



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Handelsrecht

zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes („Aktienrechtsnovelle 2014“)

Stellungnahme Nr.: 34/2014

Berlin, im Juli 2014

Mitglieder des Ausschusses

- Prof. Dr. Michael Hoffmann-Becking, Düsseldorf (Vorsitzender und Berichterstatter)
- Dr. Gabriele Apfelbacher, Frankfurt/Main
- Dr. Christian Decher, Frankfurt/Main
- Dr. Hans Friedrich Gelhausen, Frankfurt/Main
- Dr. Wilhelm Happ, Hamburg
- Dr. Peter Hemeling, München (Berichterstatter)
- Dr. Hans-Christoph Ihrig, Mannheim
- Dr. Thomas Kremer, Bonn
- Prof. Dr. Gerd Krieger, Düsseldorf
- Dr. Marc Löbbe, Frankfurt/Main
- Prof. Dr. Reinhard Marsch-Barner, Frankfurt/Main
- Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, Köln
- Dr. Welf Müller, Frankfurt/Main
- Dr. Andreas Pentz, Mannheim
- Prof. Dr. Arndt Raupach, München
- Dr. Bodo Riegger, Stuttgart
- Prof. Dr. Frank A. Schäfer Düsseldorf
- Dr. Alexandra Schluck-Amend, Stuttgart
- Prof. Dr. Walter Sigle, Stuttgart
- Dr. Bernd Singhof, Frankfurt (Berichterstatter)
- Dr. Hans-Ulrich Wilsing, Düsseldorf

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwalt Thomas Marx

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Verteiler

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

Bundesministerium der Finanzen

Vorsitzende des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen

Bundestages

Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex

Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins

Landesgruppen und -verbände des DAV

Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV

Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des DAV

Handelsrechtsausschuss des DAV

Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesnotarkammer

Deutscher Notarverein

Institut der Wirtschaftsprüfer (IdW)

Deutscher Richterbund

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)

Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW)

Deutscher Steuerberaterverband

Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)

Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)

Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft

Bundesverband Deutscher Banken

Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V. (SdK) – Die Aktionärsvereinigung –

Die Aktiengesellschaft

GmbH-Rundschau

NZG Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

WM Wertpapiermitteilungen

ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Börsenzeitung

Handelsblatt

Juris

Frankfurter Allgemeine Zeitung

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

- 1 Zum Referentenentwurf einer „Aktienrechtsnovelle 2011“ hat sich der DAV durch seinen Handelsrechtsausschuss im Februar 2011 geäußert (DAV-Stellungnahme Nr. 7/2011, NZG 2011, 217 ff.), sodann zum Regierungsentwurf einer „Aktienrechtsnovelle 2012“ im März 2012 (DAV-Stellungnahme Nr. 25/2012, NZG 2012, 380 ff.). Zu dem Entwurf einer Ergänzung der „Aktienrechtsnovelle 2012“ durch eine Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung in Fragen der Vorstandsvergütung hat der DAV im Juni 2013 Stellung genommen, verbunden mit Vorschlägen des DAV für weitere Ergänzungen der Aktienrechtsnovelle (DAV-Stellungnahme Nr. 35/2013, NZG 2013, 694 ff.). Die „Aktienrechtsnovelle 2012“ ist in der vom Bundestag am 26. Juni 2013 unter der Bezeichnung „VorstKoG“ beschlossenen Fassung (BT-Drucks. 17/14214) am Ende der Legislaturperiode im September 2013 am Einspruch des Bundesrats gescheitert.
- 2 Nunmehr hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz am 29. April 2014 einen Referentenentwurf für eine „Aktienrechtsnovelle 2014“ vorgelegt, der sich weitgehend an den gescheiterten Gesetzentwurf in der Fassung vom 26. Juni 2013 anlehnt, allerdings ohne die dort vorgesehene Regelung zum „say on pay“ in § 120 Abs. 4 AktG. Der DAV nimmt zu dem Entwurf nachfolgend Stellung. Dabei beschränkt er sich im Wesentlichen auf die gegenüber dem gescheiterten Gesetzentwurf neuen oder geänderten Regelungen und wiederholt seine schon früher unterbreiteten Vorschläge für Ergänzungen der Novelle.

