

**Zur höchstrichterlichen Freigabe der aktien- und umwandlungsrechtlichen Freigabeverfahren
Dr. Erich Waclawik, Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof**

Besprechung des Beschlusses des BGH vom 29. Mai 2006, II ZB 5/06, ZIP 2006, 1151 in Sachen T-Online AG / Deutsche Telekom AG

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in dem hier besprochenen Beschluss entschieden, dass - so der Leitsatz - „in dem Freigabeverfahren nach § 16 Abs. 3 UmwG ... die Rechtsbeschwerde kraft Gesetzes ausgeschlossen“ ist. Dieser knappe und schlichte Satz ist von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung. Er markiert das Ende eine mehr als viermonatigen Phase der Ungewissheit für die beteiligten Gesellschaften und schafft darüber hinaus Rechtssicherheit in einer für die Praxis der Gesellschafts- und Konzernrestrukturierung sehr wichtigen Frage. Der Beitrag geht - anknüpfend an die Besprechung des Beschlusses der Vorinstanz in dieser Zeitschrift durch Decher (ZIP 2006, 746) - auf Argumente des Senats ein und erörtert, welche Folgerungen aus dem Beschluss durch den Gesetzgeber gezogen werden sollten.

I. Das Problem

Zur Beschleunigung der Handelsregistereintragung bestimmter, durch Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklagen angegriffener Hauptversammlungsbeschlüsse sieht sowohl das Aktiengesetz als auch das Umwandlungsgesetz besondere gerichtliche Eilverfahren vor, für die sich die Bezeichnung „Freigabeverfahren“ eingebürgert hat. Freigabeverfahren gibt es bei Eingliederungsbeschlüssen (§ 319 Abs. 6 AktG), bei dem Ausschluss von Minderheitsaktionären (§§ 327e Abs. 2, 319 Abs. 6 AktG), seit dem UMAG auch bei Kapitalmaßnahmen und bei dem Abschluss von Unternehmensverträgen (§ 246a AktG). Gleiches gilt für die im Umwandlungsgesetz geregelten Verschmelzungsbeschlüsse (§ 16 Abs. 3 UmwG). Über Verweisungsvorschriften findet dieses Freigabeverfahren auch bei anderen Umwandlungsvorgängen Anwendung. Das letztgenannte Freigabeverfahren stand im Fokus des hier besprochenen Beschlusses.

Alle Freigabeverfahren sind hinsichtlich des Instanzenzuges gleich strukturiert. In erster Instanz entscheidet über den Freigabeantrag das für die Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsklagen zuständige Landgericht. Gegen den (stattgebenden oder ablehnenden) Freigabebeschluss findet die sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht statt. Einen weiteren Instanzenzug zum Bundesgerichtshof sieht weder § 16 Abs. 3 UmwG noch eine der anderen genannten Vorschriften ausdrücklich vor. Stets heißt es, dass gegen den (Freigabe-)Beschluss die sofortige Beschwerde stattfindet. Andererseits fehlt in den betreffenden Sätzen durchweg das Wort „nur“. Bis zur ZPO-Reform des Jahres 2001 war es gleichwohl nach der Gesetzeslage klar und daher auch unstreitig, dass gegen Beschwerdebeschlüsse in Freigabeverfahren die „weitere Beschwerde“ zum Bundesgerichtshof nicht statthaft war. Diese bedurfte nach § 568 Abs. 2 Satz 1 ZPO a. F. der ausdrücklichen Zulassung.

Die ZPO-Reform, die - unter anderem - die „weitere Beschwerde“ durch die „Rechtsbeschwerde“ (§§ 574 ff. ZPO) ersetzte, hat in dieser Frage Unsicherheit geschaffen. Nach § 574 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist die Rechtsbeschwerde nicht nur dann statthaft, wenn sie ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist (dort: Nr. 1), sondern auch dann, wenn das Beschwerdegericht sie in seinem Beschluss (dort: Nr. 2) zulässt. Besonders wahrgenommen wurde diese Rechtsänderung und ihre mögliche Geltung auch für die hier betrachteten Freigabeverfahren indessen in den vergangenen Jahren nicht. Dies hat sich anlässlich des Vorhabens, das dem hier besprochenen Beschluss zu Grunde liegt, der Verschmelzung der T-Online AG auf ihre Muttergesellschaft, die Deutsche Telekom AG, grundlegend gewandelt. Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main hatte in seiner vorinstanzlichen Beschwerdeentscheidung, gestützt auf die ganz überwiegende Auffassung in der umwandlungsrechtlichen Kommentarliteratur, den Reformgesetzgeber beim Wort(laut) genommen und gestützt auf § 574 Abs. 2 Nr. 1 ZPO (grundsätzliche Bedeutung) sowie Nr. 2 (Bedarf nach Rechtsfortbildung) der Vorschrift erstmals die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof zugelassen.

