

Stellungnahme zum Regierungsentwurf des Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie

23. Februar 2009

A. Einleitung und Zusammenfassung

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt den Regierungsentwurf (RegE) des Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) grundsätzlich. Insbesondere das Anliegen, missbräuchliche Anfechtungsklagen einzudämmen, ist für die Unternehmen und die Anteilseigner von großer Bedeutung. Für den Finanzplatz Deutschland ist auch die Steigerung der Präsenzen auf der Hauptversammlung (HV) ein wichtiges Thema.

I. Missbräuchliche Anfechtungsklagen

Der Referentenentwurf (RefE) und nun auch der RegE des ARUG sieht eine Reform des Freigabeverfahrens vor, die zu einer Beschleunigung der Gerichtsverfahren führen soll, ändert aber grundsätzlich nichts daran, dass jede Anfechtungsklage, mag sie noch so aussichtslos sein, die Umsetzung des angegriffenen HV-Beschlusses für die Dauer des Freigabeverfahrens und damit über Monate blockiert. Die Reform des Freigabeverfahrens ist nicht ausreichend.

Das Deutsche Aktieninstitut hat demgegenüber einen Systemwechsel dahingehend vorgeschlagen, dass Anfechtungsklagen grundsätzlich nicht mehr zu einer Blockierung der Umsetzung des angegriffenen HV-Beschlusses führen, sondern nur noch ausnahmsweise in einem „umgekehrten Freigabeverfahren“ von den Anfechtungsklägern erreicht werden können.

Die Finanzkrise hat das Bewusstsein des Gesetzgebers bezüglich der Problematik missbräuchlicher Anfechtungsklagen offensichtlich noch einmal deutlich geschärft. Für den Fortbestand von Unternehmen kann es unerlässlich sein, dass die von der HV beschlossenen Maßnahmen wie Kapitalerhöhungen zügig umgesetzt, und nicht durch Klagen blockiert werden. Deshalb wurde die Blockierungsmöglichkeit von Kapitalerhöhungen durch Anfechtungsklagen in § 7 Art. 2 Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG) konsequent ausgeschlossen. Die Bundesregierung konkretisiert nun im Entwurf des Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetzes (FMStErgG) die Regelungen des FMStG, die den Forderungen des Deutschen Aktieninstituts in der Stellungnahme zum RefE des ARUG vergleichbar ist, aber teilweise noch weit darüber hinausgehen.

Nach dem FMStErgG entfalten Anfechtungsklagen gegen eine Kapitalerhöhung keine Sperrwirkung und erwachsen nach Eintragung ins Handelsregister in Bestandskraft, auch wenn sich im Anfechtungsverfahren später herausstellen sollte, dass der HV-Beschluss rechtswidrig war. § 7c FMStErgG lautet: „Ein Beschluss der Hauptversammlung nach den §§ 7, 7a und 7b ist unverzüglich zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Er ist, sofern er nicht offensichtlich nichtig ist, unverzüglich in das Handelsregister einzutragen. Klagen und Anträge auf Erlass von Entscheidungen im einstweiligen Anordnungsverfahren stehen der Eintragung nicht entgegen. § 246a Absatz 4 Satz 2 des Aktiengesetzes gilt entsprechend. Dasselbe gilt für die Beschlussfassungen von Vorstand und Aufsichtsrat aufgrund einer Ermächtigung nach § 7b.“

Darüber hinaus verlegt der Entwurf in § 7 Abs. 7 die Verantwortlichkeit für Aktionäre weit nach vorne, indem er schon eine Blockierung des vom Management zur Abstimmung gestellten HV-Beschlusses selbst verhindern will und mit einer Schadensersatzpflicht bedroht. Eine solche faktische Zustimmungspflicht ist sicherlich eine Besonderheit der Finanzmarktstabilisierung; an den Maßnahmen zeigt sich jedoch, dass der Gesetzgeber erkannt hat, wie schädlich die Blockierung von wichtigen Maßnahmen für Unternehmen sein kann und dass sie verhindert werden muss.

Diese Konsequenz bei der Bekämpfung missbräuchlicher Anfechtungsklagen lässt die Bundesregierung im RegE des ARUG mit der Reform des Freigabeverfahrens vermissen. Selbstverständlich handelt es sich bei den vom FMStG und FMStErgG-E erfassten Sachverhalten um Sondersituationen. Doch auch außerhalb der Sondersituation der Finanzmarktstabilisierung gefährden Blockaden gerade in diesen Zeiten u.U. für den Fortbestand von Unternehmen wichtige Umstrukturierungen und damit auch Arbeitsplätze. Dadurch, dass das ARUG schon auf den parlamentarischen Weg gebracht ist, bietet sich die Chance für den Gesetzgeber, den für alle Unternehmen notwendigen Systemwechsel von der automatischen Sperrwirkung zu einer solchen, die erst durch ein seriöses Quorum von Aktionären angestrengt werden muss, kurzfristig einzuleiten. **Das Deutsche Aktieninstitut regt daher erneut die Prüfung an, ob dem zwischen den beiden Positionen – überhaupt keine Blockademöglichkeit, noch nicht einmal durch einstweiligen Rechtsschutz (FMStG, FMStErgG RegE) und automatische Blockade mit dem Versuch der Beschleunigung der Gerichtsverfahren (ARUG RegE) – stehenden nachfolgenden Vorschlag gefolgt werden kann.**

Das rechtssystematische Kernproblem bei missbräuchlichen Anfechtungsklagen ist die Sperrwirkung der Klagen, nicht die Klagemöglichkeit selbst: So lange Anfechtungsklagen anhängig sind, werden Registereintragungen von HV-Beschlüssen in der Praxis nicht vorgenommen, so dass diese keine Rechtswirkung entfalten können. Die Maßnahmen werden also u.U. über Jahre blockiert. Dies gilt selbst dann, wenn der Aktionär nur eine Aktie besitzt. Einem so geringen Anteilsbesitz einen derartig großen Einfluss auf die Ge-

schicke der Unternehmen und damit der Mehrheit der Aktionäre zu eröffnen, stellt einen unverhältnismäßigen Minderheitenschutz dar, der darüber hinaus geradezu zum Missbrauch einlädt.

Die Sperrwirkung soll dagegen nur dann eintreten, wenn sie gerichtlich angeordnet wird, weil das Gericht nach einer summarischen Prüfung der vorgetragenen Rechtsverletzung zu dem Ergebnis kommt, dass ein Vollzug der Maßnahme ausnahmsweise nicht erfolgen darf. Voraussetzung eines solchen „**umgekehrten Freigabeverfahrens**“ bzw. „**Blockierungsverfahrens**“ sollte zudem das Erreichen eines spürbaren Quorums sein. Dies wird im Prinzip auch von den Ergebnissen des 67. Deutschen Juristentags in Erfurt vom 26. September 2008 gestützt.

Das Deutsche Aktieninstitut schlägt vor:

Die Sperrwirkung der Anfechtungsklage soll vom Erreichen eines Quorums i.H.v. 5% des Grundkapitals bzw. eine anteiligen Betrages von mindestens 500.000 Euro abhängig gemacht werden.

Die dagegen vorgetragene Kritik, es sei „unehrlich“, über das Freigabeverfahren Anfechtungsklagen zukünftig auszuhebeln, ist nicht stichhaltig. Die Anfechtungsklage muss keinen Vollzugsstopp nach sich ziehen, es kommen auch andere Rechtsfolgen in Betracht. Eine automatische Vollzugssperre wegen jedes formalen Fehlers eintreten zu lassen, ist keine notwendige Voraussetzung für einen angemessenen effektiven Minderheitenschutz. Sie muss die Ultima Ratio sein, nicht der Normalfall. Im FMStG ist sie sogar gänzlich ausgeschlossen.

Das Deutsche Aktieninstitut unterstützt zudem den Gesetzgebungsvorschlag des Bundesrats (BR Drs. 901/07) für eine Verlagerung der Eingangszuständigkeit im Freigabeverfahren zum Oberlandesgericht (OLG).

Mit dem FMStErgG hat die Bundesregierung gezeigt, welche gesetzgeberischen Möglichkeiten ergriffen werden können, wenn in Notsituationen zeitliche Verzögerungen vermieden werden sollen. Dort ist in § 5 Abs. 7 vorgesehen, dass der Bundesgerichtshof (BGH) in erster und letzter Instanz über Streitigkeiten wegen der Höhe der nach § 4 zu gewährenden Entschädigung entscheidet. Daher sollte eine Eingangsinstantz beim OLG im Freigabeverfahren als Eilverfahren kein Problem sein.

II. HV-Präsenzen

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt die Maßnahmen zur Steigerung der HV-Präsenzen durch die Reform des Depotstimmrechts. Eine geringe Präsenz ist problematisch, weil Zufallsmehrheiten bei wichtigen Entscheidungen über die Zukunft der Gesellschaften nicht auszuschließen sind und sie kleinen Aktionärsgruppen einen überproportional hohen Einfluss eröffnen können.

Der RegE bestimmt, dass Depotbanken, die die Stimmrechtsvertretung im Sinne der Verwaltung anbieten, auf Wunsch des Aktionärs die Unterlagen an eine von diesem benannte Aktionärsvereinigung oder einen Vertreter weiterleiten müssen. **Das Deutsche Aktieninstitut schließt sich der Anregung Ziff. 12 der Stellungnahme des Bundesrats (Drs. 847/1/08) an, dass der generelle Hinweis auf die Möglichkeit der Beauftragung einer Aktionärsvereinigung oder eines Stellvertreters ausreichend ist.** Mit dem Hinweis auf die alternativen Möglichkeiten der Beauftragung ist dem Aktionär in ausreichendem Maße vor Augen geführt, dass er seine Interessen nicht nur über die Depotbanken wahrnehmen kann.

III. Sonstiges

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt, dass der RegE die Weiterentwicklung der HV und Stimmabgabe insbesondere durch elektronische Kommunikationswege der Satzungsautonomie bzw. der Geschäftsführung der Gesellschaften überlässt. Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt auch die Vereinfachung des Fristenregimes. Im Detail sind allerdings noch einige Unklarheiten zu beseitigen.

B. Stellungnahme

I. Maßnahmen gegen „Berufskläger“

1. Einleitung

Wie das Deutsche Aktieninstitut und andere in empirischen Untersuchungen feststellen konnten, hat sich in Deutschland ein regelrechtes Klagegewerbe in Bezug auf Anfechtungsklagen gegen HV-Beschlüsse entwickelt (DAI-Kurzstudie 3/2007, Studie 39 „Squeeze Out – Recht und Praxis“ unter www.dai.de). Mit missbräuchlichen Anfechtungsklagen schaden die Berufskläger nicht nur den Gesellschaften, sondern auch ihren Mitaktionären. Notwendige Restrukturierungen werden so blockiert und damit zumindest langfristig Arbeitsplätze gefährdet. Dies kann nicht der Sinn dieses Anlegerrechts sein. Nicht nur Bundesjustizministerin Zypries hat mehrfach ihre Besorgnis über den Missbrauch von Anfechtungsklagen geäußert, auch das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom Mai 2007, in dem es die Verfassungsmäßigkeit des Freigabeverfahrens beim Squeeze Out feststellt, die Einschätzung geteilt, dass „Minderheitsaktionäre verschiedentlich Kleinstbeteiligungen ausnutzen, um den Hauptaktionär bei der Unternehmensführung zu behindern, um ihn zu finanziellen Zugeständnissen zu veranlassen“ (BVerfG v. 30.5.2007 - 1 BvR 390/04).

