

Timo Bühler

Berichtspflichten bei Strukturmaßnahmen von Aktiengesellschaften

Unter Berücksichtigung der Möglichkeiten des
Rechtsschutzes für die Aktionäre



Nomos

Studien zum Gesellschaftsrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Haas

Prof. Dr. Detlef Kleindiek

Prof. Dr. Christoph Teichmann

Band 7

Timo Bühler

Berichtspflichten bei Strukturmaßnahmen von Aktiengesellschaften

Unter Berücksichtigung der Möglichkeiten des
Rechtsschutzes für die Aktionäre



Nomos

Erstberichterstatter: Professor Dr. Christoph Teichmann
Zweitberichterstatter: Professor Dr. Peter Limmer
Tag der mündlichen Prüfung: 15. Juli 2015

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Würzburg, Julius-Maximilians Univ., Diss., 2016

ISBN 978-3-8487-3018-6 (Print)

ISBN 978-3-8452-7402-7 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die Bestimmung des rechten Maßes an Aktionärsschutz durch Information zählt zu den grundlegenden Themen des Aktienrechts. Aber auch in anderen Verbandsformen stellt die Pflicht zur Erteilung angemessener Informationen zum Zwecke der Entscheidungsfindung ein wiederkehrendes Schutzinstrument dar. Die Pflicht zur Informationsbereitstellung steht dabei im weiteren Zusammenhang mit der Idee der Aktionärsdemokratie. Dies gilt im Besonderen für die Bereitstellung von Informationen im Vorfeld von Hauptversammlungen. Das Aktiengesetz und das Umwandlungsgesetz sehen eine solche Pflicht bei diversen Anlässen vor, seien es Kapitalerhöhungen, der Abschluss eines Unternehmensvertrags oder Umwandlungen. Jede dieser Pflichten ist bereits Gegenstand zahlreicher wissenschaftlicher Untersuchungen gewesen. Eine vergleichende Analyse des konkreten Inhalts dieser Pflichten sowie eine Verknüpfung mit den Folgen einer Verletzung dieser Pflichten stehen hingegen, soweit ersichtlich, noch aus. Diese Lücke zu schließen, ist Anliegen der vorgelegten Untersuchung.

Mein aufrichtiger Dank gilt in erster Linie meinem verehrten Doktorvater, Herrn Professor Dr. Christoph Teichmann. Er hat mir stets Zeit und Rat geschenkt und manche Tür geöffnet. Seine fachliche Expertise sowie seine Höflichkeit und Offenheit bleiben mir Anspruch und Vorbild zugleich.

Herrn Notar Professor Dr. Peter Limmer bin ich nicht nur für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens zu Dank verpflichtet, sondern auch für eine aufschlussreiche und kurzweilige fachliche Diskussion im Rahmen der mündlichen Prüfung.

Da ich dem Rat eines hoch geschätzten Mentors gefolgt bin ("Statt nach Freibier [*Anm. des Verfassers: dies sollte in diesem Zusammenhang "öffentliche Förderungen" bedeuten*] Ausschau zu halten, arbeite lieber!"), möchte ich an dieser Stelle auch der Kanzlei Hengeler Mueller danken, welche mir es ermöglicht hat, das Promotionsvorhaben durch eigene Arbeit zu finanzieren.

Des Weiteren möchte ich meiner Mutter, Herta Bühler, sowie meiner Frau, Dominica Bühler, für ihre umfassende, liebevolle und geduldige Unterstützung danken. Beide haben die Mühen einer ausgesprochen sorgfälti-

Vorwort

gen Korrekturlektüre auf sich genommen und sich auch sonst fortwährend als verlässliche Stützen und Motivatoren erwiesen. Ohne sie hätte dieses Promotionsvorhaben keinen erfolgreichen Abschluss gefunden. Schließlich danke ich meinem Vater, Dr. Karl-Ernst Bühler, für durchdachte und geeignete Empfehlungen und Ratschläge in allen Ausbildungslagen.

Frankfurt am Main im Herbst 2017

Timo Bühler

Inhaltsverzeichnis

Teil 1: Einleitung und allgemeine Untersuchungen	23
§ 1 Einleitung	23
I. Ökonomischer Hintergrund von Umstrukturierungsvorgängen	23
II. Problemstellung und Eingrenzung des Gegenstands der Untersuchung	25
§ 2 Berichtspflichten und das Recht der Aktionäre auf Information	27
I. Berichtspflichten als Teil des Informationsmodells	27
1. Das Informationsmodell und seine Grundannahmen	27
2. Die besonderen Probleme bei gesetzlich vorgeschriebener Informationsbereitstellung	32
3. Relevanz, Geeignetheit und Kosten	34
4. Minderheitenschutz durch Information	36
II. Das Verhältnis der Berichtspflichten zu anderen Instrumenten der Aktionärsinformation	38
1. Das Verhältnis der Berichtspflichten zu Auskunftsrechten	38
2. Das Verhältnis der Berichtspflichten zum Rechnungslegungsrecht	42
3. Das Verhältnis der Berichtspflichten zum Kapitalmarktrecht	44
III. Berichtspflichten als Kompensation der Defizite von Auskunftsrechten	45
1. Tatsächliche Defizite von individuellen Auskunftsrechten	46
2. Rechtliche Defizite, insbesondere vor dem Hintergrund einer erwünschten Einschränkung der Auskunftsrechte	48
Teil 2: Formelle und inhaltliche Anforderungen an Strukturberichte	50
§ 3 Allgemeines	50
I. Schuldner der Berichtspflicht	50

II. Inhaltliche Grenzen der Berichtspflicht	52
1. Grenze der Berichtspflicht durch Vertretbarkeit/ Zumutbarkeit	52
2. Obergrenze der Ausführungen des Berichts	53
§ 4 Berichtspflichten bei Strukturmaßnahmen nach dem Umwandlungsgesetz	55
I. Überblick	55
II. Der Verschmelzungsbericht nach § 8 UmwG	57
1. Gefahren für die (Minderheits-)Aktionäre bei einer Verschmelzung	57
2. Zweck des Verschmelzungsberichts	58
3. Möglichkeit der Vertretung	61
4. Formelle Anforderungen	62
a) Form des Berichts	62
(1) Anwendung des § 126 BGB	62
(2) Unterzeichnung durch alle Vorstandsmitglieder	64
b) Art und Weise der Unterrichtung	68
c) Anzahl der Berichte	69
5. Entbehrlichkeit des Berichts	71
a) Vereinbarkeit mit der Verschmelzungsrichtlinie	71
b) Voraussetzungen eines wirksamen Verzichts	74
c) Andere Möglichkeiten eines Verzichts	75
6. Verpflichtender Inhalt des Berichts	76
a) Allgemeines	77
(1) Methodischer Ansatz zur Bestimmung des Inhalts	77
(2) Zur Klärung des Merkmals der Ausführlichkeit	78
(3) Rückschlüsse aus der Notwendigkeit einer Verschmelzungsprüfung	80
b) Darstellung der beteiligten Rechtsträger	84
c) Angaben zu verbundenen Unternehmen (§ 8 Abs. 1 S. 3 UmwG)	87
(1) Verschmelzende Gesellschaft als herrschendes Unternehmen	87
(2) Verschmelzende Gesellschaft als abhängiges Unternehmen	89

d) Erläuterung des Verschmelzungsvertrags	90
e) Darstellung einer sachlichen Rechtfertigung der Verschmelzung	92
(1) Erfordernis der Rechtfertigung	93
(i) Stand der Diskussion	94
(ii) Kritische Würdigung	96
(2) Nichtverletzung der Treuepflicht als zu begründender Umstand	99
f) Die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit einer Verschmelzung	101
(1) Allgemeines	101
(2) Notwendigkeit konkreter Angaben; Darstellung von Unsicherheiten und Risiken	103
(3) Darstellung von Alternativen	105
(4) Darstellung der wirtschaftlichen Nachteile	107
(5) Darstellung anderer Gründe für die Verschmelzung	108
g) Folgen der Verschmelzung für die Gesellschaften	109
(1) Darstellung der steuerlichen Folgen	109
(2) Darstellung gesellschaftsrechtlicher Folgen	110
(3) Darstellung sonstiger Folgen	112
h) Folgen der Verschmelzung für die Anteilsinhaber	113
(1) Umfasster Personenkreis	114
(2) Folgen für die Beteiligungsquote	116
(3) Weitere Angaben	117
(4) Steuerrechtliche Folgen für die Anteilseigner	118
i) Folgen der Verschmelzung für Gläubiger und Arbeitnehmer	119
(1) Herrschende Ansicht	120
(2) Kritische Würdigung	121
j) Erläuterung und Begründung von Umtauschverhältnis (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 UmwG) und Barabfindungsangebot (§ 29 UmwG)	124
(1) Erläuterung von Umtauschverhältnis oder Mitgliedschaft	124
(2) Allgemeines zur Art und Weise der Erläuterung	125
(3) Die Unternehmensbewertungen als Grundlage des Umtauschverhältnisses	128

(4) Darstellung der tatsächlichen Bewertungsgrundlagen	133
(i) Notwendigkeit der Darstellung	133
(ii) Konkreter Inhalt der Darstellung	138
(iii) Sonderproblem: Erforderliche Darstellung der Bewertungsgrundlagen bei Unternehmensgruppen	145
(5) Angaben zur Barabfindung (§ 29 UmwG)	147
k) Besondere Schwierigkeiten bei der Bewertung der Rechtsträger	148
l) Grenzen der Berichtspflicht	150
7. Verpflichtung zur Aktualisierung	151
8. Heilung von Mängeln des Berichts	152
a) Unstrittiges	152
b) Korrektur durch mündliche Ergänzung bzw. Verbesserung in der Hauptversammlung	153
(1) Diskussionsstand	153
(2) Kritische Würdigung	155
c) Korrektur durch andere Unterlagen	157
III. Besonderheiten beim Spaltungsbericht gem. § 127 UmwG	158
IV. Besonderheiten beim Umwandlungsbericht gem. § 192 UmwG	160
1. Darstellung des formwechselnden Rechtsträgers	160
2. Wirtschaftliche und rechtliche Erläuterung des Formwechsels	161
a) Wirtschaftliche Zweckmäßigkeit des Formwechsels	161
b) Wirtschaftliche und rechtliche Folgen des Formwechsels	162
3. Rechtliche und wirtschaftliche Erläuterung der künftigen Beteiligung der Anteilshaber	163
4. Erläuterung der Barabfindung	164
5. Nichtvorliegen eines Rechtsmissbrauchs; Entwurf des Umwandlungsbeschlusses	166
V. Zwischenergebnisse	167

§ 5 Die Berichtspflicht bei Ausschluss des Bezugsrechts gemäß § 186 Abs. 2 S. 4 AktG	168
I. Allgemeines	168
II. Zur materiellen Rechtfertigung des Bezugsrechtsausschlusses	169
1. Grundlagen	171
2. Inhalt	173
a) Im Gesellschaftsinteresse liegender Zweck	174
b) Erforderlichkeit des Bezugsrechtsausschlusses	175
c) Abwägung mit den Interessen der Aktionäre	176
III. Zweck des Berichts	177
IV. Inhalt des Berichts	180
1. Zweck des Bezugsrechtsausschlusses und Erforderlichkeit	181
2. Angemessenheit des Bezugsrechtsausschlusses	185
3. Begründungserfordernisse bei teilweisem Bezugsrechtsausschluss	189
4. Rechtfertigung der Kapitalerhöhung	191
5. Begründung des Ausgabebetrags	193
6. Nennung der durch den Bezugsrechtsausschluss begünstigten Personen	196
V. Grenzen der Berichtspflicht	197
VI. Zeitpunkt und Verfahren der Vorlage des schriftlichen Berichts; formelle Anforderungen	199
VII. Entbehrlichkeit des Berichts	201
VIII. Berichtspflicht bei Ausschluss des Bezugsrechts nach § 186 Abs. 3 S. 4 AktG	202
1. Notwendigkeit des Berichts	204
2. Verpflichtender Inhalt des Berichts	205
a) Allgemeines zur Reduktion der Anforderungen	205
b) Konkrete Bestimmung der Erleichterungen	207
(1) Vorliegen der Voraussetzungen des vereinfachten Bezugsrechtsausschlusses	207
(2) Darstellung des mit dem Bezugsrechtsausschluss verfolgten Ziels	209
(3) Darlegung, inwiefern der Bezugsrechtsausschluss dem Interesse der Gesellschaft an optimalen Erlösen dient	211

(4) Begründung der Anwendung des § 186 Abs. 3 S. 4 AktG	212
(5) Begründung der Zukaufsmöglichkeit für Altaktionäre	213
(6) Darstellung der Berechnungsgrundlage für Börsenpreis und Ausgabebetrag	214
(7) Begründung des Nichtvorliegens eines Missbrauchs	216
(8) Besonderheiten bei teilweise Bezugsrechtsausschluss	218
IX. Berichtspflicht bei faktischem Bezugsrechtsausschluss	219
X. Bezugsrecht und Begründung des Ausschlusses bei Sachkapitalerhöhungen	221
XI. Ausschluss des Bezugsrechts und genehmigtes Kapital (§§ 202 ff. AktG)	224
1. Bestehen einer Berichtspflicht	226
a) Mangelnde Verweisung des § 203 Abs. 2 S. 2 AktG auf § 186 Abs. 4 S. 2 AktG	227
b) Flexibilität der Verwaltung vs. Aktionärsschutz	229
2. Berichtspflicht bei der Satzungsänderung	231
a) Diskussionsstand nach BGHZ 83, 319 – „Holzmann“	231
b) Diskussionsstand nach Siemens/Nold	232
c) Kritische Würdigung	235
(1) Grundsätzliche Zustimmung zur eingeschränkten Berichtspflicht	235
(2) Konkretisierung der Anforderungen an den eingeschränkten Bericht	236
3. Berichtspflicht bei Durchführung	245
a) Die Commerzbank-Entscheidung des BGH	245
b) Für eine Berichtspflicht bei Durchführung der Kapitalerhöhung sprechende Aspekte	246
c) Gegen eine Berichtspflicht bei Durchführung der Kapitalerhöhung sprechende Aspekte	248
(1) Wortlaut und mutmaßlicher Wille des Gesetzgebers	248
(2) Die gesetzliche Systematik	250
(3) Berücksichtigung des Telos	251
(4) Sonstige Argumente	253

d) Eigene Ansicht	254
(1) Flexibilität des Vorstands	254
(2) Effektivität des Aktionärsschutzes	258
e) Notwendiger Inhalt des Berichts	261
f) Verfahrensfragen	265
4. Sonderfall: Eingeschränkte Berichtspflicht bei Ausübung des genehmigten Kapitals unter Anwendung der Regeln über den erleichterten Bezugsrechtsausschluss (§ 186 Abs. 3 S. 4 AktG)	266
XII. Ausschluss des Bezugsrechts und bedingte Kapitalerhöhung	268
1. Bezugsrechte für Mitarbeiter (stock options)	268
a) Grundlegendes	268
b) Problemstellung	270
c) Notwendigkeit der sachlichen Rechtfertigung und Folgerungen hieraus	271
d) Informationsbedürfnis der Aktionäre und Folgerungen hieraus	273
2. Bedingte Kapitalerhöhungen zu anderen Zwecken	276
XIII. Ausschluss des Bezugsrechts bei Veräußerung eigener Aktien außerhalb der Börse	277
1. Insbesondere: Rückkauf eigener Aktien zur Unterlegung von Aktienoptionsplänen an Arbeitnehmer und Mitglieder der Geschäftsführung	279
2. Insbesondere: Rückkauf eigener Aktien zur Unterlegung von Aktienoptionsplänen für Aufsichtsratsmitglieder	281
XIV. Berichtspflicht bei der Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen, Gewinnschuldverschreibungen und Genussrechten	284
1. Regelungsgegenstand und Schutzzweck des § 221 AktG	284
2. Ausgangspunkt: Erfordernis eines Hauptversammlungsbeschlusses, Bezugsrecht der Aktionäre und Möglichkeit des Ausschlusses desselben	285
3. Anwendung des § 186 Abs. 3 S. 4 AktG	288
a) Strenge Ansicht	289
b) Ansicht der Rechtsprechung	290

c) Kritische Würdigung	291
4. Notwendiger Inhalt des Berichts bei Wandelschuldverschreibungen	296
a) Erläuterung des Zwecks der Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen	296
b) Angabe der Erwägungen des Vorstands	299
c) Erläuterung der Konditionen der Ausgabe	300
d) Sonderfälle	302
(1) Berichtsinhalt bei Ermächtigung des Vorstands zum Bezugsrechtsausschluss	302
(2) Berichtsinhalt bei Ausschluss des Bezugsrechts nach § 186 Abs. 3 S. 4 AktG	304
(3) Berichtsinhalt bei Ausgabe der Anleihen durch Tochtergesellschaften	305
5. Reduzierte Berichtspflicht bei Genussrechten und Gewinnschuldverschreibungen	306
a) Die herrschende Ansicht	308
b) Genussrechte als Teilgewinnabführungsverträge im Sinne des § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG	309
c) Kritische Würdigung	310
(1) Eigenkapitalähnliche Genussrechte	311
(2) Genussrechte mit vorrangiger Befriedigung im Liquidationsfall	313
(3) Genussrechte mit gewinnabhängiger Verzinsung	314
XV. Berichtserfordernis bei mittelbarem Bezugsrecht	316
1. Fiktion des Nichtvorliegens eines Bezugsrechtsausschlusses	316
2. Notwendigkeit eines verkürzten Berichts	317
XVI. Heilung eines Mangels	318
XVII. Zwischenergebnisse	320
§ 6 Die Berichtspflicht bei Abschluss von Unternehmensverträgen gemäß § 293a AktG	322
I. Hintergrund und Zweck der Vorschrift	322
1. Sachgerechte Wahrnehmung der Hauptversammlungskompetenz	322
2. Weitere Funktionen	323

II. Voraussetzungen für das Bestehen einer Berichtspflicht	324
1. Art des Unternehmensvertrags	324
2. Weitere Voraussetzungen	327
III. Formelle Anforderungen	328
1. Form und Anzahl der Berichte	328
2. Art und Weise der Unterrichtung; Aktualität	330
IV. Grundlage für die Regelung des § 293a AktG/ Rückgriff auf Ergebnisse zu § 8 UmwG	331
V. Inhalt des Berichts	332
1. Allgemeines	333
a) Ausführlichkeit	334
(1) Generelle Deutung	334
(2) Insbesondere: Rückschlüsse aus der Revisibilität des Abschlusses eines Unternehmensvertrags	334
(3) Insbesondere: Grenzen der Ausführlichkeit	336
b) Anforderungen an die im Bericht verwandte Sprache	336
2. Im Einzelnen	337
a) Der Vertragsschluss	338
(1) Die wirtschaftliche Ausgangslage der Unternehmen	338
(i) Hinreichende Identifizierung des anderen Vertragsteils; Offenlegung des Gesellschafterbestands	339
(ii) Darstellung der Finanz- und Ertragslage	340
(iii) Beteiligungen an anderen Gesellschaften	341
(2) Die Beeinflussung der wirtschaftlichen Lage durch den Abschluss des Vertrags	342
(3) Abwägung der Vor- und Nachteile und Vergleich mit alternativen Maßnahmen	344
b) Erläuterung des Vertrags	346
c) Erläuterung von Ausgleich und Abfindung	348
(1) Art des Ausgleichs und der Abfindung	348
(2) Höhe des Ausgleichs und der Abfindung	349
(3) Entsprechende Erläuterungen bei Unternehmensverträgen nach § 292 AktG	354
d) Hinweis auf besondere Bewertungsschwierigkeiten	356

e) Folgen für die Beteiligungen	358
f) Folgen für die Arbeitnehmer und die Öffentlichkeit	359
3. Darstellung der sachlichen Rechtfertigung	360
4. Inhaltliche Einschränkungen gemäß § 293a Abs. 2 AktG	362
a) Materielle Voraussetzungen für eine Einschränkung	363
b) Formelle Voraussetzungen für eine Einschränkung	365
c) Entsprechende Geltung des § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 2-6 AktG	366
5. Inhaltliche Anforderungen bei Änderung des Unternehmensvertrags	367
6. Reduzierte Berichtspflicht bei Aufhebung/ Kündigung und Neuabschluss (Änderungskündigung)	371
VI. Möglichkeit des Verzichts	372
VII. Weitere Entbehrlichkeitsgründe	374
1. Entbehrlichkeit bei 100%-Töchtern	374
2. Entbehrlichkeit des Berichts bei Bagatellfällen	376
VIII. Zwischenergebnisse	377
§ 7 Die Berichtspflicht beim Ausschluss von Minderheitsaktionären („squeeze-out“) gemäß § 327c Abs. 2 S. 1 AktG	378
I. Hintergrund	378
II. Die besondere verfassungsrechtliche Relevanz des Übertragungsberichts	380
III. Schuldner der Berichtspflicht	381
1. Der Bericht nach § 327c Abs. 2 S. 1 AktG	381
2. Ungeschriebenes Erfordernis einer schriftlichen Stellungnahme durch den Vorstand	383
IV. Formelle Anforderungen	384
1. Schriftform	384
2. Sonstige Anforderungen	385
V. Inhalt des Berichts	386
1. Zur Frage der Ausführlichkeit	386

