

Stellungnahme des Deutschen Aktieninstituts zu den Vorschlägen zu Änderungen im Umwandlungsrecht im Rahmen der Aktienrechtsnovelle

15. Januar 2013

Das Deutsche Aktieninstitut bedankt sich für die Möglichkeit, zu den auf Wunsch der Rechtspolitiker des Rechtsausschusses vorgeschlagenen Änderungen im Umwandlungsrecht und zur Konzernausgliederung, Stellung zu nehmen.

Das Deutsche Aktieninstitut unterstützt die Vorschläge, regt jedoch weitere Änderungen an.

1. Zu den Änderungen im Umwandlungsrecht

Es ist sinnvoll, dass ein Ausgleichsanspruch für Aktionäre nicht nur in barer Zuzahlung, sondern auch durch Gewährung von zusätzlichen Aktien erfolgen kann. Dies vermeidet zum einen den in der Begründung zum Gesetzesvorschlag angeführten existenzvernichtenden Liquiditätsentzug. Zum anderen handelt es sich um die sinnvolle Fortsetzung des ursprünglich vorgesehenen Ausgleichs, der durch Umtausch von Aktien erfolgt, nicht durch Geldleistung.

Ebenfalls zu folgen ist der Idee, der Gesellschaft eine Ersetzungsbefugnis einzuräumen, also nun nicht eine zwingende Ersetzung der Ausgleichspflicht in bar durch Aktien vorzunehmen, ist. Damit werden mögliche Folgeprobleme vermieden: die erforderliche Schaffung neuer Aktien, der Rückkauf oder die Verwendung eigener Aktien könnte scheitern und angesichts der Liquidität der betreffenden Gesellschaft oder angesichts der zu gewährenden Bruchteile von Aktien könnte sich der Barausgleich aufdrängen und bliebe als Option erhalten.

Durch die Gewährung zusätzlicher Aktien der übernehmenden Gesellschaft mag eine Verwässerung von Anteilen aller Aktionäre erfolgen, jedoch kann diese als von Anfang an in der Umwandlung angelegt angesehen werden und wäre bei anfänglich korrekter Berechnung des Umtauschverhältnisses also auch genau so erfolgt. Wie in der Begründung zum Gesetzesvorschlag ausgeführt, ist es unmöglich, einen Ausgleich nur zwischen den Gruppen der Altaktionäre der Gesellschaften vorzunehmen. Das Grundproblem stellt sich im übrigen auch für den Fall der Barzuzahlung, da auch eventuell gebildete Rücklagen den späteren Ausgleichsanspruch nicht immer abdecken mögen. Das bedeutet, dass Aktionäre, die nach einer Umwandlung in den übernehmenden Rechtsträger investieren, darüber aufgeklärt sein sollten, dass mögliche Ansprüche noch im Raum stehen. Hierzu dient bei börsennotierten Gesellschaften die Kapitalmarktpublizität. Die Vorschriften dienen aber auch gerade da-

zu, dass der Markt solche Informationen in den Börsenkurs einpreist. Hier stellt sich natürlich das Problem der überlangen Spruchverfahren, die dazu führen könnten, dass der Kapitalmarkt das zu erwartende Ereignis „vergisst“. U.a. aus diesem Grund unterstützt das Deutsche Aktieninstitut nachhaltig den Vorschlag zur Verkürzung des Spruchverfahrens (s.u.). Aktionäre, die in nicht börsennotierte Gesellschaften investieren wollen, müssen einen größeren Aufwand betreiben, um sich zu informieren. Nicht zuletzt der elektronische Bundesanzeiger ermöglicht hier eine Internetrecherche.

Das Deutsche Aktieninstitut unterstützt ebenfalls den Vorschlag Konzernausgliederungen betreffend, es regt aber an, die Erleichterung bei der Konzernausgliederung nicht nur im Fall der ausgliedernden Aktiengesellschaft oder KGaA, sondern diese Vereinfachung ebenso wie die Erleichterungen bei der Verschmelzung (§ 62 UmwG) auch für die GmbH als ausgliedernde Gesellschaft vorzusehen.