Es liegt auf der Hand, dass die Zulassung und Durchführung der Rechtsbeschwerde die Dauer von Freigabeverfahren verlängert. Im vorliegenden Fall lagen zwischen der Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main und dem Beschluss des Senats mehr als vier Monate. Die übliche Dauer der Freigabeverfahren, die praktisch immer durch zwei Instanzen geführt werden, von rund neun Monaten – mitunter auch mehr – verlängerte sich damit vorliegend auf über ein Jahr. Dies macht sehr anschaulich, dass die „Aufstockung“ des Instanzenzuges durch ein weiteres Rechtsmittel die deutsche Gesellschafts- und Konzernrestrukturierungspraxis in erheblichem Maße verlangsamen und mit weiterer Unsicherheit belasten würde. Viele Konzerne und ihre Berater - nicht zuletzt die Allianz AG, die gegenwärtig mit ihrer italienischen Tochtergesellschaft RAS S.p.A. die Verschmelzung zur SE betreibt - blickten mit Sorge nach Karlsruhe, ob der Senat die Rechtsbeschwerde, jedenfalls für die Verschmelzungs-Freigabeverfahren nach § 16 Abs. 3 UmwG, für statthaft erachten würde.

II. Der Beschluss und seine Begründung

Wie bereits der eingangs erwähnte Leitsatz verdeutlicht, hat der Senat diese Sorge mit allem Nachdruck zerstreut. Aus einem obiter dictum des Beschlusses wird ferner deutlich, dass die Rechtsbeschwerde nicht nur in den Freigabeverfahren nach § 16 Abs. 3 UmwG ausgeschlossen ist, sondern auch in den Freigabeverfahren des Aktiengesetzes. Da der Beschluss und seine Gründe bereits in dieser Zeitschrift veröffentlicht sind, seien die Argumente des Senats nachfolgend nur kurz auf den Punkt gebracht:

- Die Zulassung der Rechtsbeschwerden durch das Oberlandesgericht binde den Senat nicht, da diese kraft Gesetzes ausgeschlossen seien.
- Der Wortlaut des § 574 ZPO gebe den Anwendungsbereich der Rechtsbeschwerde nur unzureichend wieder; es gebe einen „unbenannten dritten Bereich“, in dem das Gesetz die Rechtsbeschwerde ausgeschlossen habe. Dies folge zum Teil bereits aus dem Gesetz (so bspw. aus § 148 Abs. 2 Satz 6 AktG), zum Teil hingegen „aus der Natur der Sache“, wie namentlich bei § 16 Abs. 3 UmwG.
- Vor der ZPO-Reform 2001 sei auf Grund des § 568 Abs. 2 Satz 1 ZPO a. F. klar gewesen, dass § 16 Abs. 3 Satz 5 UmwG die weitere Beschwerde ausschließe. Anlässlich der Einführung der Rechtsbeschwerde habe der Gesetzgeber nicht erkennen lassen, dass er in den als Eilverfahren konzipierten Freigabeverfahren eine dritte Instanz habe eröffnen wollen.
- Für die Zulassung der Rechtsbeschwerde bestünde in Freigabeverfahren nach § 16 Abs. 3 UmwG auch kein praktisches Bedürfnis.
- Die einschlägigen Neuerungen durch das UMAG (§§ 148, 246a AktG) rechtfertigten ebenfalls nicht die Annahme, dass nunmehr in den Freigabeverfahren des Umwandlungs- und des Aktiengesetzes eine dritte Instanz eröffnet werden sollte.
- Ein Rechtsweg zum Bundesgerichtshof sei nicht verfassungsrechtlich geboten

oder gar garantiert.

Wegen weiterer Einzelheiten zu den Argumenten für und wider die Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde sei auf die bereits erschienenen Literaturbeiträge hingewiesen.