2. Die Darlegung der Übertragungsvoraussetzungen	387
a) Vorliegen des Schwellenwerts	387
(1) Erläuterung der Berechnung	387
(2) Anforderungen an die Erläuterung bei Konzernsachverhalten	388
(3) Nichtvorliegen eines missbräuchlichen Mehrheitserwerbs	390
b) Darstellung einer sachlichen Rechtfertigung	391
c) Nichtvorliegen eines Rechtsmissbrauchs bzw. einer Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht	393
3. Erläuterung und Begründung der Angemessenheit der Barabfindung	395
a) Erläuterung der Angemessenheit der Barabfindung	395
b) Begründung der Angemessenheit der Barabfindung	399
(1) Begründung der Wahl der Bewertungsgrundsätze	399
(2) Sonstige Begründungserfordernisse	402
c) Verweis auf nähere Erläuterung in der Hauptversammlung; Aufdeckung einer Parallelprüfung	404
4. Erläuterung der wirtschaftlichen Hintergründe des geplanten Ausschlusses	406
5. Weitere Berichtsteile	406
VI. Grenzen der Berichtspflicht und Verzichtsmöglichkeit	408
VII. Zwischenergebnisse	408
§ 8 Ungeschriebene Berichtspflichten	410
I. Berichtspflicht bei Vermögensausgliederungen durch Einzelrechtsübertragung („Holzmüller“)	410
1. Untersuchungsgegenstand	410
2. Notwendigkeit eines Berichts	412
a) Fragestellung	412
b) Meinungsstand	414
c) Schlüsse aus den dogmatischen Vorgaben	417
(1) Vertretene Ansichten	418

(2) Folgerungen aus den unterschiedlichen Ansichten	420
(3) Kritische Würdigung	421
d) Erst-recht Schluss aus § 179a AktG	425
(1) Berichtspflicht im Rahmen des § 179a AktG	426
(2) Sonderfall: Übertragende Auflösung	429
(3) Zulässigkeit des Erst-Recht-Schlusses	434
(i) Geltungsbereich des § 179a AktG	434
(ii) Abschließender Charakter des § 179a AktG	435
e) Vergleichbare Schutzwürdigkeit der Aktionäre	437
(1) Vergleichbarkeit in Bezug auf die Lage bei Umstrukturierungen nach dem UmwG	438
(i) Notwendigkeit der Unterstützung bei der Urteilsbildung	438
(ii) Berücksichtigung des § 1 Abs. 2 UmwG	440
(2) Vergleichbarkeit in Bezug auf die Lage bei Ausschluss des Bezugsrechts	443
f) Sinn und Zweck des ungeschriebenen Zustimmungserfordernisses	444
3. Anforderungen an den Bericht	449
a) Inhaltliche Anforderungen	449
b) Berücksichtigung von Geheimhaltungsinteressen und weitere Einschränkungen	451
c) Formelle Anforderungen	453
II. Berichtspflicht beim Börsenrückzug („Delisting“)	454
1. Begriff des Delisting bzw. Going Private	454
2. Notwendigkeit eines Berichts	455
a) Problemstellung	455
b) Grundvoraussetzung für eine Berichtspflicht: Entscheidungsbefugnis der Hauptversammlung	456
c) Vertretene Ansichten	459
d) Kritische Würdigung	462
(1) Delisting und Veränderung der Gesellschaftsstruktur	462
(2) Notwendigkeit einer sachlichen Rechtfertigung	463
(3) Notwendigkeit eines Pflichtangebots	467

(4) Evidenz der Vor- und Nachteile, Informationsbedürfnis der Aktionäre	470
(5) Kohärenz mit anderen Formen des going private	472
e) Ergebnis	473
3. Notwendiger Inhalt des Berichts	473
III. Zwischenergebnisse	474
 Teil 3: Rechtsschutzmöglichkeiten bei fehlerhafter oder unterbliebener Berichterstattung	 477
§ 9 Handelsregisterrechtliche Folgen und Rechtsschutzmöglichkeiten („Registersperren“)	477
I. Wirksamwerden von Strukturänderungen	477
II. Rechtsgrundlagen der Registersperre	477
III. Möglichkeit der Überwindung der Registersperre	479
1. Bei Strukturmaßnahmen nach dem UmwG	480
a) Unzulässigkeit bzw. offensichtliche Unbegründetheit	481
(1) Unzulässigkeit der Klage	481
(2) Offensichtliche Unbegründetheit	482
(i) Im Regelfall	482
(ii) Spezialfall: Offensichtliche Unbegründetheit wegen Rechtsmissbrauchs	485
b) Vorrang des Vollzugsinteresses aufgrund Kleinstbeteiligung (§ 16 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 UmwG)	486
c) Vorrang des Vollzugsinteresses aufgrund wesentlicher Nachteile (§ 16 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 UmwG)	487
(1) Berücksichtigungsfähige wesentliche Nachteile	488
(i) Mögliche Nachteile	488
(ii) Wesentlichkeit	490
(iii) Darlegung konkreter Zahlen	491
(iv) Einschränkung der berücksichtigungsfähigen Nachteile	492

(2) Abwägung mit dem Interesse des Klägers am Aufschub	493
(i) Grundsätzliche Bestimmung des Gewichts	494
(ii) Berücksichtigung der Erfolgsaussichten der Klage	496
(iii) Einfluss sonstiger Umstände auf das Aufschubinteresse	497
2. Beim squeeze-out	499
3. Bei sonstigen Strukturmaßnahmen	501
IV. Weitere registergerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten	502
V. Zwischenergebnisse	504
§ 10 Vorgehen gegen den Hauptversammlungsbeschluss	506
I. Punkte, die alle Berichtspflichten betreffen	506
1. Allgemeine Einschränkung des Anfechtungsrechts	506
a) Die Rechtslage vor Inkrafttreten des UMAG	508
(1) Das Erfordernis der potentiellen Kausalität	508
(i) Zu Berichten nach dem UmwG	508
(ii) Zu den sonstigen gesetzlich normierten Strukturberichtspflichten	510
(2) Die Relevanztheorie	512
(3) Zusammenfassung	513
b) Die Rechtslage nach Inkrafttreten des UMAG	514
(1) Voraussetzungen des § 243 Abs. 4 S. 1 AktG	514
(2) Konkrete Anwendung auf Berichtsmängel	515
2. Besondere Einschränkung des Anfechtungsrechts bei bewertungsbezogenen Berichtsmängeln	517
a) Die Auslegung des § 210 UmwG durch die Gerichte	517
b) Übertragbarkeit auf den Verschmelzungsbericht	519
(1) Berücksichtigung des § 14 Abs. 2 UmwG	520
(2) Ausschluss der Anfechtung jedenfalls bei Angemessenheit des Umtauschverhältnisses	524
c) Übertragbarkeit auf den Unternehmensvertragsbericht	525
d) Übertragbarkeit auf den squeeze-out Bericht	527
e) Übertragbarkeit auf die übertragende Auflösung	531
f) Berücksichtigung des § 243 Abs. 4 S. 2 AktG	532

3. Anfechtung wegen formeller Berichtsmängel; Rügeobliegenheit der Kläger	534
II. Besonderheiten bei dem Bericht nach § 186 Abs. 4 S. 2 AktG	536
1. Verhältnis der Anfechtung wegen mangelhaft begründeten Ausgabebetrags zur Anfechtung nach § 255 Abs. 2 AktG	536
2. Rechtsschutz bei der Ausübung von genehmigtem Kapital	537
III. Weitere Punkte, die bei Anfechtung aller Strukturmaßnahmen zu beachten sind	539
1. Individueller Rechtsmissbrauch	539
a) Schwellenwert für Klagen	542
b) Absichten des Klägers	543
2. Anfechtung wegen fehlerhafter nicht notwendiger Angaben	546
3. Anfechtung wegen Berichtsmängel bei nicht nachprüfaren Wertungen des Vorstands	547
4. Bestätigung nach § 244 AktG	549
IV. Zwischenergebnisse	551
§ 11 Klage auf Unterlassen der Maßnahme ohne Bericht	553
I. Problemstellung	553
II. Generelle Zulässigkeit von Klagen gegen rechtswidriges Verwaltungshandeln	555
III. Bestehen eines materiell-rechtlichen Unterlassungsanspruchs	557
1. Meinungsstand	557
2. Kernaspekte des Problems	558
a) Beachtung des Minderheitenschutzes	558
b) Umgehung des gesetzlichen Kompetenzgefüges	560
c) Berücksichtigung des § 118 AktG	562
IV. Sonderfall: Vorgehen gegen rechtswidrige Ausübung von genehmigtem Kapital	563
V. Kritische Würdigung	567
1. Bestehen eines Unterlassungsanspruchs	567
2. Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage	569
VI. Passivlegitimation und Gestaltungswirkung	570
VII. Möglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes	572

VIII. Zwischenergebnisse	575
§ 12 Schadensersatzansprüche	576
I. Vorüberlegung: Möglicher Schaden aufgrund fehlerhafter Berichterstattung	577
II. Mögliche Schadensersatzansprüche des Aktionärs	579
1. Ansprüche gegen die Gesellschaft	579
2. Ansprüche gegen den Vorstand	581
III. Die mangelhafte Berichterstattung als lediglich mittelbarer Anknüpfungspunkt für die Haftung	584
1. Schadensersatz bei nicht rechtmäßiger Ausübung der Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss	584
a) Grundsatz	584
b) Schaden und Kausalität	585
(1) Vermögensverwässerung	585
(2) Verwässerung der Mitgliedschaftsrechte	587
c) Dogmatische Fundierung	589
d) Übertragbarkeit auf mangelhafte Berichterstattung	592
2. Schadensersatz nach Freigabeverfahren	593
IV. Die mangelhafte Berichterstattung als unmittelbarer Anknüpfungspunkt für die Haftung	594
1. Haftung der Gesellschaft	594
2. Haftung des Vorstands	595
a) Verletzung des allgemeinen Mitgliedschaftsrechts	595
b) Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB	598
c) Kontrollüberlegung: Ausdrückliche Haftung des Vorstands für mangelhafte Umwandlungsberichte	600
(1) Grundlagen	600
(2) Der Tatbestand und die Rechtsfolgen im Einzelnen	602
V. Zwischenergebnisse	604
Teil 4: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	606
Rechtsprechungsübersicht	610
Literaturverzeichnis	625

Teil 1: Einleitung und allgemeine Untersuchungen

§ 1 Einleitung

I. Ökonomischer Hintergrund von Umstrukturierungsvorgängen

Die am Markt agierenden Unternehmen sind einem ständigen, dynamischen Anpassungsprozess unterworfen.¹ Der Markt ist durch die Neuerungen des technischen Fortschritts (Entwicklung neuer Technologien), die (zunehmende) europäische Integration und weltwirtschaftliche Verflechtung (Globalisierung), sowie den Wandel der Wettbewerbsverhältnisse (schnelle Veränderungen im Nachfrageverhalten der Konsumenten, begünstigt durch moderne Medien, internationale Märkte und neue Strukturbedingungen auf der Angebotsseite) gekennzeichnet. Diese Modernisierung und Liberalisierung der wirtschaftlichen Verhältnisse erfordert entsprechende Strukturanpassungen auch auf unternehmerischer Seite. Der Unternehmer kann dabei nicht alleine mit rein betriebswirtschaftlichen Maßnahmen innerhalb der Betriebsorganisation den Anforderungen des Marktes gerecht werden. Vielfach sind auch weit grundlegendere Anpassungen, die die Unternehmensstruktur als solche betreffen, notwendig.² Diese können sich nicht nur auf die Rechtsform und die Größe des Unternehmens, sondern auch auf Fragen der Finanzierung und der Organisation eines Unternehmensverbundes beziehen.³

Hierbei besteht ein Spannungsverhältnis zwischen der Möglichkeit des Managements, schnell auf die Marktanforderungen zu reagieren, und dem

1 Dazu, dass dieser wohl in erster Linie als Konzentrationsprozess zu begreifen ist *Heckschen*, WM 1990, 377 (377 f.).

2 Zusammenarbeits- und Umgestaltungsbedürfnisse von Gesellschaften ebenfalls anerkennend: EuGH, Urt. v. 13.12.2005 – Rs. 411/03, ZIP 2005, 2311 – „Sevic“; *Krause/Kulpa*, ZHR 171 (2007), 38 (41). Vgl. zu weiteren Umständen, die eine Umstrukturierung notwendig machen können, *Hommelhoff/Riesenhuber*, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000, S. 259 (260).

3 Treffend *Feddersen/Kiem*, ZIP 1994, 1078: „Im permanenten Wettbewerb stehende Unternehmen tragen kein starres Rechtskleid, sie müssen auch ihren rechtlichen Organisationsrahmen unablässig neuen Erfordernissen anpassen.“

Interesse der Eigentümer, an diesen Anpassungsprozessen mitzuwirken und über sie mit zu entscheiden.⁴ Diesbezüglich wird im Schrifttum festgestellt, dass „Stellung, Mitwirkung und Schutz der Gesellschafter neben und vielleicht noch vor dem Schutz der Gläubiger [...] zentrales zivilrechtliches Thema des Strukturwandels sind.“⁵ Auf der einen Seite des Spannungsfeldes stehen bei Vorgängen der Anpassung der Gesellschaftsstruktur folglich die Interessen der Hauptversammlung und die Individualrechte der Aktionäre. Auf der anderen Seite steht das Interesse an unternehmerischer Entscheidungsfreiheit der Verwaltung.⁶ Aufgabe der Rechtsordnung ist es, diese teilweise gegenläufigen Interessen weitestgehend in Einklang zu bringen und somit einen rechtlichen Rahmen für strukturelle Veränderungen in einem Unternehmen oder Unternehmensverbund zu schaffen.

Dies kann zum einen geschehen durch ein Modell eines inhaltlich-paternalistischen Schutzes der (Minderheits-)Aktionäre. Zum anderen kann den Interessen der Gesellschafter aber auch – im Sinne einer Hilfe zur Selbsthilfe – dadurch Genüge getan werden, dass sie in die Lage versetzt werden, sich im Sinne der Privatautonomie selbst einen hinreichenden Schutz zu verschaffen. In diesem Zusammenhang spielen typischerweise Verfahrensvorschriften (wie zum Beispiel Informationsrechte) eine wichtige Rolle.

Ist aber ein solcher Ordnungsrahmen – auf eine der beiden Arten oder auch durch eine Kombination – geschaffen, so erlangt die Frage Bedeutung, mit welchen Mitteln dieser Ordnungsrahmen durchgesetzt werden kann. Denn die Geschichte des Aktienrechts ist gekennzeichnet durch die, infolge mehrerer schwerer Krisen im Aktienwesen immer wieder notwendig gewordene Suche des Gesetzgebers sowohl nach einem optimalen inneren Organisationsmodell für die Aktiengesellschaft, als auch nach externen Sanktionsmöglichkeiten zur Gewährleistung eines diesem Modell entsprechenden Verhaltens der Organmitglieder.⁷ Beide Aspekte, also sowohl die Frage nach der organisationsrechtlichen Ausgestaltung, wozu auch die Problematik des angemessenen Informationsflusses gehört, als auch die

4 Vgl. dazu, insbesondere im Hinblick auf eine Aktionärspartizipation auf dem Klagewege *Hommelhoff*, ZGR 1990, 447 (450).

5 *Priester*, ZGR 1990, 420.

6 *Westermann*, FS Semler, 1993, S. 651 (652).

7 So *Lewerenz*, Leistungsklagen zwischen Organen und Organmitgliedern der Aktiengesellschaft, 1977, S. 24.

Frage nach den rechtlichen Sanktionen bei einem Verstoß gegen diese Ausgestaltung, sind – aufgrund der eben erwähnten wirtschaftlichen Bedeutung – insbesondere bei Strukturmaßnahmen von großer Wichtigkeit.⁸ Denn der von der Rechtsordnung gesteckte Rahmen muss sich auch daran messen lassen, inwiefern er den tatsächlichen wirtschaftlichen Notwendigkeiten Rechnung trägt und dazu beiträgt, das Bedürfnis nach Anpassung der Unternehmensstrukturen zu befriedigen.

II. Problemstellung und Eingrenzung des Gegenstands der Untersuchung

Aus diesem Grunde sollen im Rahmen dieser Arbeit auch beide Problematiken beleuchtet werden. Allerdings besteht aufgrund der thematischen Fülle die Notwendigkeit der Eingrenzung des konkreten Untersuchungsgegenstands. Denn zur Vorbereitung des strukturändernden Hauptversammlungsbeschlusses schreibt das Gesetz im Regelfall ein umfängliches und detailliertes Paket von Vorab-Informationen für die Aktionäre vor.⁹ Aber auch während der Hauptversammlung bestehen zahlreiche Informationspflichten. Die Systematisierung von Informationspflichten in Aktiengesellschaften gestaltet sich deshalb als schwierig.¹⁰

Gegenstand der Untersuchung sollen – abstrakt formuliert – nur Pflichten zur Erstattung eines schriftlichen Berichts sein, deren Zweck es zumindest teilweise ist, dem Adressaten die Entscheidung über eine Veränderung der gesellschaftlichen Struktur zu ermöglichen. Als Entscheidung in diesem Sinne wird dabei nicht nur die unmittelbare Entscheidung über die Maßnahme – die im Regelfall durch Hauptversammlungsbeschluss erfolgt – sondern auch die – auf die Veränderung der Struktur quasi mittelbar einwirkende – Entscheidung jedes einzelnen (Minderheits)aktionärs gesehen, ob er gegen die Durchführung der Strukturmaßnahme mit den ihm zustehenden, rechtlichen Mitteln opponiert. Dabei konzentriert sich die Arbeit aus Gründen der besseren Vergleichbarkeit und damit einhergehender

8 Näher zum Zusammenspiel von Informationsgeboten und Regeln zur Haftung für fehlerhafte Informationen: *Grundmann*, FS Lutter, 2000, S. 61 (67 f.).

9 *Hommelhoff*, ZGR 1990, 447 (450).

10 Einen Versuch der Systematisierung unternimmt *Schockenhoff* in NZG 2001, 921.

Möglichkeit der Systematisierung auf Berichte des Vorstands.¹¹ Nicht näher untersucht werden sollen folglich insbesondere Informationspflichten des Aufsichtsrats¹² und besonders bestellter Prüfer¹³, laufende Informationspflichten¹⁴ und Informationspflichten des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat.¹⁵

Diese Eingrenzung ist der besonderen Bedeutung geschuldet, die den angesprochenen Vorstandsberichten zukommt. Denn Vorstandsberichte im Rahmen von Unternehmens- und Konzernumstrukturierungen sind in der Praxis aufgrund eines fehlenden gesetzlichen Berichtsstandards zu einem Einfallstor für Anfechtungsklagen und andere blockierende Maßnahmen geworden und stellen die Unternehmen – und ihre Berater – deshalb vor erhebliche Probleme.¹⁶ Es wird sogar behauptet, die Berichtsverfassung erfordere prognostische Fähigkeiten und selbst diese reichten selten aus, um alle Informationen zu erfassen, die von Aktionären und später von Gerichten für erforderlich gehalten werden.¹⁷ Die „Flucht“ der Unternehmen in die übertriebene Ausführlichkeit der Berichte sei vor diesem Hintergrund verständlich.¹⁸ Ob dieser Befund zutrifft und ob und inwieweit sich dies auf die Möglichkeit der rechtzeitigen und wirtschaftlich sinnvollen Anpassung der Gesellschaftsstruktur auswirkt, soll im Folgenden untersucht werden.

11 Lediglich mit dem squeeze-out Bericht nach § 327c Abs. 2 S. 1 AktG soll ein Bericht untersucht werden, der nicht durch den Vorstand der Gesellschaft, sondern durch deren Hauptaktionär zu verfassen ist.

12 Vgl. insbesondere § 52 Abs. 3 AktG und die Prüfungsberichte nach § 171 Abs. 2 AktG und § 314 Abs. 2 AktG.

13 Vgl. § 12 UmwG, § 293e AktG, §§ 183 Abs. 3, 194 Abs. 4, 205 Abs. 3 AktG in Verbindung mit § 34 Abs. 2 AktG.

14 Vgl. § 312 AktG.

15 Dazu: v. *Schenck*, NZG 2002, 64; *Kropff*, NZG 2003, 346

16 *Wilde*, ZGR 1998, 423 (438).

17 *Wilde*, aaO.

18 Der Verschmelzungsbericht im Falle Krupp/Hoesch war über 250 Seiten lang, derjenige in Sachen Kaufhof Holding/Metro über 160 Seiten und der Bericht über die Zusammenführung der VIAG AG und der Bayernwerk AG bestand immerhin aus 60 Seiten; vgl. *Wilde*, ZGR 1998, 423 (438), Fn. 56.

