

Das ARUG und die klagefreudigen Aktionäre: Licht am Ende des Tunnels?

Dr. Erich Waclawik, Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof

Das Bundesministerium der Justiz hat Anfang Mai 2008 den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie („ARUG“) der Öffentlichkeit vorgestellt. Die Pressemitteilung des Ministeriums titelt: „Bundesregierung geht gegen räuberische Aktionäre vor“. Die Bundesjustizministerin wird dort u. a. wie folgt zitiert: „Das Geschäftsmodell von klagefreudigen Aktionären, denen es nicht um das gemeinsame Ganze geht, sondern die mit ihren Klagen lediglich eigene wirtschaftliche Interessen verfolgen, hat ausgedient.“ Der Beitrag geht der Frage nach, ob der Referentenentwurf hält, was die Ministerin verspricht.

I. Einleitung

Schon seit Langem ist bekannt, dass das Recht der aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen missbrauchsanfällig ist und seine Unzulänglichkeit von Berufsklägern (und Berufsnebenintervenienten) gewerblich ausgenutzt wird. Im Jahr 2005 hat der Gesetzgeber mit dem „UMAG“ reagiert. Unter Beibehaltung des Grundprinzips der privaten Individualkontrollklage wurden verschiedene Änderungen im Aktiengesetz mit dem Ziel vorgenommen, das vorherrschende Klagegewerbe einzudämmen. In der Literatur wurde jedoch inzwischen wiederholt darauf hingewiesen, dass die Änderungen nicht in dem erhofften Umfang gegriffen haben. Diese individuellen Beobachtungen sind inzwischen durch empirische Untersuchungen belegt. Es besteht daher weiterhin Reformbedarf. Das ist auch der Standpunkt des Bundesjustizministeriums. Im Rahmen des im Schwerpunkt anderen Zwecken – der Umsetzung der sog. Aktionärsrechterichtlinie – dienenden ARUG nimmt sich das Ministerium erneut des Themas an. Der Referentenentwurf (im Folgenden: RefE-ARUG) wurde mit dem Anspruch der Öffentlichkeit vorgestellt, dem „Geschäftsmodell von klagefreudigen Aktionären“ die Grundlage zu entziehen. Der Beitrag stellt vor, mit welchen Ansätzen der Referentenentwurf dieses Ziel erreichen will, würdigt sie und macht ergänzende Vorschläge.

II. Der Entwurf

Der RefE-ARUG setzt allein bei den im Aktien- und Umwandlungsgesetz geregelten Freigabeverfahren an. Diesem monistischen Ansatz liegt die Annahme zu Grunde, das Problem und der erpresserische Hebel lägen nicht in der Anfechtungsklage selbst, sondern ausschließlich in der Sperrwirkung der Anfechtung gegenüber der Registereintragung. Daraus wird der Schluss gezogen, eine missbrauchsbekämpfende Regelung habe nicht bei der Anfechtung anzusetzen, sondern bei der Eintragung in das Handelsregister. Diesen Grundgedanken setzt der RefE-ARUG mit zwei Maßnahmen um:

1. Erleichterung der Zustellung von Freigabeanträgen

§ 246a Abs. 1 AktG wird um die Aussage ergänzt, dass auf das (Freigabe-)Verfahren die §§ 82, 83 Abs. 1 und 84 ZPO „entsprechende Anwendung“ finden. Entsprechend ergänzt werden auch die Parallelvorschriften der spezialgesetzlich geregelten Freigabeverfahren. Die Ergänzung dient der Bekämpfung des Misstandes, dass von Berufsklägern für die Erhebung von Beschlussmängelklagen mitunter Zweckgesellschaften („Anfechtungsvehikel“) mit Sitz im Ausland (u. a. Niederlande, Dubai und China) eingesetzt werden. Diese Gesellschaften bevollmächtigen ihre Anwälte ausdrücklich nur zur Führung der Beschlussmängelklage, nicht aber für die Abwehr eines etwaigen Freigabeverfahrens. Da das Freigabeverfahren im Verhältnis zur Beschlussmängelklage ein prozessual selbstständiges Verfahren mit einem eigenständigen Streitgegenstand ist, muss – so jedenfalls das Kalkül der Kläger □ der Freigabeantrag den ausländischen Anfechtungsvehikeln und nicht den im Inland ansässigen Anwälten zugestellt werden. Es liegt auf der Hand, dass die Auslandszustellung ein ebenso mühevolleres wie zeitraubendes Vorhaben ist. Da in Beschlussmängelstreitigkeiten vielfach Zeit buchstäblich Geld ist, ist die durch die Auslandszustellung bewirkte Verzögerung bewusster Teil der Strategie der Kläger.

2. Neuformulierung der Freigabevoraussetzungen

Die zweite Neuerung betrifft die Voraussetzungen der Freigabe nach § 246a Abs. 2 AktG und nach den Parallelvorschriften. Sie lautet bisher:

„Ein Beschluss nach Absatz 1 [der Freigabebeschluss] darf nur ergehen, wenn die Klage unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist oder wenn das alsbaldige Wirksamwerden des Hauptversammlungsbeschlusses nach freier Überzeugung des Gerichts unter Berücksichtigung der Schwere der mit der Klage geltend gemachten Rechtsverletzungen zur Abwendung der vom Antragsteller dargelegten wesentlichen Nachteile für die Gesellschaft und ihre Aktionäre vorrangig erscheint.“

Künftig soll § 246a Abs. 2 AktG wie folgt lauten:

„Ein Beschluss nach Absatz 1 darf nur ergehen, wenn

1. die Klage unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist oder

2. die Anteile des Klägers seit Bekanntmachung der Einberufung einen anteiligen Betrag von 100 Euro unterschritten haben oder

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 Rechtsverletzungen entgegensteht.“

Die Neufassung ist klarer gegliedert und damit leichter lesbar als das bisherige Recht. Die Nr. 1 enthält nichts Neues, sondern übernimmt zwei der drei bisherigen Freigabekriterien. Die Neuerungen enthalten die Nr. 2 und die Nr. 3. Ein völliges Novum ist die Nr. 2. Mit ihr wird ein „Bagatellquorum“ in das Freigabeverfahren aufgenommen. Ein Aktionär, dessen Aktienbesitz die Schwelle der Nr. 2 nicht erreicht, kann zwar Anfechtungsklage erheben. Ein gegen ihn gerichteter Freigabebeschluss kann jedoch bereits deshalb ergehen, weil hinter der Klage nur ein geringfügiger Aktienbesitz steht. Die sachliche Rechtfertigung für das Bagatellquorum wird darin gesehen, dass in diesen Fällen der Anfechtungsklage der Missbrauch „deutlich auf der Stirn geschrieben“ stehe. Es müsse daher von vornherein ausgeschlossen sein, dass der geringfügig beteiligte Kläger die Eintragung und Durchführung wichtiger Hauptversammlungsbeschlüsse verhindern könne.

