



Stellungnahme
zum
**Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und
Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)**

erarbeitet vom
**Ausschuss Gesellschaftsrecht und dem Ausschuss ZPO/GVG der
Bundesrechtsanwaltskammer**

Mitglieder Ausschuss Gesellschaftsrecht:

RA Dr. Peter **Baukelmann**, Karlsruhe
RAuN John **Flüh**, Berlin
RA Dr. Fritz-Eckhard **Kempter**, München,
Vorsitzender
RA Rolf **Koerfer**, Düsseldorf
RA Dr. Dietrich **Max**, Düsseldorf
RAuN Wulf **Meinecke**, Hannover
RAuN Dr. Herbert **Müffelman**, Bremen

Mitglieder Ausschuss ZPO/GVG:

RA Dr. Hermann **Büttner**, Karlsruhe
Vorsitzender
RAuN Horst **Droit**, Wallenhorst
RA Dr. Hans **Eichele**, Mainz
RA Dr. Gerold **Kantner**, Rostock
RA Heinz **Merk**, Peißenberg
RA Prof. Dr. Hubert **Schmidt**, Koblenz
RA Lothar **Schmude**, Köln
RA Dr. Michael **Weigel**, Frankfurt/M.
RAuN Dr. Hans-Heinrich **Winte**, Hildesheim

RAin Barbara **Lach**, BRAK, Berlin

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Deutscher Anwaltverein
Bundesverband der Freien Berufe

April 2004

BRAK-Stellungnahme-Nr. 12/2004

I. Allgemeines

Die Bundesrechtsanwaltskammer bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Das grundsätzliche Anliegen des Gesetzentwurfes verdient Zustimmung. So ist die Klagemöglichkeit von Kleinaktionären gegen Organe einerseits sowie die Neugestaltung des Anfechtungsrechts andererseits seit langem Gegenstand rechtspolitischer Diskussionen. Der Entwurf folgt weitgehend den Vorarbeiten insbesondere von Ulmer¹ sowie den Ergebnissen der Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages in Leipzig 2000.

Den Vorschlägen kann im Wesentlichen zugestimmt werden, wobei die rechtspolitische Diskussion nicht wieder aufgenommen werden soll. Insbesondere die Frage, ob die vorgesehene Klagemöglichkeit einer Minderheit einen angemessenen Ausgleich für die vorgesehene Einschränkung des Anfechtungsrechtes darstellt, kann je nach Standpunkt unterschiedlich bewertet werden. Aus der Praxis des Verfahrensrechts kritischer zu beurteilen ist jedoch die Zweistufigkeit des Klagezulassungs- und Klageverfahrens für Kleinaktionärgruppen.

II. Im Einzelnen

Art. 1 Nr. 1 (Ergänzung nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG-E):

Grundsätzlich ist die Kodifizierung eines in der Rechtsprechung bereits angelegten (vgl. BGHZ 135, 244) Haftungsfreiraums für unternehmerische Entscheidungen zu Gunsten des Vorstands und (über die Verweisung des § 116 S. 1 AktG) des Aufsichtsrats zu begrüßen. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs zu Art. 1 Nr. 1 setzt die Haftungsbeschränkung fünf Merkmale voraus: „Unternehmerische Entscheidung, Gutgläubigkeit, Handeln ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse, Handeln zum Wohle der Gesellschaft und Handeln auf der Grundlage angemessener Informationen“.

Nach dem Willen des Gesetzgebers soll durch die Neuregelung eine der Business-Judgment-Rule des Angloamerikanischen Rechtskreises gleichwertige Regelung geschaffen werden.

¹ ZHR 163 (1999), 290 ff.

Die vorgesehene Neufassung des § 93 Abs. 1 S. 1 spiegelt diese fünf Tatbestandsmerkmale allerdings nur in unzureichender Weise wider, indem das Tatbestandsmerkmal „Handeln ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse“ augenscheinlich im Tatbestandsmerkmal „zum Wohle der Gesellschaft“ zusammengefasst wird. Zur Klarstellung sollte wie folgt formuliert werden:

„Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung, ohne Sonderinteressen zu verfolgen oder sachfremden Einflüssen nachzugehen, ohne grobe Fahrlässigkeit annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu Handeln.“

Art. 1 Nr. 2 (Aufhebung von § 117 Abs. 7 Nr. 1. AktG):

