

Stellungnahme des Deutschen Aktieninstituts zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum Gesetz zur Änderung des Aktiengesetzes (Aktienrechtsnovelle 2012)

Februar 2012

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt grundsätzlich die Ziele des Regierungsentwurfs zur Flexibilisierung der Finanzierung der Aktiengesellschaften und der Fortentwicklung des Beschlussmängelrechts.

Das Deutsche Aktieninstitut hat in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf vom Januar 2011 das Ziel der Schaffung von mehr Transparenz bei der Beteiligung an nicht börsennotierten Aktiengesellschaften durch die zwangsweise Wandlung von Inhaberaktien in Namensaktien bei nicht börsennotierten Gesellschaften kritisiert. Es wird begrüßt, dass dieser Ansatz nun im vorliegenden Regierungsentwurf aufgegeben wurde.

Das Deutsche Aktieninstitut hatte in seiner vorgenannten Stellungnahme für den Fall, dass die Bundesregierung eine Initiative wegen der drohenden Rüge der Financial Action Task Force (FATF) für unerlässlich hält¹, einen Kompromissvorschlag gemacht, dessen Idee der Regierungsentwurf nun aufgreift. Danach sollten Aktien, die einem elektronischen Clearingsystem angeschlossen sind, wie es z.B. bei Aktien aus dem Freiverkehr der Fall ist, von dem Zwang zur Umwandlung in die Namensaktie ausgenommen werden. Die zur Bekämpfung der Geldwäsche erforderliche erhöhte Transparenz v.a. für Strafverfolgungsbehörden wird erreicht, wenn Aktien nicht durch anonyme Übergabe, sondern über Depotbuchungen übertragen werden.

Allerdings zeigen die nun veröffentlichten überarbeiteten Empfehlungen der Task Force, dass es auch ausreichend wäre, wenn es bei Inhaberaktien eine Meldepflicht bei einer „Kontrollbeteiligung“ gäbe. Es wird in der Begründung zu den Empfehlungen in anderem Zusammenhang die Prozentzahl 25 genannt. Möglicherweise ließen sich also die Empfehlung der FATF auch erfüllen, wenn die Mitteilungspflicht des § 20 AktG auf alle Aktionäre ausgedehnt wird. U.E. wäre dies ein milderer Mittel gegenüber dem jetzigen Entwurf. **Wir bitten daher den Gesetzgeber dringend, diese Alternative in Betracht zu ziehen.**

1 Als Hintergrund für den Umstellungszwang wird im Ref-E wie auch Reg-E die Möglichkeit zur Geldwäsche und Terrorfinanzierung angegeben. Zugrunde liegt der Bericht der Financial Action Task Force (FATF), die in ihrem „Third Mutual Evaluation Report of Germany“ vom 19. Februar 2010 zu dem Ergebnis kommt, dass Deutschland in diesem Punkt nicht Empfehlung 33 des Empfehlungskatalogs der FATF zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorfinanzierung umgesetzt hat; Report, S. 250.

Die Einführung einer relativen Befristung von Nichtigkeitsklagen wird als Schritt in die richtige Richtung sehr begrüßt. Dennoch wird auf den Bedarf einer umfassenden Reform des Beschlussmängelrechts mit weiteren Änderungen in möglichst naher Zukunft hingewiesen.

Die Aufnahme eines Nachweisstichtages („Record Date“) für Namensaktien in § 123 AktG wird weiterhin angeregt.

A. Zum Entwurf im Einzelnen

1. § 10 Abs. 1 AktG-E

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt, dass im Regierungsentwurf von einer zwangsweisen Wandlung von Inhaberaktien nicht börsennotierter Gesellschaften in Namensaktien Abstand genommen wird. Die nun vorgesehene Lösung, darauf abzustellen, ob die Aktien als Sammelurkunden bei einer Wertpapiersammelbank hinterlegt werden, führt dazu, dass Aktien, die z.B. im Freiverkehr gehandelt werden, nun weiterhin als Inhaberaktien ausgegeben werden können und kein Aktienregister geführt werden muss. Dies war einer der Hauptkritikpunkte am Referentenentwurf.

Das Deutsche Aktieninstitut hat die verpflichtende Einführung von Namensaktien für nicht börsennotierte Unternehmen nicht nur gegenüber dem Bundesjustizministerium abgelehnt, sondern dies auch im Rahmen der Konsultation der FATF selbst („Review of the Standards – Preparation for the 4th Round of Mutual Evaluation – Second public consultation“²) im September 2011 vorgetragen. Die Umstellung auf Namensaktien für nicht börsennotierte Unternehmen war und ist nach Auffassung des Deutschen Aktieninstituts nicht geeignet zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorfinanzierung. Das Aktienregister garantiert nicht eine schnelle und sichere Identifizierung des wahren Investors, wie möglicherweise erhofft. Dies wurde in der Stellungnahme zum Referentenentwurf und gegenüber der FATF selbst ausführlich erläutert.

