

Stellungnahme

zum Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG)

Dokumenten Nr.
0257

Datum
13. Februar 2009

III/2-13-03/1 Ni/Se

Seite
1 von 24

Am 5. November 2008 hat die Bundesregierung den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der EU-Aktionärsrechterichtlinie (**ARUG-RegE**) vorgelegt. Der Gesetzesentwurf enthält im Wesentlichen vier Regelungskomplexe, von denen nur einer durch die EU-Aktionärsrechterichtlinie (ABl. EU Nr. L 184, 17) vorgegeben ist: Der Entwurf will erstens die Aktionärsinformation durch börsennotierte Gesellschaften verbessern und die grenzüberschreitende Ausübung von Aktionärsrechten erleichtern. Zweitens sollen Deregulierungsoptionen für den Bereich der Kapitalaufbringung durch Sacheinlagen und den Erwerb eigener Aktien aus der Änderung der EU-Kapitalrichtlinie genutzt werden. Drittens soll die Stimmrechtsvertretung durch Kreditinstitute (sog. Depotstimmrecht) vereinfacht werden. Und viertens sollen missbräuchliche Anfechtungsklagen von Aktionären durch die Ergänzung und Präzisierung des Freigabeverfahrens eingedämmt werden.

I. Im Allgemeinen

1. Wir begrüßen die vom Gesetzgeber verfolgten Ziele der **Erleichterung der grenzüberschreitenden Stimmrechtsausübung, der Deregulierung und der Eindämmung missbräuchlicher Aktionärsklagen** ausdrücklich. Die vorgeschlagenen Reformen der Anfechtungsklage bzw. des Freigabeverfahrens erweisen sich leider als nicht weitgehend genug.

2. Der **Missbrauch der Anfechtungsklage** durch einige „Berufskläger“ wird durch den Gesetzesentwurf **nicht wirksam unterbunden**. Der Gesetzgeber sollte hier mutiger sein und am **Hebel der Registersperre** ansetzen: Es kommt darauf an, die durch Anfechtungsklagen entstehende zeitliche Verzögerung bei der Eintragung von Hauptversammlungsbeschlüssen ins Handelsregister gar nicht erst entstehen zu lassen. Nach unserer Einschätzung sollte die Anfechtungsklage grundsätzlich weiter möglich sein, um die Rechtmäßigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen gerichtlich zu überprüfen. Jedoch sind umfanglichere Änderungen im Freigabeverfahren erforderlich, um das schädigende Verhalten einiger Anfechtungskläger wirksam zu bekämpfen.

In der Presse wurde Frau Bundesjustizministerin Zypries zur Vorstellung des ARUG-RefE im Mai 2008 mit den Worten zitiert: *"Das Geschäfts-*

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
Mitgliedsverband BUSINESSEUROPE

Telekontakte
T: 030 2028-1405
F: 030 2028-2405

Internet
www.bdi.eu

E-Mail
J.Nikolay@bdi.eu

dell von klagefreudigen Aktionären, denen es nicht um das gemeinsame Ganze geht, sondern die mit ihren Klagen lediglich eigene wirtschaftliche Interessen verfolgen, hat ausgedient." Diesen Ankündigungen müssen auch Taten folgen. Gesetzliche Regelungen, die einen ausufernden Missbrauch von Rechten zulassen, müssen konsequent geändert werden.

3. Hinsichtlich des **Depotstimmrechts** befürworten wir nach wie vor den bisher nicht verwirklichten Vorschlag des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes (DSGV) vom Februar 2006, der praktikabel und einfach zu handhaben wäre und zu einer deutlichen Präsenzsteigerung inländischer Privatanleger in deutschen Hauptversammlungen führen würde.

4. Die reine **Online-Hauptversammlung** ist nach wie vor Zukunftsmusik. Mit ihr sind viele technische und rechtliche Fragen verbunden, die noch nicht hinreichend geprüft oder geklärt sind. Dennoch begrüßen wir die den Gesellschaften gewährten Satzungsoption und Vorstandsermächtigungsmöglichkeiten, ihren Aktionären die elektronische Stimmabgabe zu ermöglichen.

II. Im Besonderen

Zu den jeweiligen Regelungskomplexen nehmen wir wie folgt Stellung:

1. Zur Umsetzung der EU-Aktionärsrechterichtlinie und Änderungen im Recht der Hauptversammlung

Der BDI befürwortet grundsätzlich die in der EU-Aktionärsrechterichtlinie und im ARUG-RegE enthaltenen Initiativen zur Erhöhung der Hauptversammlungspräsenzen. Es ist sinnvoll, es den Gesellschaften zu überlassen, ob sie die beabsichtigten gesetzlichen Möglichkeiten, wie etwa die Durchführung einer Online-Hauptversammlung, nutzen wollen oder nicht.

a) Elektronische Hauptversammlung (§ 118 Abs. 1 S. 2 AktG-E)

Wir begrüßen sehr, dass die Einführung der Online-Teilnahme von Aktionären **satzungsdispositiv** ist und im Ermessen der Gesellschaft liegt. Wir begrüßen insbesondere die Klarstellung in § 118 Abs. 1 S. 2 AktG-E, dass der Vorstand nicht nur zur Bestimmung des Verfahrens, sondern auch zur Entscheidung über das „Ob“ der Durchführung einer elektronischen Hauptversammlung ermächtigt werden kann. Dadurch erhält der Vorstand die nötige Flexibilität, um auf aktuelle technische Entwicklungen reagieren zu können. Die aus der Formulierung des § 118 Abs. 1 S. 2 i. d. F. des Referentenentwurfs resultierende Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Ermächtigung des Vorstands ist nun beseitigt.

Es ist ergänzend anzumerken, dass die weite Ausgestaltung der Satzungsautonomie bzgl. Regelung von Frage-, Rede- und / oder Antwortrechten nicht durch den **Gleichbehandlungsgrundsatz des § 53a AktG** konterkariert werden darf. Zwar weist die Entwurfsbegründung ausdrücklich darauf hin, dass die gesetzliche Eröffnung der Differenzierung zwischen physisch prä-

senten und online zugeschalteten Aktionären nicht im Widerspruch zu § 53a AktG steht. Um Missverständnisse zwischen den einzelnen Aktionärsgruppen und den Unternehmen diesbezüglich zu vermeiden wäre es jedoch wünschenswert, wenn **gesetzlich klargestellt** werden würde, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz des § 53a AktG auf persönlich teilnehmende Aktionäre einerseits und elektronisch teilnehmende Aktionäre andererseits **nicht anwendbar** ist, da sich diese beiden Aktionärsgruppen nicht in der gleichen Lage befinden. Dieses Vorgehen ist auch von Artikel 4 der EU-Aktionärsrechterichtlinie gedeckt.

Wir regen daher eine gesetzliche Klarstellung an, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz des § 53a AktG auf persönlich teilnehmende Aktionäre einerseits und elektronisch teilnehmende Aktionäre andererseits nicht anwendbar ist.

b) Briefwahl (§ 118 Abs. 2 AktG-E)

Wir begrüßen die Klarstellung in § 118 Abs. 2 AktG-E, nach der die Satzung künftig nicht nur vorsehen kann, dass den Aktionären die Möglichkeit der Briefwahl eingeräumt wird, sondern dass auch der Vorstand ermächtigt werden kann, über das „Ob“ des Einsatzes von Stimmbriefen zu entscheiden. § 118 Abs. 2 AktG-RefE hatte nur die Deutung zugelassen, dass der Vorstand nur über Details des Verfahrens, nicht aber über das „Ob“ einer Briefwahl entscheiden könne. Wir begrüßen auch die weitere Klarstellung in § 118 Abs. 2 AktG-E, dass die Briefwahl nicht nur „schriftlich“, sondern auch im Wege der „elektronischen Kommunikation“ erfolgen kann. Damit steht fest, dass „Brief“ nicht etwa mit „Papierform“ gleichzusetzen ist.

Anzumerken bleibt, dass der mit dem Gesetzentwurf umzusetzende Art. 12 der EU-Aktionärsrechterichtlinie eine **Abstimmung per Brief vor der Hauptversammlung** vorsieht. Wir empfehlen eine entsprechende Klarstellung, dass eine Briefwahl nur vor der Hauptversammlung stattfinden kann.

Klargestellt werden sollte auch, ob die Briefwahlstimmen **schon im Vorfeld der Hauptversammlung erfasst und ausgezählt** werden dürfen. Dies erst nach Beginn der Abstimmung am Tag der Hauptversammlung zu tun, wird kaum praktikabel sein, da sich die Auswertung der Stimmergebnisse deutlich verzögern wird.

Wir fordern daher eine Klarstellung, dass eine Briefwahl zeitlich nur vor der Hauptversammlung stattfinden kann und ob brieflich abgegebene Stimmen schon vor Beginn der Hauptversammlung ausgezählt werden dürfen.

c) Mindeststandards für die Identifizierung des „elektronischen Aktionärs“

Der Bundesrat regt in seiner Stellungnahme (Ziffer 3) unter Berufung auf Art. 8 Abs. 2 der EU-Aktionärsrechterichtlinie an, die Standards für das elektronische Verfahren des elektronisch teilnehmenden oder per Briefwahl

abstimmenden Aktionärs abschließend gesetzlich festzuschreiben. Insbesondere solle zumindest die elektronische Form nach § 126a BGB vorgeschrieben werden, um einer missbräuchlichen Verwendung falscher Identitäten entgegenzuwirken.