Das Berufsklägertum hat sich insbesondere für Beschlüsse mit „Hebelwirkung“ wie Umstrukturierungsmaßnahmen und Kapitalerhöhungen gebildet. Die Aktionäre, die teilweise nur eine Aktie halten, nutzen es aus, dass solche wichtigen HV-Beschlüsse nur wirksam werden, wenn sie in das Handelsregister eingetragen werden. Die Eintragung ist die Aufgabe des Registerrichters, der aufgrund ausdrücklicher Regelung (Verschmelzung, Eingliederung, Squeeze out) oder aus Vorsicht Negativerklärungen des Vorstands dahingehend verlangt, dass die Beschlüsse der HV nicht angefochten wurden. Sind Anfechtungsklagen eingereicht, wird der Registerrichter das Verfahren gem. § 127 FGG bis zur Entscheidung über die Anfechtungsklage fast immer aussetzen (rechtliche oder faktische Registersperre).

Der hierdurch entstandenen Umsetzungsblockade wichtiger Beschlüsse soll das Freigabeverfahren abhelfen, das als Eilverfahren konzipiert ist. Von einem „Eil“-verfahren kann in der Praxis aber keine Rede sein: § 246a Abs. 3 S. 5 AktG bestimmt für das Freigabeverfahren zwar eine Entscheidungsfrist von drei Monaten, allerdings in jeder Instanz, so dass die durchschnittliche Dauer knapp 9 Monate beträgt. Hierauf hat das deutsche Aktieninstitut bereits in seiner Stellungnahme zum RefE hingewiesen und die Hintergründe erläutert.

2. Registerrichter sind zurückhaltend bei der Vornahme von Eintragungen

Der Registerrichter ist bei der Entscheidung, ob er wegen einer Anfechtungsklage die Eintragung aussetzt oder nicht, im Rahmen ordnungsgemäßer Er-

messensausübung frei, wählt aber in der Praxis heutzutage quasi automatisch und u.U. auch bei offensichtlicher Unbegründetheit der Klage die Aussetzung. Schon seit langem ist es als Problem identifiziert, dass den Registerrichtern nicht das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 3 BGB zugute kommt. Dies liegt daran, dass sie als Verwaltungsbehörden qualifiziert werden. Da sie für Fahrlässigkeit u.U. persönlich haften, gelten Registerrichter oft als sehr vorsichtig und sogar als ängstlich, so dass sie auch ohne Anlass komplizierte Beschlüsse nicht eintragen. Man sollte daher darüber nachdenken, wie man die Registerrichter besser schützt, damit Beschlüssen der HV auch zeitnah Wirkung verliehen werden kann. Eine Möglichkeit wäre, die Registerrichter von der Entscheidung über die Eintragung komplexer Beschlüsse zu entlasten. Auch hierzu diene die Idee des Freigabeverfahrens.

Das Deutsche Aktieninstitut regt an, zunächst das Freigabeverfahren auf alle Fälle auszudehnen, in denen eine Eintragung in das Handelsregister erforderlich ist, z.B. einfache Satzungsänderungen (vgl. aber unten den noch weitergehenden Reformvorschlag bzgl. der Registereintragungen).

Zwar würde dies voraussichtlich dazu führen, dass sich Registerrichter bestärkt sehen, Eintragungen ohne ein spruchrichterliches Urteil überhaupt nicht mehr vorzunehmen, in der Praxis ist dies doch ohnehin schon fast immer der Fall.

Die Ausweitung des Freigabeverfahrens würde auch verhindern, dass die eventuell durch die im ARUG-E vorgesehenen Änderungen behinderten Berufskläger Ausweichziele in den übrigen einzutragenden Beschlüssen finden, z.B. einfachen Satzungsänderungen.

3. Änderung der Freigabeklausel nicht ausreichend

Der Ansatz der Bundesregierung um missbräuchliche Anfechtungsklagen einzudämmen, ist eine Nachbesserung des Freigabeverfahrens. Das Deutsche Aktieninstitut hält dies für nicht ausreichend.

a) Interessenabwägung

a) Die Freigabe setzt nach § 246a Abs. 2 Nr. 3 AktG-E voraus, dass das als baldige Wirksamwerden des HV-Beschlusses vorrangig erscheint, weil die vom Antragsteller dargelegten wesentlichen Nachteile für die Gesellschaft und ihre Aktionäre nach freier Überzeugung des Gerichts die Nachteile für den Antragsgegner überwiegen, es sei denn, es liegt eine besondere Schwere des Rechtsverstößes vor.

Die Regelung des RegE enthält im Gegensatz zum RefE in der Abwägungsklausel den Bezug zu den Anfechtungsgründen nicht mehr; es fehlt der Zusatz „der mit der Klage geltend gemachten Rechtsverletzung“. Dies trägt grundsätzlich dem Umstand Rechnung, dass es für die Ablehnung der Freigabe nicht ausreichen darf, dass der Anfechtungskläger im Freigabeverfahren eine

schwere Rechtsverletzung schlüssig vorträgt. Das Deutsche Aktieninstitut hatte auf dieses Problem in seiner Stellungnahme zum RefE hingewiesen. Auch hier muss gelten, dass keine offensichtliche Unbegründetheit vorliegt. Die Änderung ist insofern grundsätzlich zu begrüßen. Im Vergleich zur derzeitigen Fassung des § 246a Abs. 2 AktG könnte jedoch auch der Schluss gezogen werden, dass die geltend gemachte Rechtsverletzung nicht mehr (ausschließlich) den Umfang der gerichtlichen Prüfung bestimmt und auch andere mögliche schwerwiegende Rechtsverletzungen in die Interessenabwägung eingestellt werden könnten. Zwar ist das Freigabeverfahren das Spiegelbild des Anfechtungsverfahrens, aber auch durch die Unternehmen werden im Rahmen der Darlegung der Nachteile (neue) Kriterien in die Abwägung eingestellt, so dass eine andere Sichtweise nicht ausgeschlossen wäre. **Daher sollte der Bezug zum Vortrag aus dem Anfechtungsverfahren in diesem Zusammenhang genannt werden.**

Mit dieser Neuregelung wird das Ziel einer wesentlichen Beschleunigung von Freigabeverfahren nach Einschätzung des Deutschen Aktieninstituts aber dennoch nicht erreicht. Dies liegt v.a. daran, dass eine Freigabe nicht bei „schweren Rechtsverletzungen“ erfolgt. Es handelt sich hierbei um eine Rechtsfrage, nicht nur um eine Tatsachenfrage. Was solche Rechtsverletzungen sind, wird jedenfalls durch das Aktiengesetz unzureichend beantwortet, so dass den Gerichten wie bisher ein erheblicher Auslegungsspielraum zukommt. Es ist anzunehmen, dass die Praxis der Gerichte, dies weit auszulegen, fortgesetzt wird. **Daher sollte das Anfechtungsrecht materiell grundlegend reformiert werden und die gesetzliche Bewertung durch stärkere Differenzierung der Rechtsfolgen Verstöße neben der Folge der Nichtigkeit und bloßen Anfechtbarkeit stärker zum Ausdruck kommen. Dies könnte eine weitergehenden Differenzierung der Rechtsfolgen leisten. Wünschenswert wäre eine Reduzierung des Katalogs der Nichtigkeitsgründe und eine Revision der Rechtsfolgen bei den Anfechtungstatbeständen.**

Die Gerichte sollten – damit sie die Drei-Monatsfrist einhalten können – von einer allzu vertieften Prüfung entlastet werden. Deshalb sollte die Anleitung der Gerichte bzgl. des Korrektivs der „Schwere der Rechtsverletzung“ zumindest eindeutiger gefasst werden. Schon die Begründung zum RegE des UMAG (BR-Drs. 3/05, S. 60) hat klargestellt, dass die Bestandskraft des Beschlusses geradezu unerträglich sein muss, um die Freigabe zu verhindern. In der Stellungnahme zum RefE hat das Deutsche Aktieninstitut angeregt, diese Wendung in den Gesetzeswortlaut aufzunehmen. Deshalb ist es zu begrüßen, dass zumindest die Begründung zum RegE diese Klarstellung aufnimmt.

Das Deutsche Aktieninstitut regt neben der Reform der Registersperre an, **dass den Gerichten im Freigabeverfahren bzw. Blockierungsverfahren zumindest mehr Handlungsspielraum gegeben werden sollte.** Die Gerichte sollen beispielsweise die Möglichkeit erhalten, die Freigabe unter Auflagen zu erteilen. Wenn etwa beim Squeeze Out die vom Hauptaktionär gestellte Bankgarantie fehlerhaft ist und vom Gericht als „schwere Rechtsverletzung“ qualifiziert

wird, muss die Möglichkeit bestehen, den Fehler vor der Eintragung zu heilen, dann aber auch die Freigabe zu erteilen.

(vgl. aber unten den noch weitergehenden Reformvorschlag bzgl. der Registerintragungen).

b) Quorum von 100 Euro

Das geplante Quorum von 100 Euro ist ein ausbaufähiger Ansatz, der aber mit einem „unternehmerischen“ Quorum von 5% des Grundkapitals bzw. ein Aktiennennwert von mindestens 500.000 Euro unterlegt werden sollte.

Der RegE geht davon aus, dass insbesondere Personen, die lediglich auf die Erhebung von Anfechtungsklagen aus sind, von allen oder einer großen Zahl deutscher Aktiengesellschaften jeweils eine Aktie erwerben. Sie können so überall dort agieren, wo sie aufgrund der bekannt gemachten Tagesordnung Ansatzpunkte sehen. Das 100-Euro-Quorum soll dies bremsen. Abgesehen davon, dass dies nicht die Vorgehensweise aller Berufskläger ist und es für die Blockade schon genügt, wenn weiterhin ein einziger Aktionär die Grenze überschreitet und kein anderer Freigabegrund erfüllt ist, spricht noch ein weiteres gegen das Quorum von nominal 100 Euro: Es dürfte gerade bei den typischen und wichtigen Strukturmaßnahmen (Squeeze-out, Verschmelzung, Ergebnisabführungsverträge) unzulänglich sein. Derartige Transaktionen werden häufig schon vor der Einberufung der HV **ad-hoc** bekannt gemacht, so dass sich die **Berufskläger gerade für diese wichtigen Beschlüsse gezielt vor der Einberufung noch mit Aktien von nominal 100 Euro eindecken können. Die Regelung ist daher nicht ausreichend.**

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt aber, dass im Gegensatz zum RefE nun klargestellt wird, dass der Anfechtungskläger die Beweislast dafür hat, dass er das Quorum seit Bekanntmachung der Einberufung erfüllt hat.