Die Änderungen der Nr. 3 gegenüber der bisherigen Interessenabwägungsklausel erschließen sich erst nach wiederholter vergleichender Lektüre. Zum einen wird eine Nuance stärker herausgestellt („überwiegen“ statt „erforderlich erscheint“), dass in den Fällen der Nr. 3 eine Interessenabwägung stattzufinden hat. Vor allem wird jedoch deutlicher gemacht, welche Bedeutung die mit der Anfechtungsklage geltend gemachten Rechtsverletzungen im Zusammenhang mit der Abwägung haben: Sie stehen der Freigabe nur dann entgegen, wenn sie (besonders) schwerwiegend sind. Das Wichtige daran ist der Umkehrschluss. Der Umstand, dass der

Anfechtungskläger Recht hat, seine Klage also begründet ist, hindert die Freigabe nicht. Bei der Abwägung nach Nr. 3 ist die Begründetheit der Rechtsverletzungen sogar zu unterstellen. Ist die Klage offensichtlich unbegründet, ist ferner bereits die Nr. 1 2. Alt. einschlägig. Die Anwendung der Nr. 3 ist dann nicht erforderlich. In diesem Sinne hatte sich bereits die Begründung des RefE-UMAG geäußert. Die Abwägungsklausel war jedoch in der Praxis nicht durchweg in diesem Sinne angewandt worden.

III. Würdigung

Es ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber schnell auf die Untersuchungen und Zustandsbeschreibungen des Schrifttums reagieren will und sich weniger als drei Jahre nach dem UMAG erneut des fortdauernden Missstands annimmt. Der RefE-ARUG sollte jedoch in einigen Detailpunkten überarbeitet werden (vgl. Abschn. 1). Hiervon losgelöst fordert der Entwurf auch die Erörterung der grundsätzlichen Frage, ob er das von der Ministerin gesteckte Ziel tatsächlich erreichen kann (vgl. Abschn. 2).

1. Verbesserungen im Detail

a) Zustellung von Freigabeanträgen

Der RefE-ARUG will auf das Freigabeverfahren die §§ 82, 83 Abs. 1 und 84 ZPO entsprechend anwenden. Zwar konnte § 82 ZPO schon bisher dahingehend ausgelegt werden, dass das Freigabeverfahren ein nicht ausdrücklich aufgeführtes Nebenverfahren im Sinne der Vorschrift ist. Die gesetzliche Klarstellung schafft jedoch Rechtssicherheit und ist daher sinnvoll. Fraglich ist aber, ob die von dem RefE-ARUG gewählte Formulierung geglückt ist. Die Freigabeverfahren nach den §§ 246a, 319 Abs. 6, 327e Abs. 2 AktG und § 16 Abs. 3 UmwG unterliegen, soweit die genannten Normen selbst keine Verfahrensregeln enthalten, den Vorschriften der ZPO. Es handelt sich bei ihnen nicht um Streitverfahren nach dem FGG. Die Vorschriften (u. a.) des 1. Buchs der ZPO, also auch die §§ 78 ff. ZPO, finden daher auf alle Freigabeverfahren subsidiär Anwendung. Eine gesetzliche Berufung der §§ 83 f. ZPO zur „entsprechenden Anwendung“ ist daher nicht notwendig. Auch § 82 ZPO ist grundsätzlich anzuwenden. Bei dieser Vorschrift stellt sich allerdings der erwähnte Auslegungszweifel, ob die Freigabeverfahren Nebenverfahren zu dem bzw. den Beschlussmängelprozessen sind. Es erscheint nahe liegend, § 82 ZPO wie folgt zu ergänzen: „... sowie für Freigabeverfahren nach den §§ 246a, 319 Abs. 6 (auch i.V.m. § 327e Abs. 2) AktG und § 16 Abs. 3 UmwG.“ Damit würde der Zweifel gleichsam an der Wurzel beseitigt und die Pirouette der Analogie vermieden. Zugleich wäre ausdrücklich zum Ausdruck gebracht, dass es sich bei den Freigabeverfahren prozessual um Nebenverfahren zu den Beschlussmängelklagen handelt.

b) Das neue „Bagatellquorum“

Das „Bagatellquorum“ der Nr. 2 ist ein echtes Novum. Der RefE-ARUG erkennt damit an, dass die Innehabung nur einer einzigen Aktie oder eines Aktienbesitzes, der den gesetzlichen Schwellenwert nicht erreicht, dem Aktionär nur eine eingeschränkte prozessuale Kontrollbefugnis vermittelt. Das ist nicht weniger als das teilweise Abrücken von dem bisherigen, gegenteiligen Dogma. Der Entwurf setzt allerdings nicht unmittelbar bei der Klagebefugnis an. Er wählt vielmehr einen indirekten Ansatz: Auch der „Miniaktionär“ darf klagen. Soweit jedoch im Einzelfall das Freigabeverfahren eröffnet ist, kann ein Freigabebeschluss ihm gegenüber bereits deshalb ergehen, weil der Kläger nur über eine geringfügige Beteiligung verfügt. Mit dieser Änderung hat der Entwurf die verbreitete Praxis der Berufskläger im Blick, sich von allen interessanten börsennotierten Aktiengesellschaften eine einzige oder nur wenige Aktien zu beschaffen („Splitterbeteiligungen“). Diese Splitterbeteiligungen machen als Kapitalanlage keinen Sinn, sondern dienen allein als Grundlage für die Erhebung von Beschlussmängelklagen. Die aus dem RefE-ARUG erkennbare Tendenz ist zu begrüßen. Ob allerdings dem durch den Entwurf gewählten indirekten Ansatz beizupflichten ist, wird sogleich hinterfragt werden. Zunächst gibt die Formulierung der Nr. 2 jedoch zu vier Bemerkungen Anlass:

