

Zweiter Teil: Hauptversammlungen unter dem COVID-GesRG

Gem. § 175 Abs. 1 S. 2 AktG hat in den ersten acht Monaten eines jeden Geschäftsjahres die jährliche Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft stattzufinden.²⁰⁶ Während der Hauptversammlungssaisons 2020 und 2021 standen solchen Versammlungen auf Grund der COVID-19-Pandemie verhängte, öffentlich-rechtliche Versammlungsverbote entgegen.²⁰⁷ Neben dieser Problematik bestanden für die Unternehmen aber weitaus größere Schwierigkeiten: So obliegt der Hauptversammlung gem. § 119 Abs. 1 Nr. 7 AktG jede Entscheidung über Kapitalmaßnahmen. Diese Entscheidungen hatten in Anbetracht der nahezu alle Branchen betreffenden, wirtschaftlichen Auswirkungen der COVID-19-Pandemie das Potential für die Gesellschaften existenzielle Bedeutung zu erlangen, etwa wenn eine Kapitalerhöhung zur finanziellen Stabilisierung oder gar zur Abwendung der Insolvenz erforderlich war.²⁰⁸ Mithin schränkten die Versammlungsverbote die gerade in Krisenzeiten besonders benötigte Flexibilität der Gesellschaften auf Kapitalseite erheblich ein.²⁰⁹

In Folge öffentlicher Forderungen, etwa von Wirtschaftsverbänden,²¹⁰ nach einer Lösung für diese Probleme der Gesellschaften und sogar einer Klage eines Aktionärs mit dem Ziel, eine anberaumte Präsenzhauptversammlung aus Infektionsschutzgründen verbieten zu lassen,²¹¹ hat der Gesetzgeber mit dem Erlass des COVID-GesRG schnell reagiert. Dieses räumte den Gesellschaften zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten in Bezug auf die Hauptversammlung, bis hin zur Einberufung einer virtuellen Hauptversammlung, ein. Im Folgenden sollen das COVID-GesRG und seine Auswirkungen auf Funktion, Stellung und Bedeutung der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft in Anbetracht der hierdurch erfolgten beinahe

206 Koch, in: Hüffer/Koch, Kurzkomentar zum Aktiengesetz, AktG § 175 Rn. 4; Schäfer, NZG 2020, 481.

207 Vgl. Noack/Zetzsche, AG 2020, 265; vgl. Schäfer, NZG 2020, 481.

208 Vgl. Rapp, DStR 2020, 806, 808.

209 Vgl. Noack/Zetzsche, DB 2020, 658.

210 Deutsches Aktieninstitut, Pressemitteilung vom 19. März 2020, In Zeiten von Corona: Hauptversammlungen ohne Präsenzpflcht zulassen, <https://www.dai.de/de/presse/pressemitteilungen.html?d=713> (zuletzt abgerufen am 15.06.2020).

211 VG Frankfurt, Beschluss v. 26. März 2020, 5 L 744/20.F, AG 2020, 399 f.

revolutionären Neuerungen unter Einbeziehung erster Erkenntnisse aus der Hauptversammlungspraxis untersucht werden. Der Fokus der Untersuchung wird dabei auf den Digitalisierungsaspekten liegen.

A) Anwendungsbereich, Kompetenzen und Hauptversammlungsgestaltung

Der deutsche Gesetzgeber hat sich bei Erlass des COVID-GesRG dazu entschieden, den Aktiengesellschaften ein Höchstmaß an Gestaltungsfreiheit einzuräumen. So steht ihnen die Wahl zwischen digitalen Veranstaltungsformaten, einer Verschiebung der Hauptversammlung und verkürzten Einberufungsfristen sowie die Kombination dieser Elemente offen. Diese Gestaltungsfreiheit geht mit einer Kompetenzverschiebung zu Gunsten von Vorstand und Aufsichtsrat einher.

I) Anwendungsbereich

Um die Reichweite der Notfallgesetzgebung erfassen zu können, ist der Anwendungsbereich des Gesetzes zu ermitteln. Zunächst ist festzustellen, dass das COVID-GesRG, abgesehen von einer Fristenregelung in § 1 Abs. 3 S. 2, keine Differenzierung nach der Börsennotierung der Gesellschaft vornimmt. Mithin ist das Gesetz sowohl auf Hauptversammlungen von gem. § 3 Abs. 2 AktG börsennotierten, als auch von nicht börsennotierten Gesellschaften anwendbar.²¹² Voranzustellen ist, dass dem COVID-GesRG als *lex specialis* Geltungsvorrang gegenüber dem allgemeineren AktG zukommt.²¹³ Zudem wird aufgezeigt werden, dass einzelne Normen des AktG zwecks Adaption an die virtuelle Hauptversammlung einer neuen Auslegung im Lichte des COVID-GesRG bedürfen.²¹⁴

212 Vgl. auch *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 267; *Wicke*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 130 Rn. 80; sowie *dens.* DStR 2020, 885.

213 *Eichten/Weinmann*, DStR 2020, 2314; vgl. *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 266; vgl. *Simons/Hauser*, NZG 2020, 488, 489; vgl. *Wälzholz/Bayer*, DNotZ 2020, 285, 289.

214 Vgl. diesbezüglich nebst der nachfolgenden Ausführungen auch *Eichten/Weinmann*, DStR 2020, 2314, sowie *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 266.

1) Ordentliche und außerordentliche Hauptversammlungen

Die Regelungen des COVID-GesRG sind nicht nur auf ordentliche, sondern auch auf außerordentliche Hauptversammlungen anwendbar.²¹⁵ Dies ergibt sich bereits aus der Problemstellung zum Gesetzentwurf, welche außerordentliche Hauptversammlungen als existenzielle Maßnahmen zur Krisenbewältigung bezeichnet,²¹⁶ und sodann auch explizit aus seiner Begründung.²¹⁷ Des Weiteren unterscheidet das Gesetz auch dem Wortlaut nach nicht zwischen verschiedenen Hauptversammlungstypen. Mithin können beispielsweise die verkürzten Fristen, welche ursprünglich für krisenbedingt eilig einzuberufende außerordentliche Hauptversammlungen intendiert waren, ebenso für ordentliche Hauptversammlungen genutzt werden.²¹⁸

2) Anwendbarkeit auf bereits einberufene Hauptversammlungen

Das COVID-GesRG spricht stets nur von „der Hauptversammlung“. Offen bleibt, ob damit nur neu einzuberufende Hauptversammlungen gemeint sind, oder das Gesetz auch auf bereits einberufene Versammlungen anwendbar ist. Wäre Letzteres der Fall, könnten die Gesellschaften die Erleichterungen des Übergangsgesetzes nutzen, ohne den Aufwand einer zweiten Einberufung auf sich nehmen zu müssen. Grundsätzlich differenziert das COVID-GesRG nicht danach, ob die betreffende Versammlung bereits einberufen wurde, sodass zunächst von einer Anwendbarkeit auf alle Versammlungen ausgegangen werden kann.²¹⁹ Zu klären ist jedoch, wie eine nachträgliche Abweichung von Versammlungsmodalitäten gegenüber der ursprünglichen Einberufung rechtlich zu behandeln ist. Einigkeit besteht dahingehend, dass es sich bei Änderungen der Einberufung, egal ob sie die Zeit, den Ort oder die Teilnahmebedingungen der Hauptversammlung betreffen, im Regelfall um eine Rücknahme der ursprünglichen Einberufung verbunden mit einer neuen Einberufung handelt.²²⁰ Dies

215 *Eichten/Weinmann*, DSStR 2020, 2314; *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282; *Noack*, in: Schmidt, COVID-19, § 10 Rn. 65; *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 267.

216 Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 3.

217 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

218 Vgl. *Danwerth*, AG 2020, 418, 420.

219 So auch *Atta*, WM 2020, 1047, 1049.

220 *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 121 Rn. 41; *Kubis*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 121

hat zur Folge, dass für die Bekanntmachung der Änderungen sowohl die Voraussetzungen für eine Rücknahme als auch die für eine Einberufung beachtet werden müssen.²²¹ Der Zweck der erneuten Einhaltung der Einberufungsvoraussetzung besteht darin, den Aktionären Einschränkungen ihrer Rechte, welche insbesondere beim virtuellen Format zu erwarten sind, hinreichend zu verdeutlichen, vgl. § 121 Abs. 3 S. 3 AktG, und ihnen Verhaltensanpassungen zu ermöglichen.²²² Ausnahmen hiervon werden lediglich für kleinere Verzögerungen von unter 30 Minuten oder eine nur unwesentlichen Änderung des Versammlungslokals zugelassen.²²³

Vielfach wird darüber hinaus gefordert, dass auch eine Änderung der Teilnahmevoraussetzungen ausnahmsweise keine Neubekanntmachung der Einberufung erfordert, wenn die Teilnahmevoraussetzungen lediglich erleichtert werden.²²⁴ Da die Teilnahme unter den ursprünglich bekannt gemachten Voraussetzungen weiter möglich ist und mithin kein schutzwürdiges Interesse der Aktionäre an der erneuten Einhaltung der Einberufungsformalitäten besteht,²²⁵ ist dem zuzustimmen.

Unter dieser Prämisse ist zu differenzieren:²²⁶ Beschließt der Vorstand Maßnahmen nach § 1 Abs. 1 COVID-GesRG, wie die Ermöglichung der Online-Teilnahme, welche den Aktionären in der ursprünglichen Einberufung noch nicht zugestanden wurden, handelt es sich lediglich um Erleichterungen der Teilnahmevoraussetzungen, sodass die Bekanntmachung der Änderung nach der hier vertretenen Auffassung nicht den Anforderungen an eine Rücknahme und eine Einberufung erfüllen muss. Entschließt sich der Vorstand hingegen nach § 1 Abs. 2 COVID-GesRG eine bereits einberufe-

Rn. 106; *Lieder* NZG 2016, 81, 84; *Rieckers*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 121 Rn. 93; *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63c.

221 *Bungert*, in: Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. IV § 36 Rn. 139; *Kubis*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 121 Rn. 106.

222 *Tröger*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 123.

223 *Koch*, in: Hüffer/Koch, Kurzkommentar zum Aktiengesetz, AktG § 121 Rn. 18; *Lieder* NZG 2016, 81, 84; *Reichert/Balke*, in: Semler/Volhard/Reichert, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, § 4 Rn. 159.

224 *Atta*, WM 2020, 1047, 1049 f.; *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 121 Rn. 41; *Kubis*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 121 Rn. 106; *Rieckers*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 121 Rn. 93.

225 *Atta*, WM 2020, 1047, 1049 f.; *Rieckers*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 121 Rn. 93.

226 Ebenso *Atta*, WM 2020, 1047, 1050.

ne Hauptversammlung virtuell stattfinden zu lassen, oder verlegt er die Versammlung gem. § 1 Abs. 5 COVID-GesRG in das letzte Tertial des Geschäftsjahres, muss die Bekanntmachung der Änderung in Anbetracht der durch eine virtuelle Hauptversammlung eingeschränkten Aktionärsrechte,²²⁷ beziehungsweise der erheblichen zeitlichen Verschiebung zweifelsohne die erhöhten Formalanforderungen erfüllen. Allerdings kann gem. § 1 Abs. 3 COVID-GesRG mit verkürzten Fristen einberufen werden.²²⁸

Der für die Rücknahme der ursprünglichen Einberufung erforderliche sachliche Grund liegt jedenfalls dann vor, wenn öffentlich-rechtliche Vorschriften die Versammlung verbieten, kann aber auch unabhängig von Verboten in Form einer Ansteckungsgefahr bestehen.²²⁹

3) Tatsächliches Infektionsrisiko als zusätzliche Anwendungsvoraussetzung?

Unter Beachtung des gesetzgeberischen Willens, den Unternehmen das Abhalten von Hauptversammlungen trotz der aufgrund der COVID-19-Pandemie geltender Kontaktbeschränkungen zu ermöglichen und zudem dem Infektionsschutz Rechnung zu tragen,²³⁰ könnte man annehmen, dass die durch das COVID-GesRG den Gesellschaften ermöglichten Maßnahmen nur dann ergriffen werden dürfen wenn für den Versammlungszeitpunkt tatsächlich Versammlungsbeschränkungen oder ein gewisses Infektionsrisiko zu erwarten sind.

Für eine solche Anwendungsbereichsbegrenzung spräche, dass auf Grundlage des COVID-GesRG die teils durch höherrangiges Recht garantierten Aktionärsrechte in erheblichen Umfang beschnitten werden können und Rechtfertigungsgründe für diese Eingriffe abseits des Infektionsrisikos oder öffentlich-rechtlicher Versammlungsbeschränkungen nicht ersichtlich sind.²³¹

Gegen ein tatsächliches Infektionsgeschehen oder Versammlungsbeschränkungen als Anwendungsbereichsvoraussetzung spricht jedoch, dass

227 Bezüglich der virtuellen Hauptversammlung ebenso *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 267.

228 *Atta*, WM 2020, 1047, 1050.

229 Vgl. *Mayer/Jenne*, BB 2020, 835, 837 f.

230 Vgl. Problemstellung zum Fraktionsentwurf des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, BT-Drs. 19/18110, S. 3.

231 Vgl. dazu Zweiter Teil) A) VIII).

das COVID-GesRG hierfür keinerlei Anhaltspunkte enthält. Im Gegenteil lässt sich im Wege eines Umkehrschlusses aus der Verordnungsermächtigung in § 8 COVID-GesRG, in der das Fortbestehen von Auswirkungen der COVID-19-Pandemie als Voraussetzung benannt wird, folgern, dass das Fortbestehen der Auswirkungen der Pandemie für das Jahr 2020 gerade keine Anwendungsvoraussetzung für das COVID-GesRG ist.

Abgesehen von der Verordnungsermächtigung des § 8 COVID-GesRG gelten alle Bestimmungen des Gesetzes mithin unabhängig von einer konkreten Gefährdungslage und dem Fortbestehen öffentlich-rechtlicher Versammlungsbeschränkungen.²³²

Hiervon zu trennen ist die an dieser Stelle noch nicht zu beantwortende Frage, ob der Vorstand bei der Entscheidung über die Nutzung der vom COVID-GesRG eingeräumten Gestaltungsmöglichkeiten die voraussichtliche Entwicklung des Pandemiegeschehens mit einbeziehen muss und welche Rechtsfolgen eine unterlassene oder ermessensfehlerhafte Einbeziehung haben kann.²³³

4) Zeitlicher Anwendungsbereich

Das COVID-GesRG ist als Art. 2 des COVID-MaßnG am 27.03.2020 im Bundesgesetzblatt verkündet worden.²³⁴ gem. Art. 6 Abs. 2 COVID-MaßnG ist das COVID-GesRG in seiner ersten Fassung (e.F.) am Tag nach seiner Verkündung – somit am 28.03.2020 – in Kraft getreten und sollte ursprünglich mit Ablauf des 31.12.2021 außer Kraft treten. Der für die vorliegende Untersuchung maßgebliche § 1 COVID-GesRG fand dabei gem. § 7 Abs. 1 COVID-GesRG vorerst nur auf Hauptversammlungen und Abschlagszahlungen auf den Bilanzgewinn Anwendung, die im Jahr 2020 stattfanden.

a) Verlängerungsverordnung

Allerdings enthält § 8 COVID-GesRG eine Ermächtigung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV), die Geltung des hier maßgeblichen § 1 COVID-GesRG im Ordnungswege bis höchst-

232 Im Ergebnis wohl ebenso *Vetter/Thielmann*, NJW 2020, 1175, 1177.

233 Vgl. dazu Zweiter Teil B).

234 Vgl. BGBl. 2020 I, S. 569.

tens zum 31.12.2021 zu verlängern.²³⁵ Von dieser Verordnungsermächtigung hat das BMJV mit der Verordnung zur Verlängerung von Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (GesRGenRCOVMVV)²³⁶ vom 20.10.2020 Gebrauch gemacht. In der ursprünglichen Fassung der Verordnung wurde gem. § 1 GesRGenRCOVMVV unter anderem die Geltung von § 1 COVID-GesRG bis zum 31.12.2021 verlängert. Die Verordnung ist gem. § 2 GesRGenRCOVMVV am Tag nach ihrer Verkündung im Bundesgesetzblatt²³⁷ und somit am 29.10.2020 in Kraft getreten. Eine frühzeitige Entscheidung über die Verlängerung der Maßnahmen war wegen der üblichen Vorbereitungszeit von Hauptversammlungen und der insofern bevorstehenden Hauptversammlungssaison 2021 angezeigt.²³⁸ Hinzu kam, dass mindestens 15 große börsennotierte Unternehmen aufgrund eines vom Kalenderjahr abweichenden Geschäftsjahrs ihre Hauptversammlungen bereits in den ersten zwei Monaten des Jahres 2021 durchführen mussten.²³⁹

Indem § 1 GesRGenRCOVMVV ausdrücklich auch auf § 7 Abs. 1 bis 5 COVID-GesRG verweist, stellt der Ordnungsgeber klar, dass die Erleichterungen nur für Hauptversammlungen gelten, die im Kalenderjahr 2021 stattfinden.²⁴⁰ Für ein Stattfinden im Jahr 2021 ist erforderlich, dass die Versammlung spätestens am 31.12.2021 geschlossen wird.²⁴¹ Das bloße Einberufen einer Hauptversammlung bis zu diesem Zeitpunkt ist damit nicht ausreichend.²⁴²

235 Zwar nennt § 8 COVID-GesRG das BMJV als Ordnungsgeber, jedoch wird dieses im Rahmen der Verabschiedung der Rechtsverordnung im Einklang mit der abschließenden Aufzählung der tauglichen Ermächtigungsadressaten in Art. 80 Abs. 1 GG durch die Bundesjustizministerin vertreten, *Simons/Hauser*, NZG 2020, 1406.

236 Verordnung zur Verlängerung von Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (Ges-RGenRCOVMVV), BGBl. 2020 I S. 2258.

237 Vgl. BGBl. 2020 I, S. 2258.

238 Zuvor sprachen sich 60 Vorstände börsennotierter Unternehmen in einem offenen Brief an die Bundesjustizministerin *Lambrecht* dafür aus, die Regelungen zur Ermöglichung virtueller Hauptversammlungen bis Ende 2021 zu verlängern, DAI, Schreiben vom 1.9.2020, https://www.dai.de/files/dai_usercontent/dokumente/positionspapiere/200914%20Schreiben%20an%20Frau%20BM%20Lambrecht.pdf (zuletzt abgerufen am 17.01.2021).

239 *Seibt/Danwerth*, NZG 2020, 1241, 1246.

240 Ebenso *Simons/Hauser*, NZG 2020, 1406, 1410.

241 *Simons/Hauser*, NZG 2020, 1406, 1410.

242 *Simons/Hauser*, NZG 2020, 1406, 1410.

aa) Rechtmäßigkeit der Verordnung

Die Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der GesRGenRCOVMVV besteht in § 8 COVID-GesRG. Indem § 8 COVID-GesRG mit der Entscheidung für die Verlängerung der Geltung der §§ 1 bis 5 COVID-GesRG den Inhalt der Ermächtigung, mit dem Ziel der Abmilderung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie den Zweck und mit der zeitlichen und sachlichen Beschränkung auch das Ausmaß der Ermächtigung bestimmt, genügt die Verordnungsermächtigung den inhaltlichen Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 1 und 2 Grundgesetz (GG).²⁴³ Sofern kritisiert wird, dass die Tatbestandsvoraussetzung des Fortbestehens von Auswirkungen der COVID-19-Pandemie, die die Verlängerung der Maßnahmen geboten erscheinen lassen müssen, zu unbestimmt sei,²⁴⁴ verdient dies keinen Beifall. Indem der Gesetzgeber explizit das *Fortbestehen* der Auswirkungen zur Tatbestandsvoraussetzung gemacht hat, setzt er eine Vergleichbarkeit der voraussichtlichen Pandemieauswirkungen während der Hauptversammlungssaison 2021 mit der Situation im Jahr 2020 voraus und bestimmt die Tatbestandsvoraussetzung damit hinreichend.²⁴⁵ Der gem. Art. 6 Abs. 2 COVID-MaßnG am 31.12.2020 erfolgende Wegfall der Ermächtigungsgrundlage des § 8 COVID-GesRG ist für die weitere Geltung der bereits am 29.10.2020 in Kraft getretenen Verordnung unschädlich.²⁴⁶ Da die GesRGenRCOVMVV explizit Bezug auf § 8 COVID-GesRG nimmt, genügt sie auch dem Zitiergebot gem. Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG.

243 Vgl. *Simons/Hauser*, NZG 2020, 1406.

244 So *Fritz/Scholtis*, in: Fritz, Kommentar zum COVAbmildG, COVGesMG, § 8 Rn. 4; sowie *Illner/Beneke*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 8 GesCoronaG Rn. 6.

245 A.A. *Illner/Beneke*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 8 GesCoronaG Rn. 6, ohne jedoch den Begriff des Fortbestehens aufzugreifen; diesbezüglich unklar *Fritz/Scholtis*, in: Fritz, Kommentar zum COVAbmildG, COVGesMG, § 8 Rn. 4, die zwar eine mangelnde Bestimmtheit kritisieren, aber trotzdem weder einen Verstoß gegen Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG noch die daraus resultierende Folge der Nichtigkeit der Ermächtigungsgrundlage feststellen, sondern sie offensichtlich im Einklang mit der hier vertretenen Ansicht für rechtmäßig und anwendbar halten.

246 Vgl. BVerfG, Beschluss v. 10. Mai 1988 – 1 BvR 482/84 –, NJW 1988, 2290, 2292 = BVerfGE 78, 179-200; vgl. BVerfG, Beschluss v. 27. Juli 1971 – 2 BvL 9/70 –, BVerfGE 31, 357, 362 f.; vgl. *Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen, S. 368 ff.; vgl. *Remmert*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 80 GG Rn. 51; vgl. *Schneider*, Gesetzgebung, S. 180; *Simons/Hauser*, NZG 2020, 1406; vgl. *Stern*, Staatsrecht II, S. 672.

Gem. § 8 COVID-GesRG soll die Rechtsverordnung nicht der Zustimmung des Bundesrates bedürfen. Bei dieser Anordnung könnte es sich um einen Dispens gem. Art. 80 Abs. 2 GG („vorbehaltlich anderweitiger bundesgesetzlicher Regelung“) von dem Erfordernis der Zustimmung durch den Bundesrat handeln. Der Gebrauch dieses in seiner Reichweite umstrittenen²⁴⁷ Vorbehaltes war jedoch bereits nicht erforderlich. So regelt die Verordnung weder eine der in Art. 80 Abs. 2 GG explizit gelisteten Materien, noch erfolgt die Ausführung der Verordnung durch die Länder. Ebenso wenig war das COVID-GesRG als ermächtigendes Bundesgesetz zustimmungsbedürftig i.S.v. Art. 80 Abs. 2 GG. Vielmehr ergibt sich die Gesetzgebungskompetenz für das COVID-GesRG aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, wobei die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit eine bundesgesetzliche Regelung im gesamtstaatlichen Interesse i.S.v. Art. 72 Abs. 2 GG erforderte, sodass eine Zustimmung des Bundesrates nicht gem. Art. 74 Abs. 2 GG und auch nicht aus sonstigen Gründen erforderlich war.²⁴⁸ Im Ergebnis steht somit jedenfalls fest, dass eine Zustimmung des Bundesrates zur GesRGenRCOVMVV nicht erforderlich war und somit die Verordnung aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht grundsätzlich zu beanstanden ist.²⁴⁹

Das Fortbestehen von Auswirkungen der COVID-19-Pandemie in der Bundesrepublik Deutschland über das Jahr 2020 hinaus war zum Erlasszeitpunkt der Verordnung bereits hinreichend absehbar.²⁵⁰ So stiegen die Infektionszahlen im letzten Drittel des Jahres 2020 erheblich an und die Kontaktbeschränkungen wurden (erneut) verschärft, sodass kaum Zweifel

247 Umstritten ist insbesondere, ob die anderweitige bundesgesetzliche Regelung selbst der Zustimmung des Bundesrats bedarf. Dagegen etwa BVerwG, Urteil vom 06.10.1967 – VII C 142.66 –, BVerwGE 28, 36-54, Rn. 26 ff. = BeckRS 2012, 59333; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Art. 80 GG Rn. 28; *Remmert*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 80 GG Rn. 175 ff.; dafür jedoch etwa BVerfG, Beschluss v. 24. Februar 1970 – 2 BvL 12/69 –, BVerfGE 28, 66-88, Rn. 39 ff; *Bauer*, in: Dreier, Grundgesetz, GG, Art. 80 Rn. 59; *Ossenbühl*, in: Handbuch des Staatsrechts V, § 103 Rn. 56; siehe auch *Illner/Beneke*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 8 GesCoronaG Rn. 3, die sogar im konkreten Fall die Rechte des Bundesrates für gewahrt halten; ebenso im konkreten Fall wohl *Fritz/Scholtis*, in: Fritz, Kommentar zum COVAbmildG, COVGesMG, § 8 Rn. 3.

248 Vgl. *Simons/Hauser*, NZG 2020, 1406, 1407; zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das COVID-GesRG (und allgemein das COVID-MaßnG) vgl. *Römermann*, in: Leitfaden Covid-19-Pandemie, Anhang 3 Rn. 63.

249 Vgl. *Simons/Hauser*, NZG 2020, 1406, 1407.

250 Vgl. *Schulteis*, GWR 2020, 465 f.

daran bestehen können, dass eine Verlängerung der Maßnahmen i.S.v. § 8 Hs. 2 COVID-GesRG geboten erschien. Indem die GesRGenRCOVMMV inhaltlich lediglich die Verlängerung der §§ 1 bis 5 gemäß § 7 COVID-GesRG bis zum 31.12.2021 anordnet, wahrt sie den Rahmen der Verordnungsermächtigung in § 8 COVID-GesRG. Mithin bestehen auch diesbezüglich keine Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der GesRGenRCOVMMV.

bb) Materielle rechtliche Modifikationen durch die Verordnung

Inhaltlich beschränkt sich die Verordnung darauf, die §§ 1 bis 5 gem. § 7 Abs. 1 bis 5 COVID-GesRG bis zum 31.12.2021 zu verlängern und den Zeitpunkt ihres Inkrafttretens zu bestimmen. Damit wird lediglich die Fortgeltung der genannten Normen ohne eine inhaltliche Änderung angeordnet. In Anbetracht dessen, dass § 8 COVID-GesRG die Justizministerin auch nur zur Entscheidung über die unveränderte Fortgeltung ermächtigt (wird ermächtigt [...] die Geltung *der* §§ 1 bis 5 gemäß § 7 [...] zu verlängern),²⁵¹ hätte jeder Versuch, mittels der Verordnung den Normgehalt zu modifizieren, eine Überschreitung der Verordnungsermächtigung bedeutet und damit die materielle Rechtswidrigkeit der Verordnung zur Folge gehabt.

Insofern ist es einigermassen überraschend, dass im Bundesanzeiger eine umfassende Begründung²⁵² zur GesRGenRCOVMMV veröffentlicht wurde, welche den Unternehmen unter anderem eine restriktive Nutzung des Instruments der virtuellen Hauptversammlung und eine „aktionärsfreundliche“ Ausgestaltung der Fragemöglichkeit nahelegt.²⁵³ Mithin stellt sich

251 Ebenso *Mutter/Kruchen*, AG 2020, R299, R300; *Simons/Hauser*, NZG 2020, 1406, 1407.

252 BAnz AT 28.10.2020 B3 (Anlage).

253 So führt die Verordnungsbegründung zur Nutzung der virtuellen Hauptversammlung etwa an: „Auch wenn Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und verwandten Rechtsformen somit noch im gesamten Kalenderjahr 2021 als virtuelle Hauptversammlungen abgehalten werden können, sollten die Unternehmen von diesem Instrument im Einzelfall nur dann Gebrauch machen, wenn dies unter Berücksichtigung des konkreten Pandemiegeschehens erforderlich erscheint.“ Zur Fragemöglichkeit heißt es: „Die Unternehmen sollten bezüglich dieser Fragemöglichkeit, insbesondere bei der vorherigen Einreichung der Fragen, weiterhin möglichst aktionärsfreundlich verfahren.“, BAnz AT 28.10.2020 B3 (Anlage); für ein dahingehendes Verständnis der Begründung des der Verordnung vorhergehenden Referentenentwurfs auch *Lingen/Kluthe*,

die Frage, ob bei der Auslegung der durch die Verordnung verlängerten Normen dieser Begründung eine Bedeutung zugemessen werden muss. Unabhängig von der umstrittenen Frage, ob eine Rechtsverordnung überhaupt einer Begründung bedarf,²⁵⁴ oder ob eine Begründung ebenso wie bei Gesetzesvorlagen nicht erforderlich ist,²⁵⁵ kommt der Begründung einer Rechtsnorm niemals eigene Normqualität zu.²⁵⁶ Nach dem Inkrafttreten der Norm kann sie allerdings zwecks Ermittlung des objektivierte Willen des Gesetzgebers im Wege der Auslegung genutzt werden.²⁵⁷ Da der Verordnungsgeber im vorliegenden Fall lediglich die Kompetenz zur Verlängerung der unveränderten Regelungen hatte, erübrigt sich jede Auslegung der Verordnungsbegründung.²⁵⁸ Die Rechtsanwendung muss der Begründung mithin keine Beachtung schenken.²⁵⁹ Vielmehr bleibt es bei der unveränderten Fortgeltung der §§ 1 bis 5 gemäß § 7 Abs. 1 bis 5 COVID-GesRG.

COVID-19-Sonderregelungen zu Gesellschafterversammlungen und virtuellen Hauptversammlungen – Verlängerung bis Ende 2021 geplant, 22.09.2020, <https://blog.otto-schmidt.de/gesellschaftsrecht/2020/09/22/covid-19-sonderr egelungen-zu-gesellschafterversammlungen-und-virtuellen-hauptversammlung n-verlaengerung-bis-ende-2021-geplant/> (zuletzt abgerufen am 23.01.2021).

- 254 Dafür etwa *Ossenbühl* NJW 1986, 2805, 2809; nach Einzelfällen differenzierend *Kischel*, Die Begründung, S. 307 ff.; dagegen etwa *Bauer*, in: Dreier, Grundgesetz, GG, Art. 80 Rn. 47; *Remmert*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 80 GG Rn. 131.
- 255 Vgl. BVerfG, Urteil v. 06. Dezember 2016 – 1 BvR 2821/11–, BVerfGE 143, 246-396, Rn. 279; vgl. *Ennuschat*, DVBl 2004, S. 986, 991; vgl. *Hebeler*, DÖV 2010, 754, 762; vgl. *Kersten*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 76 GG Rn. 22; *Simons/Hauser*, NZG 2020, 1406, 1407.
- 256 *Simons/Hauser*, NZG 2020, 1406, 1407.
- 257 *Simons/Hauser*, NZG 2020, 1406, 1407.
- 258 Vgl. *Mutter/Kruchen*, AG 2020, R299, R300; *Simons/Hauser*, NZG 2020, 1406, 1407.
- 259 Ebenso *Mutter/Kruchen*, AG 2020, R299, R300; ähnlich *Lieder*, ZIP 2021, 161, 164; teilweise wohl a.A. *Simons/Hauser*, NZG 2020, 1406, 1407, die es für denkbar halten der Verordnungsbegründung Leitlinien für die Steuerung des Ermessens der Geschäftsorgane bei den Entscheidungen über die Nutzung der sich aus dem COVID-GesRG ergebenden Gestaltungsmöglichkeiten zu entnehmen. Dem ist insofern zu widersprechen, als dass diesen „Leitlinien“ eine irgendwie geartete Verbindlichkeit beigemessen werden soll und sie nicht als unverbindliche Empfehlungen zu verstehen sind.

b) Erste Verlängerung und inhaltliche Anpassung durch den Gesetzgeber

Der Versuch des BMJV, mittels der Verordnungsbegründung gleichsam durch die Hintertür eine inhaltliche Modifikation der Normen des COVID-GesRG vorzunehmen, ist wie zuvor dargelegt gescheitert. Allerdings hielt auch der Gesetzgeber ein unverändertes Fortgelten des Gesetzes offenkundig nicht für angebracht. So beschloss der Bundestag am 22.12.2020 das Gesetz zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht sowie im Miet- und Pachtrecht (COVID-ÄnderungsG).²⁶⁰ Zunächst wandelt Art. 11 COVID-ÄnderungsG § 7 Abs. 1 COVID-GesRG dahingehend ab, dass das COVID-GesRG nicht nur auf Hauptversammlungen, die im Jahr 2020 stattfinden, sondern auch auf solche, die im Jahr 2021 stattfinden, anwendbar ist. Darüber hinaus nimmt Art. 11 COVID-ÄnderungsG auch die Fragemöglichkeit der Aktionäre während der Hauptversammlung und das Antrags- und Wahlvorschlagsrecht betreffende Änderungen an § 1 Abs. 2 COVID-GesRG vor.

Art. 12 COVID-ÄnderungsG bestimmt sodann die dahingehende Abänderung der GesRGenRCOVMMV, dass diese nur noch die Fortgeltung von § 4 COVID-GesRG, aber nicht mehr die Fortgeltung des für die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft maßgeblichen § 1 COVID-GesRG anordnet.

Gemäß Art. 14 Abs. 3 COVID-ÄnderungsG traten seine Art. 11 und 12 und damit die zuvor umrissenen Änderungen am 28. Februar 2021 in Kraft.

c) Zweite Verlängerung durch den Gesetzgeber

In der letzten Sitzung des 19. Bundestages am 07.09.2021 beschloss dieser „angesichts der ungewissen Fortentwicklung der Pandemie-Situation und daraus resultierender Versammlungsbeschränkungen“²⁶¹ in Art. 15 des Gesetz[es] zur Errichtung eines Sondervermögens „Aufbauhilfe 2021“ und zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht wegen Starkregenfällen und Hochwassern im Juli 2021 sowie zur Änderung weiterer Gesetze²⁶² die erneute Verlängerung des COVID-GesRG. Dort

260 Vgl. BGBl. 2020 I, S. 3328.

261 Vgl. BT-Drs. 19/32275, S. 30.

262 Vgl. BGBl. 2021 I, S. 4147.

wird schlicht vorgesehen, in den Absätzen 1 bis 3 des § 7 COVID-GesRG (n.F.)²⁶³ jeweils die Wörter „im Jahr 2020 und im Jahr 2021“ durch die Wörter „bis einschließlich 31. August 2022“ zu ersetzen. Damit gilt das COVID-GesRG n.F. ohne weitere inhaltliche Anpassungen über den 31.12.2021 hinaus auch für Hauptversammlungen, die bis zum 31.08.2022 stattfinden.²⁶⁴

d) Zwischenfazit

In ihrem Zusammenspiel führen die zuvor untersuchten Bestimmungen über die Anwendbarkeit und inhaltlichen Änderungen zu folgendem Ergebnis: Für Hauptversammlungen, die ab dem 28.03.2020 stattfanden, galt das COVID-GesRG e.F. vom 27.03.2020. Die GesRGenRCOVMMV bewirkte, dass das COVID-GesRG e.F. in unveränderter Form ebenso für Hauptversammlungen galt, die vom 01.01.2021 bis zum 27.02.2021 stattfanden. Das COVID-ÄnderungsG ließ die bis dahin geltende Regelung in der Verordnung mit Wirkung zum 28.02.2021 entfallen. Für Hauptversammlungen, die seit dem 28.02.2021 stattfanden und bis zum 31.08.2022 stattfinden, gilt mithin das COVID-GesRG n.F. vom 30.12.2020. Der Begriff des Stattfindens ist in Anlehnung an das zuvor herausgearbeitete Verständnis²⁶⁵ so zu verstehen, dass die Hauptversammlung spätestens am 27. Februar geschlossen werden muss, sofern sie unter Geltung des COVID-GesRG e.F. stattfinden soll, und dass sie spätestens am 31.08.2021 geschlossen werden soll, sofern zumindest die Möglichkeiten des COVID-GesRG n.F. genutzt werden sollen. Soweit das seit dem 28.02.2021 geltende COVID-GesRG n.F. von der ersten Fassung abweicht, wird es im Nachfolgenden separat untersucht.

263 Der Zusatz e.F. kennzeichnet im Nachfolgenden die erste Version des COVID-GesRG, der Zusatz n.F. die Nachfolgende. Erfolgt keine Kennzeichnung mit einem dieser Zusätze, gelten die entsprechenden Ausführungen gleichermaßen für beide Fassungen.

264 Vgl. auch *Danwerth*, AG 2021, R283; sowie *Noack*, NZG 2021, 1233.

265 Dazu s.o. Zweiter Teil) A) I) 4) a); und vgl. *Simons/Hauser*, NZG 2020, 1406, 1410.

II) Kompetenzen

Gewöhnlicherweise ist die (Mindest-) Einberufungsfrist durch § 123 Abs. 1, 2 AktG und mögliche Satzungsbestimmungen i.S.d. § 123 Abs. 2 S. 3 AktG determiniert. Die Entscheidung über das Angebot einer Fernbeteiligung der Aktionäre steht der Hauptversammlung als Satzungsgeberin zu.²⁶⁶ Von diesen Grundsätzen weicht der Gesetzgeber im Rahmen des Notfallgesetzes ab, indem er in § 1 Abs. 1 bis 6 COVID-GesRG die Entscheidungskompetenz für alle durch dieses Gesetz eingeräumten Gestaltungsmöglichkeiten dem Vorstand unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Aufsichtsrates zuspricht.²⁶⁷ Angesichts der Tatsache, dass Art. 8 ARRL keine Aussagen über die innergesellschaftliche Kompetenzverteilung trifft, bestehen aus Sicht der ARRL keine Bedenken gegen diese Kompetenzverschiebung.²⁶⁸

1) Entscheidungskompetenz des Vorstands

In § 1 Abs. 1 bis 5 COVID-GesRG werden dem Vorstand jeweils Entscheidungskompetenzen für die durch das COVID-GesRG ermöglichten Hauptversammlungsgestaltungen übertragen. Diese Kompetenzen bestehen zunächst unabhängig von Satzungsbestimmungen.²⁶⁹ Soweit die gesetzliche Zuweisung dieser Leitungsaufgaben im Umfeld der Hauptversammlung an den Vorstand erfolgt, ist nach dem Grundsatz der Gesamtleitung stets der Vorstand als Kollegialorgan gemeint.²⁷⁰

Auch wenn die grundsätzliche Entscheidungskompetenz des Vorstands als Kollegialorgan damit feststeht, drängt sich die Frage auf, ob für die entsprechenden Beschlüsse nach dem Grundsatz der Gesamtleitung Einstimmigkeit erforderlich ist, oder ob eine Anwendung von § 121 Abs. 2

266 S.o. Erster Teil) B) I).

267 Vgl. auch Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26 f.

268 Schäfer, NZG 2020, 481, 483.

269 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26 f.; zur Diskussion von Ausnahmen hiervon vgl. im Einzelnen unter Zweiter Teil) A) IV) bis VII).