Dieses Quorum sollte jedoch auch ein Nebenintervenient erfüllen. § 246 Abs. 4 Satz 2 AktG sollte klarstellen, dass „die Nebenintervention in den Klagevoraussetzungen nicht besser stehen darf als die Klage“ (s.o. zu § 246 AktG). Gleiches sollte auch für einen im Freigabeverfahren beitretenden Nebenintervenienten gelten. **Daher sollten die Voraussetzungen des § 246a Abs. 2 AktG-E auch für die Nebenintervention für anwendbar erklärt werden.**

c) Vorschlag des Bundesrats zur Interessenabwägung:

Der Bundesrat hat in Nummer 20 seiner Stellungnahme zur RegE vorgeschlagen, kein festes Quorum vorzuschreiben, sondern den Umfang des Aktienbesitzes in die Interessenabwägung einzustellen. **Das Deutsche Aktieninstitut lehnt diesen Vorschlag ab.**

Zum einen ist die Höhe der Beteiligung nach dem RegE ohnehin implizit in die Abwägung einzustellen, weil das Interesse des Aktionärs mit dem der Ge-

sellschaft und damit auch mit der Beteiligung der übrigen Aktionäre abgewogen wird. Zum anderen ist die Einführung eines Quorums, mag es auch nur bei 100 Euro bzw. einem anteiligen Betrag am Grundkapital liegen (besser wäre ein spürbares Quorum von nicht unter 5% des Grundkapitals bzw. ein Aktiennennwert von mindestens 500.000 Euro), als unterste Grenze der Möglichkeit, eine Blockierung eines HV-Beschlusses zu erreichen, ein enorm wichtiger erster Schritt in Richtung Umkehr des Systems bzw. Blockierungsverfahren statt Freigabeverfahren (s.u. Reformvorschlag des Deutschen Aktieninstituts).

d) Beschwerdeverfahren

Das Deutsche Aktieninstitut schließt sich der Anregung der Ziff. 21 in der Stellungnahme des Bundesrats an, **wonach eine Beschwerde gegen einen Freigabebeschluss direkt beim Oberlandesgericht einzulegen ist. Allerdings sollte das Oberlandesgericht Eingangsinstanz in Freigabeverfahren sein. (s.u. 4 a).**

4. Weitergehende Reformvorschläge des Deutschen Aktieninstituts

Das Kernproblem missbräuchlicher Anfechtungsklagen ist, wie in der Einleitung (B. I.) gezeigt, die Blockade von HV-Beschlüssen. Wenn diese von Anfechtungsklagen nicht mehr blockiert werden, sind Unternehmen nicht gezwungen, im Unternehmensinteresse Vergleiche abzuschließen. Daher sieht das Deutsche Aktieninstitut den primären Lösungsansatz in der Beseitigung der Blockadewirkung der Anfechtungsklage.

a) Reformvorschlag: Instanzenzug

Das Freigabeverfahren ist über zwei Instanzen angelegt. Dies dient zwar dem Rechtsschutz für beide Seiten, wird aber der Konzeption als Eilverfahren nicht gerecht. Dies sieht auch der Bundesrat so, der festgestellt hat, dass die Rechtsmittelquoten bei aktienrechtlichen Streitigkeiten deutlich über der Rechtsmittelquote in anderen Zivil- und Handelssachen liegen, z.T. bei 100 Prozent (BR Drs. 901/07, S. 22).

Das Deutsche Aktieninstitut unterstützt daher den Gesetzgebungsvorschlag des Bundesrats zur Einführung erstinstanzlicher Zuständigkeiten des Oberlandesgerichts in aktienrechtlichen Streitigkeiten (BR Drs. 901/07) und schließen uns Ziff. 18 der Stellungnahme des Bundesrats hinsichtlich des Freigabeverfahrens an.

Dies dient der effektiven Beschleunigung, da die Verfahrensdauer so halbiert werden kann. Nur so kann das Freigabeverfahren der Konzeption als Eilverfahren gerecht werden. Die Zusammensetzung der Oberlandesgerichte als Kollegialorgane bestehend aus Berufsrichtern dient zudem der Spezialisierung. Indirekt trägt auch das zu einer Beschleunigung von Freigabeverfahren bei.

Dagegen sprechen auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken, denn das Grundgesetz gebietet keinen mehrstufigen Instanzenzug (vgl. BVerfGE 107, 395, 408), insbesondere nicht in Eilverfahren.

b) Reformvorschlag: umgekehrtes Freigabeverfahren (Blockadeverfahren)

Das Deutsche Aktieninstitut fordert, die Möglichkeit, durch eine Anfechtungsklage gegen HV-Beschlüsse eine Registersperre erreichen zu können, von der Höhe des Anteilsbesitzes abhängig zu machen. Um die Sperre zu erreichen, sollte der Aktionär zudem aktiv werden müssen und neben der Anfechtungsklage ein gesondertes Verfahren einleiten. Das Quorum sollte bei mindestens 5% des Grundkapitals bzw. ein Aktiennennwert von mindestens 500.000 Euro liegen.

Damit wäre die Regel, HV-beschlüsse nur dann einzutragen, wenn sie nicht angefochten wurden, umgekehrt: Der Anfechtungskläger wäre auf eine Art einstweiligen Rechtsschutz bzw. ein umgekehrtes Freigabeverfahren verwiesen, um eine Eintragung zu verhindern.

(1)Vorbild: § 246a Abs. 2 Nr. 2 AktG-E

Einen vergleichbaren Ansatz enthält § 246a Abs. 2 Nr. 2 AktG-E bereits, wonach die Blockadewirkung ausgeschlossen ist, wenn die Anteile des Klägers seit Bekanntmachung der Einberufung einen anteiligen Betrag von 100 Euro unterschritten haben. Dieses Quorum ist allerdings deutlich zu gering, um missbräuchliche Anfechtungsklagen zu verhindern.

Es ist im Aktienrecht angelegt und ein rechtspolitisch durchaus vertrautes Prinzip, dass die Rechte der Aktionäre je nach der Höhe der Beteiligung variieren können und dass die Aktionäre um bestimmte Befugnisse zu haben, auch die Bereitschaft haben müssen, ihre Beteiligung entsprechend anzupassen. Dies gilt z.B. für die Bestellung eines Sonderprüfers gem. § 142 AktG, die mindestens ein Prozent des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von mindestens 100.000 Euro verlangt. Das für Aktionäre wichtige, weil ihre wirtschaftliche Beteiligung unmittelbar betreffende, Instrument der Anfechtung des Beschlusses über den Bilanzgewinn, erfordert sogar ein Quorum von 5 Prozent bzw. 500.000 Euro für die Anfechtungsbefugnis. Eine derartige Beteiligungshöhe ist auch Voraussetzung für den Antrag auf gerichtliche Entscheidung über die abschließende Feststellungen der Sonderprüfung gem. § 260 Abs. 1 AktG. Ein noch höheres Quorum – 10 Prozent des Grundkapitals oder eine Beteiligung von einer Millionen Euro – wird für die Bestellung eines besonderen Vertreters zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft verlangt. Der Gesetzgeber differenziert also schon jetzt nach der Schwere der mit der Minderheitenrechten verbundenen möglichen Konsequenzen für die Gesellschaft und für die Gesamtheit der Aktionäre und bringt dies in verschiedenen Beteiligungs-Quoten zum Ausdruck. Umso erstaunlicher

ist es, dass dies für die Konsequenz der Blockadewirkung einer Anfechtungsklage bisher nicht galt.

Die Fortentwicklung zu einer Unterscheidung von rein wirtschaftlicher und einer eher unternehmerisch geprägten Beteiligung ist also schon längst an verschiedener Stelle vollzogen worden. Sie ist ergänzt worden durch die kapitalmarktrechtliche Schutzfunktion der Transparenz, die in Spezialgesetzen geregelt ist, und die ihre gesellschaftsrechtliche Entsprechung z.B. immer noch darin findet, dass jeder Aktionär ohne Mindestquorum gem. § 131 Abs. 1 AktG Auskunft verlangen kann.

Der Vorschlag einer Einschränkung der Blockademöglichkeit auf unternehmerisch beteiligte Aktionäre wäre also nur der nächste systematische Schritt und die Fortführung des quotalen Denkens des Gesetzgebers. Es ist auch noch einmal klarzustellen, dass die Anfechtungsbefugnis selbst nicht von einem Quorum abhängig wäre.

Die Grenze von einer unternehmerischen im Gegensatz zu einer rein wirtschaftlichen Beteiligung sieht das Deutsche Aktieninstitut bei dem Quorum des § 254 Abs. 2 Satz 3 AktG. Danach wäre ein Aktienbesitzes i.H.v. 5% des Grundkapitals bzw. ein Aktiennennwert von mindestens 500.000 Euro Voraussetzung für das Aufhalten von HV-Beschlüssen.

Damit würde man auch der überschießenden Tendenz des geltenden Rechts gerecht, wonach der HV-Beschluss auch dann blockiert und ggf. später im Hauptsacheverfahren aufgehoben wird, obwohl u.U. die überwältigende Mehrheit der Aktionäre den Gesetzesverstoß für nicht so gravierend hält, dass sie die umzusetzende wichtige Maßnahme daran scheitern lassen wollen. Zu bedenken ist, dass der Anfechtende die „Polizistenfunktion“ zur „Disziplinierung der Verwaltung“ ohne oder sogar gegen den Willen aller (!) anderen Aktionäre wahrnehmen kann. Schon allein deswegen sollte sichergestellt sein, dass die Interessenwahrungsklage eine angemessene Zahl an Mitstreitern findet. Teilt also ein Quorum von fünf Prozent der Aktionäre die Auffassung des Anfechtungsklägers und beteiligt sich an einem „Blockierungsverfahren“, sollte die Maßnahme gerichtlich gestoppt werden können. Deshalb sollte das Quorum auch durch Zusammenschlüsse von Aktionären erreicht werden können. Hierzu dient bereits heute das Aktionärsforum.

(2)Vorschlag eines § 128 FGG-E (bzw. 21a FamFG-E)

In Anlehnung an den Vorschlag von Prof. Baums in seinem Gutachten zum Juristentag 2000¹ stellt das Deutsche Aktieninstitut folgenden Wortlaut einer „verfahrensbegleitenden einstweiligen Anordnung“ in **§ 128 FGG (bzw. § 21a**

¹ Baums, Theodor, Empfiehlt sich eine Neuregelung des aktienrechtlichen Anfechtungs- und Organhaftungsrechts, insbesondere der Klagemöglichkeiten von Aktionären? Gutachten F zum 63. Deutschen Juristentag, München, 2000

FamFG) zur Diskussion; die Freigaberegulungen in den Spezialgesetzen wären dem anzupassen:

(1) Ist der Beschluss der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft einzutragen oder eine Eintragung vorzunehmen, die einen solchen Beschluss voraussetzt, und macht ein Aktionär geltend, dass der Beschluss gegen Gesetz oder Satzung verstößt, so ist § 127 [§ 21 FamFG] nicht anzuwenden. Das Gericht hat dem Aktionär eine angemessene Frist zur Erwirkung einer Entscheidung des Prozessgerichts gemäß Absatz 2 einzuräumen.

(2) Das zuständige Prozessgericht kann nach Erhebung einer Klage gegen die Wirksamkeit des Beschlusses der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft, auf Antrag des Klägers die Vornahme einer Eintragung im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 bis zur Entscheidung in der Hauptsache für unzulässig erklären. Die Klage muss binnen eines Monats nach Beschlussfassung erhoben worden sein. Die Entscheidung erfolgt durch Beschluss. Sie darf nur ergehen, wenn

1. der Kläger binnen einer Woche nach Zustellung des Antrags durch Urkunden nachgewiesen hat, dass er seit Bekanntmachung der Einberufung der Hauptversammlung einen anteiligen Betrag in Höhe von mindestens des zwanzigsten Teils des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von 500.000 Euro hält, und

2. das alsbaldige Wirksamwerden des Hauptversammlungsbeschlusses nachrangig erscheint, weil die vom Antragsteller dargelegten Nachteile nach freier Überzeugung des Gerichts die von der Antragsgegnerin dargelegten wesentlichen Nachteile für die Gesellschaft und ihre Aktionäre überwiegen.

Die Entscheidung ergeht innerhalb einer Frist von vier Wochen ab Eingang des Antrags; sie kann in dringenden Fällen ohne mündliche Verhandlung erlassen werden. Die vorgebrachten Tatsachen sind glaubhaft zu machen.

(3) In gleicher Weise können Kläger, deren Anteile zusammen den zwanzigsten Teil des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von 500.000 Euro erreichen, den Antrag nach Abs. 2 stellen.

(4) Die Anforderungen nach Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 AktG gelten nicht für Klagen des Vorstands, eines Vorstandsmitglieds oder eines Mitglieds des Aufsichtsrats.

Die Monatsfrist gilt dabei auch für die Nichtigkeitsklage.

(3) Weitere Rechtsfolgen:

Nach dem Reformvorschlag wird das Aufhalten von Beschlüssen der HV vom Individualrecht zum Recht der Minderheit umgewandelt, das Anfechtungsrecht bleibt bestehen.

