

## ARUG-Referentenentwurf: Weitere Beschränkung des Anfechtungsrechts mit dem erklärten Ziel der Verhinderung des Missbrauchs von Aktionärsklagen

Radikalen Beschränkungen des Anfechtungsrechts das Wort zu reden, ist seit dem Juristentag 2000 *en vogue*, und die Woge der Veröffentlichungen wurde auch nicht durch das UMAG gestoppt. Der Gesetzgeber führte durch dieses Gesetz 2005 mit dem Freigabeverfahren ein Rechtsinstitut ein, das faktisch zu einer einschneidenden Beschränkung des Anfechtungsrechts führte. Den Advokaten der weiteren Beschränkung – die nicht nur in den Kanzleien unternehmensnaher Sozietäten (vgl. *Vetter*, AG 2008 S. 177; *Peltzer*, FAZ v. 17.10.2007 S. 27), sondern auch auf renommierten Lehrstühlen sitzen (vgl. *Assmann*, AG 2008 S. 208; *Noack*, BB 2007, Heft 32, S. I) –, folgt die Bundesregierung mit gutem Grund in ihrem Referentenentwurf des ARUG nicht. Sie lässt sich dabei offenbar leiten von abgewogenen Einschätzungen der unabhängigen Kenner der Materie aus der Justiz wie allen voran dem Vorsitzenden des Gesellschaftsrechtssenats des BGH, *Goette*: Diesem zufolge hat sich erwiesen, dass die sog. Berufskläger „durchaus – wenn vielleicht nicht mit diesem Willen vorgehend – Positives für die Klärung aktienrechtlicher Fragen beitragen und auch das Verantwortungsbewusstsein der Organe der Gesellschaften zu schärfen vermögen“ (DStR 2007 S. 2264, 2267). Ähnlich differenziert äußern sich die Vorsitzenden der für Anfechtungsklagen in Hessen und Bayern zuständigen LG-Kammern, nach deren Aussagen „die Erfahrung aus einer Vielzahl von Anfechtungsprozessen zeigt ..., dass das Handeln der Gesellschaften nicht immer über jeden Zweifel erhaben und daher die Möglichkeit der Anfechtungsklage ein sinnvolles Kontrollinstrument ist“, weshalb die sog. Berufskläger „eine nicht unerhebliche präventive Funktion“ hätten (*Krenek*, NZG 2008 Heft 1 S. VIII f.; FTD v. 31.01.2008, S. 2); wenn es sie nicht gäbe, würden „Hauptversammlungen oft noch viel schlampiger vorbereitet und durchgeführt werden, als das schon der Fall ist“ (*Müller*, JUVE-Rechtsmarkt 03/08 S. 36). Der Referentenentwurf widersagt der geforderten weiteren radikalen Beschneidung des Anfechtungsrechts und will den mit dem UMAG eingeschlagenen Weg der Beschränkung des Anfechtungsrechts durch Freigabeverfahren zur Eindämmung missbräuchlicher Aktionärsklagen mit Augenmaß weitergehen. Es ist hier nicht der Platz, systematisch alle grundlegenden Unzulänglichkeiten des Freigabeverfahrens aufzuzeigen (vgl. die berechnete Fundamentalkritik bei *Zöllner*, FS *Westermann* 2008, S. 1631 ff.), sondern die vor-

geschlagene Novelle des § 246a AktG (und die inhaltlich entsprechenden Novellen von § 319 AktG und § 16 UmwG) als Kern der vorgeschlagenen Beschränkung missbräuchlicher Aktionärsklagen zu würdigen. Diese Würdigung muss zwiespältig ausfallen (zu eigenen Vorschlägen vgl. *Heidel*, BB 2007 S. 2526).