Diese Überlegung verdient grundsätzlich Zustimmung, da sie zu mehr Rechtssicherheit führt und zur Folge hat, dass in allen Aktiengesellschaften dieselben Standards vorzufinden sind. Auch wird durch eine gesetzliche Regelung gewährleistet, dass die Vorgaben des Art. 8 Abs. 2 der EU-Aktionärsrechterichtlinie nicht durch den Satzungsgeber oder den Vorstand ausgehöhlt werden. Aus diesen Gründen sollte für die elektronische Kommunikation des online-teilnehmenden Aktionärs und des Briefwählers nach § 118 AktG-E – wie vom Bundesrat vorgeschlagen – zumindest die elektronische Form nach § 126a BGB vorgeschrieben werden.

d) Protokollierung der Teilnahme eines Aktionärs an der Hauptversammlung im Wege der elektronischen Kommunikation durch Einfügung eines neuen § 118 Abs. 1 S. 3 AktG

Der Bundesrat regt in seiner Stellungnahme (Ziffer 4) zu Recht an, § 118 Abs. 1 S. 2 AktG-E einen neuen Satz 3 mit folgendem Inhalt anzufügen:

„Mit der Protokollierung der Teilnahme des Aktionärs im Wege der elektronischen Kommunikation gilt dieser als erschienen im Sinne dieses Gesetzes.“

Dabei handelt es sich um eine Klarstellung, dass der elektronisch teilnehmende Aktionär als auf der Hauptversammlung erschienen gilt, wenngleich er nicht physisch anwesend ist. Dieser Befund findet sich derzeit nur an versteckter Stelle in der Entwurfsbegründung zu § 118 Abs. 1 AktG-E sowie in dem Zusammenspiel von § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG-E und § 245 Nr. 1 AktG.

Wir schließen uns daher dem Vorschlag des Bundesrates an, eine entsprechende Klarstellung zum „Erscheinen“ des elektronisch an der Hauptversammlung teilnehmenden Aktionärs im Gesetz zur verankern.

e) Einschränkung der Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen für „Online-Teilnehmer“ und „Briefwähler“, § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG-E

Zu begrüßen ist der durch den Regierungsentwurf neu eingeführte § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG-E, wonach durch technische Störungen verursachte Rechtsverletzungen von „Online-Teilnehmern“ und „Briefwählern“ nicht zur Anfechtung berechtigen. Anderenfalls wäre die Bereitschaft der Gesellschaften zur Ausübung der neuen Optionen gering, was letztlich dem Ziel der EU-Aktionärsrechterichtlinie, die grenzüberschreitende Ausübung von Aktionärsrechten zu erleichtern, zuwiderlaufen würde.

Es ist jedoch ergänzend zu empfehlen, in der Begründung zur Neuregelung des § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG-E klarzustellen, dass ein „Briefwähler“, der als nicht „erschienen“ gilt (keine Teilnahme an der Hauptversammlung vor Ort oder als „Online-Teilnehmer“), **nicht anfechtungsbefugt** ist. Für diesen kann keine Anfechtungsbefugnis aus dem neu eingeführten § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG-E abgeleitet werden.

f) Einberufung der Hauptversammlung (§ 121 Abs. 3 AktG)

Wir regen an, die formellen Anforderungen an die Einberufung der Hauptversammlung **einheitlich im AktG** zu regeln. Die §§ 121 Abs. 3 bis 4a AktG und 30b Abs. 1 und 3 WpHG (Veröffentlichung der Einberufung im elektronischen Bundesanzeiger) sollten im AktG wie auch der Ausschluss des Anfechtungsrechts nach § 30g WpHG zusammengeführt werden.

Wir regen daher an, die entsprechenden WpHG-Bestimmungen zur Einberufung und zum ausgeschlossenen Anfechtungsrecht einheitlich im Aktiengesetz zu regeln.

g) Ergänzung der Tagesordnung (§§ 122 Abs. 2, 124a Nr. 2 AktG-E)

Die geplanten Änderungen vermitteln den Eindruck, dass künftig Minderheitsaktionäre Punkte auf die Tagesordnung setzen können, die nur erörtert werden sollen, über die aber nicht beschlossen werden soll. Dies wäre für die Gesellschaften nicht hinnehmbar. Dem **Missbrauch** wäre Tür und Tor geöffnet. Die Hauptversammlungen drohen zeitlich noch weiter auszuufern. Gerade dies will der Gesetzgeber aber nicht (siehe UMAG: Eine Hauptversammlung soll nicht länger als vier bis sechs Stunden dauern.). Art. 6 der EU-Aktionärsrechterichtlinie fordert diese Änderung auch nicht. Wir regen daher folgende Änderung des § 122 Abs. 2 S. 2 AktG-E an:

*„Jedem neuen Gegenstand muss eine Begründung **und** eine Beschlussvorlage beiliegen.“*

Wir fordern eine Änderung des § 122 Abs. 2 AktG dahingehend, dass jede Ergänzung der Tagesordnung vom Aktionär mit einer Beschlussvorlage zu versehen ist.

h) Anmeldestichtag für die Hauptversammlung (sog. Record Date, § 123 Abs. 3 S. 3 AktG):

Wir begrüßen, dass mit § 121 Abs. 7 AktG-E eine einheitliche Regelung für die Bestimmung von Fristen und Terminen vorgesehen ist. Der dieser Regelung zugrunde liegende Intention der Vereinfachung folgend sollte darauf geachtet werden, dass bei Fristenregelungen in den §§ 121 ff. AktG einheitliche Begriffe verwendet werden. So wird beispielsweise in § 123 Abs. 2 und 3 AktG-E von „Tagen“ zu „Kalendertagen“ gewechselt. Diese uneinheitliche Begriffsverwendung führt zu Verwirrungen, da die Formulierungen den Schluss zulassen könnten, dass unter „Tagen“ etwas anderes zu

verstehen ist, als unter „Kalendertagen“. Nach der Begründung zum neugefassten § 121 Abs. 7 AktG-E soll das neue Berechnungsinstrumentarium für Fristen und Termine die „Praxis entlasten und Auslegungsspielräume beseitigen“. Konsequenterweise sollte in den §§ 121 ff. AktG einheitlich der Begriff „Kalendertag“ anstelle des Begriffs „Tag“ verwendet werden.

Wir regen eine einheitliche Verwendung des Begriffs „Kalendertag“ in den §§ 121 ff. AktG an.

Darüber hinaus wäre eine Klarstellung hinsichtlich der Berechnung der verlängerten Einberufungsfrist nach § 123 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 123 Abs. 2 S. 4 AktG-E zu begrüßen. Der Gesetzeswortlaut legt zwar nahe, dass die Einberufungsfrist von 30 Tagen und die Frist für die Anmeldung zu addieren sind und dann in einem Schritt die Frist von der Hauptversammlung aus zurückzurechnen ist. Es ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass die Vorschriften dahingehend ausgelegt werden, dass vom letzten möglichen Anmeldetag aus die 30-tägige Einberufungsfrist zu berechnen ist. Dies würde dazu führen, dass der letzte mögliche Einberufungstag auf einen Tag früher fällt als bei der Berechnung in einem Schritt.

Beispiel: Eine Hauptversammlung soll am Mittwoch, den 20. Januar 2010 bei einer Anmeldefrist von sechs Tagen stattfinden:

- Berechnung in einem Schritt: Die Einberufung hat 36 Tage vor der Hauptversammlung stattzufinden. Der Tag der Einberufung ist nicht mitzuzählen. Der letzte mögliche Tag der Einberufung ist demnach Montag, der 14. Dezember 2009.
- Berechnung vom letzten Anmeldetag aus: Der letzte Anmeldetag ist Mittwoch, der 13. Januar 2010. 30 Tage vorher hat die Einberufung zu erfolgen, ohne dass der Tag der Einberufung mitgezählt wird. Der letzte Tag der Einberufung ist Sonntag, der 13. Dezember 2009.

Um dieser Rechtsunsicherheit vorzubeugen sollte zumindest in der Gesetzesbegründung eine entsprechende Klarstellung erfolgen, bestenfalls anhand eines konkreten Berechnungsbeispiels.

Es sollte mit Blick auf jüngere Gerichtsentscheidungen zur Möglichkeit, die Frist zwischen dem Zugang der Anmeldung und der Hauptversammlung zu verkürzen, ausdrücklich geregelt werden, dass die Satzung den Vorstand zu einer Verkürzung dieser Frist ermächtigen kann. Dies entspricht einerseits den Flexibilitätsanforderungen der Praxis. Andererseits liegt es im Interesse der Aktionäre, wenn die Frist verkürzt wird und ihnen **mehr Zeit für die Anmeldung** verbleibt. § 123 Abs. 3 AktG-E sollte um folgenden neuen Satz 4 ergänzt werden:

*"Die Satzung kann den Vorstand ermächtigen, in der Einberufung der Hauptversammlung eine **kürzere Frist** zu bestimmen."*

Kraft Satzung sollte der Vorstand ermächtigt werden können, in der Einberufung eine kürzere Frist zwischen der Anmeldung und der Hauptversammlung zu bestimmen. § 123 Abs. 3 AktG-E ist entsprechend zu ergänzen.

i) Bekanntmachungsfrist bei geänderter Tagesordnung (§ 124 Abs. 1 AktG-E)

Durch eine Änderung der Fristenregelung in § 122 Abs. 2 AktG-E wurde die – von uns in unserer Stellungnahme zum Referentenentwurf für zu kurz erachtete – Drei-Tages-Frist des § 124 Abs. 1 AktG-Ref-E durch das Erfordernis der *Unverzüglichkeit* ersetzt. Nach neuer Fassung ist die ergänzte Tagesordnung „*unverzüglich nach Zugang des Verlangens*“ bekannt zu machen. In der Gesetzesbegründung zu § 124 Abs. 1 AktG-E heißt es, die Unverzüglichkeit der Bekanntmachung schließe „*eine kurze Frist einer rechtlichen Überprüfung des Antrags nicht aus*“.

Diese Formulierung wird der Praxis nicht gerecht, die sich zum Teil sehr komplexen Rechtsfragen stellen muss, bevor sie zu der Entscheidung kommt, die Tagesordnung zu erweitern. Soweit die Gesetzesbegründung selbst von einer „*Mindestfrist zur Prüfung des Ergänzungsantrages*“ spricht, kann es sich dabei nur um eine „*angemessene*“ Prüffrist handeln. Dies sollte ausdrücklich in die Gesetzesbegründung mit aufgenommen werden.