§ 2 Berichtspflichten und das Recht der Aktionäre auf Information

I. Berichtspflichten als Teil des Informationsmodells

1. Das Informationsmodell und seine Grundannahmen

Das Aktiengesetz in seiner Fassung von 1965 kannte Berichtspflichten im Sinne von schriftlichen Begründungen und Erläuterungen im Vorstadium einer Hauptversammlung noch nicht. Diese Begründungspflichten sind aber das Kennzeichen der seither eingetretenen Änderungen aufgrund der 2.¹⁹ und 3. EG-Angleichungsrichtlinie.²⁰ Im Europäischen Gesellschaftsrecht steht bei Umstrukturierungen das Modell der hinreichenden Aktionärsinformation und damit der informierten Entscheidung im Vordergrund.²¹ Ihr wird konzeptionell ein zumindest gleichgroßer Stellenwert eingeräumt wie materiellen Eingriffen in gesellschaftsinterne Verhältnisse und Vorgänge. Dieses als gesellschaftsrechtliches Informationsmodell²² zu bezeichnende Verständnis liegt nach der heutigen Konzeption des deutschen Aktienrechts, das einen Schwerpunkt auf eine hinreichende Corporate Governance legt²³, auch dem Verhältnis Aktionär – Gesellschaft zu

19 2. (Kapital)Richtlinie vom 13.12.1976 (77/91/EWG), ABl. EG L 26 vom 31.1.1977, S. 1 ff., zuletzt geändert durch Richtlinie 2009/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009, ABl. EG L 259 vom 2.10.2009.

20 3. (Verschmelzungs)Richtlinie vom 9.10.1978 (78/855/EWG), ABl. EG L 295 vom 20.10.1978, S. 36 ff., jetzt: Richtlinie 2011/35/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABl. EU L 110 vom 26.4.2011, S. 1 ff. Vgl. *Lutter*, in: FS Fleck, 1988, S. 169 (177); *Hüffer*, in: FS Claussen, 1997, S. 171.

21 *Grundmann*, DStR 2004, 232 (240). Vgl. zum Vorrang der Informationsregeln auch in anderen Rechtsgebieten: *Grundmann*, FS Lutter, 2000, S. 61 (62 ff.).

22 Vgl. dazu *Grundmann*, DStR 2004, 232 und *Hommelhoff/Riesenhuber*, in: *Grundmann* (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000, S. 259 (272 ff.). *Engelmeyer*, BB 1998, 330 (331), spricht in Bezug auf das Umwandlungsgesetz von einem „umfassenden Informationssystem“. Nach *Hüffer*, ZIP 1996, 401 (409) existiert auch ein kapitalmarkt-rechtliches Informationsmodell.

23 Zum Verhältnis zwischen Transparenz und Corporate Governance *Sünner*, AG 2000, 492. Dass das deutsche Aktienrecht den Corporate Governance Gedanken hinreichend berücksichtigt, sehen auch *Claussen/Bröcker*, AG 2000, 481 (486).

Grunde.²⁴ Ein in diesem Sinne verstandenes gesetzliches Informationsmodell muss konstruktiv zwei Normgruppen vorsehen: Solche, die die Informationsbereitstellung regeln und solche, die gerade die Wahlfreiheit geben, um auf der Basis der Information handeln zu können. Denn die Pflicht zur Erteilung von Information ist kein Selbstzweck, sondern soll die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit des Adressaten erhöhen; hieraus ergibt sich ihr konkreter Sinn. Beide Normgruppen finden sich im deutschen Recht. Von den Aktionären als den von der Umstrukturierung Betroffenen ist zwingend die ihrem Wesen nach freie Entscheidung einzuholen. Diese Freiheit der Entscheidung wiederum soll durch die Bereitstellung einer hinreichenden Informationsgrundlage ermöglicht werden.²⁵ Mit der durch die Informationsbereitstellung einhergehenden erhöhten Transparenz sollen die Aktionäre als maßgebliche Entscheidungsinstanz also in die Lage versetzt werden, über die in Frage stehende Maßnahme abzustimmen. Grundannahme des Informationsmodells ist mithin die Eigenverantwortlichkeit der Anteilsinhaber.²⁶ Auf dieser Grundlage geht das Informationsmodell – quasi axiomatisch – davon aus, dass die Anteilsinhaber nur dann sachgerecht abstimmen können, wenn ihnen die entscheidungsrelevanten Informationen zur Verfügung stehen.²⁷ Dieser Konnex zwischen sachgerechter Entscheidung und Information ist von besonderer

24 *Mülbert*, ZHR 165 (2001), 104 (128) spricht von einem „Individualstammrecht des Aktionärs auf Information.“ *Schiessl*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 1999, S. 57 (67) sieht einen „hohen Rang, den unser Gesellschaftsrecht den Informationsbefugnissen“ der Aktionäre einräumt. *Bungert*, DB 1995, 1449 (1456) erkennt eine „allgemeine Tendenz zur Verstärkung der Informationsrechte der Aktionäre im Aktienrecht“. Zu der gewandelten Vorstellung und der aktienrechtlichen Systematik vgl. *Lutter*, FS Fleck, 1988, S. 169 (177).

25 Vgl. *Hommelhoff/Riesenhuber*, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000, S. 259 (274).

26 Vgl. dazu die Gesetzesbegründung zum UmwG BT-Drucks. 12/6699, S. 79.

27 Vgl. *Hommelhoff*, ZGR 1993, 452 (454); *Priester*, ZGR 1990, 420 (433); *Lutter*, FS Fleck, 1988, S. 169 (175) Fn. 23; *Timm*, GmbHR 1981, 177 (183); *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 7 Rn. 16. In Bezug auf die Ausgliederung auch v. *Riegen*, Gesellschafterschutz bei Ausgliederungen durch Einzelrechtsnachfolge, 1999, S. 131. Vgl. auch *Hommelhoff*, ZHR 151 (1987), 493 (509); *Engelmeyer*, Die Spaltung von Aktiengesellschaften, S. 67: „Denn wer entscheidet, benötigt Entscheidungsgrundlagen und damit Informationen“ und *Windbichler*, AG 1981, 169 (172): „Das Mitwirkungsrecht der Hauptversammlung impliziert, dass den Aktionären eine ausreichende Informationsbasis zu geben ist.“ Hiervon geht das Aktiengesetz aber auch in Bezug auf den Aufsichtsrat aus. Aus diesem Grund be-

Bedeutung. Je stärker ein Gesellschaftsrecht mit Entscheidungsmöglichkeiten für die „Eigentümer“²⁸ der Gesellschaft befürwortet wird, desto wichtiger sind Informationen als Funktionsvoraussetzung für effiziente Entscheidungen.²⁹ Insbesondere der Minderheitsgesellschafter hat ein Informationsbedürfnis, um seine Gesellschafterrechte eigenverantwortlich im Rahmen der Beschlussfassung über die Strukturmaßnahme ausüben zu können.³⁰

Gerade in diesem Zusammenhang spielen Pflichten des Vorstands (oder anderer Instanzen, die die Beschlussfassung über eine Strukturmaßnahme begehren) auf Erstattung eines schriftlichen Berichts eine maßgebliche Rolle. Mit Hilfe des Berichts sind die Gesellschafter im Idealfall³¹ in der Lage, sich effektiv auf die bevorstehende Beschlussfassung vorzubereiten und sich ein sachgerechtes Urteil über die Strukturmaßnahme zu bilden.³² Zu beachten ist dabei, dass die zu ermöglichende sachgerechte Entscheidung nicht nur die Entscheidung über die Stimmabgabe in der Hauptversammlung meint – sonst hätten die Berichte in den Situationen, in denen das Ergebnis von vornherein, etwa aufgrund einer fest entschlossenen Aktionärsmehrheit, feststeht, wenig Sinn³³ – sondern auch und gerade die Entscheidung darüber, ob gegen die Strukturmaßnahme rechtlich vorgegangen werden soll³⁴ beziehungsweise, ob überhaupt an der Hauptver-

stehen die wesentlichen Rechte des Aufsichtsrats gerade in Informationsrechten, wie beispielsweise §§ 90, 111, Abs. 2, 125 Abs. 3, 4, 170 Abs. 1, 314 Abs. 1 S. 1 AktG.

28 Vgl. zum Verständnis der Aktionäre als Eigentümer der Gesellschaft: *Martens*, ZHR 147 (1983), 377 (378); *Spitze/Diekmann*, ZHR 158 (1994), 447 (448).

29 *Grundmann*, DStR 2004, 232 (236).

30 So in Bezug auf den Abschluss eines Unternehmensvertrags *Humbeck*, BB 1995, 1893 (1893 f.).

31 Ob ein solcher Idealfall tatsächlich vorliegt, hängt ersichtlicherweise in erster Linie von den *inhaltlichen* Anforderungen an einen solchen Bericht ab. Allein die *formale* Statuierung einer Berichtspflicht führt nicht notwendigerweise zur ausreichenden Information der Aktionäre.

32 Vgl. *Servatius*, Strukturmaßnahmen als Unternehmensleitung, 2004, S. 305. Vgl. auch *Grundmann*, FS Lutter, 2000, S. 61 (76 f.).

33 Vgl. hierzu *Schockenhoff*, AG 1994, 45 (54 f.).

34 *Hommelhoff*, ZGR 1993, 452 (453 f.); *Spitze/Diekmann*, ZHR 158 (1994), 447 (450). *H. Schmidt*, FS Ulmer, 2003, S. 543 (552) spricht davon, dass die Informationserteilung insofern „Kontrollfunktion“ hat. Ist bei einer Strukturmaßnahme ein Austrittsrecht des Aktionärs gegen Abfindung vorgesehen, so dient der Vorstandsbericht im Übrigen auch dazu, eine verantwortungsvolle Entscheidung über die

sammlung teilgenommen werden soll.³⁵ Dass damit die Berichtspflichten nicht nur den Zweck haben, als Entscheidungsgrundlage, sondern auch als Prüfungsgrundlage für die Aktionäre zu dienen, verstößt dabei durchaus nicht gegen die Grundannahmen des Informationsmodells. Denn die Übergänge zwischen Entscheidung (über die Strukturmaßnahme) und Prüfung (der Strukturmaßnahme) sind fließend.³⁶

Das so verstandene Informationsmodell ist aber richtigerweise nicht lediglich eine positiv-rechtliche gesetzgeberische Entscheidung, sondern steht vielmehr in einem untrennbaren Zusammenhang mit dem Konzept der Mitgliedschaft als solcher. Wesentlich für die Mitgliedschaft ist – mit den Worten *Lutters* gesprochen – die Teilhabe an einem System verantwortlicher Mitwirkung an einem selbst gestalteten und selbst verwalteten gemeinsamen Zweck.³⁷ Eine solche Teilhabe setzt aber Wissen voraus. Denn der Aktionär kann von seinen Mitgliedschaftsrechten nur dann einen sinnvollen Gebrauch machen, wenn er die Umstände kennt, die für die Ausübung der Rechte wesentlich sind.³⁸ Da der durchschnittliche Aktionär

Wahrnehmung dieses Rechts zu ermöglichen, vgl. *Binnewies*, GmbHR 1997, 727 (729).

- 35 Ein entsprechend aufbereiteter Bericht kann durchaus das Bewusstsein schärfen, dass es sich bei der zur Diskussion stehenden Maßnahme um eine richtungsweisende oder einschneidende Entscheidung handelt, bei der es sich „lohnt“ an der Hauptversammlung teilzunehmen. Zur mangelnden Hauptversammlungspräsenz, insbesondere im Hinblick auf ausländische Aktionäre: *Sünner*, AG 2000, 492 (493).
- 36 Dazu, dass jede Entscheidung auch eine Prüfung enthält und umgekehrt vgl. auch *Druey*, FS Wiedemann, 2002, S. 809 (824 f.). Der Minderheitsaktionär als – eigentlicher – Adressat einer Berichtspflicht nach § 327c Abs. 2 S. 1 AktG braucht den Bericht beispielsweise weniger als Entscheidungsgrundlage für die konkrete Abstimmung, sondern vielmehr als Grundlage einer *Überprüfung*, ob das Übertragungsverlangen des Mehrheitsaktionärs den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Dies ist aber natürlich wiederum das Fundament für eine *Entscheidung*, ob er – auf welchem Weg auch immer – gegen den beabsichtigten squeeze-out generell oder nur in Bezug auf die konkrete Ausgestaltung – also gegen die Höhe der Barabfindung – vorgeht.
- 37 *Lutter*, AcP 180 (1980), 84 (91).
- 38 BayObLG, Beschl. v. 30.11.1995 – 3 Z BR 161/93, AG 1996, 180 (181); OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.1.2006 – 20 W 56/05, ZIP 2006, 610 (611). In Bezug auf die Entscheidung über eine Entlastung (§ 120 AktG) OLG München, Urt. v. 4.7.2001 – 7 U 5285/00, NZG 2002, 187. Vgl. auch OLG Brandenburg, Urt. v. 6.6.2001 – 7 U 145/00, AG 2003, 328. Bezüglich einer Entscheidung über eine Ausgliederung: *Veil*, ZIP 1998, 361 (362).

aus tatsächlichen und/oder rechtlichen Gründen nicht die Möglichkeit hat, sich entsprechendes Wissen selbst zu „verschaffen“, bedarf er der Informationsbereitstellung. Das Recht auf Information ist somit integraler Teil der Mitgliedschaft³⁹ und gleichzeitig Bedingung für die übrigen sich aus der Mitgliedschaft ergebenden Rechte.⁴⁰ Mit der Pflicht des Vorstands⁴¹ oder anderer Instanzen⁴² auf Erstattung eines schriftlichen Berichts wird dieses grundlegende Recht der Aktionäre auf Information näher konkretisiert.⁴³ Dies gilt auch und gerade für den Kleinaktionär, selbst wenn man ihn in erster Linie als Kapitalgeber denn als Verbandsmitglied begreift und deshalb von einer Einschränkung seiner mitgliedschaftlichen

-
- 39 So in Bezug auf das Auskunftsrecht nach § 131 AktG: BGH, Urt. v. 15.6.1992 – II ZR 18/91, BGHZ 119, 1 (17); BayObLG, Beschl. v. 21.3.2001 – 3 Z BR 318/00, AG 2001, 424 (425); OLG München, Urt. v. 4.7.2001 – 7 U 5285/00, NZG 2002, 187 (188). Ähnlich auch *Hommelhoff*, ZHR 151 (1987), 493 (511), der das Auskunftsrecht als „Mitverwaltungsrecht“ bezeichnet; *Hüffner*, ZIP 1996, 401 (405), der annimmt, dass das Auskunftsrecht aus der Mitgliedschaft folge und *Vetter*, FS Wiedemann, 2002, S. 1323 (1344), der das Informationsrecht „zu den mitgliedschaftlichen Grundrechten des Aktionärs“ zählt. Ähnlich auch *Adolff*, ZHR 169 (2005), 310 (328), der von einem „aus der Mitgliedschaft fließenden Individualrecht des einzelnen Aktionärs auf Informations[...]teilhabe“ spricht. Vgl. des weiteren auch *Nohlen*, Binnenmarktkonformer Minderheitenschutz bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Aktiengesellschaften, 2012, S. 47.
- 40 Gleiches dürfte gelten, wenn man statt der Mitgliedschaft die, auf der Überlassung von Risikokapital gegründete, Stellung der Aktionäre als wirtschaftliche Eigentümer in den Mittelpunkt stellt (vgl. dazu LG Frankfurt a. M., Urt. v. 29.7.1997 – 3/5 O 162/95, NZG 1998, 113 [115] – „Altana/Milupa“). Das Recht auf Informationen wäre dann sowohl Teil der sich aus dieser Stellung ergebenden Rechte als auch Bedingung für die Ausübung letzterer. Vgl. auch *Krömker*, NZG 2003, 418 (419).
- 41 Dass die Erstellung der Berichte dabei Aufgabe des Vorstands ist, erklärt sich nur zum Teil aus der Tatsache, dass im Wesentlichen nur dieser über die für die Erstellung des Berichts notwendigen Informationen verfügt. Denn die Informationsverteilung im Unternehmen wird zutreffenderweise als eine Leitungsfunktion verstanden, vgl. *Druey*, FS Wiedemann, 2002, S. 809 (815). Somit wäre schon nach den allgemeinen gesellschaftsinternen Organisationsregeln für die Erstellung des Berichts der Vorstand zuständig (§ 76 Abs. 1 AktG).
- 42 Schon an dieser Stelle ist auf die Besonderheit des § 327c Abs. 2 S. 1 AktG hinzuweisen, der die Pflicht zur Erstellung des Übertragungsberichts dem Hauptaktionär zuordnet.
- 43 *Priester*, DNotZ 1995, 427 (433). Vgl. auch *Hommelhoff*, ZGR 2000, 748 (751), wonach die Berichtspflichten Teil eines Aktienrechts-spezifischen Aktionärsinformationssystems sind.

Rechte ausgeht.⁴⁴ Diese besondere Bedeutung der Informationsbereitstellung für die Mitgliedschaft der Aktionäre wird auch vom Bundesverfassungsgericht gesehen. So führt das Gericht in seinem Beschluss vom 20. September 1999 aus: „Informationen sind für den Gesellschafter eine unerlässliche Voraussetzung für die Wahrnehmung seiner mitgliedschaftlichen Rechte. Nur ein über die Angelegenheiten der Gesellschaft unterrichteter Gesellschafter kann die ihm obliegenden Aufgaben im Rahmen des gemeinsamen Gesellschaftszwecks erfüllen. Zugleich korrespondiert das Informationsrecht aber auch mit den vermögensrechtlichen Ansprüchen, die die Gesellschaftsbeteiligung vermittelt. Die Dispositionsfreiheit über den Eigentumsgegenstand, die das Grundrecht schützt, liefe praktisch leer, wenn sich der Aktionär kein Bild über das Unternehmen, an dem er beteiligt ist machen könnte.“⁴⁵ Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts umfasst damit der Schutzbereich der Eigentumsgarantie auch das Recht des Aktionärs, über die Angelegenheiten seiner Gesellschaft informiert zu werden.⁴⁶

2. Die besonderen Probleme bei gesetzlich vorgeschriebener Informationsbereitstellung

Information besitzt eine Reihe von Eigenschaften, welche sie markant von anderen Gegenständen des Rechts unterscheidet und welche die Lösung rechtlicher Probleme, die sich auf Informationsbereitstellung und –über-

44 Dazu *Röhrich*, ZGR 1999, 445 (475) in Bezug auf Kleinaktionäre: „Seine wirklich wichtigen Rechte außer demjenigen auf Dividendenbezug sind deshalb das Recht auf umfassende frühzeitige Information [...]“. Vgl. auch die Regierungsbegründung zum Aktiengesetz 1965, BT-Drucks. IV/171, S. 94: „Als wirtschaftlicher Miteigentümer des Unternehmens muss der Aktionär, ganz gleich, wie hoch seine Beteiligung ist, das Recht haben, sich vor seiner Stimmabgabe in der Hauptversammlung über alle für seine Stellungnahme wesentlichen Angelegenheiten unterrichten zu können.“

45 BVerfG, Beschl. v. 20.9.1999 – 1 BvR 636/95, ZIP 1999, 1798 (1799).

46 BVerfG, Beschl. v. 20.9.1999 – 1 BvR 168/93, ZIP 1999, 1801 (1802). Dies entspricht der wohl herrschenden Auffassung im aktienrechtlichen Schrifttum. So wird in Bezug auf § 131 AktG die Ansicht vertreten, dass das Auskunftsrecht als Teil der Mitgliedschaft unmittelbar in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG fällt; vgl. *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 131 Rn. 2. Ähnlich auch *Krömker*, NZG 2003, 418 (420), der aus Art. 14 Abs. 1 GG sogar weitergehende Informationsansprüche des einzelnen Aktionärs ableiten will.

mittlung beziehen, erschwert. So erhält Information ihren Wert in der Verarbeitung. Sie bedarf der Einordnung in einen bestimmten Kontext und folglich ist der Wert der Information vom Vorwissen abhängig, das beim Empfänger besteht und mit welchem die empfangenen Angaben verknüpft werden können.⁴⁷ Dieser Schwierigkeit muss sich der Gesetzesanwender bei der Auslegung von Informationspflichten bewusst sein. Aber nicht zuletzt aus dieser Schwierigkeit ergibt sich auch die besondere Bedeutung, die gerade schriftlichen Vorabinformationen im gesellschaftsrechtlichen Informationsmodell zukommt.⁴⁸

Des Weiteren ist auch die Relevanz von Information subjektiv bestimmt und hängt insbesondere von einer individuellen Wertung ab. Dies bereitet bei der Formulierung gesetzlicher Informationspflichten Schwierigkeiten, da diese individuelle Wertung zwangsläufig der Gesetzgeber zu treffen hat, der damit natürlich nicht unbedingt die Wertung einzelner Aktionäre treffen wird. Noch schwerer, insbesondere im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Konkretisierung des Inhalts der vom Gesetz vorgeschriebenen Pflicht einer Person oder eines Organs zur Bereitstellung – oder Aufbereitung – von Informationen wiegt aber, dass der Wert der Information entscheidend von ihrer Vollständigkeit abhängt. Eine „halbe“ Information ist nicht wenigstens ein halber Wert, sondern in vielen Fällen gar kein oder ein negativer Wert, nämlich dann, wenn die andere Hälfte die erste relativiert oder ihr widerspricht.⁴⁹ Nicht zu unterschätzen ist auch das Spannungsverhältnis von gesetzlich vorgeschriebener Informationserteilung und dem Grad der Unabhängigkeit des Adressaten. Ein gewisses Maß an Unabhängigkeit ist notwendige Voraussetzung für die sachgerechte Wahrnehmung der vom Organisationsrecht der AG vorgesehenen Organfunktionen. Unabhängigkeit setzt aber die Fähigkeit zur eigenen Meinungsbildung voraus⁵⁰, welche wiederum – wie bereits erwähnt – in erster Linie davon abhängt, ob dem Entscheidungsträger ein bestimmtes Maß an Information zur Verfügung steht. Vor diesem Hintergrund haben gesetzliche Pflichten zur Informationsbereitstellung⁵¹ eine ambivalente Wirkung auf die Unabhängigkeit des Funktionsträgers. Denn zum einen ermöglichen

47 So *Druey*, FS Wiedemann, 2002, S. 809 (812).

48 Siehe dazu unten § 2.III.1.

49 Vgl. *Druey*, aaO.

50 Vgl. dazu und zur Unabhängigkeit als Bedingung der Erfüllung einer gesellschaftsinternen Funktion auch *Druey*, FS Wiedemann, 2002, S. 809 (821).

