

Stellungnahme zum Referentenentwurf des Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie

20. Juni 2008

A. Einleitung und Zusammenfassung

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt den Entwurf des Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) grundsätzlich, da er neben den europäischen Vorgaben auch einige aktuelle Themen aufgreift, die unserer Ansicht nach für den Finanzplatz Deutschland von großer Bedeutung sind.

I. Missbräuchliche Anfechtungsklagen

Wir unterstützen alle Maßnahmen, die geeignet sind, missbräuchliche Anfechtungsklagen zu verhindern, z.B. diejenigen, die eine Beschleunigung des Freigabeverfahrens zum Ziel haben. Die Ansätze im Referentenentwurf halten wir jedoch für nicht ausreichend.

Das Deutsche Aktieninstitut identifiziert in der Sperrwirkung von Anfechtungsklagen für die Registereintragung das eigentliche Problem. Wir schlagen daher vor, diese Sperrwirkung der Anfechtungsklage vom Erreichen eines Quorums i.H.v. 5 % des Grundkapitals bzw. eine anteiligen Betrages von mindestens 500.000 Euro abhängig zu machen. Das Quorum soll durch Pool-Bildung erreicht werden können.

Gleichzeitig soll weiterhin jeder Aktionär, der in der Hauptversammlung Widerspruch zu Protokoll erklärt hat, mit einer Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage geltend machen können, dass ein Beschluss der Hauptversammlung auf einer Verletzung von Gesetz oder Satzung beruht. Die individuellen Vermögensinteressen der Anfechtenden werden nach bestandskräftiger Eintragung des Hauptversammlungsbeschlusses durch einen möglichen Schadensersatzanspruch geschützt. Die Funktion der Anfechtungsklage zur objektiven Kontrolle der Verwaltung wird dadurch gewährleistet, dass die Gerichte im Anfechtungsverfahren nach Bestandskraft der Eintragung die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Beschlusses feststellen können (Fortsetzungsfeststellungsklage). Hierbei ist zu bedenken, dass eine objektive Kontrolle der Beschlüsse nach derzeitiger Rechtswirklichkeit überhaupt nicht stattfindet, weil die Prozesse überwiegend in gerichtlichen Vergleichen enden.

Das Freigabeverfahren bzw. durch den Kläger anzustrengende Blockierungsverfahren sollte im Sinne eines Unbedenklichkeitsverfahrens auf alle Fälle

ausgedehnt werden, in denen eine Eintragung in das Handelsregister erforderlich ist.

Wir unterstützen zudem den Gesetzgebungsvorschlag des Bundesrats (BR Drs. 901/07) für eine Eingangsinstanz bei den Oberlandesgerichten im Freigabeverfahren.

II. Hauptversammlungspräsenzen

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt die Maßnahmen zur Steigerung der Hauptversammlungspräsenzen. 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. Letztere Erkenntnis hat bereits Auswirkungen auf das materielle Recht, z.B. das Kartellrecht.

Unseres Erachtens ist es jedoch nicht erforderlich, dass die Depotbanken verpflichtet werden, auf die Vorschläge zur Stimmrechtsausübung durch Aktionärsvereinigungen hinzuweisen, da es in der Eigenverantwortung der Aktionäre liegt, sich selbst ein Bild von den Tagesordnungspunkten und den Vorschlägen der Verwaltung zu machen. Sie haben jederzeit die Möglichkeit, Einzelweisungen zu erteilen. Daneben steht es den Aktionären völlig frei, eine Vollmacht an eine Aktionärsvereinigung zu erteilen, auch ohne eine entsprechende Hinweispflicht der Kreditinstitute.

III. Sonstiges

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt, dass der Referentenentwurf die Weiterentwicklung der Hauptversammlung und Stimmabgabe insbesondere durch elektronische Kommunikationswege den Gesellschaften überlässt. Im Detail wären allerdings einige Unklarheiten zu beseitigen.

Wir begrüßen die Klarstellung in der Begründung des Referentenentwurfs, dass der Record Date keine Frist ist. Dies sollte jedoch im Gesetzestext selbst erfolgen, da sonst weiterhin Rechtsunsicherheit besteht. Auch die eindeutigen Ausführungen in der Begründung zum UMAG führten dennoch zu einem anderen Urteil eines Gerichts.

B. Stellungnahme

I. Grundsätzliches

1. Maßnahmen gegen „Berufskläger“

a. Einleitung

Wie das Deutsche Aktieninstitut in seinen empirischen Untersuchungen feststellen konnte, hat sich in Deutschland ein regelrechtes Klagegewerbe in Bezug auf Anfechtungsklagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse entwickelt.

Zwei DAI-Studien¹ haben sowohl gezeigt, dass es oftmals die gleichen Aktionäre sind, die anfechten, als auch, dass die meisten Klagen in Vergleichen enden. Die 20 aktivsten Personen bzw. Gruppen waren immerhin für 255 Anfechtungsklagen und damit für mehr als die Hälfte aller Klagen verantwortlich. Bei Squeeze Out-Beschlüssen ist bei börsennotierten Aktiengesellschaften mit oft mehr als zwanzig Klagen gegen denselben Übertragungsbeschluss zu rechnen. Im Jahr 2006 wurden 96 % der Beschlüsse angefochten. Damit ist mittlerweile die „Vollanfechtung“ erreicht.