1. Zu Art. 1 Nr. 9 (Änderung des § 123 AktG)

- 3 Mit der Einfügung eines neuen § 123 Abs. 5 AktG soll ein gesetzlich zwingender Nachweisstichtag für Namensaktien börsennotierter Gesellschaften eingeführt werden. Ein nach Kalendertagen bestimmter Stichtag für den zur Teilnahme und Stimmrechtsausübung berechtigenden Aktienregisterbestand ist zu begrüßen. Gegenüber der bisherigen Praxis uneinheitlicher Umschreibestopps werden hierdurch die Transparenz und die Voraussetzungen für eine reibungslose Abwicklung der Hauptversammlung verbessert. Nach den deutlichen Präsenzurückgängen in der jüngeren Vergangenheit besteht auch entsprechender Handlungsbedarf.
- 4 Der Referentenentwurf stellt für die als Nachweis dienende Eintragung im Aktienregister auf den Beginn des 21. Tages vor der Hauptversammlung ab, um für börsennotierte Inhaberaktien und börsennotierte Namensaktien einen einheitlichen Stichtag zu

schaffen. Zeitlich fallen damit der Nachweis der Inhaberschaft und die Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung deutlich weiter auseinander als dies bei Namensaktien notwendig ist und bisher üblich war. Bei großen Gesellschaften mit Namensaktien lag der für die Registereintragung maßgebliche Umschreibestopp in aller Regel nicht weiter als 7 Tage vor der Hauptversammlung. Um ein unnötig weites Auseinanderfallen von Nachweis der Inhaberschaft und Stimmrechtsausübung zu vermeiden, sollte der Nachweisstichtag daher näher an die Hauptversammlung gelegt werden. Von der Praxis für ausreichend gehalten wird der Beginn des 12. Tages vor der Hauptversammlung.

- 5 Eine Gleichstellung mit der Inhaberaktie erscheint weder notwendig noch sachgerecht. Es handelt sich um verschiedene Aktienarten, die insbesondere für die Durchführung der Hauptversammlung unterschiedliche Verfahren aufweisen. So erfolgen der Mitteilungsversand und der Bestandsnachweis bei der Namensaktie unmittelbar auf der Grundlage des Aktienregisters, ohne dass hierfür die depotführenden Kreditinstitute in der Verwahrkette tätig zu werden brauchen. Die Mitteilungen für die Aktionäre können deshalb früher versandt werden, und in der Hauptversammlung kann aufgrund des versammlungsnahen Stichtags ein deutlich aktuellerer Aktienbestand vertreten werden als bei der Inhaberaktie. Diese Vorteile sollten nicht aufgegeben werden, zumal im elektronischen Zeitalter eine wesentliche Verlängerung der Fristen schwer zu vermitteln ist.
- 6 Ferner ist zu berücksichtigen, dass zwischen der Einberufung der Hauptversammlung und dem Nachweisstichtag der wichtigste Zeitraum für Eintragungen von Aktienbeständen in das Aktienregister liegt. Dies gilt insbesondere für so genannte Nominee-Bestände, die auf den Namen von Verwahrstellen eingetragen sind und erst kurz vor der Hauptversammlung auf die wahren Aktionäre umgeschrieben werden. Mit einem Vorziehen des Nachweisstichtags auf den Beginn des 21. Tages vor der Hauptversammlung würde der Zeitraum zwischen der Einberufung und diesem 21. Tag deutlich verkürzt. Es müsste damit gerechnet werden, dass Eintragungen bzw. Umschreibungen nach Versand der Mitteilungen nicht mehr rechtzeitig vor dem 21. Tag vorgenommen werden, was wiederum zu Präsenzurückgängen führen würde. Bei Gesellschaften, die von der Möglichkeit des § 67 Abs. 1 Satz 3 AktG Gebrauch gemacht und satzungsmäßige Voraussetzungen bzw. Grenzen für die Registereintragung von Nominee-Beständen geschaffen haben, besitzt dieses Thema besondere Relevanz.
- 7 Der 21. Kalendertag als Nachweisstichtag kollidiert auch mit der Mitteilungspflicht des § 125 Abs. 2 Satz 1 AktG für den sog. Nachversand. Danach hat der Vorstand den Aktionären, die zu Beginn des 14. Tages vor der Versammlung im Aktienregister eingetragen sind, die Mitteilung über die Einberufung der Hauptversammlung zu übermitteln. Für Bestände, die zwischen dem 21. und dem 14. Tag vor der Versammlung in das Aktienregister eingetragen werden, müssten danach Mitteilungen