270 Vgl. Fleischer, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 76 Rn. 8; vgl. bezüglich der Einordnung der Einberufung der Hauptversammlung und Aufgaben im Umfeld davon als gesetzlich zugewiesene Leitungsaufgaben, ebd. Rn. 19; vgl. konkret bzgl. der Einberufung auch Butzke, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 121 Rn. 21.

S. 1 AktG in Betracht kommt, wonach der Vorstand über die Einberufung der Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit entscheidet. Der in § 121 Abs. 2 S. 1 AktG bestimmte Dispens vom Einstimmigkeitserfordernis soll vor allem verhindern, dass einzelne Vorstandsmitglieder eine Einberufung blockieren können.²⁷¹ Unter Beachtung dieses Normzwecks kann das Mehrheitsprinzip nur für den Beschluss über das „ob“ einer Einberufung, nicht jedoch für die Festlegung der konkreten Einberufungsmodalitäten gelten.²⁷²

Sowohl bei der Entscheidung über die Ermöglichung von Online-Teilnahme, Briefwahl oder Versammlungsübertragung, als auch bei der Frage nach einer virtuellen Hauptversammlung oder versammlungsbezogenen Fristen, handelt es sich um Entscheidungen bezüglich bloßer Versammlungsmodalitäten.²⁷³ Das hat zur Folge, dass hier gem. § 77 Abs. 1 S. 1 AktG grundsätzlich einstimmige Beschlüsse gefasst werden müssen.²⁷⁴

Dies ist insofern folgerichtig, als dass das Einstimmigkeitserfordernis gem. § 77 Abs. 1 S. 1 AktG schon bisher im Falle der Disposition der Entscheidung über die Online-Teilnahme oder andere Möglichkeiten der digitalen Hauptversammlungsgestaltung in der Satzung an den Vorstand galt.²⁷⁵

Zu überprüfen ist allerdings, ob an dem zuvor festgestellten Ergebnis auch dann festgehalten werden kann, wenn die Einberufung einer Präsenzversammlung auf Grund öffentlich-rechtlicher Vorschriften auf unbestimmte Zeit ausgeschlossen ist. In einem solchen Fall hinge die Frage darüber, ob eine Hauptversammlung tatsächlich stattfinden kann, faktisch von der Entscheidung über Versammlungsmodalitäten (physisch oder virtuell) ab.²⁷⁶

271 Vgl. Begr. RegE AktG vom 13.06.1960, BT-Drs. III/1915, S. 149 (im Regierungsentwurf allerdings noch als § 117 AktG); vgl. *Lieder*, ZIP 2020, 837, 839.

272 Vgl. *Lieder*, ZIP 2020, 837, 839.

273 Vgl. *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 8f., 20f., 36d; vgl. *ders.*, GWR 2020, 191, 192; vgl. *Lieder*, ZIP 2020, 837, 839.

274 Vgl. *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 8f., 20f., 36d; vgl. *ders.*, GWR 2020, 191, 192; vgl. *Lieder*, ZIP 2020, 837, 839.

275 Vgl. *v. Holten/Bauerfeind*, AG 2015, 489, 491; vgl. *Kubis*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 87; vgl. *Mülbert*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 118 Rn. 105.

276 Vgl. *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1284.

a) Analoge Anwendung von § 121 Abs. 2 S. 1 AktG

Teilweise wird befürwortet, dass auf Grund der zeitweise faktischen Abhängigkeit der Durchführung einer Versammlung von der Frage, ob diese virtuell oder physisch stattfinden soll, in diesen Fällen auch für die Entscheidung über die Versammlungsmodalität (virtuell oder physisch) beziehungsweise den gebündelten Beschluss für eine virtuelle Hauptversammlung eine einfache Mehrheit ausreicht.²⁷⁷ Zur Bekräftigung dessen wird der Zweck des COVID-GesRG, die Handlungsfähigkeit der Unternehmen während der COVID-19-Pandemie sicherzustellen,²⁷⁸ angeführt.²⁷⁹ Könnte eine Minderheit des Vorstands eine Hauptversammlung faktisch verhindern, würde dies den Gesetzeszweck konterkarieren. Erreicht werden soll der Dispens vom Einstimmigkeitserfordernis über eine analoge Anwendung von § 121 Abs. 2 S. 1 AktG.²⁸⁰ Die Interessenlagen sind dabei vergleichbar. In beiden Fällen gilt es die Verhinderung einer Hauptversammlung durch eine Minderheit des Vorstands zu unterbinden.²⁸¹

b) Zustimmungspflicht der überstimmten Vorstandsmitglieder

Denkbar wäre auch das Einstimmigkeitserfordernis für die Entscheidung über die Versammlungsmodalitäten aufrechtzuerhalten, zugleich aber eine Pflicht der bei der Mehrheitsentscheidung über die Einberufung unterlegenen Vorstandsminderheit zur Zustimmung zu einer virtuellen Hauptversammlung anzunehmen.

Eine solche Zustimmungspflicht könnte sich aus der Pflicht zur kollegialen Zusammenarbeit ergeben. Nach dem Kollegialprinzip sind die in einer Mehrheitsabstimmung unterlegenen Vorstandsmitglieder unter anderem dazu verpflichtet, einen ordnungsgemäß zustande gekommenen und inhaltlich gesetzmäßigen Mehrheitsbeschluss loyal mitzutragen und an seiner Durchführung pflichtgetreu mitzuwirken.²⁸²

277 Vgl. *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1284.

278 Vgl. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 3.

279 Vgl. *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1284.

280 Vgl. *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1284.

281 Vgl. bezüglich § 121 Abs. 2 S. 1 AktG Begr. RegE AktG vom 13.06.1960, BT-Drs. III/1915, S. 149 (im Regierungsentwurf allerdings noch als § 117 AktG).

282 Vgl. LG München I, Urteil v. 10. Dezember 2013 – 5 HKO 1387/10, BeckRS 2014, 1998 = ZIP 2014, 570, 575; *Fleischer*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 77 Rn. 34; *Fleischer/Schmolke*, WM 2012,

Fällt nun mit gem. § 121 Abs. 2 S. 1 AktG ausreichender einfacher Mehrheit die Entscheidung, dass eine Hauptversammlung stattfinden soll, so müssen die in der Abstimmung unterlegenen Vorstandsmitglieder an der Umsetzung dieser Entscheidung mitwirken. Die Ausführung des Mehrheitsbeschlusses erfordert es sodann, einen gangbaren Weg für die Abhaltung einer Hauptversammlung zu finden. Stellt sich dabei heraus, dass die einzige Möglichkeit, eine Hauptversammlung in absehbarer Zeit rechtssicher abzuhalten, in der Einberufung einer virtuellen Versammlung besteht, so sind alle Vorstandsmitglieder dazu verpflichtet, auf eine solche hinzuwirken. Zur erforderlichen Mitwirkung gehört dann auch die Erteilung ihrer Zustimmung zu dem Beschluss, die Versammlung virtuell abzuhalten. Dies gilt umso mehr, da der Pflicht zur kollegialen Zusammenarbeit teilweise sogar eine Pflicht, sich besseren Argumenten der anderen Vorstandsmitglieder zu fügen, entnommen wird.²⁸³

c) Beibehaltung des Einstimmigkeitserfordernisses

Entgegen den zuvor aufgezeigten Alternativen wird unter Verweis darauf, dass es sich dabei um eine Entscheidung über Versammlungsmodalitäten handelt, teilweise auch am Einstimmigkeitserfordernis für die Entscheidung für eine virtuelle Hauptversammlung festgehalten, ohne erkennbar eine Zustimmungspflicht der – sofern es zuvor eine Abstimmung über das „ob“ der Hauptversammlung gegeben hat – überstimmten Vorstandsmitglieder zu erwägen.²⁸⁴

d) Entscheid

Ein Festhalten an dem Einstimmigkeitserfordernis bei der Entscheidung für eine virtuelle Hauptversammlung auch in den Fällen, in denen das Abhalten einer Präsenzversammlung faktisch ausgeschlossen ist, ohne eine

1013 f.; *Kort*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 77 Rn. 22; *Mertens/Cahn*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 77 Rn. 50; *Seibt*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 77 Rn. 11; *Spindler*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 77 Rn. 30.

283 *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14 Rn. 83.

284 Vgl. *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 36d; vgl. *dens.*, GWR 2020, 191, 192; vgl. *Lieder*, ZIP 2020, 837, 839.

Zustimmungspflicht der überstimmten Vorstandsmitglieder zu erwägen, läuft den gesetzgeberischen Zielen in zweierlei Hinsicht entgegen: Zum einen wird so der Zweck des § 121 Abs. 2 S. 1 AktG, dass einzelne Vorstandsmitglieder eine Einberufung der Hauptversammlung nicht verhindern können sollen,²⁸⁵ konterkariert. Zum anderen kann auch das gesetzgeberische Ziel, mit dem COVID-GesRG die Handlungsfähigkeit der Gesellschaften aufrecht zu erhalten, bei Beibehaltung des unbedingten Einstimmigkeitserfordernisses verfehlt werden.²⁸⁶ Eine zwingende Aufrechterhaltung des Erfordernisses der Einstimmigkeit ohne Erwägung einer Zustimmungspflicht überstimmter Vorstandsmitglieder kann daher nicht überzeugen.

Einer Aufspaltung der Entscheidung in eine Entscheidung über das „ob“ und eine über das „wie“ werden praktische Bedenken entgegengebracht.²⁸⁷ So wird angeführt, dass die Entscheidung für eine virtuelle Hauptversammlung notwendigerweise auch die Ausgestaltung der in § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 bis 4 COVID-GesRG thematisierten Aktionärsrechte und daher eine Aufspaltung nicht in Betracht käme.²⁸⁸ Allerdings soll bei der dort in Rede stehenden Aufspaltung die Frage nach dem „ob“ bereits die Modalität (virtuell) der Hauptversammlung umfassen.²⁸⁹ Die Frage nach dem „wie“ soll sodann nur noch die Ausgestaltung der Aktionärsrechte beinhalten.²⁹⁰ Die praktischen Bedenken sind zwar in Bezug auf die in Erwägung gezogene Aufspaltung berechtigt, sprechen aber nicht gegen die zuvor²⁹¹ vorgeschlagene Aufspaltung der Entscheidung, nach welcher die Frage nach dem „ob“ die Versammlungsmodalitäten (virtuell oder physisch) noch nicht umfasst.

285 Vgl. Begr. RegE AktG vom 13.06.1960, BT-Drs. III/1915, S. 149 (im Regierungsentwurf allerdings noch als § 117 AktG).

286 Vgl. bzgl. des gesetzgeberischen Ziels Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 3.

287 Vgl. Herrler, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 36d; vgl. *dens.*, GWR 2020, 191, 192.

288 Herrler, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 36d.

289 So wohl Herrler, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 36d, „Über die Einberufung einer virtuellen HV entscheidet der Gesamtvorstand als Organ.“ und „[...] die Entscheidung für eine virtuelle HV notwendig die Ausgestaltung der in Art. 2 § 1 II 1 Nr. 2–4 COVID-AbmilderungsG thematisierten Aktionärsrechte voraussetzt [...]“.

290 Vgl. Herrler, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 36d.

291 Dazu s.o. Zweiter Teil) A) II) 1) d).

Bezieht man nun, wie von *Herrler* angeregt,²⁹² die Frage nach der Ausgestaltung der in § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 bis 4 COVID-GesRG thematisierten Aktionärsrechte in die Diskussion mit ein, zeigt sich zudem eine Schwäche der Analogielösung: Eine Differenzierung zwischen dem „ob“ und dem „wie“ wird hier nicht vorgenommen. Mithin könnte mit einfacher Mehrheit nicht nur die Einberufung einer virtuellen Hauptversammlung, sondern auch die Ausgestaltung der Aktionärsrechte beschlossen werden, welche Voraussetzung für die Einberufung einer virtuellen Hauptversammlung ist. Die Entscheidung über die Ausgestaltung ist jedoch ein bedeutender Eingriff in die Aktionärsrechte. Dass ein solcher mit der geringeren Legitimation einer nur einfachen Mehrheit erfolgen kann, erscheint unangemessen. Somit kann auch die Analogielösung letztlich nicht überzeugen.

In Anbetracht der vorgebrachten Erwägungen ist die Frage nach der konkret erforderlichen Vorstandsmehrheit zur Einberufung wie folgt zu beantworten: Über die grundsätzliche Frage danach, ob eine Hauptversammlung einberufen werden soll, entscheidet der Vorstand gem. § 121 Abs. 2 S. 1 AktG mit einfacher Mehrheit. Fällt diese Entscheidung positiv aus, sind sodann im zweiten Schritt einstimmig die Versammlungsmodalitäten zu beschließen. Ist die Einberufung einer virtuellen Versammlung faktisch die einzige Möglichkeit die Hauptversammlung durchzuführen, so hat eine möglicherweise dagegenstehende Vorstandsminderheit dieser Versammlungsmodalität zuzustimmen.²⁹³ Bei der damit einhergehenden Entscheidung über die Ausgestaltung der Aktionärsrechte ist ebenfalls Einstimmigkeit erforderlich. Eine Pflicht einzelner Vorstandsmitglieder einer konkreten Ausgestaltung zuzustimmen besteht dabei nicht. Allerdings sind alle Vorstandsmitglieder nach dem Kollegialprinzip dazu verpflichtet einen, die Durchführung der Hauptversammlung ermöglichenden, Kompromiss zu finden. Dabei besteht die Verpflichtung sich sachlich besseren Argumenten anderer Vorstandsmitglieder unterzuordnen.

2) Zustimmungskompetenz des Aufsichtsrates

§ 1 Abs. 6 S. 1 COVID-GesRG bestimmt, dass die Entscheidungen des Vorstandes jeweils der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen. Hierdurch sollen ein Missbrauch der Kompetenzen durch den Vorstand verhindert und die Überwachungskompetenz des Aufsichtsrats gewährleistet wer-

292 Vgl. *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 36d.

293 Vgl. oben Zweiter Teil) A) II) 1) d).

den.²⁹⁴ Dem Wortlaut der Norm nach bedarf der Vorstand damit auch zur Entscheidung über die Auswahl der zu beantwortenden Fragen gem. § 1 Abs. 2 S. 2 COVID-GesRG die Zustimmung des Aufsichtsrates.²⁹⁵

a) Mehrheitserfordernis und Delegation auf Ausschüsse

Über Beschlussgegenstände, die ihm gesetzlich zugewiesen sind, entscheidet der Aufsichtsrat grundsätzlich mit einfacher Mehrheit.²⁹⁶ Hiervon abweichende Regelungen trifft das COVID-GesRG nicht.

Allerdings kann der Aufsichtsrat nach allgemeinen Grundsätzen auch Beschlusskompetenzen auf Ausschüsse delegieren. Diese Delegationsmöglichkeit findet ihre Grenzen nur in § 107 Abs. 3 S. 7 AktG und darin, dass die allgemeine Überwachung des Vorstands nicht auf Ausschüsse übertragen werden darf.²⁹⁷ Da sich der Zustimmungsvorbehalt zu den Entscheidungen über Digitalisierungs- und Fernteilnahmemöglichkeiten jeweils auf konkrete Fragestellungen bezieht, handelt es sich hierbei nicht um eine generelle Delegation der Überwachungsaufgabe.²⁹⁸ Eine Übertragung der jeweiligen Zustimmungsentscheidungen an Aufsichtsratsausschüsse ist daher möglich.²⁹⁹ Allerdings wird eine solche Delegation in Anbetracht der in Rede stehenden Eingriffe in Aktionärsrechte häufig nicht einer angemessenen Ausübung der Aufsichtsratspflichten und guter *Corporate Governance* entsprechen.³⁰⁰ Vielmehr sollte hier im Regelfall eine Beschlussfassung im Plenum erfolgen.

294 Vgl. Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 27.

295 Hoffmann, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 81.

296 Deilmann, BB 2012, 2191, 2194; Koch, in: Hüffer/Koch, Kurzkommentar zum Aktiengesetz, AktG § 108 Rn. 6 ff.; Bürgers/Fischer, in: Bürgers/Körber/Lieder, Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 108 Rn. 10.

297 Illner, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 133; Bürgers/Fischer, in: Bürgers/Körber/Lieder, Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 107 Rn. 22.

298 Illner, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 133.

299 Dies gilt gem. §§ 107 Abs. 3 S. 7, 59 Abs. 2 und 3 allerdings nicht für die Zustimmung zur Vorstandsentscheidung gem. § 1 Abs. 4 COVID-GesRG für die Zahlung eines Abschlags, Illner, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 133.

300 Vgl. Illner, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 134.

b) Präsenzlose Beschlussfassung

Während eine präsenzlose Beschlussfassung des Aufsichtsrates bislang gem. § 108 Abs. 4 AktG vorbehaltlich davon abweichender Regelungen in Satzung oder Geschäftsordnung zulässig war, wenn kein Mitglied einem solchen Verfahren widersprach,³⁰¹ bestimmt § 1 Abs. 6 S. 2 COVID-GesRG abweichend davon, dass eine präsenzlose Fassung der Zustimmungsbeschlüsse unabhängig von Satzung- und Geschäftsordnung möglich ist. Die neben der Nennung der Möglichkeiten der schriftlichen und fernmündlichen Beschlussfassung verwendete Formulierung „oder in vergleichbarer Weise“ kommt dabei – ebenso wie der ähnlichen Formulierung in § 108 Abs. 4 AktG – Auffangcharakter zu und stellt damit sicher, dass jegliche Art der – insbesondere auch digitalen – Fernkommunikation zwischen den Aufsichtsratsmitgliedern für die Beschlussfassung ausreichend ist.³⁰²

Unklar ist, wie sich unter der Notfallgesetzgebung der Widerspruch eines Aufsichtsratsmitglieds gegen eine präsenzlose Beschlussfassung auswirkt. Teilweise wird angeführt, dass wegen des Dispenses vom Erfordernis satzungs- oder geschäftsordnungsmäßiger Ermächtigungen zur präsenzlosen Beschlussfassung der Widerspruch einzelner Mitglieder gegen eine solche Beschlussfassung unschädlich sei.³⁰³ Diese Argumentation verkennt, dass Satzungs- oder Geschäftsordnungsbestimmungen i.S.d. § 108 Abs. 4 AktG nicht nur Ermächtigungen, sondern auch Verbote oder Einschränkungen präsenzloser Beschlussfassungen enthalten können,³⁰⁴ zu deren Überwindung § 1 Abs. 6 S. 2 COVID-GesRG erforderlich ist. Bereits damit kommt der Norm ein hinreichender Aussagegehalt zu. Eine dahingehende extensive Auslegung, dass die Norm einer Satzungsklausel gleichkommt, welche Widersprüche einzelner Mitglieder für unbeachtlich erklärt, bedarf es folglich nicht. Mit dem Dispens von Ermächtigungen zu

301 Vgl. *Koch*, in: Hüffer/Koch, Kurzkomentar zum Aktiengesetz, AktG § 108 Rn. 21.

302 Vgl. *Tomasic*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 108 Rn. 8a; vgl. hierzu aber zugleich auch umfassend zu der dort negativ beschiedenen Fragestellung, ob Video- oder Internetkonferenzen einer Präsenzsitzung des Aufsichtsrates gleichzustellen sind, *Spindler*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 108 Rn. 64 ff.

303 So *Illner*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 144; ebenso *Kremer/Mucic/München/Werder*, DB 2021, 1145, 1147; sowie *Tomasic*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 108 Rn. 8a.

304 Bezüglich der Möglichkeiten zur Satzungsgestaltung vgl. *Spindler*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 108 Rn. 68.

argumentieren, greift mithin zu kurz. Zuzugestehen ist dieser Auffassung, dass ein Festhalten an dem Widerspruchsrecht die Handlungsfähigkeit des Aufsichtsrates konterkarieren oder ein Gesundheitsgefahren erhöhendes physisches Zusammentreffen provozieren könnte,³⁰⁵ was beides dem Telos des COVID-GesRG widerspräche. Der Wortlaut des § 1 Abs. 6 S. 2 COVID-GesRG weist keine Anhaltspunkte für eine Abbedingung des Widerspruchsrechts durch den Krisengesetzgeber auf.³⁰⁶ In Anbetracht dessen und der Tatsache, dass der Gesetzgeber das Einstimmigkeitserfordernis ohne Weiteres hätte abbedingen können, was er etwa für GmbH-Gesellschafter in § 2 desselben Gesetzes getan hat, muss davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber an dem Widerspruchsrecht des § 108 Abs. 4 AktG festhalten wollte.³⁰⁷ Eine präsenslose Beschlussfassung gegen den Widerspruch auch nur einzelner Aufsichtsratsmitglieder ist somit unzulässig. Allerdings führt dieses Ergebnis nicht zwangsläufig dazu, dass ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied die präsenslose Beschlussfassung verhindern kann. So wird die, dem Aufsichtsratsmitglied obliegende Treuepflicht,³⁰⁸ das Organmitglied im Fall eines akuten Infektionsrisikos und einer zugleich anstehenden Entscheidung, welche nach dem pflichtgemäßem Ermessen der Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder unverzüglich zu treffen ist, dazu verpflichtet, einen Widerspruch gegen die präsenslose Beschlussfassung zu unterlassen und sich mit dieser einverstanden zu erklären.³⁰⁹ Bestehen sogar tatsächlich Reise- oder Versammlungsbeschränkungen, die einer Präsenz-Aufsichtsratssitzung entgegenstehen, so ist ein dennoch erklärter Widerspruch gegen eine präsenslose Beschlussfassung rechtsmissbräuchlich und damit unbeachtlich.³¹⁰ Trotz des weiterhin grundsätzlich bestehenden

305 Vgl. *Römermann/Grupe*, in: Leitfaden Covid-19-Pandemie, Teil 3 Rn. 66.

306 Vgl. *Römermann/Grupe*, in: *Römermann, COVID-19 Abmilderungsgesetze, CO-VMG § 1 Rn. 132*; vgl. auch *Spindler*, in: *Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 108 Rn. 73*.

307 Vgl. *Römermann/Grupe*, in: *Römermann, COVID-19 Abmilderungsgesetze, CO-VMG § 1 Rn. 133*.

308 Zur Treuepflicht von Aufsichtsratsmitgliedern siehe *P. Doralt/W. Doralt*, in: *Arbeitshdb. Aufsichtsratsmitglieder, § 16 Rn. 148 ff.*; sowie *Henssler*, in: *Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 116 AktG Rn. 8*; *Kals*, in: *Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 116 Rn. 103*.

309 Vgl. *Heusel/Goette*, AG 2020, 411, 417 f.; vgl. *Roth*, in: *FS Windbichler, S. 963, 970*; vgl. *Spindler*, in: *Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 108 Rn. 73*; vgl. *Vossius*, notar 2020, 177.

310 Vgl. *Hopt/Roth*, in: *Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 108 Rn. 189*; vgl. *Roth*, in: *FS Windbichler, S. 963, 970*.

Widerspruchsrechts ist eine Handlungsunfähigkeit des Aufsichtsrates insgesamt nicht zu befürchten.

Klarzustellen ist an dieser Stelle, dass die vorgenannten Bestimmungen nur für die Zustimmungsbeschlüsse zu Vorstandsentscheidungen nach den Absätzen 1 bis 5 des § 1 COVID-GesRG gelten.³¹¹ Dies ergibt sich aus dem Wortlaut „den Beschluss über die Zustimmung“ des § 1 Abs. 6 S. 2 COVID-GesRG.³¹² Für alle übrigen Aufsichtsratsbeschlüsse gilt § 108 Abs. 4 AktG unverändert fort.

Zu beachten ist zudem auch, dass die Erleichterung der präsenzlosen Beschlussfassung dem Wortlaut des § 1 Abs. 6 S. 2 COVID-GesRG nach nur für die Beschlussfassung des Aufsichtsrats gilt. Anders als in § 108 Abs. 4 AktG hat der Gesetzgeber hier auf eine Einbeziehung möglicher Ausschüsse verzichtet. Sollte mithin eine Delegation der entsprechenden Beschlussgegenstände an Aufsichtsratsausschüsse erfolgen, findet § 1 Abs. 6 S. 2 COVID-GesRG keine Anwendung, sodass § 108 Abs. 4 AktG unverändert fort gilt.³¹³

c) Durchsetzungsmacht kraft Vetorechts

Verweigert der Aufsichtsrat die Zustimmung zu einer oder mehrerer Entscheidungen des Vorstands, hat ihre Ausführung zu unterbleiben. Dem Vorstand bleibt dann entweder der Rückgriff auf seine Kompetenzen nach dem AktG, die während der Pandemie allerdings regelmäßig keine rechtssichere Abhaltung von Hauptversammlungen gewährleisten konnten, oder aber die erneute Vorlage der überarbeiteten Entscheidung.³¹⁴ Demnach steht dem Aufsichtsrat faktisch ein Vetorecht zu, mittels welchem er die konkrete Ausgestaltung der Hauptversammlung beeinflussen kann.³¹⁵

311 Vgl. *Tomasic*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 108 Rn. 8a; *Römermann/Grupe*, in: Römermann, COVID-19 Abmilderungsgesetze, COVMG § 1 Rn. 139.

312 *Römermann/Grupe*, in: Römermann, COVID-19 Abmilderungsgesetze, COVMG § 1 Rn. 139.

313 Vgl. *Illner*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 134.

314 Vgl. *Hoffmann*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 81.

315 Vgl. *Hoffmann*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 81.

3) Zwischenfazit

Insgesamt besteht eine rechtliche und faktische Kompetenzerweiterung auf Seiten des Vorstands und des Aufsichtsrates in Fragen, welche nach der Konzeption des Aktienrechts der Hauptversammlung als Satzungsgeberin zustünden. Da hierdurch gerade erst die Einberufung der Hauptversammlung und damit eine irgendwie geartete Rechtsausübung durch dieselbe ermöglicht werden sollte, kommen kaum praktisch handhabbare Alternativen zu umfangreicheren Vorstands- oder Aufsichtsratskompetenzen in Betracht. Grundlegende Einwände gegen diese Konzeption können daher nicht vorgebracht werden.

III) Fristveränderungen

Entgegen der Regel des § 175 Abs. 1 S. 2 AktG sieht § 1 Abs. 5 COVID-GesRG vor, dass die Hauptversammlung nicht in den ersten acht Monaten eines Geschäftsjahres abgehalten werden muss, sondern im gesamten Geschäftsjahr abgehalten werden kann. Soweit das Geschäftsjahr, wie weithin üblich³¹⁶ dem Kalenderjahr entspricht, wäre ohne diese Regelung eine Ballung der Hauptversammlungen im August zu befürchten gewesen, ohne dass für diesen Zeitpunkt bereits eine Lösung der pandemiebedingten Probleme ersichtlich gewesen wäre.³¹⁷ Zudem hätte dies bei Aufsichtsratsmitgliedern mit mehreren Mandaten, aber auch bei aktiven Investoren erhebliche Terminkonflikte verursachen können.³¹⁸

Hinzu tritt § 1 Abs. 3 COVID-GesRG, welcher es in das Ermessen des Vorstands stellt, eine Hauptversammlung mit gegenüber den Regelungen der §§ 121 ff. AktG verkürzten Fristen und Terminen einzuberufen.³¹⁹ So kann die Hauptversammlung gem. § 1 Abs. 3 S. 1 COVID-GesRG noch 21 Tage (statt 30 Tagen) vor dem Tag der Hauptversammlung einberufen werden.³²⁰ Wird die Hauptversammlung mit der verkürzten Frist einberufen, müssen Mitteilungen gem. § 125 Abs. 1 S. 1 AktG bis spätestens 12 Tage vor der Hauptversammlung (statt 21 Tage) und Mitteilungen nach

316 Noack/Zetsche, AG 2020, 265, 274.

317 Hippeli, DZWIR 2020, 263, 265; Vetter/Tielmann, NJW 2020, 1175.

318 Vgl. Hippeli, DZWIR 2020, 263, 265.

319 Vgl. Fröhling/Issmer, WM 2020, 669, 671 f.; vgl. Noack/Zetsche, AG 2020, 265, 273.

320 Vgl. Schulze/Hanifi-Atashgah, jurisPR-HaGesR 3/2020 Anm. 1.

§ 125 Abs. 2 AktG an die zu Beginn des zwölften Tages (statt des 21 Tages) vor der Hauptversammlung im Aktienregister Eingetragenen erfolgen, § 1 Abs. 3 S. 3 COVID-GesRG. Des Weiteren wird die Frist für Tagesordnungsergänzungsverlangen von Aktionären gem. § 1 Abs. 3 S. 1 COVID-GesRG S. 4 auf 14 Tage verkürzt.

Der Nachweis des Anteilsbesitzes nach § 123 Abs. 4 S. 2 AktG muss sich bei börsennotierten³²¹ Gesellschaften gem. § 1 Abs. 3 S. 2 AktG auf den Beginn des zwölften Tages vor der Versammlung beziehen und der Gesellschaft bei Inhaberaktien spätestens am vierten Tag zugehen, wobei der Vorstand selbst im Fall entgegenstehender Satzungsbestimmungen gem. § 1 Abs. 3 S. 2 Hs. 2, 3 AktG eine kürzere Frist festlegen kann.³²²

Diese Maßnahmen sollen die Vorbereitungszeit für die Hauptversammlung verkürzen und den Gesellschaften die schnellere Herbeiführung von Hauptversammlungsbeschlüssen ermöglichen.³²³ Das bringt zum einen den Vorteil mit sich, dass die Gesellschaften so kurzfristiger auf Veränderungen öffentlich-rechtlicher Versammlungsbeschränkungen reagieren können und zum anderen wird so die, gerade in Krisenzeiten, erforderliche Flexibilität und Handlungsfähigkeit, erhöht.³²⁴

IV) Online-Teilnahme

Während eine Online-Teilnahme gem. § 118 Abs. 1 S. 2 AktG bislang nur auf Grundlage einer entsprechenden Satzungsbestimmung möglich war, lässt § 1 Abs. 1 COVID-GesRG den Satzungsvorbehalt entfallen und überlässt die Entscheidung dem Vorstand.³²⁵ Da § 1 Abs. 1 COVID-GesRG bezüglich der hiernach gestatteten Online-Teilnahme selbst auf die Online-Teilnahme gem. § 118 Abs. 1 S. 2 AktG verweist, wird klargestellt, dass es sich in der Sache um das gleiche Instrument handelt und somit auch hinsichtlich der Rechtsstellung der Aktionäre zunächst keine Unterschiede bestehen.³²⁶ Die konkrete Ausgestaltung einer Online-Teilnahme kann je-

321 Eine analoge Anwendung auf börsenferne Gesellschaften muss jedenfalls mangels Planwidrigkeit einer etwaigen Regelungslücke ausscheiden, LG Köln, Urteil vom 04. März 2021 – 91 O 12/20 –, Rn. 36, juris.

322 Vgl. *Römermann/Grupe*, in: *Römermann, COVID-19 Abmilderungsgesetze, CO-VMG* § 1 Rn. 107 f.

323 *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 273.

324 Vgl. *Vetter/Tielmann*, NJW 2020, 1175, 1180.

325 Vgl. auch *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 266.

326 Zur Online-Teilnahme gem. § 118 Abs. 1 S. 2 AktG s.o. Erster Teil) B) 1).

doch stark variieren. Ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien soll der Vorstand die Definition der Rechtsausübung durch Online-Teilnehmer frei vornehmen können.³²⁷ Gem. § 1 Abs. 1 COVID-GesRG kann der Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrates mithin nicht nur bestimmen, welche versammlungsgebundenen Rechte die Online-Teilnehmer überhaupt ausüben können, sondern auch den Umfang der einzelnen Rechte festlegen.³²⁸ Einer solchen absoluten Freiheit der Verwaltung könnten sowohl Satzungsbestimmungen als auch Aktionärsrechte entgegenstehen.

1) Satzungsbestimmungen als Grenzen der Definitionsfreiheit

Da § 1 Abs. 1 COVID-GesRG einen Bereich gesetzlich regelt, der im Normalfall der Satzungsautonomie der Gesellschaften unterliegt, ist zu klären, in welchem Verhältnis die neue gesetzliche Verwaltungsermächtigung zu bestehenden Satzungsbestimmungen steht und ob solche Satzungsbestimmungen die Definitionsfreiheit der Verwaltung beschränken. Diesbezüglich sind verschiedene Konfliktsituationen denkbar.

a) Umfassende Vorstandsermächtigung in der Satzung

Zunächst kann der Fall eintreten, dass die Hauptversammlung sowohl die Entscheidung über das „ob“ als auch das „wie“ der Ermöglichung der Online-Teilnahme in der Satzung vollumfänglich an den Vorstand delegiert hat. In einem solchen Fall laufen die Kompetenzen aus Satzung und Gesetz parallel. Eine Veränderung tritt in diesem Fall durch das COVID-GesRG nicht ein.³²⁹

b) Erweiterung einer in der Satzung vorgesehenen Online-Teilnahme

Zudem kommt in Betracht, dass die Satzung eine Entscheidung für die Online-Teilnahme trifft und zugleich die auszuübenden Rechte definiert, der Vorstand die Online-Teilnahme darüber hinaus jedoch erweitern möchte. Anders als § 1 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 COVID-GesRG stellt der Wortlaut

327 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

328 Schäfer, NZG 2020, 481, 482.

329 Vgl. Römermann/Grupe, in: Leitfaden Covid-19-Pandemie, Teil 3 Rn. 17.

des § 1 Abs. 1 COVID-GesRG nicht ausdrücklich klar, dass abweichende Satzungsbestimmungen unbeachtlich sind.³³⁰ Allerdings kann aus dem Wortlaut der Norm, nach welchem die Vorstandskompetenz selbst ohne eine Ermächtigung in der Satzung gegeben sein soll, geschlossen werden, dass diese Kompetenz erst recht bei einer grundsätzlichen Entscheidung der Satzung für eine Online-Teilnahme bestehen muss. Eine andere Auslegung der Norm wäre wertungswidersprüchlich.³³¹ In Anbetracht der pandemiebedingten Umstände kann diesem Normverständnis auch nicht entgegengehalten werden, dass so eine möglicherweise abschließende Regelung des Satzungsgebers unterlaufen würde, da derartige Umstände wohl kaum in die Erwägungen zur Satzungsgestaltung eingeflossen sein können. Dieses Ergebnis kann durch eine teleologische Auslegung der Norm bekräftigt werden: Die Gesetzesentwurfsbegründung nennt ausdrücklich die Erleichterung des Einsatzes elektronischer Fernkommunikationsmittel bei der Durchführung von Hauptversammlungen als Zweck der Norm.³³² Nicht zuletzt spricht auch der *lex-posterior*-Grundsatz für dieses Ergebnis.³³³ Eine Erweiterung der in der Satzung zur Online-Ausübung vorgesehenen Rechte ist mithin von der Vorstandskompetenz in § 1 Abs. 1 COVID-GesRG gedeckt.³³⁴

Mit den gleichen Argumenten ist eine umfassende Vorstandskompetenz selbst in dem kaum praxisrelevanten Fall, dass die Satzung einer Gesellschaft eine Online-Teilnahme aus deklaratorischen Gründen ausdrücklich ausschließt, zu begründen.

c) Online-Teilnahme ohne Satzungsklausel

Darüber hinaus ist der Fall zu untersuchen, in dem die Satzung der Aktiengesellschaft bislang gar keine Aussage über eine Online-Teilnahme der Aktionäre an der Hauptversammlung trifft. Aus Sicht des Gesetzgebers

330 So auch *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 8a.

331 *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 8a.

332 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

333 *Krenek*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 9.

334 So auch *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 8a; *Hoffmann*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 65; *Krenek*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 9; *Lieder*, ZIP 2020, 837, 843; *Stelmaszczyk/Forschner*, DK 2020, 221, 224; *Wälzholz/Bayer*, DNotZ 2020, 285, 288.

war dies der vorwiegend intendierte Anwendungsfall des § 1 Abs. 1 COVID-GesRG.³³⁵ Dementsprechend stellt der Wortlaut der Norm ausdrücklich klar, dass die entsprechende Vorstandskompetenz „auch ohne Ermächtigung durch die Satzung“ bestehen soll. Dies gilt vor allem wegen der Zielsetzungen der Norm, dem Vorstand den Einsatz elektronischer Fernkommunikationsmittel zu erleichtern und ihm umfassende Flexibilität hinsichtlich der Gestattung der Online-Teilnahme einzuräumen,³³⁶ was insbesondere bei Gesellschaften, deren Satzung gar keinen Einsatz solcher Instrumente vorsieht, erforderlich ist.

In Anbetracht dessen ist dem Schrifttum zuzustimmen, welches einheitlich davon ausgeht, dass im Fall gänzlich fehlender Satzungsbestimmungen § 1 Abs. 1 COVID-GesRG dem Vorstand eine, jedenfalls nicht durch die Satzung beschränkte, originäre Kompetenz zur Entscheidung sowohl über das „ob“ als auch das „wie“ einer Online-Teilnahme verschafft.³³⁷

Allerdings vertreten *Römermann/Grupe* die Auffassung, dass nur der zuvor erläuterte Fall – also die Erweiterung einer in der Satzung vorgesehenen Online-Teilnahme – vom Wortlaut des § 1 Abs. 1 COVID-GesRG gedeckt sei und auch die Gesetzmaterialien keine Aussage zum Fall einer Online-Teilnahme ohne Satzungsklausel trafen.³³⁸ Zwar kommen sie über eine teleologische Auslegung ebenfalls zum hier vertretenen Ergebnis, jedoch ist der Argumentation der Autoren bereits in Anbetracht des Wortlauts „ohne Ermächtigung durch die Satzung“ zu widersprechen. Hinzu kommt, dass die Gesetzesbegründung zwischen der „Entscheidung über die Zulassung der elektronischen Teilnahme“ (Entscheidung über das „ob“) und der Vornahme der „Definition der Rechteaübung“ (Entscheidung über das „wie“) unterscheidet und somit verdeutlicht, dass das Gesetz bereits dem Grundgedanken nach nicht nur den Fall umfasst, in dem bereits die Satzung eine grundlegende Entscheidung für die Online-

335 Vgl. *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 266: „Der Gesetzgeber wollte aber nicht nur Gesellschaften ohne Satzungsklausel helfen [...]“.

336 Vgl. Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26; vgl. *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 8a.

337 Vgl. *Bürkle*, in: Compliance in Versicherungsunternehmen, § 20 Rn. 7; *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 8a; *Hoffmann*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 65; vgl. *Noack*, in: Schmidt, COVID-19, § 10 Rn. 83; vgl. *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 266; vgl. *Schäfer*, NZG 2020, 481.