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 Hauptversammlungsbeschlüsse nur wirksam werden, wenn sie in das Handelsregister eingetragen werden. Dies 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 Hauptversammlung 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).

b. Das Freigabeverfahren funktioniert derzeit nicht als Eilverfahren

Der hierdurch entstandenen Umsetzungsblockade wichtiger Beschlüsse soll das Freigabeverfahren abhelfen, das quasi als Eilverfahren konzipiert ist. Im Freigabeverfahren prüft das Prozessgericht summarisch die Erfolgsaussichten einer Anfechtungsklage und kann den Registerrichter dann zur Eintragung des Beschlusses bestimmen. Es gilt allerdings nur für bestimmte Beschlüsse, nicht z.B. für einfache Satzungsänderungen i.S.d § 179 AktG.

¹ DAI-Kurzstudie 3/2007 „Überprüfung des Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG): Zur Verbreitung von Haftungsklagen, Sonderprüfungen und verfahrensbeendenden Vergleichen“, Studie 39 „Squeeze Out – Recht und Praxis“.

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. Die Studie von Baums/Keinath/Gajek² gibt durchschnittlich 5 ½ Monate für das landgerichtliche Verfahren und für das Verfahren vor dem Oberlandesgericht noch einmal im Durchschnitt knapp 3 Monate an. Damit dauerte das Eilverfahren in den von der Studie ermittelten Freigabeverfahren durchschnittlich 9 Monate. Zu diesem Ergebnis kommt auch die DAI-Studie zum Squeeze Out. Diese Praxisregel ergibt sich aus der einmonatigen Anfechtungsfrist, einer Dauer von etwa einem Monat für die Zustellung sämtlicher Klagen an die beklagte Gesellschaft und die Vorbereitung des Freigabeantrags, einem dreimonatigen Freigabeverfahren in der ersten Instanz und einem zwei- bis viermonatigen Beschwerdeverfahren.³ Das bisherige Verzögerungspotential bei der Zustellung der Klagen und der Freigabeanträge an bis zu 100 Klägern mit Wohnsitzen z.T. im Ausland wird erfreulicherweise durch den Referentenentwurf reduziert (§ 246a Abs. 1 Satz 2 AktG-E).

c. 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 Ermessensausübung frei, wählt aber in der Praxis heutzutage quasi automatisch und u.U. auch bei offensichtlicher Unbegründetheit der Klage die Aussetzung. Schon seit langem⁴ 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 Hauptversammlung 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. Deshalb sollte das Freigabeverfahren im Sinne eines Unbedenklichkeitsverfahrens auf alle Fälle ausgedehnt werden, in denen eine Eintragung in das Handelsregister erforderlich ist (vgl.

² Baums/Keinath/Gajek, Fortschritte bei Klagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse? ILF Working Paper Nr. 65, S. 48. Die Verfasser weisen darauf hin, dass die Dauer der Verfahren im Tatbestand der Beschlüsse nicht aufgeführt wird und kann nur mühsam durch Anfragen bei Gericht ermittelt werden.

³ DAI Studie 39 „Squeeze Out – Recht und Praxis“, S. 37.

⁴ Z.B. 4. Deutsch-Österreichisches Symposium zum Gesellschaftsrecht vom 22. und 23. Oktober 1993 auf dem Lämmerbuckel. ZGR Sonderheft 1994, S. 203 f.

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 verhindert auch, dass die eventuell durch die im ARUG-E vorgesehenen Änderungen behinderten Berufskläger Ausweichziele in den übrigen einzutragenden Beschlüssen finden, z.B. einfachen Satzungsänderungen.

d. Vergleiche als Fehlanreize

Der von uns identifizierte Fehlanreiz für Berufskläger sind die gerichtlichen Vergleiche.

Den Berufsklägern geht es nicht um objektive Rechtskontrolle, was die hohe Vergleichsbereitschaft zeigt. Vergleiche nehmen die Gesellschaften meist in Kauf, weil ansonsten die Umsetzung wichtiger durch die Mehrheit der Aktionäre gefasster Beschlüsse der Hauptversammlung über lange Zeit zu Lasten der notwendigen Weiterentwicklung der Gesellschaft blockiert werden.

Es geht dabei keinesfalls darum, sich von einer nur als "lästig" empfundenen Klage zu befreien. Die Sorgfaltspflichten des § 93 AktG gebieten es, dass der Vorstand die Kosten eines Vergleichs mit den Folgen der Fortführung des Rechtsstreits abzuwägen hat. Diese Abwägung des Vorstands wird bei der jetzigen Verfahrenspraxis trotz der Einleitung eines Freigabeverfahrens in der Regel zum Abschluss eines Vergleiches führen müssen.

Um eine schnelle Umsetzung des Beschlusses bei mehreren Anfechtungsklagen zu erreichen, ergibt ein Vergleich nur Sinn, wenn sich das Unternehmen mit allen Klägern vergleicht, also auch denen, deren Anfechtungsklage offensichtlich unbegründet ist. So können sich zahlreiche Aktionäre der Klage eines anderen quasi ohne Prozesskostenrisiko anschließen. Die Gesellschaften erstatten fast immer die Rechtsanwaltsgebühren, die bei einem Vergleich in die Höhe schnellen und nicht selten über 100.000 Euro liegen.