Wir fordern daher, die Aussage der Gesetzesbegründung zu § 124 Abs. 1 AktG-E, „Das schließt eine kurze Frist einer rechtlichen Überprüfung des Antrags nicht aus“, abzuändern in: „Das schließt eine angemessene Frist einer rechtlichen Überprüfung des Antrags nicht aus“.

Mit Blick auf die Anmerkung des Bundesrats in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf (Ziffer 10 der Stellungnahme) sollte zudem das Verhältnis der Prüffrist des § 124 Abs. 1 AktG-E zum Nachweisstichtag des § 123 Abs. 3 AktG geklärt werden. Zumindest in der Gesetzesbegründung zu § 124 Abs. 1 AktG-E sollte – wie in der Begründung zum Referentenentwurf (Seite 42 f.) – klargestellt werden, dass es bei dem Nachweisstichtag im Sinne des Art. 6 Abs. 4 der EU-Aktionärsrechterichtlinie bei Inhaberaktien nicht um den Nachweisstichtzeitpunkt für den Anteilsbesitz (bei börsennotierten Gesellschaften: 21. Tag vor der Hauptversammlung; § 123 Abs. 3 S. 3 AktG-E), sondern um den Zeitpunkt des Zugangs der Anmeldung zur Hauptversammlung handelt.

h) Vorhalten von HV-relevanten Informationen auf der Website der Gesellschaft, § 124a AktG-E

Nach § 124a S. 1 Nr. 5 AktG-E müssen alsbald nach der Einberufung der Hauptversammlung gegebenenfalls die Formulare über die Internetseite zugänglich gemacht werden, die bei Stimmabgabe durch Vertretung oder bei Stimmabgabe mittels Briefwahl zu verwenden sind, sofern die Gesellschaft die Formulare verbindlich vorschreibt und sie den Aktionären nicht direkt übermittelt werden.

Diese Regelung kann von Gesellschaften mit Inhaberaktien nicht erfüllt werden, da ihr die Aktionäre nicht bekannt sind und sie deshalb im Zeit-

punkt der Einberufung noch nicht in der Lage sind, personalisierte Formulare über eine Zugangskennung den Aktionären zur Verfügung zu stellen. Die Ausstellung solcher Formulare ist naturgemäß erst nach dem "Record Date" möglich, da erst dann feststeht, wer zur Ausübung des Stimmrechts berechtigt ist.

Wir fordern eine Klarstellung dahingehend, dass die vorgeschlagene Regelung nur für Gesellschaften mit Namensaktien gilt oder dass § 124a S. 1 Nr. 5 AktG-RegE lediglich die Veröffentlichung von nicht personalisierten Musterformularen verlangt.

Ferner sollte § 30a Abs. 1 Nr. 5 WpHG aufgrund der gleichen Zielrichtung **angepasst** werden, zumal diese Regelung in der Praxis derzeit zu Unklarheiten führt. In § 30a Abs. 1 Nr. 5 WpHG wurde bei Umsetzung der EU-Transparenzrichtlinie vorgesehen, dass „jeder stimmberechtigten Person zusammen mit der Einladung zur Hauptversammlung oder nach deren Anberaumung auf Verlangen *in Textform* ein Formular für die Erteilung einer Vollmacht für die Hauptversammlung *übermittelt* wird“. Dies bereitet mit Blick auf § 126b BGB Probleme, wenn die Aktionäre per E-Mail zur Hauptversammlung eingeladen werden und die Vollmachtserteilung in einem Onlinedialog auf der Internetseite der Gesellschaft vorgesehen ist, d.h. das elektronische Vollmachtsformular nicht nach Maßgabe des § 126b BGB auf den Rechner des Aktionärs heruntergeladen wird.

Wünschenswert wäre daher, das in § 30a WpHG genannte „*übermitteln*“ – entsprechend § 124a S. 1 Nr. 5 AktG-E – in „*zugänglich zu machen*“ zu ändern. Auch die dem § 30a WpHG zugrunde liegende EU-Transparenzrichtlinie (Art. 17 Abs. 2 b) dürfte dies zulassen. Zwar ist in der deutschen Fassung ebenfalls von „*übermitteln*“ die Rede, demgegenüber spricht aber beispielsweise die engl. Fassung der Richtlinie von „*make available*“ (ebenso z.B. franz.: „*met à la disposition*“ und ital.: „*mettere a disposizione*“).

§ 30a Abs. 1 Nr. 5 WpHG sollte aufgrund derselben Zielrichtung an § 124 a S. 1 Nr. 5 AktG-E angepasst werden, d.h. das „Übermitteln“ von Formularen sollte durch ein „Zugänglichmachen“ ersetzt werden.

Umgekehrt sollte auch § 124a S. 1 Nr. 5 AktG-E – was den **Zeitpunkt des Zugänglichmachens der Formulare** an Aktionäre angeht – **an § 30a WpHG angeglichen** werden. In § 30a Abs. 1 Nr. 5 WpHG ist von „zusammen mit der Einladung zur Hauptversammlung“ die Rede, während § 124a S. 1 AktG-E an der Einberufung ansetzt. Sinnvoll und der Praxis entsprechend ist aber der Zeitpunkt des Versands der Aktionärsmitteilungen – spricht der Einladung zur Hauptversammlung – und nicht der der Einberufung.

Da § 30a Abs. 1 Nr. 5 WpHG dem Emittenten ermöglicht, ein Vollmachtsformular erst nach der Anmeldung des Aktionärs diesem zu „übermitteln“, sollte in § 124a S. 1 Nr. 5 AktG-E der Zeitpunkt des Versands der Aktionärsmitteilungen, d.h. der Hauptversammlungseinladung, der maßgebliche für das „Zugänglichmachen“ sein.

i) Mitteilungen für die Aktionäre zur Hauptversammlung (§ 125 AktG-E)

Wir begrüßen die Aufnahme des im Regierungsentwurf neu angefügten § 125 Abs. 2 S. 2 AktG-E, nach dem die Satzung die Übermittlung der Einberufungsunterlagen auf den elektronischen Weg beschränken kann. Somit könnte der hohe finanzielle und zeitliche Aufwand für Druck und Versand der Hauptversammlungsunterlagen reduziert werden. Die Ausführungen der Gesetzesbegründung zur vollständigen oder teilweisen Umstellung der Übermittlung auf Elektronik könnte für Unternehmen bedeuten, dass die Versandpflicht auf das Einladungsschreiben mit einem Verweis auf die Internetseite der Gesellschaft, auf der die ausführlichen Unterlagen als Download zur Verfügung stehen, begrenzt werden kann.

Ausweislich der Begründung zu § 125 Abs. 2 S. 2 AktG-E sind bei einer solchen Umstellung auf elektronische Übermittlung jedoch die Voraussetzungen des § 30b Abs. 3 Nr. 1 lit. d) WpÜG (gemeint ist wohl WpHG) zu beachten. Hiernach ist die ausdrückliche Einwilligung der Aktionäre oder zumindest der fehlende Widerspruch zu einer entsprechenden Bitte der Gesellschaft erforderlich, soweit Aktionären Informationen auf elektronischem Wege übermittelt werden sollen. Vor diesem Hintergrund scheint die in § 125 Abs. 2 S. 2 AktG-E vorgesehene Beschränkung der Übermittlung der Einberufungsunterlagen auf den elektronischen Weg weitgehend ins Leere zu gehen. In diesem Zusammenhang besteht unseres Erachtens noch Klärungsbedarf hinsichtlich des neuen § 125 Abs. 2 S. 2 AktG-E.

Im Zusammenhang mit der elektronischen Übermittlung bietet sich ergänzend eine **Anpassung des § 67 Abs. 1 und Abs. 4 AktG** an, die klarstellt, dass bei einer vorhandenen elektronischen Adresse des Aktionärs auch diese zur **Eintragung in das Aktienregister** anzugeben ist und zu den erforderlichen Angaben im Sinne des § 67 Abs. 4 AktG zählt. Auf dieser Grundlage könnten die Gesellschaften – beispielsweise von Onlinebanken – die dort im Regelfall vorhandene E-Mailadresse des Aktionärs als „erforderliche Angabe“ im Sinne des § 67 Abs. 4 S. 1 AktG verlangen und auf diese Weise verstärkt elektronische Versandmedien nutzen.

In § 67 Abs. 1 AktG sollte dazu nach S. 1 folgender Satz eingefügt werden: „Besitz der Aktionär eine elektronische Anschrift, so ist auch diese zu übermitteln.“

Zudem fragt sich, warum die Einberufung und Bekanntmachung einer geänderten Tagesordnung bei börsennotierten Inhaberaktiengesellschaften nach wie vor zusätzlich separat den Aktionärsvereinigungen mitgeteilt werden müssen, auch wenn Einberufung und Tagesordnungserweiterung gemäß § 121 Abs. 4a AktG-E von börsennotierten Gesellschaften, die nicht ausschließlich Namensaktien ausgeben, europaweit bekannt gemacht wurden und auf der Internetseite der Gesellschaft als Download verfügbar sind und außerdem der elektronische Bundesanzeiger einen Pushdienst anbietet. Zumindest in diesen Fällen sollte **die separate Mitteilungspflicht an die Aktionärsvereinigungen entfallen**.

Wir bitten um eine Ergänzung des § 125 Abs. 1 AktG-E, nach der die gesonderte Mitteilungspflicht des Vorstands an die Aktionärsvereinigungen für börsennotierte Inhaberaktiengesellschaften entfällt.

j) Stimmrechtvollmacht (§ 134 Abs. 3 AktG-E)

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass für die Erteilung einer Stimmrechtvollmacht gemäß § 134 Abs. 3 S. 3 AktG-E die Textform im Sinne des § 126b BGB ausreicht. Die börsennotierte Gesellschaft kann keine strengeren Anforderungen an die Schriftform stellen, also insbesondere nicht die bisherige Schriftform im Sinne des § 126 BGB wählen.

Hier geht der Regierungsentwurf über die Voraussetzungen der EU-Aktionärsrechterichtlinie hinaus. Art. 11 Abs. 1 S. 1 der EU-Aktionärsrechterichtlinie verlangt lediglich die Möglichkeit, dass ein Vertreter auf elektronischem Wege bestellt werden kann. Diese Voraussetzung ist aber bereits mit der elektronischen Form des § 126a BGB erfüllt.