Die durch den Regierungsentwurf vorgeschlagene Streichung des § 117 Abs. 7 Nr. 1 AktG erscheint im Hinblick auf die Rechte des einzelnen Aktionärs im Rahmen der Verfolgung seiner Interessen bedenklich. Wenn in der Begründung zum Regierungsentwurf ausgeführt wird, dass die Bestimmung des § 117 Abs. 7 Nr. 1 AktG in ihrer bisherigen Form lediglich dazu diene, den Großaktionär im Falle von die Gesellschaft schädigenden Hauptversammlungsbeschlüssen von seiner Haftung freizustellen, so trifft dies die von § 117 Abs. 7 Nr. 1 AktG erfassten Sachverhalte nicht vollständig. Die Vorschrift umfasst alle Sachverhalte, aufgrund derer Organe und sonstige Vertreter der Gesellschaft auf der Grundlage eines Hauptversammlungsbeschlusses tätig werden. Diejenigen Aktionäre, die in der Umsetzung eines solchen Hauptversammlungsbeschlusses eine Schädigung der Gesellschaft befürchten, sollten auch in Zukunft auf die (präventive) Anfechtungsklage verwiesen werden, anstatt Ansprüche in einem Schadensersatzprozess geltend zu machen, in dem ihnen das Unterlassen einer Anfechtungsklage als Verletzung ihrer Schadensminderungspflicht anzulasten wäre. In den Fällen, in denen außen stehende Aktionäre nicht vorhanden sind, ist die Bedeutung der Vorschrift des § 117 Abs. 7 Nr. 1 AktG durch die konzernrechtlichen Haftungsvorschriften (§§ 311, 317 AktG), die auch eine Haftung für die Ausübung des Stimmrechts vorsehen, beschränkt, so dass auch insoweit kein Bedürfnis nach der Streichung des § 117 Abs. 7 Nr. 1 AktG besteht. Insofern hat die Vorschrift des § 117 Abs. 7 Nr. 1 AktG nur noch außerhalb konzernmäßiger Unternehmensverbindungen Bedeutung. Hier erscheint eine Haftung für die Stimmrechtsausübung nicht angemessen, weil es dem Aktionär grundsätzlich nicht versagt sein kann, sein Stimmrecht zum eigenen Vorteil auszuüben, wobei der Schutz der übrigen Aktionäre neben der Anfechtung nach § 243 AktG auch durch § 826 BGB gewährleistet ist.

Art. 1 Nr. 5 (§ 125 Abs. 2 Nr. 1 AktG wird gestrichen):

Es erscheint fraglich, ob die mit der Streichung verbundene Reduzierung des Verwaltungsaufwandes die Beschneidung der Informationsrechte von Aktionären rechtfertigt.

Art. 1 Nr. 6 (Einfügung von § 127a AktG-E):

Hier bestehen Zweifel, ob das Anliegen „Ermöglichung der Kommunikation zwischen Kleinaktionären unter Ausnutzen elektronischer Medien“ tatsächlich von der Begründung zum Gesetzentwurf getragen wird, nach welcher die Vorschrift als „sinnvolles Korrelat zum zunehmend breiten Streubesitz und einer fortschreitenden Internationalisierung der Aktionärsstruktur“ dienen soll. Es fragt sich, ob diese Aussage empirisch belegt werden kann. Es erscheint derzeit eher so zu sein, dass eine Tendenz zur Konzentration von Aktienbesitz bei institutionellen Anlegern festzustellen ist, was nicht mehr unter den Begriff „Streubesitz“ zu fassen wäre.

Zur Vorschrift im Einzelnen:

1. Die im Entwurf sogenannten „Aktionärsrechte, die nach dem Gesetz von einem Mindestbesitz oder einer Stimmrechtsquote abhängig“ sind, gibt es tatsächlich nicht. Ausweislich der Entwurfsbegründung sollen hiermit die Fälle des Einberufungsverlangens (§ 122 AktG-E), der Sonderprüfung (§ 142 Abs. 2 AktG-E) und des Schadensersatzbegehrens (§ 147 Abs. 2 S. 2, § 147a Abs. 1 AktG-E) sowie des geplanten Freigabeverfahrens (§ 246a AktG-E) gemeint sein. Es geht also um die Geltendmachung von Rechten durch Aktionäre, deren Anteile zusammen einen bestimmten Teil des Grundkapitals oder einen bestimmten Börsenwert erreichen. Ist dies gemeint, so sollte dies auch formuliert werden.

Dagegen ist der Wortlaut des Entwurfs nicht klar verständlich: Was soll mit einem „Mindestbesitz“ gemeint sein? Auf eine bestimmte „Stimmrechtsquote“ kommt es darüber hinaus jedenfalls in den in der Entwurfsbegründung genannten Vorschriften nicht an. Völlig unerklärlich ist schließlich der Hinweis auf § 246a AktG-E, der solche Beschränkungen überhaupt nicht anspricht.

Wegen der dargestellten Unklarheiten böte es sich deshalb an, die Vorschrift nicht nur sprachlich klarer zu fassen, sondern auch die relevanten Einzelschriften des AktG ausdrücklich in Bezug zu nehmen, um den Anwendungsbereich der Vorschrift objektiv feststellbar einzugrenzen.

Der Sinngehalt der Vorschrift wird zudem weiter verdunkelt, indem nach deren Wortlaut jedem Aktionär ermöglicht werden soll, andere Aktionäre aufzufordern, sich seinem Begehren anzuschließen. Gemeint sein kann wohl nur die Aufforderung, gemeinsam mit dem dies beabsichtigenden Aktionär die Einberufung einer Hauptversammlung zu verlangen oder einen bestimmten Antrag zu stellen. Dies sollte in der Formulierung des Gesetzes klargestellt werden.

Aus der Begründung des Entwurfs ergibt sich darüber hinaus, dass mit den dort sogenannten „Kosten der Aufforderung bis zu fünftausend Zeichen“ in Abs. 2 der Vorschrift tatsächlich gemeint sind, die „beim elektronischen Bundesanzeiger für die Veröffentlichung einer Aufforderung im Aktionsforum, soweit sie fünftausend Zeichen nicht überschreitet, anfallenden Kosten“. Dies sollte ebenfalls klargestellt werden.