Die Fälle mit einer übertragender GmbH (bei Ausgliederung) und übernehmender GmbH (bei Verschmelzung) sind zahlenmäßig viel bedeutsamer als die Fälle mit AG, SE oder gar KGaA. Man könnte an folgende Regelung denken:

§ 51a UmwG-E: "Befinden sich mindestens neun Zehntel des Stammkapitals oder des Grundkapitals einer übertragenden Kapitalgesellschaft in der Hand einer übernehmenden Gesellschaft mit beschränkter Haftung, so ist ein Verschmelzungsbeschluss der übernehmenden Gesellschaft mit beschränkter Haftung zur Aufnahme dieser übertragenden Gesellschaft nicht erforderlich. § 62 Absatz 1 Satz 2, Absätze 2 und 3 und Absatz 4 Sätze 1, 3 und 4 sind entsprechend anwendbar."

Entsprechendes könnte bei einem § 138a UmwG für die Konzernausgliederung aus einer GmbH formuliert werden.

2. Verkürzung des Spruchverfahrens

Das Deutsche Aktieninstitut sieht in der überlangen Dauer von Spruchverfahren ein großes Problem. Verfahrensdauern von mehr als zehn Jahren (über zwei bis drei Instanzen) kommen häufiger vor. Dies hat auch das Bundesverfassungsgericht bereits mit Beschluss vom 17.11.2011 (Az: 1 BvR 3155/09) kritisiert, wonach das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz verletzt ist, wenn auch ein hochkompliziertes und komplexes Spruchverfahren in erster Instanz 18 Jahre dauere und teilweise über einen längeren Zeitraum vom Gericht nicht betrieben werde. Zuvor hatte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (v. 20.2. 2003, 4432/98) in einem überlangen Spruchverfahren eine Menschenrechtsverletzung iSd Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) gesehen und wegen dem betroffenen Beschwerdeführer eine billige Entschädigung nach der EMRK zugesprochen.

Die Verfahrensdauern, die sich im Zuge des Gesetzes zur Neuordnung des gesellschaftsrechtlichen Spruchverfahrens (Spruchverfahrensneuordnungsgesetz) von 2003 nach und nach verkürzen mögen, sind für beide Seiten kritisch zu sehen: zum einen für die Antragsteller, die berechtigterweise irgendwann ihre Zuzahlungen (bzw. zusätzliche Aktien) erhalten wollen und zum anderen auch für die Unternehmen, die jahrelang der Unsicherheit über zusätzliche

Belastungen ausgesetzt sind und eventuell Rückstellungen bilden. Verschärft wird die Lage für die Unternehmen dadurch, dass – wie im Vorschlag erwähnt – nach rechtskräftiger Entscheidung die Zuzahlung für die Dauer des Spruchverfahrens nunmehr mit 5 % über dem Basiszins zu verzinsen ist. (Potentielle) Abfindungserhöhungsrechte im Spruchverfahren, auch von erstklassigen Schuldern, sind damit als Anlage weit attraktiver als jedes Sparbuch. Es ist daher nach Ansicht des Deutschen Aktieninstituts nicht gerechtfertigt, davon auszugehen, dass verklagte Unternehmen „auf Zeit spielen“, wie im Gesetzentwurf zum ARUG¹ angedeutet worden war. Eine Beschleunigung kann nur im allgemeinen Interesse sein. Dies hat im übrigen auch der Bundesrat in seinem Gesetzentwurf vom 30.4.2008² erkannt. **Deshalb unterstützt das Deutsche Aktieninstitut den Vorschlag, die Spruchverfahren schon in erster Instanz beim OLG anzusiedeln.** Die erstinstanzliche Zuständigkeit des Oberlandesgerichts hat den Vorteil, dass sich ein mit mehreren Berufsrichtern besetztes Kollegialorgan mit dem Fall beschäftigt – und das bereits in der ersten Instanz. Dies sichert im Gegensatz zur Kammer für Handelssachen am Landgericht die Kontinuität des Prozesses, die bei der Besetzung mit einem Berufsrichter bei organisatorischen Veränderungen oder Krankheit nicht immer gewährleistet erscheint. Der Vorschlag bedeutet zwar, dass die Überprüfungsinstanz wegfällt. Der Bundesrat hat aber schon in seinem Vorschlag von 2008 ausgeführt, dass zumindest an den Oberlandesgerichten Stuttgart und Dresden eine Rechtsmittelquote von 100 Prozent ermittelbar waren (a.a.O. S. 12):