an Aktionäre verschickt werden, die aufgrund des vorverlagerten Nachweisstichtags gar kein Teilnahme- und Stimmrecht haben. Auch dies spricht für einen Nachweisstichtag, der näher an der Hauptversammlung liegt. Sollte es jedoch beim 21. Tag als Nachweisstichtag bleiben, sollte auch der Stichtag in § 125 Abs. 2 Satz 1 AktG entsprechend angepasst werden.

- 8 Das Europarecht steht unterschiedlichen Nachweisstichtagen für Inhaberaktien und Namensaktien nicht im Wege. Nach Art. 7 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie 2007/36/EG vom 11.07.2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften kann ein Mitgliedstaat unterschiedliche Nachweisstichtage für Gesellschaften mit Inhaberaktien und mit Namensaktien festlegen. Ein einheitlicher Nachweisstichtag ist nach der Richtlinie nur für den Fall vorgeschrieben, dass eine Gesellschaft sowohl Inhaber- als auch Namensaktien ausgegeben hat. Der entsprechende Satz in der Richtlinie lautet: „Ein Mitgliedstaat kann jedoch einen Nachweisstichtag für Gesellschaften festlegen, die Inhaberaktien ausgegeben haben, und einen anderen Nachweisstichtag für Gesellschaften, die Namensaktien ausgegeben haben, vorausgesetzt es gilt ein einziger Nachweisstichtag für alle Gesellschaften, die beide Aktienarten ausgegeben haben.“ Nur für den Fall, dass eine Gesellschaft sowohl börsennotierte Inhaber- als auch Namensaktien ausgegeben hat, muss im Gesetz ein einheitlicher Nachweisstichtag vorgesehen werden.
- 9 Der neue § 123 Abs. 5 AktG kann daher wie folgt lauten:
- (5) Der Nachweis hat sich bei Inhaberaktien börsennotierter Gesellschaften auf den Beginn des 21. Tages und bei Namensaktien börsennotierter Gesellschaften auf den Beginn des 12. Tages vor der Versammlung zu beziehen. Bei börsennotierten Gesellschaften, die beide Aktienarten ausgegeben haben, hat sich der Nachweis für beide Aktienarten auf den Beginn des 21. Tages vor der Versammlung zu beziehen.

2. Zu Art. 1 Nr. 14 und 15 (Änderung der §§ 139, 140 AktG)

- 10 In dem gescheiterten Gesetzentwurf war für stimmrechtslose Vorzugsaktien bereits vorgesehen, dass die Satzung von der Pflicht zur Nachzahlung des Vorzugs absehen kann. Darüber geht der vorliegende Referentenentwurf hinaus und sieht eine weitere Flexibilisierung vor: Auch eine reine „Mehrdividende“ soll den Wegfall des Stimmrechts rechtfertigen können. Anlass für die Änderung ist abermals ein Bedürfnis der Kreditwirtschaft. Es war auf europäischer Ebene absehbar, dass allein der Wegfall der Nachzahlbarkeit nicht ausreichen könnte, um Vorzugsaktien als hartes Kernkapital von Kreditinstituten anzuerkennen (vgl. DAV-Stellungnahme Nr. 7/2011, NZG 2011, 217/219 Rn. 22). Die im vergangenen Jahr in Kraft getretene Verordnung (EU) Nr. 575/2013 (*Capital Requirements Regulation* – „CRR“) macht die Anerkennung unter anderem davon abhängig, dass es „keine Vorzugsbehandlung in Bezug auf die