Nach dem Wortlaut von Abs. 3 „kann“ die Gesellschaft zur „Aufforderung“ Stellung nehmen. Soweit der Gesetzgeber beabsichtigen sollte – was zu begrüßen wäre – der Gesellschaft hierdurch einen Rechtsanspruch gegenüber dem elektronischen Bundesanzeiger einzuräumen, wäre es wünschenswert, dies auch sprachlich so zu fassen.

2. Die geplante Vorschrift erscheint konzeptionell verbesserbar: Ausweislich der Begründung zum Entwurf war eines der Hauptanliegen des Gesetzgebers, „Konfliktpotential“ zwischen dem Aktionär und der Gesellschaft zu vermeiden, indem „der Aktionär nicht mit der Gesellschaft, sondern mit dem elektronischen Bundesanzeiger direkt in Beziehung tritt und der Gesellschaft nur eine reaktive Rolle bleibt“.

Dieses Konzept erschwert unnötig den angemessenen Schutz der Interessen der Gesellschaft.

- a) Das geplante Konzept stellt einen Bruch zu der einen vergleichbaren Fall behandelnden Regelung in § 126 AktG (Anträge von Aktionären) dar, in dessen unmittelbare Nachbarschaft der neue § 127a AktG-E eingefügt werden soll. Im Anwendungsbereich des § 126 AktG sind Anträge von Aktionären zur Veröffentlichung der Gesellschaft unmittelbar zu übersenden, die über ihre Veröffentlichung und eine etwaige Stellungnahme hierzu entscheidet.

Das Konzept in § 126 AktG ist gegenüber dem geplanten § 127a AktG-E vorzugswürdig, weil es der Gesellschaft präventiv ermöglicht, die Zulässigkeit solcher Anträge zu prüfen. Dagegen soll die Gesellschaft nach dem Gesetzesentwurf in § 127a AktG-E gezwungen werden, nach Mitteilung der „Aufforderung“ innerhalb von drei Werktagen einstweiligen Rechtsschutz zu suchen. Hierzu müsste im Zweifelsfall nicht nur gegen den Aktionär, sondern auch gegen den elektronischen Bundesanzeiger vorgegangen werden.

Selbst wenn man trotz der knapp bemessenen Frist einen entsprechenden Rechtsschutz theoretisch für möglich hält, ist zudem zu bedenken, dass bei solchen „Schnellschüssen“ die Gefahr einer möglichen Schadensersatzpflicht nach § 945 ZPO besonders hoch ist.

- b) Im jetzigen Entwurf ist nicht gewährleistet, dass der Bundesanzeiger überhaupt irgendeine inhaltliche Prüfung vornimmt, um wenigstens die in der Entwurfsbegründung genannten „beleidigenden rechtswidrig geschäftsschädlichen Aussagen“ oder eine Aufforderung zu „kriminellen Handlungen“ zu unterbinden. Dies zwänge die Gesellschaft wegen der sehr kurz bemessenen Frist, zur Rechtswahrung stets einstweiligen Rechtsschutz zu suchen, weil sie sich auf eine inhaltliche Prüfung durch den Bundesanzeiger **nicht** verlassen könnte.
- c) Zudem ist unklar, welche inhaltlichen Grenzen einer „Aufforderung“ nach § 127a AktG-E gesetzt werden sollen. Denn die Vorschrift formuliert inhaltliche Anforderungen gerade nicht und lässt wegen der sprachlichen Ungenauigkeiten solche nicht einmal im Ansatz erkennen.

Es wäre vorzugswürdig, die Benutzung des „Aktionärsforums“ systematisch in Anlehnung an § 126 AktG zu regeln und zumindest die Inhaltsschranken des § 126 Abs. 2 S. 1 Nr. 3-4 AktG entsprechend zu übernehmen.

- 3. Es ist unerlässlich, gewisse inhaltliche Mindestanforderungen für die Veröffentlichung einer Aufforderung zu regeln, weil anderenfalls die Veröffentlichungen im „Aktionärsforum“ jedweder – auch unsubstantiierten – Kritik am Management der Gesellschaft eine Plattform zu bieten droht. Dies kann jedoch nicht Sinn des Gesetzes sein.
 - a) § 127a AktG-E des Entwurfes soll den Aktionären ausweislich der Entwurfsbegründung lediglich ermöglichen, mit anderen Aktionären Kontakt aufzunehmen, um ein Einberufungsverlangen zu unterbreiten oder bestimmte Anträge erfolgreich stellen zu können. Der Inhalt einer zu veröffentlichenden „Aufforderung“ sollte deshalb durch diesen Zweck beschränkt werden. Es sollten als Mindestvoraussetzungen – in Anlehnung an § 126 AktG – geregelt werden, dass die Aufforderung eine genaue Formulierung des Verlangens oder Antrags und eine tragfähige Begründung für ein solches Verlangen oder einen solchen Antrag beinhaltet.
 - b) Nur auf dieser Grundlage wäre es anderen Aktionären überhaupt möglich, festzustellen, ob es Sinn macht, sich mit dem „auffordernden“ Aktionär in Verbindung zu setzen, um gemeinsam ein Verlangen zu unterbreiten oder einen Antrag zu stellen.

- c) Richtigerweise sollten diese inhaltlichen Anforderungen – in Anlehnung an § 126 AktG – von der Gesellschaft präventiv geprüft werden und nur zulässige „Aufforderungen“ dem Bundesanzeiger zur Veröffentlichung weitergeleitet werden müssen.