„Für Spruchverfahren unter Beteiligung von Aktiengesellschaften und Klagen gegen die Wirksamkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen einschließlich der zugehörigen Freigabeverfahren ergab eine Stichprobe im Bezirk des Oberlandesgerichts Stuttgart, dass die Zahl der beim Oberlandesgericht verzeichneten Rechtsmitteleingänge im Jahr 2006 der Zahl der streitigen Entscheidungen der Landgerichte im selben Zeitraum entsprach; im Bereich der Spruchverfahren kam noch ein Rechtsmittel gegen ein Ende des Vorjahres in erster Instanz abgeschlossenes Verfahren hinzu. Dies entspricht einer Rechtsmittelquote von 100 Prozent. Das Ergebnis der Stichprobe wurde durch eine parallele Erhebung beim Oberlandesgericht Dresden bestätigt.“

Diese Stichprobe wundert nicht, da Aktionäre Rechtsmittel quasi risikolos einlegen können, und das Recht dann auch wahrnehmen. Die Gesellschaften tragen in der Regel die Kosten des Verfahrens (vgl. § 15 Abs. 2 SpruchG). Dann ist es aber ohnehin schon Praxis, dass das Oberlandesgericht über die Spruchverfahren entscheidet.

Der Vorschlag des Bundesrats von 2008 sieht jedoch im Gegensatz zum hier zu beurteilenden Vorschlag weiter vor, dass die Rechtsbeschwerde zugelassen werden kann, dort § 12 SpruchG-E:

b) Dem Absatz 1 wird folgender Absatz vorangestellt:

„(1) Gegen die Entscheidung nach § 11 ist die Rechtsbeschwerde statthaft, wenn sie das Oberlandesgericht in dem Beschluss zugelassen hat. Die Rechtsbeschwerde ist zuzulassen, wenn

¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG), v. 21.1.2009 Drs. 16/11642. Begründung zur Änderung des § 305 Abs. 3 AktG: „Die Anpassung der Verzinsung im Aktiengesetz, im Umwandlungsgesetz, im SE-Ausführungsgesetz sowie im SCE-Ausführungsgesetz an die allgemeine Regelung soll dazu beitragen, dass das Spruchverfahren unter finanziellen Gesichtspunkten nicht übermäßig verzögert wird.“

² Entwurf eines Gesetzes zur Einführung erstinstanzlicher Zuständigkeiten des Oberlandesgerichts in aktienrechtlichen Streitigkeiten, Drs. 16/9020.

1. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder
2. die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert.