338 Vgl. *Römermann/Grupe*, in: Römermann, COVID-19 Abmilderungsgesetze, CO-VMG § 1 Rn. 20.

Teilnahme trifft, sondern auch den, in welchem die Entscheidung über das „ob“ einer Online-Teilnahme noch aussteht.³³⁹

d) Beschränkung einer in der Satzung definierten Online-Teilnahme

Zuletzt ist der Fall zu betrachten, dass die Satzung eine Online-Teilnahme vorsieht oder die Entscheidung über das „ob“ an der Vorstand delegiert und die Definition der Rechtsausübung im Fall einer Online-Teilnahme (abschließend) vorgenommen hat, aber der Vorstand die Rechtsausübungsmöglichkeiten gegenüber dem in der Satzung vorgesehenen Stand beschränken möchte. Dem Wortlaut der Norm ist hierzu nichts zu entnehmen. Auch die Gesetzesentwurfsbegründung greift diesen Fall nicht unmittelbar auf, enthält aber die Aussage, dass der Vorstand bei der Definition der Rechtsausübung durch Online-Teilnehmer „frei“ sei.³⁴⁰ Dies lässt auf eine Freiheit des Vorstands bei Abweichungen von Satzungsbestimmungen in beide Richtungen schließen. Der Telos des § 1 Abs. 1 COVID-GesRG, dem Vorstand umfassende Flexibilität hinsichtlich der Gestaltung der Online-Teilnahme einzuräumen,³⁴¹ kann sowohl dahingehend interpretiert werden, dass dem Vorstand eine satzungsunabhängige Gestaltungsfreiheit in jede Richtung zustehen soll, als auch derart, dass nur Erweiterungen der elektronischen Teilnahmemöglichkeiten gegenüber dem Satzungsinhalt möglich sein sollen.³⁴² Bei isolierter Betrachtung des § 1 Abs. 1 COVID-GesRG ist das Auslegungsergebnis mithin nur bedingt aussagekräftig. Sofern die Literatur bislang überhaupt Stellung zu dieser Frage nimmt, wird eine Beschränkungsmöglichkeit des Vorstands gegenüber dem Satzungsinhalt abgelehnt.³⁴³

339 Vgl. Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

340 Vgl. Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

341 *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 8a.

342 Nur Erweiterungen gegenüber dem Satzungsinhalt zulassend *Hoffmann*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 65; wohl ebenso *Tröger*, BB 2020, 1091, 1092.

343 Vgl. *Hoffmann*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 65; vgl. *Tröger*, BB 2020, 1091, 1092; a.A. wohl *Wälzholz/Bayer*, DNotZ 2020, 285, 288, die den Fall, dass der Vorstand eine in der Satzung bereits definierte Online-Teilnahme beschränken möchte, allerdings nicht explizit benennen, sondern pauschal davon ausgehen, dass „die gesetzlichen Regelungen und Möglichkeiten des COVID-19-Gesetzes widersprechenden Satzungsbestimmungen vorgehen“.

Allerdings könnte der Fall eintreten, dass der Vorstand auf Grund einer ungewöhnlich hohen Anzahl an zu erwartenden Online-Teilnehmern die Situation nur unter Ausschluss von gewissen Aktionärsrechten – insbesondere dem Rede- oder Fragerecht – für beherrschbar hält. Betrachtet man § 1 Abs. 2 COVID-GesRG, so lässt sich die grundsätzliche Entscheidung des Gesetzgebers ablesen, dass eine Versammlung unter Beschränkung der Aktionärsrechte gegenüber einer Absage der Hauptversammlung zu präferieren ist. In Anbetracht des hier erkennbaren gesetzgeberischen Willens kann sich auch für die Vorstandskompetenz nach § 1 Abs. 1 COVID-GesRG nichts anderes ergeben: Die Ermöglichung einer Online-Teilnahme mit eingeschränkten Aktionärsrechten ist einer Versagung der Online-Teilnahme oder gar dem Eintritt einer möglicherweise unbeherrschbaren Situation, welche Rechtsunsicherheiten und ein hohes Anfechtungsrisiko birgt, vorzuziehen. Auch die Gefahr willkürlicher Rechtsverkürzungen durch den Vorstand ist insofern begrenzt, als dass die jeweiligen Entscheidungen einer gerichtlichen Überprüfung zumindest beschränkt zugänglich sind und der Vorstand bei seiner Entscheidungsfindung die Gefahr möglicher Klagen in seine Abwägung einbeziehen wird.³⁴⁴

Mithin ist auch eine Beschränkung einer in der Satzung bereits definierten Online-Teilnahme von der Vorstandskompetenz des § 1 Abs. 1 COVID-GesRG umfasst.

2) Sonstige Aktionärsrechte als Grenzen der Definitionsfreiheit

Wie zuvor dargestellt, beschränkt die Satzung die Definitionsfreiheit des Vorstandes im Rahmen des § 1 Abs. 1 COVID-GesRG nicht. Zu überprüfen ist jedoch, ob gesetzliche Aktionärsrechte hier eine Schranke darstellen können.

a) Präsenzrecht

Zunächst stellt sich die Frage des Verhältnisses der Krisenkompetenz des Vorstandes zum Präsenzrecht der Aktionäre. Da sich § 1 Abs. 1 COVID-GesRG ausdrücklich auf die elektronische Teilnahme nach § 118 Abs. 1 S. 2 AktG bezieht, entspricht die Rechtsstellung der Aktionäre auch bei

344 Zur gerichtlichen Überprüfbarkeit der entsprechenden Vorstandsentscheidungen s.u. Zweiter Teil) B) II).

der per Vorstandsbeschluss ermöglichten Online-Teilnahme derer im Fall einer Ermöglichung durch die Satzung. Demnach besteht trotz der Möglichkeit zur Online-Teilnahme das Präsenzrecht der Aktionäre fort.³⁴⁵ Dieses Ergebnis lässt sich durch einen Umkehrschluss aus § 1 Abs. 2 COVID-GesRG bekräftigen, da dieser explizit die Möglichkeit vorsieht, die physische Präsenz der Aktionäre auszuschließen. Ein Weisungsrecht des Vorstands gegenüber den Aktionären, die angebotenen Möglichkeiten zu nutzen, lässt sich weder dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 COVID-GesRG noch der Gesetzesbegründung entnehmen.³⁴⁶ Mithin können keinerlei Einschränkungen des Präsenzrechts allein auf Grundlage von § 1 Abs. 1 COVID-GesRG vorgenommen werden.

b) Recht auf Gleichbehandlung und Anfechtungsrecht

Sofern eine Präsenzhauptversammlung mit Online-Beteiligung tatsächlich durchführbar ist, besteht bei der Definition der Rechtsausübungsmöglichkeiten der Online-Teilnehmer keine Verpflichtung des Vorstands nach § 53a AktG oder Art. 4 ARRL zur Gleichbehandlung von Online- und Präsenzteilnehmern.³⁴⁷ Insofern gilt hier mangels abweichender Regelungen im Krisengesetz ebenfalls nichts anderes als im Fall einer satzungsbedingten Online-Teilnahme nach § 118 Abs. 1 S. 2 AktG.³⁴⁸

Da § 1 Abs. 1 COVID-GesRG bei isolierter Betrachtung weiterhin vom Grundsatz der Präsenzversammlung ausgeht, kann auch das Anfechtungsrecht der Online-Teilnehmer mittelbar durch Versagung einer Möglichkeit zur Abgabe eines Online-Widerspruchs erheblich eingeschränkt werden.³⁴⁹

3) Zwischenfazit

Die Bandbreite an Gestaltungsmöglichkeiten der Online-Teilnahme hat sich durch das COVID-GesRG nicht verändert. Bei der zuvor zunächst vorgenommenen isolierten Betrachtung von § 1 Abs. 1 COVID-GesRG be-

345 So auch *Vetter/Tielmann*, NJW 2020, 1175, 1176; zur Unentziehbarkeit des Präsenzrechts im Rahmen des § 118 Abs. 1 S. 2 AktG s.o. Erster Teil) B) I) 1) a).

346 In dem Sinne auch: *Schäfer*, NZG 2020, 481, 482 f.

347 Vgl. *Schäfer*, NZG 2020, 481, 482.

348 Dazu s.o. Erster Teil) B) I) 1) b).

349 Vgl. *Schäfer*, NZG 2020, 481, 482; s.o. Erster Teil) B) I) 1) b) cc).

steht die Neuerung im Wesentlichen in der Verschiebung der Kompetenz aller die Online-Teilnahme betreffenden Entscheidungen von der Hauptversammlung auf den Vorstand. Die Untersuchung hat gezeigt, dass diese Vorstandskompetenz im Grundsatz unabhängig vom Inhalt der Satzung besteht. Die Online-Teilnahme ist weiterhin nur ein optionales Angebot an die Aktionäre. Eine Ermächtigung zum Ausschluss des Präsenzrechts enthält § 1 Abs. 1 COVID-GesRG ebenso wenig wie § 118 Abs. 1 S. 2 AktG.

Eine (Online-) Hauptversammlung, deren genaue Zahl an Präsenzteilnehmern man nicht kennt, ließe sich jedoch in Anbetracht der dynamischen Entwicklung der Pandemie und den sich ständig daran anpassen den gesundheitspolizeilichen Maßnahmen während beinahe der gesamten (verlängerten) Hauptversammlungssaisons 2020 und 2021 nicht sinnvoll organisieren.³⁵⁰ Das Kombinationsmodell konnte mithin allenfalls für einen kleinen Teil der Aktiengesellschaften die Lösung des Problems darstellen.

V) Briefwahl

Ebenso wie die Online-Teilnahme kann die Briefwahl im Normalfall gem. § 118 Abs. 2 S. 1 AktG nur bei Bestehen einer entsprechenden Satzungsgrundlage angeboten werden. Auch diesen Satzungsvorbehalt lässt § 1 Abs. 1 COVID-GesRG entfallen.

1) Erstreckung auf verschiedene Arten der Briefwahl

Zu beachten ist, dass § 1 Abs. 1 COVID-GesRG diesen Dispens vom Sitzungserfordernis dem Wortlaut nach nur für „die Stimmabgabe im Wege elektronischer Kommunikation“ vorsieht. Darüber hinaus umfasst § 118 Abs. 2 AktG ausdrücklich auch die schriftliche Briefwahl. Dieser terminologische Unterschied indiziert zunächst, dass der Krisengesetzgeber die Vorstandskompetenz nur für die elektronische Briefwahl vorsehen wollte.³⁵¹

350 Vgl. *Teichmann/Krapp*, DB 2020, 2169, 2171; vgl. *Rapp*, DStR 2020, 806, 809.

351 Es unter Verweis auf den Wortlaut bei diesem Resultat belassend *Herrler*, in: *Grigoleit*, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 20a; ebenso *Krenek*, in: *Hirte/Heidel*, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 11.

Gegen eine derart am Wortlaut verhaftende Auslegung spricht indes die Gesetzesentwurfsbegründung, welche davon ausgeht, dass die Verwaltungskompetenz nach § 1 Abs. 1 COVID-GesRG auch die Ermöglichung der schriftlichen Briefwahl umfasst.³⁵² Unter Berücksichtigung der Begründung kann die Norm auch als ein Verweis auf alle Briefwahlmöglichkeiten nach § 118 Abs. 2 AktG verstanden werden.

Darüber hinaus ist kein sachlicher Grund dafür ersichtlich, dem Vorstand zwar die Kompetenz zur Ermöglichung der elektronischen, aber nicht der schriftlichen Briefwahl einzuräumen. Insbesondere sind durch das Angebot der schriftlichen Briefwahl keine Beeinträchtigungen berechtigter Aktionärsinteressen zu befürchten.³⁵³ Ebenso spricht der Sinn und Zweck des Gesetzes, der Verwaltung eine weitgehende Flexibilisierung zu gewährleisten, dafür, dass auch die Ermöglichung der schriftlichen Briefwahl von der Vorstandskompetenz umfasst ist.³⁵⁴

Bei dem auf die elektronische Briefwahl verengten Wortlaut des § 1 Abs. 1 COVID-GesRG scheint es sich in Anbetracht der Entwurfsbegründung und der vorgenannten Argumente um ein Redaktionsversehen zu handeln.³⁵⁵ Gerade angesichts der kurzen Dauer des gesamten Gesetzgebungsverfahrens ist ein solches Versehen nicht unwahrscheinlich.

Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass die Vorstandskompetenz gem. § 1 Abs. 1 COVID-GesRG den Gestaltungsmöglichkeiten des Satzungsgebers aus § 118 Abs. 2 AktG vollumfänglich entspricht und der Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrates auch beschließen kann, eine schriftliche Briefwahl anzubieten.³⁵⁶

2) Verhältnis zu Satzungsbestimmungen

Auch im Zusammenhang mit der Briefwahl stellt sich die Frage, wie sich die vorübergehende Verwaltungskompetenz zu bestehenden Satzungsbestimmungen verhält. Räumt bereits die Satzung dem Vorstand die Ent-

352 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

353 Vgl. *Lieder*, ZIP 2020, 837, 843.

354 *Simons/Hauser*, NZG 2020, 488, 499.

355 Den Wortlaut ebenfalls für ein Redaktionsversehen haltend *Lieder*, ZIP 2020, 837, 843; ähnlich *honert + partner*, Die virtuelle Hauptversammlung – Erste Erfahrungen und Trends, <https://honert.de/die-virtuelle-hauptversammlung-erst-e-erfahrungen-und-trends/> (zuletzt abgerufen am 04.08.2021).

356 Im Ergebnis ebenso *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 449 f.; *Lieder*, ZIP 2020, 837, 843; *Simons/Hauser*, NZG 2020, 488, 499.

scheidungskompetenz bezüglich der Ermöglichung der Briefwahl ein, laufen Gesetz und Satzung parallel; ein Konflikt besteht zwischen ihnen nicht.³⁵⁷ Enthält die Satzung bislang keine Bestimmungen zur Briefwahl nach § 118 Abs. 2 AktG, verschafft § 1 Abs. 1 COVID-GesRG dem Vorstand eine umfassende, originäre Entscheidungskompetenz bezüglich der Ermöglichung der elektronischen und/oder der schriftlichen Briefwahl.³⁵⁸

Problematisch könnte allein der Fall sein, in dem die Satzung eine bestimmte Variante der Briefwahl – typischerweise die schriftliche – vorsieht, der Vorstand jedoch lediglich die elektronische oder, bei Ermöglichung der Online-Teilnahme, gar keine Briefwahl ermöglichen möchte.³⁵⁹ Da § 1 Abs. 1 COVID-GesRG bei isolierter Betrachtung nach wie vor vom Angebot einer Präsenzveranstaltung ausgeht, wäre im vorgenannten Fall selbst für Aktionäre, denen eine elektronische Stimmabgabe nicht möglich ist, eine Ausübung des Stimmrechts durch einen Besuch der Versammlung vollumfänglich möglich. Eine Beschneidung gesetzlicher Aktionärsrechte wäre daher nicht zu befürchten. In Frage steht somit nur der Entzug einer in der Satzung eingeräumten Rechtsausübungsmöglichkeit. Auch in diesem Fall spricht der Normzweck des § 1 Abs. 1 COVID-GesRG, eine weitgehende Flexibilisierung der Verwaltung herbeizuführen,³⁶⁰ dafür, dass der Vorstand unabhängig vom Satzungsinhalt bestimmen kann, ob überhaupt eine Briefwahl und wenn ja welche Art ermöglicht werden soll. Zu Bekräftigung dieses Ergebnisses können zudem der Wortlaut der Norm und die Gesetzesentwurfsbegründung fruchtbar gemacht werden, welche dem Vorstand die „Entscheidung[en] über die Zulassung der Briefwahl“ und nicht nur eine Entscheidung *für* eine (ergänzende) Briefwahl zugesteht.³⁶¹

357 Vgl. zum ähnlich gelagerten Fall bezüglich der Online-Teilnahme bereits oben Zweiter Teil) A) IV) 1) a).

358 Vgl. *Römermann/Grupe*, in: Römermann, COVID-19 Abmilderungsgesetze, CO-VMG § 1 Rn. 20; zur Frage, ob diese Kompetenz bereits dem Wortlaut zu entnehmen ist oder durch eine teleologische Auslegung zu ermitteln ist vgl. bereits die Argumentation oben Zweiter Teil) A) IV) 1) c).

359 Dies käme etwa in Betracht, um bei einer mit verkürzten Fristen einberufenen Hauptversammlung durch Ausschaltung der Postlaufzeiten der an die Gesellschaft zurückzusendenden Briefwahlbögen, einen rechtzeitigen Zugang der Stimmen zu ermöglichen.

360 Vgl. *Simons/Hauser*, NZG 2020, 488, 499.

361 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

3) Zwischenfazit

Die Vorstandskompetenz gem. § 1 Abs. 1 COVID-GesRG zur Entscheidung über die Briefwahl entspricht vollumfänglich der gewöhnlicherweise bestehenden Kompetenz des Satzungsgebers nach § 118 Abs. 2 AktG. Sofern diesbezüglich bereits Satzungsbestimmungen bestehen, sind sie durch die neue gesetzliche Vorstandskompetenz als *overruled* anzusehen. Infolgedessen kann der Vorstand sowohl entscheiden, ob überhaupt eine Briefwahl, und wenn ja, welche Art der Briefwahl angeboten wird.

VI) Versammlungsübertragung in Bild und Ton

Die Übertragung der Versammlung in Bild und Ton kann gem. § 118 Abs. 4 AktG im Regelfall nur bei Bestehen einer entsprechenden Satzungs- oder Geschäftsordnungsgrundlage angeboten werden. Auch diesen Satzungs- beziehungsweise Geschäftsordnungsvorbehalt lässt § 1 Abs. 1 COVID-GesRG entfallen.

Bezüglich der Versammlungsübertragung ist im ersten Schritt die Frage zu stellen, ob überhaupt eine Übertragung stattfinden soll. Sodann muss festgelegt werden, ob die ganze Versammlung oder nur einzelne Abschnitte übertragen werden sollen.³⁶² Mithin ist auch hier zu klären, ob dem Vorstand sowohl die Entscheidung über das „ob“ als auch über das „wie“ zusteht und inwiefern er bei seiner Entscheidung durch Satzungsbestimmungen eingeschränkt ist.

1) Umfassende Vorstandskompetenz in Satzung oder Geschäftsordnung

Sofern der Vorstand bereits in der Satzung oder der Geschäftsordnung sowohl zur Entscheidung über das „ob“ als auch über das „wie“ der Versammlungsübertragung ermächtigt wird, besteht kein Konflikt mit der Kompetenz aus dem Krisengesetz, vielmehr laufen die Kompetenzen hier parallel.³⁶³

362 Vgl. oben Erster Teil) B) I) 3).

363 Vgl. zum ähnlich gelagerten Fall bezüglich der Online-Teilnahme bereits oben Zweiter Teil) A) IV) 1) a).

2) Beschränkte oder fehlende Vorstandskompetenz in Satzung oder Geschäftsordnung

Konflikte könnten sich zum einem ergeben, wenn Satzung oder Geschäftsordnung eine umfassende Regelung bezüglich des „ob“ und des „wie“ getroffen haben, der Vorstand die Übertragung aber gegenüber dem Satzungsinhalt erweitern will und zum anderen, wenn die Satzung eine oder beide Entscheidungen dem Versammlungsleiter³⁶⁴ zuspricht. In beiden Fällen sprechen Sinn und Zweck des Gesetzes dafür, dass der Vorstand gänzlich unabhängig von bestehenden Satzungsbestimmungen sowohl über das „ob“ als auch das „wie“ entscheiden kann.³⁶⁵ Diese Flexibilität soll gerade dem Vorstand ermöglicht werden, damit dieser zügig die Rahmenbedingungen festlegen und die Hauptversammlung einberufen kann. Auch eine Ermächtigung des Versammlungsleiters in der Satzung oder Geschäftsordnung ist deshalb als *overruled* anzusehen.

Die vorstehende Argumentation gilt erst recht für den Fall, dass bislang weder Satzung noch Geschäftsordnung eine Versammlungsübertragung vorsehen. Gerade dann besteht ein besonderer Bedarf für die Vorstandskompetenz, da ohne diese im Zweifel gar keine Versammlungsübertragung angeboten werden könnte. Mithin besteht die Vorstandskompetenz auch bei bislang gänzlich fehlenden Satzungsbestimmungen.³⁶⁶ Ein dahingehendes Verständnis der Norm, dass die Vorstandskompetenz nur dann bestehen soll, wenn die Satzung die Versammlungsübertragung zumindest dem Grunde nach erlaubt,³⁶⁷ würde bedeuten, dass nur noch die Fälle, in denen die Entscheidung über die Versammlungsübertragung

364 Versammlungsleiter und Vorstand sind regelmäßig personenverschieden. So sehen etwa zahlreiche Satzungen von DAX-Gesellschaften vor, dass der Aufsichtsratsvorsitzende die Hauptversammlung leitet, vgl. hierzu *Fleischer/Maas*, AG 2020, 761, 770.

365 Im Ergebnis ebenso *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 35a; vgl. *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 266; vgl. hinsichtlich des Gesetzeszwecks *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 8a.

366 Vgl. *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 35a; vgl. *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 266; vgl. *Weber/Sieber*, in: Fritz, Kommentar zum COVAbmildG, COVGesMG, § 1 Rn. 31; a.A. *Römermann/Grupe*, in: Römermann, COVID-19 Abmilderungsgesetze, COVMG § 1 Rn. 35, wenn auch damit im Widerspruch zu sich selbst stehend, vgl. *Römermann/Grupe*, in: Römermann, COVID-19 Abmilderungsgesetze, COVMG § 1 Rn. 20.

367 Für ein dahingehendes Normverständnis *Römermann/Grupe*, in: Römermann, COVID-19 Abmilderungsgesetze, COVMG § 1 Rn. 35.

der Satzung nach dem Versammlungsleiter zusteht oder nur eine Übertragung von Teilen der Versammlung vorgesehen ist, als Anwendungsbereich der Regelung verblieben. Ein derart begrenzter Anwendungsbereich kann kaum mit dem gesetzgeberischen Ziel umfassender Flexibilisierung in Einklang gebracht werden.

3) Beschränkungen gegenüber dem Satzung- oder Geschäftsordnungsinhalt

Die Argumentation für die Entscheidungsfreiheit des Vorstands könnte dem Grunde nach auch genutzt werden, um eine Kompetenz der Verwaltung zur Beschränkung einer in der Satzung oder Geschäftsordnung vorgesehenen Übertragung zu begründen. Der Wortlaut der Norm, der nur von den „Entscheidungen über“ die Versammlungsübertragung spricht, ist uneindeutig. Allerdings ist, anders als bei der Online-Teilnahme oder der Briefwahl, kein Szenario ersichtlich, in dem für den Vorstand ein sachlicher Grund besteht, etwa nur einen Teil der Versammlung zu übertragen oder andere Beschränkungen vorzunehmen. Insbesondere kann eine Beschränkung auch nicht notwendig werden, um die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 COVID-GesRG für eine virtuelle Hauptversammlung zu erfüllen, da dort unter der Nr. 1 eine vollständige Versammlungsübertragung gefordert ist. Mangels eines sachlichen Grundes für die Verkürzung einer den Aktionären in der Satzung oder Geschäftsordnung eingeräumten Möglichkeit, ihr Informationsbedürfnis zu befriedigen, würde § 1 Abs. 1 COVID-GesRG insofern dem Vorstand eine Kompetenz zu einer willkürlichen Rechtsverkürzung verschaffen. Eine solche Kompetenz zu schaffen kann nicht das Ziel des Gesetzgebers gewesen sein. Mithin ist § 1 Abs. 1 COVID-GesRG derart auszulegen, dass er den Vorstand nicht dazu ermächtigt, eine in der Satzung oder Geschäftsordnung angeordnete Versammlungsübertragung zu beschränken.

4) Zwischenfazit

Während die Vorstandskompetenz nach § 1 Abs. 1 COVID-GesRG in Bezug auf die Online-Teilnahme und die Briefwahl gänzlich unabhängig vom Satzungsinhalt besteht, gilt diese Freiheit des Vorstands bei der Entscheidung über die Versammlungsübertragung mit einer Einschränkung:

Eine in der Satzung oder Geschäftsordnung angeordnete Versammlungsübertragung kann durch den Vorstand nicht beschränkt werden.

VII) Fernteilnahme von Aufsichtsratsmitgliedern

Über die zuvor dargestellten Kompetenzen hinaus verschafft § 1 Abs. 1 COVID-GesRG dem Vorstand mit der Befugnis zur Entscheidung über die Hauptversammlungsteilnahme von Aufsichtsratsmitgliedern im Wege der Bild- und Tonübertragung eine weitere Kompetenz. Anders als die zuvor erläuterten Kompetenzen kann diese dem Vorstand nicht in der Satzung oder Geschäftsordnung zugesprochen werden.³⁶⁸ Vielmehr ist dem Wortlaut des § 118 Abs. 3 S. 2 AktG zu entnehmen, dass die Satzung diesbezüglich selbst abschließende Regelungen treffen muss.³⁶⁹

Im intendierten Anwendungsbereich der neuen Ermächtigung liegen vor allem die Fälle, in denen die Satzung bislang keine Fernteilnahme der Aufsichtsratsmitglieder vorsieht oder restriktive Regelungen enthält. In beiden Fällen kann der Vorstand nun nach § 1 Abs. 1 COVID-GesRG den Aufsichtsratsmitgliedern eine Fernteilnahme ermöglichen.

Eine Ermächtigung des Vorstands, die Aufsichtsratsmitglieder zu einer Fernteilnahme zu verpflichten, ist dem Wortlaut der Vorschrift nicht zu entnehmen. Hinzu kommt, dass § 1 Abs. 1 COVID-GesRG bei isolierter Betrachtung weiterhin von Angebot einer Präsenzversammlung ausgeht. Mithin enthält § 1 Abs. 1 COVID-GesRG keine Kompetenz des Vorstands zum Verweis der Aufsichtsratsmitglieder auf die Fernteilnahme.³⁷⁰ Ebenso wenig enthält die Norm, in Anbetracht der gesetzgeberischen Zielsetzung und des Fehlens von sachlichen Gründen dafür, eine Kompetenz

368 *Hoffmann*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 66; vgl. *Mülbert*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 118 Rn. 58.

369 Vgl. *Hoffmann*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 33 f.

370 Selbst wenn man der Norm eine solche Kompetenz entnähme, wäre der Vorstand gem. § 1 Abs. 6 S. 1 AktG auf die Zustimmung des Aufsichtsrates angewiesen, sodass eine solche Entscheidung jedenfalls nicht gegen eine Mehrheit des Aufsichtsrates gefasst werden könnte. Zur Beschlussfassung des Aufsichtsrates nach dem Mehrheitsprinzip vgl. *Koch*, in: Hüffer/Koch, Kurzkommentar zum Aktiengesetz, AktG § 108 Rn. 6 ff.

des Vorstandes, eine Beschränkung der Fernteilnahmemöglichkeiten der Aufsichtsratsmitglieder vorzusehen.³⁷¹

VIII) Die virtuelle Hauptversammlung nach dem COVID-GesRG

Auch wenn die bis hierhin erläuterten, durch das COVID-GesRG herbeigeführten Veränderungen erhebliche Kompetenzverschiebungen bedeuten, handelt es sich inhaltlich nicht um gravierende Digitalisierungsschritte. So wurde hierdurch nichts ermöglicht, was nicht auch schon unter der Geltung des AktG hätte genutzt werden können. Hinzu kommt, dass alle zuvor dargestellten Möglichkeiten digitaler Aktionärspartizipation lediglich alternative Angebote gegenüber dem weiterhin offenstehenden Besuch der Präsenzhauptversammlung darstellen. Der Grundsatz der Präsenzversammlung blieb vorerst unangetastet.³⁷² Retrospektiv wurde deutlich, dass bloße Verschiebungsmöglichkeiten oder eine etwas höhere Quote an Online-Teilnehmern keine ausreichende Lösung für die Hauptversammlungssaisons 2020 und 2021 dargestellt hätten.

Gleichsam unvermeidbar war daher die Regelung in § 1 Abs. 2 COVID-GesRG, mit welcher der Gesetzgeber bisher unerprobtes Terrain betrat. Hiernach wird es erstmalig ermöglicht, eine Hauptversammlung ohne physische Präsenz der Aktionäre oder ihrer Bevollmächtigten durchzuführen (virtuelle Hauptversammlung). Eine Beteiligung im Wege der elektronischen Kommunikation ist danach die einzige Möglichkeit an der Hauptversammlung zu partizipieren.³⁷³ Auf diese Weise wird mit dem Grundsatz der Präsenzversammlung gebrochen.

1) Mindestvoraussetzungen des COVID-GesRG e.F.

Die Möglichkeit zur Einberufung und Durchführung einer virtuellen Hauptversammlung ist nach der Konzeption der Norm an die Einhaltung von Mindeststandards geknüpft. Die vier Mindestvoraussetzungen werden unmittelbar in § 1 Abs. 2 S. 1 COVID-GesRG festgelegt. Nur wenn diese Mindestvoraussetzungen kumulativ erfüllt werden, kann die

371 Vgl. dazu auch die Argumentation oben Zweiter Teil) A) VI) 3).

372 Zum Grundsatz der zwingenden Präsenzhauptversammlung s.o. Erster Teil) B) I) 1) a); sowie Erster Teil) B) I) 1) c).

373 Vgl. Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

Hauptversammlung virtuell abgehalten werden.³⁷⁴ Die Bestimmung eines gewissen Mindestbestandes an Aktionärsrechten für die Einberufung und Durchführung einer virtuellen Hauptversammlung war insofern erforderlich, als dass bislang die Rechte von Online-Teilnehmern vollständig zur Disposition der Satzung beziehungsweise des Vorstandes standen.³⁷⁵ Eine virtuelle Hauptversammlung, bei der nicht einmal die Möglichkeit zur Ausübung bestimmter Kernrechte der Aktionäre sichergestellt ist, wäre jedoch zweifelsohne nicht mit den Vorgaben des höherrangigen Rechts vereinbar gewesen. Nachfolgend werden zunächst die Mindestvoraussetzungen des COVID-GesRG e.F. untersucht.

a) Bild- und Tonübertragung

Als erste Voraussetzung für die Abhaltung einer virtuellen Hauptversammlung legt § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 COVID-GesRG fest, dass eine Bild- und Tonübertragung der gesamten Versammlung erfolgen muss. Der Wortlaut der Norm muss, da ein Besuch der Präsenzversammlung ausgeschlossen ist, aber den Aktionären trotzdem eine möglichst umfangreiche Kenntnisnahme der Versammlungsinhalte ermöglicht werden soll,³⁷⁶ anders als bei dem diesbezüglich gleichlautenden § 118 Abs. 4 AktG dahingehend verstanden werden, dass die Bild- und Tonübertragung zwingend kumulativ zu erfolgen hat.³⁷⁷ Dem Begriff der Übertragung ist zu entnehmen, dass diese – gerade in Abgrenzung zum Begriff der Aufzeichnung – in Echtzeit zu erfolgen hat. Für dieses Normverständnis sprechen auch die Gesetzgebungsmaterialien, welche der besonderen Störungsanfälligkeit

374 Vgl. *Eichten/Weinmann*, DStR 2020, 2314, 2315; vgl. *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 436; vgl. *Redenius-Hövermann/Bannier*, ZIP 2020, 1885, 1889; vgl. *Römermann/Grube*, in: Römermann, COVID-19 Abmilderungsgesetze, CO-VMG § 1 Rn. 57; vgl. *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63i; vgl. *Simons/Hauser*, NZG 2020, 488, 489.

375 So auch *Dubovitskaya*, NZG 2020, 647, 650; zur selektiven Rechtsgewährung im Fall der Online-Teilnahme s.o. Erster Teil) B) I) 1) b).

376 Vgl. Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

377 Im Ergebnis wohl unbestritten, jedoch trotz des von dem Verständnis von § 118 Abs. 4 AktG abweichenden Wortlautverständnisses, soweit ersichtlich, bislang nicht ausdrücklich klargestellt; zum Verständnis des § 118 Abs. 4 AktG, der unstrittigerweise auch die bloße Bild- oder Tonübertragung zulässt, s.o. Erster Teil) B) I) 3); vgl. *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 35; sowie *Mülbert*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 118 Rn. 124.

einer Echtzeitübertragung Rechnung tragen, indem die Störungsfreiheit der Übertragung dort als nicht notwendig bezeichnet wird.³⁷⁸

Im Schrifttum wird zu § 118 Abs. 4 AktG teilweise vertreten, dass der Versammlungsleiter eine laufende Übertragung während der Hauptversammlung beenden dürfe.³⁷⁹ Vor dem Hintergrund der Notwendigkeit der Bild- und Tonübertragung gem. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 COVID-GesRG für die Einberufung einer virtuellen Hauptversammlung, würde eine Beendigung der Übertragung zu einem nachträglichen Wegfall des Rechts zur Einberufung einer virtuellen Versammlung führen und ist mithin unzulässig.³⁸⁰

Ein gesetzliches Recht der Aktionäre auf eine Versammlungsübertragung besteht gewöhnlicherweise nicht.³⁸¹ Die Wahrnehmung der Versammlungsinhalte erfolgt der Konzeption des AktG nach vielmehr durch den Besuch der Präsenzveranstaltung.

aa) Erforderlichkeit einer Zwei-Wege-Verbindung

Der Besuch der Präsenzversammlung ermöglicht den Aktionären im Regelfall nicht nur die passive Verfolgung der Versammlung, sondern darüber hinaus die aktive Beteiligung daran in Form von Redebeiträgen, Fragen und Anträgen.³⁸² Eine aktive Beteiligung der Aktionäre im Rahmen einer virtuellen Hauptversammlung wäre abgesehen von einer Kommunikation in Textform nur im Fall der Einrichtung einer Zwei-Wege-Verbindung, bei der das Bild- und, beziehungsweise jedenfalls, der Ton übertragen wird möglich. Mithin stellt sich die Frage, ob § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 COVID-GesRG eine solche Zwei-Wege-Verbindung fordert.

Die Norm selbst spricht lediglich von einer Übertragung der gesamten Versammlung. Hierzu gehören etwaige Beiträge der Aktionäre in der Generaldebatte.³⁸³ Ein solches Verständnis legt auch die Gesetzesentwurfsbegründung zu Grunde, die ausdrücklich die Übertragung der Ge-

378 Vgl. Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

379 Hoffmann, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 60; Kruchen, DZWIR 2020, 431, 447.

380 Kruchen, DZWIR 2020, 431, 447.

381 Begr. RegE zum TransPuG, BT-Drs. 14/8769, S. 19; Kubis, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 118.

382 Dazu s.o. Erster Teil) A) V).

383 Ausdrücklich die Übertragung der Generaldebatte für notwendig haltend, Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

neraldebatte voraussetzt.³⁸⁴ Ungeklärt ist, ob den Aktionären überhaupt eine Möglichkeit gewährt werden muss, Beiträge in Echtzeit in die Versammlung einzubringen. So kann der Vorstand gem. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 2 Hs. 2 COVID-GesRG die Möglichkeit der Aktionäre, Fragen zu stellen, auf das Vorfeld der Versammlung beschränken. Auch kann gem. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 COVID-GesRG die Stimmrechtsausübung auf elektronische Kommunikation (Briefwahl *oder* elektronische Teilnahme) und Vollmachtserteilung beschränkt werden. Aus dem Zusammenspiel der vorgenannten Regelungen ergibt sich mithin, dass die Gesellschaft den Aktionären nicht zwingend ermöglichen muss in Echtzeit Beiträge in die Hauptversammlung einzubringen.³⁸⁵ Erfüllt die Verwaltung lediglich diese Mindeststandards, so besteht mangels Einräumung einer Möglichkeit Beiträge in Echtzeit in die Versammlung einzubringen auch keine Notwendigkeit für eine Zwei-Wege-Verbindung. Bei der gem. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 COVID-GesRG zwingend notwendigen Bild- und Tonübertragung handelt es sich mithin lediglich um eine einseitige Übertragung der Hauptversammlung ohne eine unmittelbare Interaktionsmöglichkeit der Aktionäre in Bild oder Ton.³⁸⁶

Da das Europarecht kein isoliertes Recht der Aktionäre auf eine Zwei-Wege-Direktverbindung kennt, sondern in Art. 8 Abs. 1 lit. b ARRL lediglich die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet den Gesellschaften die Errichtung einer solchen zu gestatten, stehen einer bloß einseitigen Übertragung der Versammlung solange keine europarechtlichen Bedenken gegenüber, wie die gesetzlichen Partizipationsrechte der Aktionäre insgesamt gewahrt oder kompensiert werden. Dies gilt umso mehr, da teilweise bezweifelt wird, dass für sämtliche Hauptversammlungen im Jahr 2020 eine ausreichende Kapazität an technisch einwandfreien Lösungen für eine Zwei-Wege-Direktverbindung zur Verfügung stand.³⁸⁷ Mithin durfte der Gesetzgeber unter Ausnutzung seiner diesbezüglichen Einschätzungsprärogative das Risiko der fehlenden Verfügbarkeit entsprechender technischer Lösungen ausschließen und von der Anordnung einer Zwei-We-

384 Vgl. Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

385 Vgl. *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63f.

386 Im Ergebnis ebenso *Butzke*, in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2020, S. 35, 38; *Götze/Roßkopf*, DB 2020, 768, 770; *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 436 f.; sowie *Mutter/Kruchen*, AG 2021, 108, 111; und *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63f.

387 So LG Köln, Beschluss vom 26. Februar 2021 – 82 O 53/20 –, Rn. 3, juris.

ge-Verbindung absehen.³⁸⁸ Die gem. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 COVID-GesRG erforderliche Bild- und Tonübertragung entspricht demnach nicht einer Zweiweg-Direktverbindung i.S.d. Art. 8 Abs. 1 lit. b ARRL, die es dem Aktionär ermöglichen würde sich von einem entfernten Ort aus an die Hauptversammlung zu wenden, sondern stellt lediglich eine ebenfalls gestattete Direktübertragung der Hauptversammlung i.S.d. Art. 8 Abs. 1 lit. a ARRL dar.³⁸⁹

Dennoch zeigt der Blick in andere Rechtsordnungen, dass eine solche Beschränkung auf eine passive Übertragung anderswo weder technisch noch unter Geltung der europarechtlichen Regelungen als zwingend erforderlich erachtet wurde. So haben sich beispielsweise die Krisengesetzgeber in Hongkong und Luxembourg für die Pflicht zur Einrichtung einer Zweiweg-Verbindung entschieden.³⁹⁰

bb) Übertragungsempfänger

Sofern üblicherweise eine Versammlungsübertragung erfolgt, ist diese regelmäßig nicht nur Aktionären der Gesellschaft und ihren Vertretern, sondern häufig auch weiteren Personen wie beispielsweise Pressevertretern zugänglich.³⁹¹ Insgesamt wird bezüglich § 118 Abs. 4 AktG herrschend davon ausgegangen, dass ein breiter Regelungsspielraum des Satzungs-

388 Vgl. LG Köln, Beschluss vom 26. Februar 2021 – 82 O 53/20 –, Rn. 3 ff., juris; gleiches gilt für die Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 14 Abs. 1 GG, vgl. OLG München, Beschluss vom 28. Juli 2021 – 7 AktG 4/21 –, Rn. 90, juris = BeckRS 2021, 20705; vgl. ausführlich zur Frage der Vereinbarkeit des Eingriffs in das – oberhalb des Rederechts angesiedelten – Fragerechts mit Art. 14 Abs. 1 unten Zweiter Teil) A) VIII) 1) c) bb) und Zweiter Teil) A) VIII) 1) c) dd) (1) (b); sowie zur Vereinbarkeit der Beschränkung der Kommunikationsrechte im Allgemeinen mit Art. 14 Abs. 1 unten Zweiter Teil) A) VIII) 3) c).