Die nun nach der internationalen Konsultation veröffentlichten Empfehlungen der Task Force und die entsprechenden Auslegungsvermerke³ stellen klar, dass der Empfehlung auch entsprochen würde, wenn bei Inhaberaktien eine Meldepflicht bei einer „Kontrollbeteiligung“ eingeführt wird:

“Countries should take measures to prevent the misuse of bearer shares and bearer share warrants, for example by applying **one** or more of the following mechanisms: (a) prohibiting them; (b) converting them into registered shares or share warrants (for example through 45 Members of the company’s board or senior management may not require specific authorisation by the company. dematerialisation); (c) immobilising them by requiring them to be held with a regulated financial institution or professional intermediary; **or (d) requiring shareholders with a controlling interest to notify the company, and the company to record their identity.**”

2 Stellungnahme des DAI: http://www.dai.de/dai_q/NT00035AEE

3 INTERNATIONAL STANDARDS ON COMBATING MONEY LAUNDERING AND THE FINANCING OF TERRORISM & PROLIFERATION. THE FATF RECOMMENDATIONS, Februar 2012, <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/49/29/49684543.pdf>. Siehe S. 85, Nr. 14.

Eine Pflicht wie unter lit (d) ist dem Aktiengesetz nicht fremd. Es wird im Auslegungstext zu den Empfehlungen in verschiedenen Zusammenhängen für Kontrollbeteiligungen die Prozentzahl 25 genannt⁴. In § 20 AktG gibt es bereits die Pflicht, eine Beteiligung von 25 Prozent der Gesellschaft anzuzeigen. Bislang richtet sich diese Pflicht nur an Unternehmen. Sie könnte einfach auf alle Aktionäre erweitert werden. U.E. wäre dies ein milderer Mittel gegenüber dem jetzigen Entwurf.

Sollte der Gesetzgeber diese Neuregelung nicht für ausreichend erachten, sollte eine **Ausnahme für konzernverbundene Tochteraktiengesellschaften vorgesehen werden**. Risiken der Geldwäsche und Terrorfinanzierung bestehen kaum bei konzernintegrierten Tochtergesellschaften. Der Konzern hat ein eigenes Reputationsinteresse; zudem bestehen erhebliche strafrechtliche Risiken für die betroffenen Konzernmitarbeiter, so z.B. durch Beihilfe zur Geldwäsche. Beides stellt schon heute einen ausreichenden Schutz gegen die vorgenannten Risiken dar. Eine Ausnahme für konzernverbundene Tochteraktiengesellschaften sollte daher aufgenommen werden, wenn es bei den im Reg-E vorgesehenen Regelungen zu Inhaberaktien bleibt.

2. § 24 AktG-E

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt, dass die im Referentenentwurf vorgeschlagene Änderung des § 24 AktG nicht weiterverfolgt wird. Auf die komplizierten Gleitklauseln und „Kombinationsaktien“ kann bei dem neuen o.g. Ansatz sehr gut verzichtet werden.

3. § 121 Abs. 4a AktG-E

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt, dass der Wortlaut der gegenwärtig geltenden Fassung des § 121 Abs. 4a AktG geändert und präzisiert wird. Er war nicht eindeutig, weil die „und“-Verknüpfung der beiden Fallgruppen „nicht ausschließliche Ausgabe von Namensaktien“ und „Einberufung unmittelbar nach Abs. 4 Satz 2 und 3“ den Eindruck erweckt, dass beide Fälle kumulativ erfüllt sein müssen.⁵ In der Praxis führt dies zu Unsicherheiten, ob Namensaktiengesellschaften nur dann befreit sind, wenn die Einberufung mit eingeschriebenem Brief erfolgt.

4. § 122 AktG-E

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt die Änderungen in § 122 AktG-E. Die bisher in § 122 Abs. 1 S. 3 AktG enthaltene Verweisung auf § 142 Abs. 2 S. 2 AktG betreffend die Vorbesitzzeit sowie deren Anknüpfungspunkt und Berechnung hat in der Praxis zu Rechtsunsicherheit geführt, wie bereits in der Stellungnahme zum Referentenentwurf erörtert.

⁴ A.a.o., Fn. 30, S. 60: “A controlling ownership interest depends on the ownership structure of the company. It may be based on a threshold, e.g. any person owning more than a certain percentage of the company (e.g. 25%)” und Fn. 38, S. 84: “Beneficial ownership information for legal persons is the information referred to in the interpretive note to Recommendation 10, paragraph 5(b)(i). Controlling shareholders as referred to in, paragraph 5(b)(i) of the interpretive note to Recommendation 10 may be based on a threshold, e.g. any persons owning more than a certain percentage of the company (e.g. 25%).”