III. Würdigung des Beschlusses und seiner Begründung

1. Das Ergebnis

Der Beschluss ist im Ergebnis uneingeschränkt zu begrüßen. Seine größte Schwäche liegt darin, dass er überhaupt ergehen musste. Die Verantwortung hierfür trägt allerdings nicht das Oberlandesgericht Frankfurt am Main als Vorinstanz. Das Oberlandesgericht hat in seiner Beschwerdeentscheidung im Hinblick auf die Zulassung der Rechtsbeschwerde dasjenige getan, was von einem ordentlichen Gericht in einem Gemeinwesen mit einem regen parlamentarischen Gesetzgeber zu erwarten ist: Es hat in ein noch recht junges Gesetz (§ 574 ZPO) geblickt, hat - in wörtlicher Anwendung - dessen Voraussetzungen für gegeben erachtet, keine explizite Ausnahmenvorschrift vorgefunden und diesen Befund in einer Gegenüberstellung und Analyse noch jüngerer (UMAG-)Vorschriften (§ 148 Abs. 2 Satz 6 AktG vs. § 246a AktG) bestätigt gefunden. „Unbenannte dritte Bereiche“ zu entdecken und auszuloten, in denen solche Gesetze gleichwohl nicht gelten, ist nicht die originäre Aufgabe der Instanzgerichte. Daher sollte die Aussage des Senats, die Rechtsbeschwerdeführer hätten „dem Wortlaut des § 574 ZPO ... eine zu weit gehende Bedeutung be[ig]emessen ...“, nicht als versteckte Kritik an der Vorinstanz verstanden werden. Noch schwerer als dem Oberlandesgericht mag allerdings den Rechtsbeschwerdeführern die Verarbeitung dieses Satzes fallen, wurden sie doch für etwas gerügt, was üblicherweise als Bürgertugend gilt.

2. Rechtserkenntnis vs. Rechtsfortbildung

Bei der Lektüre der Gründe des Beschlusses fällt ferner auf, dass die erwähnten Argumente in ihrer Summe weniger schlagend sind als die feste Stimme des Senats nahe legen will. Schon bei dem Leitsatz kann man an zwei Worten zweifeln, nämlich an den Worten „kraft Gesetzes“. Bei Lichte betrachtet hat der Gesetzgeber die Rechtsbeschwerde in § 16 Abs. 3 UmwG nicht ausgeschlossen. Er handelt(e) sich nämlich - in den Worten des Senats - nicht um einen „die Gesamtrechtsordnung in den Blick nehmenden Gesetzgeber“, sondern um einen Gesetzgeber, der wiederholt seine Arbeit nicht zu Ende gedacht und geführt hat. Bereits bei der Schaffung der Rechtsbeschwerde durch die ZPO-Reform lag auf der Hand, dass durch die Zulassungsalternative des § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO die neue Rechtsbeschwerde eine weitere Reichweite haben würde als die weitere Beschwerde nach § 568 Abs. 2 ZPO a. F., die nur in den gesetzlich ausdrücklich bestimmten Fällen zulässig war. Es war ein Gebot sorgfältiger Gesetzgebung, anlässlich der Novellierung dieses Kernbereichs des Verfahrensrechts auch die außerhalb der Zivilprozessordnung liegenden Verfahrensnormen durchzusehen, ob bestimmte Beschwerdeentscheidungen unanfechtbar sein sollten.

Diese Arbeit blieb indessen zunächst unerledigt. Erst durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz (JustizMoG) des Jahres 2004 wurde die Rechtsbeschwerde durch die Verweisung des § 574 Abs. 1 Satz 2 ZPO auf § 542 Abs. 2 ZPO in den dort genannten (Eil-)Verfahren ausgeschlossen. Die dieser Einschränkung der Rechtsbeschwerde zu Grunde liegende Erwägung, die Eröffnung einer dritten Instanz widerspreche dem Charakter dieser Verfahren, trägt zwar auch bei den hier betrachteten Freigabeverfahren. Allerdings sind diese Verfahren den in § 542 Abs. 2 ZPO erwähnten Arrest- und Verfügungsverfahren zwar ähnlich, aber eben doch eigenständig ausgestaltet und geregelt. Mithin wurden sie durch den erwähnten Ausschluss jedenfalls nicht unmittelbar erfasst. Die analoge Anwendung dieser Ausschlussnorm auf die Freigabeverfahren, die verschiedentlich befürwortet oder zumindest erwogen wird, ist mit dem auf Rechts- und Verfahrenssicherheit bedachten Charakter des Prozessrechts nicht leicht vereinbar, auch wenn Analogien im Prozessrecht nicht von vornherein ausgeschlossen sind. Der Senat hat aus dieser Ergänzung des § 574 Abs. 1 ZPO daher mit Recht keinen Analogieschluss gezogen. Er hat aber immerhin den Standpunkt vertreten, man erkenne daraus, dass „in bestimmten Verfahrensarten ein Rechtsbeschwerdeverfahren nicht in Betracht kommen“ könne. Dies mag im Allgemeinen richtig sein, nicht aber im Hinblick auf § 16 Abs. 3 UmwG und die Freigabeverfahren des Aktiengesetzes, wie die Tatsache und die Mühe der Begründung zeigt, die der Senat in den Gründen seines Beschlusses aufgewandt hat.