Mit der im Regierungsentwurf vorgeschlagenen Lösung wird – wie der Bundesrat (Ziffer 11) zu Recht anführt – dagegen „riskiert, dass die Identität des Vollmachtgebers künftig nicht rechtssicher festgestellt werden kann.“ Insoweit ist dem Bundesrat zuzustimmen, wenn er weiter ausführt: „Insbesondere das Auftreten unter fremder Identität wird deutlich erleichtert. Für die Praxis bedeutet dies ein erhebliches Missbrauchspotenzial, das sich insbesondere Berufsoponenten zu Nutze machen könnten. Es ist nicht auszuschließen, dass in diesem Bereich bewusst die Situation herbeigeführt wird, aufgrund einer ungültigen Stimmrechtvollmacht abzustimmen. Dem Ziel, missbräuchliche Aktionärsklagen einzudämmen, liefe dies zuwider“.

Wir fordern daher, hinsichtlich der Erteilung der Stimmrechtvollmacht die Schriftform nach § 126 BGB beizubehalten, die nach § 126 Abs. 3 BGB auch die elektronische Form nach § 126a BGB umfasst. Den Gesellschaften bliebe es danach unbenommen, Erleichterungen in der Satzung zu bestimmen, was auch die einfache BGB-Textform mit einschließt.

Nach § 134 Abs. 3 S. 4 AktG-E hat die börsennotierte Gesellschaft zumindest einen **elektronischen Weg** für die Übermittlung des Nachweises der Bevollmächtigung anzubieten. Der Gesetzesbegründung, nicht jedoch dem Wortlaut, ist zu entnehmen, dass sowohl Aktionären als auch Bevollmächtigten die Übermittlung eines Nachweises über die erteilte Vollmacht ermöglicht werden muss. Nach dem Wortlaut des Art. 11 Abs. 1 S. 2 der EU-Aktionärsrechterichtlinie („... dass jede Gesellschaft *ihren Aktionären* mindestens eine wirksame Methode [...] anbietet“) ist es nur erforderlich, den Aktionären dies anzubieten.

**§ 134 Abs. 3 S. 4 AktG-E sollte daher wie folgt gefasst werden:
„Die börsennotierte Gesellschaft hat ihren Aktionären zumindest einen Weg elektronischer Kommunikation für die Übermittlung des Nachweises anzubieten.“**

Ferner müsste es ausreichen, wenn die Gesellschaft den Aktionären die (alleinige) Möglichkeit einräumt, über ein **passwortgestütztes Internetsystem**, eine Vollmacht zu erteilen. Dies ist jetzt schon in vielen Gesellschaften **gängige Praxis**. Eine elektronisch (per E-Mail) durch den Bevollmächtigten (oder auch den Aktionär selbst) übermittelte Vollmachtserklärung muss dann nicht (zusätzlich) akzeptiert werden. Die Gesetzesbegründung sollte dies **klarstellen**.

Ferner sollte in der Gesetzesbegründung **klargestellt** werden, dass die **bisherige Praxis**, den Aktionär zur Ausübung des Stimmrechts zuzulassen, wenn dieser trotz vorheriger Bevollmächtigung eines Dritten selbst zur Hauptversammlung erscheint, auch künftig beibehalten werden kann. Denn in diesem Fall **widerruft der Aktionär konkludent die Vollmacht**. Ein Widerruf der Vollmacht in Textform sollte dann nicht nötig sein.

k) Vorlagen bei der Hauptversammlung, §§ 175, 176 AktG-E

Durch die Streichung in § 175 Abs. 2 S. 1 AktG-E entfällt künftig die Pflicht zur Auslage eines erläuternden Berichts zu den Angaben nach § 289 Abs. 4, § 315 Abs. 4 HGB in den Geschäftsräumen. An dieser Streichung sollte festgehalten werden, da der erläuternde Bericht künftig alsbald nach Einberufung der Hauptversammlung über die Internetseite der Gesellschaft zugänglich zu machen ist (§ 124a S. 1 Nr. 3 i.V.m. § 176 Abs. 1 S. 1 AktG-E).

Auf die entsprechende Einfügung der in § 175 Abs. 2 S. 1 AktG-E gestrichenen Passage in § 176 Abs. 1 S. 1 AktG-E sollte jedoch verzichtet werden. Nach der heute geltenden Fassung des § 176 Abs. 1 S. 1 AktG besteht über den Verweis auf die in § 175 Abs. 2 AktG angegebenen Unterlagen bereits die Pflicht zur Zugänglichmachung des Lageberichts. Bestandteil dessen sind die Angaben nach § 289 Abs. 4, § 315 Abs. 4 HGB. Damit werden diese Angaben bereits im Rahmen des Lageberichts zugänglich gemacht. Einer gesonderten Pflicht zur Zugänglichmachung, wie in § 176 Abs. 1 S. 1 AktG-E vorgesehen, bedarf es deshalb nicht. Mit dem Verzicht auf diese gesonderte Pflicht würde gleichzeitig der Meinungsstreit gegenstandslos, ob der Pflicht zur Zugänglichmachung des erläuternden Berichts bereits durch Zugänglichmachung des Lageberichts entsprochen wird oder ob darüber hinaus zusätzliche Erläuterungen erforderlich sind.

Wir regen deswegen die Streichung der Worte „sowie bei börsennotierten Gesellschaften einen erläuternden Bericht zu den Angaben nach § 289 Abs. 4, § 315 Abs. 4 des Handelsgesetzbuches“ an.

l) Übergangsvorschriften zu Neuregelungen zum Recht der Hauptversammlung

Die Einfügung von Übergangsvorschriften in Ergänzung zum Referentenentwurf war dringend erforderlich. Die nun in § 20 EGAktG-E vorgesehe-

nen Regelungen sind jedoch zum Teil nicht geeignet, die erforderliche Rechts- und Planungssicherheit zu schaffen.

(1) Geltung für Hauptversammlungen, die nach dem 31. Oktober 2009 einberufen werden

Anknüpfend an Artikel 16 des Regierungsentwurfs erscheint ein Inkrafttreten des ARUG noch im Sommer 2009 möglich. Sollte das ARUG tatsächlich aber erst am 1. November 2009 in Kraft treten (so die Annahme in Seibert/Florstedt, ZIP 2008, 2145), ergibt sich aus der derzeit geplanten Übergangsvorschrift folgende problematische Konsequenz:

Nach § 20 Abs. 1 EGAktG-E soll eine Vielzahl der geänderten Vorschriften erstmals auf Hauptversammlungen anwendbar sein, die nach dem 31. Oktober 2009 einberufen werden. Betroffen sind unter anderem die Regelungen über die Einberufung der Hauptversammlung.

Gesellschaften, bei denen das Geschäftsjahr jeweils am 30. September endet, berufen die Hauptversammlung für dieses Geschäftsjahr etwa Anfang Dezember ein. Vorstand und Aufsichtsrat befassen sich in der Regel im November mit der Einladung. Sollte das ARUG tatsächlich erst am 1. November 2009 in Kraft treten, bleibt diesen Gesellschaften nicht ausreichend Zeit, um ihre Hauptversammlungseinladung entsprechend den neuen Bestimmungen zu gestalten.

Dies erscheint in Anbetracht der erheblichen Anfechtungsrisiken, die bei der Verletzung der Einberufungsvorschriften bestehen, nicht angemessen. Zwischen Inkrafttreten des Gesetzes und erstmaliger Anwendbarkeit der geänderten Vorschriften sollte ein längerer Zeitraum von rund drei Monaten liegen, um den Betroffenen für die praktische Umsetzung der neuen Gesetzesbestimmungen mehr Zeit zu geben.

Wir fordern für den Fall des Inkrafttretens des Gesetzes zum 1.11.09 folgende Fassung des § 20 Abs. 1 EGAktG:

„§§ 121, 122, 123, 124, 124a, 125, 126, 127, 130, 134, 175, 176, 241 bis 243 des Aktiengesetzes in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie vom ... [einsetzen: Ausfertigungsdatum und Fundstelle dieses Gesetzes] sind erstmals auf Hauptversammlungen anzuwenden, zu denen nach Ablauf von drei Monaten nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie am ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 16 Satz 1 dieses Gesetzes] einberufen wird.“

(2) Übergangsvorschrift für die Frist nach § 123 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 S. 3 AktG-E, § 20 Abs. 3 EGAktG-E

Die Übergangsvorschrift zur Berechnung der neuen Einberufungs- und Anmeldefrist gestattet eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung des § 123 Abs. 2 S. 2 oder Abs. 3 S. 3 AktG-E, wenn die Satzung einer Aktiengesellschaft eine davon abweichende Bestimmung enthält. Diese Abweichung soll aber nur dann gelten, wenn die Fristenregelung in der Satzung nicht in Kalendertagen ausgedrückt ist.

Die Satzungen von Aktiengesellschaften weisen unterschiedlichste Regelungen hinsichtlich der Bestimmung der Anmeldefrist aus. Nicht immer ist der Regelung ganz klar zu entnehmen, ob die Frist in Kalendertagen oder Werktagen zu berechnen ist. In diesen Fällen bleibt unklar, nach welcher Regelung die Hauptversammlung in 2010 einzuberufen ist: nach der Satzungsregelung oder nach der Regelung des § 123 Abs. 2 S. 2 AktG-E.

Um solche Unklarheiten von vornherein zu vermeiden, sollte § 20 Abs. 3 EGAktG-E die Ausnahme weiter fassen und könnte wie folgt formuliert werden:

“Enthält die Satzung einer Aktiengesellschaft eine Frist, die von § 123 Abs. 2 S. 2 oder Abs. 3 S. 3 des Aktiengesetzes in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie abweicht, so bleibt diese bis zur ersten ordentlichen Hauptversammlung nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie am ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 16 Satz 1 dieses Gesetzes] wirksam. § 123 Abs. 4 des Aktiengesetzes in der vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie geltenden Fassung bleibt für diese Frist anwendbar.”