aa) Nennbetragsaktien

Die Nr. 2 hat, wie die Formulierung „anteiliger Betrag“ zeigt, allein Stückaktien im Blick. Es erscheint nicht zweifelhaft, dass der RefE-ARUG jedoch auch Aktiengesellschaften erfassen will, die Nennbetragsaktien ausgegeben haben. Es empfiehlt sich dennoch, das klarzustellen („... einen Nennwert oder einen anteiligen Betrag des Grundkapitals von 100 Euro ...“). Zudem könnte im Rahmen der §§ 246a, 319 Abs. 6 AktG an Stelle von „Anteilen“ auch von „Aktien“ gesprochen werden, da andere Gesellschaftsanteile bei diesen Verfahren nicht in Betracht kommen.

bb) Höhe des Schwellenwertes

Es ist der erklärte Wille des RefE-ARUG, Beschlussmängelklagen von Aktionären, die nur über Splitterbeteiligungen verfügen, im Wege des Freigabeverfahrens überwinden zu können. Demgegenüber sollen Aktienpakete, die eine sinnvolle Kapitalanlage darstellen, auch künftig ein vollwertiges Klagerecht vermitteln. Es lässt sich trefflich darüber streiten, wo die Grenze zwischen „Splitterbeteiligungen“ und sinnvoller Kapitalanlage verläuft. Die von dem Entwurf vorgeschlagene Wertgrenze von Euro 100 ist aber – trotz dieser Ungewissheit – zu niedrig. Sie geht von dem Gedanken aus, dass der Börsenwert der das Bagatellquorum erreichenden Aktien rund Euro 1.000 bis 2.000 beträgt. Man tut aber auch Kleinanlegern kein Unrecht, wenn man bestreitet, dass Euro 1.000 bis 2.000 ein sinnvolles Volumen für eine Direktanlage in eine Einzelaktie ist. Bei vielen Banken entstehen bei solchen geringen Ordervolumina auf Grund von Mindestgebühren erhebliche An- und Verkaufskosten. Der fünf- bis zehnfache Betrag sollte daher schon investiert werden können. Übertragen auf den Schwellenwert des Entwurfs bedeutet dies, dass die „Bagatellgrenze“ mindestens Euro 500, besser aber Euro 1.000, betragen sollte.

Mit einer solchermaßen erhöhten Bagatellgrenze würde es zugleich auch den vermögenden Berufsklägern erschwert, sich ein flächendeckendes „Anfechtungsportfolio“ börsennotierter Aktien inlandsansässiger Gesellschaften zuzulegen. Ferner ist bei der Bestimmung des Bagatellquorums zu bedenken, dass in der Praxis häufig eine Mehr- oder gar Vielzahl von Anfechtungsklagen erhoben wird. Der Freigabeantrag ist gegen alle Kläger zu richten. Er hat daher nur dann Erfolg, wenn im Hinblick auf jede einzelne Beschlussmängelklage ein Freigabebegründ festgestellt werden kann. Bezogen auf den geplanten Freigabebegründ der Splitterbeteiligung bedeutet dies, dass bereits ein einziger Kläger, dessen Aktienbesitz das Bagatellquorum überschreitet, den Erfolg des Freigabeverfahrens verhindert, sofern im Hinblick auf seine Klage kein anderer Freigabebegründ greift. Bleibt das Bagatellquorum so niedrig, wie von dem RefE-ARUG vorgeschlagen, so dürfte der Freigabebegründ in der Praxis bereits aus diesem Grund in vielen Fällen leerlaufen.

cc) Folgen eines Hinzuerwerbs?

Nach der Nr. 2 soll ein Freigabebeschluss (nur) dann ergehen können, wenn „die Anteile des Klägers seit Bekanntmachung der Einberufung einen anteiligen Betrag von 100 Euro unterschritten haben“. Nimmt man die Formulierung wörtlich, so darf die Beteiligung des Klägers in dem Zeitraum von der Bekanntmachung der Einberufung an bis zum Ergehen des Freigabebeschlusses das Bagatellquorum weder erreichen noch überschreiten. Ein nur einmaliges Erreichen oder Überschreiten des Bagatellquorums innerhalb dieses Zeitintervalls schließt die Anwendung der Nr. 2 aus. Das Bagatellquorum lässt sich daher leicht umgehen. Derjenige Anfechtungskläger, der nur über eine Splitterbeteiligung unterhalb des Bagatellquorums verfügt, kann seine Klage durch die Aufstockung seiner Beteiligung gegen die Anwendung des Quorums immunisieren. Angesichts des niedrigen Schwellenwerts ist dafür nur ein geringer Kapitaleinsatz erforderlich.

Die Nr. 2 sollte daher so formuliert werden, dass diese zweckwidrige Immunisierung ausgeschlossen ist. Es könnte □ statt auf ein Zeitintervall □ auf einen Zeitpunkt abgestellt werden. Sinnvoll wäre das Abstellen auf den Tag vor der Bekanntmachung der Einberufung

(„... die Anteile des Klägers am Tag vor der Bekanntmachung der Einberufung einen anteiligen Betrag von 100 Euro unterschritten haben ...“). Der Hinzuerwerb von Aktien zu einem späteren Zeitpunkt würde dann die Anwendung der Bagatellklausel nicht mehr hindern. Zu entscheiden ist ferner, wie mit dem Fall umzugehen ist, dass ein klagender Aktionär am Tag vor der Bekanntmachung der Einladung eine den gesetzlichen Schwellenwert übersteigende Beteiligung hält, aber vor dem Ergehen des Freigabebeschlusses den Schwellenwert durch eine Teilveräußerung seiner Aktien unterschreitet. Der Tendenz des RefE-ARUG dürfte es entsprechen, die Bagatellklausel so zu formulieren, dass sie anwendbar ist („... oder bis zum Ergehen des Freigabebeschlusses unterschreiten ...“). Zur Vereinfachung der Vorschrift und zur Vermeidung von Nachweisschwierigkeiten erscheint es allerdings hinnehmbar, in diesen Fällen das volle Klagerecht fortbestehen zu lassen.