Auf diese Weise wäre gewährleistet, dass das „Aktionärsforum“ nicht zu einem inhaltlich konturlosen „Chatroom“ verkommt. Sollten Aktionäre wünschen, sich hinsichtlich einer konkreten veröffentlichten „Aufforderung“ in einem „Chat“ auszutauschen, so bliebe es dem jeweiligen Aktionär unbenommen, einen solchen auf eigene Kosten einzurichten und in der „Aufforderung“ entsprechende Kontaktdetails mitzuteilen.

4. Wollte man dieses Konzept umsetzen, ließe sich auch die Kostentragung einfach regeln:
- a) Der Aktionär hätte zusammen mit der Aufforderung die für die Veröffentlichungskosten notwendigen Mittel anzuschaffen. Im Falle dessen, dass die Hauptversammlung aufgrund eines von ihm initiierten Minderheitsverlangens einberufen wird, eine Sonderprüfung durchgeführt wird oder ein Klagezulassungsverfahren nach § 147a AktG-E erfolgreich ist, wären ihm die Veröffentlichungskosten für die Veröffentlichung seiner „Aufforderung“ von bis zu fünftausend Zeichen von der Gesellschaft zu erstatten. In Anlehnung an § 126 Abs. 2 S. 2 AktG böte sich an, bei der Berechnung der fünftausend Zeichen den Text des Antrags oder Minderheitsverlangens nicht zu berücksichtigen, sondern nur auf die Begründung hierfür abzustellen.
- b) Im derzeitigen Gesetzentwurf bleibt die Frage unberücksichtigt, ob die der Gesellschaft entstehenden Kosten im Zusammenhang mit solch einer Aufforderung unter bestimmten Umständen erstattungsfähig sind. Es wäre wünschenswert, der Gesellschaft einen Erstattungsanspruch für die Veröffentlichungskosten einer etwaigen Stellungnahme von bis zu fünftausend Zeichen zu gewähren, falls das Anliegen des Aktionärs nicht zum beabsichtigten Erfolg führt.
5. Hinsichtlich der Stellungnahme der Gesellschaft wäre zudem sprachlich klarzustellen, dass ein entsprechender Rechtsanspruch gegenüber dem elektronischen Bundesanzeiger begründet wird, sofern die Aufforderung eines Aktionärs veröffentlicht wird.
6. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, warum – anders als bei § 126 AktG – eine Veröffentlichung auf der Internetseite der Gesellschaft nicht vorgeschrieben werden soll. Im vorgeschlagenen Gegenkonzept eines direkten Anspruchs des Aktionärs gegen die Gesellschaft würde eine solche Veröffentlichungspflicht durchaus systemkonform sein.

7. Bei Gesellschaften im Anwendungsbereich des WpÜG ist nach dem Gesetzesentwurf derzeit unklar, unter welchen Voraussetzungen die Nutzung des „Aktionärsforums“ u.U. zu einem „abgestimmten Verhalten“ führen kann. Hier wäre insbesondere an Fallgestaltungen zu denken, in denen ein potentieller Bieter versucht, das Aktionärsforum zur Vorbereitung eines Angebots für sich zu nutzen.

Aber auch unabhängig von einem ausdrücklichen Angebot wäre die Frage zu klären, ob eine Stimmrechtszurechnung aufgrund gemeinsamen Handelns durch Nutzung des Aktionärsforums ausgelöst werden könnte, mit der Folge, dass ein Pflichtangebot zu unterbreiten wäre. Da diese Fragen in der Praxis mit nicht unerheblichen Risiken verbunden sind, wäre eine entsprechende Regelung des Gesetzgebers zu begrüßen.

Art. 1 Nr. 8 (Änderung von § 131 AktG):

§ 131 AktG ermöglicht die Zulassung von Fragen und deren Beantwortung in Textform bereits vor der Hauptversammlung. Zweck dieser Regelung ist es, die Hauptversammlung von Standardfragen zu entlasten. Es erscheint zweifelhaft, ob dieses Ziel erreicht wird.

Wenn den Aktionären bereits im Vorfeld der Hauptversammlung ausführlich Informationen auf der Internetseite der Gesellschaft zur Verfügung gestellt werden, wird dies voraussichtlich weiterführende Fragen in der Hauptversammlung zur Folge haben.

Damit die Aktionäre ihre Rechte mittels Anfechtungsklage oder im Rahmen eines Spruchverfahrens durchsetzen können, müssen sie in der Lage sein, ihre Rechtsposition substantiiert darzulegen. Das setzt voraus, dass sie sich die hierzu notwendigen Informationen verschaffen können. Dies wird durch die vorgesehene Möglichkeit, das Auskunfts- und Fragerecht in der Hauptversammlung zu beschränken, erheblich erschwert. Die Neuregelung könnte folglich zu einer Verlagerung des Streitgegenstandes führen. Während in Anfechtungsklagen gegenwärtig typischer Weise die Verletzung von Informations- und Auskunftspflichten geltend gemacht wird, steht zu erwarten, dass sich der Streit in Zukunft auf die sachliche Rechtfertigung sowie die Angemessenheit der Beschränkung des Fragerechts und die darauf beruhende Auskunftsverweigerung konzentriert. Da von dieser Beschränkung des Fragerechts alle Aktionäre betroffen sein werden, könnte die Neuregelung im Ergebnis sogar zu einer Zunahme von Anfechtungsklagen führen.