Mit Blick auf die Anfechtungsmöglichkeiten bei unrichtiger Einberufung ist es für die Aktiengesellschaften besonders wichtig, dass die Einberufungs- und die Anmeldefristen im Zeitpunkt der jeweiligen Einberufung nach Inkrafttreten des ARUG eindeutig bestimmt sind.

Wir fordern daher, die Ausnahme des § 20 Abs. 3 EGAktG-E entsprechend den praktischen Bedürfnissen weiter zu fassen.

2. Erwerb eigener Aktien, § 71 Abs. 1 AktG-E

Wir begrüßen die durch den Regierungsentwurf neu aufgenommene Erweiterung des Spielraums zum Erwerb eigener Aktien, die dem nationalen Gesetzgeber durch Art. 19 der geänderten EU-Kapitalrichtlinie eingeräumt wurden. Die Verlängerung der Geltungsdauer der Ermächtigung durch die Hauptversammlung zum Erwerb eigener Aktien von 18 Monaten auf 5 Jahre, lässt die bisherige Notwendigkeit entfallen, einen derartigen Beschluss auf jeder Hauptversammlung zu fassen.

3. Zu den Erleichterungen bei der Sacheinlage (§§ 33a, 34, 37a, 38, 52 AktG-E)

a) Sachgründung ohne externe Gründungsprüfung, § 33 a AktG-E

Wir begrüßen die vorgesehenen Erleichterungen bei der Sachgründung (§ 33a AktG-E), da die Gesellschaften zum einen ihren Verwaltungsaufwand verringern können, und zum anderen gleichzeitig in ihrer Entscheidung frei bleiben, für eine Sachgründung freiwillig eine externe Gründungsprüfung zu veranlassen, um potentielle Verzögerungsrisiken durch die

neue vierwöchige Eintragungssperre mit gekoppeltem Minderheitsantragsrecht gem. § 183a Abs. 3 AktG-E auszuschließen.

b) Kapitalerhöhung mit Sacheinlage ohne Prüfung, § 183a AktG-E

Die Möglichkeit unter den Voraussetzungen des § 33a AktG-E gemäß § 183a AktG-E eine Sachkapitalerhöhung ohne Prüfung durchzuführen, ist durchaus zu begrüßen. Allerdings erscheint es wertungswidersprüchlich, wenn eine qualifizierte Aktionärsminorität von 5% das Recht hat, aus den in § 33a Abs. 2 AktG-E genannten Gründen die Bestellung eines Prüfers verlangen können, zugleich aber eine Aktie ausreicht, um eine entsprechende Sachkapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss gemäß § 255 Abs. 2 AktG anzufechten. Hier sollte zumindest über eine Erschwerung der Anfechtung nachgedacht werden.

Die als Ausgleich für den Wegfall der Gründungsprüfung zum Schutz der Aktionäre vorgesehene **neue Bekanntmachung** gemäß § 183a Abs. 2 S. 1 AktG-E hat offenbar **nach dem Tag der tatsächlichen Einbringung** zu erfolgen. Dies ergibt sich bislang nur aus Art. 10b Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 der Kapitalrichtlinie 77/91/EWG in der Fassung der Änderungsrichtlinie 2006/68/EG, sollte aber auch **im Gesetzestext klargestellt** werden, um Missverständnissen vorzubeugen, dass die Bekanntmachung gemäß § 183a Abs. 2 S. 1 AktG-E zukunftsbezogene Aussagen umfassen könne.

Wir bitten darum, die noch im Referentenentwurf in § 183 Abs. 3 S. 3 enthaltene Zulässigkeitsvoraussetzung für das in Abs. 3 enthaltene Minderheitsantragsrecht bezüglich der Durchführung einer Prüfung wieder aufzunehmen. Diese lautete:

„Er [Anm: der Minderheitsantrag] ist nur zulässig, wenn der oder die Antragsteller nachweisen, dass sie den Vorstand unter Setzung einer angemessenen Frist vergeblich aufgefordert haben, eine Neubewertung des Einlagegegenstandes zu veranlassen.“

In der Begründung des Referentenentwurfs war diesbezüglich ausgeführt: „Die Antragsteller müssen im Interesse eines geordneten Verfahrens und zur Vermeidung mehrfacher Anträge nachweisen, dass sie den Vorstand vergeblich zu einer Neubewertung aufgefordert haben. Aktionäre, welche erst durch die Offenlegung des Datums des Kapitalerhöhungsbeschlusses auf die beabsichtigte Eintragung im vereinfachten Verfahren aufmerksam werden, müssen die ablehnende Antwort des Vorstands innerhalb der vierwöchigen Registersperre herbeiführen. Die angemessene Frist, unter der der Vorstand zu einer Stellungnahme aufgefordert werden muss, kann deshalb unter Umständen sehr kurz sein.“ Diese Begründung überzeugt immer noch.

Wir bitten um Wiedereinfügung des Wortlauts des § 183 Abs. 3 S. 3 AktG-RefE.

c) Leistungszeitpunkt bei Sacheinlagen, § 36a Abs. 2 AktG

Im Zusammenhang mit den Neuregelungen zur Sachgründung bzw. Sachkapitalerhöhung böte es sich auch an, eine **gesetzliche Klarstellung** zu § 36a Abs. 2 AktG hinsichtlich des **Leistungszeitpunkts bei Sacheinlagen** aufzunehmen. Nach wohl überwiegender Auffassung können Vermögensgegenstände, die durch dingliche Übertragung einzubringen sind, innerhalb der Fünfjahresfrist nach § 36a Abs. 2 S. 2 AktG übertragen werden. Da der Wortlaut jedoch nicht eindeutig ist und die Vorschrift daher teilweise anders ausgelegt wird (d.h. alle Vermögensgegenstände sind bereits vor der Anmeldung einzubringen), sollte eine gesetzliche Klarstellung erfolgen.

d) Vereinfachung der Regeln im Bereich der Kapitalaufbringung und -erhaltung

Es überzeugt nach wie vor nicht, auf eine dem MoMiG grundsätzlich entsprechende Neuregelung der Tatbestände der **verdeckten Sacheinlage** (vgl. § 19 Abs. 4 GmbHG n.F.) und des **Hin- und Herzählens** (vgl. § 19 Abs. 5 GmbHG n.F.) zu verzichten und zunächst die Bewährung der Neuregelungen in der ihrer praktischen Anwendung abzuwarten (so aber der Allgemeine Teil der Gesetzesbegründung des ARUG). Die Neuregelungen des MoMiG tragen nicht nur zur **Rechtsklarheit** und **Rechtssicherheit** bei, indem sie unübersichtliche Rechtsprechungsregeln abbauen. Sie stellen insbesondere sicher, dass der Gesellschafter bzw. Aktionär seine Einlage wertmäßig nur einmal leisten muss. **Es bestehen keine sachlichen Gründe, GmbHs und Aktiengesellschaften in diesem Punkt unterschiedlich zu behandeln.**

An dieser Stelle muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass die Neuregelungen zur verdeckten Sacheinlage in der Praxis noch erhebliche Probleme bereiten. Zwar wurde erfreulicherweise auf der Rechtsfolgenseite das Risiko einer Mehrfachleistung durch die Einführung einer Anrechnungslösung verringert. In Konzernsachverhalten besteht jedoch weiter das Problem, dass Umsatzgeschäfte und dem Aufbau der Infrastruktur dienende Hilfsgeschäfte mit der Konzernmutter als verdeckte Sacheinlage behandelt werden. Für die Geschäftsführer und Vorstände besteht dabei das (sogar strafrechtliche) Risiko, eine falsche Handelsregisteranmeldung abzugeben, da sie zumindest abstrakt davon Kenntnis haben, dass solche Geschäfte folgen, während sie Art und Umfang dieser Geschäfte noch nicht genau kennen und offenlegen können. Wenn man die Anrechnungslösung des MoMiG nicht durch die (bereits politisch verworfene) Erfüllungslösung ersetzen will, sollte zumindest für Umsatz- und Infrastrukturhilfsgeschäfte eine gesetzliche Ausnahme geschaffen werden. Dafür spricht auch, dass es in § 52 Abs. 9 AktG bereits eine solche Ausnahmeregelung gibt.

Wir halten eine Vereinfachung der Regeln im Bereich der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung für überfällig und fordern daher, die Tatbestände des Hin- und Herzählens sowie der verdeckten Sacheinlage nach dem Vorbild des MoMiG unter besonderer Berücksichtigung der dargestellten Konzernsachverhalte und Vorsehung einer entsprechenden gesetzlichen Ausnahmeregelung in das Aktiengesetz mit aufzunehmen.

4. Zur Deregulierung der Stimmrechtsvertretung/Vollmachts- oder Depotstimmrecht (§ 135 AktG)

a) Die Neuregelung des Depot- oder Vollmachtsstimmrechts halten wir für akzeptabel. Sie nimmt die Kreditwirtschaft stärker in die Pflicht als bisher. Jedoch ist die neue Regelung komplizierter als der einfacher zu handhabende **Vorschlag des Deutschen Sparkassen- und Giroverbandes vom Februar 2006**. Dieser Vorschlag läuft darauf hinaus, dass das depotführende Kreditinstitut im Rahmen der sog. Dauervollmacht eines Aktionärs grundsätzlich im Sinn der Verwaltung der Gesellschaft abgestimmt hätte, es sei denn, dieser Depotkunde hätte eine anderslautende Einzelweisung gegeben. Im Gegenzug sollten die depotführenden Kreditinstitute von der Pflicht befreit werden, den Depotkunden eigene Weisungsvorschläge zu unterbreiten. Diesen Vorschlag hat der BDI gemeinsam mit dem Deutschen Aktieninstitut (DAI) und dem Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) von Beginn an befürwortet.

Würde der DSGV-Vorschlag gesetzlich umgesetzt und würden alle depotführenden Kreditinstitute das Depot- oder Vollmachtsstimmrecht nach §§ 128, 135 AktG aktiv anbieten und die Stimmen ihrer Depotkunden ausüben, könnten die DAX 30-Gesellschaften auf eine **zusätzliche Präsenz zwischen 3 und 5% des Grundkapitals in ihren Hauptversammlungen** vertrauen. Der Gesetzgeber sollte helfen, dieses Stimmenpotenzial zu heben.

