

Stellungnahme zum Fraktionsentwurf (der Fraktionen
SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP) eines
Gesetzes zur Einführung virtueller
Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und
Änderung weiterer Vorschriften für den Deutschen
Bundestag

– Sitzung des Rechtsausschusses
am 22. Juni 2022 –

von

Heribert Hirte, Dr. iur. (Köln), LL.M. (Berkeley),
Universitätsprofessor,
Geschäftsführender Direktor des Seminars für Handels-,
Schiffahrts- und Wirtschaftsrecht der Universität Hamburg

im Auftrag von

Bürgerbewegung Finanzwende e. V.

Motzstraße 32, 10777 Berlin

Inhalt

| | |
|--|----|
| I. Einleitung | 1 |
| II. Anwendungsbereich (§ 118a Abs. 1 Satz 2 AktG FraktionsE/RegE n.F.) | 3 |
| III. Befristung (§ 118a Abs. 3 AktG FraktionsE/RegE n.F.) | 6 |
| IV. Einberufung der Hauptversammlung (zu § 121 AktG FraktionsE/RegE n.F.) | 6 |
| V. Teilnehmerverzeichnis (§ 129 Abs. 1 Satz 3 AktG FraktionsE/RegE n.F.) | 7 |
| VI. Stellungnahme- und Rederecht bei virtuellen Hauptversammlungen (§ 130a AktG FraktionsE/RegE n.F.) | 8 |
| VII. Fragerecht (§ 131 AktG FraktionsE/RegE n.F.) | 9 |
| VIII. Anfechtungsausschluss (§ 243 Abs. 3 AktG FraktionsE/RegE n.F.) | 10 |
| IX. Übergangsregelung (§ 26xx EGAktG n.F.) | 11 |
| X. Jenseits des Aktienrechts | 11 |
| XI. Zusammenfassung | 14 |

I. Einleitung

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf soll – vor allen Dingen – das Instrument der **virtuellen Hauptversammlung** von Aktiengesellschaften verstetigt und auf eine dauerhafte rechtliche Grundlage gestellt werden. Er schreibt damit die während der Corona-Pandemie temporär eingeführte Möglichkeit von virtuellen Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften fort, wie sie als Teil des „Gesetzes über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der Covid-19-Pandemie“ (**GesRuaCOVBekG**)¹ vom 27. März 2020 eingeführt worden war und zum 31. August 2022 ausläuft.² Die noch geltende gesetzliche Regelung war zuvor bereits m.W.v. 28. Februar 2021³ insoweit **inhaltlich geändert** worden, als – vor allem – das Fragerecht der Aktionäre in virtuellen Hauptversammlungen wieder eingeführt bzw. gestärkt wurde.⁴

Der jetzige Vorschlag, die Möglichkeit einer virtuellen Hauptversammlung dauerhaft festzuschreiben, ist ein richtiger und begrüßenswerter Schritt, wie er – daran freue ich mich erinnern zu können – auch in der letzten Legislaturperiode bereits gefordert worden war.⁵ Der vorliegende Vorschlag entspricht dabei dem parallelen Regierungsentwurf, der – auch das sei gleich zu Beginn hervorgehoben – gegenüber dem Referentenentwurf deutliche Verbesserungen aufweist.

Auch wenn die (echte⁶) virtuelle Hauptversammlung erstmals als Teil der pandemiebedingten Sonderregelungen gesetzlich in Deutschland verankert wurde, sollte man sie von dieser –

¹ Verkündet als Art. 2 des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27.3.2020, BGBl. I, S. 569; ausführlich dazu die Kommentierung von Hirte/Heidel (Hrsg.), Das neue Aktienrecht - nach ARUG II und Corona-Gesetzgebung, Handkommentar, Baden-Baden 2020.

² In seiner zeitlichen Geltung auf dieses heute geltende Datum verlängert durch Art. 15 des Aufbauhilfegesetzes (vom 10.9.2021, BGBl. I, S. 4147; dazu *Hirte*, ZInsO 2021, 2114, 2119).

³ Durch Art. 11 des „Gesetzes zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht sowie im Miet- und Pachtrecht“ vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I, S. 3328).

⁴ Siehe hierzu den Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz BT-Drucks. 19/25322; S. 10; Pressemitteilung der CDU/CSU-Bundestagsfraktion v. 10.12.2020, Für eine zweite Chance – schnellerer Weg aus den Schulden (abrufbar unter <https://www.cducsu.de/presse/pressemitteilungen/fuer-eine-zweite-chance-schnellerer-weg-aus-den-schulden>).

⁵ Dazu Pressemitteilung Heribert Hirte v. 7.9.2021, Regelungen für die virtuelle Hauptversammlung bis August 2022 verlängert (abrufbar unter <https://www.heribert-hirte.de/regelungen-fuer-die-virtuelle-hauptversammlung-bis-august-2022-verlaengert/>) sowie näher unten bei Fn. 19.