Mit missbräuchlichen Anfechtungsklagen schaden die Berufskläger nicht nur den Gesellschaften, sondern auch ihren Mitaktionären. Notwendige Restrukturierungen werden so blockiert, 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“⁵.

e. Änderung der Freigabeklausel nicht ausreichend

Der Referentenentwurf schlägt nun vor, bei grundsätzlich unbeschränkter Zulässigkeit einer Anfechtungsklage die Freigabeklausel des § 243a AktG nachzubessern. Die bisher nur in der Begründung zum Gesetzentwurf des UMAG zu § 246a AktG aufgeführte Abwägungsanleitung soll in das Gesetz aufgenommen werden, da die Praxis gezeigt hat, dass viele Gerichte sie nicht angewandt haben und daher u.U. gar nicht kennen.

Die Freigabe setzt nach § 246a Abs. 2 AktG-E voraus, dass das alsbaldige Wirksamwerden des Hauptversammlungsbeschlusses 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 und der Eintragung nicht die Schwere der mit der Klage geltend gemachten Rechtsverletzungen entgegensteht.

Unseres Erachtens wird sich dadurch kaum etwas an der Dauer der Freigabeverfahren ändern. Dies liegt v.a. daran, dass eine Freigabe nicht bei „schweren Rechtsverletzungen“ erfolgt. Es handelt sich hierbei um eine Rechtsfrage, nicht um eine Frage der Beweislast. 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. Die Gerichte sollten – damit sie die Drei-Monatsfrist einhalten können – von einer zu vertieften Prüfung entlastet werden. Deshalb sollte die Anleitung der Gerichte bzgl. des Korrektivs der „Schwere der Rechtsverletzung“ zumindest eindeutiger gefasst werden; Schon der Regierungsentwurf zum UMAG (BR-Drs. 3/05, S. 60) hat klargestellt, dass die Bestandskraft des Beschlusses geradezu unerträglich sein muss, um die Freigabe zu verhindern.

Hinzu kommt, dass es für die Ablehnung der Freigabe nicht ausreichen darf, dass der Anfechtungskläger im Freigabeverfahren eine schwere Rechtsverletzung schlüssig vorträgt. Auch hier muss gelten, dass keine offensichtliche Unbegründetheit vorliegt.

Deshalb schlagen wir vor, den Satz „und der Eintragung nicht die Schwere der mit der Klage geltend gemachten Rechtsverletzungen entgegensteht“ zu streichen oder zumindest den Wortlaut des § 246a Abs. 2 Nr. 3 AktG-E zu ändern:

⁵ BVerfG v. 30.5.2007 - 1 BvR 390/04, AG 2007, 546.

„3. das alsbaldige Wirksamwerden des Hauptversammlungsbeschlusses 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 und der Eintragung nicht die Schwere der mit der Klage geltend gemachten, nicht offensichtlich unbegründeten Rechtsverletzungen eine Bestandskraft des Beschlusses unerträglich erscheinen lässt.“

(vgl. aber unten den noch weitergehenden Reformvorschlag bzgl. der Registerintragen unter f. (2)).

Das Berufsklägertum ist ein wirkliches Ärgernis, das wir in dieser Form nur in Deutschland kennen. Gegebenenfalls sollte man sich deshalb auch im Hinblick auf den zunehmenden Wettbewerb der Rechtsformen in Europa an eine größere Reform des Systems wagen. Daher sollte das Anfechtungsrecht materiell grundlegend reformiert werden, insbesondere hinsichtlich seiner Rechtsfolgen. Wünschenswert wäre eine Reduzierung des Katalogs der Nichtigkeitsgründe und eine Revision der Rechtsfolgen bei den Anfechtungstatbeständen.

f. Blockadewirkung der Anfechtungsklage ist der Hauptauslöser für die Entwicklung eines „Berufsklägertums“

Auslöser des Berufsklägertums ist wie gezeigt die Blockade von Hauptversammlungsbeschlüssen. Wenn diese von Anfechtungsklagen nicht mehr blockiert werden, sind Unternehmen nicht gezwungen, im Unternehmensinteresse Vergleiche abzuschließen. Daher sehen wir den primären Lösungsansatz in der Beseitigung der Blockadewirkung der Anfechtungsklage.

(1) 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).

Wir unterstützen daher den Gesetzgebungsvorschlag des Bundesrats zur Einführung erstinstanzlicher Zuständigkeiten des Oberlandesgerichts in aktienrechtlichen Streitigkeiten (BR Drs. 901/07) hinsichtlich des Freigabeverfahrens.

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

(2) Reformvorschlag: Registersperre

Das Deutsche Aktieninstitut schlägt vor, die Möglichkeit, durch eine Anfechtungsklage gegen Hauptversammlungsbeschlüsse eine Registersperre erreichen zu können, von der Höhe des Anteilsbesitzes abhängig zu machen. Um die Sperre zu erreichen, muss der Aktionär zudem aktiv werden und neben der Anfechtungsklage ein gesondertes Verfahren einleiten.

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

Einen vergleichbaren Ansatz enthält § 246a Abs. 2 Nr. 2 AktG-E, 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. Wir verstehen den im Referentenentwurf dargelegten Hintergrund der im Laufe der Zeit, d.h. der Änderungen des Aktiengesetzes herabgesetzten Änderungen der Mindestnennbeträge der Aktien, zuletzt auf einen Euro: Dabei sei im Aktiengesetz nicht berücksichtigt worden, dass die Atomisierung der Nennbeträge der Aktien zugleich zu einer Atomisierung der Klagebefugnis geführt habe (RefE, S. 64). Man möchte sich mit dem Bagatellquorum wohl gegen verfassungsrechtliche Bedenken verwahren: wenn früher durch die Mindestnennbeträge einmal die Klagebefugnis an eine höhere Beteiligung gekoppelt war, so ist es verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn man eine solche nun wieder fordert.