### Vermeidung von Verzögerungen?

Gem. § 246a Abs. 1 Satz 2 AktG-RefE sollen zukünftig §§ 82, 83 Abs. 1 und 84 ZPO auf das Verfahren entsprechend Anwendung finden. Das bedeutet insbesondere, dass Freigabebeanträge, die nach dem Inkrafttreten des ARUG anhängig werden, nicht dem Kläger persönlich, sondern dem Rechtsanwalt zugestellt werden, der den Kläger im Anfechtungsprozess vertritt. Manche Gerichte sind auch bislang schon so verfahren – u.E. *contra legem* (vgl. *Heidel*, Aktienrecht, 2. Aufl., § 246a AktG Rdn. 10). Dass der Gesetzgeber zur Vermeidung von Verzögerungen das bisherige Recht novellieren möchte, ist ihm nicht zu verdenken. Wenn es ihm um Vermeidung von Verzögerungen geht, müsste er aber konsequent sein und auch vorschreiben, dass Freigabebeanträge binnen einer kurzen Frist nach Anhängigkeit der Klagen gestellt werden müssen. Aus der Praxis sind demgegenüber Fälle bekannt, bei denen sich Aktiengesellschaften mehr als ein halbes Jahr nach der Anhängigkeit Zeit lassen, bevor sie Freigabebeanträge stellen. Solche Anträge sind u.E. ohne Weiteres schon jetzt abweisungsreif, da eine fehlende Eilbedürftigkeit durch die dilatorische Antragstellung erwiesen ist. Der Gesetzgeber sollte das angesichts abweichender Rechtsprechung ausdrücklich klarstellen, wenn es ihm wirklich um Beschleunigung geht.

### Die „Kleinstaktionäre“ nach ARUG: Nicht nur Kleinstinvestments!

Auf den ersten Blick nicht zu beanstanden ist die geplante Novelle von § 246a Abs. 2 Nr. 2 AktG-RefE, wonach ein Freigabebeschluss ohne jede Sachprüfung ergehen soll, wenn „die Anteile des Klägers ... einen anteiligen Betrag von 100 € unterschritten haben“. Was auf den ersten Blick wie eine gut vertretbare Regelung aussieht, erweist sich aber schon bei etwas genauerem Hinsehen als eine Verfehlung des gesetzgeberischen Ziels. Die Novelle zielt nach ihrer Begründung auf den sog. „Kleinstaktionär“, der eine Freigabe nicht verhindern können soll. Kleinstaktionäre sollen Kläger sein, die Aktien im Nominalbetrag von

weniger als 100 € halten, was „bei normalen Börsenwerten etwa 1.000 bis 2.000 € (entspricht) und ... sich damit am unteren Ende eines aus sich heraus ökonomisch sinnvollen Investments in eine Gesellschaft (befindet)“. Es scheint, als seien dem Justizministerium unrichtige Informationen zugespielt worden. Ein Blick auf den deutschen Börsenmarkt zeigt nämlich, dass Nominalbeteiligungen von 100 € keineswegs stets Kleinstinvestments sind. Zwei Beispiele sollen das veranschaulichen: Die Kötitzer Ledertuch- und Wachtuch-Werke AG hat 50-€-Aktien; die Freigabe verhindern könnte also überhaupt nur ein Aktionär, der mindestens zwei Aktien hält, was aber nach den derzeitigen Börsenwerten bedeutet, dass das Investment des Klägers ca. 30.000 € beträgt. Krasser noch sind die Verhältnisse bei der in Kreisen von Gesellschaftsrechtlern gut bekannten Sachsenmilch AG (vgl. die diversen Sachsenmilch-Entscheidungen des BGH), bei der nach einem Kapitalschnitt 750:1 jede Aktie einen Nominalwert von 2,56 € hat; damit der jeweilige Kläger die 100-€-Schwelle überwinden könnte, müsste er also 40 Aktien halten, was nach den derzeitigen Börsenwerten ein Investment von ca. 95.000 € bedeutet. Bereits diese beiden Beispiele verdeutlichen, dass die Orientierung am Nominalbetrag von 100 € nicht nur ökonomisch unbedeutende Kleinstinvestments trifft und damit das erklärte Ziel der geplanten Novelle verfehlt. Im weiteren Gesetzgebungsverfahren sollte also statt nur auf einen Nominalwert bei Einberufung der HV alternativ auf den nach dem Entwurfsbegründung vorgesehenen Börsenwert von 1.000 bis 2.000 € abgestellt werden.