51 Und in noch weiterem Maße Pflichten zur Informationsaufbereitung.

sie in vielen Fällen erst die sachgerechte Wahrnehmung ihrer Funktion und schaffen so Unabhängigkeit, zum anderen kann die Institutionalisierung von Informationsbereitstellung aber zu einer Abhängigkeit des Adressaten vom Bereitsteller der Information führen. Dies wird besonders deutlich, wenn die bereit gestellten Informationen solche sind, die – wie im Falle von unternehmensinternem Spezialwissen – nur dem zur Informationsbereitstellung Verpflichteten zur Verfügung stehen. Denn dann besteht – schon aufgrund der schwierigen Nachprüfbarkeit vielleicht aber noch mehr aufgrund der Vertrauenswürdigkeit, die insbesondere eine institutionalisierte Berichtspflicht suggeriert – die Gefahr der bewussten Manipulation des Funktionsträgers und damit des Verlustes seiner Unabhängigkeit. Dieser Gefahr kann nur dann – aber wohl auch nur in Ansätzen – begegnet werden, wenn die Informationsbereitstellung einer möglichst umfassenden gerichtlichen Kontrolle unterliegt⁵² und nicht einem rechtsfreien Raum gleicht. Vor diesem Hintergrund und bei Berücksichtigung des eben erwähnten Schadenspotentials „halbrichtiger“ Informationen beim Adressaten, kommt der gesetzlichen Bereitstellung von Rechtsbehelfen, die sich gegen mangelhafte Berichterstattung richten, besondere Bedeutung zu.⁵³

3. Relevanz, Geeignetheit und Kosten

Es wird behauptet, dass jegliche Erstellung, Aufbereitung und Weitergabe von Information Kosten verursache, und deshalb auf den Umfang zu beschränken sei, der für die Wahrnehmung der betreffenden Funktion erforderlich sei.⁵⁴

Richtig ist, dass jegliche Informationsversorgung unter dem Gesichtspunkt der Relevanz steht.⁵⁵ Ob sich dieses Erfordernis der Relevanz und dessen Implikationen in Bezug auf den Umfang der zu erteilenden Infor-

52 Was natürlich die rechtliche Zulässigkeit von individuellen Rechtsbehelfen bei mangelhafter Bericht- oder Auskunftserstattung voraussetzt, wenn nicht – was zumindest auf den ersten Blick nicht zweckmäßig erscheint – die Aufgabe der Überwachung einer staatlichen Behörde zukommen soll.

53 Zu diesen Rechtsbehelfen siehe § 9 - § 12.

54 *Druey*, FS Wiedemann, 2002, S. 809 (814, 817) mit dem Hinweis auf eine dem Gesetz mutmaßlich unterliegende Notwendigkeit der betriebswirtschaftlichen Optimierung in der Gesellschaft. Für eine „Zurückschneidung“ von Informationspflichten auch *Zöllner*, AG 2000, 145 (152).

55 *Druey*, aaO.

mationen aber gerade aus Kostengesichtspunkten rechtfertigen lässt, ist fraglich. Zwar können ausufernde Kosten für die Gesellschaft mittelbar auch die Vermögensinteressen des Aktionärs beeinträchtigen. Aber die Kosten für die Gesellschaft generell zur Einschränkung des Informationsumfangs heran zu ziehen, kann dennoch nicht überzeugen. Denn da das Informationsmodell gerade auch dem Minderheitenschutz dient⁵⁶, ginge dieser Ansatz vollständig zu Lasten der Minderheit; zu Gute käme er zwar auch der Minderheit, allerdings in weit größerem Umfang der Aktionärsmehrheit – da der entsprechende Anteil an der Kostenersparnis natürlich viel größer ist. Eine Einschränkung der Informationspflichten unter dem Gesichtspunkt der Relevanz ist aber dennoch, und zwar unter dem Aspekt der Geeignetheit der Informationserteilung, geboten: Da sie den Blick auf das Wesentliche beschränken, beeinträchtigen für den Aktionär nicht relevante Informationen gerade die Geeignetheit und müssen deshalb unterbleiben.

Dabei ist aber zu beachten, dass die Feststellung von Relevanzen *normativen* Grenzen unterliegt.⁵⁷ Es kann bei der Frage nach der Relevanz von Informationen nicht auf die *faktische* Bedeutung einzelner Angaben für den einzelnen Aktionär ankommen, da dessen Informationsbedürfnis und damit die Relevanz von Informationen von dessen Vorwissen abhängt⁵⁸ und dieses Vorwissen für den Bereitsteller der Informationen im Regelfall nicht hinreichend erkennbar ist.⁵⁹ Damit ist die Relevanz wertend aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung der Information nicht für den einzelnen Aktionär, sondern für den *typischen Aktionär* zu bestimmen. Gesichtspunkte wie die Kosten der Informationserteilung für die Gesellschaft können auch hier wieder nur mittelbar eine Rolle spielen.

Dieses Wechselspiel von Geeignetheit und Relevanz führt im Ergebnis dazu, dass der Inhalt und der Umfang der zu erteilenden Information vom Zweck der Informationserteilung abhängt. Wie noch zu zeigen ist, wird dieser Grundsatz von den Gerichten im Allgemeinen auch konsequent bei der Bestimmung des notwendigen Inhalts eines Strukturberichts angewandt.

56 Dazu gleich unter § 2.1.4.

57 Zur Notwendigkeit des „Abschneidens“ von Relevanzen, *Druey*, FS Wiedemann, 2002, S. 809 (816).

58 Vgl. nochmals *Druey*, FS Wiedemann, 2002, S. 809 (818 f.).

59 Zumal bei Berichtspflichten, welche notwendigerweise einen – was das Vorwissen angeht – heterogenen Adressatenkreis besitzen.

4. Minderheitenschutz durch Information

Das Informationsmodell ist auch und gerade vor dem Hintergrund des Minderheitenschutzes zu betrachten.⁶⁰ Soll der Minderheitenschutz (auch) durch das Verfahren sichergestellt werden⁶¹, so bietet es sich an, das Verfahren so zu gestalten, dass die Minderheit über ausreichende Information hinsichtlich der konkreten Gefährdung ihrer Interessen verfügt. Der Minderheitenschutz wird insoweit durch Informationsrechte⁶² verwirklicht. In diesem Konzept können Strukturberichtspflichten ein wesentliches Element darstellen.⁶³ Denn die inhaltliche Kontrolle von Maßnahmen oder Entscheidungen, die einen Zuwachs an Macht oder Gewinn für Vorstand oder Mehrheit begründen, wird durch die Pflicht zur Erstattung eines schriftlichen Berichts gewissermaßen formell abgesichert.⁶⁴ Werden die Anforderungen an die Berichtspflichten nicht zu mild angesetzt, so kann durchaus von einer Legitimation des Beschlussergebnisses durch das zu seiner Gewinnung eingehaltene Aufklärungs- und Informationsverfahren⁶⁵

60 Gegen eine Überbewertung des Mehrheits- Minderheitskonflikts im Aktienrecht allerdings *Kühn*, BB 1992, 291.

61 Generell zum Schutz der Mitgliedschaft durch Verfahren: *Habersack*, Die Mitgliedschaft, 1996, S. 297 ff.; BGH, Urt. v. 15.6.1987 – II ZR 261/86, NJW 1988, 411 (412).

62 Hierzu *Teichmann*, ZGR 2003, 367 (373 f.); *Tröger*, ZHR 165 (2001), 593 (604); *Bayer*, ZGR 1995, 613 (624); *Zeidler*, NZG 1999, 510 (511); *Schenk*, in: *Bürgers/Körper*, AktG, § 293a Rn. 2; v. *Dryander/Niggemann*, in: *Hölters*, AktG, § 186 Rn. 53; *Nohlen*, Binnenmarktkonformer Minderheitenschutz bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Aktiengesellschaften, 2012, S. 40 ff. Vgl. auch *Engelmeyer*, BB 1998, 330 (330): „Schutz durch schriftliche Information“. Dabei kann der Schutz der Minderheitsaktionäre auch dadurch verwirklicht werden, dass allein die Informationsbereitstellung disziplinierend auf das Leitungsorgan wirkt, vgl. *Grundmann*, FS Lutter, 2000, S. 61 (79).

63 Vgl. *Bayer*, AG 1988, 323 (325) und LG München I, Beschl. v. 5.8.1999 – 5 HKO 11213/99, AG 2000, 87 (88), das den Verschmelzungsbericht „als Kern des Schutzes der Aktionärsinteressen in Umwandlungsfällen“ bezeichnet. Anders aber wohl *Heidel*, DB 2003, 548 (549), wonach „Vorstands- und Hauptaktionärsberichte [...] regelmäßig viel heiße Luft enthalten und nicht geeignet sind, effektiven Rechtsschutz der Aktionäre sicherzustellen.“

64 So auch *Hirte*, Bezugsrechtsausschluss und Konzernbildung, 1986, S. 202. Vgl. auch LG Köln, Urt. v. 14.12.1987 – 91 AktE 123/87, AG 1988, 145, wonach der Schutz der Aktionäre durch die Berichtspflichten vor die Beschlussfassung der Hauptversammlung über die Strukturmaßnahme verlegt wird.

65 Zu diesem Gedanken *Westermann*, FS Semler, 1993, S. 651 (658).

gesprochen werden. Zumal Berichtspflichten, also Pflichten des Vorstands zur Erteilung von Information ohne eine Initiativhandlung des Adressaten in Bezug auf das Spannungsverhältnis von Aktionärsmehrheit und Minderheit insoweit von besonderer Bedeutung sind, als sie im Hinblick auf das Wissen der beiden Gruppen bezüglich entscheidungsrelevanter Umstände ausgleichend wirken. Interessenkonflikte, die durch den Informationsvorsprung einzelner Aktionärsgruppen entstehen können⁶⁶, werden so durch die Nivellierung des Informationsvorsprungs im Idealfall aufgehoben oder, wenn dies strukturell nicht möglich ist, zumindest offen gelegt und damit für die Aktionärsminorität erkennbar. Insofern trifft es den Punkt, wenn das Erfordernis der Erstellung eines Berichts durch das oder die Leitungsorgane der an einer Strukturmaßnahme beteiligten Gesellschaften bisweilen als tragende Säule eines „europäischen Modells für Strukturmaßnahmen“⁶⁷, das maßgeblich auf dem Gedanken des (Minderheiten-)Schutzes durch Information basiert, bezeichnet wird.⁶⁸ Dies zeigt auch die Tatsache, dass die von der Kommission vorgesehene Änderung der Kapitalrichtlinie, die unter anderem auf eine Einschränkung der standardisierten Berichtspflichten abzielte,⁶⁹ vom Europäischen Parlament nur unter Beibehaltung der Berichtspflichten bei Ausschluss des Bezugsrechts angenommen wurde.⁷⁰

66 Vgl. dazu in Bezug auf sog. Owner-Buy-Outs, die vom Ergebnis her durchaus mit einer Kapitalerhöhung unter Ausschluss des Bezugsrechts verglichen werden können, *Richard/Weinheimer*, BB 1999, 1613 (1614).

67 *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2004, Rn. 845; *Riesenhuber*, NZG 2004, 15. Vgl. auch *Hommelhoff/Riesenhuber*, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000, S. 259 (272 ff.).

68 *Bayer/Schmidt*, NJW 2006, 401 (402); *Dirrigl*, WPg. 1989, 413 (414).

69 So *Wilsing*, ZGR 2006, 722 (732).

70 Vgl. Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl. EU Nr. C 294 vom 25.11.2005, S. 1 (3): „In Artikel 29 wird ein Absatz eingefügt, demzufolge Verwaltungs- oder Leitungsorgane von der Verpflichtung befreit werden, im Falle einer Kapitalerhöhung einen schriftlichen Bericht über die Beschränkung oder den Ausschluss des Bezugsrechts vorzulegen. Der Ausschuss sieht keinen Anlass für diese Bestimmung, die gegen den Grundsatz der Transparenz verstößt, ohne dass dies im Gegenzug zu nennenswerten Vereinfachungen führen würde. Ferner ist zu bemerken, dass die Aktionäre verlangen können, ‚Gründe für die Beschränkung oder den Ausschluss des Bezugsrechts darzulegen‘. Auch wurden keine Vorkehrungen für die Fälle getroffen, dass eine Informationsübermittlung verweigert wurde oder sich die Aktionäre nicht über die ihnen zugegangene Mitteilung einigens konnten. Die allgemeinen Grundsätze des Gesell-

II. Das Verhältnis der Berichtspflichten zu anderen Instrumenten der Aktionärsinformation

I. Das Verhältnis der Berichtspflichten zu Auskunftsrechten

Die Berichtspflicht hat eine besondere Qualität. Sie führt zu einer Verlagerung der Initiativlast.⁷¹ Die Gesellschafter sind nicht darauf angewiesen, entsprechende Informationen, die sie zur Bildung einer tragfähigen Entscheidungsgrundlage benötigen, durch die Ausübung von Auskunftsrechten zu erlangen. Vielmehr ist es Aufgabe der Gesellschaft, die notwendigen Informationen den Aktionären zur Verfügung zu stellen und sie auf Besonderheiten hinzuweisen.⁷² Bei den Berichten handelt es sich also um eine normierte und formalisierte Informationsmöglichkeit, die den Aktionären im Hinblick auf die Hintergründe der Umstrukturierungsmaßnahme die notwendige Transparenz verschafft.⁷³ In dieser Hinsicht kommt den schriftlichen Berichtspflichten auch ein größerer Wert zu als den allgemeinen Unterrichts- und Einsichtsrechten.⁷⁴ Dass der Vorstandsbericht somit eine gewissermaßen abstrakte Vorantwort auf typische Fragen der Aktionäre darstellt, darf nicht zu einem methodischen Fehler bei der Bestimmung des notwendigen Berichtsinhalts führen. Während es anerkannt ist, dass das Bestehen einer Auskunftspflicht vom Gegenstand des jeweils zur Beratung stehenden Tagesordnungspunktes abhängt, und deshalb auch nur in diesem konkreten Kontext zu beurteilen ist,⁷⁵ könnte man annehmen, dass der notwendige Berichtsinhalt rein abstrakt festgelegt ist. Jedoch hat auch die Bestimmung des notwendigen Berichtsinhalts durch den Rechtsanwender im *konkreten* Fall auf die Besonderheiten der *konkret* anstehen-

schaftsrechts sollten indes maßgeblich sein: Die Hauptversammlung ist bezüglich der an die Organe der Gesellschaft delegierten Befugnisse souverän und sie hat jederzeit und in allen Fällen das Recht, über die Geschäftsvorgänge informiert zu werden und Rechenschaft über jeden Bilanzposten auf der Aktiv- wie auf der Passivseite einzuholen. Der Ausschuss schlägt vor, diesen Absatz zu streichen.“

71 V. Riegen, Gesellschafterschutz bei Ausgliederung durch Einzelrechtsnachfolge, S. 131.

72 LG München I, Urt. v. 24.8.2006 – 5 HKO 1558/06, AG 2007, 336 (338).

73 Dörrie, WiB 1995, 1 (3).

74 Priester, ZGR 1990, 420 (425).

75 Vgl. Brandes, WM 1994, 2177 (2184).

den Strukturmaßnahme Rücksicht zu nehmen.⁷⁶ Andererseits darf dies nicht dazu führen, dass je nachdem, welchen konkreten Sachverhalt – also welche konkrete Verschmelzung, welchen konkreten Unternehmensvertrag usw. – der Rechtsanwender vor Augen hat, er zu unter Umständen drastischen Unterschieden in Bezug auf den notwendigen Berichtsinhalt kommt. Dies führte zu enormer Rechtsunsicherheit, die – besonders im Hinblick auf die teilweise durchaus harten Sanktionen einer mangelhaften Berichterstattung – einer flexiblen und möglichst zwangsfreien Unternehmensleitung abträglich wäre. Vielmehr ist – quasi als Mittelweg – der generelle Umfang der Berichterstattung möglichst abstrakt zu bestimmen, während die Frage, wie die notwendigen Punkte im Einzelnen auszuführen sind, also mit anderen Worten, welche Tiefe der Bericht an einzelnen Stellen haben muss, in erster Linie vom Einzelfall, insbesondere von der Komplexität der Strukturmaßnahme, abhängig sein muss. Dies führt dazu, dass einer näheren gesetzlichen Konkretisierung des notwendigen Berichtsinhalts, wie sie vereinzelt gefordert wird⁷⁷, im Ergebnis Grenzen gesetzt sind.

Darüber hinaus wird im Schrifttum vertreten, dass sich Berichtspflichten und Auskunftsrechte danach unterscheiden, zu wessen Gunsten das Informationsrecht besteht. Während die Berichtspflichten als kollektives Informationsrecht ausgestaltet seien und damit nicht den einzelnen Aktionär berechtigen, sondern in erster Linie eine Verpflichtung des Vorstands darstellen,⁷⁸ sei beispielsweise das Auskunftsrecht nach § 131 AktG ein individuelles Recht, das dem einzelnen Aktionär zusteht.⁷⁹ Letzterem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Ob aber die Strukturberichtspflichten tatsäch-

76 Dass die Berichtserfordernisse je nach konkretem, der Strukturmaßnahme zu Grunde liegenden Fall unterschiedlich sein können, sehen auch *Priester*, ZGR 1990, 420 (427); *Kallmeyer*, FS Lutter, 2000, S. 1245 (1259). Vgl. auch *Heck-schen*, WM 1990, 377 (382) in Bezug auf den Verschmelzungsbericht: „Die Informationspflicht kann jedenfalls nicht völlig schematisch durch die Angabe eines bestimmten Zahlenbündels erfüllt werden, sondern hat sich am Einzelfall, dem Charakter der Unternehmen auszurichten.“ In Bezug auf den Spaltungsbericht auch *Engelmeyer*, Die Spaltung von Aktiengesellschaften, S. 70.

77 Vgl. *Bork*, ZGR 1993, 343 (350).

78 *Krömker*, NZG 2003, 418.

79 OLG München, Urt. v. 4.7.2001 – 7 U 5285/00, NZG 2002, 187 (188); *Hüffer*, ZIP 1996, 401 (405); *Netter*, Die Aktienrechtliche Auskunftsspflicht, S. 43; *Ebenroth*, Das Auskunftsrecht des Aktionärs und seine Durchsetzung im Prozess unter besonderer Berücksichtigung des Rechtes der verbundenen Unternehmen, S. 8 f. Weitergehend *Zöllner*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 131 Rn. 3, 81.

lich ein Informationsrecht darstellen, welches nicht den einzelnen Aktionär berechtigt, sondern in der Konsequenz die Hauptversammlung in ihrer Gesamtheit oder gar die Gesellschaft als solche, ist fraglich. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich bei dem Recht auf mangelfreie Berichterstattung um ein Individualrecht des einzelnen Aktionärs als Teil seiner Mitgliedschaft.⁸⁰

Gemeinsam ist den Berichtspflichten und den Auskunftsrechten aber ihre grundlegende Funktion. Auch das Auskunftsrecht nach § 131 AktG bezweckt, dem Aktionär die Informationen zu beschaffen, die er für die sinnvolle Ausübung der Rechte braucht, die ihm in der Hauptversammlung oder als hauptversammlungsbezogene Rechte zustehen.⁸¹ Deshalb geht auch die Rechtsprechung davon aus, dass die Pflicht des Vorstands, anlässlich der Beschlussfassung über eine Strukturmaßnahme einen schriftlichen Bericht zu erstellen, Ausfluss eines umfassenden Auskunftsrechts des Aktionärs ist.⁸² Auskunftsrecht und der Anspruch auf Erstattung eines schriftlichen Berichts sind damit als individuelle Informationsrechte Hilfsrechte zur Wahrnehmung mitgliedschaftlicher Positionen.⁸³ In dieser Funktion unterstützen sie sich gegenseitig.⁸⁴

Gemeinsam ist den beiden Informationsinstrumenten auch das den jeweiligen Vorschriften zu Grunde liegende gesetzliche Leitbild des Aktionärs. So ist für das Auskunftsrecht anerkannt, dass für die Bestimmung des konkreten Inhalts auf einen objektiv denkenden (Durchschnitts-⁸⁵) Ak-

80 Näher hierzu unter § 11.V.1 und § 12.IV.2.a).

81 BGH, Beschl. v. 5.11.2013 – II ZB 28/12, WM 2013, 2361 (2364 f.); OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 8.11.2012 – 21 W 33/11, NZG 2013, 23 (24); BayObLG, Beschl. v. 21.3.2001 – 3 Z BR 318/00, AG 2001, 424 (425); BayObLG, Beschl. v. 30.11.1995 – 3 Z BR 161/93, AG 1996, 180 (181); *Spitze/Diekmann*, ZHR 158 (1994), 447 (449); *Meilicke/Heidel*, DStR 1992, 72; *Wilde*, ZGR 1998, 423 (442); *Kubis*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, § 131 Rn. 1.