⁶ Zu vorher bestehenden Ansätzen einer hybriden Hauptversammlung, die aber gerade noch keine vollständig virtuelle Hauptversammlung darstellten, etwa *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht (9. Aufl. 2022), Rz. 3.239 (im Erscheinen); *Mülbert*, in: Großkommentar zum Aktiengesetz (5. Aufl. 2017), § 118 Rz. 97 ff.

letztlich rein zeitlichen – Grundlage lösen. Denn die Überlegungen zu einer stärkeren Digitalisierung gerade auch der Hauptversammlung sind deutlich älter. Ich will deshalb vorab an das erinnern, was ich dazu früher schon einmal gesagt habe (vor über zwanzig Jahren!):

„[...] [Es] müssten umgekehrt alle Angriffe gegen eine Erweiterung von Aktionärskompetenzen zurückgewiesen werden, die sich (allein) auf die Schwerfälligkeit eines Aktionärsentscheids stützen (S. 295). [...] Die Einführung neuer Kommunikationsmittel hat aber indirekte Auswirkungen, die weit über die bloße Änderung des Kommunikationsmediums hinausreichen. So wird die gesamte klassische Organisationsstruktur der börsennotierten Aktiengesellschaft, für die eine nur seltene und indirekte Beteiligung der Aktionäre charakteristisch war, in Frage gestellt (S. 297).“⁷

Vor diesem Hintergrund ist es verkürzt, wenn man die virtuelle Hauptversammlung (nur) als effizientere (kostensparende) Möglichkeit für die Durchführung der Hauptversammlung ansieht; vielmehr sollte sie auch und gerade genutzt werden, um eine (wieder) engere Bindung der Aktionäre an die Gesellschaft zu ermöglichen. Insoweit wird ein Schuh aus der zum Teil geäußerten Kritik am Regierungsentwurf, er versuche künstlich ein Bild des offenen und lebendigen Dialogs zwischen Unternehmensverwaltung und Aktionären mit spontaner Rede, Gegenrede und Erwiderung zu vermitteln, das jedoch von den Realitäten deutscher Hauptversammlungen weit entfernt sei. Dieses Bild mag stimmen, führt aber zum genau entgegengesetzten Schluss: Denn das Ziel sollte sein, die Aktionäre wieder enger an die Gesellschaft zu binden und auch den Austausch der Aktionäre untereinander zu fördern; vor diesem Hintergrund erscheint dann der Gesetzentwurf in einem anderen Licht, und die neuen digitalen Kommunikations- und Entscheidungsmöglichkeiten werden nicht auf eine bloße Effizienzsteigerung reduziert, sondern enthalten auch einen materiellen Aspekt, der bestimmte Regelungen rechtfertigt. Letztlich geht es um die Frage: Ersetzt das Internet und ersetzen neue digitale Formate nur alte, bekannte Kommunikationsformen – oder öffnet er das Tor zu Mehr und Neuem?

Gerade der Faktor Bindung der Aktionäre an die Gesellschaft veranlasst zur CumEx-Seitenbemerkung. Denn der Verfasser hatte – gemeinsam mit *Fabio de Masi* und *Gerhard Schick* - kürzlich vorgeschlagen, die Möglichkeit einer Erstattung der Kapitalertragsteuer zur Vermeidung sog. CumEx-Betrugs an eine Mindesthaltedauer der betroffenen Aktien zu knüpfen.⁸ Auch hier steht das Ziel einer längerfristigen Bindung von Aktionären an ihre

⁷ *Hirte*, Der Einfluß neuer Informationstechniken auf das Gesellschaftsrecht und die corporate-governance-Debatte, in: *Corporations, Capital Markets and Business in the Law. Liber Amicorum Richard M. Buxbaum*, Deventer 2000, S. 283-297.

⁸ *Fabio De Masi/Heribert Hirte/Gerhard Schick*, Wie sich Cum-ex und Co endgültig stoppen lassen, *FAZ* v. 5.4.2022, S. 16.

Gesellschaft – jedenfalls auch – im Hintergrund. Nur erzwingt die Digitalisierung und die durch sie eröffneten Möglichkeiten hier gesetzgeberischen Handlungsbedarf in genau entgegengesetzter Richtung.

Zwei Punkte sollten vorab hervorgehoben werden:

Im Kern geht es bei der vorgeschlagenen Neuregelung um eine Regelung des Verfahrens für Hauptversammlungen und deren Entscheidungen. Jeder mit Abstimmungsprozessen Vertraute weiß, dass die **Herrschaft über das Verfahren** im Allgemeinen in den Händen der Verwaltung liegt (es geht auch gar nicht anders), dass aber genau diese **Entscheidungsmacht auch ge- oder missbraucht werden kann, vor allem um Mehrheiten im Sinne der Verwaltung zu beeinflussen**. Vor allem an dieser Stelle ist daher ein kritischer Blick erforderlich, wobei – auch das sei einleitend festgestellt – keineswegs klar ist oder sein muss, welches Verfahren eher im Interesse der Verwaltung liegt. Deshalb sei ausdrücklich daran erinnert, dass verfahrensleitende Akte von Geschäftsführungsorganen oder auch eines Versammlungsleiters auch eine Haftung nach § 93 AktG nach sich ziehen können.

Vor allem in Bezug auf die besonders kontroversen Regelungen zum **Fragerecht** sei hervorgehoben, dass das korporationsrechtliche Fragerecht in der Hauptversammlung und das kapitalmarktrechtliche außerhalb bzw. vor der Versammlung in vielfältiger Weise ineinander übergehen. Das zeigt sich im Übrigen besonders eindrucksvoll daran, dass in Hauptversammlungen erfragte Informationen – und oftmals gerade auch solche, die massenhaft erfragt wurden – einige Zeit später zum Gegenstand gesetzlich verpflichtender aktiver Kapitalmarktkommunikation wurden (Beispiel: Vorstandsvergütung). Der zu erörternde Entwurf verwischt diese Grenze weiter – im Übrigen zu Recht.