dd) Klagen gemäß § 245 Nr. 4 f. AktG

Der RefE-ARUG spricht in der Nr. 2 neutral von dem „Kläger“. Der Wortlaut der Bagatellklausel erfasst daher auch die nach § 245 Nr. 4 und Nr. 5 AktG durch den Vorstand oder durch Mitglieder von Vorstand oder Aufsichtsrat erhobenen Klagen. Es dürfte nicht dem Willen des Entwurfs entsprechen, dass auch in diesen Fällen die Bagatellklausel eingreift. In diesen Sonderfällen ist ein Aktienbesitz nämlich keine Klagevoraussetzung. Es sollte daher eine klarstellende Formulierung gewählt werden („... die Aktien des klagenden Aktionärs ...“).

c) Interessenabwägungsklausel

Die Neufassung der Interessenabwägungsklausel (Nr. 3) hat die Aufgabe, das schon von dem Gesetzgeber des UMAG Gewollte, aber nur in der Begründung des Regierungsentwurfs Formulierte, zu kodifizieren. Die Neufassung enthält folgende, bereits eingangs angedeutete Änderungen:

- Durch die Verwendung des Wortes „überwiegen“ und durch die erstmalige Erwähnung der „Nachteile für den Antragsgegner“ (nicht anderer Aktionäre) wird deutlicher als bisher gemacht, dass eine Abwägung der Nachteile für den Antragsgegner (= Kläger) einerseits und für die Gesellschaft und ihre Aktionäre andererseits stattzufinden hat.
- Die Schwere der mit der Beschlussmängelklage geltend gemachten Rechtsverletzungen hat allein negative Funktion. Nur dann, wenn mit der Klage schwerwiegenden Rechtsverletzungen vorgebracht werden, kann das Überwiegen des Unternehmensinteresses den Erlass des Freigabebeschlusses nicht begründen. Der „schlicht rechtswidrige Hauptversammlungsbeschluss“ kann somit durch das Freigabeverfahren zur Eintragung in das Handelsregister gebracht werden.

Die Präzisierung der Interessenabwägungsklausel ist zu begrüßen. Über zwei Detailpunkte sollte allerdings noch nachgedacht werden:

aa) Freie Überzeugung des Gerichts?

Sowohl die alte als auch die neue Fassung der Interessenabwägungsklausel enthalten die Wendung „nach freier Überzeugung des Gerichts“. Sie passte für die bisherige Klausel, da in ihr nur die Gesichtspunkte aufgezählt wurden („... unter Berücksichtigung der ...“), die von dem Gericht bei seiner Überzeugungsbildung bedacht werden müssen. Die neue Fassung geht darüber hinaus. Die Freiheit der Überzeugungsbildung wird durch die neue Klausel eingeschränkt: Sie bezieht sich „nur“ auf den Vorgang der Nachteilsabwägung, nicht aber auf die Anwendung der Nr. 3 insgesamt. Sind die von dem Kläger geltend gemachten Rechtsverletzungen schwer, so verbietet die Nr. 3 die Freigabe auch dann, wenn das Gericht von dem Überwiegen des Unternehmensinteresses an der Beschlusseintragung überzeugt ist. Die Wendung „nach freier Überzeugung des Gerichts“ ist daher in der Entwurfsfassung zumindest missverständlich. Es empfiehlt sich, sie zu streichen.

bb) Abgrenzung von Nr. 3 zu Nr. 1 2. Alt.

Die Nr. 3 spricht von den mit „der Klage geltend gemachten Rechtsverletzungen“. Das bedeutet, dass die Anwendungssperre der schweren Rechtsverletzung bereits dann greift, wenn der Kläger eine schwere Rechtsverletzung schlüssig vorträgt. Nicht notwendig ist hingegen, dass tatsächlich eine schwere Rechtsverletzung vorliegt. Zwar hat auch im Freigabeverfahren eine rechtliche Vollprüfung des Falls – also keine bloße kursorische Rechtsprüfung – zu erfolgen. Allerdings wird die Tiefe der Sachverhaltsermittlung im Freigabeverfahren regelmäßig hinter derjenigen im Hauptsacheprozess zurückbleiben. Insbesondere ist die bloße Glaubhaftmachung von Tatsachen statthaft. Die weitergehende Sachverhaltsermittlung im Hauptsacheverfahren kann daher den Kläger widerlegen. Aber auch die Rechtsprüfung im Freigabeverfahren kann ergeben, dass die formal schlüssige Rüge einer schweren Rechtsverletzung gleichwohl offensichtlich unbegründet ist. In diesem Fall ist die Freigabe bereits nach Nr. 1 2. Alt. des Entwurfs möglich. Dem würde es widersprechen, wenn die offensichtlich unbegründete Rüge im Rahmen der Nr. 3 Sperrwirkung entfalten und der Freigabebeschluss daher nicht zugleich auf ein überwiegendes Vollzugsinteresse der Gesellschaft gestützt werden könnte. Es sollte eine entsprechende Klarstellung in das Gesetz aufgenommen werden („... und der Eintragung nicht die Schwere der mit der Klage geltend gemachten, nicht offensichtlich unbegründeten Rechtsverletzungen entgegensteht.“).

d) Ausdehnung des Freigabeverfahrens nach § 246a AktG?