82 OLG Hamm, Urt. v. 20.6.1988 – 8 U 329/87, WM 1988, 1164 (1168).

83 Vgl. *Wilde*, ZGR 1998, 423 (424), obwohl dieser im Ergebnis Strukturberichtspflichten als kollektives Informationsrecht ansieht. Vgl. in Bezug auf das Auskunftsrecht auch BGH, Urt. v. 5.10.1992 – II ZR 172/91, BGHZ 119, 305 (317) – „Klöckner“; *Krömker*, NZG 2003, 418 (419).

84 Vgl. in Bezug auf den Verschmelzungsbericht BGH, Urt. v. 29.10.1990 – II ZR 146/89, BB 1991, 17 (18): „Der Sinn des Berichts ist es, die Aktionäre über die für die Verschmelzung maßgebenden Umstände in Kenntnis zu setzen. Dazu gehört auch, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass sie [...] in der Lage sind, ihr Fragerecht in sachgemäßer Weise auszuüben.“

85 OLG Frankfurt, Urt. v. 15.4.1986 – 5 U 191/84, WM 1986, 615 (616).

tionär, der die Gesellschaftsverhältnisse nur aufgrund allgemein bekannter Tatsachen kennt, abzustellen ist.⁸⁶ Gleiches gilt aber aufgrund des identischen Adressatenkreises und der Tatsache, dass nicht ein individueller Aktionär Auskunft verlangt, sondern die Aktionäre in ihrer Gesamtheit zu unterrichten sind, für den schriftlichen Bericht anlässlich einer Strukturmaßnahme. Auch hier hat der Bericht die Tatsachen zu enthalten, die ein vernünftig denkender (Durchschnitts-)Aktionär als Entscheidungsgrundlage für sein Stimmverhalten hinsichtlich der Maßnahme für erforderlich halten darf.⁸⁷

Berichtspflichten können auch zu einer Einschränkung des Auskunftsrechts des einzelnen Aktionärs führen. Zwar ist dies mit der durch die Einführung der Berichtspflichten bezweckten Verbesserung der Aktionärsinformation auf den ersten Blick schwer zu vereinbaren.⁸⁸ Da von einem Aktionär, der sich an der Entscheidung über eine Strukturmaßnahme beteiligen will, aber zu erwarten ist, dass er den Inhalt des Strukturberichts zur Kenntnis nimmt, kann der Vorstand Fragen des Aktionärs, deren Beantwortung sich unmittelbar aus dem Bericht ergibt, unbeantwortet lassen.⁸⁹

86 BGH, Urt. v. 18.10.2004 – II ZR 250/02, BGHZ 160, 385 (389); BayObLG, Beschl. v. 21.3.2001 – 3 Z BR 318/00, AG 2001, 424 (425); BayObLG, Beschl. v. 30.11.1995 – 3 Z BR 161/93, AG 1996, 180 (181); OLG München, Urt. v. 4.7.2001 – 7 U 5285/00, NZG 2002, 187 (188); KG, Beschl. v. 26.8.1993 – 2 W 6111/92, ZIP 1993, 1618 (1619); OLG Frankfurt, Beschl. v. 4.8.1993 – 20 W 295/90, AG 1994, 39; OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.1.2006 – 20 W 56/05, ZIP 2006, 610 (611); *Groß*, AG 1996, 111 (117).

87 *Wilde*, ZGR 1998, 423 (438).

88 Insofern geht auch *Trölitzsch*, WiB 1997, 795 (797) davon aus, dass das Auskunftsrecht selbständig neben den Informationsrechten nach dem UmwG steht. So wohl auch LG Heidelberg, Urt. v. 7.8.1996 – O 4/96 KfH II, AG 1996, 523, welches die einzelnen Informationsrechte separat prüft.

89 So OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.8.2006 – I-15 W 110/05, juris Rn. 144; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.3.1999 – 17 W 18 /99, ZIP 1999, 793 (796) – „Krupp/Thyssen IV“; *Wilde*, ZGR 1998, 423 (443); *Zöllner*, AG 2000, 145 (152 f.); *Weißhaupt*, AG 2004, 585 (590). Vgl. auch LG Berlin, Beschl. v. 12.6.2003 – 93 O 84/03, Der Konzern 2003, 483 (488), nach dem der Aktionär bei einer Frage, deren Beantwortung sich aus dem Verschmelzungsbericht ergeben könnte, darzulegen hat, inwieweit diese Frage tatsächlich nicht ausreichend im Bericht „beantwortet“ wurde. Anders aber wohl *Meilicke/Heidel*, DSrR 1992, 72 (73), die davon ausgehen, dass auskunftsberechtigt auch der Aktionär ist, der die Antwort auf sein Auskunftsverlangen schon kennt.

Es muss nicht einmal ein Hinweis auf den Inhalt des Berichts erfolgen.⁹⁰ Damit einher geht die Möglichkeit einer signifikanten Entlastung der Hauptversammlung⁹¹, da das Schwergewicht der Information zur Vorbereitung der Entscheidung der Hauptversammlung auf die schriftlichen Berichte verlagert wird.⁹² Schwieriger ist aber der umgekehrte Fall zu beurteilen, nämlich ob die Möglichkeit für den Aktionär, sich eine bestimmte Information über den Weg des § 131 AktG zu verschaffen, als Begründungsansatz für eine Einschränkung des notwendigen Berichtsinhalts herangezogen werden kann. Meines Erachtens ist hierbei Vorsicht geboten. Eine Einschränkung kann auf diese Weise nur in Ausnahmefällen angenommen werden. Denn wie bereits ausführlich erläutert, stellt ein individuelles Auskunftsrecht keineswegs ein beliebiges Substitut für eine Unterrichtungspflicht dar.⁹³ Das Auskunftsrecht setzt nämlich die Geltendmachung durch den Aktionär voraus, was, wie gezeigt, in vielen Fällen – mangels entsprechenden Vorwissens – nur bei einer hinreichend ausführlichen Vorabinformation der Aktionäre möglich ist.

2. Das Verhältnis der Berichtspflichten zum Rechnungslegungsrecht

Sinn des Rechnungslegungsrechts ist es unter anderem, dem Aktionär diejenigen Informationen an die Hand zu geben, die er für den Gebrauch seiner Mitgliedschaftsrechte benötigt.⁹⁴ Damit steht das Rechnungslegungsrecht in dieser Hinsicht in enger Verbindung zum Auskunftsanspruch nach § 131 AktG. Während in der juristischen Diskussion über die Informationsrechte des Aktionärs das Auskunftsrecht aus § 131 AktG im Vordergrund steht, wird in der Betriebswirtschaftslehre das Recht auf Erteilung einer Abschrift vom Jahresabschluss an erster Stelle der Informationsrech-

90 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.3.1999 – 17 W 18 /99, ZIP 1999, 793 (796) – „Krupp/Thyssen IV“.

91 Vgl. zu der Problematik der Überlastung der Hauptversammlung bei großen deutschen Publikumsgesellschaften: *Sünner*, AG 2000, 492 (494); *Zöllner*, AG 2000, 145 (147).

92 *Schiessl*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 1999, S. 57 (68).

93 In diese Richtung auch *Druey*, FS Wiedemann, 2002, S. 809 (820).

94 *Großfeld/Möhlenkamp*, ZIP 1994, 1425 (1426).

te genannt.⁹⁵ Beide sollen nach Ansicht der Rechtsprechung⁹⁶ diejenigen Informationen vermitteln, die „für die Beurteilung der Vermögens-, Finanz-, und Ertragslage eines Unternehmens, bzw. für eine sachgerechte Aktienanalyse und Unternehmensbewertung benötigt werden oder bedeutsam sind“.⁹⁷ Die Verpflichtung zur Rechnungslegung unterscheidet sich von der Pflicht zur Erteilung einer Auskunft nur graduell, sie beinhaltet lediglich eine besondere, genauere Art der Auskunft.⁹⁸ Da insoweit beide Instrumente den gleichen Zielen dienen⁹⁹, ist fraglich, ob sie sich inhaltlich einschränken. Nach früher vertretener Auffassung war dies nicht der Fall. So hat der BGH entschieden, dass das Auskunftsrecht des Aktionärs nicht durch § 128 Abs. 2 Nr. 7 AktG 1937¹⁰⁰ begrenzt werde.¹⁰¹ In ähnlicher Weise ging das Reichsgericht davon aus, dass die Bilanzierungsregeln des Aktienrechts das Auskunftsrecht der Aktionäre nicht beschränkten.¹⁰² Anderer Ansicht ist offenbar die neuere Rechtsprechung. Wenn eine Rechnungslegung vorliegt, könne insoweit keine Auskunft mehr verlangt werden.¹⁰³ Neben dem Anspruch auf Vorlage eines Jahresabschlusses in nicht gekürzter Form gemäß § 131 Abs. 1 S. 3 AktG können deshalb Auskunftsansprüche insoweit nicht geltend gemacht werden, als die zugrunde liegenden Fragen sich aus dem Jahresabschluss ergeben.¹⁰⁴ Auch das *KG* erkennt ein Informationsbedürfnis des Aktionärs nur an, soweit es über die im Jahresabschluss dargestellten Finanzdaten hinausgeht. Das Auskunftsrecht besteht demgemäß auch in Bezug auf Daten zur finanz-

95 *Leuering*, ZIP 2000, 2053.

96 *KG*, Beschl. v. 30.6.1994 – 2 W 4531/93, 2 W 4642/93, ZIP 1994, 1267 (1269).

97 Vgl. dazu den Wortlaut von § 297 Abs. 2 S. 2 HGB.

98 BGH, Urt. v. 29.1.1985 – X ZR 54/83, BGHZ 93, 327 (329 f.); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.7.1991 – 19 W 2/91, WM 1991, 2148 (2151).

99 Kritisch wohl *Ebenroth/Wilke*, BB 1993, 1818 (1820), wonach das Auskunftsrecht „ausschließlich dem Gesellschafter- nicht aber dem Anlegerinteresse“ diene. Vgl. auch *Hüffer*, ZIP 1996, 401 (408).

100 § 128 AktG 1937 betraf den Inhalt des Geschäftsberichts. Nach § 128 Abs. 2 Nr. 7 AktG 1937 hatte der Geschäftsbericht auch Angaben zu machen über die Gesamtbezüge u.a. der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats. Die Vorschrift ist insofern vergleichbar mit dem heutigen § 285 S. 1 Nr. 9 HGB.

101 BGH, Urt. v. 23.11.1961 – II ZR 4/60, BGHZ 36, 121 (124).

102 RG, Urt. v. 12.6.1941 – II 122/40, RGZ 167, 151 (167 f.).

103 BGH, Urt. v. 29.1.1985 – X ZR 54/83, BGHZ 93, 327 (329 f.); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.7.1991 – 19 W 2/91, WM 1991, 2148 (2154). Anders noch OLG Hamburg, Urt. v. 12.12.1969 – 11 W 34/69, AG 1970, 50 (52).

104 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.7.1991 – 19 W 2/91, WM 1991, 2148 (2154).

und erfolgswirtschaftlichen Unternehmensbeurteilung, die dem offenlegungspflichtigen Jahresabschluss nicht oder nicht hinreichend genau zu entnehmen sind.¹⁰⁵

Ein solches Verständnis vom Verhältnis von Rechnungslegungsrecht und gesellschaftsrechtlicher Aktionärsinformation wird man grundsätzlich auch in Bezug auf Strukturberichtspflichten annehmen können. Ist also eine Information hinreichend deutlich und konkret in den Rechnungslegungsinstrumenten enthalten, so kann auf eine Wiederholung im Bericht verzichtet werden. Aufgrund der bereits erwähnten grundsätzlichen Verschiebung der Initiativlast für die Informationserteilung auf den Vorstand und um nicht den falschen Eindruck der Vollständigkeit zu vermitteln, ist aber wohl ein ausdrücklicher Hinweis im Bericht erforderlich.

3. Das Verhältnis der Berichtspflichten zum Kapitalmarktrecht

Kapitalmarktrecht ist auch und gerade Informationsrecht.¹⁰⁶ Es betrifft den Aktionär zwar nicht in seiner Stellung als Gesellschafter der Aktiengesellschaft, jedoch in seiner Eigenschaft als Investor. Da somit dem Grunde nach teilweise der gleiche Personenkreis als Begünstigter sowohl gesellschaftsrechtlicher als auch kapitalmarktrechtlicher Informationspflichten anzusehen ist, stellt sich im Rahmen einer Systematisierung die Frage nach dem Verhältnis dieser Informationspflichten. Das grundlegende Instrument, um eine hinreichende Information der Anleger zu erreichen, stellt der sog. kapitalmarktrechtliche Prospekt dar. Aber auch die ad-hoc-Publizität¹⁰⁷ nach Art. 17 MAR ist ein wichtiger Baustein des kapitalmarktrechtlichen Informationsmodells. Diese Informationsinstrumente weisen Gemeinsamkeiten, aber auch wesentliche Unterschiede zu den gesellschaftsrechtlichen Strukturberichtspflichten auf.

Gemeinsam ist beiden Instituten ihr grundlegender Zweck. Sowohl der kapitalmarktrechtliche Prospekt als auch der Bericht anlässlich besonderer gesellschaftsrechtlicher Strukturmaßnahmen haben den Zweck, durch das Bereitstellen von Informationen den Anlegern bzw. Aktionären eine sach-

105 KG, Beschl. v. 30.6.1994 – 2 W 4531/93, 2 W 4642/93, ZIP 1994, 1267 (1269).

106 *Fleischer*, NZG 2006, 561.

107 Danach sind (vereinfacht gesagt) vom Emittenten von Finanzinstrumenten, zu denen auch Aktien gehören, kursrelevante Tatsachen unverzüglich zu veröffentlichen.

gerechte Entscheidung über eine konkret anstehende Maßnahme zu ermöglichen.¹⁰⁸ Diese konkret anstehende Maßnahme stellt bei dem kapitalmarktrechtlichen Prospekt die Anlageentscheidung des möglichen Investors dar, bei dem gesellschaftsrechtlichen Strukturbericht die Entscheidung der Hauptversammlung über einen Eingriff in die Gesellschaftsstruktur. Hieraus ergibt sich aber auch der wesentliche Unterschied der beiden Informationsinstrumente. Während Adressat des kapitalmarktrechtlichen Prospekts der *einzelne (potentielle) Anleger* ist, ist im Rahmen gesellschaftsrechtlicher Strukturberichte im Regelfall die *Gesamtheit der aktuellen Aktionäre* als Adressat anzusehen.¹⁰⁹ Dieser Unterschied ist dabei keineswegs nur formaler Natur. Denn die unterschiedliche Adressatenstellung wirkt sich auf den notwendigen Inhalt der beiden Informationsinstrumente aus. Soll eine rein *individuelle* Anlageentscheidung vorbereitet werden, so hat der Schwerpunkt der Berichterstattung ein anderer zu sein als bei einer *kollektiven* Entscheidung über einen Eingriff in die Gesellschaftsstruktur. Ein weiterer, inhaltlich aber weniger wichtiger Unterschied zwischen Prospekt und Strukturbericht liegt darin, wer als Schuldner der Informationspflicht anzusehen ist. Während Schuldner gesellschaftsrechtlicher Strukturberichte der Vorstand der Aktiengesellschaft ist¹¹⁰, sind kapitalmarktrechtliche Prospekte von demjenigen zu erstellen, der die Kapitalmarktpapiere emittiert, also bei Aktien die Aktiengesellschaft selbst.

III. Berichtspflichten als Kompensation der Defizite von Auskunftsrechten

In Zeiten eines verstärkten Wunsches nach Publizität und Transparenz, um dem Investor diejenigen Informationen zukommen zu lassen, die er für seine (allgemeine oder speziell, anlässlich besonderer Maßnahmen zu tref-

108 Vgl. *Hommelhoff/Riesenhuber*, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000, S. 259 (278) in Bezug auf die Angebotsunterlage nach WpÜG.

109 Zu diesen unterschiedlichen Gründen für die Information: *Lutter*, FS Zöllner, 1998, S. 363 (366). Vgl. aber auch *Hommelhoff/Riesenhuber*, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000, S. 259 (276), die als nicht ausgeschlossen erachten, dass auch die „allgemeine Öffentlichkeit“ als Adressat eines Strukturberichts in Frage kommt.

110 Besonderheiten gelten beim Bericht nach § 327c Abs. 2 S. 1 AktG.

fende) Investitionsentscheidung benötigt,¹¹¹ gelten Berichtspflichten als besonders geeignete Mittel der Finanzkommunikation mit den Anteilseignern.¹¹² Nachdem bereits auf das grundlegende Verhältnis von Auskunftsrechten und Berichtspflichten eingegangen wurde, ist nun zu klären, worin genau die Vorteile von Berichtspflichten liegen, oder anders formuliert, inwiefern schriftliche Vorstandsberichte bestimmte tatsächliche oder rechtliche Defizite von Auskunftsrechten kompensieren können.

1. Tatsächliche Defizite von individuellen Auskunftsrechten

Wie bereits erwähnt, beschränkte sich das Informationsrecht des Aktionärs im Aktiengesetz von 1965 im Wesentlichen auf das Auskunftsrecht gemäß § 131 AktG, also auf das Recht, in der Hauptversammlung eine mündliche Antwort auf eine mündlich gestellte Frage zu erhalten.¹¹³ Es besteht folglich weder ein Anspruch auf Vorlage von Unterlagen noch auf Einsichtnahme in Bücher oder Gutachten.¹¹⁴ Auch der Umstand, dass dies unter Umständen für den Vorstand in der Hauptversammlung leicht möglich ist, begründet nach herrschender Ansicht keinen solchen Anspruch.¹¹⁵ Im Übrigen ergibt sich auch aus § 131 AktG nicht das Recht des einzelnen Aktionärs, sich außerhalb der Hauptversammlung mit Fragen schriftlich an den Vorstand zu wenden, bzw. eine damit korrespondierende Pflicht des Vorstands zur Beantwortung.¹¹⁶ Eine solche Pflicht wäre aus praktischer Sicht auch schwer realisierbar. Zum einen bedeutete sie eine enorme zusätzliche Belastung des Vorstands; zum anderen erwiese sie sich wohl als „stumpfes Schwert“, denn wie eine sinnvolle Sanktion einer mangelhaften

111 *Claussen/Bröcker*, AG 2000, 481.

112 *Sinewe*, ZIP 2001, 403.

113 BGH, Urt. v. 9.2.1987 – II ZR 119/86, BGHZ 101, 1 (15 f.); *Hoffmann-Becking*, in: Tagungsband zum RWS-Forum 2001, S. 55 (56); *Deilmann/Messerschmidt*, NZG 2004, 977 (983); *Brandes*, WM 1992, 465 (472).

114 BGH, Urt. v. 5.4.1993 – II ZR 238/91, BGHZ 122, 211 (236 f.); *Brandes*, WM 1994, 2177 (2184). Kritisch *Meilicke/Heidel*, DStR 1992, 72 (75). Auf der anderen Seite hat der Aktionär aber auch einen Anspruch auf eine mündliche Erläuterung. Er braucht sich also grundsätzlich nicht auf eine schriftliche Beantwortung seiner Fragen oder auf die Vorlage von Unterlagen verweisen zu lassen; vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.7.1991 – 19 W 2/91, WM 1991, 2148 (2152). Vgl. aber auch *Lutter*, JZ 2000, 837 (838).

115 BGH, Urt. v. 5.4.1993 – II ZR 238/91, BGHZ 122, 211 (237).

116 Vgl. auch *Meilicke/Heidel*, DStR 1992, 72 (73 f.); *Krömker*, NZG 2003, 418.

Beantwortung durch den Vorstand aussehen sollte, ist fraglich.¹¹⁷ Im Übrigen würde sie meines Erachtens auch die vom Gesetz vorgesehene organ-schaftliche Aufgabenteilung innerhalb des Verbandes berühren, da der einzelne Aktionär an der laufenden Geschäftsführung zumindest mittelbar beteiligt wäre. Aus dieser – zwangsläufigen – Mündlichkeit von individuellen Auskunftsrechten und dem Umstand, dass es sich bei einer mündlichen Auskunft in der Hauptversammlung schwerlich um eine Vorabinformation handeln kann, ergibt sich ein besonderes strukturelles Defizit.¹¹⁸ Es fehlt dem Aktionär nämlich im Regelfall die Möglichkeit, die Information in der Kürze der Zeit hinreichend zu verarbeiten und bei der Ausübung seiner mitgliedschaftlichen Rechte adäquat zu berücksichtigen.