Wird der HV-Beschluss wegen eines erfolglosen „Blockierungsverfahrens“ eingetragen bzw. das Quorum gar nicht erreicht, muss der Bestand des eingetragenen Beschlusses bestehen bleiben, d.h. nach der Eintragung lassen Mängel des Beschlusses seine Durchführung unberührt. Auch beim jetzigen Freigabeverfahren ist die **Bestandskraft** der Eintragung auch bei späterem Erfolg der Klage gewährleistet, § 246a Abs. 4 Satz 2 AktG, § 242 Abs. 2 Satz 5 AktG, 319 Abs. 6 Satz 8 AktG, § 16 Abs. 3 Satz 8 UmwG. Dies soll auch nach diesem Vorschlag gelten.

Der Anfechtungskläger wird bei erfolgreicher Anfechtungsklage im Hauptsacheverfahren auf **Schadenersatzansprüche in Geld** verwiesen (kann die Beseitigung der Eintragung also nicht als Schadenersatz verlangen). Dies setzt einen individuellen Schaden voraus. Da mit der Anfechtungsklage auch formelle Fehler gerügt werden können, die keinen unmittelbaren Schaden des Aktionärs zur Folge haben, wäre dies nicht immer der Fall. Hierfür könnte die Anfechtungsklage als eine Art **Fortsetzungsfeststellungsklage** i.S.d. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO weitergeführt werden. Das bedeutet, dass der Anfechtungskläger seinen Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des HV-Beschlusses umstellen muss. Das Prozessgericht würde dann feststellen, ob etwa ein Verstoß gegen Gesetz bzw. Satzung vorliegt. Hierbei ist zu bedenken, dass eine objektive Kontrolle der Beschlüsse nach derzeitiger Rechtswirklichkeit gar nicht stattfindet, weil die Prozesse überwiegend in Vergleichen enden. Dies liegt daran, dass die Anfechtungsklage zur jederzeitigen willkürlichen Disposition des Anfechtenden steht und so schon ihrer Konzeption nach nicht nur auf objektive Kontrolle ausgerichtet ist. Die Fortsetzungsfeststellungsklage würde der „Polizeifunktion“ gerecht werden.

Nach dem Reformvorschlag werden eingetragene Beschlüsse bestandskräftig. Aktionäre werden auf Schadenersatzansprüche in Geld oder auf ein Feststellungsurteil verwiesen.

Einer solchen Reform würde das Verfassungsrecht nicht entgegenstehen. Zum einen würde damit das Recht, HV-Beschlüsse gerichtlich überprüfen zu lassen, nicht abgeschnitten. Da Anfechtungsklagen weiter für jeden möglich sind, wäre zudem die Weiterentwicklung des Rechts nicht beschnitten. Das vorgeschlagene Quorum beschränkt lediglich die Möglichkeit, die Eintragung eines durch die Mehrheit der Aktionäre gefassten HV-Beschlusses zu verhindern, und weist diese Möglichkeit nur unternehmerisch beteiligten Aktionären zu.

Das individuelle Schutzinstrument für nicht unternehmerische beteiligte Aktionäre wäre der Schadenersatz. Das Bundesverfassungsgericht hat festgestellt, dass auch sekundäre Ansprüche einen effektiven Rechtsschutz gewährleisten können. So heißt es in einer Entscheidung vom Mai letzten Jahres, es sei dem Gesetzgeber „grundsätzlich nicht verwehrt, die Schutzvorkehrungen zugunsten des Minderheitsaktionärs auf die vermögensrechtliche Komponente der Anlage zu konzentrieren“ (BVerfG v. 30.5.2007 - 1 BvR 390/04). Damit sind sowohl Quoren und als auch der Verweis auf Schadenersatzansprüche grund-

sätzlich möglich. Das Instrument des Institutionenschutzes bzw. der „Polizistenfunktion“ wäre durch die Möglichkeit zur gerichtlichen Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Beschlusses gewahrt. Dies könnten z.B. auch Aktionärsvereinigungen, die das vorgeschlagene Quorum nicht erreichen, erfolgreich einsetzen.

II. Steigerung der HV-Präsenzen durch die Reform des Depotstimmrechts

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt, dass der RegE das wichtige Thema der Steigerung der HV-Präsenzen aufnimmt und unterstützen die Reform des Depotstimmrechts grundsätzlich.

a) Bedeutung

In den letzten Jahren ist die Beteiligung an HVen aus unterschiedlichen Gründen stark zurückgegangen, in den letzten beiden Jahren in manchen Börsensegmenten wieder leicht gestiegen. Ein wichtiger Grund für diese problematische Entwicklung waren Missverständnisse seitens ausländischer Investoren, die fälschlicherweise die Hinterlegung von Aktien als Verkaufshindernis interpretierten. Die Einführung des sog. Record Date durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), das im November 2005 in Kraft getreten ist, hat hier zu leichter Erholung geführt. Auch wenn die Präsenzen teilweise wieder gestiegen sind, muss die Beteiligung an der Abstimmung auf den HVen nachhaltig gesichert werden. Die Präsenzen sind insbesondere recht niedrig bei Gesellschaften mit großem Streubesitz.

Geringe Präsenz ist insofern problematisch, als Zufallsmehrheiten bei wichtigen Entscheidungen über die Zukunft der Gesellschaften nicht auszuschließen sind und sie kleinen Aktionärsgruppen einen überproportional hohen Einfluss eröffnen können. Letztere Erkenntnis hat bereits Auswirkungen auf das materielle Recht, z.B. das Kartellrecht, bei der eine Minderheitsbeteiligung schon unterhalb der Sperrminorität im Extremfall zu einer Untersagung führen kann:

Das Bundeskartellamt hat am 28. Februar 2008 den Erwerb eines wettbewerblich erheblichen Einflusses durch A-TEC Industries auf die Norddeutsche Affinerie (NA) untersagt. Der Zusammenschluss führe zur Entstehung von Marktbeherrschung bei sauerstofffreien Kupferstranggussformaten. Argumntiert wurde mit der HV-Präsenz: Der erworbene Anteil in Höhe von 13,75% gewähre A-TEC nach Einschätzung des Bundeskartellamtes einen wettbewerblich erheblichen Einfluss auf NA: „Angesichts der in den vergangenen Jahren konstant niedrigen Abstimmungspräsenz in der Hauptversammlung der NA vermitteln die von A-TEC gehaltenen Anteile dieser de facto eine aktienrechtliche Sperrminorität, die mit einem Anteilserwerb von 25% vergleichbar“ sei. Die Entscheidung wurde mittlerweile vom OLG Düsseldorf bestätigt (VI Kart 5/08).

Bei der Reform des Depotstimmrechts handelt sich um eine Maßnahme, die insbesondere inländische Privatanleger betrifft, weil sie insbesondere die Vertretung der in den Depots bei Sparkassen und Genossenschaftsbanken verwahrten Aktien erleichtert. Das Deutsche Aktieninstitut wie auch der Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) und der Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) haben daher den Vorschlag des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes (DSGV) zur Reform des Depotstimmrechts vom Februar 2006 unterstützt. Insbesondere diese Bankengruppen sind durch die geltende gesetzliche Regelung besonders belastet, da jedes einzelne Institut bzw. jede Sparkasse die Vorschläge zur Abstimmung einzeln begründen muss. Dementsprechend hat sich der genossenschaftliche Bankensektor und die Sparkassen im Jahr 2004 aus dem Depotstimmrecht zurückgezogen. Dies wurde von einem Einbruch der HV-Präsenzen um rund 5 Prozentpunkte begleitet.

b) Zu § 135 AktG-E im Einzelnen:

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt, dass die Depotbanken im RegE nicht mehr verpflichtet werden, auf die Vorschläge zur Stimmrechtsausübung durch Aktionärsvereinigungen hinzuweisen. Insbesondere kann die Zugänglichmachung und Mitteilung der Vorschläge von Aktionärsvereinigungen, also Dritter, nicht in die Verantwortung der Depotbanken gestellt werden, so wie es der RefE noch vorsah.

Der RegE bestimmt nun, dass Depotbanken, die die Stimmrechtsvertretung im Sinne der Verwaltung anbieten, auf Wunsch des Aktionärs die Unterlagen an eine Aktionärsvereinigung oder einen Vertreter weiterleiten müssen. Das **Deutsche Aktieninstitut schließt sich der Anregung Ziff. 12 des Bundesrats an, dass der generelle Hinweis auf die Möglichkeit der Beauftragung einer Aktionärsvereinigung oder eines Stellvertreters ausreichend sein sollte.**

Es ist jedoch fraglich, wie es sich mit nicht angekündigten Beschlüssen von Aktionären in der HV, z.B. zur Sonderprüfung, verhalten soll. Kumuliert mit den neuen Möglichkeiten zur Briefwahl können viele wertvolle Stimmrechte verloren gehen, bzw. die Präsenzen bei solchen Entscheidungen deutlich fallen und Zufallsmehrheiten Aufschub leisten. **Ein Kreditinstitut sollte daher bei unangekündigten Anträgen auf der HV nach eigenem Ermessen abstimmen können, wenn es annehmen darf, dass der Aktionär bei Kenntnis der Sachlage eine entsprechende Ausübung des Stimmrechts billigen würde.** Dieser Fall ist mit dem in § 135 Abs. 3 Satz 2 AktG n.F. geregelten vergleichbar.

Durch § 135 Abs. 8 AktG-E wird das Rechtsregime für die Depotbanken sinngemäß auf die Stimmrechtsvertretung der Aktionärsvereinigungen und gewerbsmäßig Handelnde Personen erstreckt wird, jedoch nicht die Haftungsfolgen gemäß Abs. 9 AktG. In der Stellungnahme zur RefE hat das Deutsche Aktieninstitut bereits angemerkt, dass ein Grund für diese Ungleichbehandlung nicht ersichtlich ist. Auch der Bundesrat regt an, diese Differenzierung

aufzugeben. In ihrer Gegenäußerung (16/11642, S. 98) gibt die Bundesregierung an, dass Aktionärsvereinigungen das Stimmrecht oftmals kostenlos anbieten. Dies mag zutreffen, aber nicht für die gewerbsmäßigen Stimmrechtsvertreter. **Zumindest sollte klargestellt werden, dass gewerbsmäßigen Stimmrechtsvertreter sich nicht von der Haftung frei zeichnen können, wenn sie den Service nicht kostenfrei anbieten.**

II. Zum RegE des ARUG im Einzelnen

1. Zu § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG-E: Rückkauf eigener Aktien

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt, dass die Höchstdauer der Ermächtigung in § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG wie in der EU-Kapitalrichtlinie vorgesehen von 18 Monaten auf 5 Jahre heraufgesetzt wird, wie in der Stellungnahme zum RefE gefordert. Dies bietet weniger Angriffsfläche für Berufskläger und dient der europäischen Harmonisierung.

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt auch die Streichung des § 71 Abs. 3 Satz 3 AktG, so dass die Ermächtigung selbst nicht mehr an die BaFin berichtet werden muss, da sich herausgestellt hat, dass die Bekanntgabe der Ermächtigung in der Vergangenheit keine erhebliche Kursrelevanz hatte.

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass § 71 Abs. 1 Nr. 8 Satz 1 AktG mit Art. 19 Abs. 1 n.F. der Kapitalrichtlinie dahingehend unvereinbar ist, als die deutsche Regelung den Spielraum für HV-Ermächtigungen zum Erwerb eigener Aktien auf 10% des Grundkapitals beschränkt. Damit ging die deutsche Regelung schon über Art. 19 Abs. 1 lit. a) Satz 1 der alten Fassung der Kapitalrichtlinie hinaus. Dieser schrieb zwar vor, dass die Ermächtigung „die Höchstzahl der zu erwerbenden Aktien“ festzulegen habe. Die Erwerbsgrenze selbst wurde aber nicht festgelegt, sondern dem Beschluss der HV überlassen. Hieran ändert auch die Neuregelung nichts. Die alte Regelung stellte jedoch einen Mindeststandard dar, so dass die Mitgliedsstaaten darüber hinaus gehen konnten.