389 Vgl. *Götze/Roßkopf*, DB 2020, 768, 770.

390 Vgl. *Zetzsche/Anker-Sørensen/Consiglio/Yeboah-Smith*, *The COVID-19-Crisis and Company Law – Towards Virtuel Shareholder Meetings*, S. 21 f., https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3627316_code357808.pdf?abstractid=3576707&mirid=1 (zuletzt abgerufen am 04.08.2021); sowie darauf Bezug nehmend, *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 721, 723.

391 Zur Zulassung Dritter zu einer Versammlungsübertragung gem. § 118 Abs. 4 AktG vgl. *Hoffmann*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 60, 39; *Koch*, in: Hüffer/Koch, Kurzkommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 30; sowie *Noack*, DB 2002, 620, 623.

ziehungsweise des Geschäftsordnungsgebers besteht.³⁹² Auch dahingehende Mischformen, dass etwa die Vorstandsrede öffentlich aber der Rest der Versammlung nur einem legitimierten Personenkreis übertragen wird, werden als zulässig erachtet.³⁹³

Dem Wortlaut des § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 COVID-GesRG ist nicht zu entnehmen, wem die Übertragung zugänglich gemacht werden muss oder darf. Damit die Norm ihren Zweck, einen Mindestbestand an Aktionärsrechten sicherzustellen erreichen kann, müssen jedenfalls Aktionäre und ihre Vertreter grundsätzlich zur Übertragung zugelassen werden.³⁹⁴ Gleiches gilt für sonstige Personen mit originärem Teilnahmerecht.³⁹⁵ Darüber hinaus sind dem COVID-GesRG keine zwingend zuzulassenden Übertragungsempfänger zu entnehmen, welche auch im Übrigen nicht existieren.³⁹⁶

Nachdem die Zulassung der Bild- und Tonübertragung gem. § 1 Abs. 1 COVID-GesRG in die Kompetenz der Verwaltung gestellt wurde, können hiernach weitere Übertragungsempfänger für einzelne Abschnitte oder die gesamte Versammlung zugelassen werden, sodass ein Spielraum der Verwaltung besteht, entsprechende Regelungen in der Einberufung zur virtuellen Hauptversammlung zu treffen.³⁹⁷ Eine – grundsätzlich nicht erforderliche – unbegrenzte öffentliche Übertragung wirft allerdings eine

392 Vgl. *Hoffmann*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 60, 39; vgl. *Koch*, in: Hüffer/Koch, Kurzkommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 30; vgl. *Noack*, DB 2002, 620, 623; *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 446; *Kubis*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 119; *Seibert*, NZG 2002, 608, 611; *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 64.

393 Vgl. *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 446 f.; vgl. *Mülbert*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 118 Rn. 124.

394 Vgl. *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 36q; vgl. *Bücker/Kulenkamp/Schwarz/Seibt/v. Bonin*, DB 2020, 775, 778 f.; vgl. *Dubovitskaya*, NZG 2020, 647, 650.

395 *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 36q; zum Teilnahmerecht Dritter vgl. *dens.*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 33.

396 Mit der Folge, dass die Übertragung zwar den Aktionären und ihren Vertretern zugänglich sein muss, aber zugleich auch auf diese Gruppe beschränkt werden kann, vgl. *Bücker/Kulenkamp/Schwarz/Seibt/v. Bonin*, DB 2020, 775, 778 f.; sowie *Dubovitskaya*, NZG 2020, 647, 650.

397 *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 446 f.

Vielzahl grundrechtlicher und datenschutzrechtlicher Fragen auf,³⁹⁸ weshalb diese in der Praxis wohl nur dann in Betracht kommt, wenn die dahingehende Entscheidung bereits auf eine entsprechende Satzungs- oder Geschäftsordnungsermächtigung i.S.v. § 118 Abs. 4 AktG gestützt werden kann.³⁹⁹

cc) Inhalt und Umfang der Übertragung

Der Gesetzgeber determiniert in § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 COVID-GesRG selbst maßgeblich den Umfang der Übertragung, indem er dort die Übertragung der gesamten Versammlung voraussetzt. Zu übertragen sind alle Inhalte von der Eröffnung durch den Versammlungsleiter, über Reden und Berichte von Organmitgliedern, die Generaldebatte, sowie die Abstimmungen inklusive der Ergebnisfeststellung und -verkündung bis hin zur Beendigung der Versammlung.⁴⁰⁰ Auch wenn der Gesetzgeber terminologisch an die Präsenzversammlung anknüpft, indem er die Übertragung der Generaldebatte fordert,⁴⁰¹ ist zu beachten, dass die Generaldebatte im Fall einer dahingehenden Verwaltungsentscheidung nur aus der Verlesung der Aktionärsfragen und deren Beantwortung durch die Organmitglieder bestehen kann und mithin zwar terminologisch aber nicht zwingend inhaltlich der Generaldebatte im Rahmen einer Präsenzveranstaltung entspricht.⁴⁰² Sofern die Beantwortung von schriftlich eingereichten Fragen

398 Zur Grundrechts- und Datenschutzproblematik im Zusammenhang mit einer Versammlungsübertragung, welche sich im Fall einer öffentlichen Übertragung weiter verschärft, siehe unten Zweiter Teil) A) VIII) 1) a) cc) (1) und (2).

399 Vgl. *Bücker/Kulenkamp/Schwarz/Seibt/v. Bonin*, DB 2020, 775, 778 f.; vgl. *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 36q.

400 Vgl. Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26; *Eichten/Weinmann*, DStR 2020, 2314, 2316; *Krenek*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 18; *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 447; *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1286; *Römermann/Grupe*, in: Römermann, COVID-19 Abmilderungsgesetze, COVMG § 1 Rn. 60; *Weber/Stieber*, in: Fritz, Kommentar zum COVAbmildG, COVGesMG, § 1 Rn. 48; *Wicke*, DStR 2020, 885, 886.

401 Vgl. Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

402 Vgl. *Noack*, in: Schmidt, COVID-19, § 10 Rn. 84; vgl. *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 270; vgl. *Tröger*, BB 2020, 1091, 1093; die Generaldebatte wird sich regelmäßig auf das Verlesen von (im Vorfeld eingereichten) Fragen und Antworten beschränken, weil Redebeiträge und Fragen der Aktionäre während der Versammlung nicht zugelassen wurden, vgl. *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1286; zur Nichtzulassung von Fragen und Redebeiträgen siehe auch Zweiter Teil) A) VIII) 1) c) und Zweiter Teil) A) VIII) 3) c).

in der Hauptversammlung erfolgt, ist unter dem Gesichtspunkt der Vollständigkeit der Versammlungsübertragung auch der wesentliche Inhalt der Fragen vorzutragen, sodass die Aktionäre in der Lage sind dem Versammlungsgeschehen aus sich heraus zu folgen.⁴⁰³

In der Begründung zum Fraktionsentwurf wird explizit darauf hingewiesen, dass auch die Abstimmungen übertragen werden sollen.⁴⁰⁴ Hierzu gehört bei einer virtuellen Hauptversammlung die Ankündigung der Abstimmung und die Bekanntgabe des letztmöglichen Zeitpunkts für die Stimmabgabe in Bild und Ton, die Mitteilung, dass die Abstimmung beendet ist und schließlich die Ergebnisfeststellung und -verkündung durch den Versammlungsleiter.⁴⁰⁵

Teilweise wird vertreten, dass Pausen und der Prozess der Stimmauszählung bei der Übertragung ausgelassen und stattdessen etwa Imagefilme eingespielt werden können.⁴⁰⁶ Bezüglich der Nichtübertragung von Versammlungspausen bestehen, da kein schützenswertes Aktionärsinteresse an der Übertragung eines leeren Podiums erkennbar ist, keine Bedenken. Fraglich ist allerdings, ob die Stimmauszählung der Beobachtung durch die Aktionäre entzogen werden darf oder eine dadurch möglicherweise entstehende Intransparenz der Auszählung dem entgegensteht. Gegen eine Pflicht zur Übertragung der Stimmauszählung spricht, dass die Aktionäre auch im Fall einer Präsenzveranstaltung keinen Einblick in diesen Prozess hätten.⁴⁰⁷ Eine Verpflichtung der Aktiengesellschaften, den Aktionären bei einer virtuellen Versammlung mehr Einblicke zu gewähren, als sie im Fall einer Präsenzversammlung erhalten würden, ist nicht angezeigt.⁴⁰⁸ Vor dem Hintergrund, dass schriftliche Briefwahlstimmen regelmäßig bereits vor der Versammlung ausgezählt werden und die Auszählung von auf elektronischem Wege abgegebenen Stimmen, sowie der Abgleich und die Verrechnung mit schriftlichen Briefwahlstimmen computergestützt ausge-

403 Tröger, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 125.

404 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

405 Noack/Zetsche, AG 2020, 265, 270.

406 Eichten/Weinmann, DStR 2020, 2314, 2316; vgl. Römermann/Grupe, in: Römermann, COVID-19 Abmilderungsgesetze, COVMG § 1 Rn. 60; Wicke, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 130 Rn. 10 (Stand: 19.10.2020); ders., DStR 2020, 885, 886.

407 Eichten/Weinmann, DStR 2020, 2314, 2316; Noack/Zetsche, AG 2020, 265, 270; Wicke, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 130 Rn. 10 (Stand: 19.10.2020).

408 Vgl. Noack/Zetsche, AG 2020, 265, 270; vgl. Wicke, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 130 Rn. 10 (Stand: 19.10.2020); vgl. dens., DStR 2020, 885, 886.

führt werden,⁴⁰⁹ somit keine nennenswerte Zeit in Anspruch nehmen, zudem weder optisch noch akustisch wahrnehmbar und daher eher „unspektakulär“⁴¹⁰ sind, handelt es sich hierbei nicht um eine bei der Durchführung einer virtuellen Hauptversammlung praktisch relevante Frage. Festzuhalten bleibt, dass in möglicherweise entstehende Versammlungspausen nicht zwingend der Versammlungsraum zu übertragen ist und den Aktionären im Rahmen einer virtuellen Hauptversammlung keine Einblicke zu gewähren sind, die sie auch sonst nicht bekommen würden. Dabei steht es den Gesellschaften frei, die dadurch in der Übertragung entstehende Pause mit Einspielungen zu überbrücken.

Darüber hinaus ist zu ermitteln, welche Akteure die Übertragung der Versammlung in personeller Hinsicht umfasst. Übertragen werden müssen in jedem Fall die Personen, die für einen ordnungsgemäßen Ablauf der Versammlung unverzichtbar sind. Dazu gehören zunächst der die Fragen beantwortende Vorstandsvorsitzende und der Versammlungsleiter.⁴¹¹ Hinzu kommen weitere teilnahmepflichtige Organmitglieder und – sofern erforderlich – der Notar.⁴¹² Die Übertragung eines Akteurs oder dessen Teilnahmepflicht müssen nicht zwingend mit seiner Anwesenheit am Ort des Versammlungsleiters einhergehen. Vielmehr können auch einzelne Organmitglieder der Versammlung virtuell beiwohnen.⁴¹³ Entscheidet sich die Verwaltung gegen eine Zuschaltung der Aktionäre mittels einer Zwei-Wege-Verbindung, können die Aktionäre sich untereinander nicht wahrnehmen. Dies gilt selbst im Fall einer Online-Teilnahme gem. § 118 Abs. 1 S. 2 AktG, da auch hier eine audiovisuelle Zuschaltung keine zwingende Voraussetzung ist.⁴¹⁴ Gewährt der Vorstand (einzelnen) Aktionären,

409 Bzgl. des Umgangs mit im Vorfeld der Hauptversammlung abgegebenen (schriftlichen) Briefwahlstimmen vgl. *Austmann*, in: Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. IV, § 37 Rn. 99.

410 *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 270.

411 *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1286; vgl. *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 270.

412 Vgl. *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1286; vgl. *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 270; Zu den Teilnahmepflichten und Rechten von Organmitgliedern und anderen Akteuren im Einzelnen vgl. Zweiter Teil) A) VIII) 5).

413 Zur Möglichkeit der Erfüllung einer Teilnahmeverpflichtung von Organmitgliedern mittels einer elektronischen Teilnahme vgl. *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 268; zudem Zweiter Teil) A) VIII) 5).

414 Im Ergebnis ebenso, *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1286; ebenso *Tröger*, BB 2020, 1091, 1093, soweit *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1286 folgern, dass *Tröger* die Sichtbarkeit von Online-Teilnehmern für zwingend erforderlich hält, ist dem entgegenzuhalten, dass *Tröger* ausdrücklich auf die Beschränkbarkeit der Online-Teilnahme nach § 118 Abs. 1 S. 2 AktG, und dass im Rahmen solcher

sich mit Fragen oder Redebeiträgen in Echtzeit an der Versammlung zu beteiligen, so gehören diese Beiträge zur Generaldebatte und sind zwecks der in § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 COVID-GesRG geforderten Vollständigkeit der Versammlungsübertragung zu übertragen.⁴¹⁵ Fraglich ist indes, ob eine Übertragung der Beiträge mit den verfassungs- und datenschutzrechtlichen Vorgaben vereinbar ist. Im gleichen Zug ist zu erörtern, ob bei bloßer Verlesung der Aktionärsfragen eine namentliche Nennung des Fragestellers erfolgen sollte.

(1) Verfassungsrechtliche Grenzen der Versammlungsübertragung

Die Übertragung einer Hauptversammlung unter Einbeziehung der Beiträge von Aktionären stellt einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG der Aktionäre auf Grundlage einer gem. 118 Abs. 4 AktG erlassenen Satzungs- oder Geschäftsordnungsbestimmung dar.⁴¹⁶ Dieser wiegt besonders dann schwer, wenn die Übertragung nicht nur legitimierten Aktionären und ihren Vertretern, sondern der gesamten Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird.⁴¹⁷ Da dieser Eingriff jedoch durch die mit der Übertragung einhergehenden Vereinfachung der Ausübung von Mitgliedschaftsrechten aufgewogen wird und zudem der einzelne Aktionär sich dem Eingriff ohne weiteres entziehen kann, indem er einen Vertreter mit der Wahrnehmung seiner Aktionärsrechte in der Versammlung betraut,⁴¹⁸ ist der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht gerechtfertigt.⁴¹⁹ Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass

Beschränkungen auch die Notwendigkeit der Übertragung von Aktionärsbeiträgen wegfällt, hinweist; bezüglich der Voraussetzungen einer Online-Teilnahme gem. § 118 Abs. 1 S. 2 AktG s.o. Erster Teil) B) I) 1).

415 Vgl. *Tröger*, BB 2020, 1091, 1093; vgl. *dens.*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 125.

416 *Kubis*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 118; *Weber/Sieber*, in: Fritz, Kommentar zum COVAbmildG, COV-GesMG, § 1 Rn. 31.

417 Vgl. *Horn*, Virtualisierung von Unternehmen, S. 93.

418 Aktionären, die ihre Redebeiträge nicht übertragen sehen möchten, ausdrücklich auf die Möglichkeit zur Entsendung eines Vertreters verweisend, Begr. RegE TransPuG, BT-Drs. 14/8769, S. 20 (zu § 118 Abs. 3 a.F.); ebenso LG Frankfurt a.M., Urteil v. 7. Januar 2004 - 3-13 O 79/03, NZG 2005, 520, 521.

419 LG Frankfurt a.M., Urteil v. 7. Januar 2004 - 3-13 O 79/03, NZG 2005, 520 ff.; vgl. *Koch*, in: Hüffer/Koch, Kurzkommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118

eine Hauptversammlung – insbesondere die einer größeren Publikums-gesellschaft – noch nie eine private Veranstaltung war, da zum einen eine unbestimmte Vielzahl an Aktionären anwesend ist und zum anderen die Öffentlichkeit durch die regelmäßig zugelassenen Presse- und Medienver-treter ohnehin hergestellt wird.⁴²⁰ Sofern die Hauptversammlung auch an die Öffentlichkeit übertragen wird, macht dies nur noch einen quan-titativen aber keinen qualitativen Unterschied mehr gegenüber der Über-tragung an eine Vielzahl von Aktionären und deren Vertreter.⁴²¹ Zudem entspricht im heutigen Kommunikationszeitalter eine größtmögliche Pu-blizität und Transparenz in einigen Fällen dem Interesse der Gesellschaft und dient sodann auch dem vermögensrechtlichen Teil des in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG gewährleisteten Schutzes des Aktienanteileigentums.⁴²² Auch der Widerspruch einzelner Aktionäre gegen eine Übertragung ihrer Beiträge muss wirkungslos bleiben. Sofern die Begründung zum Geset-zesentwurf zur Unschädlichkeit eines Widerspruchs anführt, dass die Versammlung schon deshalb ununterbrochen übertragen werden müss-te, um sicherzustellen, dass die zugeschalteten Aktionäre bei der Abstim-mung über denselben Informationsstand verfügen wie die Anwesenden,⁴²³ ist dem nicht zuzustimmen. So besteht nämlich bei einer Übertragung gem. § 118 Abs. 4 AktG zweifelsohne die Möglichkeit, einzelne Versamm-lungsabschnitte nicht zu übertragen.⁴²⁴ Damit ist derselbe Kenntnisstand von anwesenden und zugeschalteten Aktionären gerade kein zwingendes Charakteristikum einer Bild- und Tonübertragung. In der Sache ist der Begründung des Regierungsentwurfs jedoch allein schon aus den zuvor

Rn. 30; *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 66; noch weitergehend wohl *Noack*, DB 2002, 620, 623, der folgert, dass ein-zelne Aktionäre jedenfalls in Anbetracht der Regelung in § 118 Abs. 3 a.F. AktG nicht mehr mit Hinweis auf ihr „angebliches Persönlichkeitsrecht einer Über-tragung widersprechen“ könnten; kritisch hinsichtlich der Verfassungsmäßig-keit einer, die ununterbrochene Übertragung der Versammlung ermöglichenden, Auslegung der Regelung des § 118 Abs. 3 a.F. allerdings *Mimberg* ZGR 2003, 21, 50 f.; sowie *Lenz* EWiR 2005, 97, 98.

420 LG Frankfurt a.M., Urteil v. 7. Januar 2004 - 3-13 O 79/03, NZG 2005, 520, 521.

421 LG Frankfurt a.M., Urteil v. 7. Januar 2004 - 3-13 O 79/03, NZG 2005, 520, 521; *Horn*, Virtualisierung von Unternehmen, S. 93.

422 Dahingehend LG Frankfurt a.M., Urteil v. 7. Januar 2004 - 3-13 O 79/03, NZG 2005, 520, 521.

423 Vgl. Begr. RegE TransPuG, BT-Drs. 14/8769, S. 20 (zu § 118 Abs. 3 a.F.).

424 Vgl. Begr. RegE TransPuG, BT-Drs. 14/8769, S. 19 (zu § 118 Abs. 3 a.F.); vgl. an-stelle vieler *Kubis*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktien-gesetz, AktG § 118 Rn. 119.

zur Eingriffsrechtfertigung angeführten Argumenten zuzustimmen. Hinzu kommt, dass, falls einzelne Aktionäre sich mittels Widerspruch über die (Mehrheits-)Entscheidung, dass die gesamte Versammlung übertragen werden soll, hinwegsetzen könnten, die Gefahr bestünde, dass die Übertragung zunehmend unattraktiv wäre, daher nicht genutzt und somit der gesetzgeberische Zweck der Regelung insgesamt verfehlt würde.⁴²⁵

Die vorstehende Argumentation muss erst recht gelten, wenn die in die Grundrechte eingreifende Entscheidung nun unmittelbar auf Grundlage von § 1 Abs. 1 COVID-GesRG ergeht und nicht mehr auf eine Regelung in der Satzung oder Geschäftsordnung gestützt werden muss.⁴²⁶ Der Eingriff ist damit auch dann gerechtfertigt.

(2) Datenschutzrechtliche Grenzen der Versammlungsübertragung

Des Weiteren ist zu überprüfen, ob der Übertragung der Versammlung das einfache Datenschutzrecht entgegensteht. Anlässlich der Hauptversammlung erhebt, speichert und verarbeitet eine Aktiengesellschaft eine Vielzahl von personenbezogenen Daten der Aktionäre und ihrer Vertreter.⁴²⁷ Auch bei der hier in Rede stehenden Übertragung der Versammlung inklusive eventueller Beiträge der Aktionäre handelt es sich um eine Datenverarbeitung i.S.v. Art. 4 Nr. 2 der Datenschutz-Grundverordnung⁴²⁸ (DSGVO).⁴²⁹

Nach dem Datenschutzrecht ist jede Datenverarbeitung ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in Rechtspositionen des Betroffenen.⁴³⁰ Diesem Grundsatz entsprechend statuiert Art. 6 Abs. 1 DSGVO ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.⁴³¹ Von der einschlägigen datenschutzrechtlichen Legi-

425 Vgl. Begr. RegE TransPuG, BT-Drs. 14/8769, S. 20 (zu § 118 Abs. 3 a.F.); vgl. *Noack*, DB 2002, 620, 623.

426 *Weber/Sieber*, in: *Fritz*, Kommentar zum COVAbmildG, COVGesMG, § 1 Rn. 31, 48 f.; zur Frage der richtigen Ermächtigungsgrundlage siehe unten Zweiter Teil) A) VIII) 1) a) gg).

427 *Zetzsche*, AG 2019, 233, 235.

428 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl. EU, L 119/1.

429 Vgl. *Spindler*, in: *Schmidt, K./Lutter*, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 66; vgl. *Zetzsche*, AG 2019, 233, 235.

430 *Zetzsche*, AG 2019, 233, 236.

431 *Albers/Veit*, in: *Brink/Wolff, Beck'scher Online-Kommentar, Datenschutzrecht, DS-GVO*, Art. 6 Rn. 11; *Frenzel*, in: *Paal/Pauly, Beck'sche Kompakt-Kommen-*

timationsgrundlage in der DSGVO hängen sodann zum einen die Anforderungen an die Rechtfertigung, als auch die Handlungsmöglichkeiten – wie etwa der Widerruf einer Einwilligung in eine Verarbeitung – ab.⁴³²

Die Bild- und Tonübertragung aller Beiträge ist jedenfalls dann unbedenklich, wenn alle Versammlungsteilnehmer nach Art. 6 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 7 f. DSGVO ihre Einwilligung zu der Datenverarbeitung geben.⁴³³ Wegen des hieraus resultierende Verwaltungsaufwandes und der Tatsache, dass einzelner Aktionäre ihre Einwilligung verweigern oder diese nach ursprünglicher Erteilung gem. Art. 17 Abs. 1 lit. b DSGVO widerrufen könnten, wird ein solches Vorgehen im Regelfall nicht praktikabel sein.

Eine Datenverarbeitung kann gem. Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO auch ohne die Einwilligung des Betroffenen erfolgen, wenn dies zur Wahrung berechtigter Interessen erforderlich ist und im Rahmen einer dann vorzunehmenden Interessensabwägung die Interessen des Betroffenen nicht überwiegen.⁴³⁴ Zu Gunsten der die Datenverarbeitung vornehmenden Gesellschaft sind bereits im Fall einer Versamlungsübertragung nach § 118 Abs. 4 AktG das berechnigte Interesse der Gesellschaft, der Mitaktionäre und das öffentliche Interesse an der effektiv konturierten Niederlassungsfreiheit in die Abwägung einzubeziehen.⁴³⁵ So steht hinter dem mit der ARRL verfolgten Ziel, dass den Aktionäre unabhängig von ihrem Aufenthaltsort die Teilnahme an der Hauptversammlung auf elektronischem Weg ermöglicht werden soll,⁴³⁶ das öffentliche Interesse an der Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 50 Abs. 1 AEUV.⁴³⁷ Hinzu

tare Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz, DS-GVO, Art. 6 Rn. 1; *Schneider/Härtling*, ZD 2012, 199, 202; *Spindler/Dalby*, in *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, DS-GVO Art. 6 Rn. 1; *Ziegenhorn/v. Heckel*, NVwZ 2016, 1585, 1586.

432 Vgl. *Spindler/Dalby*, in *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, DS-GVO Art. 6 Rn. 2; *Zetzsche*, AG 2019, 233, 236.

433 Vgl. *Zetzsche*, AG 2019, 233, 236.

434 *Albers/Veit*, in: *Brink/Wolff*, Beck'scher Online-Kommentar, Datenschutzrecht, DS-GVO, Art. 6 Rn. 45; *Frenzel*, in: *Paal/Pauly*, Beck'sche Kompakt-Kommentare Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz, DS-GVO, Art. 6 Rn. 26; vgl. *Spindler/Dalby*, in *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, DS-GVO Art. 6 Rn. 13.

435 *Zetzsche*, AG 2019, 233, 242.

436 Bzgl. des Ziels der ARRL den Aktionären mittels moderner Technologien die Rechtsausübung aus der Ferne zu ermöglichen vgl. *ErwGr. 6*, *ErwGr. 9*, Art. 8 Abs. 1 lit. a ARRL.

437 *Zetzsche*, AG 2019, 233, 237; vgl. Präambel RL(EU) 2017/828 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17. 5. 2017 zur Änderung der RL 2007/36/EG

kommt, dass eine (öffentliche) Übertragung der Hauptversammlung die zunehmend geforderte Transparenz des Unternehmens fördert und damit regelmäßig im Gesellschaftsinteresse liegt.⁴³⁸ Die vorstehenden Interessen der Gesellschaft an der Übertragung der gesamten Versammlung überwiegen das Interesse des einzelnen Aktionärs an seinem Privatsphärenschutz.⁴³⁹

Steht den Aktionären auf Grund einer gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG einberufenen virtuellen Hauptversammlung nun nicht einmal mehr der Besuch einer Präsenzveranstaltung, der die Wahrnehmung aller Beiträge ermöglicht, offen, so muss wegen der nun fehlenden Möglichkeit der Aktionäre ihr Stimmrecht auf einer umfassenden Informationsgrundlage abzugeben die Abwägung gem. Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO erst recht zu Gunsten des Interesses an der vollständigen Versammlungsübertragung ausfallen. Da ohne die Kenntnis vom Inhalt der Frage eine sachgerechte Bewertung von Frage und Antwort nicht möglich ist, bestehen zugleich zwingende Gründe für die Datenverarbeitung gem. Art. 21 Abs. 1 S. 2 DSGVO,⁴⁴⁰ sodass auch der Widerspruch einzelner Betroffener gegen die Datenverarbeitung folgenlos bleibt.⁴⁴¹

Für den Fall, dass den Aktionären das Stellen von Fragen während der Versammlung nicht gestattet wird und die Aktionärsfragen stattdessen während der Versammlung durch ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied verlesen und anschließend beantwortet werden, stellt sich aus datenschutzrechtlicher Sicht die Frage, ob die Namen der Fragesteller verlesen und somit in die Versammlungsübertragung einfließen sollten.

im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkungen der Aktionäre, ABl.EU, L 132/1.

438 Vgl. *Zetzsche*, AG 2019, 233, 237; vgl. bezüglich des Gesellschaftsinteresse an der Transparenz schaffenden Versammlungsübertragung auch LG Frankfurt a.M., Urteil v. 7. Januar 2004 - 3-13 O 79/03, NZG 2005, 520, 521.

439 *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 66; *Zetzsche*, AG 2019, 233, 242.

440 Zwingende Gründe für eine Datenverarbeitung bestehen insbesondere dann, wenn der Verantwortliche seinen (legitimen) Ziele nur durch die Verarbeitung erreichen kann, vgl. *Martini*, in: Paal/Pauly, Beck'sche Kompakt-Kommentare Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz, DS-GVO, Art. 21 Rn. 37.

441 Bereits im Fall einer Versammlungsübertragung gem. § 118 Abs. 4 zwingende Gründe i.S.v. Art. 21 Abs. 1 DSGVO bejahend, *Zetzsche*, AG 2019, 233, 242; vgl. bezüglich der Folgenlosigkeit eines Widerspruchs beim Vorliegen zwingender Gründe gem. Art. 21 Abs. 1 DSGVO, *Martini*, in: Paal/Pauly, Beck'sche Kompakt-Kommentare Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz, DS-GVO, Art. 21 Rn. 32 ff.

Eine gesetzliche Verpflichtung zur Namensnennung besteht nicht.⁴⁴² Allerdings ist eine gewisse Identifikation des Fragestellers gerade im Rahmen einer virtuellen Hauptversammlung ohne unmittelbare Übertragung der Aktionärsbeiträge wünschenswert.⁴⁴³ Die Nennung der Namen der Fragesteller ist eine Offenlegung von personenbezogenen Daten und mithin eine Datenverarbeitung gem. Art. 4 Nr. 2 DSGVO, die gem. Art. 6 Abs. 1 DSGVO grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig ist. Das Interesse aller Versammlungsteilnehmer an der namentlichen Nennung des Fragestellers überwiegt, da bei einer virtuellen Hauptversammlung ansonsten keinerlei Identifikation des Fragestellers, welche für die sachgerechte Einordnung der Bedeutung der Frage hilfreich sein kann, möglich ist, das Interesse des Betroffenen an dem Schutz seiner Privatsphäre.⁴⁴⁴ Anders als die Kenntnis vom Inhalt der Fragestellung ist die Identifikation des Fragestellers indes keine notwendige Voraussetzung für die sachgerechte Bewertung von Frage und Antwort und somit kein zwingender Grund i.S.v. Art. 21 Abs. 1 S. 1 DSGVO.⁴⁴⁵ Widerspricht der Betroffene der Nennung seines Namens, hat diese mithin gem. Art. 21 Abs. 1 S. 2 DSGVO zu unterbleiben.

(3) Zwischenfazit

Auch wenn die Bestandteile der virtuellen Hauptversammlung denen einer Präsenzversammlung inhaltlich regelmäßig nicht gleichkommen, sind diese vollständig zu übertragen. Einblicke, die auch der Besuch einer Präsenzversammlung nicht verschaffen würde, sind den Aktionären nicht notwendigerweise zu gewähren.

Die von § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 COVID-GesRG geforderte vollständige Versammlungsübertragung ist sowohl mit dem verfassungs- als auch mit dem unionsrechtlich verbürgten Datenschutz vereinbar. Die Grenze des Zulässigen wird überschritten, wenn etwa die namentliche Nennung eines

442 *Bücker/Kulenkamp/Schwarz/Seibt/v. Bonin*, DB 2020, 775, 783; *Herb/Merkelbach*, DSStR 2020, 811, 813; *Mayer/Jenne/Müller*, BB 2020, 1282, 1291; *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 270.

443 *Bücker/Kulenkamp/Schwarz/Seibt/v. Bonin*, DB 2020, 775, 783; vgl. *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 270.

444 Vgl. *Bücker/Kulenkamp/Schwarz/Seibt/v. Bonin*, DB 2020, 775, 783; vgl. *Mayer/Jenne/Müller*, BB 2020, 1282, 1291.

445 Im Ergebnis ebenso *Bücker/Kulenkamp/Schwarz/Seibt/v. Bonin*, DB 2020, 775, 783.

Fragestellers gegen dessen Willen erfolgt. Aber auch vor dem Erreichen dieser Grenze sind den Datenschutz betreffende Einzelentscheidungen zu treffen. Bei der dabei vorzunehmenden Abwägung zwischen dem Informationsinteresse der Aktionäre und dem Privatsphärenschutz der Betroffenen ist nicht zuletzt zu beachten, dass jede Aussparung von Details die Informationsgrundlage der Hauptversammlungsbeschlüsse verringert, somit ihre Legitimation mindert und die Bedeutung der Hauptversammlung schmälern kann.

dd) Übertragungsmedien

Eine Bild- und Tonübertragung gem. § 118 Abs. 4 AktG kann, auch wenn das Internet mittlerweile sicherlich die naheliegendste Lösung ist, mittels einer Vielzahl verschiedener Medien erfolgen. Im Schrifttum werden hier neben dem Internet etwa Sparten- oder Betriebsfernsehen genannt.⁴⁴⁶ Hinsichtlich des Übertragungsmediums besteht mithin weitestgehend Wahlfreiheit. Auch § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 COVID-GesRG schränkt die Auswahl des Mediums für die danach geforderte Übertragung nicht ein. Das wesentliche Auswahlkriterium muss die Eignung des Mediums für die Art und Anzahl der Zuschaltungen sein. Da die Aktionäre die Hauptversammlung schon nicht vor Ort verfolgen können, sollte zudem ein Übertragungsweg gewählt werden, der üblich ist und zu dem die Mehrzahl der Aktionäre Zugang hat.⁴⁴⁷ Letztendlich wird das Internet somit zumeist die praktikabelste und sofern über einen Livestream hinaus auch mittels eines Videokonferenzprogrammes eine Zwei-Wege-Verbindung eingerichtet

446 Vgl. *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 35; vgl. *Hoffmann*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 60; *Koch*, in: Hüffer/Koch, Kurzkommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 30; *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 447; *Mülbert*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 118 Rn. 124, der zudem Regionalfernsehen, „Firmen-TV“, und „sonstige Medien“ nennt; *Seibert*, NZG 2002, 608, 611, der zudem Intranet und auch Radio nennt, wobei letzteres selbstredend nur eine Tonübertragung ermöglicht und mithin wegen der gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG geforderten kumulativen Bild- und Tonübertragung für die Übertragung einer virtuellen Hauptversammlung ausscheidet.

447 *Weber/Sieber*, in: Fritz, Kommentar zum COVAbmildG, COVGesMG, § 1 Rn. 47.

tet werden soll, auch die einzige Lösung sein.⁴⁴⁸ Anstelle der herkömmlichen Eintrittskarte kann ein Dokument versendet werden, das alle für die Rechtsausübung erforderlichen Informationen, wie die Zugangsdaten zur Versammlungsübertragung enthält.⁴⁴⁹

ee) Ausnahme für börsenferne Aktiengesellschaften

Wie bereits festgestellt, gilt das COVID-GesRG ohne Ansehen der Börsennotierung der Gesellschaft.⁴⁵⁰ Sofern *Wicke* die Aussage von *Noack* und *Zetzsche*, bei Hauptversammlungen börsenferner Gesellschaften mit einem kleinen Teilnehmerkreis genüge „die Übertragung der Antworten mittels Smartphone oder ggf. Konferenzsoftware an die Aktionäre“,⁴⁵¹ dahingehend interpretiert, dass in diesem Fall keine Bild- und Tonübertragung erforderlich sei, liegt dem wohl ein Missverständnis zu Grunde.⁴⁵² Mit der Übertragung „mittels Smartphone“ muss die Nutzung der Videotelefoniefunktion solcher Geräte – und damit eine Bild- und Tonübertragung – gemeint sein. Dies ergibt sich zum einen aus der nachfolgenden Erwähnung einer „Konferenzsoftware“ und zum anderen daraus, dass wenn eine Übertragung der Antworten in Textform gemeint gewesen wäre, wohl die Begriffe E-Mail oder SMS verwendet worden wären.⁴⁵³ Eine Ausnahme für börsenferne Gesellschaften besteht mithin unbestrittenermaßen nicht.

ff) Störungsfreiheit der Übertragung

Aus § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 COVID-GesRG geht nicht hervor, ob die störungsfreie Übertragung der Hauptversammlung erforderlich ist. Jedoch besteht angesichts des aus der Gesetzesentwurfsbegründung zu entnehmenden Willens des Gesetzgebers kein Zweifel daran, dass die Übertragung weder

448 Ebenfalls das Internet für das praktikabelste Übertragungsmedium haltend, *Bücker/Kulenkamp/Schwarz/Seibt/v. Bonin*, DB 2020, 775, 776; *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 447; *Mayer/Jenne/Müller*, BB 2020, 1282, 1286; *Weber/Sieber*, in: Fritz, Kommentar zum COVAbmildG, COVGesMG, § 1 Rn. 47.

449 *Bücker/Kulenkamp/Schwarz/Seibt/v. Bonin*, DB 2020, 775, 779.

450 S.o. Zweiter Teil) A) I).

451 *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 267.

452 Vgl. *Wicke*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 130 Rn. 10 (Stand: 19.10.2020).

453 Vgl. *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 267.

technisch ungestört ablaufen, noch bei jedem Aktionär tatsächlich ankommen beziehungsweise von ihm erreichbar sein muss, um die Voraussetzungen für die Einberufung einer virtuellen Hauptversammlung zu erfüllen.⁴⁵⁴ Nichtsdestotrotz ist der Vorstand im Rahmen seiner allgemeinen Leitungs- und Sorgfaltspflicht gehalten, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um einen Möglichst störungsfreien Ablauf sicherzustellen. Die Bestandskraft der Hauptversammlungsbeschlüsse werden Pflichtverletzungen in Anbetracht des Anfechtungsausschlusses in § 1 Abs. 7 COVID-GesRG jedoch kaum zur Folge haben.⁴⁵⁵ Sollte allerdings einer Vielzahl an Aktionären die Verfolgung der Versammlung aus Gründen, die der Sphäre der Gesellschaft entstammen, an der Verfolgung der Versammlung mittels der Bild- und Tonübertragung gehindert sein, sind Auswirkungen auf der Rechtsfolgenseite zu erörtern.⁴⁵⁶

gg) Ermächtigungsgrundlage

§ 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 COVID-GesRG selbst enthält keine Ermächtigungsgrundlage für die Einrichtung der dort geforderten Übertragung, sondern setzt eine solche Übertragung als erlaubt voraus.⁴⁵⁷ Dennoch muss der Vorstand die Entscheidung über das konkrete „ob“ und „wie“ der Versammlungsübertragung auf eine taugliche Ermächtigung stützen. Nicht alle Gesellschaften verfügen über Satzungsklauseln zur Ermächtigung des

454 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26; *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 36p; *Krenek*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 18; *Lieder*, ZIP 2020, 837, 841; *Römermann/Grupe*, in: Römermann, COVID-19 Abmilderungsgesetze, COVMG § 1 Rn. 20; *Seibt/Danwerth*, NZG 2020, 1241, 1242; *Tröger*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 126.

455 Vgl. *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 243 Rn. 23ff.; *Lieder*, ZIP 2020, 837, 841, der zudem darauf hinweist, dass, wenn der Gesellschaft aus einer schuldhaften Pflichtverletzung des Vorstands bei der Durchführung der virtuellen Hauptversammlung Vermögensschäden – etwa in Form von Kosten für die Wiederholung einer auf Grund schlechter Vorbereitung abgebrochenen Versammlung – entstehen, die Vorstandsmitglieder eine Ersatzpflicht gem. § 93 Abs. 2 AktG treffen kann; ausführlich zum Anfechtungsausschluss gem. § 1 Abs. 7 COVID-GesRG unten Zweiter Teil) C).