Die Vorschriften der Zivilprozessordnung über die Rechtsbeschwerde gelten entsprechend, soweit in diesem Gesetz nichts anderes bestimmt ist.“

Es kann für den Rechtsschutz von Antragstellern wie -gegnern sinnvoll sein, in Fällen von grundsätzlicher Bedeutung und in Fällen, die der Fortbildung der Rechtsprechung dienen, eine entsprechende Möglichkeit vorzusehen. **Das Deutsche Aktieninstitut regt daher an zu prüfen, ob die Zulassung einer Rechtsbeschwerde oder Divergenzvorlage möglich sein sollte.**

3. Standort der Änderungen zur nachgeschobenen Nichtigkeitsklage

Gegenüber dem Referentenentwurf wird im Regierungsentwurf der Aktienrechtsnovelle der Standort der vom Deutschen Aktieninstitut sehr begrüßten Regelung zur nachgeschobenen Nichtigkeitsklage verändert. Dem § 249 AktG wird folgender Absatz 3 angefügt:

„(3) Ist die Erhebung einer Klage gegen einen Beschluss der Hauptversammlung gemäß § 246 Absatz 4 Satz 1 bekannt gemacht, so kann ein Aktionär Nichtigkeitsklage gegen diesen Beschluss nur innerhalb eines Monats nach der Bekanntmachung erheben.“ § 249 Abs. 3 AktG-E.

Im Referentenentwurf war der gleiche Wortlaut an § 249 Abs. 2 AktG angefügt worden. Die neue Position hat zur Konsequenz, dass die nachgeschobene Nichtigkeitsklage für den Fall von Aufsichtsratswahlen nicht gilt. § 250 Abs. 3 Satz 1 AktG verweist nur auf § 249 Abs. 2 AktG, nicht auf den neu zu schaffenden Absatz 3. Damit entfele für Aufsichtsratswahlen aber der Ansatzpunkt für die relative Befristung. Dies ist jedoch ein sehr brisantes Gebiet (vgl. Spindler in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 101 AktG Rn. 110 ff), für das in Zukunft nicht zuletzt angesichts der Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex von 2012, viele Klagen zu erwarten sind. Dort wurde die Empfehlung zur Offenlegung von Sachverhalten zur Einschätzung der Unabhängigkeit des Kandidaten eingeführt, die durch ihre Unbestimmtheit einen erheblichen Interpretationsspielraum bieten und Klagen Tür und Tor öffnen. **Das Deutsche Aktieninstitut hofft hierbei auf ein Versehen und bittet um Korrektur entweder durch Aufnahme des § 249 Abs. 3 in § 250 Abs. 3 oder durch Rückkehr zur Version des Referentenentwurfs.**

4. Möglicher noch aufzunehmender Vorschlag: Record Date für Namensaktien

Zuletzt möchte das Deutsche Aktieninstitut anregen, dass zur Verbesserung der Transparenz bei Namensaktien auch bei diesen ein „Record Date“ eingeführt wird und verweist insofern, wie auch im Übrigen, auf seine Stellungnahme³ zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum Gesetz zur Änderung des Aktiengesetzes (Aktienrechtsnovelle 2012) vom Februar 2012.

³ Unter www.dai.de im Bereich Publikationen, Stellungnahmen 2012.

5. Möglicher noch aufzunehmender Vorschlag: "Organschaftsreform" im KStG (Jahressteuergesetz)

Bezüglich der „Organschaftsreform“, bei der die Pflicht zur ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung einer dynamischen Verweisung auf § 302 AktG Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung der Organschaft werden soll, schlägt das Deutsche Aktieninstitut vor, entweder in Zusammenhang mit der Aktienrechtsnovelle oder im Jahressteuergesetz (dort z.B. bei der Übergangsvorschrift) die Regelung aufzunehmen, dass bei einer Anpassung bestehender Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge an das Erfordernis der vertraglichen Vereinbarung einer ausdrücklichen dynamischen Verweisung auf § 302 AktG, die Vorschrift des § 295 AktG nicht anwendbar ist und kein Zustimmungsbeschluss der Hauptversammlung erforderlich ist.

Grund dafür ist, dass es sich typischerweise nicht um eine inhaltliche Änderung des EAV sondern nur um eine Verdeutlichung des Inhalts handeln wird und die Vermutung besteht, dass die Vertragsparteien mit dem Verweis auf § 302 AktG eine dynamische Verweisung vereinbaren wollten.