Der RefE-ARUG setzt auf die Effektivierung der Freigabeverfahren. Es überrascht daher, dass der Entwurf den Anwendungsbereich des § 246a AktG unverändert lässt. Die Vorschrift statuiert heute und auch nach dem Entwurf kein „allgemeines Freigabeverfahren“, das alle von den §§ 319 Abs. 6, 327e Abs. 2 AktG, 16 Abs. 3 UmwG nicht erfassten, eintragungsbedürftigen Beschlüsse abdeckt. Nach § 246a Abs. 1 AktG gilt es „nur“ für Beschlüsse über Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und -herabsetzung sowie für Beschlüsse über Unternehmensverträge. Damit wird zwar ein erheblicher Teil der anfechtungsträchtigen Hauptversammlungsbeschlüsse abgedeckt. Die in § 246a Abs. 1 AktG getroffene Auswahl trägt dennoch eklektische Züge. Auch jenseits des bislang erfassten Bereichs gibt es viele eintragungsbedürftige Beschlüsse, bei denen die Beschleunigung der Handelsregistereintragung durch ein Freigabeverfahren wünschenswert wäre. Ein Beispiel: Der Übergang von einer dualen Kapitalstruktur mit Vorzugs- und Stammaktien zu einer reinen Stammaktienstruktur kann durch Beschluss der Hauptversammlung über die Aufhebung des Vorzugs (nebst Sonderbeschluss der Vorzugsaktionäre, § 141 AktG) erfolgen. Die Neuordnung der Kapitalstruktur hat ein erhebliches Vereinfachungs- und Kostenkürzungspotenzial. Es handelt sich daher um einen Beschluss, dessen Anfechtung für Berufskläger interessant ist. Gleichwohl wird er von § 246a Abs. 1 AktG nicht erfasst, da es sich nicht um eine Maßnahme der Kapitalbeschaffung oder -herabsetzung handelt. Die durch den RefE-ARUG in Aussicht genommene Verschärfung des § 246a AktG könnte daher zu Ausweicheffekten führen. Die Anfechtung solcher und vergleichbarer Beschlüsse dürfte daher künftig noch interessanter werden.

Es wäre vor diesem Hintergrund eine stimmige Ergänzung des von dem RefE-ARUG verfolgten Konzepts, den Anwendungsbereich des § 246a AktG auf alle eintragungsbedürftigen Beschlüsse auszudehnen. Ausweicheffekte würden dadurch vermieden. Ferner würde der unbefriedigende Zustand beseitigt, dass es eintragungsbedürftige Hauptversammlungsbeschlüsse erster Klasse (mit Freigabeverfahren) und zweiter Klasse (ohne Freigabeverfahren) gibt. Falls mit diesem „allgemeinen Freigabeverfahren“ auch eintragungsbedürftige Beschlüsse erfasst würden, deren Eintragung tatsächlich weniger dringlich ist, würde dem durch die Praxis entweder dadurch Rechnung getragen, dass die beklagte Gesellschaft keinen Freigabeantrag stellt. In diese Richtung disziplinierend wirkt der finanzielle und organisatorische Aufwand, der mit der Durchführung eines Freigabeverfahrens verbunden ist. Falls die Gesellschaft diesen Aufwand dennoch nicht scheut, kann eine mindere Dringlichkeit im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt werden und einer Freigabe im Einzelfall entgegenstehen.

Die Wirkung des Freigabebeschlusses sollte schließlich auch auf „Nebenbeschlüsse“ erstreckt werden, die in einem engen sachlichen Zusammenhang mit dem eintragungsbedürftigen Beschluss stehen. Praktischer Bedarf hierfür ist in jüngerer Vergangenheit vor allem

dann hervortreten, wenn die Hauptversammlung eine Ermächtigung des Vorstands zur Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen beschließt und die Rechte der Anleihegläubiger zum Bezug von Aktien der Gesellschaft aus einem „mitbeschlossenen“ bedingten Kapital bedient werden sollen. Werden solche Finanzierungsbeschlüsse angefochten – was sehr häufig geschieht □, hat nach dem Wortlaut und dem bisherigen Konzept des § 246a AktG ein dagegen gerichtetes, erfolgreiches Freigabeverfahren nur Wirkung im Hinblick auf die Schaffung des bedingten Kapitals, nicht aber im Hinblick auf die nicht eintragungsbedürftige Ermächtigung zur Ausgabe der Wandelanleihen. Das Freigabeverfahren läuft letztlich leer. Die durch den RefE-ARUG geplante Änderung des § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG entschärft diesen Musterfall zwar etwas. Das Grundproblem, das sich auch in anderen, vergleichbaren Fällen stellen kann, wird dadurch jedoch nicht beseitigt.

2. Grundsatzkritik

Die Bewertung eines Gesetzentwurfs wird maßgeblich davon bestimmt, mit welchem Anspruch er präsentiert wird. Ginge es dem RefE-ARUG um eine bloße Detailkorrektur an dem bestehenden System des Beschlussanfechtungsrechts, so wäre keine Kritik, sondern grundsätzliche Zustimmung angezeigt. Da das ARUG jedoch – wie eingangs erwähnt □ weit mehr will, nämlich das Ende der gewerblichen Beschlussanfechtung, fällt die Beurteilung anders aus: Nach dem UMAG droht mit dem ARUG ein neuerlicher Fehlschlag. Das Risiko des Scheiterns wird bereits dadurch heraufbeschworen, dass der RefE-ARUG von einer falschen oder zumindest unvollständigen Diagnose ausgeht. Wie bereits erwähnt, meinen die Verfasser des Entwurfs, das eigentliche Problem liege nicht in der Anfechtungsklage, sondern ausschließlich in der Sperrwirkung der Anfechtung gegenüber der Registereintragung. Diese Diagnose ist nicht richtig gestellt.