⁵ Vgl. Kommentierung bei Hüffer, AktG, § 121 AktG Rn. 11j, 9. Auflage 2010.

5. Einberufungsfrist bei satzungsmäßig verkürzter Anmeldefrist, § 123 Abs. 2 S. 5 AktG-E

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt die Änderung des § 123 AktG. Hiermit wird nun klargestellt, dass die Einberufungsfrist immer um die gesetzliche Regelanmeldungsfrist von sechs Tagen zu verlängern ist, unabhängig davon, ob es sich um die Regelanmeldefrist nach § 123 Abs. 2 S. 2 oder um die satzungsmäßig verkürzten Anmeldefristen im Sinne des § 123 Abs. 2 S. 3 AktG handelt.

6. § 124 AktG-E

Zu begrüßen ist die Korrektur von der in den meisten Fällen unnötigen Angabe bei der Einladung zur Hauptversammlung bei anstehender Aufsichtsratswahl, ob die HV an Wahlvorschläge nach dem Montan-Mitbestimmungsgesetz gebunden ist. Diese Verpflichtung soll nun nur noch für solche Unternehmen gelten, die der Montan-Mitbestimmung unterliegen.

7. § 130 AktG-E

§ 130 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 AktG bestimmt in nahezu wortgetreuer Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie, dass die Feststellung über die Beschlussfassung bei börsennotierten Gesellschaften für jeden Beschluss auch den Anteil des durch die gültigen Stimmen vertretenen Grundkapitals umfasst. Es blieb allerdings unklar, ob sich letzteres auf das gesamte eingetragene (stimmberechtigte) Grundkapital bezieht oder auf das in der Hauptversammlung vertretene (stimmberechtigte) Grundkapital. Durch die Gesetzesänderung wird klargestellt, dass sich die Bestimmung auf das gesamte Grundkapital bezieht. Dies wird vom Deutschen Aktieninstitut sehr begrüßt.

8. §§ 139, 140 AktG-E

Es ist zu begrüßen, dass bei der Vorzugaktie mehr Flexibilität geschaffen wird. Die zwangsweise Nachzahlung von Dividenden führt für Kreditinstitute dazu, dass die Aktien nur als Ergänzungskapital gelten und nach derzeitiger Rechtslage durch Ausgabe von Vorzugsaktien aufsichtsrechtlich kein regulatorisches Eigenkapital gebildet werden kann. Von Bedeutung für die Ausgabe von stimmrechtslosen Vorzugsaktien ist jedoch die Möglichkeit, dass der Vorzug nachgezahlt werden kann. Dies nimmt nun der Regierungsentwurf auf und ändert § 140 Abs. 2 AktG, wonach das Stimmrecht auflebt, wenn der Vorzug in einem Jahr nicht gezahlt und dies im darauffolgenden Jahr nicht nachgeholt wird.

Der Regierungsentwurf regelt nunmehr auch den Fall von Vorzugsaktien ohne Nachzahlung und die Frage, ob ein aufgelebtes Stimmrecht durch spätere Nachzahlungen wieder erlöschen kann.

9. § 192 AktG-E

Das Recht der Gesellschaft, Wandelanleihen gegen die Gewährung von Anteilen in Grundkapital umzuwandeln, ist ein sinnvolles Finanzierungsinstrument, nicht nur um eine Unternehmenskrise zu verhindern.

Solche „umgekehrten Wandelanleihen“ werden schon unter geltendem Recht durch komplexe rechtliche Konstruktionen in den Emissionsbedingungen begeben und in der Praxis auch von Investoren gezeichnet (Die Auswirkungen

auf Versicherungsunternehmen als Investoren und Emittenten sollte untersucht und in der Solvency II-Richtlinie berücksichtigt werden).

Erfreulicherweise wird in der Begründung des Entwurfs klargestellt, dass Pflichtwandlungen bzw. Bezugspflichten nicht nur für Notsituationen zulässig sind, sondern bereits unter geltenden Recht möglich, aber unnötig kompliziert zu konstruieren sind.

Neu gegenüber dem Referentenentwurf ist eine Einschränkung bei der Höchstgrenze. Das Deutsche Aktieninstitut kann nachvollziehen, dass die Höchstgrenze von 50 Prozent des Nennbetrags des Grundkapitals für das bedingte Kapital nur ausnahmsweise in Notsituationen nicht gelten soll, um die Altaktionäre vor überhöhter Verwässerung ihrer Anteile zu schützen.