Der ausdrückliche Ausschluss der Rechtsbeschwerde lediglich in § 148 Abs. 2 Satz 6 AktG i.d.F. des UMAG (Klagezulassungsverfahren), ohne zugleich den Ausschluss auch in den Vorschriften über die aktien- und umwandlungsrechtlichen Freigabeverfahren aufzunehmen, machte es schließlich geradezu unvermeidlich, dass früher oder später ein oder mehrere Oberlandesgerichte in Freigabeverfahren die Rechtsbeschwerde zulassen würden. Nunmehr war der Gegenschluss, die Rechtsbeschwerde sei zulässig, durch ein zweifaches gesetzgeberische Unterlassen im Rahmen des JustizMoG und des UMAG legitimiert. Auch wenn man dem Senat darin Recht geben kann, dass der Gegenschluss nicht zwingend und im Ergebnis nicht gerechtfertigt ist, muss man doch konzedieren, dass er hierdurch nahe liegend geworden war. Der Senat konnte vor diesem Hintergrund nicht nur „für Recht erkennen“, sondern musste das vorhandene Recht erst selbst fortbilden bzw. im Sinne einer „ergänzenden Gesetzesauslegung“ schaffen. Ähnlich der ergänzenden Vertragsauslegung wurde von dem Senat eine „planwidrige Unvollständigkeit“ des § 16 Abs. 3 UmwG und auch der übrigen Freigabenormen erkannt und nach Maßgabe des „hypothetischen Willens des Gesetzgebers“ geschlossen. Der Umstand, dass der Senat dies in seiner Argumentation nicht hat deutlicher werden lassen und er gleichwohl seine Tat selbst in dem Leitsatz des Beschlusses als diejenige des Gesetzgebers ausgegeben hat, bringt eine Schonung des Gesetzgebers zum Ausdruck, die sich dieser im vorliegenden Zusammenhang nicht verdient hatte.

3. Zu einzelnen Gründen des Beschlusses

Ist man sich des rechtsfortbildenden Charakters des Beschlusses im Klaren, so fällt die Beurteilung der Gründe leichter. Dass der Gesetzgeber, hätte er das Verhältnis „Freigabeverfahren und Rechtsbeschwerde“ tatsächlich bedacht, diese zugelassen hätte, erscheint eher unwahrscheinlich. Die zentrale Erwägung hierbei ist, dass es mit dem Wesen der Freigabeverfahren als besonders ausgestalteter Eilverfahren nicht vereinbar ist, diese durch drei Instanzen hindurch zu betreiben. Die übrigen durch den Senat herangezogenen Argumente erscheinen im Vergleich hierzu als eher nebensächlich, sind zum Teil aber auch nicht voll überzeugend.

Besonders zwei Argumente des Senats regen zum Nachdenken an: Zum einen die These der fehlenden Bindung des Bundesgerichtshofs an das zugelassene Rechtsmittel, zum anderen die Frage des Bedarfs nach einem Instanzenzug zum Bundesgerichtshof. Was den erstgenannten Aspekt anbelangt, so ist es sicherlich richtig, dass die Zulassung der Rechtsbeschwerde durch das Oberlandesgericht den Bundesgerichtshof - ungeachtet des § 574 Abs. 3 Satz 2 ZPO - dann nicht bindet, wenn die Rechtsbeschwerde kraft Gesetzes aufgeschossen ist. Dies ist mit Recht ständige Rechtsprechung. Der vorliegende Beschluss erweitert diesen Rechtssatz, ohne dass dies in seinen Gründen deutlich wird, um diejenigen Fälle, in denen der Ausschluss nicht aus einer ausdrücklichen Vorschrift folgt, sondern aus einem erst im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung geschaffenen Rechtssatz. Auch in Fällen wie dem vorliegenden muss es dem Bundesgerichtshof vorbehalten bleiben zu entscheiden, ob ein möglicherweise - aber nicht sicher - statthaftes Rechtsmittel zu ihm tatsächlich gegeben ist. Nur auf diese Weise kann auch in Fragen des Rechtsweges die gerade hier zwingend erforderliche einheitliche Rechtsanwendung gewährleistet werden. In solchen Fällen führt allerdings die Beurteilungsprärogative des Bundesgerichtshofs dazu, dass das Rechtsmittel für die Rechtsmittelführer ein über das übliche Prozessrisiko hinausgehendes Risiko in sich birgt, und zwar das „Annahmerisiko“. Hierauf hatten sich die Rechtsbeschwerdeführer vorliegend auch berufen, allerdings ohne Erfolg. Das Annahmerisiko liegt in der Tat bei den Rechtsmittelführern, so bedauerlich dies aus deren Sicht ist. Es mag sie auch wenig trösten, dass die betroffene Gesellschaft als Rechtsmittelgegnerin dem gleichen Risiko unterlag und sich ein Teil dieses Risikos bereits durch die Tatsache der Zulassung der Rechtsbeschwerde als solche und den dadurch geschaffenen bzw. verlängerten Schwebezustand realisiert hatte.