Das sei an einem aktuellen Beispiel aus der Praxis illustriert: Am 14. Februar 2008 hat die Hauptversammlung der Jagenberg AG, Krefeld, einen Beschluss nach den §§ 327a ff. AktG über den Ausschluss ihrer Minderheitsaktionäre (sog. Squeeze out) gefasst. Bei der Jagenberg AG handelt es sich um eine kleine börsennotierte Gesellschaft mit einem Konzernumsatz 2007 von rund Euro 150 Mio. Gleichwohl musste die Gesellschaft am 5. Mai 2008 gemäß § 246 Abs. 4 Satz 1 AktG bekannt geben, dass 13 Aktionäre gegen den Übertragungsbeschluss bei dem Landgericht Krefeld Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen erhoben haben. Eine Verfahrensverbindung nach § 246 Abs. 3 Satz 5 AktG ist noch nicht erfolgt. Das Landgericht hat das schriftliche Vorverfahren angeordnet. Ein Termin zur mündlichen Verhandlung wurde noch nicht bestimmt. Es dürfte für die mit dem Entwurf befassten Vertreter des Bundesjustizministeriums aufschlussreich sein, mit dem Vorstand der Gesellschaft das Gespräch zu suchen und seine Antwort auf die Diagnose zu hören, er bzw. seine Gesellschaft leide ausschließlich an der Sperrwirkung der Anfechtung.

Es spricht viel dafür, dass der Vorstand ein erheblich ausgedehnteres Leiden beklagen würde: Der Vorstand würde die Schilderung seiner Beschwerden möglicherweise damit beginnen, dass er gezwungen gewesen sei, eine Großkanzlei mit der Abwehr der Anfechtungsklagen zu beauftragen. Ein Partner und mehrere angestellte Rechtsanwälte der Kanzlei würden derzeit (auf Zeithonorarbasis) an der Klageerwidlung und – vor allem □ dem Freigabeantrag arbeiten. Für die Mitwirkung an dem Freigabeantrag, namentlich für die Darlegung des überwiegenden Vollzugsinteresses, müsse er einen Mitarbeiter abstellen, den er eigentlich dringend im Tagesgeschäft benötigen würde. Weiter leide er darunter, dass die 13 Klagen erst einmal ausgeschrieben werden sollen (schriftliches Vorverfahren, § 276 ZPO) und er dem Hauptaktionär nicht die mindeste Vorstellung vermitteln könne, wann es zur mündlichen Verhandlung und zu einem erstinstanzlichen Urteil kommen werde. Ferner könnte er sein Unbehagen zum Ausdruck bringen, dass das angerufene Gericht und die dort zuständige KfH nur selten mit aktienrechtlichen Fällen zu tun hätten, von einem Fall dieser Größe ganz zu schweigen. Wie die KfH mit dem Freigabeantrag in der Sache und unter zeitlichem Aspekt umgehen werde, sei ebenfalls ungewiss; möglicherweise sei es das erste Verfahren dieser Art für die KfH überhaupt.

Die Diagnose ist daher zu erweitern: Selbstverständlich leiden vor allem die börsennotierten Aktiengesellschaften an der Sperrwirkung der Anfechtung. Sie – und die angerufenen Gerichte □ leiden aber mindestens in der gleichen Weise an der schieren Masse der Beschlussmängelklagen, die sie vor ganz erhebliche finanzielle und logistische Herausforderungen stellen. Der Umstand, dass im Einzelfall ein Freigabeverfahren eröffnet ist, verbessert diesen Befund nicht. Im Gegenteil: Das Freigabeverfahren selbst ist ein zeit-, personal- und kostenträchtiges Verfahren, das den Aufwand der Gesellschaft weiter erhöht und naturgemäß mit dem Risiko eines Fehlschlags behaftet ist. Was würde sich an dem Beispiel ändern, wenn das ARUG in der vorliegenden Entwurfsfassung Gesetz würde? Die realistische Antwort ist: praktisch nichts. Die Zahl der Klagen dürfte nicht abnehmen, der Aufwand für die Gesellschaft kaum kleiner werden. Allenfalls könnte der Optimismus des Vorstands steigen, (irgendwann) im Freigabeverfahren zu obsiegen. Das Ende des heutigen Klagegewerbes wäre nicht in Sicht.

IV. Ergänzende Vorschläge

Kritik provoziert die Gegenfrage, was die bessere Alternative ist. Die Nachbesserungen an § 246a AktG und den speziellen Freigabeverfahren durch den RefE-ARUG sind, von den erörterten Details abgesehen, durchaus sinnvoll. Es geht daher nicht darum, den Gesetzgeber von einer Überarbeitung der Freigabeverfahren abzubringen. Allerdings sind flankierende Regelungen erforderlich, um zu einer effektiven Eindämmung der gewerblichen Nutzung von Beschlussmängelklagen zu kommen. Sie sollten an den folgenden Stellen ansetzen:

1. Abschied von der Idee der Einzelaktie als Recht zur Kontrollklage

Wie an Hand des Beispielsfalls aufgezeigt, sollte der Gesetzgeber nicht nur darüber nachdenken, wie angefochtene, eintragungsbedürftige Beschlüsse möglichst schnell zur Eintragung in das Handelsregister gebracht werden können. Notwendig ist darüber hinaus ein Ansatz, mit dem die Zahl der Beschlussmängelklagen deutlich reduziert werden kann. Will man hier wirklich vorankommen, so führt an der Einführung eines Aktienquorums bei Beschlussmängelklagen kein Weg vorbei. Der RefE-ARUG beschreitet mit dem Bagatellquorum im Freigabeverfahren bereits den Weg in diese Richtung. Er bleibt aber auf halbem Weg stehen. Der Entwurf hält die Illusion aufrecht, dass jede einzelne Aktie das Recht zur Beschlussanfechtung verbrieft. Er wertet es aber zugleich als Fortschritt, dass der bagatellbeteiligte Kleinaktionär in dem Bereich der Freigabeverfahren nur noch ein Klagerecht zweiter Klasse besitzt, obwohl er in der Sache durchaus Recht haben kann. Es erscheint demgegenüber sowohl konsequenter als auch letztlich ehrlicher, dem Kleinaktionär von vornherein zu sagen, dass er – jedenfalls allein □ nicht mehr klagen darf. Mit einer „Entrechtung“ der Kleinaktionäre hätte ein solcher Schritt nichts zu tun. Das Recht, Anfechtungsklage zu erheben, gehört nicht zu dem unentziehbaren Kernbestand der Mitgliedschaft eines Aktionärs. Der Gesetzgeber könnte jederzeit das System der privaten Individualkontrollklage vollständig abschaffen, so lange er ersatzweise für eine effektive staatliche Beschlusskontrolle sorgt. Die Aktionäre sind mit dem Recht zur Kontrollklage nur beliehen. Für eine solche Beleihung ist aber nur insoweit Raum, wie das System der privaten Beschlusskontrolle nicht in seiner Funktionsfähigkeit beeinträchtigt wird.