Allerdings soll die Grenze bei Unternehmen des Finanzsektors schon bei „Belastungssituationen“ fallen, bei den übrigen Unternehmen nur bei „drohender Zahlungsunfähigkeit“ (§ 192 Abs. 3 AktG-E). Die drohende Zahlungsunfähigkeit bei der Ausübung des Wandlungsrechts ist ein sehr später Zeitpunkt, um die Gesellschaft zu retten und damit sollten keine Rechtsunsicherheiten über die Wirksamkeit der Kapitalerhöhung bestehen.

Der Regierungsentwurf möchte bisher Ausnahmen nur für Wandelanleihen schaffen. Sie sollten jedoch auch für die wichtige und verwandte Finanzierungsform der **Optionsanleihe** vorgesehen werden. Bei Optionsanleihen würde das Thema Wandlungsrecht bzw. Bezugspflicht in dem beigelegten Optionschein geregelt. Hierzu schlagen wir folgenden § 192 Abs. 2 Nr. 1 AktG-E vor:

„(...) 1. Zur Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen mit Umtauschrechten, Bezugsrechten oder -pflichten;“

Es sollte zudem klargestellt werden, dass entsprechend der bisherigen Praxis neben Hingabe bzw. Umtausch der Schuldverschreibung auch zusätzliche Barzahlungen möglich sind. Dies ist etwa bei Fremdwährungsanleihen mit Eigenkapitalinstrumenten üblich. Auch für diese sollten die neuen §§ 192, 221 AktG-E rechtssicher gelten.

10. § 221 AktG-E

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt, dass der Regierungsentwurf die befürchteten Rechtsunsicherheiten vermeidet, die sich durch die Formulierung in der Vorfassung des § 221 Abs. 1 S. 1 AktG-E für Schuldverschreibungen, bei denen „den Vertragspartnern“ ein Umtausch- oder Bezugsrecht auf Aktien eingeräumt wird, ergeben hätte. Der Regierungsentwurf stellt nun klar, dass auch Schuldverschreibungen erfasst sind, in denen nur einem der Vertragsparteien ein entsprechendes Recht eingeräumt wird (alte Rechtslage zumindest für die Gläubiger), indem es künftig heißt „den Gläubigern oder der Gesellschaft“.

Allerdings sollten im Gesetzesentwurf die „Gläubiger“ um die Wörter „oder der Gesellschaft“ „ergänzt“ werden, und nicht „ersetzt“. Dies dürfte auf die Formulierung im Referentenentwurf zurückzuführen sein.

Es fragt sich jedoch, ob bei dieser Formulierung nicht zusätzlich auch eine „und“-Verknüpfung erforderlich wäre, damit auch der Fall erfasst ist, in dem beiden ggf. ein Umtauschrecht eingeräumt wird, ein Instrument, das auch die Begründung zum Regierungsentwurf ausdrücklich erwähnt (S. 22).

11. § 249 Abs. 2 S. 3 AktG-E

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt ausdrücklich, dass der Regierungsentwurf das Beschlussmängelrecht weiterentwickelt, um zu verhindern, dass Aktionäre ihr Klagerecht missbrauchen. Das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) sowie das Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) enthielten diesbezüglich bereits eine Reihe von Maßnahmen. Um die weiterhin nicht befriedigende Rechtslage bei nachgeschobenen Nichtigkeitsklagen zu regeln, wird die Nichtigkeitsklage nun einer relativen Befristung unterworfen. Grundsätzlich bleibt sie zwar unbefristet möglich. Wird aber gegen einen Beschluss der Hauptversammlung eine Beschlussmängelklage erhoben, müssen (weitere) Nichtigkeitsklagen gegen den Beschluss innerhalb eines Monats nach Veröffentlichung des ursprünglichen Beschlussmängelverfahrens erhoben werden.

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt grundsätzlich das nun vorgesehene Verfahren der relativen Befristung der Nichtigkeitsklage als Schritt in die richtige Richtung. Mehr Rechtssicherheit würde natürlich eine generelle Befristung bedeuten. Die Bundesregierung weist in der Begründung jedoch bereits darauf hin, dass eine generelle Befristung die Klagebefugnis der Aktionäre und die prozessuale Beschlussmängelkontrolle in einem Umfang einschränken würde, der sachlich nicht gerechtfertigt wäre, und verneint die Möglichkeit, hier §§ 14 Abs. 1, 195 Abs. 1 UmwG als Vorbild heranzuziehen.

Wir schlagen jedoch vor, zumindest für Nichtigkeitsklagen gegen bestimmte Strukturmaßnahmen wie Kapitalmaßnahmen und Unternehmensverträge sowie Beschlüsse über die Ermächtigung zur Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen gemäß § 221 Abs. 1 AktG eine generelle Befristung vorzusehen. Gerade hier besteht bei den Unternehmen ein erhebliches und vorrangiges Interesse an deren rechtlichen Wirksamkeit vor Durchführung der entsprechenden Maßnahmen.