Eine davon zu trennende Frage ist, ob die Rechtsbeschwerdeführer die Kosten der Rechtsbeschwerde zu tragen haben. Der Senat hat dies in dem Beschlusstenor ausgesprochen, aber nicht weiter begründet und damit als selbstverständlich vorausgesetzt. Der Ausspruch

steht zwar in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des § 97 Abs. 1 ZPO, wonach die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels derjenigen Partei zur Last fallen, die es eingelegt hat. Vorliegend ergab sich jedoch die besondere Sachlage, dass die Rechtsbeschwerden nicht deshalb erfolglos waren, weil sie an einem inhärenten Mangel ihrer Zulässigkeit oder Begründetheit litten, sondern weil - wie erst der Spruch des Senats erwies - der Rechtsweg zum Bundesgerichtshof nicht eröffnet war. Es erscheint fraglich, ob die Vorschrift den Fall der Verwerfung eines Rechtsmittels wegen der Nichteröffnung des vermeintlichen, gesetzlich nicht klar ausgeschlossenen Rechtsweges erfasst.

§ 97 Abs. 1 ZPO ist eine spezielle Ausprägung des in § 91 Abs. 1 ZPO geregelten allgemeinen Grundsatzes, nach dem die verlierende Partei die Verfahrenskosten zu tragen hat. Das Risiko, als Unterlegener die Kosten des Verfahrens zu tragen, erscheint als Korrelat der Chance des Prozesssieges, bei dem der Gegner die Kosten trägt. Diese Chance hatten die Rechtsbeschwerdeführer vorliegend nicht, war doch - wie der Senat feststellte - die Rechtsbeschwerde „kraft Gesetzes“, also von vornherein, ausgeschlossen. Das Oberlandesgericht, das die Rechtsbeschwerde zugelassen und damit die Rechtsbeschwerdeführer, wenn man die konkrete Situation und die Begründung des vorinstanzlichen Beschlusses bedenkt, geradezu zur Einlegung des Rechtsmittels angestiftet hatte, hatte sich geirrt und die Rechtsbeschwerdeführer waren diesem (Justiz-)Irrtum erlegen. In solchen Fällen sollten die Kosten des Verfahrens „aus der Natur der Sache folgend“ - auch hier passt der vom Senat herangezogene Topos - der Staatskasse auferlegt werden. Die Tatsache, dass eine solche Rechtsfolge dem System der Kostentragung der ZPO an sich nicht entspricht, sollte dem nicht entgegenstehen. Es ist nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber auch solche (Extrem-)Fälle mit der Regel des § 97 Abs. 1 ZPO abgedeckt wissen wollte. Die Entlastung der Parteien von den Rechtsmittelkosten wäre auch deshalb sachgerecht gewesen, weil die Rechtsbeschwerdeführer die von dem Senat betriebene Rechtsfortbildung erst möglich gemacht haben, mithin auch im Allgemeininteresse tätig wurden.

Ein zweites hinterfragenswertes Element der Begründung des Senats ist die These, dass in den Freigabeverfahren kein Bedürfnis für die Zulassung der Rechtsbeschwerde bestehe. Hieran ist sicherlich zutreffend, dass die Rechtsbeschwerde nach den §§ 574 ff. ZPO als revisionsähnlich ausgestaltetes Verfahren auf einen dreistufig angelegten Instanzenzug zugeschnitten ist und damit auf Eilverfahren wie die Freigabeverfahren nicht recht passt. Sehr wohl besteht aber auch - ggf. sogar gerade - in diesen Verfahren das Bedürfnis nach einer höchststrichterlichen Klärung streitiger Rechtsfragen. Der hier besprochene Beschluss bietet für dieses Bedürfnis ein besonders anschauliches, aber keineswegs singuläres Beispiel. Auch in Freigabeverfahren stellen sich häufiger grundsätzliche, verfahrensspezifische Rechtsfragen, die besser durch ein klärendes Wort des Senats beantwortet würden als durch eine sich erst allmählich herausbildende Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Als Beispiel kann hier auf die Frage der in den Freigabeverfahren gebotenen rechtlichen Prüfungstiefe (Vollprüfung vs. kursorische Rechtsprüfung) hingewiesen werden, wo sich erst allmählich ein Übergewicht zu Gunsten der erstgenannten Alternative herausgebildet hat, das gleichwohl - systembedingt - höchststrichterlich nicht abgesichert ist.