Im Gegensatz zur alten Fassung dürfen die Mitgliedstaaten die Regelung hinsichtlich der Erwerbshöchstgrenze nun nicht mehr verschärfen. Das ergibt sich daraus, dass Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 Kapitalrichtlinie nunmehr einen Katalog zulässiger Bedingungen für den Erwerb aufgrund einer Hauptversammlungsermächtigung enthält. Der Eingangssatz lautet „Die Mitgliedstaaten können ferner den Erwerb von Aktien im Sinne von Unterabsatz 1 jeder beliebigen der folgenden Bedingungen unterwerfen...“. Im Umkehrschluss kann also die Zulässigkeit des Erwerbs nicht von darüber hinausgehenden Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Nach der Neufassung des Art. 19 Kapitalrichtlinie können die Mitgliedsstaaten nur noch die Bestandsgrenze für eigene Aktien in Höhe von 10% beibehalten, aber nicht eine Erwerbsgrenze in der Ermächtigung festlegen. Die Richtlinie ist bis August umzusetzen.

Diese Änderung ist auch unter dem Gesichtspunkt, dass die Richtlinie eine Ermächtigung für einen Zeitraum von bis zu fünf Jahren erlaubt, sinnvoll. Diese Änderung würde ins Leere laufen, wenn das Erwerbsvolumen bei 10% festgesetzt werden könnte. Die Unternehmen brauchen die Flexibilität, auch eine höhere Erwerbsgrenze festzulegen und nach Bedarf unter Berücksichtigung der Bestandsgrenze von 10% von der Ermächtigung der HV Gebrauch zu machen.

Das Deutsche Aktieninstitut fordert daher, in § 71 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 den Halbsatz „der zehn von hundert nicht überstiegen darf,“ zu streichen.

2. Zu § 118 AktG-E

a) Zu § 118 Abs. 1 AktG-E: Online-Teilnahme

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt, dass der Gesetzgeber die elektronische Teilnahme von Aktionären an der HV satzungsd dispositiv ausgestaltet und zwar auch dahingehend, dass auch nur einzelne Rechte gewährt werden können, z.B. das Anfechtungsrecht insgesamt ausgeschlossen werden kann.

Online zugeschaltete und vor Ort präsente Aktionäre sind nicht gleich zu behandeln i.S.d. § 53a AktG, da ihre Teilnahme nicht den gleichen Voraussetzungen unterliegen. Dies wird auch in der Begründung zum RegE aufgeführt. **Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte § 53a AktG jedoch auch im Gesetztext ausdrücklich ausgeschlossen werden.**

Das Deutsche Aktieninstitut schließt sich gerade in Abgrenzung zum Briefwähler (s.u.) der Anregung in Ziff. 4 der Stellungnahme des Bundesrats an, in § 118 Abs. 1 Satz 2 AktG-E einen neuen Satz 3 anzufügen, der **klarstellt, dass mit der Protokollierung der Teilnahme des Aktionärs im Wege der elektronischen Kommunikation dieser als erschienen im Sinne dieses Gesetzes gilt.**

b) Zu § 118 Abs. 2 AktG-E: Briefwahl

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt die Klarstellung, dass die Briefwahl auch im Wege elektronischer Kommunikation erfolgen kann.

Es sollte jedoch ausdrücklich klargestellt werden, dass die eingegangenen Stimmen schon vor der eigentlichen Präsenzabstimmung zur Kenntnis genommen werden dürfen. Dies würde andernfalls zu unnötigen Verzögerungen bei der Stimmauswertung am Tag der HV führen.

Das Deutsche Aktieninstitut geht davon aus, dass es den Unternehmen frei steht, festzulegen, wann die Briefwahl endet.

Es sollte außerdem klargestellt werden, dass Briefwähler rechtlich nicht erschienen sind, aber dennoch gesondert in das Teilnehmerverzeichnis aufgenommen werden können. Hintergrund: Das gebräuchliche Subtraktionsverfahren erfordert die Aufnahme der Briefwähler in das Teilnehmerverzeichnis, da die Nein-Stimmen und Enthaltungen von den Angaben im Teilnehmerverzeichnis abgezogen werden. Dieses Verfahren soll nach der Begründung im RegE weiter möglich sein. Trotz der Aufnahme im Teilnehmerverzeichnis sind Briefwähler als nicht erschienen zu werten und vom Anfechtungsrecht ausgeschlossen.

c) Zu § 118 Abs. 4 AktG-E: Übertragung der HV in Ton und Bild

Die Neuregelung sieht vor, dass die Satzung oder die Geschäftsordnung der HV vorsehen oder den Vorstand ermächtigen kann, die Bild- und Tonübertragung der HV zuzulassen.

Dies ist zwar angesichts der Vorstandsermächtigung zur Zulassung der Online-Teilnahme konsequent. Die Versammlungsleitung der HV obliegt jedoch in der Praxis fast ausschließlich dem Aufsichtsratsvorsitzenden. Ein Vorstand, jedenfalls, kann die Versammlung nach h.M. nicht leiten (Ziemons in Schmidt/Lutter AktG, § 129 Rn. 34; Mühlbert in Großkommentar AktG, vor §§ 118-147 Rn. 75; Hüffer, AktG, § 129 Rn. 18, jeweils mw.N.). **Da die Geschäftsordnungsermächtigung darauf hindeutet, dass die Zulassungsentscheidung am Tag der HV getroffen werden kann, sollte diese zumindest nicht an den Vorstand, sondern den Versammlungsleiter gerichtet sein.** Sonst würde sich hier ein Systembruch ergeben.

Sollte der Wortlaut dennoch nicht mehr geändert werden, bedarf es einer **angemessenen Übergangsvorschrift**, damit die Gesellschaften mit abweichender Satzungsregelung ihre HV überhaupt noch in der nächsten Saison übertragen können, bevor sie ihre Satzungen an den neuen Wortlaut anpassen.

3. Zu § 121 AktG-E: Einberufung

a) Zu § 121 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 AktG-E: Bedeutung des Record Date

In ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrats stimmt die Bundesregierung der Anregung zu, § 123 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 AktG-E dahingehend zu ändern, dass nicht nur der Nachweistichttag, sondern auch „dessen Bedeutung“ in der Einberufung anzugeben ist. Da Fehler in der Einberufung nach § 241 Nr. 1 AktG-E zur Nichtigkeit führen, bietet dieser unbestimmte Rechtsbegriff unnötige neue Anfechtungsrisiken. **Er sollte daher nicht in das Gesetz übernommen werden. Alternativ könnte der Gesetzgeber den Wortlaut eines solchen Hinweises vorgeben.**

b) Zu § 121 Abs. 7 AktG-E: Fristen

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt grundsätzlich die einheitliche Berechnungsmethode für Fristen und die Unbeachtlichkeit von Feiertagen, die in § 121 Abs. 7 AktG vorgesehen ist. Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt auch die Klarstellung, dass es sich beim Record Date um einen Termin handelt. Zuletzt hatte eine rechtskräftige Entscheidung des LG Frankfurt vom 2.10.2007 (NZG 2008, S. 112) zu neuer Rechtsunsicherheit geführt, weil das Gericht den Record Date als Frist eingeordnet hat. Der neue Rechtsbegriff des Termins im Aktiengesetz bringt Rechtsklarheit dahingehend, dass der Record Date auch auf einen Samstag, Sonn- oder Feiertag fallen kann. Die Reduzierung von Komplexität dürfte sicherlich auch dazu beitragen, Anfechtungsrisiken zu minimieren.

Jedoch gilt das neue Regime nur für die Fristberechnung, nicht für die Bewirkung des Zugangs von Anträgen oder Anmeldungen bei der Gesellschaft. So könnte der Zugang an Feiertagen im Falle des Postversands ins Leere laufen. Bei elektronischen Übermittlungsmethoden stellt sich das Problem natürlich nicht. **Das Deutsche AktinInstitut bittet daher um Klarstellung, dass mit der Neuregelung eventuelle faktische Verkürzungen der Fristen in Kauf genommen werden.**

4. Zu § 123 AktG-E: Anmeldung

a) Zu § 123 Abs. 2 Satz 3 AktG-E: Frist

Bei der Regelung in § 123 Abs. 2 Satz 3 AktG-E, wonach die Anmeldung mindestens sechs Tage vor der HV zugehen muss, wird der Vorteil der Neuformulierung des Gesetzestexts nicht deutlich. Die bisherige Formulierung „muss (...) bis spätestens am siebten Tage (...) zugehen“, wird zu „muss (...) mindestens sechs Tage vor der Versammlung zugehen“, wobei Satz 3 zukünftig vorschreibt, dass der Tag des Zugangs nicht mitzurechnen ist. Da also der Zugang am sechsten Tag vor der HV zur Fristeinholung nicht ausreicht, ist die Verwendung der Zahl „sechs“ in Kombination mit „zugehen“ zumindest missverständlich. Dabei ist zu bedenken, dass die Teilnahmevoraussetzungen und damit auch das Anmeldungserfordernis bei der Einberufung für die Aktionäre anzugeben sind. Auch wenn die Gesellschaften zukünftig den berechneten Tag angeben werden, könnten sie sich u.U. zu weiteren Erläuterungen gezwungen sehen, um im Aktionärskreis Missverständnisse auszuschließen. **Daher sollte der bisherige Wortlaut beibehalten werden.**

Sollte am neuen Wortlaut festgehalten werden, sollte zumindest eine **Übergangsregelung** erfolgen, damit die alten Satzungsregelungen noch bei der Einberufung in der HV-Saison 2010 beibehalten werden können. Sofern es bei dieser Neuregelung bleibt, ohne dass das ARUG eine diesbezügliche Übergangsfrist enthält, wäre in der HV 2010 fraglich, ob überhaupt eine Anmeldefrist besteht, da diese in der Satzung beschrieben sein muss und dort bisher nur Anmeldefristen stehen, die die alte, dann nicht mehr zulässige Rechenweise übernommen haben. Die gesetzliche Regelung kann in diesem Fall nicht an die Stelle einer unwirksamen Satzungsregelung treten, da das Anmeldeerfordernis von einer Satzungsregelung abhängig ist („Die Satzung kann die Teilnahme...davon abhängig machen“, § 123 Abs. 2 Satz 1 AktG-E). Dann müssten die Gerichte im Rahmen von Anfechtungsklagen darüber entscheiden, ob die bisherige Satzungsformulierung noch mit den neuen Fristen des ARUG vereinbar ist.

Dabei sieht § 20 Abs. 3 EGAktG-E zwar eine spezielle Übergangsvorschrift für § 123 Abs. 3 AktG vor, bezieht dies aber nur darauf, dass die Frist in den Satzungen nicht in Kalendertagen ausgedrückt ist. Die Diskrepanz kann jedoch auch darin liegen, dass die Satzung den alten Wortlaut des § 123 Abs. 2 AktG übernommen hat, es also heißt „spätestens am siebten Tage vor“ statt „min-

destens sechs Tage vor/Tag des Zugangs ist nicht mitzurechnen“. Würde ein Gericht zu der Überzeugung gelangen, beide Fristenberechnungsmodelle seien unterschiedlich, wären alle Beschlüsse der HV nichtig, sofern in der Einladung zur HV 2010 ein Anmeldeerfordernis beschrieben worden ist. Würde das Gericht hingegen zu der Überzeugung gelangen, die neue Frist stimme völlig mit der bisherigen Frist überein, wären alle Beschlüsse der HV nichtig, wenn die Gesellschaft "sicherheitshalber" kein Anmeldeerfordernis in die Einladung zur HV aufgenommen hätte, obwohl die Satzung eine Anmeldung verlangt. Sofern es bei der Neuformulierung der Berechnungsmethode für die Anmeldefrist bliebe, müsste deshalb zumindest eine Übergangsregelung vorgesehen werden. Die im RegE vorgesehene Übergangsregelung in § 20 Abs.1 EGAktG-E knüpft an die Einberufung nach dem 31.12.2009 an, den Gesellschaften sollte jedoch erlaubt werden, die bisherige Anmeldefrist noch bis zum 31.12.2010 verwenden zu können. Dann könnten die Gesellschaften ihre Satzungen in der HV im Jahr 2010 entsprechend der Gesetzesänderung anpassen.

b) Zu § 123 Abs. 2 Satz 4 AktG-E: Doppelung der Fristen?