Reihenfolge der Ausschüttungen“ gibt (Art. 28 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe h) lit. i) CRR). Dies ist nur dann gewährleistet, wenn ausschließlich eine nicht nachzahlbare Mehrdividende vorgesehen ist. Der DAV begrüßt deshalb die im Entwurf eröffnete zusätzliche Gestaltungsfreiheit. Davon können auch Unternehmen anderer Branchen profitieren, sofern die neue Aktiengattung auf eine entsprechende Marktakzeptanz trifft. Die vorgeschlagene gesetzliche Gleichstellung von „Vorabdividende“ und „Mehrdividende“ in § 139 Absatz 1 Satz 2 AktG-E trägt jedoch den in der Praxis häufig vorkommenden Kombinationen von (nachzuzahlender) Vorabdividende und Mehrdividende nicht hinreichend Rechnung:

- 11 Sofern Vorzugsaktionäre derzeit sowohl eine Vorabdividende als auch eine Mehrdividende erhalten, regeln die Satzungen ganz überwiegend auch die nach geltendem Recht zwingende Nachzahlung (ausschließlich) der Vorabdividende. Zur Nachzahlung des Vorzugs soll § 139 Absatz 1 Satz 3 AktG-E nunmehr Folgendes festlegen: *„Wenn die Satzung nichts anderes bestimmt, ist der Vorzug nachzuzahlen.“* Dieser Wortlaut geht auf die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zu dem am 26. Juni 2013 beschlossenen Gesetzentwurf zurück. Er wollte die Anwendung der Vorschrift in der Praxis dadurch erleichtern, dass die Nachzahlbarkeit zum „Regelfall“ erklärt wird. Unklar wäre nach diesem Wortlaut nunmehr aber, ob für die nach § 139 Abs. 1 Satz 2 AktG-E als Form des Vorzugs „aufgewertete“ Mehrdividende nachträglich *ex legem* eine – wenn auch dispositive – Nachzahlungspflicht eingeführt wird. Von den bestehenden Satzungsregelungen war dies gerade nicht gewollt. Diese Unsicherheit und unnötiger Anpassungsbedarf in den Satzungen können vermieden werden, wenn der vorgeschlagene Wortlaut wieder durch die im Rahmen der „Aktienrechtsnovelle 2011“ ursprünglich vorgesehene Formulierung ersetzt wird: *„Die Nachzahlung des Vorzugs kann vorgesehen werden.“* Damit würde schon in dem Gesetzeswortlaut klargestellt, dass bestehende Mehrdividenden – wie von den Satzungsgebern beabsichtigt – nicht nachzahlbar sind.
- 12 Im Falle einer Kombination von Vorabdividende und Mehrdividende sollte die Satzung auch bestimmen können, ob der Ausfall des Vorzugs insgesamt oder nur der Ausfall entweder der Vorabdividende oder der Mehrdividende für das „Wiederaufleben“ des Stimmrechts nach § 140 Abs. 2 AktG maßgeblich ist. Dies kann durch folgende Formulierung am Ende von § 140 Abs. 1 AktG erreicht werden: *„Wenn die Satzung nichts anderes bestimmt, ist ausschließlich die Vorabdividende für den Ausschluss und die Gewährung des Stimmrechts maßgeblich.“* Zugleich würde damit unnötiger Anpassungsbedarf in den bestehenden Satzungsregelungen zum Vorzug vermieden.
- 13 In § 140 Abs. 2 AktG-E wird nicht ausdrücklich geregelt, was in den Fällen gelten soll, in denen sich der Vorzug beispielsweise aus einer nachzahlbaren Vorabdividende und einer nicht nachzahlbaren Mehrdividende zusammensetzt. Man wird davon auszugehen haben, dass bereits der erste teilweise oder vollständige Ausfall des nicht nachzahlbaren Teils zum Wiederaufleben des Stimmrechts führt. Für das Erlöschen

des wiederaufgelebten Stimmrechts wäre dann, wenn nur die Mehrdividende und nicht auch die Vorabdividende ausgefallen ist, das Jahr maßgeblich, in dem die Mehrdividende erstmals wieder gezahlt wird, ohne dass entstandene Rückstände ausgeglichen werden müssten. Vielleicht ist es tunlich, diese Auslegung der Vorschrift in der Begründung klarzustellen.