So schwer dieses Defizit aber auch im Einzelfall wirken kann; die besondere Problematik von Auskunftsrechten ist vielmehr, dass diese, wie insbesondere § 131 AktG zeigt, nach ihrem Wesen ein Verlangen des Aktionärs auf Erteilung der Auskunft voraussetzen. Die Artikulation eines Informationsbedürfnisses ist aber – wie bereits erwähnt – in besonderem Maße vom Vorwissen des Verlangenden abhängig. Anlass zum Fragen und die Fähigkeit zur Formulierung der Frage hat nur, wer schon etwas weiß¹¹⁹, und je komplizierter sich der Sachverhalt gestaltet, auf den sich das betreffende Auskunftsverlangen bezieht, desto mehr Vorwissen ist auf Seiten des Fragenden nötig. Eine vorherige Information über die Umstrukturierungsmaßnahme ist mit anderen Worten gerade deshalb erforderlich, damit die Aktionäre ihre ihnen in der Hauptversammlung zustehenden Informationsrechte überhaupt sachgemäß ausüben können.¹²⁰ Den Berichtspflichten kommt vor diesem Hintergrund eine besondere Bedeutung zu. Durch sie kann das für die Artikulation eines Informationsbedürfnisses in der Hauptversammlung und für das richtige Verständnis der erhaltenen Information notwendige Grundwissen oder Vorverständnis vermittelt wer-

117 Ein anfechtbarer Hauptversammlungsbeschluss wird bei einem solchen laufenden Auskunftsrecht des Aktionärs im Regelfall nicht existieren und eine schadensersatzrechtliche Haftung des Vorstandes für falsche Auskünfte scheint im Hinblick auf mögliche Missbräuche problematisch.

118 Dies sehen auch *Engelmeyer*, BB 1998, 330 (335): „Eine sachgerechte und verantwortliche Abstimmung kann aber mit der mündlichen Information nicht sichergestellt werden“ und *Lutter/Drygala*, FS Kropff, 1997, 191 (199).

119 So auch *Druey*, FS Wiedemann, 2002, S. 809 (812).

120 *Wilde*, ZGR 1998, 423 (451).

den.¹²¹ Sie wirken dann, wie es *Druey* fordert¹²², gleichstellend im dem Sinne, dass sie zu einer Angleichung des Interpretations-Grundwissens unter den Aktionären führen.

2. Rechtliche Defizite, insbesondere vor dem Hintergrund einer erwünschten Einschränkung der Auskunftsrechte

Auskunftsrechte sind aber nicht nur in tatsächlicher, sondern auch in rechtlicher Hinsicht defizitär. Ein solches rechtliches Defizit stellt der Umstand dar, dass das Auskunftsrecht in den Ablauf der Hauptversammlung eingebettet und an deren Regeln gebunden ist.¹²³ Dadurch unterliegt es immanenten rechtlichen Schranken. So umfasst es beispielsweise nur Gegenstände, auf die der Vorstand bei angemessener Vorbereitung und unter Beziehung bereit zu haltender Unterlagen und sachkundiger Mitarbeiter ohne wesentliche Verzögerung der Hauptversammlung eingehen kann.¹²⁴ Darüber hinaus bedeutet die rechtliche Bindung des Auskunftsrechts an die Hauptversammlung, dass in den Ausnahmefällen, in denen die Strukturmaßnahme ohne Beteiligung der Hauptversammlung beschlossen wird¹²⁵, die Aktionäre gänzlich ohne Information über die Hintergründe der geplanten Maßnahme dastünden. Der schriftliche Vorstandsbericht stellt dann die einzige Informationsquelle für die Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft dar.

Zur Diskussion stehen aber auch weitere Einschränkungen des allgemeinen Aktionärsauskunftsrechts. So besteht in weiten Teilen der aktienrechtlichen Literatur Einvernehmen darüber, dass dem professionellen Ak-

121 Vgl. auch *Hommelhoff*, ZGR 1993, 452 (462), der in diesem Zusammenhang von der Informationsinitiative der Geschäftsleitungen der beteiligten Rechtsträger spricht. Vgl. auch, allerdings nicht ausdrücklich in Bezug auf Berichtspflichten *Windbichler*, AG 1981, 169 (173); *Tröger*, ZHR 165 (2001), 593 (597).

122 *Druey*, FS Wiedemann, 2002, S. 809 (819).

123 KG, Beschl. v. 30.6.1994 – 2 W 4531/93, 2 W 4642/93, ZIP 1994, 1267 (1272).

124 BGH, Urt. v. 7.4.1960 – II ZR 143/58, BGHZ 32, 159 (166); KG, Beschl. v. 30.6.1994 – 2 W 4531/93, 2 W 4642/93, ZIP 1994, 1267 (1272); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.7.1991 – 19 W 2/91, WM 1991, 2148 (2152); *Meilicke/Heidel*, DSfR 1992, 72 (74). In diese Richtung auch BayObLG, Beschl. v. 21.3.2001 – 3 Z BR 318/00, AG 2001, 424 (425).

125 Beispielsweise ist nach § 62 Abs. 1 UmwG eine Verschmelzung durch Aufnahme ohne Hauptversammlungsbeschluss bei der aufnehmenden Gesellschaft möglich, wenn diese mit mindestens 90 % an der übertragenden Gesellschaft beteiligt ist.

tionärsopponenten – der über eine exzessive Ausnutzung seines aktienrechtlichen Rede- und Fragerechts die Verwaltung zu Formfehlern zu veranlassen sucht oder auf eine unberechtigte Antwortverweigerung oder unzutreffende Beantwortung hofft, um diese dann zu entsprechenden rechtlichen Repressionen zu nutzen – die Grundlage seiner Tätigkeit entzogen werden sollte.¹²⁶ Das System von Minderheitenschutz durch Informations- und Anfechtungsrechte habe zu einem nicht mehr erträglichen Zustand geführt.¹²⁷ Dabei werden grundsätzlich zwei Lösungsmöglichkeiten angeboten: Zum einen kann das Auskunftsrecht als solches eingeschränkt werden. Denkbar ist es aber auch, den Auskunftsanspruch unangetastet zu lassen, dafür aber die Rechtsfolgen mangelhafter Auskünfte (also insbesondere die Anfechtbarkeit) weniger einschneidend zu gestalten.¹²⁸ Auch hier kann aber eine schriftliche Vorabberichterstattung zumindest zur Entschärfung des Problems beitragen. Denn wie bereits gezeigt, führt die Erstattung eines Berichts insoweit zur Einschränkung eines Auskunftsrechts, als die begehrte Information bereits im Bericht enthalten ist. Das Störpotential für erpresserische Aktionäre kann damit unter Umständen vermindert werden.

126 *Sünner*, AG 2000, 492 (494). Auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.7.1991 – 19 W 2/91, WM 1991, 2148 (2153) lässt die Tendenz erkennen, „ausufernde Auskunftsbegehren“ möglichst einzuschränken.

127 *Schiessl*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 1999, S. 57 (59).

128 Dazu: *Zöllner*, AG 2000, 145 (147 ff.).

Teil 2: Formelle und inhaltliche Anforderungen an Strukturberichte

§ 3 Allgemeines

I. Schuldner der Berichtspflicht

Nach dem Wortlaut der §§ 186 Abs. 4 S. 2, 293a AktG, 8, 127, 192 UmwG ist der Vorstand verpflichtet, den Strukturbericht zu erstatten.¹²⁹ Daraus wird teilweise gefolgert, dass als Schuldner der Berichtspflicht im Verhältnis zum Aktionär der Vorstand anzusehen ist und nicht die Gesellschaft.¹³⁰ Dem kann nicht zugestimmt werden.¹³¹ Im Rahmen des § 131 AktG entspricht es der absolut herrschenden Auffassung, dass durch den Auskunftsanspruch letztlich die Gesellschaft verpflichtet ist.¹³² Der Vorstand wird für diese lediglich organschaftlich tätig.¹³³ Dies muss auch in Bezug auf die Verpflichtung zur Erstattung eines Strukturberichts gelten. Denn mit der Verpflichtung zur Erstattung des Strukturberichts wird ein grundlegendes Verhältnis zwischen Mitglied und Verband konkretisiert, welches

129 Gemäß § 327c Abs. 2 S. 1 AktG trifft die Pflicht zur Erstattung des Übertragungsberichts den Hauptaktionär. Die folgenden Ausführungen gelten damit nicht in Bezug auf diesen Bericht. Vgl. zur Schuldnerstellung bei der Pflicht zur Erstellung des Übertragungsberichts nach § 327c Abs. 2 S. 1 AktG vielmehr unten § 7.III.1.

130 So offenbar OLG Stuttgart, Beschl. v. 3.12.2003 – 20 W 6/03, AG 2004, 105 (106); *Keil*, EWIR 2004, 141 (142); *Hüffer*, FS Claussen, 1997, S. 171 (177); *Koppensteiner*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 293a Rn. 17; *Schenk*, in: Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, § 293a Rn. 11; *Veil*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 293a Rn. 5.

131 So auch *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, AktG, § 293a Rn. 17, der von der Berichtspflicht beider *Gesellschaften* spricht.

132 OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.1.2006 – 20 W 56/05, ZIP 2006, 610; *Geißler*, NZG 2001, 539 (540); *Groß*, AG 1997, 97 (103); *Heidel*, in: Heidel, Kommentar zum Aktien- und Kapitalmarktrecht, § 131 AktG Rn. 17; *Hoffmann-Becking*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, § 38 Rn. 6; *Siems*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 131 Rn. 17; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 131 Rn. 14.

133 *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 131 Rn. 5.

die Erteilung derjenigen Informationen, die sich unmittelbar auf den gesellschaftlichen Zweck und die Stellung des Mitglieds innerhalb des Verbands beziehen, zum Inhalt hat. Hiergegen kann auch nicht eingewandt werden, dass es sich bei der Berichterstattung um eine interne Maßnahme des Organs Vorstand und nicht um eine Angelegenheit der Vertretung der AG handelt. Denn um eine Stellvertretung im technischen Sinne – also die Abgabe einer eigenen Willenserklärung in fremdem Namen gegenüber Dritten – handelt es sich offensichtlich nicht. Vielmehr spricht gerade die Tatsache, dass es sich bei der Pflicht zur Vorlage eines Strukturberichts um ein gesellschaftsinternes Rechtsverhältnis handelt, dafür, dass der Verband als solcher vom Gesetz als verpflichtet angesehen wird. Hierfür spricht auch die Rechtsprechung des BGH in anderen Fällen. So ist anerkannt, dass die Klage eines Aufsichtsratsmitglieds auf Feststellung der Nichtigkeit eines Aufsichtsratsbeschlusses gegen die Gesellschaft zu richten ist.¹³⁴ Von Interesse ist dabei die Begründung für dieses Ergebnis. Nach Ansicht des BGH soll dies gelten, weil der Aufsichtsrat den Beschluss als Organ der Gesellschaft gefasst hat und sie durch die von ihm getroffene Entscheidung und deren weitere Folgen berechtigt und verpflichtet wird.¹³⁵ Gleiches gilt meines Erachtens auch für einen Vorstandsbeschluss über die Erstattung eines Strukturberichts.

Eine andere Frage ist es, welche Vorstandsmitglieder gegenüber der Gesellschaft zur Mitarbeit bei der Erstellung des Berichts verpflichtet sind. Nach herrschender Ansicht trifft diese Verpflichtung grundsätzlich alle Mitglieder des Vorstands.¹³⁶ Dies entspricht der Rechtsprechung des BGH bezüglich der nach § 124 Abs. 3 S. 1 AktG bestehenden Pflicht, in der Bekanntmachung der Tagesordnung Vorschläge zur Beschlussfassung zu machen. Auch in diesen Fällen trifft die Pflicht den Gesamtvorstand.¹³⁷ Über-

134 BGH, Urt. v. 17.5.1993 – II ZR 89/92, BGHZ 122, 342 (344).

135 BGH, aaO. So auch *Brandes*; WM 1994, 2177 (2182).

136 In Bezug auf den Unternehmensvertragsbericht: *Langenbucher*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 293a Rn. 6; *Schenk*, in: Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, § 293a Rn. 10. In Bezug auf den Verschmelzungsbericht: *Marsch-Barner*, in: Kallmeyer, UmwG, § 8 Rn. 2; *Stratz*, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG/UmwStG, § 8 UmwG Rn. 5; *Schumacher*, Das Informationssystem, S. 81. In Bezug auf § 186 Abs. 4 S. 2 AktG: *Rebmann*, in: Heidel, Kommentar zum Aktien- und Kapitalmarktrecht, § 186 AktG Rn. 36. Nicht an der Erstellung des Berichts mitwirken muss daher der Aufsichtsrat, vgl. *Schnorbus*, ZHR 167 (2003), 666 (678); *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG/UmwStG, § 8 UmwG Rn. 16.1.

137 BGH, Urt. v. 12.11.2001 – II ZR 225/99, BGHZ 149, 158 (160).

tragbar ist diese Rechtsprechung nicht zuletzt aufgrund der vom BGH gegebenen Begründung. Eine Pflicht gerade des Gesamtvorstands soll sich nämlich daraus ergeben, dass der Einladung wegen ihres Informationscharakters für die Aktionäre eine besondere Bedeutung zukomme.¹³⁸ Einen solchen Informationscharakter haben aber auch ohne Zweifel Strukturberichtspflichtigen. Damit dürfte im Ergebnis die Mitwirkung an der Erstellung des Berichts allein durch ein einzelnes Vorstandsmitglied ausgeschlossen sein.¹³⁹

Dabei dürfen an die Art und Weise, wie diese Mitarbeit zu erfolgen hat, keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Im Ergebnis kann die Delegation auf nachgeordnete Mitarbeiter und externe Berater nicht ausgeschlossen sein.¹⁴⁰ Entscheidend ist vielmehr, dass der Gesamtvorstand durch eine gemeinsame Beschlussfassung die Verantwortung für den Inhalt übernimmt.¹⁴¹

II. Inhaltliche Grenzen der Berichtspflicht

1. Grenze der Berichtspflicht durch Vertretbarkeit/Zumutbarkeit

Im Rahmen des Auskunftsrechts ist es anerkannt, dass der Vorstand eine Auskunft nicht zu erteilen hat, wenn es ihm nicht zugemutet werden kann, die gewünschten Auskünfte während der Hauptversammlung zu geben.¹⁴² In ähnlicher Weise zieht der BGH eine Grenze der Berichtspflicht im Rahmen der im Interesse der Gesellschaft möglichen und vertretbaren Informationsgewährung.¹⁴³ Damit wird die Berichtspflicht insoweit eingeschränkt, als sie der Gesellschaft nicht möglich oder nicht zumutbar ist.

138 BGH, aaO.

139 Vgl. nochmals BGH, Urt. v. 12.11.2001 – II ZR 225/99, BGHZ 149, 158 (161). Anders, soweit die Satzung der Gesellschaft oder die Geschäftsordnung des Vorstands etwas anderes vorschreiben: *Altmeppen*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, § 293a Rn. 28

140 So auch OLG Hamm, Beschl. v. 28.2.2005 – 8 W 6/05, AG 2005, 361 (362), welches aber offenbar die Offenlegung der externen Beratung verlangt.

141 So auch *Langenbacher*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 293a Rn. 6.

142 BayObLG, Beschl. v. 30.11.1995 – 3 Z BR 161/93, AG 1996, 180 (183). Die Zumutbarkeit ebenfalls prüfend KG, Beschl. v. 30.6.1994 – 2 W 4531/93, 2 W 4642/93, ZIP 1994, 1267 (1271).

143 BGH, Urt. v. 19.4.1982 – II ZR 55/81, BGHZ 83, 319 (327).

Richtig daran ist, dass – dem Gedanken des § 275 BGB folgend – eine Informationspflicht insoweit ausgeschlossen ist, als die Informationsgewährung der Gesellschaft tatsächlich nicht möglich ist. Anderes gilt aber für die propagierte immanente Grenze der Zumutbarkeit. Dass die Auffassung, die sich auf § 131 AktG bezieht, nicht auf Pflichten zur schriftlichen Berichterstattung übertragbar ist, zeigen schon die zur Begründung der Zumutbarkeitsgrenze herangezogenen Gesichtspunkte. Maßgeblich ist nämlich, dass das Auskunftsrecht nach dem Wortlaut des § 131 AktG in der Hauptversammlung auszuüben ist. Hieraus wird darauf geschlossen, dass dem Auskunftsrecht dadurch Grenzen gesetzt sind.¹⁴⁴ Das Auskunftsrecht ist damit ausgeschlossen, wenn der Vorstand trotz angemessener Vorbereitung zur Erteilung der geforderten Auskünfte während der Hauptversammlung nicht in der Lage ist.¹⁴⁵ Diese Erwägungen greifen nicht bei Strukturberichtspflichten. Anders als bei einer Auskunft nach § 131 AktG hat der Vorstand hier weit mehr Zeit zur Aufbereitung der Information und kann sich zahlreicher, auch gesellschaftsexterner Ressourcen, bedienen. Dies gilt auch und erst recht bei außergewöhnlich komplexen Sach- und Rechtsfragen.¹⁴⁶ Denn gerade bei in wirtschaftlicher oder rechtlicher Hinsicht besonders komplexen Strukturmaßnahmen besteht für die Aktionäre das Bedürfnis nach einer umfassenden und nicht nach einer eingeschränkten Informationserteilung. Eine Orientierung des Umfangs des Berichts an dem Aufwand der Erstellung für die Gesellschaft hat grundsätzlich nicht zu erfolgen. Vielmehr bestimmt allein¹⁴⁷ das Informationsinteresse der Aktionäre den notwendigen Inhalt eines Strukturberichts.

2. Obergrenze der Ausführungen des Berichts

Da es wesentlicher Zweck eines Strukturberichts ist, durch eine ausführliche Vorabinformation die Anteilseigner in die Lage zu versetzen, über die Maßnahme in Kenntnis aller für das Vorhaben maßgebenden Umstände

144 BayObLG, Beschl. v. 30.11.1995 – 3 Z BR 161/93, AG 1996, 180 (183).

145 KG, Beschl. v. 26.8.1993 – 2 W 6111/92, ZIP 1993, 1618 (1620 f.); *Spitze/Dieckmann*, ZHR 1994, 447 (466); *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 131 Rn. 10.

146 Vgl. LG Frankfurt a. M., Urt. 4.7.1990 – 3/7 O 137/89, DB 1990, 1657 (1659), wonach eine außergewöhnliche Sachproblematik keinen Grund darstellt, von weitergehenden Erläuterungen im Vorstandsbericht abzusehen.

147 Abgesehen natürlich von den gesetzlich vorgesehenen Einschränkungen, beispielsweise der §§ 8 Abs. 2 UmwG, 293a Abs. 2 AktG.

sachgerecht abstimmen zu können, stellt sich die Frage, ob für den Umfang der Berichterstattung eine Obergrenze zu ziehen ist. Ein zu umfangreicher Bericht trägt im Regelfall eher zur Verwirrung der Aktionäre als zu deren Aufklärung und Unterrichtung bei.¹⁴⁸ So erkennt auch *Westermann*¹⁴⁹, „dass Informationsvielfalt auch eingesetzt werden kann, um zu vernebeln.“ *Riesenhuber*¹⁵⁰ fordert konsequenterweise, dass aufgrund der gebotenen Transparenz des Berichts die Ausführlichkeit des Berichts nicht dazu führen darf, dass die wesentlichen Aspekte verdeckt werden.

Auf der anderen Seite sind die rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen einer Strukturmaßnahme, beispielsweise bei der Verschmelzung von Konzernobergesellschaften, so komplex, dass eine Unterrichtung über diese Folgen oft nicht auf wenige Seiten komprimiert werden kann, ohne dass inhaltliche Verluste eintreten. Hier zeigt sich in besonders klarer Weise ein Spannungsverhältnis zwischen zwei Interessen der Anteilseigner, welches bei jeder Art der Unterrichtung der Aktionäre durch die Verwaltung besteht. Auf der einen Seite das Interesse auf umfassende und detailgetreue Information, auf der anderen Seite das Interesse auf verständliche und nachvollziehbare Information. Wie dieses Spannungsverhältnis zu lösen ist, ist bis dato noch unklar.