Das Deutsche Aktieninstitut regt in diesem Zusammenhang weiterhin dringend an, das Beschlussmängelrecht grundlegend zu reformieren. Dies war bereits bei der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages zum ARUG vorgesehen.⁶ Zwar wurden die Gesetzesänderungen der jüngsten Vergangenheit zur Eindämmung missbräuchlicher Anfechtungsklagen sehr begrüßt. Diese haben auch schon ersten Erfolg gezeigt. Allerdings gibt es weiteren Reformbedarf. So besteht beispielsweise das Problem, dass Nebenintervenienten auf Seiten des Beklagten (also des Unternehmens) einem Verfahren unbefristet beitreten können, um entweder den Verfahrensgang bzw. die Lösung des Verfahrens zu erschweren und/oder bei einem Erfolg des Unternehmens an der positiven Gebührenentscheidung zu partizipieren. Weiterhin regen wir an klarzustellen, dass auch eine gespaltene Streitwertfestsetzung in einem Anfechtungsverfahren je nach Anteilshöhe (Zahl der gehaltenen Aktien) des Anfechtungsklägers möglich ist, da dies bislang nicht geklärt ist. Soweit der Gesetzgeber weitere Reformen nicht im Rahmen dieser Aktienrechtsnovelle verfolgen will, wird angeregt, die Reform des Beschlussmängelrechts bald anzugehen.

6 BT-Drucks. 16/13098, S. 52.

12. § 394 AktG-E

Das Deutsche Aktieninstitut begrüßt, dass der Regierungsentwurf wieder davon Abstand nimmt, bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften, an denen Gebietskörperschaften beteiligt sind, künftig die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder sowie die Öffentlichkeit der Aufsichtsratsitzungen in der Satzung zur Disposition zu stellen.

13. § 26f EGAktG-E

Das Deutsche Aktieninstitut sieht die Übergangsfristen in § 26f Abs. 1 EGAktG-E kritisch.

Es wird bezweifelt, dass mit der Veröffentlichung des Kabinettschlusses sowohl bei den zu gründenden Unternehmen Bösgläubigkeit als auch bei den beurkundenden Notaren Kenntnis eingetreten ist. Letzteres ist wichtig, denn die Notare sollten die Unternehmen darauf hinweisen können, dass sie ihre Satzungen gegebenenfalls wieder ändern müssen, um z.B. den Einzelverbriefungsanspruch auszuschließen, wenn sie sich für Inhaberaktien entscheiden. Wir schlagen vor, den Bestandsschutz wie üblich an die Veröffentlichung des Gesetzes im Bundesgesetzblatt zu knüpfen.

B. Weitergehende Reformvorschläge

Das Deutsche Aktieinstitut möchte die Gelegenheit nutzen, weitere Vorschläge aus der Unternehmenspraxis zur Reform des Aktienrechts weiterzugeben.

I. Änderungen zur Einberufung, Einladung der Hauptversammlung, insb. zur Namensaktie in § 123 ff AktG

1. Anmeldung zur Hauptversammlung bei Namensaktien, §123 Abs. 4 AktG – neu –

Der Arbeitskreis Namensaktie setzt sich dafür ein, einen einheitlichen Stichtag für die Bestimmung des in der Hauptversammlung stimmberechtigten Aktienbestands bei Namensaktien entsprechend dem Nachweisstichtag („Record Date“) bei Inhaberaktien (vgl. § 123 Abs. 3 S. 3 AktG) einzuführen. Das Deutsche Aktieinstitut hält diese Einführung für äußerst sinnvoll und schließt sich der Argumentation des Arbeitskreises Namensaktie an.

Für die Teilnahme an der Versammlung und die Ausübung des Stimmrechts soll der für den Aktionär im Aktienregister zum Ende des Nachweisstichtags eingetragene Aktienbestand maßgeblich sein, auch wenn das Aktienregister zwischen Nachweisstichtag und Hauptversammlung verändert wird. Für einen solchen Nachweisstichtag gibt es auch bei Namensaktien ein erhebliches praktisches Bedürfnis. Ein fester Stichtag für den zur Rechtsausübung in der Hauptversammlung maßgeblichen Aktienbestand entspricht auch dem international üblichen Standard.