II. Anwendungsbereich (§ 118a Abs. 1 Satz 2 AktG FraktionsE/RegE n.F.)

1. Der Gesetzentwurf gestattet vorzusehen, dass **bestimmte Beschlussgegenstände** nicht in einer virtuellen Hauptversammlung behandelt werden dürfen. Teilweise wird sogar noch weiter gegangen und verlangt, dass die Beschlussfassung über bestimmte „fundamentale Rechte der Aktionäre“ überhaupt nicht in virtueller Form stattfinden dürfe.

Mich hat dieser Ansatz nicht überzeugt:⁹ Denn entweder ist die virtuelle Hauptversammlung

⁹ In dem hier vorgetragenen Sinne auch BGH (Beschl. v. 5.10.2021 – II ZB 7/21), NZG 2021, 1562 Tz. 12 ff.

der physischen gleichwertig, oder sie ist es nicht. Ein – letztlich unvorhersehbar und potenziell willkürlich – differenzierender Ansatz hat vor allem auch Auswirkungen auf den „Markt für Unternehmenskontrolle“ – und damit auf den Kapitalmarkt. Denn ein Aktienkäufer kann vor diesem Hintergrund, nämlich der unterschiedlichen Präsenzen, nicht sicher sagen, welchen Aktienbesitz er tatsächlich benötigt, um eine Hauptversammlungsmehrheit (oder eine relevante Minderheit [Sperrminorität]) zu erlangen. Ich würde den entsprechenden Satz daher streichen.

Wichtiger ist daher zu beobachten, ob sich die Struktur von Hauptversammlungen – also der erschienenen/teilnehmenden bzw. vertretenen Aktionäre – bei virtuellen Hauptversammlungen ändern. Hier bedarf vor allem der Einfluss von **Vermögensverwaltern** wie BlackRock, Vanguard und State Street eines kritischen Blicks. Denn bei fast allen börsennotierten Aktiengesellschaften ist einer der genannten drei Vermögensverwalter größter Eigentümer. Die „Big Three“ können damit über Abstimmungen in Hauptversammlungen und über informellen Austausch mit der Unternehmensleitung Unternehmensentscheidungen der ganzen Welt maßgeblich mitbestimmen. Die gleichzeitige Eigentümerschaft an konkurrierenden Unternehmen gefährdet zudem den Wettbewerb.¹⁰ Der Deutsche Bundestag hatte sich dieses Themas bereits im Zusammenhang mit der Umsetzung der 2. ARRL angenommen und dazu in seiner Beschlussempfehlung ausgeführt:

„I. „Common Ownership“

Der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz hat die Entwicklungen zu gegebenenfalls wettbewerbseinschränkenden Einflüssen aufgrund starker horizontaler Verflechtungen des Aktionariats erörtert. Diese Situation kann sich ergeben, wenn vor allem institutionelle Anleger an mehreren oder allen miteinander im Wettbewerb stehenden Aktiengesellschaften nicht nur unbedeutend beteiligt sind. Dies kann die Frage aufwerfen, welches Interesse der institutionelle Investor dann noch an einem scharfen Wettbewerb seiner Beteiligungsunternehmen untereinander hat. Eine übereilte Regelung ohne genauere Beobachtung der Entwicklung bietet sich im vorliegenden Gesetzentwurf allerdings nicht an. Es handelt sich um ein wichtiges Zukunftsthema, das der Ausschuss weiter aufmerksam verfolgen wird.“¹¹

Ersichtlich passiert ist bislang nichts. Deshalb sollte die Frage hier (mindestens) in einer

(für einen in einer Genossenschaft auf der Grundlage von § 3 Abs. 1 GesRuaCOVBekG gefassten Verschmelzungsbeschluss).

¹⁰ Siehe hierzu ausführlich die Finanzwende-Studie „Regulieren und Entflechten – Handlungsbedarf bei BlackRock und Co.“ vom 13.4.2021 (abrufbar unter <https://www.finanzwende-recherche.de/unsere-themen/handlungsbedarf-bei-blackrock-und-co/>).

¹¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zum RegE eines ARUG II, BT-Drucks. 19/15153, S. 52.

Evaluationsklausel aufgegriffen werden.

Gegen eine Herausnahme bestimmter Beschlussgegenstände spricht auch, dass es nach den allgemeinen Regeln (**Minderheitsantrag nach § 122 AktG**) immer möglich sein sollte, zur jeweils anderen Versammlungsform zu wechseln. Denkbar wäre, das insoweit im Rahmen von § 122 AktG bestehende Beschlussquorum (nur) für den Fall des Wechsels der Versammlungsform zu senken. Damit würde zugleich ein gewisser Druck auf Gesellschaften und Gesetzgeber geschaffen, für die Gleichwertigkeit der beiden Versammlungsformen Sorge zu tragen. Diesen Weg halte ich auch für gangbarer, als von vornherein bestimmte Beschlussgegenstände von der virtuellen Beschlussfassung auszunehmen.

Gerade vor dem Hintergrund der Alternativen sollte – mindestens für die Zukunft, also im Rahmen einer Evaluationsklausel – auch die (echte) **hybride Hauptversammlung** in den Blick genommen werden (die über eine durch Vertreter vermittelte Teilnahme an einer physischen Versammlung hinausgeht). Denn erstens ist mein persönlicher Eindruck, dass sich diese Veranstaltungsform „post Corona“ durchsetzt (so auch hier in dieser Anhörung). Zweitens verknüpft sie die Möglichkeiten des persönlichen und physischen Austauschs mit der Möglichkeit hoher Präsenz, auch für Kleinaktionäre. Damit bleibt drittens nur das Problem, dass – selbstverständlich – eine Gesellschaft nicht gleichzeitig Räumlichkeiten für eine nicht vorhersehbare Zahl von physischen Teilnehmern vorhalten und zugleich die Versammlung virtuell abhalten kann. Die sogleich noch für die – wohlgemerkt – virtuelle Versammlung anzusprechenden Möglichkeiten einer Beschränkung des Frage- oder Redevolumens lassen sich aber meines Erachtens auch auf eine – dann ergänzend – stattfindende physische und damit hybride Veranstaltung übertragen.