Die Einberufungsfrist verlängert sich nach § 123 Abs. 2 Satz 4 AktG-E um die Anmeldefrist, nach Abs. 3 Satz 1, 2. Halbsatz AktG-E, der auf Abs. 2 Satz 4 verweist, jedoch um die Nachweisfrist bzgl. des Anteilsbesitzes. Es fragt sich, in welchem Verhältnis beide Vorschriften zueinander stehen, d.h. ob beide Fristen zu addieren sind. Es sollte jedoch nur die längere Frist zählen, auch wenn die Fristen in der Praxis gleich laufen dürften. **Dies sollte klargestellt werden.**

5. Zu § 124 AktG-E: Bekanntmachung

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt, dass § 124 Abs. 1 AktG-E die Bekanntmachung der aufgrund eines Ergänzungsantrags geänderte Tagesordnung nicht mehr spätestens am dritten Tag nach dem in § 122 Abs. 1 Satz 3 AktG-E genannten Zeitpunkt in den Gesellschaftsblättern bekannt machen ist, sondern „unverzüglich“. Die 3-Tages-Frist des RefE war zu unflexibel und zu kurz bemessen und deshalb bereits aus technischen Gründen kaum einzuhalten, etwa wenn das Ergänzungsverlangen an einem Freitag bei der Gesellschaft eingeht.

Das Deutsche Aktieninstitut regt an, § 124 Abs. 2 Satz 2 AktG-E dahingehend zu ändern, dass nicht mehr der „wesentliche Inhalt des Vertrages“ bekanntzumachen ist, sondern nur ein Link auf die Internetseite der Gesellschaft. Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der Anfechtungsklägern ein breites Angriffsfeld überlässt. Da die Bestimmung des „wesentlichen Inhalts“ nicht rechtssicher möglich ist, wird in der Praxis der gesamte Vertrag veröffentlicht. Im Zuge des Ausbaus der Internetseiten der Gesellschaften als zentrale Informationsplattform durch das ARUG sollte für die Bekanntmachung von Verträgen ein direkter Link auf die Fundstelle genügen.

Aus Aktionärssicht ist der elektronische Bundesanzeiger auch nichts anderes als eine Internetseite.

6. Zu § 124a AktG bzw. 30b WpHG: Angaben im Internet

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt ausdrücklich, dass die Gesamtzahl der Stimmrechte bezogen auf den Zeitpunkt der Einberufung in entsprechender Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie im Internet zur Verfügung gestellt werden kann. Die Angabe der Gesamtzahl der Stimmrechte verlangt allerdings auch § 30b Satz 1 Nr. 1 WpHG, dort aber im elektronischen Bundesanzeiger.

Um Doppelungen zu vermeiden, hat der RefE Gesellschaften, die unter das Aktiengesetz fallen, von den Anforderungen des § 30b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WpHG ausnehmen wollen, eine Intention, die das Deutsche Aktieninstitut grundsätzlich begrüßt. Die entsprechenden Änderungen im WpHG sind nun im RegE nicht mehr vorgesehen.

Die Regelungen des WpHG sollten aber auf jeden Fall auf das neue Regime der Aktionärsrechterichtlinie angepasst werden. Es ist nicht einleuchtend, dass die Anforderungen des WpHG teilweise über die spezielleren Regelungen der Aktionärsrechterichtlinie bzw. des Aktiengesetzes hinausgehen. Dies gilt z.B. für die Angabe der Gesamtzahl der Stimmrechte im Zeitpunkt der Einberufung der HV: In der Verwaltungspraxis ist das Missverständnis aufgetreten, dass § 30b Abs. 1 Nr. 1 WpHG die Veröffentlichung der Gesamtzahl der Stimmrechte unbedingt zugleich mit der Einberufung der HV verlange. Dies ist jedoch weder auf die Anforderungen der Transparenzrichtlinie (2004/109/EG) zurückzuführen (1), noch ist eine solche Auslegung durch den Wortlaut der Norm vorgegeben (2), noch ist die richtige Angabe der Gesamtzahl der Stimmrechte bei der Einberufung aus technischen Gründen immer möglich (3). Die Norm sollte an die Erfordernisse der Aktionärsrechterichtlinie angepasst werden (4).

Zu (1): Die Transparenzrichtlinie verlangt keinesfalls die Angabe der Stimmrechte im Zeitpunkt der Einberufung. In Art. 17 Abs. 2 a) der Transparenzrichtlinie heißt es lediglich, dass über Ort, Zeitpunkt und Tagesordnung der HV wie auch über die Gesamtzahl der Aktien und Stimmrechte und die Rechte der Aktionäre bezüglich der Teilnahme an den HVen zu informieren ist, überlässt die Modalitäten also den Mitgliedstaaten. Die Umsetzung in § 30b WpHG ist also strenger als die Anforderungen der Transparenzrichtlinie.

Zu (2): § 30b Abs. 1 Nr. 1 WpHG erfordert eine Gleichzeitigkeit von Einberufung und Bekanntgabe der Gesamtzahl der Stimmrechte nicht. Satz 1 Nr. 1 lautet: „Der Emittent von zugelassenen Aktien, für den die Bundesrepublik Deutschland der Herkunftsstaat ist, muss 1. die Einberufung der HV einschließlich der Tagesordnung, die Gesamtzahl der Aktien und Stimmrechte im Zeitpunkt der Einberufung der HV und die Rechte der Aktionäre bezüglich der

Teilnahme an der HV (...) unverzüglich im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlichen.“ Nach dem Wortlaut ist Gleichzeitigkeit bzw. eine Meldung erforderlich nur bezüglich der Einberufung und der Tagesordnung, denn dort heißt es: „Einberufung ... einschließlich der Tagesordnung“. Da diese Bezugnahme („einschließlich“) für die restliche Aufzählung der Nr. 1 nicht gilt (es heißt nicht „der“ Gesamtzahl der Aktien, etc.), ergibt sich im Umkehrschluss, dass die Einberufung nicht „einschließlich“ der Gesamtzahl der Stimmrechte veröffentlicht werden muss.

Zu (3): Eine unbedingte Gleichzeitigkeitsanforderung wäre dem Informationszweck sogar abträglich, da sie auch aus technischen Gründen zu Fehlinformationen führen kann. Bei bedingten Kapitalerhöhungen, z.B. bei Mitarbeiter-Optionsprogrammen, bei denen das Bezugsrecht zu unterschiedlichen Zeitpunkten ausgeübt werden kann, lässt sich die Zahl der im Zeitpunkt der Einberufung vorhandenen Aktien manchmal erst mit einer zeitlichen Verzögerung von einigen Tagen mit Sicherheit feststellen. Der elektronische Bundesanzeiger veröffentlicht zudem die Einberufung der HV aus technischen Gründen nicht am Einreichungstag. Das bedeutet, dass die Gesellschaft bei Einreichung der Unterlagen beim eBAnz eine zum Zeitpunkt der Einrückung beim elektronischen Bundesanzeiger u.U. veraltete Zahl veröffentlichen müsste.

Zu (4): Demgegenüber hat die Aktionärsrechterichtlinie einen ähnlichen Wortlaut wie den des § 30b WpHG. Es scheint so, als hätte der Gesetzgeber mit § 30b WpHG die Aktionärsrechterichtlinie schon vorwegnehmen wollen. Mit der Verabschiedung der Aktionärsrechterichtlinie hat die Transparenzrichtlinie in den von ihr abgedeckten Bereichen ihre Bedeutung für Aktienemittenten mit Sitz in der EU verloren². Sie fängt also faktisch nur noch Emittenten mit Sitz in Drittländern und abweichenden Informationspflichten auf. Die gegenüber der Transparenzrichtlinie unserer Auffassung nach speziellere Richtlinie verlangt in Art. 5 Abs. 4 lit. b die Angabe der Gesamtzahl der Stimmrechte zum Zeitpunkt der Einberufung, spätestens am 21. Tag vor der HV auf ihrer Internetseite, also nach der Einberufung.

Hier ergibt sich eine Verschärfung der Anforderungen der Aktionärsrechterichtlinie durch das WpHG. Erstere lässt künftig die Veröffentlichung auf der

² Vgl. Commission staff working document: "The Transparency Directive obligations are often closely connected to obligations set out in other Community texts, either in the corporate governance/company law field or in the financial markets/securities field. Firstly, the Transparency Directive covers fields that may be directly related to other EU legal instruments, such as the Shareholders Rights Directive or the accounting rules." Report on more stringent national measures concerning Directive 2004/109/EC on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market, vom 10.12.2008 (SEC(2008) 3033 final). http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/transparency/report_measures_122008_en.pdf.

Internetseite genügen, nach WpHG müssen die Gesellschaften dennoch zusätzlich die Gesamtzahl der Stimmrechte im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlichen. Hierfür besteht kein Bedürfnis. Zu Recht baut der Entwurf des ARUG die Internetseite der Gesellschaft als zentrale Informationsplattform aus. Konnte der Aktionär den verschiedenen vorgeschriebenen Medien die Einberufung entnehmen, wird er sich für die Einzelheiten ohnehin auf die Internetseite der Gesellschaft begeben. Eine zusätzliche Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger hat keinen Mehrwert, weil auch er für den Aktionär nur über das Internet erreichbar ist. **Daher sollte auch § 30b WpHG die Veröffentlichung der Angabe der Gesamtzahl der Stimmrechte nur noch auf der Internetseite der Gesellschaft vorsehen.** Dies widerspricht auch nicht den allgemein gehaltenen Anforderungen der Transparenzrichtlinie.

7. Zu § 125 Abs. 2 AktG-E, § 30b Abs. 3 WpHG: Übermittlung von Unterlagen

Nach dem neu angefügten § 125 Abs. 2 Satz 2 AktG kann die Satzung die Übermittlung der Unterlagen auf den elektronischen Weg beschränken. Mit der Neuregelung soll den Gesellschaften nach der Begründung des RegE nunmehr die Möglichkeiten gegeben werden, die Übermittlung an die Aktionäre ganz oder teilweise auf Elektronik umzustellen. Danach wäre sogar ein kompletter Ausschluss des Papierversands möglich. Die Begründung weist noch auf die Einhaltung der Voraussetzungen des § 30b Abs. 3 Nr. 1 d) WpÜG – gemeint ist das WpHG – hin, wonach jeder Aktionär oder sein Berechtigter ausdrücklich eingewilligt haben müssen oder innerhalb eines angemessenen Zeitraums nicht widersprochen haben dürfen. Der Verweis auf den Buchstaben d) ist nicht ausreichend, da noch mehr zu beachtende Anforderungen bestehen.