Bei Namensaktien gilt als Aktionär gegenüber der Gesellschaft nur, wer als solcher im Aktienregister eingetragen ist (§ 67 Abs. 2 S. 1 AktG). Diese Eintragung ist generelle Voraussetzung für die Teilnahme- und Stimmberechtigung. Da Eintragungen im Aktienregister sich täglich ändern können, vor der Hauptversammlung jedoch Zeit für die Sichtung und Verarbeitung des stimm- und teilnahmeberechtigten Bestands benötigt wird, behilft die Praxis sich mit sogenannten Umschreibestopps. Dies kann, insbesondere im Ausland, den unzutreffenden Eindruck erwecken, die Aktien könnten zwischen der Anmeldung zur Hauptversammlung und dem Ende der Hauptversammlung nicht veräußert werden (sog. „share blocking“). Auch werden die Umschreibestopps von den Gesellschaften verschieden gehandhabt und zu unterschiedlichen Terminen festgelegt.

Der einheitliche Nachweisstichtag bietet zudem weitere Vorteile. Er bedeutet eine verlässliche, nachvollziehbare und sichere Grundlage für die Bestimmung des zur Hauptversammlung stimmberechtigten Bestandes und führt damit zu mehr Transparenz und Rechtssicherheit. Ein einheitlicher Nachweisstichtag ermöglicht ein einheitliches Verfahren für alle Gesellschaften mit börsennotierten Namensaktien und einen Gleichlauf mit der Technik des Nachweisstichtags bei der Inhaberaktie. Zudem würde die Abwicklung für die beteiligten Banken erleichtert, da diese auf Basis eines festgelegten Bestands an einem eindeutig bestimmbareren Stichtag erforderliche Offenlegungen noch bis zum Anmeldeschluss bewirken und damit ein Stimmrecht, das wegen Nichterfüllung eines satzungsmäßigen oder über § 67 Abs.4 AktG gestellten Offenlegungsverlangens suspendiert war, wieder aufleben lassen können.

Die Einführung eines von der Inhaberaktie abweichenden Bestandsstichtages durch den hier vorgeschlagenen § 123 Abs. 4 AktG für die Namensaktie wird von Artikel 7 Abs. 3 S. 2 der Aktionärsrechterichtlinie 2007/36/EG ausdrücklich zugelassen. Dem ebenfalls in Artikel 7 Abs. 3 S. 2 der Richtlinie geregelten Fall, dass eine Gesellschaft sowohl börsennotierte Inhaber- als auch Namensaktien ausgegeben hat, trägt der S. 3 im neuen Abs. 4 Rechnung. Der neue Absatz 4 würde wie folgt lauten.

Formulierung § 123 Abs. 4 AktG – neu –

„Bei börsennotierten Namensaktien wird die Berechtigung zur Teilnahme an der Versammlung oder zur Ausübung des Stimmrechts durch eine Eintragung als Aktionär im Aktienregister zum Ende des zehnten Tages vor der Versammlung nachgewiesen (Nachweisstichtag). Soweit die Satzung weitere Voraussetzungen für die Berechtigung zur Teilnahme an der Versammlung oder zur Ausübung des Stimmrechts enthält, sind diese spätestens am letzten Tag der Anmeldefrist für den Bestand am Nachweisstichtag zu erfüllen. Hat eine Gesellschaft sowohl börsennotierte Namens- als auch börsennotierte Inhaberaktien ausgegeben, gilt für beide Aktienarten einheitlich der Nachweisstichtag gemäß Absatz 3 Satz 3.“

2. Allgemeines, Briefwahl § 118 Abs. 2 AktG

Nach § 118 Abs. 2 AktG kann die Satzung vorsehen, dass Aktionäre ihre Stimmen, auch ohne an der Hauptversammlung teilzunehmen, schriftlich oder im Wege elektronischer Kommunikation abgeben dürfen (Briefwahl). Schriftlich bedeutet nach der Terminologie des § 126 BGB eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet (oder mittels notariell beglaubigtem Handzeichen). Das Deutsche Aktieninstitut hat in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf zum ARUG vom 20. Juni 2008 darauf hingewiesen, dass dies nicht intendiert war. Dies folgte zwar im Zusammenhang mit dem Hinweis auf die Gesetzesbegründung, die E-Mail-Abstimmung vorsah, dies aber nicht im Gesetzeswortlaut zum Ausdruck kam. Hier wurde im Gesetzgebungsverfahren Abhilfe geschaffen. Weiterhin unklar ist allerdings, ob eine schriftliche Stimmabgabe einer Unterschrift im Sinne des § 126 BGB bedarf. Hier sollte klargestellt werden, dass dies nicht der Fall ist, sondern vielmehr lediglich Textform im Sinne des § 126b BGB gemeint ist. Anderenfalls hätte für die elektronisch vorgenommene Briefwahl ebenfalls das Formerfordernis der qualifizierten elektronischen Signatur nach § 126a BGB als Äquivalent vorgesehen werden müssen. Dies ist aber nicht der Fall.