Art. 1 Nr. 10 (Änderung von § 142 AktG):

Die Herabsetzung des erforderlichen Quorums für den Antrag auf Bestellung eines Sonderprüfers von 10% des Grundkapitals oder dem anteiligen Betrag von € 1,0 Mio. auf 1% des Grundkapitals oder einen Börsenwert von € 100.000,00 ist insbesondere im Hinblick auf kleinere Aktiengesellschaften nicht unbedenklich, da bei diesen der 1%-Schwellenwert schon bei wirtschaftlich geringwertigem Aktienbesitz greifen kann.

Das wirtschaftliche Interesse des betreffenden Aktionärs und die mit einer Sonderprüfung verbundenen Kosten werden in solchen Fällen häufig nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis stehen.

Art. 1 Nr. 12 (Neufassung von § 146 AktG):

Die für den Fall des mutwillig oder grob fahrlässig unrichtigen Vortrags vorgesehene Rechtsfolge greift zu kurz. Für diesen Fall erscheint es recht und billig, dem Antragsteller auch die notwendigen sonstigen Auslagen der Gesellschaft (z.B. Rechtsanwaltskosten, Kosten, die der Gesellschaft selbst im Zusammenhang mit der Bereitstellung des Prüfungsmaterials entstehen etc.) aufzuerlegen.

Art. 1 Nr. 14 (Neueinfügung von § 147a AktG-E):

1. Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt die grundsätzliche Zielsetzung, für die Aktionärsminderheit eine Klagemöglichkeit zu schaffen. Allerdings erscheint das im Gesetzentwurf vorgesehene System der Zweistufigkeit problematisch. Beim vorgesehenen Klagezulassungsverfahren handelt es sich um ein eigenes Verfahren, für das es weder Verfahrensregeln noch Regelungen der Kosten gibt. Auch fehlen Regelungen dazu, wie das Verhältnis der verschiedenen Beteiligten zueinander zu bestimmen ist, und es ist ungeklärt, was geschieht, wenn mehrere Beteiligte verschiedene Klagezulassungsverfahren anstrengen. Die Bundesrechtsanwaltskammer hält deswegen eine einstufige Regelung durch die Einbindung des Klagezulassungsverfahrens in die bewährten Verfahrensregeln der Zivilprozessordnung für vorzugswürdig. In einem einstufigen Klageverfahren sollte vorab über die Zulassung der Klage (§ 147a Abs. 1 AktG-E) durch obligatorische Zwischenentscheidung entschieden werden. In Betracht käme ein obligatorisches Zwischenurteil gemäß § 280 Abs. 1 ZPO, das allerdings lediglich mit der Berufung, nicht aber mit der Revision anfechtbar sein sollte (vergleichbar mit Entscheidungen im Arrest und Verfahren über die einstweilige Verfügung, § 542 Abs. 1 ZPO). Schließlich müssten für dieses Vorabverfahren etwaige spezielle Verfahrensregeln klar benannt werden. Zu erwägen wäre, ob - ähnlich wie im Arrest und im einstweiligen Verfügungsverfahren - die Beweisführung durch Glaubhaftmachung und präsenste Beweismittel zugelassen werden sollte; denn der Verfahrensabschnitt der Klagezulassung sollte beschleunigt durchgeführt werden.

Vorteil eines einstufigen Verfahrens wäre, dass das Verfahren nach bekannten Verfahrensregeln ablaufen könnte. Zugleich würden Verfahrensprobleme, die das zweistufige Verfahren mit sich bringt – wie das ungelöste Problem der Hemmung der Verjährung (siehe unten) – verhindert. Nach Zulassung der Klage durch das obligatorische Zwischenurteil könnte das Klageverfahren ohne weiteres fortgesetzt werden. Dabei müsste lediglich beachtet werden, dass wegen der Rechtsnatur des Anspruchs (Anspruch der Gesellschaft im Wege der „actio pro socio“) das Verfahren Auswirkungen auf die verfahrensrechtliche Stellung weiterer klagewilliger Aktionäre und der Gesellschaft haben kann.

Nach Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer wäre die Gesellschaft im Klageverfahren streitgenössische Nebenintervenientin (§ 69 ZPO).

2. In beiden Verfahrensformen (sowohl in dem im Entwurf vorgesehenen selbstständigen Klagezulassungsverfahren als auch in dem von der Bundesrechtsanwaltskammer propagierten einheitlichen Verfahren) müsste jedenfalls geregelt werden, ob die Gesellschaft mit eigenen Parteirechten und Rechtsmittelbefugnis bereits im Klagezulassungsverfahren ausgestattet werden sollte. Die Gesellschaft könnte ein schutzwürdiges Interesse haben, sich gegen die Zulassung der Klage zu wehren.
3. Sollte der Gesetzgeber an dem im derzeitigen Entwurf vorgesehenen zweistufigen Klageverfahren festhalten, so müssten folgende Anpassungen erfolgen:
 - a) Ansprüche gegen die Organe verjähren binnen fünf Jahren (§§ 51, 93 Abs. 6, 116, 117 Abs. 6 AktG). Es ist unklar, ob das Zulassungsverfahren die Verjährung hemmt. Es müsste deswegen in § 204 Abs. 1 BGB eine entsprechende Vorschrift aufgenommen werden.
 - b) Aus dem Entwurf ergibt sich nicht unmittelbar, welches Verfahrensrecht für das Zulassungsverfahren gelten soll. Die Absätze 2, 3 und 5 geben nur rudimentäre Auskunft. Ihnen ist lediglich zu entnehmen, dass zuständig das Prozessgericht sei, welches eine „Entscheidung“ treffe, die ihrerseits beschwerdefähig sein soll.