Wie bereits in der Stellungnahme des Bundesrats angemerkt (Ziffer 14), steht die Abschaffung der bisherigen Verpflichtung der Kreditinstitute zur Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung im Widerspruch zum Anliegen des Gesetzgebers, den Rückzug der Banken aus dem Depotstimmrecht einzudämmen.

Um eine Stimmrechtsvertretung der Aktionäre auch bei nicht angekündigten Sonderabstimmungen zu ermöglichen, sollte § 135 Abs. 3 S. 1 AktG-E wie folgt ergänzt werden:

*„Hat der Aktionär dem Kreditinstitut keine Weisung für die Ausübung des Stimmrechts erteilt, so hat das Kreditinstitut im Falle des Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 das Stimmrecht entsprechend seinen Vorschlägen **bzw. bei nicht angekündigten Abstimmungen nach seinem Ermessen** auszuüben,...*“

Das Depotstimmrecht sollte wieder von allen Kreditinstituten aktiv gegenüber ihren Depotkunden als Dienstleistung angeboten werden. Der Vorschlag des ARUG nimmt die Kreditwirtschaft in die Pflicht. Das ist zu begrüßen. Dennoch halten wir den DSGV-Vorschlag vom Februar 2006 für ein entschlacktes Depotstimmrecht nach wie vor für eine bessere, weil dieser Vorschlag eine einfacher umsetzbare Lösung zur Erhöhung der immer noch zu niedrigen Aktionärspräsenzen in deutschen Hauptversammlungen beinhaltet. Das neue Depotstimmrecht sollte auch für Sonderabstimmungen genutzt werden können.

b) § 135 Abs. 8 AktG-E erstreckt das gesamte für die Stimmrechtsvertretung durch Depotbanken geltende materielle Recht auf die Stimmrechtsvertretung durch Aktionärsvereinigungen, nicht aber die **Haftungsfolgen** gemäß § 135 Abs. 9 AktG-E. Der gesetzgeberische Grund für diese Differenzierung ist nicht erkennbar.

Dieser Auffassung ist auch der Bundesrat, der in seiner Stellungnahme (Ziffer 13) vorschlägt, die Absätze 8 und 9 zu tauschen und die auf die Aktionärsvereinigungen und sonstigen Stimmrechtsberater anzuwendenden Vorschriften auch auf die (unzulässige) Haftungsbeschränkung im Voraus auszudehnen. Der Bundesrat begründet dies damit, dass bereits jetzt in führenden Kommentaren zum Aktienrecht davon ausgegangen werde, dass die entsprechenden Bestimmungen des § 135 Abs. 11 AktG auf Aktionärsvereinigungen analog anzuwenden ist, da keine Argumente ersichtlich seien, warum hier geringere Anforderungen für Aktionärsvereinigungen im Vergleich zu Kreditinstituten gelten sollten.

Wir fordern, die in § 135 Abs. 9 AktG-E angeordnete Unzulässigkeit der Haftungsfreizeichnung im Voraus auch auf Aktionärsvereinigungen und geschäftsmäßig Handelnde (§ 135 Abs. 8 AktG-E) zu erstrecken.

c) Zudem ist eine detaillierte Definition des Begriffs „Aktionärsvereinigung“ zu empfehlen. Da die **Vollmachtserteilung** an Aktionärsvereinigungen und sonstige Dritte **unterschiedlich geregelt** ist – für erstere genügt das „nachprüfbar Festhalten“ (§ 135 Abs. 1 S. 2, Abs. 8 AktG-E) beispielsweise durch ein aufgezeichnetes Telefongespräch, für letztere ist künftig grundsätzlich „Textform“ (§ 134 Abs. 3 S. 2 und 3 AktG-E) erforderlich – kann die Unterscheidung zwischen Aktionärsvereinigungen und sonstigen Stimmrechtsvertretern für die Wirksamkeit der Stimmrechtsausübung Bedeutung erlangen. Die fehlerhafte Qualifikation, aber auch die fehlerhafte Nichtqualifikation eines Stimmrechtsvertreters als Aktionärsvereinigung durch die Gesellschaft kann damit zu Fehlern bei der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses führen. Angesichts der bislang unzureichenden Definition von Aktionärsvereinigungen sind derartige Fehler aber nicht sicher zu vermeiden.

Im Hinblick auf unterschiedliche Wirksamkeitsvoraussetzungen für die Vollmachtserteilung gegenüber Aktionärsvereinigungen und sonstigen Dritten fordern wir eine detaillierte Definition des Begriffs der „Aktionärsvereinigung“.

5. Zur Eindämmung missbräuchlicher Anfechtungsklagen

Die Gesellschaften wollen einen ordnungsgemäßen Ablauf ihrer Hauptversammlungen sicherstellen, der auch im Interesse der ganz überwiegenden Mehrheit der Aktionäre liegt. Anfechtungsrisiken lassen sich nicht gänzlich ausschließen. Jedoch machen es sich gewerblich tätige Anfechtungskläger zunutze, dass bestimmte bedeutsame Hauptversammlungsbeschlüsse nicht ins Handelsregister eingetragen und wirksam werden können, solange eine Anfechtungsklage anhängig und das Freigabeverfahren nicht abgeschlossen

ist. Sie setzen auf die Eile, mit der solche Beschlüsse von den Gesellschaften umgesetzt werden müssen, und erzwingen teure Vergleiche, die das Gesellschaftsvermögen belasten.

Umso dringender sind **zielgerichtete, wirksame gesetzgeberische Maßnahmen** vonnöten, um dieses **Drohpotenzial zu mindern**.

Die gegenüber dem Referentenentwurf vorgenommenen Nachbesserungen des Anfechtungsrechts sind grundsätzlich zu begrüßen, sie reichen aber immer noch nicht aus, um den Missbrauch von Anfechtungsklagen durch Berufskläger wirksam einzudämmen, geschweige denn, ihn zu verhindern. Positiv zu bewerten sind die prozessrechtlichen Erleichterungen. So unterstützen wir die Klarstellung in § 246a Abs. 1 AktG-E, dass auch im Freigabeverfahren Zustellungen an den Prozessbevollmächtigten des Anfechtungsklägers möglich sind. Wir begrüßen auch die neu geschaffene Möglichkeit für die Gesellschaften, noch vor Klagezustellung Akteneinsicht nehmen zu können (§ 246 Abs. 3 S. 5 AktG-E).

Im Übrigen tritt aber keine wesentliche Verbesserung ein – auch nicht unter Berücksichtigung der Neuregelung, dass die Freigabeentscheidung des Landgerichts nur angegriffen werden kann, wenn das Landgericht die sofortige Beschwerde zulässt. Ein spürbarer Rückgang missbräuchlicher Anfechtungsklagen ist nach den Feststellungen von Baums/Keinath/Gajek (ZIP 2007, 1629 ff.) nicht zu erwarten.

Zudem hat sich der Staat in Art. 2, § 7 Abs. 3 des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes (FMStG) bei Kapitalerhöhungen praktisch von dem bisher im Anfechtungsrecht geltenden Suspensiveffekt der Anfechtungsklage gelöst. Hiernach sind Kapitalerhöhungsbeschlüsse unverzüglich einzutragen, wenn sie nicht offensichtlich nichtig sind. Insofern ist nicht nachvollziehbar, warum das ARUG nicht weitergehendere Maßnahmen enthält, da der Gesetzgeber im FMStG für staatliche Beteiligungen den Suspensiveffekt von Anfechtungsklagen aufhebt.

Der Gesetzgeber muss endlich mutigere Schritte unternehmen, um den Missbrauch zu beenden. Zur Eindämmung missbräuchlicher Anfechtungsklagen schlagen wir vor:

a) Spürbare Schwelle für Aktienbesitz als Voraussetzung für eine Nichtfreigabe

Der Gesetzesentwurf sieht die Einführung einer **Bagatellschwelle von 100 Euro Nennbetrag** als ausreichend an, um dem Missbrauch von Anfechtungsklagen vorzubeugen. Dieser Vorschlag ist aufgrund der Tatsachenerkenntnisse über die Aktienstruktur und den Organisationsgrad der räuberischen Anfechtungskläger nicht nachvollziehbar. Ein solch geringer Anteilsbesitz, der bei vielen Gesellschaften einem Börsenwert von etwa 1000 bis 2000 Euro entspricht, wird von der gewerblich handelnden Klägergruppe schnell erreicht und stellt somit keine spürbare Hürde für sie dar.

Es wäre weiterhin praxisfern anzunehmen, diese gewerblich handelnden Kläger müssten für die Fortsetzung ihres Geschäftsmodells künftig von ei-

ner großen Zahl von Aktiengesellschaften jeweils Aktien im Nennwert von 100 Euro halten. Denn der entsprechende Aktienbesitz muss erst ab Bekanntmachung der Einberufung vorliegen. Räuberische Aktionäre können daher die Beteiligung im Nennwert von 100 Euro ohne weiteres erwerben, nachdem eine Strukturmaßnahme angekündigt worden ist. Der Termin, zu dem Strukturmaßnahmen angekündigt werden, liegt üblicherweise deutlich vor der Einberufung der Hauptversammlung. Häufig müssen derartige Strukturmaßnahmen ad-hoc gemeldet werden (zum Squeeze-out vgl. z.B. Emittentenleitfaden der BaFin, S. 40; für sonstige Strukturmaßnahmen, ebd., S. 43). Wenn sich derartige Maßnahmen an öffentliche Übernahmen anschließen, hat der Übernehmer vorher häufig seine entsprechende Absicht öffentlich gemacht. Die gewerblich handelnden Anfechtungskläger können sich also weiter mit geringem Kapitaleinsatz die Anfechtung der sie interessierenden, mit Hebelwirkung versehenen Maßnahmen offenhalten.