3. Aktionärsmitteilung, § 125 Abs. 2 S. 2 AktG – neu –

In der Praxis bestehen Zweifel, inwieweit die Satzung einer Gesellschaft die Übermittlung von Aktionärsmitteilungen allein auf den Weg der elektronischen Kommunikation rechtswirksam beschränken kann. Der in der Gesetzesbegründung des ARUG⁷ beispielhaft genannte Fall „für die Aktionäre, die auf elektronischem Weg erreichbar sind, deren E-Mail-Adressen bekannt sind“ wird zum Teil als einziger Anwendungsfall einer solchen Satzungsbeschränkung verstanden.⁸ Ist der Gesellschaft die E-Mail-Adresse eines Aktionärs

⁷ BT-Drs. 16/11642, S. 46.

⁸ Siehe z.B. Ziemons in Schmidt/Lutter, AktG, 2. Auflage, § 125 Rn. 28.

nicht bekannt oder liegt keine Einwilligung nach § 30b Abs. 3 Nr. 1 d) WpHG vor und kann die Gesellschaft einen Aktionär daher elektronisch nicht erreichen, führt das Unterlassen der Mitteilung im Sinne von § 125 AktG selbst bei bestehender Satzungsbeschränkung gegebenenfalls zur Anfechtbarkeit der Hauptversammlungsbeschlüsse. Diese für die Unternehmenspraxis erhebliche Unsicherheit kann durch die im folgenden vorgeschlagene Ergänzung beseitigt werden. Danach wäre klargestellt, dass Aktionäre, die der Gesellschaft keine elektronische Adresse bzw. keine Einwilligung gemäß § 30b Abs. 3 Nr. 1 d) WpHG zur Verfügung gestellt haben, bei einer Satzungsbeschränkung nach § 125 Abs. 2 S. 2 AktG keinen Anspruch auf (ersatzweise) schriftliche Übermittlung der betreffenden Mitteilungen haben und somit auch kein Anfechtungsgrund vorliegt. Dies entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, der im Rahmen des ARUG einen kompletten Ausschluss des Papierversands als möglich angesehen hat.⁹

§ 125 Abs. 2 AktG sollte wie folgt gefasst werden (Änderung im Fettdruck):

„Die gleiche Mitteilung hat der Vorstand den Aktionären zu machen, die es verlangen oder zu Beginn des 14. Tages vor der Versammlung als Aktionär im Aktienregister der Gesellschaft eingetragen sind. Die Satzung kann die Übermittlung auf den Weg elektronischer Kommunikation beschränken. **Im Falle einer Satzungsbeschränkung gemäß Satz 2 entfällt die Mitteilungspflicht der Gesellschaft gegenüber Aktionären, die ihr keine Adresse für elektronische Kommunikation zur Verfügung gestellt haben oder bei denen keine Zustimmung gemäß § 30b Abs. 3 Nr. 1 d) des Wertpapierhandelsgesetzes vorliegt.**“

II. Corporate Governance und Aufsichtsrat

1. Rolle des Aufsichtsratsvorsitzenden

Das Deutsche Aktieninstitut regt an, die Rolle des Aufsichtsratsvorsitzenden rechtlich genauer zu definieren bzw. seine Befugnisse zu ergänzen. Die wichtige praktische Rolle des Vorsitzenden spiegelt etwa § 90 Abs. 1 S. 3 AktG, wonach der Vorstandsvorsitzende aus wichtigem Anlass zunächst ihm direkt zu berichten und er dies an das Plenum dann weiterzugeben hat. Hier entsteht ein Graubereich, denn nicht alle Gespräche mit dem Vorstand mögen die Erheblichkeitsschwelle überschreiten. Dem Aufsichtsratsvorsitzenden ist aber hier kein Ermessensspielraum bzw. ein „Safe Harbour“ eingeräumt. Die ausdrücklich zuzuerkennenden Befugnisse sollten z.B. die Möglichkeit umfassen, externe Sachverständige zur Vorprüfung zu beauftragen und dem Aufsichtsrat zur Ausübung seiner Kontrollfunktion die erforderlichen sachlichen und personellen Mittel zur Verfügung zu stellen.

2. Streichung von § 113 Abs. 3 AktG

Die Auslegung des § 112 Abs. 3 AktG für die variable Vergütung des Aufsichtsrats hat in der Praxis zu vielen Streitfragen geführt. § 86 Abs. 2 AktG, der entsprechendes für die Gewinnbeteiligung für die Vorstandsvergütung vorsah, wurde bereits 2002 gestrichen. Die versäumte Streichung des § 113 Abs. 3 AktG sollte nun nachgeholt werden.