Nicht deutlich wird, ob dieses Zulassungsverfahren „Streitgenossen“ kennt; dafür spricht Abs. 6 letzter Satz. Das wirft dann die Frage auf, ob Aktionäre, um zusammen (vgl. Abs. 1 Satz 1) 1 % des Grundkapitals zu repräsentieren, als Streitgenossen auftreten müssen, oder ob mehrere Aktionäre nebeneinander den Antrag stellen und sich darauf berufen können, „zusammen“ 1 % des Grundkapitals darzustellen.

- c) Die Regelung in Abs. 3 Satz 3, nach welcher nach Zulassung der Klage keine Nebenintervention mehr möglich sein soll, sollte geändert werden. In der Begründung (S. 37) wird mit nur schwer verständlichen Argumenten und teilweise bedenklichen Wertungen („Trittbrettfahrer“) das eigentliche Thema aus den Augen verloren.

Denn Gegenstand der „zugelassenen Klage“ sind Ersatzansprüche der Gesellschaft. Warum nicht weitere Aktionäre zumindest im Wege der Nebenintervention einem Verfahren beitreten dürfen, ist vor diesem Hintergrund unverständlich. Geradezu unzumutbare Rechtsfolgen hat die Regelung, wenn man an die Gesellschaft selbst denkt, deren Anspruch geltend gemacht wird. Auch diese dürfte sich nach der Gesetzesformulierung an dem Verfahren nicht beteiligen, obwohl die Rechtskraft gegen sie wirkt. Schließlich trifft der rigorose Ausschluss der Nebenintervention auch den Beklagten. Dieser kann jedoch ein berechtigtes Interesse haben, einem Dritten (beispielsweise dem Wirtschaftsprüfer) den Streit zu erklären.

Die dargestellten Argumente sprechen dafür, missbräuchliches Handeln, welches dem Entwurf anscheinend vor Augen steht, nicht durch den generellen Ausschluss der Nebenintervention, sondern durch eine Neuregelung der Kostenerstattungsansprüche auszuschließen. Dazu könnte § 101 Abs. 1 ZPO durch eine Sondervorschrift ergänzt werden, nach der die Kosten der Nebenintervention in diesem besonderen Fall nicht vom Gegner erstattet zu werden brauchen.

- d) Das Verhältnis des Zulassungsverfahrens zu einer späteren Klage der Gesellschaft ist gänzlich ungeklärt. Bereits angesprochen wurde, dass zumindest die Nebenintervention der Gesellschaft möglich sein müsste. Geregelt werden sollte aber auch, ob die Gesellschaft nach Zulassung der Aktionärsklage ihrerseits selbständig Klage erheben kann. Sollte dies möglich sein, stellt sich die Frage, was dann mit der Klage der Aktionäre geschieht.
- e) Aufgrund der in Abs. 5 vorgesehenen Rechtskrafterstreckung des Urteils müsste außerdem überlegt werden, ob nicht anderen Aktionären ein Beitrittsrecht zustehen muss. Vor Eintritt der Rechtskraft scheinen nach dem Gesetzentwurf mehrere Klagen möglich zu sein, da Abs. 3 Satz 4 des Entwurfs die Verbindung mehrerer Verfahren und ihre gleichzeitige Verhandlung und Entscheidung anordnet. Unklar ist, was zu geschehen hat, wenn sich die erste Klage bereits in der Berufungsinstanz befindet und die zweite Klage vor dem Erstgericht anhängig sind. Auch dies wäre zu regeln.

Nicht unbedenklich ist schließlich, dass Abs. 5 auch eine Bindungswirkung eines Vergleiches anordnet. Hierin dürfte ein Vertrag zu Lasten Dritter liegen, der grundsätzlich der Rechtsordnung unbekannt ist.

- f) § 147a Abs. 1 Ziff. 1 und 2 AktG-E formulieren, Aktionäre müssten jeweils „glaubhaft“ machen, dass sie Aktien vor Kenntnis vom Pflichtverstoß erworben haben und, dass sie die Gesellschaft erfolglos aufgefordert haben, selbst Klage zu erheben.

Nach der Begründung ist an eine Glaubhaftmachung im Sinne des § 294 ZPO wohl gerade nicht gedacht, sondern der entsprechende Nachweis soll durch Urkunden erbracht werden. Wenn die eidesstattliche Versicherung ausgeschlossen werden soll, reicht es aus, vom Aktionär den Nachweis mit den üblichen Beweismitteln zu verlangen.