456 Vgl. *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 243 Rn. 23ff.; siehe zu den Rechtsfolgen ausführlich unten Zweiter Teil) C).

457 Vgl. *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 435 f.; *Weber/Sieber*, in: Fritz, Kommentar zum COVAbmildG, COVGesMG, § 1 Rn. 46.

Vorstands. Demnach ist eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage erforderlich.

Die Gesetzesentwurfsbegründung selbst legt nahe, dass die erforderliche Ermächtigungsgrundlage für die Schaffung der Voraussetzungen von § 1 Abs. 2 S. 1 COVID-GesRG bereits in Abs. 1 derselben Norm besteht. So führt diese einleitend zu § 1 Abs. 2 COVID-GesRG aus, dass „auf der Grundlage obiger Möglichkeiten“ – gemeint ist hiermit wohl Abs. 1 – eine Hauptversammlung ohne physische Präsenz der Aktionäre abgehalten werden könne.⁴⁵⁸ Sofern die Frage nach der Ermächtigungsgrundlage im Schrifttum aufgeworfen wird, sprechen sich die Autoren ebenfalls für § 1 Abs. 1 COVID-GesRG aus.⁴⁵⁹ Dem ist zuzustimmen. Insbesondere erhält dadurch § 1 Abs. 1 COVID-GesRG, der auf Grund des Risikos, welches mit einem Vertrauen auf die freiwillige Nutzung der elektronischen Rechtsausübung durch die Aktionäre einhergeht, ansonsten kaum sinnvoll von den Gesellschaften genutzt werden könnte,⁴⁶⁰ einen signifikanten Anwendungsbereich. Zu den Grenzen dieser Ermächtigung und ihrem Verhältnis zu Satzungsbestimmungen gilt das bereits zuvor Festgestellte.⁴⁶¹

Zu beachten ist indes, dass, soweit § 1 Abs. 1 COVID-GesRG die Zulassung der Bild- und Tonübertragung nach § 118 Abs. 4 AktG in die Kompetenz des Vorstands stellt, dies keine Kompetenz für die Einrichtung einer Zwei-Wege-Verbindung umfasst.⁴⁶² So zeichnet sich die Übertragung nach § 118 Abs. 4 AktG – gerade auch in Abgrenzung zur elektronischen Teilnahme gem. § 118 Abs. 1 S. 2 AktG – durch die Passivität der Übertragungsempfänger aus.⁴⁶³

458 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

459 Hoffmann, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 60; Kruchen, DZWIR 2020, 431, 435 f.; vgl. Noack/Zetzsche, AG 2020, 265, 266; Weber/Sieber, in: Fritz, Kommentar zum COVAbmildG, COV-GesMG, § 1 Rn. 46.

460 Vgl. dazu oben Zweiter Teil) A) IV) 3).

461 S.o. Zweiter Teil) A) VI).

462 Eine solche Kompetenz besteht allerdings im Ergebnis trotzdem gem. § 1 Abs. 1 COVID-GesRG, da dieser auch die Zulassung und Definition der Online-Teilnahme, im Rahmen derer eine Zwei-Wege-Verbindung gewährt werden kann, in die Kompetenz des Vorstands stellt, vgl. dazu ausführlich oben Zweiter Teil) A) IV); sowie Erster Teil) A) I) 1).

463 Vgl. dazu oben Erster Teil) B) I) 3); vgl. Herrler, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 35; vgl. Mülbert, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 118 Rn. 122.

hh) Zwischenfazit

Die gem. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 COVID-GesRG für die Einberufung einer virtuellen Hauptversammlung notwendige Bild- und Tonübertragung ist die erste von insgesamt vier Voraussetzungen, die im Fall einer virtuellen Hauptversammlung ein Mindestmaß an Aktionärsinformation und -beteiligung an dem Hauptversammlungsgeschehen sicherstellen soll. Bezüglich der konkreten Umsetzung der Übertragung zur Gewährleistung dieses Mindestmaßes ist festzuhalten, dass eine kumulative Übertragung von Bild und Ton zu erfolgen hat, welche jedenfalls den Aktionären, ihren Vertretern und sonstigen Personen mit originärem Teilnamerecht zugänglich zu machen ist. Eine Zwei-Wege-Verbindung ist nicht erforderlich. Übertragen werden muss die vollständige Versammlung, so wie sie auch präsenten Aktionären dargeboten würde. Eine solche Übertragung ist mit dem verfassungs- und dem unionsrechtlich verbürgten Datenschutz vereinbar. Kommen mehrere geeigneten Übertragungsmedien in Betracht, kann der Vorstand eines auswählen. Regelmäßig wird das Internet das am besten geeignete Medium sein. Ein Anspruch auf eine störungsfreie Übertragung besteht nicht. Mit § 1 Abs. 1 COVID-GesRG besteht eine taugliche Ermächtigungsgrundlage für den Vorstand, um mit der Zustimmung des Aufsichtsrates die erforderliche Übertragung anzuordnen.

Durch die zuvor herausgearbeiteten zwingenden Anforderungen an eine Übertragung gem. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 COVID-GesRG wird ein Mindestmaß an Aktionärsöffentlichkeit der virtuellen Versammlung und eine damit einhergehende Eigentümerkontrolle sichergestellt. Mangels eines Rechts auf eine störungsfreie Übertragung und einer Möglichkeit der Aktionäre die Stabilität der Versammlung sicherzustellen, besteht im Unterschied zur Anwesenheit des Aktionärs bei einer Präsenzversammlung die Gefahr von Unterbrechungen der Aktionärsöffentlichkeit und damit einer Erschwerung der Eigentümerkontrolle.

b) Gewährleistung der Stimmrechtsausübung

Als zweite Voraussetzung für das Abhalten einer virtuellen Hauptversammlung bestimmt § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 COVID-GesRG, dass die Stimmrechtsausübung der Aktionäre über elektronische Kommunikation sowie Vollmachterteilung möglich sein muss. Wenn auch die Briefwahl und die Bevollmächtigung inzwischen üblich sind und von vielen Aktiengesellschaften regelmäßig ermöglicht werden, besteht nach dem AktG kein

gesetzliches Recht des einzelnen Aktionärs darauf, seine Stimme ohne Anwesenheit am Ort der Versammlung abzugeben.⁴⁶⁴

Um das Stimmrecht als durch Art. 14 GG geschütztes Kernelement der Aktionärsrechte auch im Rahmen einer virtuellen Hauptversammlung zu erhalten,⁴⁶⁵ war eine präsenzlose Ausübung des Stimmrechts zwangsläufig vorzusehen. Hinsichtlich der konkreten Anforderungen an die Stimmrechtsausübung bleibt § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 COVID-GesRG allerdings vage.

aa) Form der Stimmabgabe

Die Norm selbst nennt mit der (elektronischen) Briefwahl, der elektronischen Teilnahme und der Vollmachtserteilung drei Formen der Stimmrechtsausübung. Aus dem Wortlaut des § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 COVID-GesRG („oder [...] sowie“) geht hervor, dass jedenfalls eine der beiden erstgenannten Formen der Stimmrechtsausübung und zudem stets die Vollmachtserteilung angeboten werden müssen.⁴⁶⁶ Mit dem Wortlaut („sowie“) unvereinbar ist die von *Noack* und *Zetzsche* vertretene Auffassung, dass die Gesellschaft nur eine der drei Optionen der Stimmrechtsausübung zur Verfügung stellen muss.⁴⁶⁷ Auch die Gesetzesmaterialien sprechen

464 Hat der DCGK 2017 in Ziffer 2.3.2 immerhin noch die Bestellung eines Stimmrechtsvertreters empfohlen, ist selbst diese Empfehlung in der aktuellen Fassung weggefallen (vgl. DCGK 2019); ein Recht der Aktionäre auf eine Stimmabgabe mittels Fernkommunikationsmitteln konnte sich allerdings auch bisher schon aus der Satzung ergeben, vgl. *Hoffmann*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 46 ff., 54.

465 Nach allgemeiner Auffassung zählt das Stimmrecht als akzessorischer Bestandteil der grundrechtlich geschützten Mitgliedschaft in all seinen Ausprägungen zum Schutzgehalt von Art. 14 GG, siehe dazu an Steller vieler *Schoppe*, Aktieneigentum, S. 215 f.

466 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26; *Bücker/Kulenkamp/Schwarz/Seibt/v. Bonin*, DB 2020, 775, 778; *Danwerth*, AG 2020, 418, 425; *Herb/Merkelbach*, DStR 2020, 811, 812; *Krenek*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 19; *Römermann/Grupe*, in: Römermann, COVID-19 Abmilderungsgesetze, COVMG § 1 Rn. 64; *Tröger*, BB 2020, 1091, 1093; *ders.*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 127 f.; *Wicke*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 130 Rn. 11 (Stand: 19.10.2020); *ders.*, DStR 2020, 885, 886.

467 Vgl. *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 268.

gegen ein solches Normverständnis, sodass diese Auffassung abzulehnen ist.⁴⁶⁸

Einer Zulassung beider Varianten der Stimmabgabe mittels elektronischer Kommunikation über die Mindestvoraussetzung hinaus steht die Norm allerdings nicht entgegen.⁴⁶⁹

(1) Elektronische Briefwahl

Da das Gesetz eine Stimmrechtsausübung über elektronische Kommunikation fordert, muss mit der anschließend genannten Briefwahl allein die elektronische Briefwahl nach § 118 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 AktG gemeint sein. Das Angebot der schriftlichen Briefwahl ist unzureichend, wenn auch als Zusatzangebot unschädlich.⁴⁷⁰ Eine Beschränkung der elektronischen Briefwahl auf bestimmte Übertragungswege ist weder § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 COVID-GesRG noch den Gesetzgebungsmaterialien zu entnehmen.⁴⁷¹ Auch sind keine anderweitigen Gründe für eine Beschränkung ersichtlich, sodass der Vorstand hier einen oder mehrere der nach § 118 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 AktG zulässigen Übertragungswege auswählen kann.⁴⁷² In Betracht kommen somit insbesondere die Stimmabgabe mittels E-Mail oder über ein Onlineportal.⁴⁷³

468 Vgl. Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26; ebenso *Tröger*, BB 2020, 1091, 1093.

469 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26; *Danwerth*, AG 2020, 418, 425; *Herb/Merkelbach*, DStR 2020, 811, 812; *Lieder*, ZIP 2020, 837, 841; *Römermann/Grupe*, in: Römermann, COVID-19 Abmilderungsgesetze, COVMG § 1 Rn. 64; *Tröger*, BB 2020, 1091, 1093; *ders.*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 127; *Weber/Sieber*, in: Fritz, Kommentar zum COVAbmildG, COVGesMG, § 1 Rn. 51; *Wicke*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 130 Rn. 11 (Stand: 19.10.2020); *ders.*, DStR 2020, 885, 886.

470 Vgl. *Downar/Bartkowiak*, DB 2021, 349, 350; vgl. *Hoffmann*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 73; vgl. *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1287 f.; vgl. *Simons/Hauser*, NZG 2020, 488, 499.

471 Vgl. Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 1 ff.

472 Zu den nach § 118 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 AktG zulässigen Übertragungswegen s.o. Erster Teil) B) I) 2).

473 Vgl. *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1287.

(2) Online-Teilnahme

Jedenfalls alternativ zur elektronischen Briefwahl muss den Aktionären die Stimmabgabe im Wege einer elektronischen Teilnahme ermöglicht werden. Angesichts der Tatsache, dass der Begriff der elektronischen Teilnahme vom Gesetzgeber gleichermaßen in § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 COVID-GesRG und § 1 Abs. 1 COVID-GesRG, wo ausdrücklich der Bezug zur Teilnahme im Wege elektronischer Kommunikation gem. § 118 Abs. 1 S. 2 AktG hergestellt wird, verwendet wird, handelt es sich in allen Fällen um die bereits bekannte Online-Teilnahme gem. § 118 Abs. 1 S. 2 AktG.⁴⁷⁴

Zwingend zu gewährleisten ist im Rahmen der Online-Teilnahme ausweislich des Wortlautes von § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 COVID-GesRG allein die Stimmrechtsausübung. Abgesehen hiervon kann die Rechtsausübung durch den Online-Teilnehmer beschränkt werden. Weder der Wortlaut noch der Gesetzeszweck stützen indes ein dahingehendes Verständnis der Norm, dass die Online-Teilnahme im Rahmen einer virtuellen Hauptversammlung notwendigerweise auf die Stimmrechtsausübung – beziehungsweise auf die Mindestvoraussetzungen gem. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 4 COVID-GesRG – zu beschränken ist.⁴⁷⁵ Ebenso wenig ist den Online-Teilnehmern im Fall entsprechender Beschränkungen zwingend die Ausübung aller Mitgliedschaftsrechte zu ermöglichen oder eine (audiovisuelle) Zwei-Wege-Direktverbindung zuzugestehen.⁴⁷⁶

Eröffnet die Verwaltung den Aktionären nur die zwingend erforderliche Stimmrechtsausübung, unterscheidet sich die Online-Teilnahme kaum noch von der elektronischen Briefwahl. Richtig ist, dass der Online-Teilnehmer auch im Rahmen einer virtuellen Hauptversammlung im Unterschied zum Briefwähler ein Teilnehmer im aktienrechtlichen Sinne ist und als „erschienen“ i.S.v. § 245 Nr. 1 AktG gilt.⁴⁷⁷ Da jedoch sowohl Briefwählern als auch Online-Teilnehmern, die ihr Stimmrecht ausgeübt haben, gem. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 COVID-GesRG unter Verzicht auf das Erfordernis des Erscheinens in der Hauptversammlung eine Widerspruchsmöglichkeit gegen die Beschlüsse einer virtuellen Hauptversammlung einzuräumen ist, unterscheidet sich die Rechtsstellung der beiden Gruppen

474 Zur Online-Teilnahme s.o. Erster Teil) B) I) 1); sowie Zweiter Teil) A) IV).

475 A.A. jedoch *Noack*, in: Schmidt, COVID-19, § 10 Rn. 73, der davon ausgeht, dass eine Beschränkung der Rechtsausübung der Online-Teilnehmer auf die Stimmrechtsausübung und die Fragemöglichkeit im Fall der Durchführung einer virtuellen Hauptversammlung vorgegeben sei.

476 A.A. wohl *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1287.

477 Vgl. *Herb/Merkelbach*, DStR 2020, 811, 812.

faktisch nicht. Ein Unterschied besteht dann nur noch in der Aufnahme des Online-Teilnehmers in das Teilnehmerverzeichnis gem. § 129 Abs. 1 S. 2 AktG.⁴⁷⁸

(3) Vollmachtserteilung

Stets zu ermöglichen ist den Aktionären gem. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 COVID-GesRG die Stimmrechtsausübung mittels Bevollmächtigung. Dass das Stimmrecht des Aktionärs durch einen Bevollmächtigten seiner Wahl ausgeübt werden kann, gestattet bereits § 134 Abs. 3 S. 1 AktG. Allerdings bestimmt § 1 Abs. 2 S. 1 COVID-GesRG, dass sowohl die physische Präsenz der Aktionäre als auch die ihrer Vertreter bei einer virtuellen Hauptversammlung ausgeschlossen werden kann. Demnach können auch die Vertreter der Aktionäre die Rechte nur mittels Fernkommunikationsmitteln und auch nur im gleichen Rahmen wie die Aktionäre selbst ausüben.⁴⁷⁹

Eine Befugnis zur Abweichung von § 134 Abs. 3 S. 1 AktG lässt sich § 1 Abs. 2 S. Nr. 2 Alt. 2 COVID-GesRG nicht entnehmen.⁴⁸⁰ Ohnehin wäre eine gesetzliche Regelung, die den Aktionären eine Ausübung ihres Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten verböte, nicht mit Art. 10 Abs. 1 ARRL vereinbar, welcher ausdrücklich das Recht der Aktionäre sich bei der Ausübung ihrer Rechte in der Hauptversammlung vertreten zu lassen fordert.

Dem zuvor beschriebenen Normverständnis nach käme § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 COVID-GesRG lediglich eine klarstellende Funktion zu. Für die Annahme einer solchen Funktion streiten die Gesetzgebungsmaterialien, soweit sie davon sprechen, dass „natürlich die Vollmachtserteilung“ zu ermöglichen ist und mithin implizieren, dass es sich bei dieser Pflicht um eine Selbstverständlichkeit handelt.⁴⁸¹

Über eine klarstellende Funktion hinaus wird § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 COVID-GesRG von weiten Teilen des Schrifttums ein dahingehender Regelungsgehalt entnommen, dass die Gesellschaft selbst einen allen

478 Noack, in: Schmidt, COVID-19, § 10 Rn. 73.

479 Vgl. Weber/Sieber, in: Fritz, Kommentar zum COVAbmildG, COVGesMG, § 1 Rn. 61.

480 Hoffmann, in: Hensler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 74.

481 Vgl. Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

Aktionären zugänglichen Stimmrechtsvertreter bereitstellen muss.⁴⁸² Das Recht der Gesellschaft zur Benennung eines Stimmrechtsvertreters wird in § 134 Abs. 3 S. 5 AktG vorausgesetzt und ist inzwischen allgemein anerkannt.⁴⁸³ Auch ist seine Benennung im Rahmen von Präsenzversammlungen üblich, war bislang aber nicht verpflichtend.⁴⁸⁴ Für die Annahme einer Pflicht der Gesellschaft zur Benennung eines Stimmrechtsvertreters spricht bereits, dass § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 COVID-GesRG nur so ein eigener Regelungsgehalt zukäme.⁴⁸⁵ Hinzu kommt, dass die Begründung des Gesetzesentwurfs explizit feststellt, dass „der Stimmrechtsvertreter der Gesellschaft [...] natürlich vor Ort zulässig“ ist,⁴⁸⁶ wobei anscheinend davon ausgegangen wird, dass ein solcher stets vorhanden ist.

482 *Bücker/Kulenkamp/Schwarz/Seibt/v. Bonin*, DB 2020, 775, 778; *Hoffmann*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 74; *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1287; *Noack*, in: Schmidt, COVID-19, § 10 Rn. 76; ebenso wohl *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 268, die davon sprechen, dass das COVID-GesRG vom Vorstand „erwartet“, dass er für die virtuelle Hauptversammlung einen Stimmrechtsvertreter bereitstellt; wohl auch *Tröger*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 128; *ders.*, BB 2020, 1091, 1093; *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63f; a.A. *Cyglakow*, Die virtuelle Hauptversammlung, S. 84 ff.; *Danwerth*, AG 2020, 776, 786; sowie *Guntermann*, ZGR 2021, 436, 457 f.; ebenfalls a.A. *Herb/Merkelbach*, DStR 2020, 811, 812, die die Bestellung eines Stimmrechtsvertreters dennoch für hilfreich und zweckmäßig halten; auch a.A. *Herrler*, DNotZ 2020, 468, 488; *Quass*, NZG 2021, 261, 266; wohl auch *Rieckers*, DB 2021, 98, 108; sowie *Weber/Sieber*, in: Fritz, Kommentar zum COVAbmildG, COVGesMG, § 1 Rn. 60 ff., die die Benennung eines Stimmrechtsvertreters durch die Gesellschaft zwar für empfehlenswert, mithin aber nicht für obligatorisch halten und somit § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 COVID-GesRG nur eine klarstellende Funktion zusprechen.

483 Vgl. *Grundmann*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 134, Rn. 119; vgl. noch zum gleichlautenden § 134 Abs. 3 S. 3 AktG, *Habersack*, ZHR 2001, 172, 187; vgl. *Holzborn*, in: Bürgers/Körber/Lieder, Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 134 Rn. 22; sowie *Koch*, in: Hüffer/Koch, Kurzkomentar zum Aktiengesetz, AktG § 134 Rn. 26a; vgl. ebenfalls noch zu § 134 Abs. 3 S. 3 AktG, *Noack*, ZIP 2001, 57, 61; vgl. *Rieckers*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 134 Rn. 55; *Schockenhoff* NZG 2015, 657, 659; sowie *Seibert*, ZIP 2001, 53, 55, wenn auch ebenfalls noch zu § 134 Abs. 3 S. 3 AktG.

484 Vgl. *Hoffmann*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 74; sowie *Noack*, in: Schmidt, COVID-19, § 10 Rn. 76.

485 Vgl. *Noack*, in: Schmidt, COVID-19, § 10 Rn. 76.

486 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

In Anbetracht der vorgenannten Argumente ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine Pflicht der Aktiengesellschaften zur Bereitstellung eines Stimmrechtsvertreters konstituieren wollte.

Als der im Rahmen einer virtuellen Hauptversammlung von der Gesellschaft zu benennende Stimmrechtsvertreter kommen ebenso wie im Falle einer Präsenzversammlung neben Dritten, wie Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Aktionärsvereinigungen, geschäftsmäßigen Stimmrechtsvertretern und Intermediären auch eigene Arbeitnehmer der Aktiengesellschaft in Betracht.⁴⁸⁷ Die von der wohl herrschenden Meinung – zumeist unter Verweis auf § 136 Abs. 2 AktG – zu Recht abschlägig beschiedene Streitfrage, ob neben Arbeitnehmern der Gesellschaft auch Organmitglieder als Stimmrechtsvertreter der Gesellschaft benannt werden können,⁴⁸⁸ stellt sich im Zuge einer virtuellen Hauptversammlung gleichermaßen wie im Fall einer Präsenzveranstaltung.⁴⁸⁹ Da auch der von der Gesellschaft benannte Stimmrechtsvertreter auf die Ausübung der Aktionärsrechte mittels Fernkommunikationsmitteln verwiesen werden darf, kann auch das Argument, die Organmitglieder seien ohnehin bereits vor Ort anwesend und böten sich daher zwecks Minimierung der Zahl der anwesenden Personen als Stimmrechtsvertreter an, die zuvor genannte Diskussion nicht durchgreifend beeinflussen. Insofern ist auf die Streitfrage an dieser Stelle nicht weiter einzugehen.

Der von der Gesellschaft zu benennende Stimmrechtsvertreter muss sich grundsätzlich zur Vertretung aller Aktionäre bereiterklären, denn nur dann stellt die Vollmachtserteilung eine echte Alternative zur Stimmabgabe im Wege der elektronischen Kommunikation dar.⁴⁹⁰

487 Mayer/Jenne/Miller, BB 2020, 1282, 1287; vgl. Noack/Zetzsche, AG 2020, 265, 268; Tröger, BB 2020, 1091, 1093; sowie Spindler, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63f.; allgemein zu dem von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreter vgl. Rieckers, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 134 Rn. 55 ff.; sowie Tröger, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 134 Rn. 205 ff.

488 Dagegen Hirschmann, in: Hölters, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 134 Rn. 50; Holzborn, in: Bürgers/Körber/Lieder, Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 134 Rn. 22; Koch, in: Hüffer/Koch, Kurzkommentar zum Aktiengesetz, AktG § 134 Rn. 26b; Lenz, Die gesellschaftsbenannte Stimmrechtsvertretung, S. 281 ff.; Tröger, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 134 Rn. 171, 206; Spindler, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 134 Rn. 63; dafür jedoch Bunke, AG 2002, 57, 59 ff.; Rieckers, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 134 Rn. 56.

489 Vgl. Mayer/Jenne/Miller, BB 2020, 1282, 1287.

490 Mayer/Jenne/Miller, BB 2020, 1282, 1287; Noack/Zetzsche, AG 2020, 265, 268.

(4) Zwischenfazit

Festzuhalten ist, dass den Aktionären im Fall der Einberufung einer virtuellen Hauptversammlung jedenfalls die Stimmabgabe mittels elektronischer Teilnahme oder elektronischer Briefwahl und zudem stets die Stimmabgabe mittels der Bevollmächtigung eines von der Gesellschaft zu benennenden, allen Aktionären offenstehenden, Stimmrechtsvertreters zu ermöglichen ist. Das Recht des Aktionärs gem. § 134 Abs. 3 S. 1 AktG einen Vertreter seiner Wahl zur Ausübung seiner Rechte zu bevollmächtigen bleibt davon unberührt, obschon auch dieser Vertreter auf die Rechtsausübung im Wege der elektronischen Kommunikation verwiesen ist.

bb) Zeitlicher Rahmen der Stimmabgabe

Nicht explizit geregelt ist, bis zu welchem Zeitpunkt die Stimmrechtsausübung zu ermöglichen ist. Dennoch muss zumindest eine der drei in § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 COVID-GesRG genannten Möglichkeiten der Stimmrechtsausübung bis zum Schluss der virtuellen Hauptversammlung – beziehungsweise präziser: bis zum Beginn der Stimmenauszählung –⁴⁹¹ zur Verfügung stehen, sodass die Aktionäre ihr Stimmverhalten bis zu diesem Zeitpunkt überdenken können.⁴⁹²

Zu begründen ist die obligatorische Ermöglichung der Stimmrechtsausübung auch noch während der Versammlung vor allem damit, dass die Stimmberechtigten nur so ihr Abstimmungsverhalten auch von den Versammlungsinhalten – insbesondere den Antworten auf Aktionärsfragen –

491 Zu Recht weist *Danwerth*, AG 2020, 776, 785 darauf hin, dass in der Praxis der virtuellen Hauptversammlung kein relevanter zeitlicher Unterschied zwischen dem Ende der Generaldebatte und dem Beginn der Stimmenauszählung besteht. Das relevante Unterscheidungskriterium ist allein, ob der letztmögliche Zeitpunkt der Abstimmung derart bestimmt wird, dass die Aktionäre oder ihre Vertreter ihr Stimmverhalten noch an den Inhalten der Versammlung – insbesondere der Fragenbeantwortung – ausrichten können. Die Bezeichnung des letztmöglichen Zeitpunktes der Stimmabgabe ist mithin praktisch unbedeutend, solange die Stimmabgabe an den Versammlungsinhalten ausgerichtet werden kann.

492 Vgl. *Danwerth*, AG 2020, 776, 785 ff.; einschränkend *Götze/Roßkopf*, DB 2020, 768, 770, „sollte [...] eingeräumt werden; vgl. *Noack*, in: Schmidt, COVID-19, § 10 Rn. 74; vgl. *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 269; vgl. *Simons/Hauser*, NZG 2020, 488, 499; ebenfalls einschränkend („sollte [...] möglich sein“) *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63f.

abhängig machen können. Ein Ende der Abstimmungsphase noch vor der Beantwortung der Fragen oder sogar vor Beginn der Versammlung würde die Garantie einer Fragemöglichkeit der Aktionäre in § 1 Abs. 2 S. Nr. 3 COVID-GesRG, welche gegenüber dem Auskunftsrecht nach § 131 Abs. 1 AktG ohnehin schon eine Verkürzung darstellt,⁴⁹³ vollkommen zu Makulatur verkommen lassen. Hinzu tritt, dass das COVID-GesRG die Übertragung der gesamten Versammlung in Echtzeit erfordert, weshalb nicht davon auszugehen ist, dass die Aktionäre nur passive Zuschauer sein sollen.⁴⁹⁴ Ebenfalls für dieses Normverständnis spricht, dass die Gesellschaften gem. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 COVID-GesRG zwingend die Stimmrechtsausübung im Wege der elektronischen Kommunikation anbieten müssen, wodurch im Unterschied zur schriftlichen Briefwahl eine Stimmabgabe noch während der Versammlung ermöglicht werden soll.

Soweit einzelne Stimmen in der Literatur eine Ermöglichung der Stimmrechtsausübung nur für empfehlenswert, nicht jedoch für obligatorisch halten,⁴⁹⁵ kann diese Ansicht argumentativ allenfalls mit der Tatsache gestützt werden, dass das COVID-GesRG keine dahingehende explizite Anordnung trifft. In Anbetracht der aufgezeigten gesetzessystematischen Argumente kann diese Ansicht allerdings insgesamt nicht überzeugen.

Bei der Stimmrechtsausübungsmöglichkeit, die bis zum Ende der Versammlung ermöglicht werden muss, kann es sich auch um die Ausübung des Stimmrechts mittels des von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreters handeln. Sofern dafür eine Erreichbarkeit des Stimmrechtsvertreters per Mail noch während der Versammlung vorgeschlagen wird,⁴⁹⁶ ist dies aus rechtlicher Perspektive konsequent. Allerdings ist dann zu hinterfragen, ob die Auswertung einer Vielzahl von E-Mails während der Versammlung bis zum Ende der Abstimmungsphase mit vertretbarem Personalaufwand praktisch zu bewältigen ist. Ein solches Vorgehen ist allenfalls Gesellschaften mit einem überschaubaren Aktionariat möglich. Für größere Publikumsgesellschaften bietet sich eher die Bevollmächtigung des Stimmrechtsvertreters mittels eines Internetportals, die elektronische Briefwahl über ein Portal oder eine Stimmabgabe mittels Online-Teilnah-

493 Zur Fragemöglichkeit und ihrem Verhältnis zum Auskunftsrecht s.u. Zweiter Teil) A) VIII) 1) c).

494 Vgl. *Noack*, in: Schmidt, COVID-19, § 10 Rn. 74.

495 Vgl. *Götze/Roßkopf*, DB 2020, 768, 770; *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63f.

496 Vgl. *Weber/Sieber*, in: Fritz, Kommentar zum COVAbmildG, COVGesMG, § 1 Rn. 60.

me an, da hier die eingehenden Stimmen ohne zusätzlichen Zeit- und Personalaufwand elektronisch verarbeitet und ausgezählt werden können.

Mithin ist zu konstatieren, dass der letztmögliche Zeitpunkt der Stimmabgabe so gewählt werden muss, dass die Aktionäre die Ausübung ihres Stimmrechts noch an den Versammlungsinhalten ausrichten können. Als Bezeichnung für diesen Zeitpunkt bietet sich – in Anlehnung an das Vorgehen bei Präsenzversammlungen – der das Ende der Abstimmungsfrist markierende Beginn der Stimmenauszählung an.

cc) Ermächtigungsgrundlage

Ebenso wenig wie § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 COVID-GesRG enthält auch Nr. 2 keine Ermächtigungsgrundlage für die Einrichtung der ebenda geforderten Möglichkeiten zur präsenzlosen Stimmabgabe. Bezüglich der Stimmabgabe mittels Online-Teilnahme und elektronischer Briefwahl besteht die erforderliche Ermächtigungsgrundlage für den Vorstand bereits mit § 1 Abs. 1 COVID-GesRG.⁴⁹⁷ Zu den Grenzen dieser Ermächtigung und ihrem Verhältnis zu Satzungsbestimmungen gilt das bereits zuvor Festgestellte.⁴⁹⁸

Eine Kompetenz zur Gestattung oder Modifikation der Stimmabgabe im Wege der Vollmachterteilung ist dem COVID-GesRG nicht zu entnehmen. Eine Gestattung der Stimmrechtsausübung seitens der Gesellschaft ist in Ansehung der diesbezüglich abschließenden Regelung in § 134 Abs. 3 S. 1 AktG auch nicht erforderlich. Ebenso bedarf das Recht der Gesellschaft zur Benennung eines Stimmrechtsvertreters über § 134 Abs. 3 S. 5 AktG hinaus keiner Regelung. Gesellschaftsintern zuständig für die Benennung ist ohnehin der Vorstand,⁴⁹⁹ sodass auch die gesetzgeberische

497 Die zur Frage der Ermächtigungsgrundlage für die Bild- und Tonübertragung angeführten Gründe gelten hier entsprechend. Siehe zu den Gründen daher oben Zweiter Teil) A) VIII) 1) a) gg).

498 S.o. Zweiter Teil) A) IV) und V).

499 *Habersack*, ZHR 2001, 172, 187; *Holzborn*, in: Bürgers/Körber/Lieder, Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 134 Rn. 22; sofern *Habersack*, ZHR 2001, 172, 187 dem Beitrag von *Bachmann*, WM 1999, 2100, 2106 entnimmt, dass dieser für die Bestimmung der Person des Vertreters einen Hauptversammlungsbeschluss für erforderlich hält, ist dem nicht zu folgen. *Bachmann* hielt zu diesem, vor dem Erlass der Regelung des § 134 Abs. 3 S. 3 a.F. (S. 5 n.F.) AktG liegenden, Zeitpunkt den Hauptversammlungsbeschluss vielmehr für die abstrakte Entscheidung über das „ob“ der Benennung eines Stimmrechtsvertreters der Gesellschaft für erforderlich.

Intention, die für die Ermöglichung einer virtuellen Hauptversammlung erforderlichen Kompetenzen zentral beim Vorstand – wenn auch ansonsten mit dem Erfordernis der Zustimmung des Aufsichtsrats – anzusiedeln, keine Modifikation der Rechtslage erfordert hat.

dd) Zwischenfazit

Das Stimmrecht als Kernelement der Aktionärsrechte bleibt auch für virtuelle Hauptversammlungen erhalten. Zur Gewährleistung dieser Erhaltung haben die Gesellschaften neben dem Angebot der elektronischen Briefwahl oder der Online-Teilnahme auch die Stimmabgabe im Wege der Vollmachtserteilung zu gewährleisten, wobei ein Stimmrechtsvertreter von der Gesellschaft zu benennen ist. Nach hiesiger Auffassung ist den Aktionären die Stimmrechtsausübung jedenfalls mittels eines der drei Wege derart bis in die Hauptversammlung hinein zu gewähren, dass die Aktionäre die Ausübung ihres Stimmrechts noch an den Versammlungsinhalten ausrichten können. Mit § 1 Abs. 1 COVID-GesRG und § 134 Abs. 3 S. 1, 5 AktG bestehen auch die für den Vorstand erforderlichen gesetzlichen Grundlagen zur Herstellung der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 Nr. 2 für die Stimmrechtsausübung.

c) Fragemöglichkeit gem. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 COVID-GesRG e.F.

Als dritte Mindestvoraussetzung für die Abhaltung einer virtuellen Hauptversammlung fordert § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 COVID-GesRG e.F. die Einräumung einer Fragemöglichkeit. Der Terminus der Fragemöglichkeit wurde im Aktienrecht bislang nicht verwendet. Bereits mit dem Begriff deutet der Gesetzgeber eine Diskrepanz zwischen dem Auskunftsrecht des Aktionärs gem. § 131 Abs. 1 AktG und der Fragemöglichkeit, welche das Auskunftsrecht offenbar funktional ersetzen soll,⁵⁰⁰ an.

Das Auskunftsrecht des Aktionärs genießt als wesentlicher Bestandteil des in der Aktie verkörperten Mitgliedschaftsrechts den Schutz von Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG.⁵⁰¹ Das Auskunftsrecht von Aktionären börsennotierter Ge-

500 Vgl. Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

501 BVerfG, Kammerbeschluss v. 20. September 1999 – 1, BvR 636/95 Rn. 16 f., NJW 2000, 349 ff.; BGH, Urteil v. 18. Oktober 2004 – II ZR 250/02, BGHZ 160, 385, 388; vgl. *Budde*, in: FS Moxter, S. 33, 49f.; *Redenius-Hövermann/Bannier*, ZIP

sellschaften, auf welche sich die Vorgaben der ARRL gem. Art. 1 Abs. 1 S. 1 ARRL ausschließlich beziehen,⁵⁰² wird zudem durch Art. 9 ARRL garantiert.⁵⁰³ Ein ersatzloser Wegfall wäre demnach ersichtlicher Weise problematisch gewesen. Indem die Gesetzesentwurfsbegründung erläutert, dass bei Ausschluss der physischen Präsenz der Aktionäre das Fragerecht nicht ebenfalls völlig beseitigt werden könne,⁵⁰⁴ wird deutlich, dass dem Gesetzgeber das Bestehen der, dem höherrangigen Recht zu entnehmenden, Grenzen der Einschränkung des Fragerechts bewusst waren. Ob diese Grenzen mit der Reduktion des Auskunftsrechts auf die in Rede stehende Fragemöglichkeit allerdings eingehalten wurden, wird verbreitet bezweifelt und ist im Einzelnen zu untersuchen.⁵⁰⁵

aa) Fragenübermittlung im Wege der elektronischen Kommunikation

Üblicherweise werden Fragen in der Präsenzversammlung von den Aktionären und ihren Vertretern mündlich vorgetragen. Demgegenüber bestimmt § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 COVID-GesRG, dass die Fragemöglichkeit im Wege der elektronischen Kommunikation ausgeübt werden muss. Eine Präzisierung des Begriffes der elektronischen Kommunikation erfolgt dabei nicht. Allerdings ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass den Aktionären weder eine Zwei-Wege-Verbindung noch überhaupt das Einbringen von Beiträgen in die Hauptversammlung in Echtzeit ermöglicht werden muss,⁵⁰⁶ dass das mündliche Vorbringen von Fragen nicht – beziehungsweise jedenfalls nicht in Echtzeit – angeboten werden muss. Damit stellt sich die Frage, was unter elektronischer Kommunikation i.S.d. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 COVID-GesRG e.F. zu verstehen ist.

Das AktG verwendet den Begriff der elektronischen Kommunikation sowohl in § 118 Abs. 1 S. 2 als auch in § 118 Abs. 2 S. 1. Allerdings wird die Bedeutung des Begriffes dort jeweils derart verstanden, dass den Satzungsgebern hinsichtlich des konkret zu verwendenden Kommunikations-

2020, 1885, 1892; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 842; *Schoppe*, Aktieneigentum, S. 229; *Stöber*, DStR 2014, 1680.

502 Vgl. *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 29 Rn. 9; vgl. *Pöschke*, ZIP 2010, 1221, 1224; *Stöber*, DStR 2014, 1680.

503 Vgl. *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 29 Rn. 105 ff.; vgl. *Stöber*, DStR 2014, 1680.

504 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

505 Hierzu siehe unten Zweiter Teil) A) VIII) 1) c) dd) (1) (a) und (b).

506 Dazu s.o. Zweiter Teil) A) VIII) 1) a) aa).

mediums weitestgehend Auswahlfreiheit zugestanden wird.⁵⁰⁷ Im Rahmen einer virtuellen Hauptversammlung verschärft sich die Frage dadurch, dass den Aktionären durch § 1 Abs. 2 COVID-GesRG die, sonst in Bezug auf die Möglichkeiten des § 118 AktG bestehende, Wahlfreiheit zwischen der Interaktion im Wege elektronische Kommunikation und der Rechtsausübung vor Ort genommen wird. Mithin ist zu eruieren, ob hier eine strengere Auslegung des Begriffs angezeigt ist. Das COVID-GesRG selbst verwendet den Begriff der elektronischen Kommunikation auch an anderer Stelle. In § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 COVID-GesRG wird er dahingehend definiert, dass hiervon die (elektronische)⁵⁰⁸ Briefwahl und die elektronische Teilnahme umfasst sind. Eine unbesehene Übertragung dieser Definition auf § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 COVID-GesRG e.F. würde jedoch eine begriffliche Verengung des Begriffes mit sich bringen, die weder durch den Wortlaut noch durch den Sinn und Zweck der Fragemöglichkeit indiziert ist. So würde auf diese Weise etwa ein Zusenden der Fragen in Audio- oder Videodateien im Vorfeld der Hauptversammlung ausgeschlossen.⁵⁰⁹ Dies obschon gerade hierdurch authentische Aktionärsbeiträge in der Versammlung, durch Einspielung der Dateien in die Versammlungsübertragung, ermöglicht werden könnten, ohne auf die, mit technischen Unwägbarkeiten einhergehende, Einbindung der Aktionäre in Echtzeit zurückgreifen zu müssen. Der Begriff der elektronischen Kommunikation in § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 COVID-GesRG e.F. muss daher autonom von anderen Verwendungen im COVID-GesRG und im AktG ausgelegt werden.