⁹ Vgl. BT-Drucks. 16/11642, S. 46.

3. Änderung des VorstAG – Zwingende Zuständigkeit des Gesamtaufsichtsrats für Vergütungsthemen nur bei börsennotierten Gesellschaften

§ 107 Abs. 1 S. 3 sollte dahingehend geändert werden, dass die zwingende Gesamtzuständigkeit des Aufsichtsrats nur für börsennotierte Gesellschaften gilt. Nur dort kam es in den letzten Jahren zu Kritik an überhöhten Vorstandsbezügen, bei nicht börsennotierten Gesellschaften eher nicht. Für meist nicht börsennotierte kleinere und mittlere Unternehmen sollten diese Vorschriften daher nicht gelten. Dort sollte der Personalausschuss des Aufsichtsrats entscheiden.

III. Sacheinlagen, Sachkapitalerhöhungen

1. Leistungszeitpunkt

Zum Leistungszeitpunkt bei Sacheinlagen im Sinne des § 36a Abs. 2 AktG wird eine Klarstellung angeregt. In der Literatur besteht ein Meinungsstreit, ob auch Sacheinlagevereinbarungen bereits vor der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister durch dinglichen Vollzug erfüllt sein müssen oder ob die Fünfjahresfrist des § 36a Abs. 2 S. 2 AktG auch für die Erfüllung der Sacheinlagenvereinbarung gelten soll, wie von der wohl überwiegenden Ansicht vertreten.¹⁰ Da der Wortlaut nicht eindeutig ist, wird zur Vermeidung weiterer Rechtsunsicherheit durch anderweitige Auslegung befürwortet, diese Vorschrift im Sinne der Auslegung der herrschenden Meinung klarzustellen.

2. Verdeckte Sacheinlage

Trotz der Regelungen in § 27 Abs. 3 AktG (verdeckte Sacheinlage) und § 27 Abs. 4 AktG (Hin- und Herzahlen) durch das ARUG bleibt das Recht der Kapitalaufbringung sowohl aus dogmatischer Sicht als auch aus Sicht der Praxis unbefriedigend.¹¹ Auch nach den jüngsten Entscheidungen des BGH (Qivive, Eurobike, Cash Pool II, Adcocom) verbleiben erhebliche Rechtsunsicherheiten im Hinblick auf die Anwendung der Regeln zur verdeckten Sacheinlage und zum Hin- und Herzahlen. Zwar wurde in § 27 Abs. 3 AktG die sog. Anrechnungslösung eingeführt; dies ändert aber nichts daran, dass die verdeckte Sacheinlage verboten bleibt. Wegen des Strafbarkeitsrisikos für den Vorstand durch unrichtige Angaben bei der Anmeldung der Gründung bzw. Kapitalerhöhung (§ 399 Abs. 1 Nr. 1 AktG), ist eine rechtssichere, einfache und widerspruchsfreie Regelung erforderlich. Daher sollten Geschäfte zwischen der Gesellschaft und den Inferenten im Zusammenhang mit der Gründung bzw. Kapitalerhöhung nicht mehr unter dem Gesichtspunkt der Umgehung geprüft werden. Einheitlicher Prüfungsmaßstab sollten die Grundsätze der Kapitalerhaltung sein. Die mit der Anwendung dieser Grundsätze verbundene Vollwertigkeitsprüfung bietet einen - auch im Hinblick auf die EU-Kapitalrichtlinie - ausreichenden Schutz.

¹⁰ Vgl. zum Streitstand Schmidt/Lutter/Kleindiek, AktG, § 36a Rn. 4 f, 2008.

¹¹ Siehe z.B. Hentzen/Schwandtner, ZGR 2009, 1006 ff; für die GmbH: Bayer, GmbHR 2010, 1289 ff.

3. Sachkapitalerhöhungen

Bei Sachkapitalerhöhungen nach §§ 183, 194, 205 AktG kann es auf Grund der Regelungen des § 52 AktG (Nachgründungsvorschriften) häufig zu unnötigen Doppelprüfungen kommen. Dies verursacht Kosten und bietet keinen Mehrwert. Es sollte klargestellt werden, dass die Regelungen zur Sachkapitalerhöhung dem § 52 AktG vorgehen.

IV. Zugänglich machen von Unterlagen

Hinsichtlich der Verpflichtung zur Auslegung von Unterlagen nach dem AktG ist es z.B. für den Jahresabschluss oder für Unternehmensverträge anerkannt, dass nur Kopien der unterschriebenen Dokumente ausgelegt werden müssen, nicht aber die Originalunterlagen. Es sollte klargestellt werden, dass dies für sämtliche nach dem Aktiengesetz zugänglich zu machenden Unterlagen gilt.