Auch das gegen ein Aktienquorum vorgebrachte Hauptargument, es arbeite mit einem „Rasenmäherprinzip“, das berechnete wie unberechtigte Beschlussmängelklagen von Kleinaktionären gleichermaßen untersage, verfängt ebenfalls nicht. Es richtet sich der Sache nach ebenso gegen das von dem RefE-ARUG vorgeschlagenen Bagatellquorum im Freigabeverfahren. Das Argument lässt sich zudem dadurch relativieren, dass eine Sammelklage von Kleinaktionären zugelassen wird, die gemeinsam das Aktienquorum überschreiten. Auch der Einzelaktionär, dessen Aktienbesitz das Quorum übersteigt, könnte klagebefugt bleiben. Als Vorbild eines solchen Modells könnte die Organhaftungsklage durch Aktionäre dienen, die der Gesetzgeber des UMAG in § 148 AktG eingeführt hat. Das dortige Modell, das zudem ein Klagezulassungsverfahren vorsieht, lässt sich ohne besondere gesetzestechnische Schwierigkeiten auf das Recht der Beschlussanfechtung übertragen. Das soll folgendes Beispiel eines entsprechend angepassten § 246 AktG [„Klagezulassung und Anfechtungsklage“] zeigen:

„(1) Aktionäre, deren Aktien im Zeitpunkt der Antragstellung zusammen den einhundertsten Teil des Grundkapitals oder einen anteiligen Betrag von 100.000 Euro erreichen, können innerhalb eines Monats nach der Beschlussfassung die Zulassung beantragen, Anfechtungsgründe im Sinne des § 243 AktG gegen die Beschlusswirksamkeit geltend zu machen. 2Der Antrag ist gegen die Gesellschaft zu richten. 3Die Gesellschaft wird durch Vorstand und Aufsichtsrat vertreten. 4Das Gericht lässt die Klage zu, wenn

1. die Aktionäre nachweisen, dass sie jeweils nach § 245 AktG anfechtungsbefugt sind,
2. Tatsachen substantiiert vorgetragen werden, die den Verdacht des Vorliegens von Anfechtungsgründen begründen,
3. der Erhebung der Klage der Einwand des Rechtsmissbrauchs nicht entgegensteht.

(2) 1Über den Antrag auf Zulassung der Anfechtungsklage entscheidet das Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, durch Beschluss. 2Ist bei dem Landgericht eine Kammer für Handelssachen gebildet, so entscheidet sie an Stelle der Zivilkammer; § 142 Abs. 5 Satz 5 und 6 gilt entsprechend. 3Vor der Entscheidung hat das Gericht der Gesellschaft Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. 4Gegen die Entscheidung findet die sofortige Beschwerde statt. 5Die Rechtsbeschwerde ist ausgeschlossen.

(3) 1Hat das Gericht dem Antrag stattgegeben, kann die Anfechtungsklage nur binnen eines Monats nach dem Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung vor dem nach Absatz 2 zuständigen Gericht erhoben werden. 2Eine Nebenintervention durch Aktionäre ist nach Zulassung der Klage nicht mehr möglich. 3Mehrere Anfechtungsklagen sind zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden.

(4) 1Klagt der Vorstand, ein Vorstandsmitglied oder ein Mitglied des Aufsichtsrats, so bedarf es vor der Klageerhebung nicht der Durchführung des Antragsverfahrens nach den Absätzen 1 bis 3. 2Die Klage ist innerhalb eines Monats nach der Beschlussfassung zu erheben. 3Im Fall der Klage durch den Vorstand oder durch ein Vorstandsmitglied wird die Gesellschaft durch den Aufsichtsrat, im Fall der Klage eines Mitglieds des Aufsichtsrats durch den Vorstand vertreten.

(5) 1Die Kosten des Zulassungsverfahrens hat der Antragsteller zu tragen, soweit sein Antrag abgewiesen wird. 2Im Übrigen ist über die Kostentragung im Endurteil zu entscheiden. 3Wird die Anfechtungsklage ganz oder teilweise abgewiesen, hat die Gesellschaft den Klägern die von diesen zu tragenden Kosten zu erstatten, sofern nicht die Kläger die Zulassung durch vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtigen Vortrag erwirkt haben. 4Gemeinsam als Antragsteller oder im Klageverfahren als notwendige Streitgenossen handelnde Aktionäre erhalten insgesamt nur die Kosten eines Bevollmächtigten erstattet, soweit nicht ein weiterer Bevollmächtigter zur Rechtsverfolgung unerlässlich war.

(6) 1Der Vorstand hat die Stellung des Antrages nach Absatz 1, die Erhebung der Klage nach Absatz 3 und den Termin zur mündlichen Verhandlung unverzüglich in den Gesellschaftsblättern bekanntzumachen. 2Ein Aktionär kann sich als Nebenintervenient nur innerhalb eines Monats nach der Bekanntmachung an der Klage beteiligen, soweit nicht bereits Abs. 3 Satz 2 den Beitritt ausschließt.“

Der Vorschlag lehnt sich auch im Hinblick auf die Schwellenwerte an § 148 AktG an. Die Vorschrift hat seit ihrer Einführung durch das UMAG allerdings keine große praktische Bedeutung erlangt. Neben der noch relativ kurzen Geltungsdauer könnte der Grund dafür sein, dass die Schwellenwerte zu hoch angesetzt sind. Die allgemeine Herabsetzung der Schwellenwerte oder die Einführung signifikant niedrigerer Schwellenwerte bei börsennotierten Aktiengesellschaften ist daher zu erwägen. Denkbar wäre bspw. die Beibehaltung der bisherigen Schwellenwerte für nicht börsennotierte Aktiengesellschaften, andererseits aber die Absenkung der Schwellenwerte bei börsennotierten Gesellschaften um den Faktor 100 (= 0,01 % des Grundkapitals oder anteiliger Betrag von Euro 1.000). Damit würde einerseits die Beteiligungshürde für Beschlussmängelklagen deutlich heraufgesetzt. Andererseits wäre die Hürde nicht so hoch, dass Beschlussmängelklagen faktisch abgeschafft würden. Zu erwägen wäre ferner, § 148 AktG entsprechend anzupassen, da für unterschiedliche Schwellenwerte in den Bereichen der Beschlusskontrolle und der Organhaftung keine Sachgründe ersichtlich sind. Ferner wäre die Bagatellklausel in § 246a Abs. 2 Nr. 2 AktG-E und in den Parallelvorschriften zu streichen, da man sie auf der Grundlage der hier vorgeschlagenen Lösung dort nicht benötigen würde.