- g) Gegen die in Abs. 4 vorgesehene Publizität sind Bedenken nicht anzumelden. Ausgesprochen zweifelhaft ist es aber, wenn die vollständige Bekanntmachung zur Wirksamkeitsvoraussetzung für alle Leistungspflichten der Gesellschaft und der in ihrem Interesse handelnden Dritten erhoben wird (Abs. 4 Satz 4). Leistungspflichten der Gesellschaft werden somit davon abhängig gemacht, dass der Vorstand der Gesellschaft seiner Publizitätspflicht im Sinne von Abs. 4 Satz 1 nachgekommen ist. Im Ergebnis würde dies dazu führen, dass ein pflichtwidriges Verhalten des Vorstandes, welches der Gesellschaft zuzurechnen ist, bewirkt, dass Leistungspflichten der Gesellschaft entfallen (bzw. nicht entstehen). Dieses Ergebnis ist nicht akzeptabel.
- h) Richtig ist, dass gemäß Abs. 2 das Landgericht im Bezirk des Sitzes der Gesellschaft zuständig sein soll und zwar sowohl für die Zulassung der Klage als auch für die Schadenersatzklage. Es sollte erwogen werden, generell für Klagen über Schadenersatzansprüchen gem. § 147 Abs. 1 AktG-E den ausschließlichen Gerichtsstand des Landgerichts am Sitz der Gesellschaft zu normieren.
- i) Die Kostenregelung in Abs. 6 ist nicht überzeugend.
- (1) Nicht bedacht wurde zunächst, dass für die Kosten des Zulassungsverfahrens bislang Gebührentatbestände fehlen. Weder für die Rechtsanwaltsvergütung, noch für die Gerichtskosten gibt es derzeit Gebührentatbestände. Sie müssten unter Art. 2 „Änderung sonstigen Bundesrechts“ neu eingeführt werden.
- Hierbei wäre auch die Frage zu regeln, ob bei einem erfolgreichen Zulassungsverfahren und späterer Durchführung des Klageverfahrens Kosten des Zulassungsverfahrens auf Kosten des Klageverfahrens anzurechnen sind.
- (2) Hinsichtlich der Kosten ist zu unterscheiden zwischen dem Erstattungsanspruch gegen die Gesellschaft nach Zulassung der Klage und dem allgemeinen Erstattungsanspruch gegenüber dem Prozessgegner.
- aa) Der Entwurf geht davon aus, dass die klagenden Aktionäre einen Erstattungsanspruch gegen die Gesellschaft haben. Dieser Ansatzpunkt ist richtig. Geregelt wird allerdings nur der Fall einer teilweisen oder gänzlichen Klageabweisung. Was zu geschehen hat, wenn die Klage erfolgreich ist, der Prozessgegner aber nicht zahlen kann, bleibt offen. Dass hier auch ein Erstattungsanspruch besteht, sollte nicht zu bestreiten sein. Es bietet sich vor diesem Hintergrund an, die Kostenregelung allgemein dahin zu fassen, dass die Antragsteller/Kläger gegen die Gesellschaft einen Anspruch auf Erstattung haben, soweit Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich waren (§ 91 ZPO).

- bb) Mit dieser Regelung könnten sämtliche Fallgestaltungen erfasst werden. Ein Erstattungsanspruch wäre entsprechend dem Vorschlag des Entwurfes abzulehnen, wenn die Klagezulassung durch mutwillig oder grob fahrlässig unrichtigen Vortrag erwirkt wurde. Der Fall, dass mehrere Bevollmächtigte beauftragt wurden, kann über allgemeine Regelungen erfasst werden.

Das Wort „unerlässlich“ in Abs. 6 Satz 4 dürfte eine weitergehende Einschränkung des Kostenerstattungsanspruches kaum bewirken.

- j) Zu bemerken bleibt, dass der kostenrechtlichen Seite des Klagezulassungsverfahrens erhebliche Bedeutung zukommen dürfte. Der deutschlandweit Aufsehen erregende „Mannesmann“-Prozess zeigt, dass es bei Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand zumeist nicht um kleine, sondern um Millionensummen geht. Ob eine Aktionärsminderheit in solchen Verfahren in der Lage ist, den Vorschuss der Gerichtskosten zu bezahlen, erscheint zweifelhaft. Insgesamt dürfte das Kostenrisiko in solch gearteten Fällen so hoch sein, dass Aktionäre von der Durchführung des Zulassungsverfahrens absehen werden. Unabhängig davon, ob das Zulassungsverfahren ein- oder zweistufig ausgestaltet wird, sind deswegen Regelungen zur Absenkung des Streitwerts oder der Gerichtskosten sowie Anrechnungsregelungen für das zweistufige Verfahren unumgänglich.

Art. 1 Nr. 18 (Neufassung von 243 Abs. 4 AktG):

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen bei Informationsdefiziten Anfechtungsklage erhoben werden durfte, war bisher streitig. Zum Teil wurde auch von Gerichten die Auffassung vertreten, dass bei Nichtbeantwortung einer etwa irrelevanten Frage zu Bewertungsthemen in der Hauptversammlung eine Anfechtungsklage möglich sei. Die Neuregelung bringt hier eine dem Grunde nach begrüßenswerte Klarstellung. Problematisch erscheint jedoch, dass die Begründung (S. 42) ausdrücklich ausführt, dass eine Anfechtungsklage nicht nur bei der Totalverweigerung von Informationen, sondern auch bei „weitreichenden Fehlern“ möglich bleiben soll. Dieser Begriff ist so unklar, dass etwaige Kläger bzw. deren Prozessbevollmächtigte quasi gezwungen werden, in jedem Fall Anfechtungsklage zu erheben. Da dies im Zweifel auch ein Freigabeverfahren gemäß § 319 Abs. 6 AktG bzw. § 246a AktG-E zur Folge haben dürfte, ist eine erhebliche Mehrbelastung der Gerichte und Verzögerung der Verfahren zu befürchten.