Dieser Gedankengang zeigt aber doch eines: 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 die 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 Konsequenzen 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.

Die 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 nicht von einem Quorum abhängig ist.

(b) Quorum: 5 % des Grundkapitals bzw. ein Aktiennennwert von mindestens 500.000 Euro

Die Grenze von einer unternehmerischen im Gegensatz zu einer rein wirtschaftlichen Beteiligung sehen wir 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 Hauptversammlungsbeschlüssen.

Damit würde man auch der überschießenden Tendenz des geltenden Rechts gerecht, wonach der Hauptversammlungsbeschluss auch dann blockiert und ggf. später im Hauptsacheverfahren kassiert 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 überprüft und gestoppt werden können. Deshalb sollte das Quorum auch durch Zusammenschlüsse von Aktionären erreicht werden können. Hierzu dient bereits heute das Aktionärsforum.

Damit wäre die Regel, Hauptversammlungsbeschlüsse nur dann einzutragen, wenn sie nicht angefochten wurden, nunmehr umgekehrt: Der Anfechtungs-

kläger wäre auf eine Art einstweiligen Rechtsschutz bzw. ein umgekehrtes Freigabeverfahren verwiesen, um eine Eintragung zu verhindern.

(c) Vorschlag eines § 128 FGG-E

In Anlehnung an den Vorschlag von Prof. Baums in seinem Gutachten zum Juristentag 2000⁶ stellen wir folgenden Wortlaut einer „verfahrensbegleitenden einstweiligen Anordnung“ in **§ 128 FGG** zur Diskussion; die Freigaberegungen 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 nicht anzuwenden. Das Registergericht 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 glaubhaft macht, 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 und die Schwere der mit der Klage geltend gemachten, nicht offensichtlich unbegründeten Rechtsverletzungen eine Eintragung unerträglich erscheinen lässt.

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.

⁶ Baums, Theodor, Empfiehlt sich eine Neuregelung des aktienrechtlichen Anfechtungs- und Organhaftungsrechts, insbesondere der Klagemöglichkeiten von Aktionären? Gutachten F zum 63. Deutschen Juristentag, München, 2000

(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.

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 die Maßnahme weiter verzögert werden.

Für Klagen des Vorstands und des Aufsichtsrats z.B. gem. § 245 Nr. 4 und 5 AktG soll das Quorum nicht gelten.

(d) Sonderfall Squeeze Out

Beim gesellschaftsrechtlichen Squeeze Out gem. § 327a AktG ff., der bei einem Anteilsbesitz von mindestens 95 % die Möglichkeit bietet, die übrigen Aktionäre gegen eine angemessene Barabfindung aus der Gesellschaft auszuschließen, bedarf es einer Sonderregelung, da von der Konzeption her nur noch eine Minderheit von 5 % des Grundkapitals bestehen kann. **Beim Squeeze Out sollen nur solche Kläger am Freigabeverfahren beteiligt werden, deren Anteile zusammen 5 % der außenstehenden Aktien erreichen.**

(e) Weitere Rechtsfolgen:

Das Aufhalten des Wirksamwerdens von Beschlüssen der Hauptversammlung wird vom Individualrecht zum Recht der Minderheit umgewandelt, das Anfechtungsrecht bleibt bestehen.

Wird der Hauptversammlungsbeschluss 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.

(aa) Weitere Rechtsfolge: Schadensersatz

Um dem Individualrechtsaspekt der Anfechtungsklage gerecht zu werden, sollte die Möglichkeit zum Schadensersatz bestehen.

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 dem Institut der Anfechtungsklage auch formelle Fehler gerügt werden können, die keinen unmittelbaren Schaden des Aktionärs zur Folge haben, wäre dies nicht immer der Fall.

(bb) Weitere Rechtsfolge: Fortsetzungsfeststellungsklage, Feststellung der Rechtswidrigkeit

Auch die „Polizistenfunktion“ der Anfechtungsklage, z.B. zur Rüge von rein formellen Fehlern, die nicht zu einem Schaden des Anfechtungskläger geführt haben, könnte ohne die überschießende Tendenz des derzeitigen Rechts gewährleistet werden: es würde ausreichen, die Anfechtungsklage als eine Art Fortsetzungsfeststellungsklage i.S.d. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO weiterzuführen. Das bedeutet, dass der Anfechtungskläger seinen Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses 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 dem gerecht werden.

(f) Keine Verfassungsrechtlichen Bedenken

Einer solchen Reform würde das Verfassungsrecht nicht entgegenstehen. Zum einen würde damit das Recht, Hauptversammlungsbeschlüsse 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 Hauptversammlungsbeschlusses zu verhindern, und weist diese Möglichkeit nur unternehmerisch beteiligten Aktionären zu.

Das individuelle Schutzinstrument 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“⁷. Damit sind so-

⁷ BVerfG v. 30.5.2007 - 1 BvR 390/04, AG 2007, 546.

wohl Quoren und als auch der Verweis auf Schadensersatzansprüche grundsätzlich 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.

2. Steigerung der Hauptversammlungspräsenzen durch die Reform des Depotstimmrechts

Wir begrüßen es, dass der Referentenentwurf das wichtige Thema der niedrigen Hauptversammlungspräsenzen aufnimmt und unterstützen die Reform des Depotstimmrechts grundsätzlich.