Indem § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 COVID-GesRG e.F. die Einräumung einer Fragemöglichkeit durch die Gesellschaft festlegt, schließt er im Umkehrschluss eine freie Auswahl des Übertragungsmediums durch die Aktionäre aus, und impliziert eine Auswahl der Empfangswege durch den Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrates. Die Gesetzesentwurfsbegründung enthält keine abschließende Listung der Medien, welche dem Vorstand

507 Vgl. etwa *Hoffmann*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 46 ff; sowie *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 58 f.

508 S.o. Zweiter Teil) A) VIII) 1) b) aa) (1).

509 Die Ausübung der Fragemöglichkeit mittels Audio- oder Videodateien aber für zulässig haltend, *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 270; sowie *Simons/Hauser*, NZG 2020, 488, 495; die Übersendung vorproduzierter Audio- oder Videodateien ist im Sinne einer effektiven und nachvollziehbaren Abwicklung der Stimmabgabe als ungeeignet für die elektronische Briefwahl i.S.v. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 COVID-GesRG und damit als unzulässig zu bewerten, vgl. oben Zweiter Teil) A) VIII) 1) a) dd).

zur Wahl stehen sollen, sondern beschränkt sich darauf, exemplarisch die Übersendung von Fragen per E-Mail zu nennen.⁵¹⁰ Sofern sich in der Literatur überhaupt Äußerungen zur Auswahl der Übertragungswege finden lassen, werden – teilweise mit dem hier abgelehnten Verweis auf § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 COVID-GesRG und ansonsten ohne Begründung – E-Mail, Chat, Kontaktformulare oder Übersendung von Audio- oder Videodateien, sowie eine Zwei-Wege-Echtzeit-Kommunikation als mögliche Übertragungswege für die Fragen genannt.⁵¹¹ Teilweise wird die Zulässigkeit aller Formen elektronischer Kommunikation befürwortet.⁵¹² Auch wenn die Fragemöglichkeit das Auskunftsrecht funktional ersetzen und hinter ihm zurückbleiben dürfen soll,⁵¹³ ist zu überprüfen, ob die angeführten Übermittlungswege noch mit dem Sinn- und Zweck des Auskunftsrechtes vereinbar sind oder dieses gleichsam nur noch als leere Hülle zurücklassen. Der Zweck des Auskunftsrechtes besteht nicht nur in der Information des einzelnen Fragestellers, sondern in der kollektiven Willensbildung aller anwesenden und zugeschalteten Aktionäre.⁵¹⁴ Infolgedessen ist umstritten, ob das Auskunftsverlangen im Rahmen von Präsenzversammlungen nur in mündlicher oder auch in schriftlicher Form vorgebracht werden kann.⁵¹⁵ Von den Gegnern der Zulassung schriftlicher Auskunftsverlangen

510 Vgl. Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

511 Vgl. *Heidel/Lochner*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 61; *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 37f; *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 455; *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 270; *Römermann/Grupe*, in: Römermann, COVID-19 Abmilderungsgesetze, CO-VMG § 1 Rn. 77; *Simons/Hausser*, NZG 2020, 488, 495; *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63j; sowie *Tröger*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 131.

512 *Tröger*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 131.

513 Vgl. Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

514 BGH, Urteil v. 18. Oktober 2004 - II ZR 250/02, BGHZ 160, 385, 389; BGH, Urteil v. 12. November 2001 - II ZR 225/99, BGHZ 149, 158, 164; vgl. *Butzke*, Hauptversammlung, G Rn. 1; *Hoffmann-Becking*, in: Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. IV § 38 Rn. 2; *Kubis*, in: FS Kropff, S. 180 ff.; *ders.*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 29.

515 Für die Zulassung von Auskunftsbegehren in Schriftform *Drinhausen*, in: Hölter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 131 Rn. 13; *Luther*, in: FS Möhring, S. 223 f.; *Marsch-Barner*, WM 1984, 41, 42; sowie *Meilicke/Heidel*, DStR 1992, 72, 74; dagegen OLG Frankfurt, Beschluss v. 19. September 2006, - 20 W 55/05 -, AG 2007, 451, 452; *Hoffmann-Becking*, in: Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. IV § 38 Rn. 31; sowie *Kubis*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 29.

wird angeführt, dass, wenn eine Frage nur schriftlich gestellt wird, selbst eine versammlungsöffentliche Antwort mangels Kenntnis der Frage für die meisten Zuhörer keinen Erkenntnisgewinn mit sich bringt.⁵¹⁶ Der Zweck der kollektiven Willensbildung sei daher bei Zulassung schriftlicher Auskunftsverlangen gefährdet.⁵¹⁷ Der Streit entschärft sich dadurch, dass, allen heute noch vertretenen Ansichten nach, keine Bedenken gegen das versammlungsöffentliche Verlesen und mündliche Beantworten schriftlich eingereicherter Fragen bestehen.⁵¹⁸ Der Zweck der kollektiven Willensbildung ist in diesem Fall nicht gefährdet. Da das COVID-GesRG nach dem objektivierten Willen des Gesetzgebers ohnehin eine irgendwie geartete Wiederholung der Fragen in der Hauptversammlung vor ihrer Beantwortung voraussetzt,⁵¹⁹ ist eine Aushöhlung des Zwecks der, das Auskunftsrecht ersetzenden, Fragemöglichkeit durch eine Einreichung der Fragen in Schrift- beziehungsweise Textform nicht zu befürchten. Allerdings kann der Vorstand die Übermittlung der Fragen in Schriftform nach dem COVID-GesRG nicht nur alternativ zum mündlichen Auskunftsverlangen anbieten, sondern die Aktionäre auch auf die schriftliche Einreichung beschränken.⁵²⁰ Eine durch die Satzung oder Geschäftsordnung begründete Pflicht zur schriftlichen Einreichung der Fragen wird im Zusammenhang mit Präsenzveranstaltungen teilweise als unzulässige Erschwernis des Aus-

516 Vgl. *Kubis*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 29.

517 Vgl. *Hoffmann-Becking*, in: Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. IV § 38 Rn. 31; *Kubis*, in: FS Kropff, S. 183; sowie *dens.*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 29.

518 Vgl. *Decher*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 131, Rn. 74; *Drinhausen*, in: Hölter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 131 Rn. 13; sowie *Wachter*, in: Wachter, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 7; im Ergebnis auch *Kubis*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 29, der vertritt, dass eine schriftlich eingereichte Frage dann zu einem Auskunftsverlangen i.S.d. Abs. 1 S. 1 mutiert, wenn sie der Versammlung vom Vorstand oder Versammlungsleiter mitgeteilt wird.

519 Die Gesetzesentwurfsbegründung spricht von einer Beantwortung „in“ der Versammlung, vgl. Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26. Eine Aneinanderreihung von Antworten ohne Darlegung der Fragestellung ist jedoch offenkundig sinnlos, sodass von einer Pflicht zur Wiederholung der Fragen in der Hauptversammlung auszugehen ist.

520 *Simons/Hauser*, NZG 2020, 488, 495.

kunftsrechts qualifiziert.⁵²¹ Da Art. 9 ARRL kein Recht auf das mündliche Vorbringen des Auskunftsverlangens zu entnehmen ist, und auch der Sinn und Zweck des Auskunftsrechts durch ein schriftliches Vorbringen bei anschließender Verlesung nicht gefährdet ist, ist die gesetzliche Neuregelung grundsätzlich auch mit höherrangigem Recht vereinbar.⁵²²

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass das COVID-GesRG kein bestimmtes Medium für die Übertragung der Aktionärsfragen festlegt, sondern die Auswahlentscheidung den Gesellschaften überlässt. Auch eine Übermittlung der Fragen in Textform widerspricht nicht dem Ziel der Kollektiven Willensbildung. Mithin stehen der Gesellschaft alle Formen der elektronischen Kommunikation zur Wahl.

bb) Zeitliche Beschränkung der Fragemöglichkeit

Gem. § 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 COVID-GesRG e.F. kann der Vorstand vorgeben, dass Fragen bis spätestens zwei Tage vor der Versammlung einzureichen sind. Entscheidet sich der Vorstand für diese Vorgabe, soll nach allgemeinem Normverständnis nicht nur das Stellen von Fragen, sondern auch von spontanen Rückfragen während der Versammlung ausgeschlossen sein.⁵²³

Diese Rechtseinschränkung gegenüber § 131 Abs. 1 AktG wirft erneut die Frage nach der Vereinbarkeit der Norm mit höherrangigem Recht auf. Indes garantiert Art. 9 ARRL bereits seinem Wortlaut nach lediglich das Recht der Aktionäre Fragen zu Tagesordnungspunkten der Hauptversammlung zu stellen, nicht aber eine Geltendmachung dieses Rechtes in der Versammlung.⁵²⁴ Für dieses Verständnis von Art. 9 ARRL spricht auch der ErwGr. 8 Hs. 2 zur ARRL, wonach unter anderem die Entscheidung

521 Koch, in: Hüffer/Koch, Kurzkommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 3; Simons/Hauser, NZG 2020, 488, 495; a.A. Luther, in: FS Möhring, S. 223 f., der ein Schriftformerfordernis in der Satzung für zulässig hält.

522 Vgl. Schäfer, NZG 2020, 481, 483; vgl. Tröger, BB 2020, 1091, 1094.

523 Noack, NZG 2021, 110; Redenius-Hövermann/Bannier, ZIP 2020, 1885, 1894; Spindler, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63j; vgl. Tröger, BB 2020, 1091, 1094; Vossius, notar 2020, 328, 330.

524 OLG München, Beschluss vom 28. Juli 2021 – 7 AktG 4/21 –, Rn. 92, juris = BeckRS 2021, 20705; KG Berlin, Beschluss vom 25. März 2021 – 12 AktG 1/21 –, Rn. 38, juris; Decher, ZGR 2020, 238, 241 f.; Habersack/Verse, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 7 Rn. 23; Lieder, ZIP 2020, 837, 842; Noack, in: FS Westermann, S. 1203, 1213; Noack/Zetzsche, AG 2020, 265, 271; Schäfer, NZG 2020, 481, 483; Tröger, BB 2020, 1091, 1094.

wann die Fragen zu stellen sind den Normgebern der Mitgliedstaaten zustehen soll. Ein rechtsvergleichender Blick in andere, ebenfalls durch die ARRL determinierte, europäische Rechtsordnungen zeigt, dass eine Beschränkung des Fragerechts auf das Versammlungsvorfeld auch nicht außergewöhnlich ist.⁵²⁵ Vielmehr stellt die Ausgestaltung des deutschen Auskunftsrechts gem. § 131 AktG als ad-hoc-Recht mit unmittelbarer Antwortpflicht des Vorstands ein gewisses Extrem innerhalb der europäischen Rechtsordnungen dar.⁵²⁶

Auch der verfassungsrechtliche Schutz der Informationsrechte durch Art. 14 Abs. 1 GG führt zu keinem anderen Ergebnis: Aus der bloßen Pflicht, Fragen vor der Versammlung zu stellen resultiert noch keine inhaltliche Beschränkung der Informationsmöglichkeiten. Diese erfolgt jedoch dadurch, dass auch Nachfragen, welche sich erst auf Grund der Inhalte der laufenden Versammlung oder weil eine Frage aus Sicht eines Teilnehmers unzureichend beantwortet wurde, ergeben, ausgeschlossen werden können. Die Frage, inwieweit der verfassungsrechtliche Schutz spontane Auskunfts- und Nachfragerverlangen überhaupt umfasst, wurde auf Grund der dies gestattenden bisherigen Hauptversammlungspraxis bislang nicht diskutiert und kann auch an dieser Stelle unbeantwortet bleiben.⁵²⁷ So ist die Sicherung des ordnungsgemäßen Versammlungsablaufes allgemein als inhaltliche und zeitliche Schranke des Auskunftsrechts anerkannt.⁵²⁸ Ziel des Gesetzgebers bei Erlass des COVID-GesRG war es unter anderem, die Hauptversammlung vor einer Flut digital eingereichter Fragen zu schützen und der Verwaltung Zeit zur Sichtung und Sortierung einer möglichen Vielzahl von Fragen zu verschaffen. Auf diese Weise sollten Störungen des ordnungsgemäßen Ablaufs der Versammlung verhindert werden. Ausgeschlossen werden konnte die Gefahr der Überlastung der Versammlung durch eine unüberschaubare Vielzahl digital einge-

525 So verlangt etwa das norwegische Recht die Einreichung der Fragen eine Woche vor der Einberufung, das französische Recht bis vier Tage vor der Hauptversammlung, siehe hierzu *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 271. Ebenso fordern das dänische, italienische, spanische und irische Recht eine Frageneinreichung vor der Hauptversammlung, siehe hierzu *Hölz*, Handbuch der europäischen Hauptversammlungen, S. 17, 36, 41; *Leyens*, ZGR 2019, 544, 552; *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 271.

526 *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 271.

527 Dazu allerdings unten Dritter Teil) C) III) 2).

528 BVerfG, Kammerbeschluss v. 20. September 1999 – 1 BvR 636/95 Rn. 30, NJW 2000, 349 ff. = AG 2000, 74 f.; *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 271; *Schoppe*, Akteneigentum, S. 231 f.

reicher Fragen im Vorhinein der ersten virtuellen Hauptversammlungen jedenfalls nicht. Mithin ist die gesetzliche Ermächtigung des Vorstandes in Form von § 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 COVID-GesRG e.F. eine Beschränkung der Fragemöglichkeit auf das Vorfeld der Versammlung im Einzelfall vorzusehen jedenfalls gerechtfertigt und so mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar.⁵²⁹ Der Aktionär, dessen Frage sich erst im Laufe der Versammlung ergibt hat, muss sein verbleibendes Informationsdefizit hinnehmen. Dem Aktionär, der seine Frage nur unzureichend beantwortet sieht aber keine Rückfrage stellen kann, bleibt noch die „nukleare Option“ des Widerspruchs zur Niederschrift.⁵³⁰

Von überwiegend praktischem Interesse ist der Frage, wie die Zwei-Tages-Frist für die zeitliche Begrenzung der Frageneinreichung zu berechnen ist. Da das COVID-GesRG als *lex-specialis* zum AktG dessen Geltung nur soweit suspendiert, wie es eigene Regelungen trifft, muss unter Berücksichtigung des, dem Wortlaut zu entnehmenden, umfassenden Geltungsanspruchs von § 121 Abs. 7 AktG und des Fehlens einer davon abweichenden Regelung im COVID-GesRG, die Frist nach den allgemeinen Grundsätzen des § 121 Abs. 7 AktG berechnet werden.⁵³¹ Zwischen den beiden Ereignistagen (Tag der letztmöglichen Frageneinreichung und Tag der Hauptversammlung), können mithin bei entsprechender Vorstandsentscheidung

529 Im Ergebnis ähnlich OLG München, Beschluss vom 28. Juli 2021 – 7 AktG 4/21 –, Rn. 90, juris = BeckRS 2021, 20705.

530 *Vossius*, notar 2020, 328, 330; vgl. *Redenius-Hövermann/Bannier*, ZIP 2020, 1885, 1889; zu den Folgen des Widerspruchs siehe unten Zweiter Teil) C).

531 Im Ergebnis ebenso LG Frankfurt, Urteil vom 23. Februar 2021 – 3-05 O 64/20 –, Rn. 138, juris = ZIP 2021, 1009-1015; *Andres/Kujović*, GWR 2020, 213, 215; *Bücker/Kulenkamp/Schwarz/Seibt/v. Bonin*, DB 2020, 775, 771; *Danwerth*, AG 2020, 776, 780; *Götze/Roßkopf*, DB 2020, 768, 771, wenn auch ohne Verweis auf § 121 Abs. 7 AktG und somit wohl a.A. bezüglich der Anwendbarkeit der §§ 187 bis 193 BGB; *Herrler*, DNotZ 2020, 468, 491; *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 458; *Mutter/Kruchen*, AG 2021, 108, 109; *Poelzig*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 131 Rn. 299 f.; *Römermann/Grupe*, in: Römermann, COVID-19 Abmilderungsgesetze, COVMG § 1 Rn. 76; sowie *Simons/Hauser*, NZG 2020, 488, 495; für ein dahingehendes Verständnis, dass der Tag des Frageneingangs mitzurechnen ist, etwa Talanx AG HV 2020, Einladung S. 7; sowie Hannover Rück HV 2020, Einladung S. 21; wohl ebenfalls a.A. Deutsche Real Estate AG HV 2020, Einladung S. 11 f., welche den Zeitpunkt 48 Stunden vor Beginn der Hauptversammlung wählt; Ausnahmen hiervon können sich für nichtbörsennotierte Gesellschaften gem. § 121 Abs. 7 S. 3 AktG aus der Satzung ergeben.

bis zu zwei volle Tagen liegen.⁵³² Eine für die Aktionäre großzügigere Regelung zu treffen, bleibt der Verwaltung unbenommen.⁵³³

cc) Fragenbeantwortung mittels Website?

Im Rahmen des Auskunftsrechts des Aktionärs gem. § 131 AktG erfolgt die Beantwortung der Aktionärsfragen herkömmlicherweise in der Versammlung. Entgegen diesem Grundsatz ist eine Beantwortung in der Versammlung gem. § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 AktG dann nicht erforderlich, wenn die begehrte Auskunft auf der Internetseite der Gesellschaft über mindestens sieben Tage vor Beginn und in der Hauptversammlung zugänglich war. Wohl aufgrund einer Andeutung⁵³⁴ in der Gesetzesentwurfsbegründung, ist eine Diskussion entbrannt, inwiefern Auskünfte und Antworten auf der Website der Gesellschaft eine Beantwortung der entsprechenden Fragen in einer virtuellen Hauptversammlung erübrigen.

(1) Dispens von der Sieben-Tages-Frist des § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 AktG

Teilweise wird eine Beantwortung von Fragen, deren Antworten unmittelbar vor Beginn und während der Hauptversammlung auf der Website der Gesellschaft vorgehalten werden, unabhängig von einer ansonsten möglicherweise bestehenden Antwortpflicht von vornherein für entbehrlich gehalten.⁵³⁵ Das Erfordernis der siebentägigen Zugänglichkeit der

532 Vgl. *Andres/Kujović*, GWR 2020, 213, 215; vgl. *Simons/Hauser*, NZG 2020, 488, 495.

533 Vgl. Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26; vgl. *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 458; vgl. *Simons/Hauser*, NZG 2020, 488, 495.

534 So enthält die Gesetzesentwurfsbegründung die Passage: „Die Beantwortung erfolgt „in“ der Versammlung – sofern nicht FAQ schon vorab auf der Website beantwortet sind.“, Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

535 *Bücker/Kulenkamp/Schwarz/Seibt/v. Bonin*, DB 2020, 775, 779; *Herb/Merkelbach*, DStR 2020, 811, 813; einschränkend, *Herrler*, DNotZ 2020, 468, 493 f., der eine Veröffentlichung 24 Stunden vor der Versammlung fordert; *Poelzig*, in: *Henssler/Spindler/Stilz*, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 131 Rn. 310; *Simons/Hauser*, NZG 2020, 488, 497 f.; *Stelmaszczyk/Forschner*, DK 2020, 221, 231; *Teichmann*, Audit Committee Quarterly extra 2020, 18, 21.

Antworten gem. § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 AktG würde mithin entfallen.⁵³⁶ Diese Auffassung stützt sich maßgeblich auf einen Satz in der Gesetzesentwurfsbegründung, der die Beantwortung von Fragen mittels FAQ auf der Website als Alternative zur Beantwortung in der Versammlung anführt.⁵³⁷ Diesem Satz wird teilweise eine vollständige Gleichstellung der Beantwortung auf der Website und in der Versammlung entnommen.⁵³⁸ Zudem sei den Aktionären angesichts des dem Vorstand gem. § 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 COVID-GesRG e.F. eingeräumten weiten Ermessens bezüglich des „Ob“ und „Wie“ der Fragenbeantwortung und der daraus resultierenden Gefahr eines „Totalverzichts“ auf die Beantwortung, selbst mit einer kurzfristigen Veröffentlichung von Antworten auf der Website besser gedient als mit dem Ausbleiben der Antwort.⁵³⁹ Darüber hinaus wird die Vereinbarkeit des Telos des § 1 Abs. 2 COVID-GesRG mit der Einhaltung der Sieben-Tages-Frist in Abrede gestellt.⁵⁴⁰

(2) Fortgeltung von § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 AktG

Einer anderen Ansicht nach hat die Beantwortung der Fragen weiterhin grundsätzlich in der Hauptversammlung zu erfolgen.⁵⁴¹ Das COVID-GesRG enthalte keine Regelung, die ein Abweichen von diesem Grundsatz rechtfertigen könne. Im Gegenteil, auch die Gesetzesentwurfsbegründung geht weiterhin vom Regelfall der Fragenbeantwortung „in“ der Versammlung aus.⁵⁴² Eine Nichtbeantwortung der Frage auf Grund von Informationen auf der Website sei demnach weiterhin nur bei Einhaltung der Sieben-Tages-Frist des § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 AktG statthaft.⁵⁴³ In Anbetracht des frühestmöglichen Endes der Frageneinreichungsfrist zwei Tage vor der

536 Vgl. *Bücker/Kulenkamp/Schwarz/Seibt/v. Bonin*, DB 2020, 775, 779; *Simons/Hauser*, NZG 2020, 488, 494 f.

537 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

538 So *Herb/Merkelbach*, DStR 2020, 811, 813; sowie *Bücker/Kulenkamp/Schwarz/Seibt/v. Bonin*, DB 2020, 775, 779.

539 *Simons/Hauser*, NZG 2020, 488, 497 f.

540 *Stelmaszczyk/Forschner*, DK 2020, 221, 231.

541 *Götze/Roßkopf*, DB 2020, 768, 771 (Fn. 46); *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 272; *dies.*, AG 2020, 721, 723; *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63j.

542 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

543 *Götze/Roßkopf*, DB 2020, 768, 771 (Fn. 46); *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 272; *dies.*, AG 2020, 721, 723.

Versammlung wäre eine mehr oder weniger vollständige Verlagerung der Fragenbeantwortung auf die Website hiernach nicht möglich.⁵⁴⁴

(3) Stellungnahme

Für die Beantwortung dieser Streitfrage ist zunächst zu überprüfen, ob das höherrangige Recht die Antwort darauf determiniert. Der grundgesetzliche Schutz der Aktionärsrechte wird bislang nicht derart definiert, dass eine verbale oder spontane Antwort auf die Aktionärsfragen gegeben werden müsste. Auch das Europarecht kennt keine derartigen Vorgaben. Im Gegenteil spricht Art. 9 Abs. 3 S. 3 ARRL den Mitgliedsstaaten das Recht zu, festzulegen, dass eine Frage als beantwortet gilt, wenn die entsprechende Information bereits in Form von Frage und Antwort auf der Internetseite der Gesellschaft verfügbar ist. Eine Mindestveröffentlichungsdauer i.S.v. § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 AktG ist im Wortlaut der Norm nicht angedeutet und ihr auch unter Berücksichtigung der Erwägungsgründe nicht zu entnehmen.⁵⁴⁵ Die Antwort auf die Streitfrage ist demnach nicht durch das höherrangige Recht determiniert.

Explizit ist dem COVID-GesRG keine Sonderregel bezüglich der Fragenbeantwortung auf der Website zu entnehmen. Allein § 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 COVID-GesRG e.F., der das „Wie“ der Fragenbeantwortung in das Ermessen des Vorstandes stellt, könnte dem weiten Wortlaut nach so verstanden werden, dass die Fragenbeantwortung allein auf der Website erfolgen kann. Allerdings ist unter Berücksichtigung der Gesetzesbegründung, die ausführt, dass die Verwaltung mehrere Fragen zusammenfassend beantworten kann,⁵⁴⁶ davon auszugehen, dass mit dem „Wie“ der Beantwortung nicht das Medium, sondern der Inhalt der Antwort gemeint ist. Selbst wenn man § 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 COVID-GesRG e.F. eine Wahlfreiheit der Verwaltung bezüglich des Antwortmediums entnehmen wollte, läge mit der Website kein Medium vor, das bisher nicht hätte genutzt werden dürfen. Eine Fragenbeantwortung per Website ist also in jedem Fall zulässig. Ein Dispens von der dafür vorgesehenen Sieben-Tages-Frist des § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 AktG ist weder in § 1 COVID-GesRG noch in der

544 Vgl. *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63j.

545 Vgl. ErwGr. 8 Hs. 2 zur ARRL; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 7 Rn. 23.

546 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

Gesetzesentwurfsbegründung angedeutet, eine dahingehende Auslegung der Norm daher fernliegend. In diesem Sinne ist auch der Halbsatz in der Gesetzesbegründung „sofern nicht FAQ schon vorab auf der Website beantwortet sind“⁵⁴⁷ als bloßer Verweis auf die bestehende Rechtslage gem. § 131 Abs. 3 S. 2 Nr. 7 AktG zu verstehen.

Soweit das Argument, dass eine kurzfristige Beantwortung auf der Website einem „– jederzeit möglichen – Totalverzicht auf die Beantwortung“⁵⁴⁸ vorzuziehen sei, für den Dispens angeführt wird, kann auch dies letztendlich nicht überzeugen: Sollte tatsächlich kein Recht des Aktionärs auf eine Antwort bestehen, beziehungsweise sollte der Vorstand die Antwort ermessensfehlerfrei verweigern können, so besteht für die Verwaltung keine Pflicht überhaupt tätig zu werden. Unbenommen ist es dem Vorstand auch in diesem Fall, freiwillig eine Antwort auf der Website zu veröffentlichen. In Erfüllung einer aus der Fragemöglichkeit des Aktionärs resultierenden Pflicht erfolgt diese Veröffentlichung dann jedoch nicht.

Gegen einen Dispens von der Sieben-Tages-Frist spricht auch, dass dadurch, in Kombination mit der Pflicht zur vorherigen Frageneinreichung, eine Hauptversammlung ohne jegliche Aktionärsbeteiligung konstruiert werden könnte. Es verbliebe eine Plattform zur kritiklosen Selbstdarstellung für die Verwaltung. Ein Mehrwert für die Eigner wäre nicht mehr ersichtlich.

Auch würde eine Möglichkeit zur Veröffentlichung der Antworten erst unmittelbar vor der Versammlung im Regelfall dazu führen, dass weniger Aktionäre sie zur Kenntnis nehmen: Selbst von einem überdurchschnittlich interessierten Aktionär ist kaum zu erwarten, dass er parallel zur laufenden Versammlungsübertragung die unmittelbar zuvor auf der Website eingestellten Fragen und Antworten auswertet. Diese Problematik haben auch die Befürworter eines Dispenses von § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 AktG teilweise erkannt und kommen daher zu dem Ergebnis, dass die Antworten Zwecks Möglichkeit der Kenntnisnahme 24 Stunden vor der Hauptversammlung veröffentlicht werden müssen.⁵⁴⁹ In Anbetracht der unwiderrufenen gesetzgeberischen Entscheidung für eine, die angemessene Möglichkeit der Kenntnisnahme bezweckende,⁵⁵⁰ Sieben-Tages-Frist, erscheint die Bestimmung einer dasselbe bezweckenden 24-Stunden-Frist, ohne jeg-

547 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

548 *Simons/Hauser*, NZG 2020, 488, 497 f.

549 *Herrler*, DNotZ 2020, 468, 493 f.

550 Vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 15/5092, 18; vgl. *Decher*, in: *Hirte/Mülbert/Roth*, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 131, Rn. 431.

lichen Anhaltspunkt dafür im Gesetz oder auch nur in den Gesetzgebungsmaterialien einigermassen zufällig und nicht haltbar.

Insgesamt ist festzuhalten, dass mangels einer gesetzgeberischen Entscheidung für einen Dispens von § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 AktG und des Fehlens sachlicher Gründe für einen solchen, die Veröffentlichung von Antworten auf der Website der Gesellschaft die Verwaltung nur dann von aus der Fragemöglichkeit gem. § 1 Abs. 2 Nr. 3 COVID-GesRG e.F. resultierenden Pflichten befreit, wenn die betreffende Auskunft für mindestens sieben Tage vor Beginn der Hauptversammlung zugänglich ist.

dd) Das Recht auf Antwort

Im Rahmen einer Präsenzhauptversammlung gewährt § 131 AktG jedem Aktionär nicht nur das Recht, eine Frage über Angelegenheiten der Gesellschaft zu stellen, sondern zugleich auch das Recht darauf, dass der Vorstand ihm eine, gem. § 131 Abs. 2 S. 1 AktG den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft entsprechende, Antwort erteilt.⁵⁵¹ Inhaltliche Einschränkungen des Auskunftsrechts ergeben sich zum einen aus der Beschränkung gem. § 131 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 AktG auf zur sachgemäßen Beurteilung von Gegenständen der Tagesordnung erforderliche Auskünfte und zum anderen aus den in § 131 Abs. 3 AktG gelisteten Auskunftsverweigerungsrechten des Vorstandes.⁵⁵² Des Weiteren kann das Fragerecht des Einzelnen zeitlich beschränkt oder im Wege der Schließung der Rednerliste ausgeschlossen werden, um die Regulierbarkeit der Hauptversammlungsdauer sicherzustellen.⁵⁵³ Darüber hinaus sind Beschränkungen des Auskunftsrechts im Wesentlichen unzulässig.⁵⁵⁴ In Folge dessen

551 Vgl. *Decher*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 131, Rn. 262 ff.; *Poelzig*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 131 Rn. 237f.

552 Vgl. *Decher*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 131, Rn. 350 ff.; *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 131 Rn. 29 ff. und Rn. 70 ff.

553 Vgl. *Decher*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 131, Rn. 291 ff. u. Rn. 330 ff.; *Koch*, in: Hüffer/Koch, Kurzkommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 42 ff.; *Kubis*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 102 ff.; vgl. *M. Schmid*, in: Ziemons/Binnewies, Handbuch der Aktiengesellschaft, Rn. 10.705 ff.

554 Zu Ausnahmen, etwa wegen Rechtsmissbrauchs oder übermäßiger Rechtsausübung, vgl. nur *Decher*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 131, Rn. 434 ff.

steht auch dem einzelnen Aktionär insgesamt eine – vor allem auch im internationalen Vergleich⁵⁵⁵ – umfassende individuelle Informationsmöglichkeit zu.

Angesichts dieser bislang anerkannten Ausprägungen des Auskunftsrechts, stieß die Begründung zum Fraktionsentwurf des COVID-GesRG, welche feststellt, dass ein Recht auf Antwort im Rahmen der Fragemöglichkeit nicht bestehe,⁵⁵⁶ insbesondere bei Aktionärsvereinigungen auf Ablehnung.⁵⁵⁷ Dies ist gerade unter Beachtung der Tatsache, dass ein Fragerecht ohne korrespondierende Antwortpflicht von der Kommission der europäischen Gemeinschaften als praktisch bedeutungslos und von anderen als illusorisch bezeichnet wurde,⁵⁵⁸ durchaus nachvollziehbar. Ebenfalls ungewöhnlich mutet § 1 Abs. 2 S. 2 COVID-GesRG e.F. an, welcher dem Wortlaut nach die Entscheidung über die Beantwortung von Fragen in das freie, pflichtgemäße Ermessen des Vorstands stellt. Gleiches gilt für die Gesetzesentwurfsbegründung, soweit sie darauf hinweist, dass der Vorstand die Fragen bestimmter Personengruppen bevorzugt beantworten dürfe,⁵⁵⁹ obwohl eine solche Bevorzugung – insbesondere dann, wenn sie an der Höhe der Kapitalbeteiligung festgemacht wird – im Rahmen des

555 Vgl. *Decher*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 131, Rn. 49 ff.; vgl. *Kersting*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 82 ff.

556 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

557 Vgl. etwa DSW – Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V., Pressemitteilung vom 24.03.2020, Online-HV nur in begründeten Ausnahmefällen, <https://www.dsw-info.de/presse/archiv-pressemitteilungen/pressemitteilung-en-2020/online-hv-nur-in-begrueendeten-ausnahmefaelle/> (zuletzt abgerufen am 08.03.2021); sowie SdK - Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V., Pressemitteilung vom 24.03.2020, SdK fordert Nachbesserungen bei der großteils gelungenen Notfallgesetzgebung für Hauptversammlungen, <https://sdk.org/veroeffentlichungen/pressemitteilungen/sdk-fordert-nachbesserungen-bei-der-gr-ossteils-gelungenen-notfallgesetzgebung-fuer-hauptversammlungen/> (zuletzt abgerufen am 08.03.2021).

558 Vgl. dazu Kommission der europäischen Gemeinschaften, Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die Ausübung der Stimmrechte durch Aktionäre von Gesellschaften, die ihren eingetragenen Sitz in einem Mitgliedstaat haben und deren Aktien zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, sowie zur Änderung der Richtlinie 2004/109/EG, KOM (2005) 685, S. 7; sowie *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 29 Rn. 106.

559 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

Auskunftsrechtes unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes gem. § 53a AktG bislang überwiegend abgelehnt wird.⁵⁶⁰

Unbedenklich erscheint hingegen die Ansicht der Gesetzesbegründung, der Vorstand könne die Fragemöglichkeit auf angemeldete Aktionäre beschränken.⁵⁶¹ So dient eine solche Beschränkung der Sicherstellung der Legitimation des Einzelnen zur Ausübung der begehrten Rechte. Die Beschränkung des Aktionärsrechts zwecks Identitätsfeststellung erkennt auch Art. 9 Abs. 2 ARLL ausdrücklich an, sodass gegen ein solches Konzept europarechtlich keine Bedenken bestehen, wenngleich es nicht zwingend geboten ist.⁵⁶²

(1) Nichtbeantwortung „nach pflichtgemäßem, freiem Ermessen“?

Zunächst ist zu untersuchen ob und wenn ja in welchem Umfang im Rahmen der Fragemöglichkeit gem. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 COVID-GesRG e.F. ein Recht der Aktionäre auf eine Antwort besteht. Der Gesetzestext von § 1 COVID-GesRG enthält mit § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 COVID-GesRG e.F. und § 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 COVID-GesRG e.F. zwei Passagen, die Aussagen zur Fragemöglichkeit enthalten. Erstere führt den Terminus der Fragemöglichkeit ein. Bereits damit wird gegenüber der Begrifflichkeit des Auskunftsrechts eine Abstufung vorgenommen. So impliziert der Wortlaut, dass auf die Frage nicht zwingend eine Antwort zu erfolgen hat und dem Aktionär kein subjektives, individuelles Recht auf eine Antwort zustehen soll. Für dieses Verständnis spricht auch § 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 COVID-GesRG e.F., der die Entscheidung welche Fragen beantwortet werden in das „pflichtgemäße, freie Ermessen“ des Vorstands stellt. Hiernach würde, anstelle eines Rechts auf eine Antwort, allenfalls ein Anspruch des einzelnen Aktionärs auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Beantwortung seiner Frage bestehen.

⁵⁶⁰ Dagegen (wohl herrschend) *Koch*, in: Hüffer/Koch, Kurzkommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 48; *Kubis*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 119 Rn. 163; *Kersting*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 275; *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 131 Rn. 66a; teilweise a.A. allerdings *Decher*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 131, Rn. 321; *Zetzsche*, NZG 2007, 686, 691; sowie *Seibert*, WM 2005, 157, 161.

⁵⁶¹ Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

⁵⁶² Vgl. *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 271.

Für einen grundsätzlichen Ausschluss eines Rechts auf Antwort spricht auch die Begründung zum Fraktionsentwurf. Diese stellt explizit fest, dass ein Recht auf Antwort im Rahmen der Fragemöglichkeit nicht bestehe, und die Entscheidung über die Beantwortung, im Unterschied zu § 131 Abs. 1 AktG, im Ermessen des Vorstands stehe.⁵⁶³ Hieraus könnte geschlossen werden, dass der Vorstand Fragen, die unter der Geltung von § 131 AktG beantwortet werden müssten, bis zur Grenze der Willkür rechtmäßig ignorieren kann.

Dies wird im Schrifttum teilweise dahingehend eingeschränkt, dass § 1 Abs. 2 S. 2 COVID-GesRG keinen generellen Ausschluss von einer ansonsten bestehenden absoluten Antwortpflicht intendiere.⁵⁶⁴ So sei zum einen das Vorstandsermessen bei der Entscheidung über die Nichtbeantwortung – so wie jedes Ermessen – stets pflichtgemäß auszuüben und somit der Vorstand in seiner Ermessensausübung keineswegs völlig „frei“.⁵⁶⁵ Zum anderen verfüge der Aktionär auch im Rahmen von § 131 AktG nicht über ein absolutes „Recht auf Antwort“.⁵⁶⁶ Dem ist beizupflichten: Auch im Fall der Ausübung des Fragerechts gem. § 131 AktG muss der Vorstand Entscheidungen über die Beantwortung jeder einzelnen Frage treffen. Die Kriterien für diese Entscheidungen liefert § 131 AktG in Abs. 1 S. 1 Hs. 2 und Abs. 3 selbst. Hiernach *darf* der Vorstand beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen die Frage unbeantwortet lassen.⁵⁶⁷ Ihm steht mithin eine gewisse Entscheidungsfreiheit zu, sofern er nicht im Fall von § 131 Abs. 3 Nr. 1 AktG gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, oder ansonsten wegen seiner Verschwiegenheitspflicht gem. § 93 Abs. 1 S. 3 AktG zur Auskunftsverweigerung verpflichtet ist.⁵⁶⁸ Diese Entscheidungsfreiheit bezeichnet

563 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

564 *Stelmaszczyk/Forschner*, DK 2020, 221, 230.

565 *Stelmaszczyk/Forschner*, DK 2020, 221, 230.

566 *Stelmaszczyk/Forschner*, DK 2020, 221, 230.

567 Vgl. *Koch*, in: Hüffer/Koch, Kurzkomentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 54; *Hoffmann-Becking*, in: Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. IV § 38 Rn. 41; *Kersting*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 106 u. 375; sowie *Kubis*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 112.