2. Immer wieder wird darauf verwiesen, dass viele (institutionelle) Aktionäre ihr **Stimmrecht bereits vor der Hauptversammlung ausüben**.¹² Um das Risiko von Zufallsmehrheiten in der Versammlung zu reduzieren, müssten zur Abstimmung zu stellende Anträge deshalb – jedenfalls grundsätzlich - vor der Versammlung gestellt werden.

Ob es in einer auf demokratischer Willensbildung basierenden Hauptversammlung ein legitimes Angeben des Gesetzgebers sein sollte, Entscheidungen zu verhindern, die nicht auf der vor der Versammlung formulierten Linie der Verwaltung liegen, sei hier dahingestellt.¹³ Entscheidend ist vielmehr, dass es nicht Aufgabe des Gesellschaftsrechts ist, langfristige Vorfestlegungen von institutionellen Vermögensverwaltern bei der Stimmabgabe zu

¹² Dazu *Seibt/Danwerth* unter dem Schlagwort „Das Vorfeld ist das Hauptfeld“ in AG 2021, 369,

¹³ Hierzu bereits *Lochner*, AG 2022, 320, 322 Rdn. 12 ff.

prämiieren. Richtigerweise könnte – und sollte – die Bundesregierung insoweit darauf drängen, die europarechtlichen Grundlagen, die ein solches Abstimmungsverhalten zumindest begünstigen (*proxy voting*), zu reformieren. Dass wir bei staatlichen Wahlen mit dem zunehmenden Anteil von lange vor dem Wahltermin abgegebenen Briefwahlstimmen ähnliche Diskussionen haben, sei nur in Erinnerung gerufen.

Die Notwendigkeit einer Vorabereinreichung von ergänzenden Vorschlägen lässt sich dabei meines Erachtens nicht aus Art. 6 ARRL ableiten. Denn das betrifft nach der Richtlinie nur Änderungen auch der Tagesordnung, nicht Ergänzungsvorschläge innerhalb des von einer gesetzten Tagesordnung gezogenen Rahmens (wie auch sonst im Verbandsrecht).

III. Befristung (§ 118a Abs. 3 AktG FraktionsE/RegE n.F.)

Ähnlich wie auch die schon angesprochene Regelung über die Möglichkeit der Herausnahme bestimmter Beschlussgegenstände aus dem Regime der virtuellen Hauptversammlung ist auch die (zwingende) Regelung über die Befristung von Satzungsregelungen zur Beschlussfassung in virtueller Versammlung in § 118a Abs. 3 AktG FraktionsE/RegE Ausdruck der Unsicherheit, ob virtuelle Beschlussfassungen den physischen gleichstehen oder eben nicht.

Darüber lässt sich – wie angedeutet – trefflich streiten. Aber die Antwort darauf kann nicht in einer Befristung der Regelung durch die *Gesellschaften* liegen, sondern muss dadurch erfolgen, dass der *Gesetzgeber* gegebenenfalls nachsteuert, um diese Gleichwertigkeit sicherzustellen – durch **Evaluationsklauseln oder Befristung der gesetzlichen Regelungen**.

Unabhängig davon teile ich die Einschätzung, dass die Regelung, sollte sie bleiben wie vorgeschlagen, in Anlehnung an die Regelungen über das genehmigte Kapital in §§ 202 ff. AktG präzisiert werden sollte, was die Länge der Frist angeht.¹⁴

IV. Einberufung der Hauptversammlung (zu § 121 AktG FraktionsE/RegE n.F.)

Inhaber größerer Aktienpakete bzw. institutionelle Anleger tauschen sich laufend mit Vorstand und Aufsichtsrat aus und erhalten dabei auch außerhalb der Hauptversammlung

¹⁴ Im Anschluss an *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2022, 1155, 1157.

Informationen über die Gesellschaft (Stichwort: Investorengespräche). Das wird als unbedenklich und nicht als Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 131 Abs. 4, § 53a AktG) angesehen, wenn es um größere Beteiligungen geht. Allerdings gibt es dafür auf Seiten der Gesellschaft keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage (siehe aber für die Investorensseite die durch das ARUG II eingefügten § 134b Abs. 1 Nr. 3 und § 134d Abs. 2 Nr. 6 AktG). Gerade mit Blick auf die noch näher anzusprechende Verlagerung der Beantwortung der nach § 131 AktG gestellten Fragen in das Vorfeld der Hauptversammlung sollten Vorstand und Aufsichtsrat verpflichtet werden, in der Bekanntmachung der Einladung zur Hauptversammlung allen Aktionären einen Zugang zu den Informationen anzubieten, die sie zum Beispiel in „Informationsgesprächen“ oder „Road Shows“ anderen nicht in den Organen vertretenen oder anders berechtigten Aktionären erteilt haben. Für bereits im Internet zugängliche Informationen dürfte insoweit eine Vollständigkeitserklärung genügen.