In den letzten Jahren ist die Beteiligung an Hauptversammlungen aus unterschiedlichen Gründen stark zurückgegangen, in den letzte 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. Statt der Hinterlegung der Aktien zum Nachweis des Aktienbesitzes genügt nun eine Bankbescheinigung, die am 21. Tag vor der Hauptversammlung (Record Date) auszustellen ist. Auch wenn die Präsenzen dieses Jahr wieder teilweise gestiegen sind, muss die Beteiligung an der Abstimmung auf den Hauptversammlungen nachhaltig gesichert werden.

Eine 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:

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 Hauptversammlungs-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 Anteilerwerb von 25% vergleichbar“ sei.

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. Insbesondere diese Bankengruppen sind durch die geltende gesetzliche Regelung besonders belastet, da jedes einzelne Institut bzw. 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 Hauptversammlungspräsenzen um rund 5 Prozentpunkte begleitet.

Zur Nachhaltigen Steigerung der Präsenzen auf Hauptversammlungen könnte man aber zusätzlich an weitere Maßnahmen denken, die im Sinne des Ziels der Aktionärsrechterichtlinie ausländische Anleger stärker beteiligen könnte. So könnte es den Unternehmen freigestellt werden, in ihren Satzungen Ermächtigungen für den Vorstand aufzunehmen, einen **Präsenzbonus** für die Abstimmung in der Hauptversammlung anzubieten. Diese Möglichkeit sollte nicht an eine Dividendenzahlung gekoppelt sein, sondern wie eine Betriebsausgabe zu behandeln sein. Hintergrund ist, dass eine hohe Präsenz auf den Hauptversammlungen nicht nur dann wünschenswert ist, wenn eine Dividende ausbezahlt werden kann, sondern insbesondere auch in schwierigen Zeiten der Gesellschaft und auf außerordentlichen Hauptversammlungen, die z.B. bei anstehenden Umstrukturierungen einberufen werden.

Zu § 135 AktG-E im Einzelnen:

Unseres Erachtens ist es nicht erforderlich, dass die Depotbanken verpflichtet werden, auf die Vorschläge zur Stimmrechtsausübung durch Aktionärsvereinigungen hinzuweisen, wie es in § 135 Abs. 4 AktG-E vorgesehen ist.

Nach unserer Auffassung liegt es in der Eigenverantwortung der Aktionäre, sich selbst ein Bild von den Tagesordnungspunkten und den Vorschlägen der Verwaltung zu machen. Sie haben jederzeit die Möglichkeit, Einzelweisungen zu erteilen. Daneben steht es den Aktionären völlig frei, eine Vollmacht an eine Aktionärsvereinigung zu erteilen, auch ohne eine entsprechende Hinweispflicht der Kreditinstitute.

Insbesondere kann die Zugänglichmachung und Mitteilung der Vorschläge von Aktionärsvereinigungen, also Dritter, nicht in die Verantwortung der Depotbanken gestellt werden, so wie es der Referentenentwurf vorsieht. Allenfalls kann es doch um den abstrakten Hinweis – diesen vielleicht an exponierter Stelle – gehen, dass es Aktionärsvereinigungen gibt, die die Stimmrechtsvertretung auch übernehmen.

Dann erübrigt sich auch das Problem, wie die Depotbanken die Aktionärsvereinigung im Gegensatz zu anderen Stimmrechtsvertretern bestimmen sollen.

Die Unterscheidung zwischen Aktionärsvereinigungen und sonstigen bevollmächtigten Dritten wirkt sich aber auch an anderer Stelle aus, denn der derzei-

tige Entwurf stellt an die Vollmachtserteilung an Aktionärsvereinigungen und dritte Stimmrechtsvertreter unterschiedliche Anforderungen. § 134 Abs. 3 AktG-E, der der Vereinfachung der Erteilung von Stimmrechtsvollmachten dienen soll, verlangt zukünftig die Textform (§ 126b BGB). Aktionärsvereinigungen müssen die Vollmachten nur „nachprüfbar festhalten“ (§ 135 Abs. 1 i.V.m. Abs. 10 AktG-E).

Wegen der unterschiedlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen für die Vollmachtserteilung sollte eine detaillierte Definition des Begriffs der Aktionärsvereinigung erfolgen.

Im Zusammenhang mit dem Fehlen einer klaren gesetzlichen Definition von „Aktionärsvereinigungen“ ist zudem zu erwähnen, dass durch § 135 Abs. 10 AktG-E das Rechtsregime für die Depotbanken sinngemäß auf die Stimmrechtsvertretung der Aktionärsvereinigungen erstreckt wird, jedoch nicht die Haftungsfolgen gemäß Abs. 11 AktG. **Es ist aber kein Grund ersichtlich, warum Aktionärsvereinigungen sich im Voraus von einer Haftung freizeichnen können sollen.**

II. Zum Referentenentwurf des ARUG im Einzelnen

1. Zu § 33a AktG-E: Sacheinbringung

§ 33 AktG ordnet eine obligatorische externe Werthaltigkeitsprüfung bei Sacheinlagen oder Sachübernahmen an. Der neu eingefügte § 33a AktG sieht hierzu Ausnahmen vor. Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt die im Referentenentwurf vorgesehenen Erleichterungen.