Erforderlich ist daher die **Einführung eines spürbaren Aktionärsquorums** als Voraussetzung für die Möglichkeit der Blockade von Strukturmaßnahmen. Dieses sollte den **zwanzigsten Teil des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von 500 000 Euro** nicht unterschreiten. Gegen die Einführung eines qualifizierten Forums bestehen auch keine rechtspolitischen Bedenken, weil „die Anfechtungsklage als Instrument des Aktionärschutzes weitgehend [beseitigt würde]“ (siehe aber Entwurfsbegründung zu § 246a Abs. 2 AktG-E). Der Aktionärschutz wird vielmehr modifiziert, indem einzelne Aktionäre ihre Beschlussmängelklage nur noch auf der Schadensersatzebene weiterführen können. Dabei darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich viele Kleinaktionäre als reine Kapitalanleger verstehen, die aus Zeit- und Kostengründen von einer Einflussnahme auf die Unternehmensentwicklung absehen. Mit Blick auf diese Unterscheidung zwischen reinen Kapitalanlegern einerseits und „unternehmerischen Aktionären“ andererseits stellt die Einführung eines spürbaren Quorums als Voraussetzung für die Verhinderung einer Freigabe keine unzulässige Verkürzung des Aktionärschutzes dar. Auch der 67. Deutsche Juristentag empfiehlt, die Ausgestaltung des Rechts der börsennotierten Gesellschaft künftig stärker auf den Vermögensschutz zu fokussieren (siehe unter II.B.5. der Beschlussfassung der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 67. DJT). Schließlich sieht das Aktiengesetz selbst in **§ 254 Abs. 2 S. 3 AktG** – für die Anfechtungsbefugnis bei einem Hauptversammlungsbeschluss über die Verwendung des Bilanzgewinns – ein qualifiziertes Quorum vor (5 % des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von 500 000 Euro).

Zu begrüßen ist, dass der Aktionär nachzuweisen hat, dass er seit Bekanntmachung der Einberufung den erforderlichen anteiligen Betrag hält. Andernfalls würde das Freigabeverfahren nämlich selbst für den materiell einfachsten Fall, dass die Beteiligung sämtlicher Kläger 100 Euro unterschreitet, wieder beliebig in die Länge gezogen werden können.

Wir fordern daher, dass die Eintragung des angefochtenen Hauptversammlungsbeschlusses in das Handelsregister nur verhindert werden kann, wenn die Anteile des Klägers bzw. der Kläger zusammen 5 % des Grundkapitals oder einen anteiligen Betrag von 500 000 Euro erreichen. Eine entsprechende Regelung findet sich bereits im Anfechtungsrecht in § 254 Abs. 2 S. 3 AktG.

b) Nachgeschobene Nichtigkeitsklagen

Um die Effektivität des Freigabeverfahrens sicherzustellen, wäre zudem in den Bestimmungen zur Anmeldung von Squeeze-Out (§ 327e AktG) und Eingliederung (§ 319 AktG) klarzustellen, dass nur solche **Nichtigkeitsklagen** zur **Registersperre** führen, die innerhalb der Anfechtungsfrist erhoben wurden. Für Unternehmensverträge und Kapitalmaßnahmen wäre ebenfalls klarzustellen, dass das registergerichtliche Verfahren nur im Hinblick auf in der Anfechtungsfrist erhobene Nichtigkeitsklagen ausgesetzt werden kann.

Insoweit wird im Regierungsentwurf nämlich folgende mit hohem Erpressungspotential verbundene Situation nicht berücksichtigt: Es ist inzwischen verbreitet, dass Berufsoponenten kurz vor dem Abschluss des Freigabeverfahrens in zweiter Instanz noch eine Nichtigkeitsklage gegen denselben Hauptversammlungsbeschluss erheben. Teilweise stützen sie sich dabei sogar auf bereits im Freigabeverfahren behandelte Nichtigkeitsgründe, teilweise mögen sie sich auch einen Nichtigkeitsgrund für diese Zwecke "aufgespart" haben. Eine Lösung hält das Gesetz für derartige Fälle nicht bereit. Natürlich kann das Freigabeverfahren erneut durchlaufen werden. Selbst im günstigsten Fall wird dies aber mehrere Monate dauern. Vor allem wird aber durch nichts verhindert, dass kurz vor dem Abschluss dieses zweiten Freigabeverfahrens erneut eine Nichtigkeitsklage erhoben wird, gegebenenfalls sogar wieder gestützt auf dieselben Gründe. Dies kann sich beim Squeeze-out (oder Eingliederung) theoretisch beliebig oft wiederholen, da die dreijährige Klagefrist des § 242 Abs. 2 AktG mangels Eintragung des Beschlusses noch nicht einmal zu laufen beginnt.

Im Umwandlungsgesetz ist dieses Problem dadurch gelöst, dass gemäß § 14 UmwG auch Nichtigkeitsklagen nur innerhalb eines Monats erhoben werden können. Der Gesetzgeber geht also offenbar davon aus, dass es selbst bei Vorliegen der typischerweise schwerwiegenderen Nichtigkeitsgründe nicht per se unangemessen ist, von den Aktionären, die sich gegen den Beschluss wenden wollen, ein Tätigwerden innerhalb eines Monats nach der Hauptversammlung zu verlangen. Dieses Modell erschien auch für andere Strukturmaßnahmen, insbesondere Squeeze-out, Unternehmensverträge und Kapitalmaßnahmen angemessen.

Alternativ wäre als "milderes Mittel" denkbar, die Erhebung der Nichtigkeitsklage nach Ablauf der Monatsfrist als weiteren Freigabegrund aufzunehmen. § 246a Abs. 2 Ziff. 1 und § 319 Abs. 6 S. 3 Alt. 1 AktG-E könnten danach wie folgt ergänzt werden: "*... die Klage unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist oder, im Falle einer Nichtigkeitsklage, nach Ablauf der Frist des § 246 Abs. 1 erhoben worden ist.*" Der Aktionär könnte die Nichtigkeitsklage dann im Hauptsachverfahren weiter verfolgen und ggf. Schadensersatz erstreiten, auch wenn der Squeeze-out schon wirksam geworden ist.

Wir fordern daher, dass außerhalb der Anfechtungsfrist erhobene Nichtigkeitsklagen dem Wirksamwerden von Strukturmaßnahmen nicht entgegenstehen.

c) Die Schwere der Rechtsverletzung als Ausschlusskriterium bei der Interessenabwägung

Wir halten die Einschränkung in § 246a Abs. 2 Nr. 3 AktG-E für verfehlt, wonach die Freigabe selbst bei überwiegendem Interesse der Gesellschaft und ihrer Aktionäre nicht erfolgen darf, wenn eine besondere Schwere des Rechtsverstoßes vorliegt.

Bereits das unbestimmte Merkmal der Schwere des Rechtsverstoßes ist aufgrund seines Streitpotentials geeignet, das Freigabeverfahren zu Lasten der Gesellschaft hinauszuzögern. Sollte es zudem bei der Bagatellschwelle von lediglich 100 Euro bleiben, so führt eine entsprechende Rechtsverletzung auch nur eines (Kleinst-)Aktionärs zu einem Eintragungsstopp. Das überzeugt nicht, da damit in unverhältnismäßiger Weise in die berechtigten Interessen der Gesellschaft und der übrigen Aktionäre an einem handlungsfähigen Unternehmen eingegriffen wird.

Wir fordern daher, folgende Worte in Nr. 3 des zweiten Absatzes von § 246a AktG-E: „es sei denn, es liegt eine besondere Schwere des Rechtsverstoßes vor“ ersatzlos zu streichen.

d) OLG als Eingangsinstanz für Freigabeverfahren

Der Regierungsentwurf versucht, die Verzögerungstaktiken von Berufsklägern neben den erwähnten prozessrechtlichen Erleichterungen vor allem durch eine Beschränkung der Rechtsmittel gegen die Freigabeentscheidung des Landgerichts einzufangen. So soll nach § 246a Abs. 3 S. 3 AktG-E die sofortige Beschwerde gegen die Freigabeentscheidung nur stattfinden, wenn das Landgericht sie in seiner Entscheidung für zulässig erklärt. Zu einer Zulassung zur sofortigen Beschwerde kommt es nach der Neufassung nur, „wenn dadurch die Klärung einer Rechtslage von grundsätzlicher Bedeutung zu erwarten ist“.

Dadurch kann zwar eine gewisse Beschleunigung erreicht werden, zumal die Nichtzulassungsbeschwerde ausgeschlossen sein soll. Gesichert ist dies jedoch nicht. Vielmehr besteht gerade bei den weniger spezialisierten Landgerichten die Gefahr, dass sie bei entsprechender Argumentation des Klägers allzu schnell die „grundsätzliche Bedeutung“ der Rechtsfrage bejahen und die sofortige Beschwerde zu Unrecht zulassen. Hinzu kommt, dass es sich im Registerverfahren als problematisch herausstellen dürfte, wenn einige Gerichte bei Nichtzulassung der Beschwerde eine im Gesetz nicht vorgesehene "richterrechtliche Zulassungsbeschwerde" erlauben (dazu *Seibert/Florstedt*, ZIP 2008, 2145, 2152 Fn. 107).

Um das Drohpotential der Verfahrensverzögerung wirksam zu mindern, bedarf es zusätzlich einer **Verkürzung des Instanzenzugs**. Die Eingangszuständigkeit für das Freigabeverfahren sollte daher vom Landgericht auf ein **Oberlandesgericht** pro Bundesland verlagert werden.