568 Zur Auskunftsverweigerungspflicht vgl. BGH, Urteil v. 22. Mai 1989 - II ZR 206/88, BGHZ 36, 121, 131; vgl. *Butzke*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 229, 239 f.; *Decher*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 131, Rn. 359; *Hoffmann-Becking*, in: Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. IV § 38 Rn. 42; siehe dazu auch *Kersting*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 376 f., der zudem überzeugend darlegt, warum ein strafrechtliches Verbot i.S.v. § 131 Abs. 3

Kersting ausdrücklich als Ermessen.⁵⁶⁹ Im Grundsatz regelt § 1 Abs. 2 COVID-GesRG nichts anderes. Auch hier obliegt es dem Vorstand, eine Entscheidung über die Beantwortung einer jeden Frage zu treffen. Der Unterschied zu § 131 AktG besteht darin, dass § 1 Abs. 2 COVID-GesRG weder klar konturierte tatbestandsmäßige Voraussetzungen für die Eröffnung des Ermessens auf der Rechtsfolgende noch die ermessenleitenden Kriterien selbst explizit festlegt, sondern lediglich von einem „pflichtgemäßem, freiem Ermessen“ spricht. Der Norm nach eröffnet allein die Tatsache, dass eine Frage gestellt wird, die Ermessensentscheidung. Auf Rechtsfolgende ist lediglich konkretisiert, dass die Ermessensübung „frei“ und „pflichtgemäß“ erfolgen muss. Der Rechtsbegriff des Ermessens bedarf hier weiterer Konkretisierung mittels Auslegung.

Der Begriff der Pflichtgemäßheit könnte als Hinweis auf einer gerichtliche Überprüfbarkeit der Ermessenserwägungen und das Wort frei, welches gewöhnlicherweise für nicht justiziable Entscheidungen verwendet wird, als Einschränkung der Kontrollintensität im Sinne einer nur cursorischen Prüfung verstanden werden.⁵⁷⁰ Dies gilt, wenn man die gemeinsame Verwendung dieser zueinander in einem gewissen Widerspruch stehenden Begriffe nicht bereits für ein, auf das eilige Gesetzgebungsverfahren zurückzuführendes, bloßes Redaktionsversehen hält.⁵⁷¹ Manche Stimmen präferieren eine teleologische Reduktion der scheinbaren Tautologie des freien und zugleich pflichtgemäßen Ermessens auf ein nur pflichtgemäßes Ermessen, da es ein freies Ermessen im Sinne einer willkürlichen Entscheidungsfreiheit nicht geben dürfe.⁵⁷² Offenkundig zielt die Regelung jedoch darauf ab, dem Vorstand weitestmögliche Entscheidungsfreiheiten einzuräumen.⁵⁷³ Wegen der Garantie des Informationsanspruchs des Aktionärs durch Unions- und Verfassungsrecht sind die Grenzen der vom Gesetzgeber intendierten Entscheidungsfreiheit und damit die Auslegung des Ermessensbegriffes allerdings möglicherweise durch höherrangiges Recht determiniert.

Nr. 5 AktG nicht zwingend eine gesellschaftsrechtliche Pflicht zur Auskunftsverweigerung begründet; *Kersting/Billerbeck*, NZG 2019, 1326 ff.; sowie *Kubis*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 112.

569 *Kersting*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 106 u. 375; *Kersting/Billerbeck*, NZG 2019, 1326, 1327.

570 *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 37h.

571 *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 37h.

572 So *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1290.

573 Vgl. *Eichten/Weinmann*, DStR 2020, 2314, 2316.

(a) Determination durch das Europarecht

Für börsennotierte Unternehmen kommt eine Determination der Auslegung des Ermessensbegriffs durch Art. 9 ARRL in Betracht. So müssen nationale Normen im Angleichungsbereich einer Richtlinie richtlinienkonform ausgelegt werden.⁵⁷⁴ Die nationalen Auslegungsmethoden werden dabei „europarechtlich überlagert“.⁵⁷⁵ In den Worten des EuGH ausgedrückt bedeutet dies, dass der nationale Rechtsanwender „seine Auslegung soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten muss, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen und auf diese Weise Artikel 189 III EWG-Vertrag nachzukommen“.⁵⁷⁶ Die Auslegung der maßgeblichen EU-Richtlinie gibt somit den Rahmen der Auslegung des nationalen Rechts vor.⁵⁷⁷

Art. 9 Abs. 1 ARRL gewährt jedem Aktionär das Recht Fragen zu Tagesordnungspunkten zu stellen und verpflichtet die Gesellschaft diese zu beantworten. Dieses Individualrecht wird nicht grenzenlos gewährt, sondern findet seine Schranken im abschließenden⁵⁷⁸ Katalog des Art. 9 Abs. 2 ARRL. Die Schrankentrias der Norm umfasst zum Ersten Beschränkungen zwecks Feststellung der Identität der Aktionäre, zum Zweiten Beschränkungen zwecks Gewährleistung der ordnungsgemäßen Vorbereitung und Durchführung der Versammlung und zum Dritten Beschränkungen zum Schutz der Vertraulichkeit und der Geschäftsinteressen der Gesellschaft. Die Mitgliedstaaten können beschränkende Maßnahmen entweder selbst ergreifen oder den Gesellschaften die Ergreifung gestatten, Art. 9 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 ARRL. Gegen die Nichtbeantwortung von Fragen, die bereits nicht dem Schutzbereich von Art. 9 Abs. 1 ARRL unterfallen oder bei denen die Antwortpflicht aus den genannten Gründen einge-

574 Pöschke, ZIP 2010, 1221; Teichmann, NZG 2014, 401, 403; umfassend zur richtlinienkonformen Auslegung *Roth/Jopen*, in: Riesenhuber, HB Europäische Methodenlehre, § 13 Rn. 1 ff.

575 Hennrichs, Wahlrechte im Bilanzrecht der Kapitalgesellschaften, S. 84; Hennrichs/Pöschke, DK 2009, 532, 535; Pöschke, ZIP 2010, 1221 f.

576 EuGH, Urteil v. 13.11.1990 – C-106/89 – Marleasing, BeckRS 2004, Rn. 8 = Slg. 1990, I-4135.

577 Vgl. Pöschke, ZIP 2010, 1221, 1222.

578 *Heidel/Lochner*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 52; *Jung/Stiegler*, in: Jung/Krebs/Stiegler, Handbuch Gesellschaftsrecht in Europa, § 30 Rn. 139; *Lieder*, ZIP 2020, 837, 841; *Lieder/Bialluch*, in: Kindler/Lieder, EU Corporate Law, RL 2007/36/EG, Art. 9 Rn. 13; *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 29 Rn. 107; *Zetzsche*, NZG 2007, 686, 688.

schränkt werden kann, bestehen daher keine europarechtlichen Bedenken. Eine Ermessensbegrenzung ist nicht erforderlich. So braucht der Vorstand auf – in der Gesetzesentwurfsbegründung exemplarisch genannte – „inhaltlich inakzeptable Einwürfe“⁵⁷⁹ und Fragen nicht zu reagieren. Das gilt, da diese zum einen regelmäßig in keinerlei Zusammenhang mit der Tagesordnung stehen und zum anderen, da durch ihre Nichtbeantwortung der ordnungsgemäße Ablauf der Versammlung sichergestellt wird.⁵⁸⁰ Gleiches gilt für missbräuchliche Fragen.

Die Gewährleistung des ordnungsgemäßen Versammlungsablaufs rechtfertigt es im Fall einer „Flut von Fragen“⁵⁸¹ jedenfalls verhandlungsleitende, organisatorische Maßnahmen, wie – sofern den Aktionären eine Beteiligung in Echtzeit gewährt wird – eine zeitliche Beschränkung des Fragerechts oder die Schließung der Rednerliste, zu ergreifen.⁵⁸² Aber auch, wenn die Fragen vorab einzureichen sind, hat der Vorstand nicht zwingend sämtliche Fragen zu beantworten. So besteht Einigkeit darüber, dass, wenn eine Beantwortung aller gestellten Fragen die ordnungsgemäße Erledigung der Hauptversammlung durch Sprengung des zeitlichen Rahmens der Versammlung gefährden würde, die Anzahl der zu beantwortenden Fragen beschränkt werden darf.⁵⁸³ Als Orientierungsgröße für die Gesamtdauer einer Hauptversammlung hat sich in Deutschland ein Zeitraum von vier bis sechs Stunden etabliert, sofern die Tagesordnung keine außergewöhnlichen Punkte umfasst.⁵⁸⁴ Erst wenn diese Dauer voraussichtlich überschritten wird, kann der Vorstand Maßnahmen zur Beschränkung des Fragerechts ergreifen.⁵⁸⁵ Im Fall einer Vielzahl vorab eingereichter

579 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

580 Vgl. *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 455 f.

581 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

582 Vgl. *Heidel/Lochner*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 56; vgl. *Kersting*, ZIP 2009, 2317, 2318; vgl. *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 29 Rn. 107; vgl. *Weber/Sieber*, in: Fritz, Kommentar zum COVAbmildG, COVGesMG, § 1 Rn. 67.

583 Vgl. KG Berlin, Beschluss vom 25.03.2021 – 12 AktG 1/21 –, Rn. 39, juris; vgl. *Heidel/Lochner*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 55 ff.; vgl. *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 271; vgl. *Stelmaszczyk/Forschner*, DK 2020, 221, 231; vgl. *Vetter/Thielmann*, NJW 2020, 1175, 1177.

584 *Lieder*, ZIP 2020, 837, 841 f.; *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 271; *Schäfer*, NZG 2020, 481, 483; *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63j; *Stelmaszczyk/Forschner*, DK 2020, 221, 231; *Vetter/Thielmann*, NJW 2020, 1175, 1177.

585 Vgl. *Stelmaszczyk/Forschner*, DK 2020, 221, 231; vgl. *Vetter/Thielmann*, NJW 2020, 1175, 1177; ähnlich *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 27; teilweise a.A. *Kru-*

Fragen kann eine solche Maßnahme etwa in der Nichtbeantwortung eines Teils der Fragen bestehen, wobei der Vorstand dann eine Auswahlentscheidung⁵⁸⁶ zu treffen hat.

Soweit die Gesetzesentwurfsbegründung davon ausgeht, dass der Vorstand sich auf die Beantwortung der Fragen angemeldeter Aktionäre beschränken kann,⁵⁸⁷ ist dagegen nichts einzuwenden. Vielmehr handelt es sich hierbei um eine gem.⁵⁸⁸ Art. 9 Abs. 2 S. 1 ARRL zulässige Maßnahme zur Feststellung der Identität und damit der Berechtigung des Aktionärs.⁵⁸⁹

Auch Auskünfte, die den Schutz der Vertraulichkeit oder von Geschäftsinteressen gefährden, wie Informationen über schwebende Verhandlungen oder Forschungs- und Entwicklungsergebnisse betreffende Details,⁵⁹⁰ kann der Vorstand gem. Art. 9 Abs. 2 S. 1 Var. 3 ARRL ohne Verletzung von Art. 9 Abs. 1 ARRL verweigern.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob der Vorstand sich – in Anlehnung an § 131 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 AktG – auf die Beantwortung von Fragen, deren Antwort zur sachgemäßen Beurteilung von Tagesordnungsgegenständen erforderlich ist, beschränken darf. Zweifelsohne begrenzt Art. 9 Abs. 1 S. 1 ARRL das garantierte Fragerecht inhaltlich auf Fragen zu Punkten der Tagesordnung. Ein explizites Erforderlichkeitskriterium enthält der Normtext allerdings nicht. In diesem Unterschied findet auch die Diskussion über die Vereinbarkeit von § 131 AktG mit der ARRL ihren Ursprung.⁵⁹¹ So wird Art. 9 Abs. 1 S. 1 ARRL verbreitet unter Verweis

chen, DZWIR 2020, 431, 456, indem er nicht auf die übliche Versammlungsdauer, sondern die übliche Anzahl an Fragen abstellt.

586 Zu dieser Auswahlentscheidung s.u. Zweiter Teil) A) VIII) 1) c) dd) (2).

587 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

588 Wird im Folgenden auf Richtlinien der Europäische Union Bezug genommen, wird dies trotz der fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien mit „gem.“ gekennzeichnet.

589 Vgl. *Lieder*, ZIP 2020, 837, 842; vgl. *Stelmaszczyk/Forschner*, DK 2020, 221, 231.

590 Vgl. *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 29 Rn. 107.

591 Die ganz h.M. geht dabei von der Europarechtkonformität des Erforderlichkeitskriteriums in § 131 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 AktG aus. Für diese h.M. etwa BGH, Beschluss v. 5. November 2013 – II ZB 28/12, AG 2014, 87 – Kirch/Deutsche Bank – Rn. 21 ff. = BGHZ 198, 354; BGH, Beschluss v. 14. Januar 2014 – II ZB 5/12, AG 2014, 402 – Porsche/VW – Rn. 27; *Decher*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 131, Rn. 124 f.; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 7 Rn. 24; *Koch*, in: Hüffer/Koch, Kurzkommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 21; *Kocher/Lönnner*, AG 2010, 153, 154 ff.; *Kubis*, ZGR 2014, 608, 619 f.; *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Un-

auf ein fehlendes explizites Erforderlichkeitskriterium dahingehend interpretiert, dass für das Fragerecht lediglich irgendein objektiver Bezug der Frage zu einem Tagesordnungspunkt im Sinne eines bloßen Sachzusammenhangs notwendig sei.⁵⁹² Richtigerweise gilt hier jedoch ein vergleichbarer Maßstab wie bei § 131 Abs. 1 S. 1 AktG, sodass nur solche Auskünfte garantiert sind, die aus Sicht eines objektiven Durchschnittsaktionärs erforderlich sind, um sich ein sachgemäßes und informiertes Urteil über die jeweiligen Tagesordnungspunkte bilden zu können.⁵⁹³ Diese inhaltliche Beschränkung des Fragerechts gem. Art. 9 Abs. 1 ARRL ergibt sich vornehmlich aus dem Sinn und Zweck der Norm,⁵⁹⁴ und damit aus dem vom EuGH so bezeichneten „Ziel“ der Richtlinie.⁵⁹⁵ So besteht der Telos der Norm maßgeblich darin, dem Aktionär eine sachgemäße und informierte Entscheidung über die Ausübung seines Stimmrechts zu ermöglichen.⁵⁹⁶

ternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 29 Rn. 109; *Reger*, NZG 2013, 48 ff.; *Schmidt*, AG 2016, 713, 717; *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 131 Rn. 29; sowie *Stöber*, DStR 2014, 1680, 1683; a.A. allerdings *Kersting*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 121 ff.; *ders.*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 651 ff.; *ders.*, ZIP 2009, 2317, 2318 ff., der für eine Abkehr vom strengen Erforderlichkeitskriterium des § 131 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 AktG im Wege der richtlinienkonformen Auslegung plädiert. Wohl ebenfalls a.A. *Heidel*, in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, AktG § 131 Rn. 34 ff.

- 592 Vgl. *Heidel*, in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, AktG § 131 Rn. 34 ff.; *Kersting*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 121 ff.; *ders.*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 651 ff.; *ders.*, ZIP 2009, 2317, 2318 ff. Im weiteren Sinne auch *Decher*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 131, Rn. 124 f.; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, § 7 Rn. 24; sowie *Kocher/Lönnner*, AG 2010, 153, 154 ff.
- 593 Vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 29. Februar 2012 – 20 W 5/11 –, Rn. 378, juris; vgl. *Jung/Stiegler*, in: Jung/Krebs/Stiegler, Handbuch Gesellschaftsrecht in Europa, § 30 Rn. 137; *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 29 Rn. 105; *M. Schmid*, in: Ziemons/Binnewies, Handbuch der Aktiengesellschaft, Rn. 10.667; *Schmidt*, AG 2016, 713, 717.
- 594 *Kalss/Klampfl*, in: Daus/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E. III. Rn. 405; *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 29 Rn. 105; *Schmidt*, AG 2016, 713, 717.
- 595 Vgl. EuGH, Urteil v. 13.11.1990 – C-106/89 – Marleasing, BeckRS 2004, Rn. 8 = Slg. 1990, I-4135.
- 596 Vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 29. Februar 2012 – 20 W 5/11 –, Rn. 378, juris; vgl. ErwGr. 3 zur ARRL; *Lieder/Bialluch*, in: Kindler/Lieder, EU Corporate Law, RL 2007/36/EG, Art. 9 Rn. 1; *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 29 Rn. 105; vgl. *Pöschke*, ZIP 2010, 1221, 1222 f.; vgl. *M. Schmid*, in: Ziemons/Binnewies, Handbuch der Aktiengesellschaft, Rn. 10.667.

Auskünfte, die für diese Entscheidungsfindung bereits nicht *erforderlich* sind, sind dem Telos der Norm nach nicht zu garantieren. Ein „allgemeines Ausforschungsrecht“ in Gesellschaftsangelegenheiten im Sinne eines allgemeinen Rechenschaftsanspruches des Aktionärs ist Art. 9 ARRL angesichts der expliziten Begrenzung auf Tagesordnungspunkte gerade nicht zu entnehmen.⁵⁹⁷ Bereits unter diesem Gesichtspunkt muss die Beschränkung auf „Fragen zu Punkten auf der Tagesordnung“ im hier präferierten Sinne, als ein Erforderlichkeitskriterium beinhaltend, verstanden werden. Für dieses Ergebnis spricht zudem die Entstehungsgeschichte der Norm: Der ursprüngliche Vorschlag der Kommission enthielt noch keine inhaltliche Begrenzung des Fragerechts auf Tagesordnungspunkte.⁵⁹⁸ Maßgeblich auf Druck der Vertreter Deutschlands hin fand die Limitierung erst Eingang in Art. 9 Abs. 1 ARRL, wobei sich substantziell an § 131 Abs. 1 S. 1 AktG orientiert wurde, ohne die Übernahme auch des Erforderlichkeitskriteriums in Frage zu stellen.⁵⁹⁹

Der Garantie des Fragerechts in Art. 9 Abs. 1 S. 1 ARRL ist seine Begrenzung auf *erforderliche* Fragen nach alledem bereits immanent,⁶⁰⁰ sodass eine Auskunftsverweigerung in diesen Fällen nicht in Konflikt mit der ARRL steht. Eine Rechtfertigung der Beschränkung auf *erforderliche*

597 Vgl. *Jung/Stiegler*, in: Jung/Krebs/Stiegler, Handbuch Gesellschaftsrecht in Europa, § 30 Rn. 133; sowie *Kersting*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 140.

598 Vgl. dazu Kommission der europäischen Gemeinschaften, Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die Ausübung der Stimmrechte durch Aktionäre von Gesellschaften, die ihren eingetragenen Sitz in einem Mitgliedstaat haben und deren Aktien zum Handel auf einem regulierten Markt zugelassen sind, sowie zur Änderung der Richtlinie 2004/109/EG, KOM (2005) 685, S. 16; vgl. zudem *Schmidt*, BB 2006, 1641, 1643.

599 „Im Ergebnis normiert Art 9 der AktionärsrechteRL eine dem deutschen Aktienrecht entsprechende Regel [...]“; *Pucher/Zwick*, wbl 2010, 54; vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.02.2012 – 20 W 5/11 –, Rn. 378, juris; vgl. *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 29 Rn. 105; vgl. *Noack*, in: FS Westermann, S. 1203, 1213; vgl. *Ratschow*, DStR 2007, 1402, 1405.

600 Vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 29. Februar 2012 – 20 W 5/11 –, Rn. 378, juris; vgl. *Busche*, in: FS Reuter, S. 939, 948; *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 29 Rn. 105, 109; vgl. *M. Schmid*, in: Ziemons/Binnewies, Handbuch der Aktiengesellschaft, Rn. 10.667; *Schmidt*, AG 2016, 713, 717; a.A. allerdings die wohl h.M., für diese vgl. BGH, Beschluss v. 5. November 2013 – II ZB 28/12, AG 2014, 87 – Kirch/Deutsche Bank – Rn. 21 ff. = BGHZ 198, 354; sowie m.w.N. *Decher*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 131, Rn. 124 f.

Fragen unter Verweis darauf, dass es sich hierbei um eine Maßnahme zur Gewährleistung des ordnungsgemäßen Ablaufs der Versammlung i.S.v. Art. 9 Abs. 2 S. 1 Var. 2 ARRL handele, ist daher nicht notwendig.⁶⁰¹ Dies gilt umso mehr da sich, mangels einer entsprechenden Andeutung im Wortlaut der Norm, die Frage stellt, ob eine inhaltliche Beschränkung des Fragerechts überhaupt eine zulässige Maßnahme zwecks Gewährleistung des ordnungsgemäßen Versammlungsablaufs i.S.v. Art. 9 Abs. 2 S. 1 Var. 2 ARRL darstellt.⁶⁰² So genügen auch verhandlungsleitende, organisatorische Maßnahmen, wie eine zeitliche Beschränkung des Fragerechts, um seinem übermäßigen Gebrauch entgegenzutreten und den ordnungsgemäßen Versammlungsablauf sicherzustellen.⁶⁰³

Mithin bleibt zu konstatieren, dass der Vorstand unter der Geltung von § 1 Abs. 2 COVID-GesRG die Beantwortung von Fragen, deren Antwort zur sachgemäßen Beurteilung von Tagesordnungsgegenständen nicht *erforderlich* ist, aus europarechtlicher Sicht ermessensfehlerfrei verweigern kann.

Besteht bei Vorliegen einer *erforderlichen* Frage keiner der eingangs beschriebenen Rechtfertigungsgründe, ist die Verweigerung der Auskunft nicht mit Art. 9 ARRL vereinbar. Das einfachgesetzliche Vorsehen eines generellen Dispenses von der Antwortpflicht ist – auch in Krisenzeiten – von der Schrankenermächtigung in Art. 9 Abs. 2 nicht gedeckt.⁶⁰⁴ Letzteres lässt sich eindrücklich an dem Vorschlag der Kommission der europäischen Gemeinschaft für die ARRL veranschaulichen. In diesem wird einem Fragerecht, dem – vorbehaltlich bestimmter Ausnahmen - keine entsprechende Antwortpflicht des Emittenten gegenübersteht, keinerlei

601 In Bezug auf das Erforderlichkeitskriterium in § 131 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 AktG a.A. allerdings die h.M., für diese vgl. BGH, Beschluss v. 5. November 2013 – II ZB 28/12 – Kirch/Deutsche Bank –, AG 2014, 87 Rn. 27 = BGHZ 198, 354; sowie m.w.N. *Decher*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 131, Rn. 124f.

602 Dagegen *Heidel*, in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, AktG § 131 Rn. 35; *Heidel/Lochner*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 48; *Kersting*, ZIP 2009, 2317, 2318; *ders.* ZIP 2013, 2454, 2461; wohl auch *Teichmann*, NZG 2014, 401, 404; dafür allerdings BGH, Beschluss v. 5. November 2013 – II ZB 28/12, AG 2014, 87 – Kirch/Deutsche Bank – Rn. 27 = BGHZ 198, 354; sowie m.w.N. *Decher*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 131, Rn. 125.

603 *Kersting*, ZIP 2009, 2317, 2318.

604 *Lieder*, ZIP 2020, 837, 841; wohl a.A. *Götze/Roßkopf*, DB 2020, 768, 771.

praktische Bedeutung beigemessen.⁶⁰⁵ Hieraus muss gefolgert werden, dass das in § 1 Abs. 2 S. 2 COVID-GesRG e.F. gewährte Vorstandsermessen in allen Fällen, in denen eine Auskunftsverweigerung nicht richtlinienkonform erfolgen kann, „auf null“ reduziert ist, sodass faktisch ein Anspruch auf eine Antwort besteht. Dieses Ergebnis ist im Wege der richtlinienkonformen Auslegung des Ermessensbegriffs in § 1 Abs. 2 COVID-GesRG zu erreichen.⁶⁰⁶ Ist eine Antwortverweigerung unter Gesichtspunkten der ARRL zu rechtfertigen, bestehen gegen die Eröffnung eines Vorstandsermessens bezüglich der Fragenbeantwortung keine europarechtlichen Bedenken.

Des Weiteren geht die Gesetzesbegründung davon aus, dass auch das Geben einer zusammenfassenden Antwort auf mehrere Fragen im Bereich der zulässigen Ausübung des Vorstandsermessens liegt.⁶⁰⁷ Sofern es sich hierbei um Fragen gleichen Inhalts handelt, ermächtigt Art. 9 Abs. 2 S. 2 ARRL die Mitgliedstaaten ausdrücklich dazu, den Gesellschaften dies zu gestatten. Der Wortlaut der Vorschrift indiziert bereits, dass es auf den Inhalt und nicht die spezifische Formulierung ankommt.⁶⁰⁸ Auch gegen die zusammenfassende Beantwortung lediglich ähnlicher Fragen bestehen

605 *Kommission der europäischen Gemeinschaften*, Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die Ausübung der Stimmrechte durch Aktionäre von Gesellschaften, die ihren eingetragenen Sitz in einem Mitgliedstaat haben und deren Aktien zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, sowie zur Änderung der Richtlinie 2004/109/EG, KOM (2005) 685, S. 7.

606 Im Ergebnis ebenfalls für eine europarechtskonforme Auslegung und eine Ermessensreduktion, *Heidel/Lochner*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 76; ebenfalls für eine richtlinienkonforme Auslegung hin zu einer Antwortpflicht plädierend, *Lieder*, ZIP 2020, 837, 841; unter Beachtung des gesamten höherrangigen Rechts ebenfalls für eine Ermessensbindung, *Tröger*, BB 2020, 1091, 1094; a.A. allerdings *Andres/Kujović*, GWR 2020, 213, 214, die auch unter Beachtung von Art. 9 ARRL lediglich willkürliche Entscheidungen (und diese auch nur zur Vermeidung von Anfechtungs- und Auskunftserzwingungsverfahren) ablehnen, auch wenn sie dieses Ergebnis nachfolgend relativieren, indem sie dem Vorstand nur dann ein Auswahlrecht zubilligen, wenn nicht alle Fragen innerhalb von 4 bis 6 Stunden beantwortet werden können; ebenfalls a.A. *Bungert/Strothotte*, DB 2021, 830, 832; sowie *Hoffmann*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 73 (Stand: 19.10.2020), der davon ausgeht, das unerwünschte Fragen bis zur Grenze des Missbrauchs rechtmäßig ignoriert werden könnten.

607 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

608 Vgl. auch *Lieder/Bialluch*, in: Kindler/Lieder, EU Corporate Law, RL 2007/36/EG, Art. 9 Rn. 10.

demnach keine Bedenken. Eine Beschränkung eines dahingehenden Vorstandsermessens ist aus europarechtlicher Sicht nicht erforderlich.

(b) Determination durch das Grundgesetz

Die Auslegung des Begriffs des pflichtgemäßen, freien Ermessens könnte zudem durch das GG determiniert sein. So genießen die Informations- und Auskunftsrechte des Aktionärs als wesentliche Bestandteile des in der Aktie verkörperten Mitgliedschaftsrechts den Schutz von Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG.⁶⁰⁹ Das Auskunftsrecht des Aktionärs wird in diesem Zusammenhang bisweilen als „mitgliedschaftliches Grundrecht“⁶¹⁰ bezeichnet. Hintergrund dessen ist, dass Informationen über die Gesellschaft für die Aktionäre unerlässliche Voraussetzung für die Wahrnehmung der übrigen mitgliedschaftlichen Rechte, insbesondere des Stimmrechts, sind.⁶¹¹ Zugleich korrespondieren die Informationsrechte auch mit dem, neben dem mitgliedschaftsrechtlichen Element ebenfalls durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützten, vermögensrechtlichen Element der Aktie.⁶¹² So liefe die Dispositionsfreiheit über den Eigentumsgegenstand faktisch leer, wenn der Aktionär sich kein Bild von der Gesellschaft machen könnte.⁶¹³

Der Eigentumsschutz findet seine Grenzen in Inhalts- und Schrankenbestimmungen gem. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG. Das BVerfG hat diesbezüg-

609 BVerfG, Kammerbeschluss v. 20. September 1999 – 1, BvR 168/93 Rn. 16 f., NJW 2000, 349 ff.; BGH, Urteil v. 18. Oktober 2004 - II ZR 250/02, BGHZ 160, 385, 388; vgl. *Budde*, in: FS Moxter, S. 33, 49 f.; *Redenius-Hövermann/Bannier*, ZIP 2020, 1885, 1892; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 842; *Schoppe*, Aktieneigentum, S. 229; *Stöber*, DStR 2014, 1680.

610 *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 624; in ähnlicher Weise auch *Jäger*, NZG 2001, 97, 106.

611 Vgl. *Schindler/Schaffner*, Virtuelle Beschlussfassung, Rn. 254; vgl. *Schoppe*, Aktieneigentum, S. 229 f.

612 Zu den grundrechtlich geschützten Elementen des Aktieneigentums vgl. BVerfG, Urteil v. 1. März 1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 342 = NJW 1979, 699 ff., „Der Schutz des Art. 14 GG umfaßt auch das Anteilseigentum [...]. Das Anteilseigentum ist in seinem mitgliedschaftsrechtlichen und seinem vermögensrechtlichen Element gesellschaftsrechtlich vermitteltes Eigentum.“; zum Korrespondenzverhältnis zwischen mitgliedschaftlichem und vermögensrechtlichem Element vgl. *Schoppe*, Aktieneigentum, S. 230; vgl. auch *Zetzsche*, Aktionärsinformation in der börsennotierten Aktiengesellschaft, S. 136 ff.

613 BVerfG, Kammerbeschluss v. 20. September 1999 – 1 BvR 636/95 Rn. 17, NJW 2000, 349 ff = AG 2000, 74 f.

lich kargestellt, dass die Gewährleistung des ordnungsgemäßen Versammlungsablaufs zeitliche oder quantitative Beschränkungen des Fragerechts rechtfertigt.⁶¹⁴ Auch gegen die Ausprägung der Inhalts- und Schrankenbestimmungen in § 131 AktG bestehen allgemein keine grundgesetzlichen Bedenken.⁶¹⁵ Damit steht allerdings weder ein Unter- noch ein Obermaß für verhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmungen fest. Vielmehr muss jede einzelne Bestimmung unabhängig davon auf ihre Verhältnismäßigkeit überprüft werden.⁶¹⁶

Auch die durch § 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 COVID-GesRG e.F. angeordnete Reduktion der Antwortpflicht auf eine Beantwortung nach pflichtgemäßem, freiem Ermessen stellt eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Aktieneigentums dar.⁶¹⁷ Legitimer Zweck der Regelung ist die Sicherung des ordnungsgemäßen Ablaufs der virtuellen Hauptversammlung, wozu die Beschränkungen geeignet sind.⁶¹⁸ Ein tatsächlich freies und möglicherweise sogar nicht justiziables Vorstandsermessen ist zur Erreichung dieses Zweckes allerdings nicht erforderlich.⁶¹⁹ Ein milderer und ebenso geeignetes Mittel wäre ein Verweis auf die Regelungen in § 131 AktG unter Hinzufügung einer Klausel, welche die Antwortpflicht bei Vorliegen technischer Störungen oder Überlastungen durch eine Fragenflut ausschließt.⁶²⁰ Dies gilt umso mehr, da die Gefahr einer Überlastung – insbesondere durch inakzeptable Fragen – angesichts der Möglichkeit zur Vorabereinbarungspflicht und zur Beschränkung der Fragemöglichkeit auf angemeldete Aktionäre kaum höher als bei einer Präsenzversammlung ist.⁶²¹

614 Vgl. BVerfG, Kammerbeschluss v. 20. September 1999 – 1 BvR 636/95 Rn. 30, NJW 2000, 349 ff. = AG 2000, 74 f.

615 Vgl. *Heidel/Lochner*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 30.

616 Vgl. *Schoppe*, Aktieneigentum, S. 48 ff. u. S. 231 ff.; vgl. auch *Redenius-Hövermann/Bannier*, ZIP 2020, 1885, 1892.

617 Vgl. *Atta*, WM 2020, 1047, 1052; vgl. *Redenius-Hövermann/Bannier*, ZIP 2020, 1885, 1892; zur Abgrenzung einer Inhalts- und Schrankenbestimmung von einer Enteignung vgl. *Burgi*, NVwZ 1994, 527 ff.; sowie *Wendt*, in: Sachs, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 14 GG Rn. 54 ff.

618 Vgl. *Redenius-Hövermann/Bannier*, ZIP 2020, 1885, 1892.

619 So auch *Heidel/Lochner*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 33.

620 Weitergehend *Heidel/Lochner*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 34, die bereits in der Pflicht zur Vorabereinbarung der Fragen ein milderer, gleichgeeignetes Mittel der Zweckerreichung sehen.

621 Vgl. *Eichten/Weinmann*, DStR 2020, 2314, 2316 f.

Unter diesen Gesichtspunkten ist der Ermessensbegriff in § 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 COVID-GesRG e.F. verfassungskonform auszulegen. Ein tatsächlich freies Ermessen des Vorstands bei der Fragenbeantwortung kann als unverhältnismäßiger Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG nicht bestehen.⁶²² Vielmehr muss im Ergebnis jede auf der Norm beruhende Vorstandsentscheidung verhältnismäßig im verfassungsrechtlichen Sinne sein. Als unverhältnismäßig, weil nicht zur Sicherstellung des ordnungsgemäßen Versammlungsablaufs erforderlich, muss dabei die Nichtbeantwortung *erforderlicher*⁶²³ Fragen, die ohne Überschreitung des angemessenen zeitlichen Rahmens der Hauptversammlung beantwortet werden könnten, klassifiziert werden. Für diese Fälle ist der Begriff des Ermessens in § 1 Abs. 2 S. 2 COVID-GesRG e.F. verfassungsgemäß dahingehend zu reduzieren, dass der Vorstand alle Fragen zu beantworten hat.⁶²⁴ Eine tatsächlich freies Vorstandsermessen bezüglich der Beantwortung würde hingegen einen unverhältnismäßigen Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG darstellen.⁶²⁵

Teilweise wird als Argument für die Rechtfertigung der Beschneidung des Fragerechts pauschal angeführt, dass die virtuelle Hauptversammlung nach dem COVID-GesRG inklusive aller Rechtseinschränkungen dem Infektionsschutz diene, indem durch den Gesetzgeber so sichergestellt werden sollte, dass die Unternehmen sich nicht aus Sorge vor Unwägbarkeiten und Risiken gegen die virtuelle Hauptversammlung entscheiden.⁶²⁶ Dieses Argument hat im Grundsatz seine Berechtigung. Allerdings ist es insoweit einzuschränken, dass im Fall eines tatsächlich bestehenden Infektionsrisikos und den daraus resultierenden öffentlich-rechtlichen Verboten den Gesellschaften keine andere Wahl als die Abhaltung virtueller Versammlung verbleibt. Somit gilt dieses pauschale Argument nur so weit, wie die Einschränkungen erforderlich sind, um eine virtuelle Hauptversammlung rechtssicher stattfinden zu lassen. In Anbetracht der knappen Vorlaufzeit

622 Vgl. *Heidel/Lochner*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 32 ff.

623 Die Verfassungsmäßigkeit einer Beschränkung auf erforderliche Fragen wird – soweit ersichtlich – von niemandem in Frage gestellt. Die Verfassungsmäßigkeit bekräftigend, BVerfG, Kammerbeschluss v. 20. September 1999 – 1 BvR 636/95 Rn. 15, NJW 2000, 349 ff. = AG 2000, 74 f.

624 Vgl. *Tröger*, BB 2020, 1091, 1094.

625 Vgl. *Heidel/Lochner*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 32; vgl. auch *Poelzig*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 131 Rn. 313.

626 Vgl. *Atta*, WM 2020, 1047, 1052; sowie *Eichten/Weinmann*, DStR 2020, 2314, 2317.

und dem auf der Neuartigkeit der virtuellen Hauptversammlung beruhenden Informationsmangel, ist dem Gesetzgeber hier zwar eine erhebliche Einschätzungsprärogative zuzubilligen, aber auch diese Erwägungen können die Reduktion des Ermessensbegriffes im vorbeschriebenen Sinne, nicht zuletzt auch unter Beachtung des Anfechtungsausschlusses in § 1 Abs. 7 COVID-GesRG,⁶²⁷ nicht in Frage stellen.

(c) Justiziabilität der Vorstandsentscheidung

Wie bereits zuvor erwähnt,⁶²⁸ wirft die Verwendung der Begrifflichkeit des pflichtgemäßen, freien Ermessens in § 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 COVID-GesRG e.F. die Frage nach der Justiziabilität der Vorstandsentscheidung auf. Auch diese Problemstellung ist zunächst unter europarechtlichen Gesichtspunkten zu erörtern. So ist zu überprüfen, ob in Anbetracht der Garantie des Fragerechts in Art. 9 ARRL,⁶²⁹ die teilweise erwogene Beschränkung der Justiziabilität auf eine „kursorische Prüfung“ der Vorstandsentscheidung über die Beantwortung von Fragen eine zulässige Auslegung von § 1 Abs. 2 COVID-GesRG darstellt.⁶³⁰

Die Rechtsfolgen von Verletzungen der Aktionärsrechte wie dem Fragerecht und der Antwortpflicht aus Art. 9 ARRL wurden bei Erlass der Norm bewusst den nationalen Gesetzgebern überlassen.⁶³¹ Die Grenze der mitgliedstaatlichen Gestaltungsfreiheit besteht dabei im Grundsatz des *ef*

627 Die Verhinderung des Verzichts der Unternehmen auf die Nutzung der virtuellen Hauptversammlung aus Sorge vor Anfechtungsklagen ausdrücklich als Zweck des Anfechtungsausschlusses in § 1 Abs. 7 COVID-GesRG nennend, Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 27.

628 S.o. Zweiter Teil) A) VIII) 1) c) dd) (1).

629 Dazu zuvor unter Zweiter Teil) A) VIII) 1) c) dd) (1) (a); sowie umfassend zu Art. 9 ARRL *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 29 Rn. 105 ff.

630 Eine nur kursorische Prüfung der Ermessenserwägungen erwägend, aber schlussendlich ablehnend, *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 37h.

631 *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 29 Rn. 108; dies kritisierend *Noack*, NZG 2006, 321, 323; *Schmidt*, EBOR 2008, 637, 654.

*fet utile*⁶³² des Europarechts.⁶³³ Die aktuelle Fassung der ARRL verpflichtet die Mitgliedstaaten in Art. 14b Maßnahmen zur Einhaltung der gemäß der Richtlinie erlassenen nationalen Regelungen zu ergreifen und wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen vorzusehen.⁶³⁴

Eine Beschränkung der Justiziabilität von Entscheidungen für potentiell richtlinienwidrige Auskunftsverweigerungen auf eine „kursorische Prüfung“ oder ähnliches, was aus dem Begriff des freien Ermessens abgeleitet wird, würde die Rechtsverfolgung durch den Aktionär in einem derart erheblichen Maße erschweren, dass sowohl der Grundsatz des *effet utile* des Europarechts als auch die Verpflichtung aus Art. 14b ARRL einer derartigen Auslegung der Norm entgegenstehen. Vielmehr setzen wirksame Kontrollmaßnahmen i.S.v. Art. 14b ARRL eine volle Justiziabilität voraus. Mithin muss § 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 COVID-GesRG e.F. dahingehend verstanden werden, dass die Vorstandsentscheidung in Bezug auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 9 ARRL voll justiziabel ist.