Im Rahmen von § 122 Abs. 2 AktG ist im Übrigen klarzustellen, dass Aktionäre die Durchführung einer Präsenzhauptversammlung oder hybriden Hauptversammlung durchsetzen können. Ob man den Aktionären dabei eine Wahl zwischen den beiden Formen der Hauptversammlung einräumt, hängt dabei – erneut – davon ab, ob sie tatsächlich gleichwertig ausgestaltet sind.

V. Teilnehmergeverzeichnis (§ 129 Abs. 1 Satz 3 AktG FraktionE/RegE n.F.)

Das Teilnehmergeverzeichnis enthält nach § 129 Abs. 1 AktG die erschienenen und die vertretenen Aktionäre. Da sich bei virtuellen Hauptversammlungen mehr Aktionäre als bei Präsenzhauptversammlungen vertreten lassen, ergibt sich aus dem Teilnehmergeverzeichnis nicht mehr, wer an der Hauptversammlung teilgenommen hat. Vor diesem Hintergrund erscheint der Vorschlag überzeugend, eine namentliche Nennung auch der vertretenen Aktionäre im Teilnehmergeverzeichnis zu verlangen. Den Datenschutzerfordernissen kann dann durch ähnliche Regelungen wie bei der Beteiligungstransparenz (siehe dort die Anlage zu § 12 Abs. 1 WpAV) Rechnung getragen werden.

Zudem sollte dokumentiert werden müssen, ob die Stimmrechte

- ausschließlich vor der HV oder
- auch während der HV ausgeübt (Login ins Aktionärsportal am Tag der HV) wurden.

Ferner ist klarzustellen, ob ein zugeschalteter Aktionär/Bevollmächtigter nach dem ersten

Login permanent im Teilnehmerverzeichnis aufzuführen ist oder nach dessen Abmeldung wieder auszutragen ist.

VI. Stellungnahme- und Rederecht bei virtuellen Hauptversammlungen (§ 130a AktG FraktionsE/RegE n.F.)

Kritik ist an den hier gemachten Vorschlägen vor allem insoweit geäußert worden, als nicht klar ist, was unter einer „angemessenen“ Beschränkung des Umfangs der vorab einreichbaren Stellungnahmen (genauer gesagt: deren Veröffentlichungsumfangs) zu verstehen ist. Im Vergleich zum RefE verzichte der FraktionsE (und RegE) auf wichtige Filterfunktionen „zur angemessenen Kanalisierung von Fragen und Wortbeiträgen“. Dagegen wird eingewandt, dass die Erfahrungen mit der virtuellen Hauptversammlung während der Corona-Pandemie die Sorge nicht bestätigen – was andererseits nicht heißt, dass eine solche Lage nicht doch in der Zukunft eintreten kann.

Zwar ist es denkbar, hier einen stets zu gewährenden konkreten Mindestumfang (bspw. 5000 Zeichen bzw. drei Minuten für Videobotschaften) festzuschreiben, den die Gesellschaften wiederum - freiwillig - erweitern können.¹⁵ Denkbar sind auch (mehr oder weniger weite) Ermessensspielräume. Vorzugswürdig erscheint aber ein **kapitalmarktrechtlicher Ansatz**, gerade weil hier die Grenzlinie zum Kapitalmarktrecht bzw. kapitalmarktrechtlichen Offenlegungspflichten ohnehin schon tangiert ist. Danach sollten allgemeine Beschränkungen des Umfangs entweder einer Genehmigung der BaFin bedürfen oder dieser jedenfalls angezeigt werden. Hier könnte auf Diskussionen zurückgegriffen werden, wie sie etwa im Zusammenhang mit dem Umfang der Angebotsunterlage nach § 10 WpÜG oder der Stellungnahme nach § 27 WpÜG geführt werden (wobei beide Dokumente naturgemäß umfangreicher sind als die hier in Rede stehenden). Damit wäre zugleich sichergestellt, dass die BaFin (besser) über Fragen unterrichtet ist, die auch in Verfolgung ihrer öffentlichen Aufgaben eine Rolle spielen können (Stichworte: Wirecard; Adler).

Ganz entsprechend könnten die Vorgaben für die Redebeiträge in der Hauptversammlung und das Anmeldeverfahren im Rahmen von § 130a Abs. 5 AktG FraktionsE/RegE dazu kanalisiert werden

In der Tat sollte im Übrigen klargestellt werden, dass in Redebeiträgen auch noch Anträge

¹⁵ *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2022, 1155, 1158; unter Bezugnahme der Praxis der Hauptversammlungssaison 2021 *Danwerth AG* 2021, 613, 620 f.

gestellt werden können (im Umkehrschluss aus dem nicht in den FraktionsE/RegE übernommenen § 130a Abs. 7 AktG *RefE*).¹⁶

VII. Fragerecht (§ 131 AktG FraktionsE/RegE n.F.)

Die vorstehenden Überlegungen gelten schließlich auch für die geforderte Möglichkeit der **Festlegung einer Höchstzahl von Fragen** im Rahmen von § 131 Abs. 1b) AktG FraktionsE/RegE. Insoweit war kritisiert worden, dass sich der jetzige FraktionsE/RegE „fernab dessen [bewege], was im Interesse von Aktionären ist.“¹⁷ Vor allem die erweiterten Fragemöglichkeiten könnten eine Hauptversammlung an ihre zeitlichen Grenzen bringen. Dem ist freilich – gerade mit Blick auf die bekannten Informationsdefizite von Anlegern und Aktionären – zu entgegnen: Die Antwort kann dann nicht lauten, die Informationen nicht zu gewähren, sondern sie anders und besser zu gewähren.