Der Verweis auf das WpHG ist systematisch auch nicht einleuchtend, da die Aktionärsrechterichtlinie gegenüber der Transparenzrichtlinie, auf deren Art. 17 die Regelung des § 30b WpHG beruht, unserer Auffassung nach spezieller ist. Bezüglich der Kommunikation mit Aktionären in Bezug auf die HV steht die Transparenzrichtlinie mit den Zielen der Aktionärsrechterichtlinie in der Tat in gewissem Widerspruch (vgl. auch Prof. Noack in Festschrift für Westermann II. 1. b). Dieser Widerspruch wurde bedauerlicherweise nicht offiziell bei der Verabschiedung der Aktionärsrechterichtlinie aufgelöst. Das Ziel der Aktionärsrechterichtlinie ist der Abbau von Hemmnissen in der Aktionärskommunikation, und zwar insbesondere im Hinblick auf ausländische Aktionäre. Gerade für diese ist die elektronische Kommunikation besonders wichtig, da ein Postversand von Informationen, der ohne Beschluss der HV möglich wäre, in der Regel länger dauert als im Inland. Wäre auch in den von der Aktionärsrechterichtlinie abgedeckten Bereichen § 30b Abs. 3 Nr. 1 a) WpHG zu beachten, wäre es theoretisch möglich, dass die Mehrheit der HV – v.a. zu Lasten der ausländischen Aktionäre – gegen eine elektronische Kommunikation der Gesellschaft mit ihren Aktionären votiert. **Die Transparenzrichtlinie würde es den Mitgliedsstaaten sogar verwehren, eine Vorschrift zu erlassen,**

die den Gesellschaften eine elektronische Kommunikation mit den Aktionären vorschreibt, selbst wenn diese dies individuell wünschten, da nach der Transparenzrichtlinie zuvor eine Entscheidung der HV erforderlich ist. Die Regelung des § 30b Abs. 3 WpHG enthält nach ihrem Wortlaut keinerlei Einschränkungen. Das würde bedeuten, dass etwa Aktionäre Gesellschaften auf elektronischem Wege um Übermittlung von Unterlagen bitten könnten, Gesellschaften diese aber ohne grundsätzlichen HV-Beschluss nur auf dem Postwege versenden könnten. **Es wäre wünschenswert, dass der Gesetzgeber sich um eine Klärung des Verhältnisses beider Richtlinien zueinander bemüht und § 30b WpHG einschränken würde, da die Norm jegliche Kommunikation auf elektronischem Wege mit Informationsaustauschcharakter ohne vorherige Zustimmung der HV in Frage stellt. Dies ist geradezu absurd.**

8. Zu § 126 AktG-E, § 127 AktG-E: Anträge von Aktionären

a) Zu § 126 Abs. 1 AktG-E: Frist

Nach der neuen Fassung des § 126 AktG-E sollen Gegenanträge von Aktionären der Gesellschaft 14 Tage vorher zugehen, wobei der Tage des Zugangs nicht mitzurechnen ist. Die alte Fassung sah demgegenüber zwei Wochen vor. Mit der Neureglung verkürzt sich somit die Frist für den Aktionär, da seine Gegenanträge 15 Tage vorher bei der Gesellschaft eingegangen sein müssen. Bei der Neufassung der Anmeldefrist des § 123 Abs. 2 AktG-E wurde dagegen der Wortlaut von „am siebten Tage zugegangen“ auf „sechs Tage vor“ geändert, so dass die Frist im Ergebnis unverändert bleibt. Dies sollte auch bei § 126 AktG-E so gehandhabt werden. Damit würde zum einen das Problem umgangen, dass von der Neuregelung auf die Auslegung der Altfassung zurückgeschlossen werden könnte, mit der Folge, dass in der nächsten HV-Saison vor Geltung der Neuregelung Rechtsunsicherheit über die richtige Berechnung der Gegenantragsfrist Vorschub geleistet würde; zum anderen erleichtert eine Frist von 14 gegenüber 15 Tagen die Findung eines geeigneten Termins für die HV, denn die Gesellschaften bemühen sich in der Praxis, sämtliche Fristen, die vom Termin der HV zurückrechnen, auf Werktagen enden zu lassen. Die Findung eines geeigneten Termins ist bei Fristen von 7, 14 etc. Tagen deutlich einfacher.

Das Deutsche Aktieninstitut schlägt vor, in § 126 Abs. 1 Satz das Wort „14“ durch „13“ zu ersetzen.

b) Zu §§ 126, 127 AktG-E: Anfechtungsrecht

Anträge von Aktionären nach § 126 und 127 AktG-E sind auf die Homepage der Gesellschaft zu stellen. Für die Bereitstellung im Internet ist das Anfechtungsrecht wegen technischer Störungen im Gegensatz zu den Informationen nach § 124a AktG-E jedoch laut der Begründung zum RegE bewusst nicht ausgeschlossen. Diese Differenzierung ist nicht nachvollziehbar, denn auch

hier können technische Störungen auftreten, die nicht im Verantwortungsbereich der Gesellschaft liegen.

Der Ausschluss des Anfechtungsrechts wegen technischer Störungen sollte auf §§ 126 und 127 AktG erstreckt werden.

9. Zu § 130 AktG-E: Niederschrift

Nach § 130 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 sind in der Niederschrift des Notars auch die Zahl der abgegebenen Stimmen, Gegenstimmen und gegebenenfalls die Zahl der Enthaltungen anzugeben. Fehler sind nicht von der Nichtigkeitsfolge erfasst, da § 241 Nr. 2 AktG-E nur Abs. 2 Satz 1 nennt. Dies ist sehr zu begrüßen.

Allerdings regt das Deutsche Aktieninstitut an, von der Erleichterung des Art. 14 der Aktionärsrechterichtlinie Gebrauch zu machen, wonach die Mitgliedstaaten vorsehen können oder Gesellschaften erlauben können vorzusehen, **„dass es – falls kein Aktionär eine umfassende Darstellung des Abstimmungsergebnisses verlangt – ausreicht, für jeden Beschluss festzustellen, dass die erforderliche Mehrheit erreicht wurde.“** Die Verlesung der Abstimmungsergebnisse mit den einzelnen Ergebnissen und endlosen Zahlenkolonnen ist in der Praxis für alle Beteiligten bei einem umfangreichen Beschlusskatalog ermüdend. Man denke nur an Einzelentlastungen oder Wahlen zum Aufsichtsrat als Einzelwahl. Es ist auch nicht ersichtlich, warum eine genaue Angabe der Mehrheitsverhältnisse bei der Verlesung erforderlich ist, wenn kein Aktionär dies verlangt.

10. Zu § 134 Abs. 3 AktG: Bevollmächtigung

a) § 134 Abs. 3 Satz 2 AktG: Splitten des Anteilsbesitzes

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt, dass das Splitten von Beteiligungen künftig von der Gesellschaft zurückgewiesen werden kann. Hierdurch konnten die Berufskläger in der Vergangenheit zusätzliche Einnahmen erzielen, indem sie sich durch das Splitten auch mehrfach bei Anfechtungsklagen und Vergleichen beteiligten.

Zu beachten ist Art. 10 Abs. 2 Aktionärsrechterichtlinie, wonach ein Aktionär, der mehrere Depots unterhält, für die in jedem einzelnen Wertpapierdepot gehaltenen Aktien jeweils einen eigenen Vertreter für jede HV bestellen darf. Satz 2 differenziert jedoch nicht nach Depots. Sollte dies nicht in den Gesetzestext aufgenommen werden, dürften die Gesellschaften die Aktionärsrechterichtlinie bei der Zurückweisung von Bevollmächtigungen dennoch zu beachten haben.

b) Zu § 134 Abs. 3 Satz 3 und 4 AktG: Vollmacht

Für die Erteilung einer Stimmrechtsvollmacht lässt § 134 Abs. 3 Satz 3 AktGE die Textform (im Sinne des § 126b BGB) ausreichen. Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt die Klarstellung, dass die Satzung auch Erleichterungen vorsehen kann, da die Anforderungen, die an die Textform im Sinne des BGB zu stellen sind, teilweise streitig sind, vgl. OLG Stuttgart v. 4.2.2008, 2 U 71/07, LG Heilbronn MMR 2006, 687 im Gegensatz zu LG Paderborn MMR 2007, 191; LG Flensburg MMR 2006, 686. So ist zumindest sichergestellt, dass der häufig benutzte Internetdialog über Internetformulare jedenfalls nicht gesetzlich ausgeschlossen ist.

Nach dem RegE sollen jedoch bei börsennotierten Gesellschaften künftig strengere Anforderungen an die Form ausgeschlossen werden, also insbesondere die Schriftform nach BGB. Dieses Verbot kann jedoch nicht auf die Aktionärsrechterichtlinie zurückgeführt werden. Der Bundesrat weist in seiner Stellungnahme zu Recht auf das Fälschungsrisiko hin. Den Gesellschaften muss es möglich sein, Abweichungen von der Textform zu verlangen, um dem entgegenzuwirken. **Dabei geht es nicht darum, den Gesellschaften Regelungen zum Fälschungsrisiko vorzuschreiben** (wie die Antwort der Bundesregierung zu Ziff. 11 der Stellungnahme des Bundesrats andeutet, **sondern sie nicht zu verbieten**.

Die Richtlinie stellt in Art. 11 Abs. 1 und 2 auf den ersten Blick widersprüchliche Anforderungen auf, indem sie in Absatz 1 einerseits die elektronische Bestellung der Vertreter und die Entgegennahme dieser durch die Gesellschaften ebenfalls „auf elektronischem Wege“ gestattet (!) und in Abs. 2 die Sicherstellung der Mitgliedsstaaten verlangt, dass die Benachrichtigung an die Gesellschaft in jedem Fall „schriftlich“ erfolgen muss. Dies ist jedoch selbst dann kein Widerspruch, wenn „schriftlich“ in dem Sinne interpretiert wird, dass die Bevollmächtigung unterschrieben sein müssen: Auch eine elektronische Signatur wäre eine Unterschrift in dem Sinne und eine Bevollmächtigung kann so auf elektronischem Wege erfolgen. Art. 6 Abs. 1 Satz 3 definiert „schriftlich“ als eine „Übermittlung durch Postdienste oder auf elektronischem Wege“. Auch dies schließt jedoch nicht aus, dass eine elektronische Signatur verlangt werden kann. Die Kombination des Schriftformerfordernisses mit der Pflicht zum Bereithalten eines elektronischen Weges für die Übermittlung der mit einer elektronischen Signatur versehenen Vollmacht verstieße also nicht gegen die Aktionärsrechterichtlinie.

Auch wenn man keine elektronische Signatur verlangen möchte, ist Art. 11 Abs. 2 Satz 2 Aktionärsrechterichtlinie zumindest zu entnehmen, dass die Gesellschaften eine strengere Form als die im RegE vorgesehene Textform bestimmen können, da die Textform i.S.d. § 126b BGB nur eine Informations- aber keine Identitätsfunktion erfüllen soll (Heinrichs/Ellenberger, Palandt, § 126b BGB Rn. 1) und kann. Gerade Anforderungen, die der Feststellung von

Identität und Vertreter dienen, erlaubt jedoch Abs. 2 Satz 2 Aktionärsrichtlinie, also ein Mehr als die Textform.

Die jetzt vorgesehene Regelung stünde auch in Widerspruch zu § 30b Abs. 3 Nr. 1 c) WpHG, nach dem die sichere Identifizierung der Aktionäre zu gewährleisten ist. Die Gesellschaften müssen also entsprechende Maßnahmen ergreifen können (zur grundsätzlichen Problematik des ungeklärten Verhältnisses des § 30b WpHG bzw. der Transparenzrichtlinie zur Aktionärsrichtlinie siehe aber oben zu § 125 AktG-E).

Das Deutsche Aktieninstitut fordert daher, dass das bisherige Schriftformerfordernis in § 134 AktG beibehalten wird.

Sollte man sich dem nicht anschließen können, muss es den Gesellschaften zumindest ermöglicht werden, eine Schriftformäquivalenz vorzusehen, wie der Bundesrat in seiner Stellungnahme angeregt hat, also strengere/ergänzende Anforderungen als die „Textform“ vorzusehen.