### Bloße redaktionelle Änderung löst Probleme der Interessenabwägungsklausel nicht

§ 246a Abs. 2 Nr. 3 AktG-RefE soll eine Klarstellung des § 246a Abs. 2 Nr. 3. Variante AktG sein – der Freigabe bei einem vorrangigen Vollzugsinteresse. Mit der Neufassung soll der im Gesetzeswortlaut bislang nur unzureichend zum Ausdruck gekommene Inhalt der amtlichen Begründung des UMAG zu § 246a Abs. 2 AktG in positives Recht übernommen werden. Die Gerichte sollen in einer zweistufigen Prüfung zunächst eine Abwägung vornehmen, bei der sie die vom Antragsteller dargelegten Nachteile für die Gesellschaft und ihre Aktionäre mit den Nachteilen des Klägers abwägen. In einer zweiten Stufe ist für den Fall, dass die Nachteile für die Gesellschaft und ihre Aktionäre überwiegen sollten, zu

prüfen, ob nicht die Schwere der geltend gemachten Rechtsverletzung per se einer Freigabe entgegensteht. Auch hier zeigt sich, dass die geplante Neufassung nicht zu Ende gedacht ist. Denn die abzuwägenden Klägerinteressen liegen gerade in der geltend gemachten Rechtsverletzung. Das Anfechtungsrecht ist ein ideelles Recht zur Wahrung der Rechtmäßigkeit (Büchel, FS Happ, 2006, S. 1, 13). Persönliche wirtschaftliche Interessen des Klägers werden vom Anfechtungsrecht dagegen nur mittelbar geschützt, wenn in diese durch einen rechtswidrigen HV-Beschluss eingegriffen wird. Bei Lichte betrachtet unterscheidet sich die Frage nach der Schwere der geltend gemachten Rechtsverletzung also nicht von der Frage nach den Nachteilen für den Kläger bzw. seine Interessen. Daher hätte es einer Klarstellung bedurft, was der Gesetzgeber als Nachteile für den Kläger berücksichtigt wissen will und in welchen Fällen die geltend ge-

machte Rechtsverletzung hinreichend schwer sein soll. Die redaktionelle Änderung der Abwägungsklausel kann zudem insbesondere nicht das grundlegende konzeptionelle Dilemma des § 246a AktG beseitigen: Im Rahmen der Interessenabwägung sollen nämlich Äpfel mit Birnen verglichen werden: Das ideale Gut, rechtswidrige HV-Beschlüsse zu beseitigen, soll mit rein wirtschaftlichen Interessen verglichen und aufgewogen werden. Die Verhinderung des Vollzugs eines rechtswidrigen HV-Beschlusses liegt daher nicht allein im Interesse des jeweiligen Klägers, sondern gerade auch im Interesse der Gesellschaft und aller übrigen Aktionäre. Zu Unrecht nicht beseitigt wird durch die geplante Novelle auch die durch die Gesetzesbegründung zum UMAG aufgezeigte Möglichkeit, ein überwiegendes Interesse einer AG am Vollzug eines rechtswidrigen HV-Beschlusses bejahen zu können; angebliche Schäden, die dadurch entstehen,

dass der Vollzug eines rechtswidrigen HV-Beschlusses verhindert wird, können aber keine maßgebenden Nachteile der AG sein. Zöllner bezeichnete dies als eine Verletzung elementarer Prinzipien sachlicher Wertung und daher als ein Stück auf dem Tollhaus (Zöllner, FS Westermann, 2008, S. 1631, 1642 f.). Ebenso wenig ist die Grundkonzeption der Abwägungsklausel zu rechtfertigen, dass die Nichtigkeitsfolge einer begründeten Anfechtung durch eine Freigabeentscheidung unterlaufen und ein Schadensausgleich nur den klagenden, nicht aber allen betroffenen Aktionären gewährt wird. Die entscheidenden Einwände gegen die Grundkonzeption der Interessenabwägungsklausel lässt der Referentenentwurf daher unbeantwortet.

RA Dr. Thomas Heidel

RA Dr. Daniel Lochner

(Meilicke Hoffmann & Partner)

## Kurzinformation: Die Bekämpfung missbräuchlicher Aktionärsklagen – der RefE des ARUG

Bereits das Gesetz zur Unternehmensintegrität und zur Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) hatte im Zusammenhang mit missbräuchlichen Aktionärsklagen wichtige Neuerungen eingeführt, die bisher nach überwiegender Meinung positive Wirkungen gezeigt haben. Diese Regelungen sollen durch das ARUG (Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie) ergänzt und vertieft werden. Der RefE des ARUG wurde Anfang Mai 2008 vorgelegt (Noack, S:R 2008 S. 148).