Kritisiert wird hier im Übrigen, dass eine **schriftliche Vorabbeantwortung von Fragen** (§ 131 Abs. 1c) Satz 1 AktG FraktionsE/RegE) problematisch sei, weil zusätzlicher Raum für Anfechtungsklagen geschaffen werde. Ich teile diese Bedenken nicht, weil und wenn man – gegebenenfalls im Ausschussbericht – klarstellt, dass solche Informationen nicht denselben inhaltlichen Standards entsprechen (müssen), wie etwa diejenigen im (geprüften) Jahresabschluss. Wichtig ist insoweit vor allem, dass die Gesellschaften von der – wünschenswerten – zusätzlichen bzw. Vorab-Publizität nicht durch Sorge vor Haftung (oder Anfechtungsklagen) abgehalten werden, die über mündliche Äußerungen in der physischen Hauptversammlung hinausgeht.

Deshalb – und gerade auch mit Blick auf die fließende Grenze zu den *qua* Kapitalmarktrecht bereitzustellenden Informationen – ist es auch richtig, dass diese Informationen im **Internet** veröffentlicht werden sollen (§ 131 Abs. 1c) Satz 2 AktG FraktionsE/RegE). Sähe man dies anders, würde sich im Übrigen die Frage stellen, wie man parallele Netzdiskussionen kontrolliert oder verhindert. Das sind Fragen, wie wir sie schon im Zusammenhang mit den Kursmanipulationen zu Lasten der Gamestop-Aktie diskutiert haben.¹⁸ Die Hauptversammlung jedenfalls einer börsennotierten Aktiengesellschaft ist eben nicht (nur) eine privatrechtliche Zusammenkunft.

¹⁶ Jedenfalls auch für eine Klarstellung, wengleich inhaltlich lieber in die entgegengesetzte Richtung Mayer/Jenne/Miller, BB 2022, 1155, 1163.

¹⁷ Bortenlänger, Rettet die virtuelle Hauptversammlung, FAZ v. 11.5.2022, Nr. 109, S. 25.

¹⁸ Hierzu u.a. Hirte, Die große Gamestop-Wette. Die ungewöhnlichen Vorgänge rund um die Gamestop-Aktie werfen ein Schlaglicht auf kapitalmarktrechtliche Fragen - auch in Deutschland, FAZ v. 3.2.2021, S. 16.

Ausdrücklich richtig ist die gesetzliche Verankerung einer **Nachfragemöglichkeit** (§ 131 Abs. 1d) AktG FraktionsE/RegE). Der Verfasser hatte insoweit schon für die derzeit noch geltende Regelung vertreten, dass den Aktionären – entsprechend der schon bislang bestehenden *good corporate practice* – im Rahmen ihres Fragerechts auch eine Nachfragemöglichkeit einzuräumen ist – ähnlich wie in der Fragestunde im Deutschen Bundestag.¹⁹ Die Fragestunde des Deutschen Bundestages könnte dann auch eine – wiederum von der BaFin zu überwachende – Leitlinie für eine mögliche Gesamtbegrenzung des Nachfrageumfangs abgeben.

VIII. Anfechtungsausschluss (§ 243 Abs. 3 AktG FraktionsE/RegE n.F.)

Im Grundsatz zu Recht soll die Anfechtung von Beschlüssen nicht gestützt werden können auf die durch eine **technische Störung verursachte Verletzung von Rechten**, die nach § 118 Absatz 1 Satz 2 und Absatz 2 Satz 1 sowie § 134 Absatz 3 auf elektronischem Wege wahrgenommen worden sind (§ 243 Abs. 3 Satz 1 AktG FraktionsE/RegE n.F.). Das soll nur dann anders sein, wenn der Gesellschaft **grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz** vorzuwerfen ist (§ 243 Abs. 3 Satz 2 AktG FraktionsE/RegE n.F.).

Diese Regelung **schießt allerdings über das (legitime) Ziel hinaus**: Denn der Teilnehmer, der sein Rederecht in einer virtuellen Hauptversammlung nicht ausüben konnte, wird nie beweisen können, dass ihm – zum Beispiel – bewusst das Wort verweigert wurde, weil Gesellschaft bzw. Versammlungsleiter sich immer darauf berufen werden, es habe eine technische Störung vorgelegen.

Die **Beweislast** für das Nicht-Vorliegen von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit muss vor diesem Hintergrund der Gesellschaft auferlegt werden – auch weil bei der virtuellen Hauptversammlung ein physisches Teilnahmerecht ausgeschlossen ist. Dazu wäre es ohne weiteres möglich, dass der technische Dienstleister nach dem Ende der Hauptversammlung einen – als widerlegbare Vermutung zu qualifizierenden – Bericht über etwaige Übertragungsstörungen und die etwaige Wiederholung der während dieses Zeitraums geführten Verhandlungen durch die Versammlung zur notariellen Niederschrift gibt.

¹⁹ Pressemitteilung Heribert Hirte v. 7.9.2021, Regelungen für die virtuelle Hauptversammlung bis August 2022 verlängert (abrufbar unter <https://www.heribert-hirte.de/regelungen-fuer-die-virtuelle-hauptversammlung-bis-august-2022-verlaengert/>); dazu *Hirte*, ZInsO 2021, 2113, 2119.

Vor diesem Hintergrund sollte auch der in § 245 AktG FraktionsE/RegE n.F. verwendete Begriff der „**Zuschaltung**“ gesetzlich konkretisiert werden.