Denkbar erschiene eine analoge Anwendung des § 126 Abs. 2 S. 2 AktG, der eine Obergrenze für die Mitteilung der Begründung eines Gegenantrags eines Aktionärs von 5000 Zeichen vorsieht. Diese Analogie scheint insofern nicht zu fern zu liegen, als im Schrifttum aus einem Erstrecht Schluss zu § 126 Abs. 1 AktG Berichtspflichten des Vorstands bei besonderen Geschäftsführungsmaßnahmen¹⁵¹ abgeleitet werden.¹⁵² Allerdings dürfen die Anforderungen an eine Obergrenze der Ausführungen nicht zu eng bestimmt werden. Denn aufgrund der vorgeschriebenen frühzeitigen Möglichkeit der Kenntnisnahme vom Berichtsinhalt hat jeder Aktionär hinreichend Zeit und Gelegenheit, den Bericht nicht nur kritisch und gegebenenfalls mehrfach zu lesen, sondern auch zu überdenken.¹⁵³ Des Weiteren besteht in der Hauptversammlung die Möglichkeit, konkrete Fra-

148 Näher zum „information overload“ in einem anderen Zusammenhang: *Koller*, FS Huber, 2006, S. 821 (824).

149 *Westermann*, FS Semler, 1993, S. 651 (655).

150 *Riesenhuber*, NZG 2004, 15 (20).

151 Zu diesem Problemkomplex siehe unten § 8.

152 Vgl. *Servatius*, Strukturmaßnahmen als Unternehmensleitung, S. 309 ff.

153 LG Bochum, Urt. v. 18.12.1990 – 12 O 245/90, ZIP 1991, 730 (733).

§ 4 Berichtspflichten bei Strukturmaßnahmen nach dem Umwandlungsgesetz

gen zu stellen. Vor diesem Hintergrund dürften die Fälle, in denen ein Bericht aufgrund seines Umfangs als unverständlich bzw. als einen Durchschnittsaktionär überfordernd anzusehen ist, recht selten sein. Im Übrigen verbieten sich pauschale Lösungen schon vor dem Hintergrund, dass sich der Umfang der Berichtspflicht an der konkreten Strukturmaßnahme zu orientieren hat. Damit ist im Ergebnis die analoge Anwendung des § 126 Abs. 1 AktG abzulehnen. Gleichwohl muss es aufgrund der dargestellten Gefahr der Informationsflut eine objektive Grenze des Umfangs der Berichterstattung geben. Bei dem Ausloten dieser Grenze ist aber zu beachten, dass die Gefahr der Informationsflut im Ergebnis auch deshalb recht gering sein dürfte, da es grundsätzlich dem Interesse der Vorstände und der Gesellschaft entspricht, den Bericht möglichst kurz zu halten. Denn ein großer Berichtsumfang führt schon deshalb zu einem erhöhten Anfechtungsrisiko, weil sich die Gefahr fehlerhafter Angaben erhöht. Im Ergebnis ist also lediglich eine Evidenzkontrolle zu fordern. Nur, wenn der Berichtsumfang unter Berücksichtigung aller Umstände völlig außer Verhältnis zur wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung und Komplexität der Strukturmaßnahme steht, und deshalb davon auszugehen ist, dass der Bericht sein Informationsziel nicht erreichen kann und auch anzunehmen ist, dass die Information absichtlich in der entsprechenden Fülle unterbreitet wurde, ist eine Mangelhaftigkeit des Berichts allein aufgrund dieses Umfangs zu bejahen. Zu den im Rahmen dieser Abwägung zu berücksichtigenden Umständen zählt dabei auch, ob und inwiefern der Bericht trotz seines Umfangs durch übersichtliche Gliederung und gute Zusammenfassungen informativ gehalten werden kann.

§ 4 Berichtspflichten bei Strukturmaßnahmen nach dem Umwandlungsgesetz

I. Überblick

Mit Inkrafttreten des Umwandlungsgesetzes am 1.1.1995¹⁵⁴ erstreckt sich die Pflicht zur Berichterstattung, wie sie für die Verschmelzung von Akti-

154 Das Umwandlungsgesetz ist enthalten im Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts vom 28. Oktober 1994, verkündet im Bundesgesetzblatt am 8. November 1994 (BGBl I 1994, 3210).

engesellschaften aufgrund der Verschmelzungsrichtlinie¹⁵⁵ in § 340 AktG a.F. eingeführt worden war, auf alle Umwandlungsfälle, also über die Verschmelzung (§ 8 UmwG) hinaus auch auf die Spaltung (§ 127 UmwG) und den Formwechsel (§ 192 UmwG).¹⁵⁶ Dies ist vor dem Hintergrund verständlich, dass es erkennbares Ziel des Gesetzgebers war, bei der Kodifikation des Umwandlungsrechts nicht nur die Interessen der Unternehmen an einer Verbesserung der Anpassungsfähigkeit an Wettbewerbsveränderungen sondern auch die Interessen der Minderheit in angemessener Weise zu berücksichtigen.¹⁵⁷

Die inhaltlichen Anforderungen an den Spaltungsbericht bzw. den Bericht anlässlich eines Formwechsels gleichen im Wesentlichen den Erfordernissen an den Verschmelzungsbericht.¹⁵⁸ Grundlage der Untersuchung soll folglich der gem. § 8 UmwG zu erstattende Verschmelzungsbericht sein. Im Rahmen der Darstellung der Anforderungen, die das Gesetz an den Spaltungsbericht bzw. an den Bericht anlässlich eines Formwechsels stellt, ist dann nur noch auf die im Vergleich zum Verschmelzungsbericht bestehenden Unterschiede und Besonderheiten einzugehen. Gleiches gilt auch in Bezug auf den in § 122e UmwG erwähnten Verschmelzungsbericht anlässlich einer grenzüberschreitenden Verschmelzung¹⁵⁹.

155 Richtlinie vom 9.10.1978 (78/855/EWG), ABl. EG L 295 vom 20.10.1978, S. 36 ff.

156 *Priester*, DNotZ 1995, 427 (433).

157 Näher dazu *Bayer*, ZIP 1997, 1613. Dieses Ziel hatte sich im Übrigen schon das Gesetz zur Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie von 1982 gesetzt, vgl. *Priester*, ZGR 1990, 420 (421).

158 So auch *Impelmann*, DStR 1995, 769 (773); *Dörrie*, WiB 1995, 1 (9); *Priester*, ZGR 1990, 420 (426). In Bezug auf den Bericht anlässlich des Formwechsels auch *Priester*, DNotZ 1995, 427 (449). In Bezug auf den Spaltungsbericht auch *Engelmeyer*, Die Spaltung von Aktiengesellschaften, S. 76. Kritisch allerdings in Bezug auf eine Übertragung der Erfordernisse des Verschmelzungsberichts auf den Bericht nach § 192 AktG: LG Berlin, Ur. v. 26.2.1997 – 99 O 178/96, DB 1997, 969 (970).

159 Zur Rechtslage vor Einführung der §§ 122a ff. UmwG: *Kallmeyer*, ZIP 1994, 1746 (1752).

II. Der Verschmelzungsbericht nach § 8 UmwG

1. Gefahren für die (Minderheits-)Aktionäre bei einer Verschmelzung

Ähnlich wie bei dem Ausschluss des Bezugsrechts im Rahmen einer Kapitalerhöhung ist auch bei einer Verschmelzung die Mitgliedschaft der Aktionäre umfänglich, d.h. sowohl in Bezug auf deren Vermögens- wie auf deren Herrschaftskomponente¹⁶⁰, gefährdet. So werden sowohl die Beteiligungsrechte der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft als auch der Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft durch die Verschmelzung regelmäßig dadurch geschmälert, dass ihre künftige prozentuale Beteiligung an der übernehmenden Gesellschaft geringer ist als ihre bisherige prozentuale Beteiligung.¹⁶¹ Darüber hinaus kann auch die Vermögenskomponente des Aktieneigentums gefährdet sein. Denn grundsätzlich wird die übernehmende Gesellschaft bestrebt sein, ein für die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft möglichst niedriges Umtauschverhältnis der Aktien zu vereinbaren. Ist das Vermögen der übertragenden Gesellschaft aber mehr wert als der innere Wert der im Wege des Umtauschs erhaltenen Aktien, so erleiden die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft einen (potentiellen) Vermögensverlust. Gleiches gilt spiegelbildlich für die Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft, wenn der innere Wert der erhaltenen Aktien den Wert des übergegangenen Gesellschaftsvermögens übersteigt. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund denkbar, dass auf die übernehmende Gesellschaft auch die Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft übergehen.¹⁶² Die Verschmelzung stellt somit sowohl für die Aktionäre der übertragenden, als auch für die Aktionäre der aufnehmenden Gesellschaft zumindest potentiell einen schwerwiegenden Eingriff in ihre Mitgliedschaft dar.¹⁶³

160 Vgl. *Bayer*, AG 1988, 323 (324); *Nirk*, FS Steindorff, 1990, S. 187 (196). Vorsichtiger *Westermann*, FS Semler, 1993, S. 651 (660). Von einer Vergleichbarkeit der Gefahrenlage von Bezugsrechtsausschluss und Spaltung ausgehend: *Engelmeyer*, Die Spaltung von Aktiengesellschaften, S. 72.

161 *Bayer*, AG 1988, 323 (323 f.); *Ganske*, DB 1981, 1551 (1558); *Binnewies*, GmbHR 1997, 727 (729).

162 Vgl. § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG in Bezug auf die Verschmelzung und § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG in Bezug auf die Spaltung.

163 *Wardenbach*, BB 1991, 485. In Bezug auf die Spaltung auch *Engelmeyer*, Die Spaltung von Aktiengesellschaften, S. 71. Rechtlich weniger ins Gewicht fällt hingegen die Gefahr für die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft, dass sie

2. Zweck des Verschmelzungsberichts

Das Umwandlungsgesetz hat dem Schutz der vermögenswerten Rechte der Aktionäre im Rahmen der Verschmelzung durch eine differenzierte Regelung Rechnung getragen, in welche die schützenswerten Belange der Beteiligten unter gegenseitiger Abwägung einbezogen sind.¹⁶⁴

Der schriftliche Verschmelzungsbericht¹⁶⁵ dient im System des gesetzlich angeordneten Gesellschafterschutzes der §§ 5, 8 und 9 ff. UmwG der vorbereitenden Unterrichtung der Anteilsinhaber, die über die Verschmelzung beschließen.¹⁶⁶ Zweck der Berichtspflicht ist es also, durch eine ausführliche Vorabinformation die Anteilseigner in eine Lage zu versetzen, über die Gesetzmäßigkeit und die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit der Verschmelzung in Kenntnis aller für das Vorhaben maßgebenden Umstände sachgerecht abstimmen zu können.¹⁶⁷ Der Bericht soll den Aktionären eine zuverlässige Beurteilungsgrundlage verschaffen¹⁶⁸; ihnen soll ermög-

mit ihrer Einlage für ein Unternehmen haften, das möglicherweise einen völlig anders gearteten Unternehmensgegenstand aufweist als das ursprüngliche und eventuell mit besonderen Geschäftsrisiken belastet ist, vgl. *Becker*, AG 1988, 223 (224).

- 164 So in Bezug noch auf die umwandlungsrechtlichen Regelungen des Aktiengesetzes BGH, Beschl. v. 25.9.1989 – II ZR 254/88, ZIP 1989, 1388 (1389).
- 165 Ein schriftlicher Verschmelzungsbericht war im Verschmelzungsrecht nach dem Aktiengesetz 1965 nicht vorgesehen. Vielmehr reichte es aus, dass der Vorstand den Verschmelzungsvertrag in der Hauptversammlung mündlich erläuterte, vgl. § 340 Abs. 3 S. 4 AktG 1965.
- 166 *Marsch-Barner*, in: Kallmeyer, UmwG, § 8 Rn. 1; *Impelmann*, DStR 1995, 769 (771); *Heckschen*, WM 1990, 377 (381).
- 167 Vgl. zu § 340a AktG: BT-Drucks. 9/1065 S. 15; BGH, Urt. v. 18.12.1989 – II ZR 254/88, WM 1990, 140 (141) – „DAT/Altana II“; vorgehend LG Köln, Urt. v. 14.12.1987 – 91 AktE 123/87, AG 1988, 145; *Priester*, NJW 1983, 1459 (1461); *Westermann*, FS Semler, 1993, S. 651 (654); *Becker*, AG 1988, 223 (225); *Bayer*, AG 1988, 323 (325); *Wardenbach*, BB 1991, 485 (486). Bereits zu § 8 UmwG: LG Essen, Urt. v. 8.2.1999 – 44 O 249/98, AG 1999, 329 (330 f.); *Limmer*, in: Limmer, Handbuch der Unternehmensumwandlung, Teil 2 Kap. 1 Rn. 386; *Stratz*, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG/UmwStG, § 8 UmwG Rn. 4. Missverständlich insoweit BGH v. 22.05.1989 – II ZR 206/88, BGHZ 107, 296 (302) – „Kochs Adler“, der nur vom Schutz der Anteilseigner der übernehmenden Gesellschaft spricht.
- 168 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.8.2006 – I-15 W 110/05, DB 2006, 2223 (2225). OLG Saarbrücken, Beschl. v. 7.12.2010 – 4 AktG 476/10, AG 2011, 343 (344). „Der Normzweck des § 8 Abs. 1 UmwG gebietet es, den Anteilsinhabern einen möglichst umfassenden Einblick zu gewähren.“ Enger wohl *Nohlen*, Binnen-

licht werden, rational mitzuentcheiden.¹⁶⁹ Diese Mitentscheidung kann auch in der Entscheidung liegen, überhaupt nicht an der Hauptversammlung teilzunehmen. Denn nach § 63 Abs. 1, 3 und 4 UmwG muss der Verschmelzungsbericht den Aktionären schon vor der Hauptversammlung zugänglich gemacht werden. Dies zeigt, dass der Bericht dem Aktionär auch ermöglichen soll, sich darüber schlüssig zu werden, ob er überhaupt an der Hauptversammlung teilnehmen oder rechtzeitig einem Vertreter Weisungen für die Ausübung des Stimmrechts erteilen will.

Die gerade dargestellte Funktion des Berichts ist besonders wichtig vor dem Hintergrund, dass die Anteilseigner an den Verhandlungen zum Verschmelzungsvertrag selbst nicht beteiligt werden¹⁷⁰ und der Verschmelzungsvertrag als solcher nicht genügend Informationen enthält, da er regelmäßig nur das Ergebnis der Verhandlungen festschreibt.¹⁷¹ Darüber hinaus sind Verschmelzungen in zahlreichen Fällen Konzernverschmelzungen, so dass der Bericht den Informationsvorsprung, den der Hauptgesellschafter regelmäßig gegenüber den Minderheitsbeteiligten besitzt, zumindest teilweise ausgleichen soll.¹⁷² Der Verschmelzungsbericht ist damit Teil des sog. a-priori Schutzes¹⁷³ der Aktionäre bei Umwandlungen, also eines Schutzes, der gerade vor dem Wirksamwerden der Verschmelzung greifen soll.¹⁷⁴ Dieser Schutz soll – anders als beispielsweise der durch die Einführung eines Spruchverfahrens bezweckte reine Vermögensschutz –

marktkonformer Minderheitenschutz bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Aktiengesellschaften, 2012, S. 44, der von einer „Plausibilitätskontrolle“ spricht. In Bezug auf den Spaltungs-/Ausgliederungsbericht *Engelmeyer*, Die Spaltung von Aktiengesellschaften, S. 67.

169 *Riesenhuber*, NZG 2004, 15 (21).

170 Diesen Aspekt ebenfalls berücksichtigend LG München I, Beschl. v. 5.8.1999 – 5 HKO 11213/99, AG 2000, 87 (88); *Bermel*, in: Goutier/Knopf/Tulloch, Kommentar zum Umwandlungsrecht, § 8 UmwG Rn. 12.

171 *Stratz*, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG/UmwStG, § 8 UmwG Rn. 4.

172 *Priester*, ZGR 1990, 420 (424).

173 Diesen Begriff prägend LG Köln, Urt. v. 14.12.1987 – 91 AktE 123/87, AG 1988, 145; LG Frankenthal, Urt. v. 5.10.1989 – 2 (HK) O 80/89, ZIP 1990, 232 (237) – „Hypothekenbank-Schwestern“. Vgl. auch *Hoffmann-Becking*, in: Tagungsband zum RWS-Forum 2001, S. 55 (58); *Priester*, DNotZ 1995, 427 (433); *Engelmeyer*, BB 1998, 330 (335); *Becker*, AG 1988, 223 (224).

174 Vgl. dazu *Dirrigl*, WPg. 1989, 413 (417); *Bayer*, AG 1988, 323 (324). Dass der Verschmelzungsbericht also dem Grunde nach die Stärkung des Schutzes der Aktionäre bezweckt, ist unumstritten, vgl. nur OLG Köln, Urt. v. 21.9.1988 – 24 U 244/87, ZIP 1988, 1391 (1392).

nicht durch eine gerichtliche Kontrolle, sondern durch die Offenlegung der für die Verschmelzung maßgeblichen Umstände gewährleistet werden.¹⁷⁵ Die EG-Verschmelzungsrichtlinie und ihr folgend auch das Umwandlungsgesetz lehnen es damit ausdrücklich ab, den Aktionärsschutz auf eine nachträgliche Kontrolle des Umtauschverhältnisses zu beschränken.¹⁷⁶ Nicht zuletzt deshalb wird der Vorstandsbericht im Rahmen von Strukturmaßnahmen nach dem UmwG auch als Kernstück des Minderheitenschutzes im Umwandlungsrecht bezeichnet.¹⁷⁷ Einem weitergehenden Zweck, so beispielsweise als Informationsinstrument der Öffentlichkeit bzw. des Kapitalmarktes, dient der Verschmelzungsbericht hingegen nicht.¹⁷⁸

Fraglich ist insoweit, in welchem Verhältnis der Verschmelzungsbericht zu den weiteren im Rahmen einer Verschmelzung zu erbringenden Vorlagen steht. So hat beispielsweise auch die nach § 124 Abs. 2 S. 2 AktG zu erfolgende Bekanntmachung des wesentlichen Inhalts des Verschmelzungsvertrags den Zweck, den Aktionären die sinnvolle Ausübung ihrer Rechte zu ermöglichen, indem ihnen ein ungefähres Bild von den Vor- und Nachteilen des Vertrages vermittelt wird.¹⁷⁹ Nach wohl einhelliger Auffassung stehen die einzelnen den Aktionären im Vorfeld der Verschmelzung zugänglich zu machenden Unterlagen trotz Überschneidungen im Schutzzweck selbständig nebeneinander.¹⁸⁰ So stellt nach Ansicht des *OLG*

175 BGH, Urt. v. 18.12.1989 – II ZR 254/88, AG 1990, 259 (260) – „DAT/Altana II“.

176 So *Bayer*, AG 1988, 323 (326).

177 *OLG Frankfurt*, Beschl. v. 8.2.2006 – 12 W 185/05, ZIP 2006, 370 (380). *OLG Dresden*, Beschl. v. 22.10.2014 – 17 W 1160/14, NotBZ 2015, 313 (314) spricht von der „... sehr bedeutsamen Pflichten zur Erstellung eines Verschmelzungsberichts ...“. Anders jedoch offensichtlich *Lüttge*, NJW 1995, 417 (423), der auf die Erwähnung des § 8 UmwG bei der Aufzählung der Vorschriften zum Schutze der Anteilshaber verzichtet.

178 *Ulser*, MittRhNotK 1998, 22 (27); *Stratz*, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG/UmwStG, § 8 UmwG Rn. 1. Allerdings soll der Verschmelzungsbericht auch als Grundlage für die Prüfung der Verschmelzung durch die Verschmelzungsprüfer dienen, vgl. *Limmer*, in: Limmer, Handbuch der Unternehmensumwandlung, Teil 2 Kap. 1 Rn. 377; *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG/UmwStG, § 8 UmwG Rn. 6. Zur Frage, ob der Verschmelzungsbericht auch dem Schutz von Gläubigern und Arbeitnehmern dienen soll, siehe unten § 4.II.6.i).

179 *LG Darmstadt*, Beschl. v. 29.11.2005 – 12 O 491/05, AG 2006, 127 (129). Ähnlich auch *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 124 Rn. 10; § 124 Abs. 2 S. 2 AktG soll den Aktionären eine angemessene Urteilsbildung ermöglichen.

180 Vgl. nur *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG/UmwStG, § 8 UmwG Rn. 74; *Trölitzsch*, WiB 1997, 795 (797).

Frankfurt der Verschmelzungsbericht *neben* den weiteren Beschlussvorlagen eine gesetzliche Erkenntnisquelle für das Abstimmungsverhalten nach § 13 UmwG dar.¹⁸¹

3. Möglichkeit der Vertretung

Bei der Erstellung des Berichts ist eine Vertretung der Mitglieder des Vertretungsorgans nicht möglich.¹⁸² Hierfür wird zum einen ins Feld geführt, dass es sich bei dem Bericht nicht um eine Willenserklärung im Sinne der §§ 104 ff. BGB handelt.¹⁸³ Dabei wird allerdings verkannt, dass die §§ 164 ff. BGB nach nahezu einhelliger Auffassung auch für rechtsgeschäftsähnliche Handlungen gelten.¹⁸⁴ Unter rechtsgeschäftliche Handlungen fallen aber auch die so genannten Wissenserklärungen¹⁸⁵, also Erklärungen, die wie der Verschmelzungsbericht nicht auf Setzung einer unmittelbaren Rechtsfolge gerichtet sind, sondern der Äußerung von Wissen dienen und damit auf Herbeiführung eines tatsächlichen Erfolges zielen.