Eine der wichtigsten Neuerungen des UMAG war die Einführung des Freigabeverfahrens gem. § 246a AktG, mit dem die beklagte Gesellschaft in einem Eilverfahren erreichen kann, dass die durch eine Anfechtungsklage angegriffene Maßnahme gleichwohl eingetragen wird. Unter welchen Voraussetzungen das Gericht eine solche Freistellung erteilt, ist nun durch den RefE des ARUG präzisiert worden. Dabei gibt es im Wesentlichen drei Neuerungen:

### 1. Ausdehnung der Vollmacht des Prozessbevollmächtigten des Anfechtungsprozesses auf das Freigabeverfahren

Der neue § 246a Abs. 1 S. 2 AktG-E bestimmt, dass die §§ 82, 83 Abs. 1 und 84 ZPO auf das Freigabeverfahren Anwendung finden. Dadurch erstreckt sich die Vollmacht des Prozessvertreters des Anfechtungsprozesses auch auf das Freigabeverfahren. Eine Beschränkung der Vollmacht im Außenverhältnis ist grds. nicht möglich, ebenso wenig eine Beschränkung auf einzelne Prozessbevollmächtigte bei mehreren Prozessbevollmächtigten. Folge dieser Neu-

regelung ist, dass im Freigabeverfahren nunmehr gem. § 172 Abs. 1 S. 1 ZPO an den Prozessbevollmächtigten des Anfechtungsklägers zuzustellen ist und nicht mehr an den Kläger selbst. Dadurch sollen missbräuchliche Verzögerungen, die bislang dadurch erreicht wurden, dass einzelne Anfechtungskläger Unternehmen mit Sitz im Ausland (z.B. in Dubai und China) gründeten, an die gem. § 183 Abs. 1 ZPO in einem langwierigen Verfahren zugestellt wird, vermieden werden. Einige Gerichte haben bisher schon die §§ 82 ff. ZPO entsprechend angewandt. Der RefE liefert nun die ausdrückliche Klarstellung, dass dies möglich ist.

### 2. Einführung eines Bagatellquorums

Nach dem neuen § 246a Abs. 2 Nr. 2 AktG-E darf der die Zulässigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses feststellende Beschluss im Freigabeverfahren u. a. dann ergehen, wenn die Anteile des Klägers seit Bekanntmachung der Einberufung einen anteiligen Betrag von 100 € unterschritten haben. Dieses Mindestquorum bleibt erheblich hinter den vereinzelt geforderten Mindestquoren von z.B. 1% des gesamten Grundkapitals oder einem anteiligen Betrag von 100.000 € zurück. Der Entwurf versucht einerseits der Tatsache gerecht zu werden, dass der Mindestnennbetrag von Aktien zuletzt auf 1 € abgesenkt wurde, und andererseits die Gefahr der Lahmlegung wichtiger Unternehmensmaßnahmen durch einen Aktionär, der nur eine einzige Aktie von 1 € besitzt, zu umgehen. Er weist sich die Anfechtungsklage später als

begründet, steht dem Aktionär, der das Freigabeverfahren wegen des Mindestquorums nicht stoppen konnte, der Schadensersatzanspruch des § 246a Abs. 4 AktG zu.

### 3. Änderung der Interessenabwägungsklausel

Der neu gefasste § 246a Abs. 2 Nr. 3 AktG-E präzisiert die im Freigabeverfahren vorzunehmende Interessenabwägung. Die vorgeschlagene Formulierung verarbeitet einige Hinweise aus der amtlichen Begründung des UMAG, die z.T. schon von den Gerichten im Freistellungsverfahren verwendet wurden. Es wird deutlich, dass einerseits eine Abwägung zwischen den Interessen des Klägers und denen des Unternehmens und der übrigen Aktionäre stattzufinden hat, andererseits aber eine Freigabe selbst bei überwiegendem Interesse des Unternehmens und der übrigen Aktionäre dann nicht erfolgen darf, wenn die geltend gemachte Rechtsverletzung besonders schwer ist. Für die Schwere der Rechtsverletzung kommt es auf das Ausmaß der Rechtsverletzung und die Bedeutung der verletzten Norm an. Auch hier steht dem Aktionär der Schadensersatzanspruch gem. § 246a Abs. 4 AktG zu, falls eine Freigabe erfolgt und sich die Anfechtungsklage später als begründet erweist.

Den vorgenannten Änderungen entsprechende Vorschriften sieht der RefE auch für die weiteren Freigabeverfahren der §§ 319 Abs. 6, 327e Abs. 2 AktG und § 16 Abs. 3 UmwG vor.

RAIn Kristina Ernst (Lovells LLP)