Art. 1 Nr. 21 (Einfügung von § 246a AktG-E):

1. Die Einführung eines Freigabeverfahrens für bestimmte strukturändernde Hauptversammlungsbeschlüsse nach dem Vorbild der Regelungen in § 16 Abs. 3 UmwG, § 319 Abs. 6 AktG greift zentrale Forderungen der Regierungskommission Corporate Governance und des 63. Deutschen Juristentages auf. Sie ist im Grundsatz zu begrüßen. Zum einen beseitigt sie die faktische Registersperre, die bei strukturändernden Hauptversammlungsbeschlüssen aufgrund der fehlenden Möglichkeit, in einem Eilverfahren eine beschleunigtere Freigabe der Eintragung zu erwirken, zu Problemen führt.

Zum anderen schafft die in § 246a AktG-E vorgesehene Möglichkeit des Prozessgerichts, die Bestandskraft des eintragungspflichtigen Hauptversammlungsbeschlusses im Rahmen des Freigabeverfahrens herbeizuführen, auch insofern Transaktionssicherheit, als hierdurch eine nach „Jahr und Tag“ erfolgende nachträgliche Nichtigerklärung der Kapitalerhöhung und die damit verbundenen weitreichenden Rechtsfolgen für bereits entstandene Aktien vermieden werden können.

2. Die in § 246a AktG-E vorgesehene Neuregelung betont sehr stark die Funktion der Anfechtungsklage als Instrument des Individualschutzes. Dies wirft die Frage auf, ob der weiteren Funktion der Anfechtungsklage als Mittel zur Herstellung einer rechtmäßigen Beschlusslage im objektiven Interesse der Gesellschaft und der übrigen Beteiligten (siehe § 248 Abs. 1 Satz 1 AktG) hinreichend Rechnung getragen wird. Wird ein Anfechtungsverfahren erfolgreich durchgeführt, billigt § 246a Abs. 1 Satz 7 AktG-E einen Schadenersatzanspruch nur dem Anfechtungskläger zu. Es sollte indes nochmals sorgfältig abgewogen werden, ob es gerechtfertigt erscheint, in einem derartigen Fall die übrigen Aktionäre von etwaigen Schadenersatzansprüchen auszuschließen. Dies betrifft insbesondere Fälle von Kapitalerhöhungen unter Ausschluss des gesetzlichen Bezugsrechts mit unangemessenem Ausgabebetrag (§ 255 Abs. 2 AktG). Haben die Aktionäre, die keine Anfechtungsklage erheben, in einem derartigen Fall keinen Schadenersatzanspruch, so führt dies zu einer dauerhaften Festschreibung ihrer Verwässerung. Dies kann sich wiederum insofern als nachteilig erweisen, als das Risiko einer dauerhaften Verwässerung dieser Aktionäre das Prozessgericht im Rahmen von Freigabeverfahren nach § 246a AktG-E vielfach davor zurückschrecken lassen könnte, die Freigabe zu erklären.

3. Im Hinblick auf die Ähnlichkeit des Verfahrens nach § 246a AktG-E zum Verfahren nach § 16 Abs. 3 Satz 2 UmwandlG und § 319 Abs. 6 Satz 5 AktG wäre zu überlegen, einen Gleichlauf der Voraussetzungen und Rechtsfolgen herzustellen. § 246a Satz 4 AktG-E sieht eine Frist von drei Monaten vor, in der das Gericht über den Antrag der Gesellschafter im Freigabeverfahren zu entscheiden hat. Eine solche Zeitvorgabe fehlt für das Verfahren gemäß § 16 Abs. 1 UmwandlG oder § 319 Abs. 6 AktG. Entsprechendes gilt für die Voraussetzung der mündlichen Verhandlung in § 246a AktG-E. Gemäß § 246a Satz 6 Halbsatz 2 AktG-E ist gegen den Beschluss im Freigabeverfahren die sofortige Beschwerde eröffnet, wobei der Gesetzgeber offenbar davon ausgeht, dass auch im Beschwerdeverfahren eine mündliche Verhandlung stattfindet, wie sich aus dem Verweis auf § 246 Satz 4 AktG-E ergibt. Dies weicht von der Regelung nach § 16 Abs. 3 UmwandlG und § 319 Abs. 6 AktG ab, die insoweit lediglich auf das Verfahren der sofortigen Beschwerde gemäß § 567 ff. ZPO verweisen, bei dem eine mündliche Verhandlung im Ermessen des Gerichts liegt. Gemäß § 246a Satz 8 AktG-E der Neuregelung kann der Kläger bei Begründetheit der Anfechtungsklage gegen eine bereits eingetragene und damit wirksam gewordene Strukturmaßnahme lediglich Schadenersatz verlangen, während eine Rückgängigmachung ausscheidet.

Diese Regelung entspricht zwar § 16 Abs. 3 Satz 6 UmwandlG, weicht aber von § 19 Abs. 6 und § 327e AktG ab.

Gründe für diese Ungleichbehandlung sind dem Gesetzentwurf nicht zu entnehmen.

4. Nicht verständlich ist, warum in § 246a Satz 1 AktG-E von einem „rechtskräftigen“ Beschluss die Rede ist. Dieses Wort ist überflüssig.

Art. 1 Nr. 22 (Neueinfügung von § 248a AktG-E):

§ 248a AktG-E verweist auf § 147a Abs. 4 AktG-E. Auch hier ist es überaus bedenklich, wenn Publizitätsversäumnisse des Vorstandes zur Unwirksamkeit führen sollen.