Aber auch bei Nichtanwendung der §§ 164 ff. BGB auf Wissenserklärungen hat dies nicht die zwangsläufige Unzulässigkeit einer Vertretung bei der Erstellung des Berichts zur Folge. Denn die Nichtanwendung der §§ 164 ff. BGB bedeutet nur, dass die Stellvertretung im technischen Sinne, also unter den speziellen Voraussetzungen der §§ 164 ff. BGB nicht möglich ist. Nach ihrem Normzweck sind die §§ 164 ff. BGB nämlich nicht abschließend, sondern stellen lediglich die Zurechnung von Willenserklärungen unter spezielle Voraussetzungen. Eine Zurechnung anderer rechtlich relevanter Handlungen oder Umstände soll dadurch nicht ausgeschlossen werden, wenn auch bei den meisten anderen Handlungen oder

181 OLG Frankfurt, Beschl. v. 22.8.2000 – 14 W 23/00, ZIP 2000, 1928 (1930).

182 *Marsch-Barner*, in: Kallmeyer, UmwG, § 8 Rn. 2; *Drygala*, in: Lutter, UmwG, § 8 Rn. 9; *Limmer*, in: Limmer, Handbuch der Unternehmensumwandlung, Teil 2 Kap. 1 Rn. 381. Unklar insoweit: *Melchior*, GmbHR 1999, 520 (521).

183 *Bermel*, in: Goutier/Knopf/Tulloch, Kommentar zum Umwandlungsrecht, § 8 UmwG Rn. 3; *Stratz*, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG/UmwStG, § 8 UmwG Rn. 7; *Keil*, Der Verschmelzungsbericht, S. 31; *Uslar*, MittRhNotK 1998, 22 (29).

184 Vgl. nur *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, Vor. § 164 Rn. 3; *Schramm*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Vor. § 164 Rn. 70; *Leptien*, in: Soergel, BGB, Vor. § 164 Rn. 13.

185 *Schramm*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 164 Rn. 5; *Leptien*, in: Soergel, BGB, § 164 Rn. 4.

Umständen (z.B. unerlaubte Handlungen, Verschulden, Besitz usw.) wiederum spezielle Zurechnungsvoraussetzungen normiert wurden (z.B. § 831 BGB, § 278 BGB, § 855 BGB usw.). Ob eine Zurechnung und somit eine Vertretung möglich ist oder nicht, ergibt sich also nicht in erster Linie daraus, dass eine Zurechnung nicht ausdrücklich normiert ist, sondern aus dem die Handlung oder den Umstand betreffenden Normkomplex, also vorliegend aus den Regelungen des UmwG. In diesem Zusammenhang ist insbesondere § 313 Abs. 1 Nr. 1 UmwG zu beachten.¹⁸⁶ Aus dieser Vorschrift ergibt sich, dass die Erstattung des Verschmelzungsberichts eine persönliche Handlung der Vorstandsmitglieder ist.¹⁸⁷ Es müssen also alle nach Satzung oder Geschäftsordnung des Vorstands (§ 77 Abs. 1 S. 2 AktG) vorgeschriebenen Mitglieder des Vorstands für die Berichterstattung die letzte Verantwortung übernehmen.¹⁸⁸ Damit ist der interne Gremienbeschluss des Vorstands über den Bericht vertretungsfeindlich.¹⁸⁹

4. Formelle Anforderungen

a) Form des Berichts

(1) Anwendung des § 126 BGB

Das Gesetz setzt einen schriftlichen Bericht voraus. Weitgehende Einigkeit besteht dabei dahingehend, dass aus dem Schriftformerfordernis nicht folgt, dass der Vorstand verpflichtet ist, den Verschmelzungsbericht selbst abzufassen oder niederzuschreiben. Zweck des Schriftformerfordernisses ist es lediglich, dass der Vorstand die volle Verantwortung für den Inhalt des Verschmelzungsberichts übernimmt, nicht aber, dass die Mitglieder des Vorstands diesen auch selbst erstellen.¹⁹⁰ Unklar ist vor diesem Hintergrund aber, ob § 126 BGB zur Anwendung kommen soll mit der Folge, dass der Bericht von den Vorstandsmitgliedern zu unterzeichnen ist. Ge-

186 Müller, NJW 2000, 2001 (2002).

187 Vgl. auch Mayer, in: Widmann/Mayer, UmwG/UmwStG, § 8 UmwG Rn. 14, der seine Auffassung, dass bei der Erstattung des schriftlichen Berichts eine Stellvertretung nicht zulässig ist, damit begründet, dass es sich um eine persönliche Erklärung handelt.

188 Hüffer, FS Claussen, 1997, S. 171 (181).

189 So auch Fuhrmann, AG 2004, 135 (139).

190 Ulser, MittRhNotK 1998, 22 (29).

gen eine Anwendbarkeit des § 126 BGB hat sich das *KG Berlin*¹⁹¹ ausgesprochen. Bei dem Verschmelzungsbericht handele es sich um eine Wissenserklärung¹⁹², so dass § 126 BGB schon aus diesem Grunde nicht greifen könne, da dieser im BGB unter dem Titel mit der Überschrift „Willenserklärungen“ stehe. Auch führe § 8 Abs. 1 S. 1 UmwG zu keinem anderen Ergebnis. Dieser fordere schriftliche Abfassung nur in Abgrenzung zur mündlichen Darlegung. Im Übrigen spreche die Vorschrift nicht von einem Bericht „in schriftlicher Form“ wie es § 126 BGB verlangt sondern von einem schriftlichen Bericht.¹⁹³ Auch ein Blick auf die europarechtlichen Vorgaben scheint hierfür zu sprechen.¹⁹⁴ So schreibt Art. 9 Abs. 1 der Verschmelzungsrichtlinie einen schriftlichen Bericht vor, ohne jedoch die Unterzeichnung zu verlangen, wie dies in anderen Richtlinien, beispielsweise in Art. 4 der Richtlinie über Teilzeitnutzungsrechte an Immobilien¹⁹⁵ oder Art. 5 der Fernabsatzrichtlinie¹⁹⁶ geschehen ist.¹⁹⁷

Zu beachten ist aber, dass eine Anwendung von § 126 BGB auch bei der Abgabe von Wissenserklärungen nicht per se ausgeschlossen ist.¹⁹⁸ Darüber hinaus besteht für die Aktionäre ein evidentes Bedürfnis, Klarheit über die Authentizität des Berichts zu gewinnen.¹⁹⁹ Dass mit dem Terminus „schriftlicher Bericht“ nur gemeint ist, dass ein mündlicher Bericht nicht ausreicht²⁰⁰, kann also nicht überzeugen. Zwar ergibt sich dies nicht daraus, dass eine besondere Erwähnung der Schriftlichkeit in § 8 UmwG vor dem Hintergrund des § 63 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 3 UmwG und des § 64 Abs. 1 UmwG nicht notwendig erscheint. Richtig ist, dass nur ein

191 *KG*, Urt. v. 25.10.2004 – 23 U 234/03, ZIP 2005, 167 (168). Anders aber die Vorinstanz *LG Berlin*, Urt. v. 8.9.2003 – 93 O 47/03, NZG 2004, 337 (338).

192 So auch *Drygala*, in: Lutter, UmwG, § 8 Rn. 9; *Fuhrmann*, AG 2004, 135 (137).

193 *Fuhrmann*, AG 2004, 135 (136).

194 Dazu, dass auf § 126 BGB nicht zurückgegriffen werden darf, wenn ein Schriftformerfordernis auf EG-rechtlicher Grundlage beruht und das Gemeinschaftsrecht das Formerfordernis anders versteht: BGH, Urt. v. 22.9.1982 – VIII ZR 215/79, NJW 1983, 519 (521); BGH, Urt. v. 6.12.2005 – XI ZR 139/05, NJW 2006, 681 (683).

195 Richtlinie vom 26.10.1994 (94/47/EG), ABl. EG L 280 vom 29.10.1994, S. 83 ff.

196 Richtlinie vom 20.5.1997 (97/7/EG), ABl. EG L 144 vom 4.6.1997, S. 19 ff.

197 Zu diesem Argument auch *Fuhrmann*, AG 2004, 135 (138).

198 *Mayer*, in: Widmann/Mayer, UmwG/UmwStG, § 8 UmwG Rn. 15; *Hiffer*, FS Claussen, 1997, S. 171 (176). Dazu, dass § 126 BGB zumindest auch für geschäftsähnliche Handlungen gilt: *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, § 126 Rn. 1.

199 Dies in Abrede stellend *Fuhrmann*, AG 2004, 135 (137).

200 So *Fuhrmann*, aaO.

schriftlicher Bericht bspw. nach § 63 Abs. 1 Nr. 4 ausgelegt werden kann. Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass § 8 UmwG mehr als die reine Schriftlichkeit verlangen muss, wenn die Wendung „schriftlicher Bericht“ einen Sinn haben soll. Denn § 8 UmwG gilt für alle Verschmelzungen, die §§ 63, 64 UmwG allerdings nur bei Verschmelzungen unter Beteiligung von Aktiengesellschaften. Richtigerweise ist deshalb von einer, zumindest analogen, Anwendbarkeit des § 126 BGB auszugehen.²⁰¹ Dabei ist es allerdings ausreichend, wenn der Bericht in gedruckter Fassung vorgelegt wird, das Original, welches beim Handelsregister einzureichen ist, unterzeichnet ist und die Kopien für die Aktionäre Faksimile-Unterschriften tragen oder z.B. durch die Angabe „Der Vorstand“ klargestellt ist, dass es sich um einen Bericht des Vertretungsorgans handelt.²⁰²

(2) Unterzeichnung durch alle Vorstandsmitglieder

Eine andere Frage ist, ob alle Mitglieder des Vorstands den Bericht zu unterzeichnen haben. Dies ist nicht zuletzt deshalb problematisch, weil das vertretungsberechtigte Organ in der Regel aus zahlreichen Mitgliedern besteht und aus wirtschaftlichen Gründen bei Verschmelzungen oftmals ein enger Zeitplan einzuhalten ist.²⁰³ Eine Unterzeichnungspflicht aller Organmitglieder könnte zu Verzögerungen bei der Berichterstattung und damit bei dem Verschmelzungsvorhaben als solchem führen.

Nach im Schrifttum vertretener Auffassung²⁰⁴ erscheint es daher angebracht, nur eine Pflicht dahingehend anzunehmen, dass Organmitglieder in zur Vertretung berechtigter Zahl den Bericht unterschreiben müssen.²⁰⁵

201 So auch *Veil/Vokuhl*, WuB II P. § 8 UmwG 1.06, 13; *Bermel*, in: Goutier/Knopf/Tulloch, Kommentar zum Umwandlungsrecht, § 8 UmwG Rn. 4.

202 *Marsch-Barner*, in: Kallmeyer, UmwG, § 8 Rn. 3; *Drygala*, in: Lutter, UmwG, § 8 Rn. 8; *Gehling*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 8 Rn. 7. In Bezug auf § 293a Abs. 1 S. 1 UmwG auch *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Konzernrecht, S. 224.

203 *Linnerz*, EWiR 2005, 135 (136).

204 Vgl. *Müller*, NJW 2000, 2001 (2002); *Linnerz*, aaO.

205 Zwar kann nach § 78 Abs. 2 S. 1 AktG die AG grundsätzlich nur durch alle Vorstandsmitglieder gemeinsam vertreten werden, jedoch geht die übliche Satzungspraxis dahin, dass ein oder zwei Vorstandsmitglieder oder auch ein Vorstandsmitglied gemeinsam mit einem Geschäftsführer vertretungsberechtigt sind.

Dieser Auslegung stehe der Wortlaut des § 8 Abs. 1 S. 1 UmwG nicht entgegen, der nur davon spricht, dass „die Vertretungsorgane“ den Bericht zu erstatten haben und nicht explizit „die Mitglieder der Vertretungsorgane“. Der Plural beziehe sich nicht auf die einzelnen Mitglieder des jeweiligen Vertretungsorgans, sondern auf die mehreren, an der Verschmelzung oder Spaltung beteiligten Rechtsträger.²⁰⁶ Darüber hinaus könnten sich aus der Zusammenschau mit anderen Regelungen aus dem UmwG Anhaltspunkte für die Richtigkeit dieser Auslegung ergeben. Nach § 4 Abs. 1 S. 1 UmwG wird der Verschmelzungsvertrag von den Vertretungsorganen der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger geschlossen. Ausweislich der Regierungsbegründung²⁰⁷ reicht hierfür der Abschluss durch Organmitglieder in zur Vertretung berechtigter Anzahl.²⁰⁸ Nach Müller²⁰⁹ können aber die Anforderungen an die Unterzeichnung des Berichts nicht höher sein als die an den Vertrag gestellten. Denn es könne nicht angenommen werden, dass dem Bericht höhere Wichtigkeit zukommt als dem Vertrag.²¹⁰

Wie er in seinem Beschluss vom 21. Mai 2007²¹¹ zum Ausdruck bringt, scheint der BGH dieser Auffassung zuzuneigen. Zwar komme dem geschriebenen Wort eine größere Präzision, Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit zu. Dies schließe jedoch nach Sinn und Zweck der Regelung nicht aus, dass der Bericht nur von Vorstandsmitgliedern in zur Vertretung berechtigter Anzahl unterzeichnet wird. Zumal dies auch nicht den Eindruck vermittle, dass der Bericht nicht dem Willen der Mehrheit des Organs entspreche.²¹²

206 Fuhrmann, AG 2004, 135 (138).

207 Vgl. Ganske, Umwandlungsrecht, RegBegr, S. 48.

208 So auch Schröer, in: Semler/Stengel, UmwG, § 4 Rn. 8; Drygala, in: Lutter, UmwG, § 4 Rn. 7; Stratz, in: Schmitt/Hörtnagel/Stratz, UmwG/UmwStG, § 4 UmwG Rn. 11; Fuhrmann, AG 2004, 135 (138).

209 Müller, NJW 2000, 2001 (2003).

210 So auch Mayer, in: Widmann/Mayer, UmwG/UmwStG, § 8 UmwG Rn. 14.

211 BGH, Beschl. v. 21.5.2007 – II ZR 266/04, Der Konzern 2007, 615 (618).

212 BGH, aaO: „Jedem vernünftig denkenden Aktionär ist aber klar, dass es der Lebenserfahrung widerspricht, dass ein Vorstand in vertretungsberechtigter Zahl einen Verschmelzungsbericht herausgibt, mit dem die Mehrheit des Vorstandes nicht einverstanden ist“. Im Übrigen kann sich die Hauptversammlung von der Tatsache, dass der Verschmelzungsbericht die Meinung aller Vorstandsmitglieder wiedergibt, schon dadurch überzeugen, dass sämtliche Vorstandsmitglieder auf der Hauptversammlung anwesend sind und keiner öffentlich dem ausgelegten Bericht widerspricht, vgl. Fuhrmann, AG 2004, 135 (139).

Im Gegensatz zum BGH haben sich das *LG Berlin*²¹³ und diverse Vertreter im Schrifttum²¹⁴ der Argumentation *Müllers* nicht angeschlossen. Nach dieser Auffassung spricht auch die Systematik des Gesetzes nicht dafür, dass eine Unterzeichnung durch Vorstandsmitglieder in zur Vertretung berechtigter Anzahl zulässig sei. Zwar hat nach § 159 Abs. 2 UmwG im Falle der Gründung einer AG oder KGaA die erforderliche Prüfung ausdrücklich durch „die Mitglieder des Vorstands“ zu erfolgen. Insofern könnte man tatsächlich annehmen, dass in den Fällen, in denen das Gesetz nicht von „den Mitgliedern des Vorstands“ sondern, wie in § 8 Abs. 1 S. 1 UmwG, nur von den „Vertretungsorganen“ spricht, konsequenterweise nicht alle Mitglieder gemeint sein können. Aber anders als in § 8 Abs. 1 S. 1 UmwG wird in § 159 Abs. 2 UmwG die Tätigkeit von mehreren Organen der Aktiengesellschaft bzw. der Kommanditgesellschaft auf Aktien verlangt, so dass die sprachliche Unterscheidung auch auf diesem Umstand beruhen kann.²¹⁵

Das Argument *Müllers*, dass an den Verschmelzungsbericht keine höheren Anforderungen gestellt werden könnten als an den Verschmelzungsvertrag, kann nur überzeugen, wenn bezüglich der Wichtigkeit darauf abgestellt wird, inwiefern Bericht bzw. Vertrag unmittelbar zum Zustandekommen der Verschmelzung beitragen. Insoweit ist der Vertrag natürlich ein wesentlich zentraleres Element im Prozess der Verschmelzung als der Bericht. Jedoch würde diese Sichtweise der Bedeutung des Verschmelzungsberichts nicht gerecht werden. Denn besondere Wichtigkeit erlangt der Bericht im Rahmen der Unterrichtung der Anteilseigner und hierfür hat der Bericht zweifelsohne eine höhere Wichtigkeit als der Vertrag. Insofern scheint es also nicht ausgeschlossen, in Bezug auf die Berichtspflicht höhere Anforderungen als bezüglich des Abschlusses des Vertrags zu stellen. Im Gegenteil kann sogar angenommen werden, dass der Zweck, die Anteilseigner umfassend zu informieren eher erreicht wird, wenn alle Mitglieder des vertretungsberechtigten Organs den Bericht zu unterzeichnen haben als wenn diese Verpflichtung nur für ein oder zwei Vorstandsmitglieder bestehen würde.²¹⁶ Denn eine Funktion des Schriftformerforder-

213 *LG Berlin*, Urt. v. 8.9.2003 – 93 O 47/03, NZG 2004, 337 (338) – „Vattenfall Europe AG“. Offen lassend aber *LG Berlin*, Beschl. v. 12.6.2003 – 93 O 84/03, Der Konzern 2003, 483 (493).

214 *Keil*, EWiR 1994, 141 (142); *Gehling*, in: Semler/Stengel, UmwG, § 8 Rn. 7.

215 *LG Berlin*, aaO.

216 So *Stratz*, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG/UmwStG, § 8 UmwG Rn. 6.

nisses ist es, den Unterzeichnenden vor übereilten Erklärungen zu warnen.²¹⁷ Mit der Unterschrift übernimmt der Unterzeichnende die Verantwortung für den Inhalt der Erklärung und die Gewähr für deren Richtigkeit.

Für die Beantwortung der Frage kann vorliegend also nicht entscheidend sein, welchem Institut – Verschmelzungsvertrag oder Verschmelzungsbericht – die größere Bedeutung zukommt, sondern vielmehr eine Gesamtschau der Regelungen des UmwG. Dabei fällt auf, dass der Gesetzgeber die Fälle, in denen ein Handeln aller Organmitglieder gefordert wird, ausdrücklich bestimmt hat.²¹⁸ Dass vor diesem Hintergrund auch bei der Unterzeichnung des Vorstandsberichts alle Mitglieder des Vorstands mitzuwirken haben, kann nicht überzeugen.²¹⁹ Zumal der Eindruck, dass sämtliche Mitglieder des Vorstands für den Bericht die Verantwortung übernommen haben, nicht allein dadurch entstehen kann, dass alle Mitglieder den Bericht unterzeichnet haben. Ausreichend ist vielmehr, dass aus den Gesamtumständen ersichtlich ist, dass eine solche persönliche Verantwortung aller Mitglieder gewollt ist.²²⁰ Gleichzeitig kann aber auch die Ansicht, Vorstandsmitglieder in zur Vertretung berechtigter Anzahl hätten den Bericht zu unterzeichnen, nicht überzeugen. Die Berichterstattung betrifft nicht das Außenverhältnis der Gesellschaft, also die Vertretung gegenüber Dritten, sondern die Stellung der Aktionäre in der Gesellschaft.²²¹ Maßgeblich ist daher die gesellschaftsinterne Verteilung der Geschäftsführungsbefugnisse. Es ist zu fordern, dass der Bericht von den Vorstandsmitgliedern zu unterzeichnen ist, die nach der internen Geschäftsverteilung die Aufgabe haben, den Bericht zu erstatten.²²² Die be-

217 Vgl. zur Warnfunktion: *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, § 125 Rn. 2; *Einsele*, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 125 Rn. 8.

218 Vgl. §§ 97 Abs. 1, 159 Abs. 2, 222 Abs. 1 UmwG.

219 Zu beachten ist schließlich auch die Gefahr, dass ein Erfordernis der Unterzeichnung durch alle Vorstandsmitglieder zur Folge hätte, dass einzelne Vorstände den Bericht auch nach mehrheitlicher Beschlussfassung durch den Gesamtvorstand blockieren könnten, indem sie ihre Unterschrift unter dieses Berichtswerk verweigern, vgl. *Fuhrmann*, AG 2004, 135 (139).

220 KG, Urt. v. 25.10.2004 – 23 U 234/03, ZIP 2005, 167 (168); *Hüffer*, FS Claussen, 1997, S. 171 (178).

221 Vgl. auch *Hüffer*, FS Claussen, 1997, S. 171 (177).

222 In diese Richtung *Hüffer*, FS Claussen, 1997, S. 171 (184 f.). So auch in Bezug auf § 293a Abs. 1 S. 1 AktG: *Altmeppen*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, § 293a Rn. 34.