Aber auch soweit die in Freigabeverfahren aufgeworfenen Rechtsfragen prinzipiell auch in den zu Grunde liegenden Hauptsacheverfahren geklärt werden könnten, ist es fraglich, ob nicht für eine solche Klärung die Rechtsmittelinstanz im Freigabeverfahren nicht das geeignetere Forum ist als die Revision im Hauptsacheprozess. Zum einen sind die Freigabeverfahren Eilverfahren. Dies bringt es mit sich, dass die letztinstanzliche Klärung der Rechtsfragen mitunter Jahre früher erfolgen könnte. Zum anderen und vor allem sind in der Praxis die Freigabeverfahren - abweichend von ihrer rechtlichen Natur - die eigentlichen „Hauptsacheverfahren“, die von allen Parteien häufig mit größerem Nachdruck betrieben werden als die vermeintliche Hauptsache selbst. Die Herbeiführung der Handelsregistereintragung bzw. ihre Verhinderung ist stets der Kern der Auseinandersetzung. Ist die Entscheidung hierüber - sei sie nun positiv oder negativ - gefallen, so sinkt im Allgemeinen das Interesse an der Fortführung der Hauptsacheprozesse erheblich. Häufig wird eine vergleichsweise Beilegung dieser Verfahren angestrebt und auch erzielt. Die Zahl der aktien- und umwandlungsrechtlichen Anfechtungs- und/oder Nichtigkeitsprozesse, die durch drei Instanzen betrieben werden und dem Bundesgerichtshof geeignetes „Fallmaterial“ liefern, ist daher eher ein eher dünnes Rinnsaal, verglichen mit dem Strom erstinstanzlicher Anfechtungs- und Nichtigkeitsprozesse, der den deutschen börsennotierten Aktiengesellschaften entgegenfließt.

Gleichwohl hat der Senat - zu Recht - der Versuchung widerstanden, dem beschriebenen, unbefriedigenden Zustand durch eine Instrumentalisierung des Rechtsbeschwerdeverfahrens entgegen zu treten. Erforderlich ist eine grundsätzliche Reform des Rechtsmittelsystems der Freigabeverfahren. Dies ist keine Aufgabe des Senats, sondern diejenige des Gesetzgebers.

IV. Folgerungen für den Gesetzgeber

Der Gesetzgeber sollte den klärenden Spruch des Senats nicht zum Anlass nehmen, es bei dem derzeitigen Zustand zu belassen. Es erscheinen vielmehr zwei Maßnahmen angezeigt: Zum einen sollte zeitnah der bereits in § 148 Abs. 2 Satz 6 AktG enthaltene Satz („Die Rechtsbeschwerde ist ausgeschlossen.“) in § 16 Abs. 3 UmwG und in die aktienrechtlichen Freigabevorschriften (§§ 246a, 319 Abs. 6 AktG) eingefügt werden. Das derzeit in der Entstehung befindliche 2. UmwÄndG bietet hierzu die passende Gelegenheit. Der anlässlich des vorliegenden Verfahrens offenbar gewordene Gesetzgebungsmangel könnte damit in relativ kurzer Frist behoben werden. Neben dieser Gesetzesreparatur sollte der Gesetzgeber - wie bereits angedeutet - den Fall zum Anlass nehmen, das Rechtsmittelsystem der Freigabeverfahren zu überdenken. Diese Gedanken sollten sich allerdings nicht allein auf die Freigabeverfahren beziehen, sondern die Überlegung mit einbeziehen, ob auch der Rechtsweg der aktien- und umwandlungsrechtlichen Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen neu zu ordnen ist.