Der Referentenentwurf setzt damit die durch die Richtlinie 2006/68/EG geänderte Kapitalrichtlinie um. Wir sind jedoch verwundert, dass eine andere Erleichterung aus der geänderten Richtlinie gerade angesichts des Themas der missbräuchlichen Anfechtungsklagen nicht auch übernommen wird: Die Richtlinie ändert Art. 19 der Kapitalrichtlinie und ermöglicht es, die zeitliche Höchstgrenze für die Geltungsdauer einer Ermächtigung der Hauptversammlung zum Rückkauf eigener Aktien von achtzehn Monaten auf fünf Jahre zu verlängern.

Nach derzeit geltendem Recht, das noch auf der ursprünglichen Richtlinienbestimmung beruht (§ 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG), muss die Hauptversammlung jedes Jahr erneut den Beschluss über die Ermächtigung des Vorstands zum Erwerb eigener Aktien fassen, ein Beschluss der regelmäßig angefochten wird. Es wäre daher eine große Erleichterung, wenn die Beschlüsse nicht mehr auf jeder Hauptversammlung gefasst werden müssten.

Wir haben dies bereits in unserer Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes vorgeschlagen.

Weitere Erleichterungen der 2. Kapitalrichtlinie betreffen z.B. die Höhe der Gestattung des Erwerbs eigener Aktien.

Das Deutsche Aktieninstitut fordert, die Höchstdauer der Ermächtigung in § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG von 18 Monaten auf 5 Jahre heraufzusetzen und auch andere durch die geänderten europäischen Vorgaben ermöglichten Erleichterungen zu prüfen.

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

Nach dem Referentenentwurf soll die Satzung der Gesellschaft künftig vorsehen können, dass die Aktionäre an der Hauptversammlung auch ohne Anwesenheit an deren Ort und ohne einen Bevollmächtigten teilnehmen und sämtliche oder einzelne ihrer Rechte im Wege elektronischer Kommunikation ausüben können. Die Satzung soll den Vorstand zudem ermächtigen können, Bestimmungen zum Verfahren zu treffen.

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt, dass der Gesetzgeber die elektronische Teilnahme von Aktionären an der Hauptversammlung satzungsdispositiv ausgestaltet. Für die praktische Ausgestaltung der Online-Teilnahme bleibt jedoch vieles ungeklärt, das angesichts der Anfechtungsrisiken nicht dem „Ausprobieren“ der Gesellschaften überlassen werden sollte.

Fraglich ist z.B., ob der Aktionär, der ohne Einschaltung eines Bevollmächtigten elektronisch an der Hauptversammlung teilnimmt, sein Stimmrecht (wie die physisch anwesenden bzw. durch Bevollmächtigten vertretene Aktionäre) erst und nur während der eigentlichen Abstimmungsphase (elektronisch) ausüben darf, oder ob es zulässig wäre, die bereits vorab elektronisch abgegebenen Stimmen lediglich zum Zeitpunkt der Abstimmung im EDV-System freizuschalten. Ersterenfalls wäre der elektronisch teilnehmende Aktionär gezwungen, während der gesamten Dauer der Hauptversammlung vor dem Computerbildschirm auszuharren. Zur Vermeidung von Anfechtungsrisiken wäre hier eine Konkretisierung durch den Gesetzgeber wünschenswert.

Laut der Begründung des Referentenentwurfs (S. 38) ist „die Anfechtungsbefugnis aus § 245 AktG [...] ungeachtet der Form der Teilnahme grundsätzlich gegeben“. Eine ausdrückliche Änderung des § 245 AktG sei nicht notwendig da der online zugeschaltete Aktionär „in der Hauptversammlung erschienen“ sei. Es stellt sich daher die Frage, ob und inwieweit dem online zugeschalteten Aktionär ein Anfechtungsrecht zusteht, wenn die Satzung nur einzelne Rechte im Wege elektronischer Kommunikation zulässt (z.B. nur Rede- und Fragerecht).

Es stellt sich außerdem die Frage, ob die Satzung für den Fall der Online-Teilnahme das Anfechtungsrecht insgesamt ausschließen kann. Der Gesetzeswortlaut ist insoweit nicht eindeutig. Wir gehen davon aus, dass Satzungen bestimmten können, das etwa das Recht, Widersprüche zu Protokoll erklären zu können, nicht auf elektronischem Wege ausgeübt werden kann. Angesichts

der verbleibenden Rechtsunsicherheit wäre eine Klarstellung in Gesetz oder Begründung wünschenswert.

§ 118 Abs. 1 Satz 2 AktG-E bestimmt, dass die Satzung den Vorstand ermächtigen kann, Bestimmungen zum Verfahren zu treffen. Hier sollte klargestellt werden, dass der Vorstand nicht nur das „Verfahren“ im Sinne des technischen Ablaufs regeln kann, sondern ihm per Satzung auch ein Entschließungsermessen bezüglich des „ob“ zuerkannt werden kann. Letzteres ist extrem wichtig, da sich die technischen Voraussetzungen zur Durchführung einer rechtssicheren Online- Hauptversammlung u.U. kurzfristig ergeben können. Dann sollte die Gesellschaft nicht erst wieder einen (weiteren) Hauptversammlungsbeschluss fassen müssen.

Dies sollte in § 118 Abs. 1 AktG-E klar zum Ausdruck kommen.