(1) Abweichungen während der HV

Bevollmächtigungen sind zudem auch während der HV möglich. Hierfür muss es den Gesellschaften gestattet werden, auch andere Regelungen zu treffen und z.B. den angebotenen Weg elektronischer Kommunikation auszuschließen oder zu modifizieren. Man denke nur an den vor Ort präsenten Aktionär, der einem anderen Aktionär die Vollmacht auf der HV erteilt. **Hier muss die Schriftform verlangt werden können.**

Auf der anderen Seite widerruft der bei der HV erschienene Aktionär, der zuvor einen Dritten bevollmächtigt hatte, konkludent die erteilte Vollmacht. Hierfür sollte eine Erleichterung von der Textform vorgesehen werden können. **Dies ist nach dem vorgesehenen Wortlaut nunmehr eigentlich nicht mehr möglich, sollte daher klargestellt werden.**

(2) Vorstandsermächtigung

Viele Unternehmen bieten bereits jetzt die Möglichkeit, einen Stimmrechtsvertreter der Gesellschaft mit Hilfe einer Internetmaske zu bevollmächtigen. Die Grundlage für diese Formerleichterung für die Stimmrechtsvollmacht ist meist eine Vorstandsentscheidung aufgrund einer Ermächtigung in der Satzung. Das OLG München hat jüngst die Möglichkeit einer Verkürzung der Anmeldefrist aufgrund einer Vorstandsermächtigung in Frage gestellt (OLG München v. 26.3.2008 – 7 U 4782/07), weil dies nur die Satzung selbst vorsehen dürfe. Es reiche nicht aus, dass Aktionäre die Anmeldefrist der Einberufung entnehmen könnten, sondern dies müsse sich bereits aus der Satzung ergeben, damit sich die Aktionäre darauf einstellen könnten. Diese Entscheidung ist zu Recht auf erhebliche Kritik gestoßen.

Da das Deutsche Aktieninstitut davon ausgeht, dass eine Fixierung eines bestimmten technischen Verfahrens zur Identifizierung der Aktionäre und Bevollmächtigten nicht sinnvoll ist, sollte dies jedoch dem Vorstand überlassen werden können. Da dies u.U. Erschwernisse gegenüber der „Textform“ bedeuten kann, **sollte angesichts neuer Gerichtsentscheidungen eine Vorstandsermächtigung neben Satzungsregelungen ausdrücklich vorgesehen werden.** Sollte jedoch in § 134 Abs. 3 AktG-E wieder die Schriftform vorgesehen werden, ist eine ausdrückliche Regelung u.E. nicht nötig, da der Vorstand wie in der bisher unangefochtenen Praxis dann nur Formerleichterungen gegenüber der gesetzlichen Regelung bestimmt.

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt die ausdrückliche Aufnahme von Vorstandsermächtigungen im RefE. Es wird jedoch die Gefahr gesehen, dass die Gerichte in der Umkehr schließen, dass beim Schweigen des AktG Ermächtigungen künftig nicht mehr möglich sind. **Daher regt das Deutsche Aktieninstitut an klarzustellen, dass der Gesetzgeber mit der ausdrücklichen Regelung nicht zum Ausdruck bringen möchte, dass im Umkehrschluss alle Regelungen, die nur eine Satzungsermächtigung enthalten, zugleich nicht auch eine Vorstandsermächtigung beinhalten können.**

(3) Übergangsregelung

Die Übergangsregelung in § 20 EGAktG-E sollte verlängert werden (s.u. auch zu § 20 EGAktG-E).

11. Zu 241 Nr. 1 AktG: Nichtigkeitsklage

In seiner Stellungnahme zum RegE in Ziff. 16 regt der Bundesrat an, § 123 Abs. 3 AktG ausdrücklich in die Vorschriften, deren Verletzung die Nichtigkeit der HV-Beschlüsse zur Folge hat, aufzunehmen.

Das Deutsche Aktieninstitut widerspricht dieser Anregung ausdrücklich.

Wenn das materielle Anfechtungs- und Nichtigkeitsrecht im ARUG wie fast einhellig gefordert – darunter neben dem Deutschen Aktieninstitut, der Arbeitskreis Beschlussmängelrecht oder der Deutsche Juristentag – nicht grundlegend überarbeitet wird, dann sollte auch der Katalog der Nichtigkeitsgründe nicht noch erweitert werden. Dies gilt umso mehr, da der Tatbestand des § 123 Abs. 3 AktG komplex ist; er enthält Kann-Bestimmungen und rechtliche Rahmenbedingungen, wie die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zu Recht ausführt. Ein pauschaler Verweis auf § 123 Abs. 3 AktG ist aus diesem Grunde schon nicht angezeigt.

12. Zu § 246 AktG-E: Anfechtungsklage

a) Zu § 246 Absatz 3 Satz 4 AktG-E: Akteneinsicht; § 246a Absatz 1 Satz 2 AktG-E: Zustellung im Freigabeverfahren, Verweis auf § 247 AktG

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt, dass die Gesellschaften nach Ablauf der Monatsfrist einen Anspruch auf Akteneinsicht auch schon vor Rechtshängigkeit erhalten, wie das Deutsche Aktieninstitut in seiner Stellungnahme zum RefE angeregt hatte. Hieraus ergab sich bisher genauso wie durch die Angabe von Zustelladressen bspw. in Dubai oder China erhebliches Verzögerungspotential für das Freigabeverfahren. Bereits im RefE wurde in § 246a Absatz 1 Satz 2 AktG-E klargestellt, dass Zustellungen an Antragsgegner im Freigabeverfahren auch an den Prozessbevollmächtigten des Hauptsacheverfahrens erfolgen können. Diese Vorschläge dienen der Verfahrensbeschleunigung und schränken die Rechte der Anfechtungskläger in keiner Weise ein.

b) Zu § 246 Abs. 4 Satz 2 AktG-E: Nebenintervention

Das Deutsche Aktieninstitut schließt sich der Anregung Ziff. 22 aus der Stellungnahme des Bundesrats an, **wonach die Nebenintervention bei Anfechtungsverfahren ausgeschlossen werden sollte.**

Alternativ sollten die Voraussetzungen denen der Anfechtungsklage angeglichen werden: § 246 Abs. 4 Satz 2 lautet: „Ein Aktionär kann sich als Nebenintervenient nur innerhalb eines Monats nach der Bekanntmachung an der Klage beteiligen“. Satz 2 wurde im Zuge des Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) und sollte nach der Begründung des RegE zum Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) klarstellen, dass „die Nebenintervention in den Klagevoraussetzungen nicht besser stehen darf als die Klage“ (BT-Drs. 15/5092, S. 27).

Um dieses Ziel zu erreichen, müssen jedoch zumindest die Voraussetzungen des § 245 Nr. 1 AktG auch auf den Nebenintervenienten Anwendung finden, also Erwerb der Aktien vor der Bekanntmachung der Tagesordnung und Erklärung des Widerspruchs zu Protokoll. Der BGH hat dies wiederholt abgelehnt (zuletzt BGH II ZB 23/07 v. 26.5.2008), daher ist eine gesetzliche Klarstellung erforderlich.

13. Zu § 249 AktG: Monatsfrist für Nichtigkeitsklage

Eine Nichtigkeitsklage nach § 249 AktG kann innerhalb der Drei-Jahres-Frist (§ 242 Abs. 2 Satz 1 AktG) erhoben werden. Da sie abgesehen von Sonderregelungen z.B. in § 14 UmwG nicht an die Klagefrist von einem Monat für Anfechtungen gebunden ist, ist **zu regeln, dass auch eine Nichtigkeitsklage binnen eines Monats nach Beschlussfassung erhoben worden sein muss**, um die Blockierung eines Beschlusses erreichen zu können. Sonst könnte durch eine nachträglich erhobene Nichtigkeitsklage trotz erfolgreichen Freigabeanspruchs die Maßnahme weiter verzögert werden. Ein weiteres Freigabeverfahren wird dann erforderlich.

Dies regt auch der Bundesrat in Ziff. 23 seiner Stellungnahme zum RegE an.

14. Zu §§ 305, 320b Abs. 1, 327b Abs. 2 AktG-E: Anhebung des Zinssatzes bei Spruchverfahren

Das Deutsche Aktieninstitut lehnt die Erhöhung des Zinssatzes von 2% auf 5% über dem Basiszins nach § 247 BGB für die Verzinsung in Spruchverfahren ausdrücklich ab. Dies würde die Gesellschaften für Verfahrensverzögerungen durch Berufskläger auch noch bestrafen.

15. Zu § 20 Abs. 1 EGAktG-E: Angemessene Übergangsregelungen

Das Deutsche Aktieninstitut regt Übergangsregelungen an, die nicht dazu führen, dass Gesellschaften schon in dieser HV-Saison ohne das endgültige ARUG zu kennen, Vorratsbeschlüsse fassen müssen. Hierbei ist insbesondere an diejenigen Gesellschaften zu denken, deren Geschäftsjahr vom Kalenderjahr abweicht. Teilweise kann sonst nicht mehr rechtssicher einberufen werden, wie an manchen Stellen gezeigt (vgl. z.B. § 123 Abs. 2 AktG-E). Dagegen spricht auch nicht, dass die Aktionärsrechterichtlinie bis August 2009 umzusetzen ist, denn diese Frist richtet sich an die Mitgliedsstaaten, nicht an die Unternehmen.

Daher sollte die Übergangszeit bis zum 30.6.2010 laufen, nicht bis 31.10.2009.

Zu § 20 Abs. 3 EGAktG-E siehe oben zu 123 Abs. 2 AktG-E.

16. Zu § 30b Abs. 3 WpHG

Das Deutsche Aktieninstitut regt an, diese Regelung zu überprüfen (s.o. bereits zu § 124a).

17. Zu § 46 Abs. 4 WpHG: Printmedien

Das jüngst beschlossene Jahressteuergesetz 2009 verlängert in Art. 35 die Veröffentlichungspflichten in Printmedien nach § 46 Abs. 4 WpHG um weitere 2 Jahre.

Das Deutsche Aktieninstitut bittet um gesetzliche Klarstellung, dass in den Printmedien der Abdruck einer **gekürzten Fassung der HV-Einberufung/-Tagesordnung möglich ist, vergleichbar der Regelung des § 70 Abs. 2 BörsZuIV a.F.**, die mittlerweile gestrichen wurde.

Das Deutsche Aktieninstitut bittet um gesetzliche Klarstellung, dass der in § 30g WpHG enthaltene Ausschluss des Anfechtungsrechts auch auf § 46 Abs. 4 WpHG anwendbar ist, bzw. keine Nichtigkeit eintreten kann. § 30g WpHG bezieht den Anfechtungsausschluss auf den Abschnitt 5a. Wegen des Standorts des § 46 Abs. 4 WpHG in Abschnitt 12 besteht Rechtsunsicherheit, ob der Anfechtungsausschluss auch hierauf erstreckt werden kann. Diese Rechtsunsi-

cherheit kann nach einer Verlängerung der Veröffentlichungspflicht im Börsenpflichtblatt nicht mehr in Kauf genommen werden.

18. Zu § 53 GKG-E und Kostenverzeichnis

In § 53 GKG-E und der entsprechenden Anlage (Artikel 12 des RegE) die Festgebühr von 50 Euro für das Beschwerdeverfahren in eine am Streitwert orientierten **Wertgebühr** umgewandelt, da die Festgebühr der Bedeutung des Verfahrens nicht gerecht werde.

Das Deutsche Aktieninstitut lehnt die Änderung ab. Nur wenn die Beschwerde direkt beim OLG eingelegt wird, ist die Gebührenerhöhung nachvollziehbar.

19. Zu § 64 Abs. 4 UmwG-E bzw. 122e UmwG

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt, dass der Verschmelzungsbericht künftig nicht mehr übersandt werden muss, wenn er auf der Internetseite zugänglich ist. **In § 122e Satz 3 UmwG sollte der Verweis auf § 63 Abs. Nr. 4 um den Verweis auch auf den neuen Abs. 4 ergänzt werden.**