Im Hinblick auf die Freigabeverfahren sollten bei einer Neugestaltung des Rechtsweges möglichst zwei Ziele miteinander vereint werden. Zum einen sollte der zweistufige Instanzenzug beibehalten, zum anderen sollte aber in diesen Verfahren ein Rechtsweg zum Bundesgerichtshof geschaffen werden, der die auch hier dringend erwünschte Einheit der Rechtsprechung gewährleistet. Dies könnte dadurch realisiert werden, dass die Eingangszuständigkeit für die Freigabeverfahren von den Landgerichten zu den Oberlandesgerichten verlagert wird, verbunden mit einer zulassungsgebundenen Rechtsbeschwerde mit der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesgerichtshof. Durch eine entsprechend restriktive Fassung der Zulassungsvoraussetzungen und durch die Möglichkeit, aussichtslose, aber dennoch zugelassene Rechtsbeschwerden sowie entsprechende Nichtzulassungsbeschwerden - ggf. in Anlehnung an § 552a ZPO - zurückzuweisen, könnte gewährleistet werden, dass nur die wichtigen Fälle durch den Senat entschieden werden müssten und er nicht mit solchen Verfahren überlastet wird.

Die Eingangszuständigkeit der Oberlandesgerichte ist zwar in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ansonsten nur ausnahmsweise vorgesehen. Allerdings sind die Oberlandesgerichte inzwischen erstinstanzlich zuständig für die Musterverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz, § 118 GVG. Mit diesen Verfahren haben die Freigabeverfahren ihre häufig grundlegende wirtschaftliche Bedeutung gemeinsam. Der hier zu Grunde liegende Fall veranschaulicht dies mit besonderer Deutlichkeit. Die Verlagerung der Eingangszuständigkeit erscheint daher bei vergleichendem Blick auf diese Verfahren sowohl als sachangemessen als auch als Fortsetzung einer bereits eingeleiteten rechtspolitischen Entwicklung. Mit der Rolle der Tatsacheninstanz sind die Oberlandesgerichte auch in den Freigabeverfahren ohnehin bereits vertraut, da derzeit die sofortige Beschwerde, wie § 571 Abs. 2 Satz 1 ZPO zeigt, eine vollwertige zweite Tatsacheninstanz eröffnet. Die Erfahrung zeigt aber, dass die Freigabeverfahren in erster Instanz von allen Parteien mit ganz erheblichem Aufwand und Sorgfalt geführt werden. Es gibt daher in der Beschwerdeinstanz kaum Bedarf, neue Angriffs- und Verteidigungsmittel in den Prozess einzuführen. Sie ist bereits heute vorwiegend eine Rechtsprüfungsinstanz. Der Wegfall dieser „Tatsacheninstanz“ wäre daher kein echter Verlust.

Zugleich wäre durch die Verlagerung der Eingangszuständigkeit auf die Oberlandesgerichte von vornherein ein Spruchkörper mit drei Berufsrichtern (vgl. § 122 Abs. 1 GVG) mit der rechtlichen Beurteilung der Freigabeverfahren besetzt. Dies würde die Möglichkeit zu senatsinternen Rechtsgesprächen eröffnen, die dem Vorsitzenden Richter der landgerichtlichen Kammer für Handelssachen als „Berufseinzelrichter“ (vgl. § 105 GVG) nicht eröffnet sind. Hierin läge eine weitere wesentliche Verbesserung der geltenden Rechtslage, die mit Rücksicht auf die typische Bedeutung der Freigabeverfahren auch kein unverhältnismäßiger Aufwand wäre. Ferner würde damit

eine Konzentration der Freigabeverfahren und des diesbezüglichen richterlichen Sachverständes bei wenigen Spruchkörpern erreicht. Den Konzentrationsgedanken hat der Gesetzgeber, wie die (etwas versteckte) Konzentrationsermächtigung an die Landesregierungen in § 246 Abs. 3 Satz 3 AktG i.d.F. des UMAG zeigt, ohnehin bereits aufgegriffen. Die derzeitige Verfahrenskonzentration bei bestimmten Landgerichten ist allerdings nur fakultativ, weil der jeweiligen Landesregierung bzw. der Landesjustizverwaltung überlassen. Die damit verbundenen Nachteile der Rechtszersplitterung und der Unübersichtlichkeit der Rechtslage liegen auf der Hand.

Die Novellierung des Instanzenzuges der Freigabeverfahren müsste allerdings auch die Hauptsacheverfahren mit einbeziehen, da es nicht sachgerecht wäre, wenn in der selben Streitsache Haupt- und Freigabeverfahren bei verschiedenen Gerichten anhängig sind. Eine sinnvolle Rechtswegreform der Freigabeverfahren fordert daher zugleich die Reform des Rechtsweges der Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen selbst. Ein stimmiges Konzept wäre es, auch hier eine Tatsacheninstanz dadurch wegfallen zu lassen, dass die Hauptsacheverfahren erstinstanzlich bei den Oberlandesgerichten angesiedelt würden. Gegen die Urteile der Oberlandesgerichte könnte die Revision nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 542 ff. ZPO) statthaft sein. Da auch die Anfechtungs- und Nichtigkeitsprozesse bereits in erster Instanz in aller Regel intensiv und sorgfältig geführt werden, besteht auch hier kein dringendes Bedürfnis für eine zweite Tatsacheninstanz, welche die heutige Berufung ohnehin nur noch eingeschränkt eröffnet. Ein kaum wahrnehmbarer Nachteil würde mit erheblichen Vorteilen, und zwar der deutlichen Verkürzung der Verfahrensdauer und der Verminderung der Verfahrenskosten, einher gehen.