IX. Übergangsregelung (§ 26xx EGAktG n.F.)

Nach der vorgeschlagenen Übergangsregelung im EGAktG soll der Vorstand noch bis zum 31. August 2023 mit Zustimmung des Aufsichtsrats über die Durchführung der Hauptversammlung als virtuelle Hauptversammlung entscheiden können. Damit würde auf den – wohlgemerkt virtuellen – Hauptversammlungen in 2023 über die Aufnahme einer Satzungsregelung gemäß § 118a AktG-FraktionsE/RegE – also die Perpetuierung der virtuellen Versammlungsform – entschieden werden.

Das ist nicht ganz unproblematisch, wenn und soweit man die physische Versammlungsform als die „eigentliche“, höherwertige ansieht. Dieses Argument zieht aber (auch hier) nur dann, wenn das korrekte Zustandekommen von Entscheidungen im virtuellen Raum weniger gesichert ist als in der physischen Versammlung. Das aber ist – wie gesagt – nicht zwingend – und hängt letztlich von einer Lösung der vorstehend erörterten Fragen ab. Es besteht – anders ausgedrückt – eine Wechselwirkung: Dann, aber auch nur dann, wenn die virtuelle Versammlungsform zu einer Rechtsverkürzung gegenüber der physischen Versammlungsform führt (wie dies insbesondere noch beim RefE der Fall gewesen wäre), ist es angezeigt, auch die Übergangsregelung, die letztlich eine Perpetuierung des jetzigen Zustands mit sich bringen wird, kritisch zu hinterfragen.

X. Jenseits des Aktienrechts ...

1. Bedauerlich ist, dass sich der Entwurf in keiner Weise zu den zahlreichen weiteren Versammlungen verhält, in denen eine virtuelle Beschlussfassung während der Corona-Pandemie möglich war (und momentan noch ist). Namentlich enthält das eingangs erwähnte **GesRuaCOVBekG** auch Regelungen zum **Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht (wobei zu den Vereinen auch die Parteien gehören)**. Die Frage virtueller Beschlussfassung, ihrer Voraussetzungen und Grenzen, stellt sich hier aber in gleicher Weise. Und sie stellt sich nicht nur auf der Ebene gut organisierter Großverbände, sondern gerade auch im kleinen Verein oder Verband vor Ort.

Gerade wenn man den hier erörterten Entwurf nicht nur – was ich für richtig halten würde – als ein Instrument der Kostenersparnis, sondern als einen Beitrag zur Digitalisierung ansieht, bleibt unverständlich, warum zu allen diesen Rechtsbereichen im Entwurf geschwiegen wird. Denn der Entwurf löst, sollte er unverändert Gesetz werden, geradezu zwangsläufig eine Debatte über die Frage aus, ob und wie weit die aktienrechtlichen Regelungen qua Analogie auch für die anderen Rechtsbereiche herangezogen werden können oder jedenfalls insoweit einen auch satzungsmäßig nicht abdingbaren Mindeststandard formulieren.

Ganz ähnlich gilt dies auch für die anderen Gesellschaftsformen, insbesondere die **GmbH** und die **Personengesellschaft**. Bei der Neugestaltung virtueller Versammlungen sollte vor diesem Hintergrund auf Konsistenz zwischen den verschiedenen Rechtsformen und ihren jeweiligen Rechtsgrundlagen geachtet werden. Dies gilt besonders für den Begriff der Versammlung:

In der Begründung zum RegE des MoPeG heißt es etwa (S. 226):

"Eine Versammlung liegt danach vor, wenn mehrere Personen zu einem bestimmten Zweck, aber nicht notwendigerweise an einem bestimmten Ort, zusammenkommen. Das Gesetz lässt es daher zu, Beschlüsse sowohl in einer Präsenzversammlung als auch einer virtuellen Versammlung, also beispielsweise einer Telefon- oder Videokonferenz, zu fassen."²⁰

Die Begründung zu Art. 32 des „Gesetzes zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe“²¹ sagt im Hinblick auf virtuelle Generalversammlungen der Genossenschaften während der Pandemie:²²

„Auch in solcher Form durchgeführte virtuelle Versammlungen *können* dem Versammlungserfordernis des § 13 Absatz 1 Satz 2 UmwG und des § 193 Absatz 1 Satz 2 UmwG genügen.“²³

Umgekehrt sieht sich die Bundesregierung im parallel zum Gesetz zur Einführung virtueller Hauptversammlungen laufenden Gesetzgebungsverfahren zum Gesetz zur Ergänzung der

²⁰ Begr RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, S. 226.

²¹ Vom 7.7.2021, BGBl. I, S. 2363.

²² Durch die Vorschrift wurde § 3 GesRuaCOVBekG als Reaktion auf den Beschluss des OLG Karlsruhe v. 26.3.2021 (1 W 4/21 (Wx)), NZG 2021, 696 geändert.

²³ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zum RegE eines Gesetzes zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe BT-Drucks. 19/30516 S. 73.

Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie bemüht, in § 48 Abs. 1 S. 2 GmbHG-RegE klarzustellen:

„Versammlungen können auch fernmündlich oder mittels Videokommunikation abgehalten werden, wenn sämtliche Gesellschafter sich damit in Textform einverstanden erklären.“²⁴

Bei der GmbH konnten auch schon vor Beginn der Corona-Pandemie Gesellschafterversammlungen rein virtuell abgehalten werden, wenn im Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Regelung aufgenommen wurde. Sind virtuelle Zusammenkünfte, anders als es die Regierungsbegründung zum MoPeG noch konstatierte, also nur Versammlungen, wenn es eine ausdrückliche Regelung im Gesetz gibt? Oder ist umgekehrt eine Fortentwicklung des Versammlungsbegriffs in § 48 Abs. 1 GmbHG in Anlehnung an die Regierungsbegründung zum MoPeG vorzugswürdig und § 48 Abs. 1 S. 2 GmbHG-RegE überflüssig?