Die dadurch herbeigeführte Spezialisierung bestimmter Oberlandesgerichte führt zusätzlich zu einer Verbesserung der Qualität der Entscheidungen, was – vorausschauend auf zukünftige Streitverfahren – ebenfalls zu einer Beschleunigung der Prozesse führen wird. Derzeit werden die für Freigabeverfahren vorgesehenen Drei-Monats-Fristen gem. § 246a Abs. 3 S. 6 und § 319 Abs. 6 S. 4 AktG häufig nicht eingehalten; die Gerichte fassen bisweilen in diesem Zeitraum nicht einmal die für die Begründung der Fristüberschreitung erforderlichen Beschlüsse. Selbst wenn die Drei-Monats-Frist durch die derzeitige Eingangsinstanz beachtet wird, ist in der Regel mit einem Abschluss des Verfahrens in dieser ersten Instanz kaum vor Ablauf von sechs Monaten seit der fraglichen Hauptversammlung zu rechnen. Dieser lange Zeitraum ist auf die Anfechtungsfrist, die Frist für die „demnächst“ erforderliche Zustellung, die Beschlussverkündung, die Zustellung des Beschlusses, das Einlegen der sofortigen Beschwerde, die Stellungnahme zur sofortigen Beschwerde und die (Nicht-)Abhilfeentscheidung zurückzuführen. Durch häufig zu beobachtende Fristüberschreitungen verlängert sich dieser Zeitraum weiter.

Darüber hinaus ist bei einer Verlagerung der Eingangsinstanz in Freigabeverfahren auf ein OLG pro Bundesland auch gewährleistet, dass einheitliche Rechtsfragen in Freigabe- und Hauptsacheverfahren nicht unterschiedlich beurteilt werden, wenn – was derzeit der Regelfall ist – ein Oberlandesgericht sowohl im Anfechtungs- als auch im Freigabeprozess mit eingebunden ist (siehe dazu auch die Ausführungen des Bundesrats, Ziffer 18 der Stellungnahme).

Die Aktionärsrechte werden durch die Konzentration der Freigabeverfahren bei den OLGs nicht unverhältnismäßig eingeschränkt. Denn eine **Verkürzung des Instanzenzugs betrifft** nach diesem Vorschlag **nur das Freigabeverfahren**. Im Hauptsacheverfahren könnte es bei dem mehrstufigen Instanzenzug mit den Landgerichten als erste Instanz (§ 246 Abs. 3 AktG) bleiben. Anders als das Hauptsacheverfahren ist das Freigabeverfahren nach seinem Sinn und Zweck als **Eilverfahren** ausgestaltet. Daher ist es weder erforderlich noch zweckdienlich, denselben Grad an Rechtsschutz einzufordern wie im Hauptsacheverfahren. Zudem hat das Bundesverfassungsgericht klargestellt (BVerfGE 107, 395, 408), dass das Grundgesetz keinen mehrstufigen Instanzenzug gebietet (siehe dazu auch S. 24 der Begründung zum **Gesetzentwurf des Bundesrats** für ein Gesetz zur Einführung erstinstanzlicher Zuständigkeiten des Oberlandesgerichts in aktienrechtlichen Streitigkeiten, BT-Drs. 16/9020).

Wir fordern daher wie der Bundesrat (BT-Drs. 16/9020), dass die gerichtliche Zuständigkeit für Freigabeverfahren auf ein Oberlandesgericht pro Bundesland verlagert wird.

e) Ausdehnung des Freigabeverfahrens auf Satzungsänderungen

Das aktiengesetzliche Freigabeverfahren ist derzeit nur auf bestimmte Hauptversammlungsbeschlüsse beschränkt, nämlich auf Maßnahmen der Kapitalbeschaffung, der Kapitalherabsetzung und Unternehmensverträge.

Missbrauchsrisiken bestehen aber auch bei anderen eintragungsbedürftigen Hauptversammlungsbeschlüssen.

Wir fordern daher, das aktiengesetzliche Freigabeverfahren auch auf Satzungsänderungen zu erstrecken.

f) Vom Freigabeverfahren zum Blockadeverfahren

Dass eine Anfechtungsklage Blockadewirkung entfaltet, stellt nicht nur eine überschießende Rechtsfolge dar. Im Zivilrecht ist es zudem ganz untypisch, dass schon mit der Klageerhebung die Verwirklichung bzw. Durchführung der streitigen Maßnahme verhindert werden kann. Der in der ZPO (§§ 916 ff.) verankerte Grundsatz lautet vielmehr, dass der Klagende im Zugzwang ist und für eine Sicherung des bestehenden Zustands aktiv werden muss – und zwar unter dem Risiko der Schadenersatzpflicht, wenn er zu Unrecht die Vollziehung der angegriffenen Maßnahme (vorübergehend) vereitelt (§ 945 ZPO). Diese Schadenersatzpflicht könnte der Höhe nach (z.B. auf 1 Mio. Euro) begrenzt werden, um Aktionäre nicht von vornherein von diesem Klageweg abzuhalten. Jedem klagenden Aktionär sollte aber bewusst werden, dass er die Gesellschaft enorm schädigen kann, wenn er den Vollzug eines bedeutsamen Hauptversammlungsbeschlusses mit einer Anfechtungsklage blockiert.

Warum von dem in §§ 916 ff. ZPO verankerten Grundsatz in § 246a AktG abgewichen wird, ist nicht nachvollziehbar. Hält man gleichwohl an dem aktiengesetzlichen Eilverfahren des § 246a AktG fest, so sollte es jedenfalls in der Weise an die Grundsätze des zivilprozessualen einstweiligen Rechtsschutzes angeglichen werden, dass nicht die Gesellschaft die Freigabe, sondern der Kläger die Nichteintragung des Hauptversammlungsbeschlusses erstreiten muss.

Wir fordern daher, das derzeitige Freigabeverfahren in ein Blockadeverfahren umzugestalten. In der Folge wird auch ein angefochtener Beschluss eingetragen, es sei denn, dem Antrag des darlegungs- und beweispflichtigen Anfechtungsklägers auf Nichteintragung wird unter den Voraussetzungen der – im Einzelnen noch zu modifizierenden (siehe oben) – Nrn. 1 bis 3 des § 246a Abs. 2 AktG-E stattgegeben.

6) Verschärfte Verzinsungspflicht bei Abfindung außenstehender Aktionäre (§§ 305, 320b Abs. 1, 327b Abs. 2 AktG-E)

Die Erhöhung des Zinssatzes von bisher 2 % auf jetzt 5 % über dem Basiszins nach § 247 BGB für die Verzinsung von Abfindung und Ausgleich (§§ 305, 320b Abs. 1, 327b Abs. 2 AktG-E) halten wir für unangemessen.

Die Regelung spielt schließlich nicht nur bei verspäteter Zahlung der Abfindung nach Wirksamwerden der Maßnahme eine Rolle – insofern dürfte sie sogar noch angemessen sein – sondern sie hat ihren Hauptanwendungsbereich in der nach einem Spruchverfahren nachzuzahlenden Erhöhung der Abfindung. Dies soll ausweislich der Gesetzesbegründung dazu führen,

dass "das Spruchverfahren unter finanziellen Gesichtspunkten nicht übermäßig verzögert wird." Es wird also suggeriert, dass die betroffenen Unternehmen die Spruchverfahren verzögern und die Antragsteller die Verfahren beschleunigen wollen. Dies gibt die Realitäten der Spruchverfahren nicht richtig wieder. Anträge auf eine zeitaufwendige Neubewertung kommen selten von den betroffenen Unternehmen, sondern von den Antragstellern. Der Anreiz, solche Anträge zu stellen, vergrößert sich durch die Neuregelung. Schon jetzt ist zu beobachten, dass sich Aktionäre an Spruchverfahren beteiligen, für die wegen der geringen Zahl der gehaltenen Aktien eine Erhöhung von Abfindung oder Ausgleich völlig uninteressant ist. Sie spekulieren vielmehr auf einen Vergleich mit einer Einigung auf einen entsprechenden Vergleichsmehrwert für die Gebührenbestimmung. Für die betroffenen Unternehmen kann ein Vergleich bei entsprechend auflaufenden Zinslasten die einzige Möglichkeit zur schnellen Beendigung des Verfahrens sein. Ein Anerkenntnis scheidet wegen der unbezifferten Anträge aus. Durch die Erhöhung der Zinssätze wird den bekannten Klägern (die vielfach bei der Beschlussanfechtung und im anschließenden Spruchverfahren auftauchen) künftig in stärkerem Maße ermöglicht, im Spruchverfahren "auf Zeit" zu spielen, das Unternehmen dadurch in einen Vergleich zu drängen und als Sondervorteil gegenüber den nicht am Verfahren beteiligten Aktionären künstlich erhöhte Verfahrenskosten geltend zu machen. **Ein Geschäftsmodell, das durch UMAG und ARUG für Anfechtungsklagen erschwert werden soll, wird nun für Spruchverfahren erleichtert.**

Wenn darauf verwiesen wird, dass in vielen oder auch der Mehrzahl der Spruchverfahren eine Nachzahlung festgesetzt wird, so mag das auch am grundsätzlichen Konstruktionsfehler des Spruchverfahrens liegen: Ein Spruchverfahren kann immer nur zu einer Erhöhung von Abfindung und Ausgleich führen, nie zu einer Herabsetzung. Das Abfindung und Ausgleich festsetzende Unternehmen weiß daher, dass einmal ausgezahlte Abfindungs- bzw. Ausgleichszahlungen endgültig verloren sind. Es verbietet sich, bei jedem Zweifel im Bewertungsprozess vorsorglich die für die außenstehenden Aktionäre günstigere Variante zu wählen. Einmal zu viel gezahlte Beträge sind für das Unternehmen (und seine Aktionäre) mangels Möglichkeit zur Rückforderung verloren; bei entsprechendem Verschulden könnten die Organmitglieder der Gesellschaft dadurch sogar die Grenze zur Untreue überschreiten. Der grundsätzliche Konstruktionsfehler des Spruchverfahrens führt also zu dem zu beobachtenden Ausgang der Spruchverfahren, nicht die Höhe des Zinssatzes.

Die Heraufsetzung der Zinssätze für Barabfindungs- und Ausgleichsansprüche ist eine unangemessene Benachteiligung der Unternehmen und geht am eigentlichen Problem der Verfahrensverzögerung, nämlich der missbräuchlichen Ausnutzung des Spruchverfahrens durch räuberische Aktionäre, vorbei. Wir fordern daher, von einer Heraufsetzung des Zinssatzes in den §§ 305, 320b Abs. 1, 327b Abs. 2 AktG-E abzusehen.