Die vorstehenden Erwägungen sind - wenn man ihnen näher tritt - nichts, was durch den Gesetzgeber en passant erledigt werden könnte. Die Erwägungen passen allerdings in die Zeit, da vor kurzem die Justizminister der Länder den Startschuss für eine „Große Justizreform“ gegeben haben. Neben einer „funktionalen Zweigliedrigkeit der Prozesse“ sollen u. a. „die beschränkten Ressourcen der Berufungsinstanz - also namentlich der Oberlandesgerichte - für Verfahren eingesetzt werden, deren Aufwand in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht“. Es wäre erfreulich, wenn man sich bei dieser Gelegenheit auch den vorstehend aufgeworfenen Fragen annehmen würde.

V. Ergebnisse

1. Der Senat hat mit seinem Beschluss durch den Ausschluss der Rechtsbeschwerde in den Freigabeverfahren des Aktien- und Umwandlungsrechts in einer für die Praxis der Gesellschafts- und Konzernrestrukturierung sehr wichtigen Frage für die bislang fehlende Rechtssicherheit gesorgt. Dem Beschluss ist de lege lata im Ergebnis uneingeschränkt zuzustimmen.
2. Dem Oberlandesgericht Frankfurt am Main als Vorinstanz kommt das Verdienst zu, dass es mit der Zulassung der Rechtsbeschwerde die Grundlage für die Klärung der Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde in Freigabeverfahren geschaffen hat, obwohl absehbar war, dass hierfür nur wenig Beifall geerntet werden würde. Es liegt in der bedauerlichen Natur der Sache, dass die Rechtsfortbildung für verschiedene Beteiligte mit Opfern verbunden war. So wurde eine wirtschaftlich bedeutende Verschmelzung über mehrere Monate hinweg verzögert. Ferner wurden zahlreiche Rechtsbeschwerdeführer durch das Oberlandesgericht motiviert, die Mühe eines Rechtsweges auf sich zu nehmen, der an den Toren der Karlsruher Herrenstraße endete. Gleichwohl wurde den Rechtsbeschwerdeführern die Kosten ihrer Rechtsmittel auferlegt. Letzteres erscheint nach Lage der Verhältnisse als eine unbillige Härte.
3. Die Gründe des hier besprochenen Beschlusses sind nicht in allen Punkten völlig überzeugend. Dies liegt jedoch vor allem an den Verhältnissen, die der Senat vorfand: So wie der Gesetzgeber vorliegend gearbeitet hatte, musste früher oder später ein Oberlandesgericht den Standpunkt vertreten, die Rechtsbeschwerde sei (auch) in den aktien- und umwandlungsrechtlichen Freigabeverfahren statthaft. Gleichwohl musste der Senat diesen vertretbaren Standpunkt als unvertretbar bekämpfen, um weiteren Fällen vorzubeugen. So ist auch der Leitsatz des Gerichts zu verstehen, der die Rechtsbeschwerde „kraft Gesetzes“ als ausgeschlossen ansieht. Dies stellt eine unverdiente Schonung des Gesetzgebers dar, dessen unvollendetes Werk der Senat erst mittels eines rechtsfortbildenden Reparaturbeschlusses in einen verkehrssicheren Zustand versetzen musste.
4. Neben der Nachbesserung der Freigabevorschriften im Sinne des Senatsbeschlusses sollte der Gesetzgeber erwägen, den Instanzenzug sowohl in den Freigabe- als auch in den zu Grunde liegenden Hauptsacheverfahren zu novellieren. Hinsichtlich der Freigabeverfahren sollte unter Beibehaltung des zweistufigen Instanzenzuges erwogen werden, den Rechtsweg auch in diesen wichtigen Verfahren zum Bundesgerichtshof zu eröffnen. Die vorliegend erfolgte „höchstrichterliche Freigabe der Freigabeverfahren“ ist zwar de lege lata die richtige Entscheidung, de lege ferenda hingegen nicht wünschenswert.