Die praktische Bedeutung der Begrifflichkeit, aber auch der materiellen Ausgestaltung virtueller Versammlungen zeigt sich vor dem Hintergrund des BGH-Beschlusses zum Versammlungsbegriff in § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG²⁵, dass die Versammlung auch in anderer Form, d. h. auch virtuell durchgeführt werden könne, wenn dies nach dem Gesetz oder der Satzung für den jeweiligen Rechtsträger zulässig ist und die Möglichkeiten der Anteilsinhaber zum Meinungs austausch mit den Gesellschaftsorganen und untereinander einer physischen Versammlung vergleichbar sind.

2. In diesem Zusammenhang spielen auch **Umwandlungen** eine Rolle: Denn einerseits lässt sich kaum erklären, warum sich durch schlichten Wechsel der Rechtsform das verfügbare Abstimmungsregime ändern soll. Und andererseits können solche Wechsel auch ge- oder missbraucht werden, um genau diesen Effekt zu erreichen – mit den eingangs beschriebenen Auswirkungen auf die Mehrheitsbildung. Die notwendige Reaktion könnte ähnlich aussehen wie bei der vor einigen Jahren geführten Paralleldiskussion um das „kalte Delisting“.

3. Zu erinnern ist schließlich, dass Abstimmungsbedarf auch mit dem Recht der **Gläubigerversammlung im Insolvenzrecht** besteht, die in gewisser Weise eine Fortsetzung der Hauptversammlung in die Insolvenz darstellt.

²⁴ RegE eines Gesetzes zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften, BT-Drucks. 20/1672, S. 9.

²⁵ BGH (Beschl. v. 5.10.2021 - II ZB 7/21), NZG 2021, 1562 Tz. 16 ff.

XI. Zusammenfassung

1. Die virtuelle Hauptversammlung sollte genutzt werden, um eine engere Bindung der Aktionäre an die Gesellschaft zu ermöglichen. Der Fraktions-/Regierungsentwurf ist dafür ein wichtiger Schritt.
2. In der virtuellen Hauptversammlung sollten alle möglichen Beschlussgegenstände zulässig sein. Mit einem Minderheitsantrag gemäß § 122 AktG sollte allerdings zur anderen Versammlungsform gewechselt werden können.
3. Die statutarische Befristung der Möglichkeit, eine virtuelle Hauptversammlung durchzuführen, sollte gestrichen und durch eine gesetzliche Evaluationsklausel oder eine Befristung der gesetzlichen Regeln ersetzt werden.
4. Vorstand und Aufsichtsrat sollten verpflichtet werden, in der Bekanntmachung der Einladung zur Hauptversammlung allen Aktionären einen Zugang zu den Informationen zu ermöglichen, die sie während des Geschäftsjahres anderen nicht in den Organen vertretenen oder anders berechtigten Aktionären erteilt haben.
5. Die vertretenen Aktionäre sollten ebenfalls ausdrücklich im Teilnehmerverzeichnis genannt werden (§ 129 Abs. 1 S. 3 AktG-E). Es sollte zudem dokumentiert werden müssen, ob die Stimmrechte ausschließlich vor der Hauptversammlung oder auch während der Hauptversammlung ausgeübt wurden.
6. Für die Konkretisierung des Ermessensspielraums zur angemessenen Beschränkung der Stellungnahmen, die vorab eingereicht werden können (§ 130a Abs. 1 S. 2 AktG-E), sollte ein kapitalmarktrechtlicher Ansatz gewählt werden. Beschränkungen des Umfangs sollten entweder einer Genehmigung der BaFin bedürfen oder dieser jedenfalls angezeigt werden. Entsprechendes gilt für die Kanalisierung der Redebeiträge (§ 130a Abs. 5 AktG-E).
7. Hinsichtlich des Fragerechts gemäß § 131 Abs.1b AktG-E sollte klargestellt werden, dass solche Informationen nicht denselben inhaltlichen Standards entsprechen (müssen), wie etwa diejenigen im (geprüften) Jahresabschluss, damit die Gesellschaften von der wünschenswerten Vorab-Publizität nicht durch Sorge vor Haftung (oder Anfechtungsklagen) abgehalten werden, die über mündliche Äußerungen in der physischen Hauptversammlung hinausgeht.
8. Die Beweislast für das Nichtvorliegen von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit hinsichtlich

einer technischen Störung (§ 243 Abs. 3 S. 2 AktG-E) ist der Gesellschaft aufzuerlegen.

9. Wenn die virtuelle Versammlungsform zu einer Rechtsverkürzung gegenüber der physischen Versammlungsform führt, ist es angezeigt, die Übergangsregelung (§ 26xx EGAktG-E) kritisch zu hinterfragen.

10. Hinsichtlich der Versammlungsform und des Versammlungsbegriffs bei der Etablierung virtueller Versammlungen ist auf eine Abstimmung zwischen den verschiedenen Rechtsformen zu achten, um unerwünschte Rechtsfolgen und Rechtsstreitigkeiten auch bei Umwandlungen zu vermeiden.