3. Zu § 118 Abs. 2 AktG-E: Briefwahl

Nach dem Referentenentwurf kann die Satzung vorsehen, dass Aktionäre ihre Stimmen, auch ohne an der Hauptversammlung teilzunehmen, *schriftlich* abgeben dürfen (*Briefwahl*). Die Satzung soll den Vorstand zudem ermächtigen können, Bestimmungen zum Verfahren zu treffen.

Schriftlich bedeutet nach der Terminologie des BGB eigenhändig unterschrieben, das ist aber ausweislich der Begründung des Referentenentwurfs nicht intendiert, auch eine elektronische Wahl soll zugelassen werden. Daher könnte es z.B. „in Textform oder Internetformular“ heißen.

Die Terminologie und das Verständnis der „Briefwahl“ ist von demokratischen Bundestagswahlen belegt, wonach es ausgeschlossen ist, dass die eingegangenen Stimmen schon vor der eigentlichen Präsenzabstimmung zur Kenntnis genommen werden dürfen. Bei der zur Disposition stehenden Satzungsregelung ist unseres Erachtens eine solche Reglementierung nicht intendiert. Außerdem passt der Begriff im elektronischen Zeitalter nicht.

Wir schlagen daher vor, den Begriff „Briefwahl“ zu streichen.

Nach der amtlichen Begründung des Entwurfs gilt der Erklärende bei der Briefwahl rechtlich nicht als Teilnehmer bzw. als in der Hauptversammlung erschienen. Unklar erscheint, wie in solchen Fällen Gesellschaften, die das Subtraktionsverfahren anwenden, Abstimmungen durchführen können: Beim Subtraktionsverfahren erfolgt ein Abgleich der Nein-Stimmen bzw. Enthaltungen mit dem jeweils aktualisierten Teilnehmerverzeichnis. Im Teilnehmerverzeichnis wären die Aktionäre, die Briefwahl nutzen, nach der oben genannten Begründung gerade aber nicht aufgeführt.

4. Zu § 121 AktG-E: Bekanntmachung

Wir begrüßen es, dass die nun eingeführte Push-Regelung über Informationsdienstleister kein Anfechtungsrecht begründen soll (§ 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG-E).

5. Zu § 122 Abs. 2 Satz 3, 2. Halbsatz AktG-E: Record Date

§ 122 AktG-E ändert das Recht der Minderheit auf Ergänzung der Tagesordnung. Im Zusammenhang mit der Neuregelung wird in der Begründung des Referentenentwurfs noch einmal klargestellt, dass es sich beim Record Date nicht um eine Frist handelt:

„ (...) Bei der Berechnung des Nachweistichtages (§ 123 Abs. 3 Satz 3 AktG) ist nämlich weder § 123 Abs. 4 AktG noch § 193 des Bürgerlichen Gesetzbuchs anzuwenden, da weder eine Handlung vorzunehmen noch eine Willenserklärung abzugeben ist. Es wird vielmehr nur der aktuelle Rechtszustand als Legitimation für die Teilnahme an der Hauptversammlung festgehalten. Für die Berechnung des Nachweistichzeitpunktes ist aber irrelevant, wann die depotführende Bank den Nachweis technisch erstellt. Der sog. Record Date ist folglich keine Frist, sondern ein Stichzeitpunkt.“

Wir halten diese Klarstellung für sehr wichtig, deshalb sollte sie im Gesetzestext selbst erfolgen.

Die Einführung des Record Date durch das UMAG im Jahre 2005 wurde von den Marktteilnehmern sehr begrüßt, da damit das Hinterlegungserfordernis für die Teilnahme an der Hauptversammlung weggefallen war. Dadurch wurde u.a. als Grundmodell der Legitimation der Aktionäre ein Nachweis durch die depotführende Bank eingeführt, der sich auf den Beginn des 21. Tages vor der Hauptversammlung („record date“) bezieht. Leider gibt es erhebliche Rechtsunsicherheit dahingehend, ob es sich um eine Frist handelt.

Die Rechtsunsicherheit bzgl. des Record Date hat sich im letzten Jahr dadurch verstärkt, dass das LG Frankfurt mit rechtskräftigem Urteil vom 2.10.2007 (NZG 2008, S. 112) den Record Date als Frist eingeordnet hat.

Die Klarstellung in der Gesetzesbegründung reicht unseres Erachtens nicht aus, denn auch die Begründung des UMAG war eindeutig und führte dennoch zu einem anderem Urteil eines Gerichts.

Daher sollte § 123 AktG entsprechend geändert werden.

6. Zu § 124 AktG-E

Nach § 124 Abs. 1 AktG-E soll die Gesellschaft die aufgrund eines Tagesordnungsergänzungsantrags geänderte Tagesordnung spätestens am dritten Tag nach dem in § 122 Abs. 1 Satz 3 AktG-E genannten Zeitpunkt in den Gesell-

schaftsblättern bekannt machen. Diese Frist ist zu kurz bemessen; sie ist bereits aus technischen Gründen nicht einzuhalten, etwa wenn das Ergänzungsverlangen an einem Freitag bei der Gesellschaft eingeht: Nach dem derzeitigen Gesetzeswortlaut des ARUG-E müsste die Veröffentlichung am "dritten Tag", also Montag erfolgen, was wegen der "Einreichungsfrist" des e-Banz von bis zu 2 Publikationstagen vor Veröffentlichung u.U. gar nicht möglich ist.

Es sollte also zumindest eine Änderung der Formulierung "am dritten Tag" in "am dritten Werktag" erfolgen.