3. Zu Art. 1 Nr. 24 (Änderung des § 394 AktG)

- 14 Der Referentenentwurf will zur Klarstellung der möglichen Grundlage einer Berichtspflicht des auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählten oder entsandten Mitglieds einen Satz 3 anfügen, wonach die Berichtspflicht nach Satz 1 „auf Gesetz, auf Satzung oder auf dem Aufsichtsrat in Textform mitgeteiltem Rechtsgeschäft“ beruhen kann. Damit trägt der Entwurf der vom DAV geäußerten Kritik an der Erstreckung auf Berichtspflichten aus einem „Rechtsgeschäft“ zumindest insofern Rechnung als die Begründung durch „Rechtsgeschäft“ nur ausreichen soll, wenn das Rechtsgeschäft dem Aufsichtsrat in gehöriger Form mitgeteilt worden ist (s. DAV-Stellungnahme Nr. 25/2012, NZG 2012, 380/383). Im Übrigen ist es zu begrüßen, dass der Referentenentwurf nicht den wesentlich weitergehenden Vorstellungen des Bundesrats folgt.

4. Befristung der nachgeschobenen Nichtigkeitsklage (Ergänzung von § 249 Abs. 3 AktG)

- 15 Der Referentenentwurf enthält nicht mehr die im Regierungsentwurf zur Aktienrechtsnovelle 2012 vorgesehene, dann jedoch vom Rechtsausschuss zurückgestellte Befristungsregelung für nachgeschobene Nichtigkeitsklagen. Das ist bedauerlich angesichts des verbreiteten Rechtsmissbrauchs durch das Nachschieben von Nichtigkeitsklagen. Der DAV schlägt deshalb vor, diesen Punkt wieder aufzugreifen. In Anlehnung an die Regelung des § 14 Abs. 1 UmwG sollte generell für alle Klagen gegen die Wirksamkeit eines Beschlusses über Strukturmaßnahmen, für die ein Freigabeverfahren eröffnet ist, eine Monatsfrist seit Beschlussfassung vorgesehen werden. Zur Begründung wird Bezug genommen auf die Stellungnahme des DAV zum Regierungsentwurf der Aktienrechtsnovelle 2012 (NZG 2012, 380/382 Rdn. 18 ff.).

5. Ergänzende Vorschläge

- 16 Durch die Aktienrechtsnovelle sollen laut Einführung zur Entwurfsbegründung „einige in der Praxis aufgetretene Zweifelsfragen ausgeräumt und Redaktionsversehen früherer Gesetzgebungsverfahren behoben werden“. Der Gesetzgeber sollte die Gelegenheit eines solchen „Reparaturgesetzes“ nutzen, um eine Reihe weiterer Korrekturen vorzunehmen, die sich nach Ansicht des DAV aufdrängen und von denen die meisten schon seit langen Jahren überfällig sind. In Anknüpfung an die Reformvorschläge in

den oben in Rdn. 1 aufgeführten Stellungnahmen zu den Entwürfen von 2011, 2012 und 2013 werden die dort eingehend begründeten Vorschläge noch einmal aufgelistet:

- Streichung der 3-Jahresfrist und des Widerspruchsrechts in § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG
- Beschränkung des Delegationsverbots für Vergütungsentscheidungen in § 107 Abs. 3 Satz 3 AktG auf börsennotierte Gesellschaften
- Streichung der zwingenden Bemessungsregel für variable Aufsichtsratsvergütungen in § 113 Abs. 3 AktG
- Ausschluss der Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen wegen Verletzung der Erklärungspflicht zum Deutschen Corporate Governance Kodex nach § 161 AktG
- Möglichkeit des Nachteilsausgleichs nach § 15 UmwG durch die Gewährung von zusätzlichen Aktien

17 Zu dem zuletzt genannten Thema hat der DAV einen detaillierten Gesetzgebungsvorschlag in seiner Stellungnahme vom Juni 2013 vorgelegt. Der Rechtsausschuss des Bundestags hatte keine Gelegenheit mehr, sich näher mit diesem Vorschlag zu befassen. Immerhin hat aber der Bundestag zusammen mit seinem Gesetzesbeschluss vom 26. Juni 2013 in einer Entschließung die Regierung aufgefordert, die Änderungsvorschläge zum UmwG alsbald aufzugreifen (BT-Drucks. 17/14239 zu I.7.).