichen Regelung des § 29 Abs. 1 UmwG (= Abfindungsangebot im Verschmelzungsvertrag) erforderlich. Bei der Bewertung des ersten Teilakts der Verschmelzung kommt es allein auf den Unternehmenswert der und das entsprechende Umtauschverhältnis an. Die Beschwerdegegner können mithin sowohl die zu niedrige Bewertung der als auch eine im Verhältnis zur zu geringe Bewertung der freenet.de AG geltend machen, ohne sich zu widersprechen. Zu Recht hat das Landgericht darauf hingewiesen, dass es durchaus denkbar ist, dass die Unternehmen beider übertragenen Rechtsträger (und freenet.de AG) hätten höher bewertet werden müssen. Die

Beschwerdegegner können damit als ehemalige Aktionäre sowohl eine Höherbewertung der (z. B. aufgrund eventuell bestehender Schadensersatzansprüche gegen France Telekom) als auch in einem nachfolgenden Schritt als ehemalige freenet.de Aktionäre eine im Verhältnis zur höher bewerteten möglicherweise zu niedrige Bewertung der freenet.de AG geltend machen (vgl. Bl. 847 d. A.). Ein widersprüchlicher Vortrag ist darin nicht zu sehen. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin (Bl. 1064 d. A.) liegt auch kein Fall des Rechtsmissbrauchs vor.

Die Entscheidung des OLG Stuttgart (Beschluss vom 08.03.2006, Az.: 20 W 5/05, DStR 2006, 626) ist mit dem hier zugrundeliegenden Sachverhalt (Verschmelzung im „Dreiecksverhältnis“) nicht vergleichbar. Vorliegend geht es nicht um den Interessengegensatz zwischen den Anteilseignern des übertragenen Rechtsträgers einerseits und den Anteilseignern des übernehmenden Rechtsträgers andererseits (dort wurde die Württembergische AG Versicherungs-Beteiligungsgesellschaft auf die Wüstenrot Beteiligungs AG verschmolzen), sondern um die Interessen der Anteilseigner zweier selbständiger übertragenden Rechtsträger.

3. Die Anträge der Beschwerdegegner sind – entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin – auch nicht wegen anderweitiger Rechtshängigkeit analog § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO unzulässig. Bei den zu bewertenden Sachverhalten (= gerichtliche Bestimmung einer angemessenen Barabfindung gemäß §§ 15 UmwG i. V. m. 1 Nr. 4 SpruchG der ehemaligen Aktionäre einerseits und der ehemaligen freenet.de Aktionäre andererseits) handelt es sich um unterschiedliche Streitgegenstände. Der Entscheidung LG München vom 10.12.1999 (ZIP 2000, 625 – 626) liegt ein anderer Sachverhalt zugrunde. Dort ging es um die Unzulässigkeit der Einleitung eines zweiten Spruchverfahrens aufgrund eines Beschlusses der Hauptversammlung, mit dem der ursprüngliche Zustimmungsbeschluss zu dem Unternehmensvertrag bestätigt worden ist. Der Umstand, dass das Landgericht hier die Verfahren analog § 147 ZPO zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden hat, führt nicht zu einer doppelten Rechtshängigkeit im Sinne von § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO.

Nach alledem ist die Beschwerde unbegründet.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 17 SpruchG i. V. m. § 13 a Abs. 1 Satz 2 FGG a. F., wonach die Kosten einer unbegründeten Beschwerde dem Beschwerdeführer aufzuerlegen sind (vgl. Luther-Krieger/Mennicke, a. a. O., § 15 SpruchG, Rn. 16 m. w. N.).

Der Geschäftswert der Beschwerden gegen Zwischenentscheidungen bestimmt sich gemäß § 131 Abs. 2 i. V. m. 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen (Münchener Kommentar Aktiengesetz-Kubis, a. a. O., § 15 SpruchG, Rn. 9 m. w. N.). Im Hinblick auf den Wertfestsetzungsbeschluss des Landgerichts vom 30.07.2007 (Bl. 60 u. 61 d. A.), wonach die Geschäftswerte der einzelnen verbundenen Spruchverfahren auf jeweils 5.000,00 € festgesetzt wurden, hat der Senat mit Blick auf die acht Beschwerdegegner sowie den Umstand, dass es sich hier lediglich um eine Zwischenentscheidung handelt, den Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren auf insgesamt 40.000,00 € festgesetzt.