7. Zu § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG-E: Mindestausgabebetrag beim Beschluss eines bedingten Kapitals für Wandelschuldverschreibung

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt die gesetzliche Klarstellung in § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG-E, da die Rechtsprechung zu Rechtsunsicherheiten geführt hatte.

8. Zu § 246a Absatz 1 Satz 2 AktG-E: Zustellung im Freigabeverfahren

Wir begrüßen die Klarstellung in § 246a Absatz 1 Satz 2 AktG-E, dass Zustellungen an Antragsgegner im Freigabeverfahren auch an den Prozessbevollmächtigten des Hauptsacheverfahrens erfolgen können.

Insbesondere die „Flucht ins Ausland“ ergab in der Vergangenheit ein erhebliches Verzögerungspotential.

Verzögerungspotential ergibt sich jedoch auch bezüglich des Prozesskostenvorschusses. Für die Zustellung von Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen benötigen die Gerichte gewöhnlich etwa zwei bis drei Wochen, **was sich verzögert, wenn der Kläger bei Einreichung der Klageschrift keinen oder nur einen unzureichenden Prozesskostenvorschuss einzahlt.** Das Gericht muss den Kläger dann unter Fristsetzung zur Einzahlung auffordern. Die Zustellung kann erst nach Einzahlung des Prozesskostenvorschusses vorgenommen werden. Während der Dauer des Zustellungsverfahrens kann die beklagte Gesellschaft den Freigabeantrag nicht vorbereiten, denn sie verfügt nicht über die Klageschrift. Das Recht zur Akteneinsicht besteht nach der gegenwärtigen Rechtslage erst ab Rechtshängigkeit, also ab Zustellung der Klage. In aktienrechtlichen Nichtigkeits- und Anfechtungsverfahren sollte Akteneinsicht abweichend von der heutigen Regelung in § 299 Abs. 1 ZPO bereits ab Anhängigkeit der Klage gewährt werden. Daneben sollte die Gesellschaft, um Verzögerungen im Freigabeverfahren zu vermeiden, die Möglichkeit haben, die Zustellung der Klagen auch vor Einzahlung des Prozesskostenvorschusses zu verlangen.

Bei Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen soll der beklagten Gesellschaft das Recht zur Einsicht in die Prozessakten also bereits vor Rechtshängigkeit gewährt werden. Nach Einreichung der Klageschrift ist sie berechtigt, aus den Prozessakten durch die Geschäftsstelle Ausfertigungen, Auszüge und Ab-

schriften erteilen zu lassen. Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen können der Beklagten auf ihr Verlangen auch vor Einzahlung des Prozesskostenvorschusses zugestellt werden.

Diese Vorschläge dienen der Verfahrensbeschleunigung und schränken die Rechte der Anfechtungskläger in keiner Weise ein.

9. Zu § 246a Abs. 2 Nr. 2 AktG-E: Quorum von 100 Euro

Wie oben schon aufgeführt, sehen wir in dem geplanten Quorum von 100 Euro einen ausbaufähigen Ansatz, den wir aber mit einem „unternehmerischen“ Quorum von 5 % des Grundkapitals bzw. ein Aktiennennwert von mindestens 500.000 Euro unterlegen möchten.

Der Referentenentwurf 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 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 Hauptversammlung **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.**

In praktischer Hinsicht müsste zudem klargestellt werden, dass der Anfechtungskläger die Beweislast dafür hat, dass er das Quorum seit Bekanntmachung der Einberufung erfüllt hat.

Zudem sind mit dem derzeitigen Wortlaut nur Stückaktien angesprochen. **Daher sollte man die Regelung dahingehend ergänzen, dass auch der anteilige Betrag des Grundkapitals von 100 Euro erfasst ist.**

10. Zu § 246a Abs. 2 Nr. 3 AktG-E: Freigabeklausel

Siehe unter B. I. 1. e)

Wir regen 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 als 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.

11. Zu § 30b Abs. 3 WpHG

Die europäische Grundlage für § 30b Abs. 3 WpHG ist Artikel 17 der Transparenzrichtlinie (2004/109/EG). Dieser steht in Widerspruch zu dem Ziel der Aktionärsrechterichtlinie, Hemmnissen in der Aktionärskommunikation abzubauen, und zwar insbesondere im Hinblick auf die grenzüberschreitende Kommunikation. Hierzu gehört gerade die elektronische Kommunikation.

Widersprüche ergeben sich so zwischen der Transparenzrichtlinie und der Aktionärsrechterichtlinie, da erstere noch zusätzliche Hürden für die elektronische Kommunikation aufgebaut hat. So ist denkbar, dass die Mehrheit der Hauptversammlung entscheidet, dass eine elektronische Datenübertragung an Aktionäre nicht zulässig ist, selbst wenn die Aktionäre jeweils individuell zugestimmt haben. **Wir regen an, diese Regelung zu überprüfen.**

12. Angemessene Übergangsregelungen

Wir regen zudem eine angemessene Übergangsregelung an, damit der Pflichtbeginn für die Adressaten nicht mitten in den Berichtszeitraum bzw. die Vorbereitung der Hauptversammlung fällt.

Da die Gesellschaften unterschiedliche Geschäftsjahre haben, könnte man das Inkrafttreten der neuen Regelungen nicht an ein bestimmtes Datum, sondern daran anknüpfen, welche Schritte die Gesellschaft zur Einladung der Hauptversammlung schon eingeleitet hat.