2. Reform des Verfahrensrechts

Der geschilderte Praxisfall legt ferner die Einsicht nahe, dass eine effektive Reform des Beschlussanfechtungsrechts nicht allein bei dem materiellen Rechts ansetzen darf. Die Reformaufgabe hat auch eine verfahrensrechtliche Dimension. Drei Ziele erscheinen erstrebenswert:

- Verfahrensbeschleunigung durch Verkürzung des Rechtszuges in Beschlussmängelsachen um eine Instanz.
- Erstinstanzliche Zuweisung der Beschlussmängelklagen und Freigabeverfahren an einen mit drei Berufsrichtern besetzten Spruchkörper.
- Bundesweite, erstinstanzliche Zuständigkeitskonzentration bei nur wenigen Gerichten, verbunden mit der Abschaffung des derzeitigen Partikularrechts (§§ 246 Abs. 3 Satz 3, 142 Abs. 5 Sätze 5 f. AktG i.V.m. verschiedenen KonzentrationsVO einzelner Länder).

Diese Ziele können dadurch erreicht werden, dass die Eingangszuständigkeit für Beschlussmängelklagen von den Landgerichten auf die Oberlandesgerichte verlagert wird. In diese Richtung weist ein Gesetzesantrag der Länder Baden-Württemberg und Sachsen (vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Einführung erstinstanzlicher Zuständigkeiten des Oberlandesgerichts in aktienrechtlichen Streitigkeiten vom 12. Dezember 2007, BR-Drs. 901/07). Er bezieht auch die Spruchverfahren in die Reformüberlegungen ein. Die Besprechung der Einzelheiten dieser Gesetzesinitiative wäre Gegenstand eines eigenen Beitrags. Hier ist nur Raum für wenige Bemerkungen: Der Entwurf verfolgt auf der verfahrensrechtlichen Ebene den richtigen Ansatz. Er ist für eine effektive Reform des Beschlussanfechtungsrechts mindestens ebenso bedeutsam wie die Detailkorrekturen, die der RefE-ARUG in dem Bereich der Freigabeverfahren vornehmen will. Es wäre daher erfreulich, wenn er das Gesetzgebungsverfahren erfolgreich durchlaufen würde. Im Rahmen dieses Gesetzesprojekts könnte zugleich die Einführung des Aktienquorums angegangen werden, da hierfür im Rahmen des ARUG wohl weder Raum noch Zeit vorhanden ist.

Inhaltlich ist zu dem Entwurf anzumerken, dass Freigabeverfahren künftig erst- und letztinstanzlich bei den Oberlandesgerichten angesiedelt werden sollen. Die Eingangszuständigkeit der Oberlandesgerichte ist auch für die Freigabeverfahren sinnvoll. Demgegenüber erscheint es empfehlenswert, gegen den Freigabebeschluss des Oberlandesgerichts (oder seine Ablehnung) das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof zuzulassen. Schon nach dem geltenden Recht ist es nicht unbedingt glücklich, dass der Rechtszug in diesen wichtigen Verfahren bei den Oberlandesgerichten endet. Die Wahrung der Rechtseinheit auf diesem Gebiet ist damit nicht gesichert. Dieses Ziel ist aber wichtiger als eine weitere Verfahrensbeschleunigung durch den Ausschluss jedes Rechtsmittels. Allerdings sollte durch eine Zurückweisungsmöglichkeit nach dem Modell des § 552a ZPO gewährleistet werden, dass sich der Bundesgerichtshof nur mit denjenigen Freigabeverfahren näher beschäftigen muss, bei denen das tatsächlich notwendig ist.

V. Resümee

1. Der RefE-ARUG enthält sinnvolle Detailkorrekturen im Recht der aktien- und umwandlungsrechtlichen Freigabeverfahren. Dem Anspruch, die gewerbliche Nutzung der Beschlussanfechtung abzustellen, wird er jedoch nicht gerecht. Dazu ist der von dem Entwurf verfolgte Ansatz zu eindimensional.

2. Das heutige Beschlussanfechtungsrecht leidet nicht nur an der Sperrwirkung der Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklagen. Es leidet mindestens ebenso an einem erheblichen Übermaß an Klagen. Der Grund hierfür ist, dass das geltende Recht die Klagehürde zu niedrig ansetzt. Daran ändert der RefE-ARUG nichts. An der Einführung eines echten Aktienquorums führt indes früher oder später kein Weg vorbei. Der Vorschlag des Bagatellquorums im Freigabeverfahren nähert sich zwar dieser überkommenen Schallmauer, durchbricht sie aber bedauerlicherweise noch nicht.
3. Die Reform des Beschlussanfechtungsrechts hat auch eine verfahrensrechtliche Dimension. Hierzu liegt ein Gesetzesentwurf der Länder Baden-Württemberg und Sachsen vor. Er sollte mit Nachdruck weiter verfolgt werden. Es wäre ein entschlossener Schritt des Gesetzgebers, wenn er bei dieser Gelegenheit gegen die Skeptiker im Schrifttum ein echtes Aktienquorum einführen würde.
4. Die Summe dieser Maßnahmen könnte die von der Bundesjustizministerin verkündete Vision Wirklichkeit werden lassen, dass das „Geschäftsmodell von klagefreudigen Aktionären“ ausgedient hat. Ein minimalinvasiver Eingriff allein bei den Freigabeverfahren hat dieses visionäre Potenzial nicht..