Der zuvor festgestellte Befund steht zudem im Einklang mit dem allgemeinen Verständnis der nationalen Rechtslage unter § 131 AktG. Dort besteht Einigkeit darüber, dass sowohl die Frage der Erforderlichkeit einer Auskunft als auch das Vorliegen von Auskunftsverweigerungsgründen i.S.v. § 131 Abs. 3 AktG unbeschränkter richterlicher Nachprüfung unterliegt.⁶³⁵

632 Zum *effet utile* als Auslegungsgrundsatz des Europarechts siehe Mayer, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 19 EUV Rn. 57 f.

633 *Lieder/Bialluch*, in: Kindler/Lieder, EU Corporate Law, RL 2007/36/EG, Art. 9 Rn. 16; *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, § 29 Rn. 108.

634 Vgl. *Lieder/Bialluch*, in: Kindler/Lieder, EU Corporate Law, RL 2007/36/EG, Art. 9 Rn. 16 sowie Art. 14b Rn. 1 ff.; vgl. *Jung/Stiegler*, in: Jung/Krebs/Stiegler, Handbuch Gesellschaftsrecht in Europa, § 30 Rn. 140.

635 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Juli 1991 – 19 W 2/91 –, Rn. 72 ff., juris = AG 1992, 34 ff.; OLG Stuttgart, OLG Stuttgart, Urteil vom 17. November 2010 – 20 U 2/10 –, Rn. 510 ff., juris = AG 2011, 93 ff.; LG Saarbrücken, Beschluss vom 28. Juli 2004 – 7 I O 24/04 –, Rn. 43 ff., juris = NZG 2004, 1012 ff.; *Decher*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 131, Rn. 126 u. 513 ff.; *Ebenroth*, Das Auskunftsrecht, S. 75 ff.; *Koch*, in: Hüffer/Koch, Kurzkommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 54; *Kubis*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 112.

(d) Zwischenfazit

Für börsennotierte Gesellschaften ist die Frage, inwieweit erforderliche Auskünfte verweigert werden dürfen, durch die ARRL weitestgehend vorbestimmt. Auch die Notwendigkeit der vollen Justiziabilität der Vorstandsentscheidung ergibt sich aus Art. 14b ARRL beziehungsweise dem Grundsatz des *effet utile* des Europarechts.

Das Grundgesetz steht für alle Aktiengesellschaften einem Verständnis des § 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 COVID-GesRG e.F., nach welchem der Vorstand tatsächlich nach freiem Ermessen über das „Ob“ der Fragenbeantwortung entscheiden könnte, entgegen. Die Entscheidung über die Vereinbarkeit einzelner Vorstandsentscheidungen mit Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG müssen sodann im Einzelnen auf ihre Verhältnismäßigkeit überprüft werden. Sollte sich hierbei ergeben, dass nach dem Grundgesetz dem Vorstand mehr Freiheiten als unter der Geltung der ARRL zugestanden werden können, stellt sich die Frage, ob eine gesplante Auslegung von § 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 COVID-GesRG e.F. für börsennotierte und nicht börsennotierte Aktiengesellschaften vorgenommen werden kann und sollte. Allerdings kennen weder das reguläre Auskunftsrecht gem. § 131 AktG noch das COVID-GesRG eine Differenzierung nach der Börsennotierung der Gesellschaft. Zudem ist auch kein Sachgrund für eine gesplante Auslegung ersichtlich und eine einheitliche Auslegung im Grundsatz zu vermuten.⁶³⁶ Eine gesplante Auslegung ist mithin nicht angezeigt,⁶³⁷ sodass § 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 COVID-GesRG e.F. für seinen gesamten Anwendungsbereich europarechtskonform auszulegen ist.

Somit ergibt sich folgendes: Die Gesellschaft hat auch unter der Geltung von § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, S. 2 Hs. 1 COVID-GesRG e.F. im Grundsatz alle *erforderlichen* Auskünfte zu erteilen. Sofern dies in einem angemessenen Zeitrahmen zu bewerkstelligen ist und die Auskunftsverweigerung nicht gem. Art. 9 Abs. 2 ARRL gerechtfertigt werden kann, ist das Vorstandsermessen bei der Entscheidung über die Beantwortung einer Frage auf Null hin zu einer faktischen Antwortpflicht reduziert. Die Vorstandsentscheidung ist voll justiziabel.

636 Vgl. in einem ähnlichen Zusammenhang gegen eine gesplante Auslegung *Kersting*, ZIP 2009, 2317, 2320 f.; vgl. *dens.*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 651, 666 f.; für die Vermutung für eine einheitliche Auslegung *Habersack/Mayer*, in: Riesenhuber, HB Europäische Methodenlehre, § 14 Rn 41.

637 Vgl. *Schindler/Schaffner*, Virtuelle Beschlussfassung, Rn. 271; im Ergebnis ebenfalls gegen eine gesplante Auslegung, *Heidel/Lochner*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 76.

(2) Priorisierung der zu beantwortenden Fragen

Die vorstehende Untersuchung hat aufgezeigt, dass der Vorstand zur Sicherstellung einer akzeptablen Versammlungsdauer auch grundsätzlich berechnete Auskunftsbegehren abweisen kann. Sollte die Verwaltung sich dazu entscheiden, den Aktionären eine Beteiligung an der Versammlung in Echtzeit zu gewähren, stehen dem Vorstand zur Sicherstellung des ordnungsgemäßen Versammlungsablaufes die üblichen Instrumente wie Redezeitbegrenzungen,⁶³⁸ die Schließung der Rednerliste⁶³⁹ sowie die Anordnung des Schlusses der Debatte⁶⁴⁰ zur Verfügung. Beschränkt die Gesellschaft die Fragemöglichkeit auf das Vorfeld der Versammlung und droht eine angemessene Versammlungsdauer ansonsten voraussichtlich überschritten zu werden, hat der Vorstand eine Auswahlentscheidung bezüglich der zu beantwortenden Fragen zu treffen. gem. § 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 COVID-GesRG e.F. kann der Vorstand diese Auswahlentscheidung nach „pflichtgemäßem, freiem Ermessen“ treffen. Die Gesetzesentwurfsbegründung führt dazu an, dass der Vorstand dabei Aktionärsvereinigungen und institutionelle Investoren mit bedeutenden Stimmanteilen und „sinnvolle“ Fragen bevorzugen könne.⁶⁴¹ Evident ist, dass nicht auf den Eingangszeitpunkt der Fragen abgestellt werden sollte, da ein möglicherweise entstehendes „Windhundrennen“ der Fragenqualität und damit der kollektiven Meinungsbildung kaum zuträglich wäre. Keine Bedenken bestehen indes gegen eine angemessene Beschränkung der maximalen Zeichenzahl pro Frage als das digitale Gegenstück zur Redezeitbegrenzung. Dennoch stellt sich insgesamt die Frage, nach welchen Kriterien der Vorstand die Auswahlentscheidung treffen kann.

638 Zu Rede- und Fragezeitbegrenzungen siehe *Schmid*, in: Ziemons/Binnewies, Handbuch der Aktiengesellschaft, Rn. 10.623 ff., 10.705 ff.; *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 131 Rn. 68 f.; sowie den Vergleich zur virtuellen Hauptversammlung anstellend *Mutter/Kruchen*, AG 2021, 108, 110.

639 Zur Schließung der Rednerliste siehe *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 131 Rn. 68b; sowie, den Vergleich zur virtuellen Hauptversammlung anstellend, *Mutter/Kruchen*, AG 2021, 108, 110.

640 Zur Anordnung des Schlusses der Debatte siehe *Mülbert*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 129 Rn. 211; *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 131 Rn. 68c.

641 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

(a) Priorisierung nach Stimmanteilen

Zumeist unter Verweis auf die dahingehende Aussage in der Gesetzesentwurfsbegründung⁶⁴² wird im Schrifttum vielfach die Frage aufgeworfen, ob eine Priorisierung der Auskunftsbegehren auf Grund der Höhe der Stimmanteile der Fragesteller erfolgen darf.⁶⁴³ Die Diskussion, ob eine Bevorzugung nach Stimmanteilen generell zulässig oder unvereinbar mit dem Individualrecht gem. Art. 9 Abs. 1, mit Art. 4 ARRL, Art. 14 Abs. 1 sowie 3 Abs. 1 GG und § 53a AktG, ist wird bereits seit Jahren in Bezug auf diverse Aktionärsrechte geführt.⁶⁴⁴

Soweit über die Einführung eines Mindestquorums für die Ausübung bestimmter Rechte oder auch nur über die Abstufung nach der Kapitalbeteiligung diskutiert wird, geschieht dies soweit ersichtlich in der Annahme, dass auch Kleinaktionäre im Wege von Koalitionen diese Beteiligungs-

642 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

643 Dafür *Andres/Kujović*, GWR 2020, 213, 214, ohne dabei die Zulässigkeit in Frage zu stellen; gleichermaßen *Römermann/Grube*, in: Leitfaden Covid-19-Pandemie, Teil 3 Rn. 38; sowie *Teichmann*, Audit Committee Quarterly extra 2020, 18, 21; ähnlich *Seibt/Danwerth*, NZG 2020, 1241, 1247; sowie *Schäfer*, NZG 2020, 481, 484; dagegen allerdings *Heidel/Lochner*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 77; *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 37k; *ders.*, GWR 2020, 191, 194; *Lieder*, ZIP 2020, 837, 842; *Schindler/Schaffner*, Virtuelle Beschlussfassung, Rn. 281; sowie *Stelmaszczyk/Forschner*, DK 2020, 221, 231; skeptisch *Danwerth*, AG 2020, 418, 423.

644 In Bezug auf nach Kapitalbeteiligung abzustufende Hauptrechte, wie das Stimmrecht oder die Rechte auf Dividende, Bezug und Liquidationserlös bestehen dabei keine Bedenken, vgl. *Schindler/Schaffner*, Virtuelle Beschlussfassung, Rn. 281; sowie *Götze*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 53a Rn. 12.

In Bezug auf „nicht zahlenmäßig abrufbare Hilfsrechte“ allerdings eine Differenzierung nach der Kapitalbeteiligung ablehnend, *Götze*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 53a Rn. 13; konkret bezüglich des Auskunftsrechts ähnlich *Koch*, in: Hüffer/Koch, Kurzkomentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 48; *Kubis*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 119 Rn. 163; *Kersting*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 275; *Schäfer*, ZHR 2021, 226, 230 f.; *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 131 Rn. 66a; teilweise a.A. *Schmitz*, Einfluß neuer Technologien, S. 202 ff.; a.A. *Decher*, in: Hirte/Mülbart/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 131, Rn. 321; *Seibert*, WM 2005, 157, 161; *Weißhaupt*, ZIP 2005, 1766, 1768 f.; sowie *Zetzsche*, NZG 2007, 686, 691.

schwelen erreichen können und ihnen sodann die volle Rechtsausübung möglich ist.⁶⁴⁵

Diese Annahme entspricht nicht der Situation unter Geltung des COVID-GesRG. Selbst wenn man unterstellen wollte, dass es einzelnen Aktionären gelänge, sei es unter Verwendung des Aktionärsforums § 127a AktG oder privater Online-Dienste, sich im Vorfeld der Versammlung zusammenzufinden und auf konkrete Fragen zu einigen, würde einem solchen Zusammenschluss jede rechtliche und organisatorische Grundlage im Auftreten gegenüber der Gesellschaft fehlen, die es ermöglichen würde, eine Frage mittels Unterstützung eines höheren Kapitalanteils einzureichen.⁶⁴⁶ Eine uneingeschränkte Priorisierung der Fragen von Großaktionären bei zugleich hohem Fragenaufkommen könnte faktisch zu einem gleichheitswidrigen Ausschluss des Fragerechts der Kleinaktionäre führen und muss daher ausscheiden.

(b) Auswahl „sinnvoller“ Fragen

Sofern die Gesetzesentwurfsbegründung darüber hinaus anführt, der Vorstand könne „sinnvolle Fragen“ für die Beantwortung auswählen,⁶⁴⁷ wird erneut ein Terminus verwendet, der der bisherigen aktienrechtlichen Diskussion fremd ist. Dennoch wurde der Begriff der „Sinnhaftigkeit“ im Schrifttum, ohne dass er auch nur eine Andeutung im Wortlaut der Norm erfahren hätte, vielfach aufgegriffen und als Auswahlkriterium für die Fragenbeantwortung aufgeführt.⁶⁴⁸ Erfolgen in der Literatur Definitions-

645 So explizit *Schmitz*, Einfluß neuer Technologien, S. 203; im Zuge eines Reformvorschlages dieser Auffassung, *Teichmann/Wicke*, ZGR 2021, 173, 197; ebenfalls im Zuge eines Reformvorschlages jüngst allerdings a.A. *Cyglakow*, Die virtuelle Hauptversammlung, S. 269.

646 Eine Veränderung der Eigentumsverhältnisse wird regelmäßig weder gewünscht noch – insbesondere unter Beachtung von § 123 Abs. 4 AktG – zweckmäßig sein und muss daher ausscheiden. Unbenommen bleibt es den Kleinaktionären, die gleiche Frage durch zahlreiche Personen einzureichen und dadurch Ihre Bedeutung zu unterstreichen, dazu s.u. Zweiter Teil) A) VIII) 1) c) dd) (2) (b).

647 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

648 *Götze/Roßkopf*, DB 2020, 768, 771; *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 37k; *Lieder*, ZIP 2020, 837, 842; *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 272; *Römermann/Gruppe*, in: Leitfaden Covid-19-Pandemie, Teil 3 Rn. 38; *Schäfer*, NZG 2020, 481, 483; *Schindler/Schaffner*, Virtuelle Beschlussfassung, Rn. 281.

versuche für „sinnvolle Fragen“ und den Maßstab der Bewertung, wird im Wesentlichen darauf abgestellt, ob durch die Beantwortung das typisierte Informationsinteresse eines Durchschnittsaktionärs im Zusammenhang mit der Tagesordnung befriedigt wird.⁶⁴⁹ Diese Definition unterscheidet sich freilich kaum von den gängigen Definitionen des aus § 131 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 AktG bekannten und – wie aufgezeigt⁶⁵⁰ – auch Art. 9 Abs. 1 S. 1 ARRL immanenten, Erforderlichkeitskriteriums.⁶⁵¹ Eine vorrangige oder ausschließliche Beantwortung *erforderlicher* Fragen ist ohne Zweifel eine zulässige Priorisierung. Sollte innerhalb der grundsätzlich die Schwelle der Erforderlichkeit überschreitenden Auskunftsverlangen eine Abstufung nach der Intensität des typisierten Informationsinteresses möglich sein, spricht nichts dagegen, auch diese bei der Fragenauswahl zu berücksichtigen. Aus der Tatsache, dass die Bewertung der Erforderlichkeit beziehungsweise der „Sinnhaftigkeit“ aus Sicht des typisierten Durchschnittsaktionärs erfolgen muss, ergibt sich zugleich, dass dem Vorstand „unliebsame“ Fragen nicht ignoriert werden dürfen.

Ein Indiz für ein breites Aktionärsinteresse an einer Auskunft liegt vor, wenn die gleiche oder eine ähnliche Frage vielfach gestellt wird. Solche Fragen sind vorrangig zu beantworten.⁶⁵²

(c) Bevorzugung von Aktionärsvereinigungen

Ebenfalls der Gesetzesentwurfsbegründung entstammt der Vorschlag, Fragen von Aktionärsvereinigungen bevorzugt zu beantworten.⁶⁵³ Auch diese Idee wurde von weiten Teilen des Schrifttums übernommen.⁶⁵⁴ Unter Rückgriff auf die vorstehende Klassifizierung von Fragen nach dem Grad

649 Vgl. *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 37k; *Schindler/Schaffner*, Virtuelle Beschlussfassung, Rn. 280; im weiteren Sinne auch *Simons/Hauser*, NZG 2020, 488, 496.

650 Dazu s.o. Zweiter Teil A) VIII) 1) c) dd) (1) (a).

651 Für die Definition der Erforderlichkeit i.S.v. § 131 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 AktG siehe anstelle vieler, *Kubis*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 131 Rn. 38 ff.

652 Vgl. *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 37k.

653 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

654 *Atta*, WM 2020, 1047, 1052; *Herb/Merkelbach*, DStR 2020, 811, 812; *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 37k; *ders.*, DNotZ 2020, 468, 491; *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 457; *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 272; *Schindler/Schaffner*, Virtuelle Beschlussfassung, Rn. 281; *Vetter/Tielmann*, NJW 2020, 1175, 1177.

ihrer Erforderlichkeit, welcher anhand des typisierten Aktionärsinteresse an der entsprechenden Auskunft zu bestimmen ist, lässt sich die Bevorzugung von Aktionärsvereinigungen derweil auch sachlich begründen: Die Vereinigungen bündeln die Interessen einer Vielzahl von Anteilshabern, sodass ihre Fragenauswahl gewissermaßen als Indiz für das gebündelte beziehungsweise typisierte Interesse einer Vielzahl von Anteilshabern an einer Auskunft gewertet werden kann.⁶⁵⁵

Abgesehen davon, dass das Stellen einer Frage durch eine Aktionärsvereinigung als Indiz für die Erforderlichkeit ihrer Beantwortung gewertet werden kann, muss die Verwaltung im Regelfall den tatsächlichen Sachwert der Frage und nicht ihren Urheber bewerten. Eine Entscheidung über ein Auskunftsverlangen anhand der „(Un-)Seriosität“ des Fragenstellers ist daher im Regelfall ermessensfehlerhaft.⁶⁵⁶

(3) Zwischenfazit

Alle Aktiengesellschaften haben somit unabhängig von ihrer Börsennotierung unter der Geltung von § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, S. 2 Hs. 1 COVID-GesRG e.F. im Grundsatz alle *erforderlichen* Auskünfte zu erteilen, sofern deren Verweigerung nicht gem. Art. 9 Abs. 2 ARRL zu rechtfertigen ist oder eine angemessene Versammlungsdauer überschritten wird. Das Vorstandermessen ist dabei „auf Null reduziert“ und die Entscheidung voll justiziabel.

Sollte sich ergeben, dass nicht alle Fragen zu beantworten sind, hat der Vorstand eine Auswahl in Form einer Ermessensentscheidung zu treffen. Ermessensfehlerhaft ist in der Regel eine uneingeschränkte Priorisierung der Fragen von Großaktionären. Grundsätzlich hat der Vorstand seine Auswahlentscheidung an Sachgründen festzumachen.⁶⁵⁷ Die Entscheidung über die Beantwortung kann ermessensfehlerfrei am typisierten Informationsinteresse an der entsprechenden Auskunft ausgerichtet werden. Die Einreichung einer Frage durch eine Aktionärsvereinigung kann ein Indiz für ein solches Aktionärsinteresse sein.

In Kombination mit der Möglichkeit der verpflichtenden vorherigen Einreichung der Fragen ist kaum mit einer „Flut“ von Fragen zu rechnen,

655 Im weiteren Sinne so auch *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 272; sowie *Schindler/Schaffner*, Virtuelle Beschlussfassung, Rn. 281.

656 Wohl a.A. *Simons/Hauser*, NZG 2020, 488, 496.

657 So auch *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 271.

die es dem Vorstand unter angemessener Personaleinbindung unmöglich macht, alle Fragen zwecks Vorbereitung der Auswahlentscheidung jedenfalls zu sichten. Sollte dieser Fall wider Erwarten dennoch eintreten, ist im Sinne des Kernanliegens des COVID-GesRG, einen rechtssicheren Versammlungsablauf zu gewährleisten, auch eine unbeschene Außerachtlassung des nicht zu bewältigenden Teils an Fragen ermessensfehlerfrei.

ee) Das „Wie“ der Beantwortung

Der Gesetzgeber hat es nicht dabei belassen, die Entscheidung über das „Ob“ der Fragenbeantwortung übergangsweise neu zu regeln, sondern hat in § 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 COVID-GesRG e.F. zudem angeordnet, dass der Vorstand über das „Wie“ der Fragenbeantwortung nach pflichtgemäßem, freiem Ermessen entscheidet. Diese gesetzgeberische Anordnung wird unterschiedlich verstanden: Teile der Literatur gehen davon aus, dass der Vorstand hiernach über die Modalität der Auskunftserteilung (mündlich oder auf der Website) entscheiden darf.⁶⁵⁸ Im Fall eines weitergehenden Verständnisses könnte man auch proklamieren, dass hiernach eine inhaltliche Freiheit des Vorstands bei der Beantwortung bestehe. Ersteres Verständnis der Norm würde dem Vorstand keine neuen Handlungsfreiheiten eröffnen, da eine Beantwortung über die Website weiterhin nur unter den Voraussetzungen des § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 AktG möglich ist.⁶⁵⁹ Vielmehr ist, gerade auch in Anbetracht des in der Gesetzesentwurfsbegründung nahegelegten Zusammenhangs mit der gemeinsamen Beantwortung mehrerer Fragen,⁶⁶⁰ unter dem „Wie“ der Beantwortung der Inhalt der Auskunft zu verstehen. Auch im Rahmen der virtuellen Hauptversammlung bleibt es jedoch bei der Pflicht zur Vollständigkeit und Richtigkeit der Antworten.⁶⁶¹ Neben der Entscheidung über die Erteilung von Sammelantworten kann es nur um die Entscheidung über die Detailtiefe der Auskünfte gehen. Im Rahmen von Präsenzhauptversammlungen gilt, dass

658 So etwa *Heidel/Lochner*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 54.

659 Vgl. oben Zweiter Teil) A) VIII) 1) c) cc) (3).

660 Vgl. oben Zweiter Teil) A) VIII) 1) c) cc) (3); und Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

661 Allgemein zur Pflicht zur Richtigkeit und Vollständigkeit unter unveränderter Geltung von § 131 AktG, *Butzke*, Hauptversammlung, G Rn. 37 f.; wie hier wohl auch *Heidel/Lochner*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 54.

der Vorstand alle Fragen deren Beantwortung mit den vorgehaltenen Mitteln und bei angemessener Vorbereitung möglich ist, auch beantworten muss.⁶⁶² Werden Fragen im Versammlungsvorfeld angekündigt, erhöhen sich die Anforderungen an die Antwort in der Weise, dass der Vorstand die Informationen erteilen muss, deren Beschaffung in der verbleibenden Zeit bei zumutbarem Einsatz möglich war.⁶⁶³ Mangels Sachgründen für ein Abweichen hiervon gelten die gleichen Maßstäbe für die virtuelle Hauptversammlung nach dem COVID-GesRG. Die Voreinreichung und somit die erhöhten Anforderungen werden hier der Regelfall sein.⁶⁶⁴ Begrenzt wird diese Detailtiefe und damit der Antwortumfang erneut durch die Knappheit der zur Verfügung stehenden Versammlungszeit. Hier hat der Vorstand eine Prognoseentscheidung bezüglich der Antwortdauer zu treffen und daran die Auskunftserteilung zu bemessen. Bei dieser Entscheidung besteht tatsächlich ein unternehmerischer Ermessensspielraum, der durch das Unternehmensinteresse, zu dem auch die Interessen der Aktionäre gehören,⁶⁶⁵ begrenzt wird.⁶⁶⁶

ff) Aufsichtsratsbeteiligung

Das Erfordernis der Zustimmung des Aufsichtsrates zu allen Vorstandsentscheidungen nach § 1 Abs. 1 bis 5 COVID-GesRG in § 1 Abs. 6 COVID-GesRG könnte seinem Wortlaut nach zunächst so verstanden werden, dass jede einzelne Vorstandsentscheidung über das „Ob und Wie“ der Beantwortung konkreter Fragen der Zustimmung des Aufsichtsrates bedürfe. Einem solchen Verständnis widersprechen indes weite Teile des Schrifttums.⁶⁶⁷ Dies verdient Zustimmung. Zwar spricht nicht bereits die Tatsache, dass beim Auskunftsrecht gem. § 131 Abs. 1 AktG kein Einfluss des

662 Butzke, Hauptversammlung, G Rn. 33.

663 Butzke, Hauptversammlung, G Rn. 33; vgl. Weber/Sieber, in: Fritz, Kommentar zum COVAbmildG, COVGesMG, § 1 Rn. 74.

664 Ähnlich Weber/Sieber, in: Fritz, Kommentar zum COVAbmildG, COVGesMG, § 1 Rn. 74.

665 Vgl. Präambel DCGK 2019.

666 Vgl., wenn auch im größeren Zusammenhang, Kruchen, DZWIR 2020, 431, 439.

667 Vgl. Götze, in: Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat, § 10 Rn. 55; Herrler, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 37d; Spindler, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63j; sowie Rieckers, DB 2021, 98, 101.

Aufsichtsrates besteht, gegen ein Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrates im Anwendungsbereich von § 1 Abs. 2 Hs. 1 COVID-GesRG e.F., da beim regulären Auskunftsrecht hinreichende Korrektive seitens der Aktionäre, etwa in Form der Nachfragemöglichkeit oder des Anfechtungsrechtes, bestehen, die im Rahmen der virtuellen Hauptversammlung ausgeschlossen oder stark beschränkt sind.⁶⁶⁸ Allerdings ist zu beachten, dass eine permanente Rückkopplung mit dem Aufsichtsrat vollkommen unpraktikabel und je nach Fragenzahl kaum ohne Sprengung seiner Kapazitätsgrenzen durchführbar wäre.⁶⁶⁹ Auf der anderen Seite muss in Anbetracht der Beschränkung der Aktionärsrechte im virtuellen Format der Kontrollfunktion des Aufsichtsrates eine besondere Bedeutung beigemessen werden.⁶⁷⁰ Sachgerecht auflösen lässt sich dieses Spannungsfeld, indem das Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrates auf, vom Vorstand zu entwickelnde, allgemeine Leitlinien der Fragenbeantwortung beschränkt wird.⁶⁷¹ Die grundlegenden Entscheidungen über die Frageneinreichung sind von dieser Beschränkung nicht umfasst, sodass hier eine inhaltliche Zustimmung des Aufsichtsrates erforderlich ist.

668 *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 37d.

669 Vgl. *Götze/Roßkopf*, DB 2020, 768, 771; vgl. *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63j; nur in Bezug auf die Kapazitätsgrenzen vgl. *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 37d.

670 *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 37d; vgl. *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63j.

671 Für ein dahingehendes Verständnis des Zustimmungserfordernis *Bücker/Kulenkamp/Schwarz/Seibt/v. Bonin*, DB 2020, 775, 782; *Eichten/Weinmann*, DStR 2020, 2314, 2316; *Götze*, in: Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat, § 10 Rn. 55; *Herb/Merkelbach*, DStR 2020, 811, 813; *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 37d; *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 457; *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 272; ähnlich *Schüppen*, WPg 2021, 121, 123; sowie *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63j; a.A. *Götze/Roßkopf*, DB 2020, 768, 771, die nur die Grundsatzentscheidung für eine virtuelle Hauptversammlung für Zustimmungspflichtig halten, was allerdings kaum mit dem, die Zustimmungspflicht auslösenden, pauschalen Verweis in § 1 Abs. 6 COVID-GesRG auf (alle) Entscheidungen nach Abs. 1 und der Kontrollfunktion des Aufsichtsrates in Einklang zu bringen ist.

gg) Auskunftserzwingungsverfahren

Im Zuge der Diskussion über eine aus der Fragemöglichkeit resultierende Antwortpflicht stellt sich auch die Frage, ob das Instrument der Auskunftserzwingung gem. § 132 AktG den Aktionären auch im Rahmen der virtuellen Hauptversammlung zur Verfügung steht.

Gegen eine Anwendbarkeit von § 132 AktG auf Auskunftsverlangen in virtuellen Hauptversammlungen wird ins Feld geführt, dass § 132 AktG bereits seiner amtlichen Überschrift nach das Bestehen eines Auskunftsrechtes voraussetze.⁶⁷² Wo kein Auskunftsanspruch bestehe, könne auch keiner durchgesetzt werden, weshalb mangels vergleichbarer Interessenslage sowohl eine direkte als auch eine analoge Anwendung von § 132 AktG ausscheide.⁶⁷³ Einem solchen Verständnis nach bliebe dem Aktionär, der ein Auskunftsbegehren unzureichend befriedigt sieht, nur die Einlegung des Widerspruchs und die anschließende Erhebung einer Anfechtungsklage gem. § 243 Abs. 4 AktG i.V.m. § 1 Abs. 7 COVID-GesRG.⁶⁷⁴

Geht man mit der hier vertretenen Auffassung davon aus, dass in vielen Fällen jedenfalls eine faktische Antwortpflicht des Vorstands und korrespondierend damit auch ein Auskunftsanspruch der Aktionäre besteht, so ist die vorstehende Argumentation nicht tragfähig.

Zudem ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber die Regelung des § 132 AktG für die virtuelle Hauptversammlung außer Kraft setzen oder modifizieren wollte. Auch verfängt das Argument, dass § 132 AktG ein Auskunftsrecht voraussetze, nicht, da ein solches ausweislich des Wortlautes der Norm nicht gefordert ist. Der Überschrift der Norm darf dabei keine übermäßige Bedeutung zugemessen werden. Ein Verweis auf die Erforderlichkeit eines Auskunftsrechtes nach § 131 Abs. 1 AktG findet sich zudem nicht einmal in der Überschrift der Norm, die nur allgemein von

672 Vgl. *Bungert/Strothotte*, DB 2021, 2206, 2207; *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 458; vgl. *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63j.

673 *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 458; vgl. *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63j; ähnlich *Götze/Roßkopf*, DB 2020, 768, 771; sowie *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1291 f.; widersprüchlich *Simons/Hauser*, NZG 2020, 488, 499, die zwar zum einen anführen, dass in der virtuellen Hauptversammlung ein Auskunftsanspruch nicht bestehe und daher eine gerichtliche Entscheidung nach § 132 AktG nicht verlangt werden könne, aber unmittelbar darauf von der Durchführbarkeit eines Verfahrens nach § 132 AktG ausgehen.

674 *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 458.

einem Auskunftsrecht spricht. Nach alledem ist davon auszugehen, dass ein Auskunftserzwingungsverfahren gem. § 132 AktG auch im Anschluss an eine virtuelle Hauptversammlung zulässig ist. Aussichten auf Erfolg hat das Verfahren, wenn der Vorstand seine (faktische) Auskunftspflicht verletzt oder sonst eine Auskunft ermessensfehlerhaft verweigert hat.⁶⁷⁵ Dieser Ansicht hat sich – zumindest für § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 COVID-GesRG n.F. –⁶⁷⁶ auch das LG München I angeschlossen, indem es darlegt, dass im Rahmen des Verfahrens nach § 132 AktG überprüft werden kann, inwieweit eine Auskunft auch unter Berücksichtigung der eingeschränkten Auskunftsmöglichkeiten des § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 COVID-GesRG in rechtsverletzender Weise verweigert wurde.⁶⁷⁷

hh) Ermächtigungsgrundlage

Auch für die Entscheidungen des Vorstands bezüglich der Auskunftsverlangen der Aktionäre bedarf es einer Ermächtigungsgrundlage. § 1 Abs. 1 COVID-GesRG enthält diesbezüglich keine Bestimmungen und scheidet als Ermächtigungsgrundlage aus. Allerdings enthält § 1 Abs. 2 S. 2 COVID-GesRG e.F. selbst alle erforderlichen Ermächtigungen. So bedarf der Vorstand für das bloße Angebot der Fragemöglichkeit mangels eines daraus resultierenden Eingriffs in die Aktionärsrechte keine Ermächtigung. Zu allen übrigen vorstehend erörterten Entscheidungen ermächtigt § 1 Abs. 2 S. 2 COVID-GesRG e.F. den Vorstand sodann explizit.

ii) Zwischenfazit

Eine bedeutende Veränderung in Sachen Aktionärsfragen ist die Möglichkeit der Verpflichtung zur vorherigen Fragereinreichung in Textform. Ein

675 So wohl auch *Lieder*, ZIP 2020, 837, 841; sowie *Schindler/Schaffner*, Virtuelle Beschlussfassung, Rn. 284.

676 Der Sachverhalt über den das LG München I zu entscheiden hatte, war nach § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 COVID-GesRG n.F. (*Fragerecht*) zu bewerten, dennoch argumentiert das LG ausdrücklich mit der *Fragemöglichkeit* gem. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 COVID-GesRG, wie sie nur die erste Fassung der Norm vorgesehen hat, vgl. LG München I, Beschluss v. 29. Juli 2021 – 5 HK O 7359/21 – DRsp Nr. 2021/13055.

677 LG München I, Beschluss v. 29. Juli 2021 (5 HK O 7359/21) - DRsp Nr. 2021/13055.

gravierender Rechtsverlust für die Aktionäre kann eintreten, wenn der Vorstand das Stellen von Nachfragen und spontanen Fragen ausschließt. Trotz dieser weitläufigen Verlagerung des Fragerechts in das Sammlungsvorfeld bleibt es bei dem Grundsatz der mündlichen Beantwortung der Fragen in der Versammlung.

Alle Aktiengesellschaften haben unabhängig von ihrer Börsennotierung auch unter der Geltung von § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, S. 2 Hs. 1 COVID-GesRG im Grundsatz alle *erforderlichen* Auskünfte zu erteilen, deren Verweigerung nicht gem. Art. 9 Abs. 2 ARRL zu rechtfertigen ist und sofern eine angemessene Versammlungsdauer nicht überschritten wird. Das Vorstandsermessen ist dabei „auf Null“ reduziert und die Entscheidung voll justiziablel. Sollten hiernach nicht alle Fragen in angemessener Zeit zu beantworten sein hat der Vorstand eine Auswahl in Form einer Ermessensentscheidung zu treffen.

Das Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrates gem. § 1 Abs. 6 COVID-GesRG gilt für die Entscheidungen bezüglich der Frageneinreichung, sowie für allgemeine Leitlinien der Fragenbeantwortung.

Ein Auskunftserzwingungsverfahren gem. § 132 AktG ist auch im Anschluss an eine virtuelle Hauptversammlung zulässig.

Zwar ist der auskunftsbegehrende Aktionär nach alledem gegenüber der Gesellschaft nicht vollkommen rechtslos gestellt, muss aber dennoch erhebliche Rechts- und damit einhergehend Informationseinbußen hinnehmen. Ziel der Maßnahmen ist offenkundig die Funktionsfähigkeit der Hauptversammlung trotz einer möglichen Vielzahl virtueller Teilnehmer und ihrer Fragen sicherzustellen.⁶⁷⁸ Dies führt in Anbetracht der denkbaren Informationseinbußen im Ergebnis jedoch zu einer Entwertung des wesentlichen Informationsinstrumentes der Aktionäre.⁶⁷⁹ Welche Folgen sich hieraus für die Qualität der Entscheidungsvorbereitung und damit möglicherweise auch für die Bedeutung der Hauptversammlung ergeben, muss im Nachfolgenden unter Beachtung praktischer Erkenntnis ausgewertet werden.⁶⁸⁰

678 So auch *Hoffmann*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 73 (Stand: 19.10.2020).

679 Mit ähnlicher Bewertung *Hoffmann*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 73 (Stand: 19.10.2020).

680 Vgl. unten Zweiter Teil) F) III) 3).

d) Widerspruchsmöglichkeit

Die Ausübung des Widerspruchsrecht der Aktionäre wird gem. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 COVID-GesRG insofern erweitert, dass kein Erscheinen vor Ort mehr notwendig ist, um den Widerspruch zu erklären, sofern das Stimmrecht nach § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 COVID-GesRG ausgeübt wurde.⁶⁸¹ Damit wird die § 245 Nr. 1 AktG entnommene Voraussetzung des Erscheinens in der Hauptversammlung durch die Voraussetzung der Stimmabgabe substituiert. Dieser Schritt war gleichsam zwingend zur Erhaltung des Widerspruchs- und damit des Anfechtungsrechts erforderlich, da mangels einer Pflicht zum Angebot einer Online-Teilnahme⁶⁸² die Voraussetzung des Erscheinens in der virtuellen Hauptversammlung nicht hätte erfüllt werden können.

Die Abgabe des Widerspruchs hat, wie die Gesetzesbegründung bekräftigt,⁶⁸³ bis spätestens zum Ende der Versammlung im Wege der elektronischen Kommunikation zu erfolgen.⁶⁸⁴ Ob das Stimmrecht vor oder nach Abgabe des Widerspruchs ausgeübt wird, spielt ebenso wie in der Präsenzversammlung, keine Rolle.⁶⁸⁵ Die Gesellschaft kann den Aktionären zwecks Widerspruchserklärung, etwa mittels Angabe einer E-Mailadresse, unmittelbar Zugang zum Notar verschaffen oder die bei ihr eingehenden Widersprüche auf eigenes Risiko an den Notar weiterübermitteln.⁶⁸⁶

Klarzustellen ist zudem, dass § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 COVID-GesRG nur isoliert das Widerspruchsrecht regelt, mit der Folge, dass die weiteren Voraussetzungen für die Klagebefugnis nach § 245 Nr. 1 AktG, wie der Anteils-erwerb vor Bekanntmachung der Tagesordnung, erfüllt sein müssen.⁶⁸⁷

Problematisch ist, dass die in § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 COVID-GesRG zur Voraussetzung des Widerspruchs erklärte Stimmabgabe gem. Nr. 2 nach zutreffendem Verständnis nicht die klassische Briefwahl in Papier-

681 Vgl. *Vetter/Tielmann*, NJW 2020, 1175, 1176 f.

682 Nicht einmal eine Online-Teilnahme würde dem Aktionär eine Möglichkeit zur Erklärung des Widerspruchs garantieren, s.o. Erster Teil) B) I) 1) b).

683 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

684 Vgl. *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 37q; vgl. *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 459.

685 Vgl. *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 37q; vgl. *Simons/Hauser*, NZG 2020, 488, 500.

686 *Eichten/Weinmann*, DStR 2020, 2314, 2318; vgl. *Hauschild/Zetzsche*, AG 2020, 557, 565; vgl. *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 37o.

687 *Stelmaszczyk/Forschner*, DK 2020, 221, 232.

form umfasst.⁶⁸⁸ Ein eng am Wortlaut verhaftendes Verständnis dieser Verweisung würde dazu führen, dass ein Aktionär, der eine, von der Gesellschaft zusätzlich zu den Mindestvoraussetzungen nach Nr. 2 angebotene, klassische Briefwahl nutzt, dadurch sein Widerspruchsrecht verlöre. Eine solche Ungleichbehandlung gegenüber einem ebenfalls im Sammlungsvorfeld abstimmenden elektronischen Briefwähler ist mangels sachlicher Gründe kaum zu rechtfertigen. Die Verweisung in Nr. 4 ist daher als Redaktionsversehen einzuordnen. Richtigerweise erfüllt somit jeder Aktionär, der seine Stimme bis zum Ende der Versammlung abgegeben hat, die Voraussetzungen für die Erhebung des Widerspruchs.⁶⁸⁹ Dies bedeutet, dass auch ein Aktionär, der seine Stimme im Wege der Vollmachtserteilung abgibt, selbst Widerspruch erklären kann.

Die Stimmabgabe als Voraussetzung für die Erklärung des Widerspruchs führt dazu, dass die Inhaber stimmrechtsloser Aktien hiervon ausgeschlossen sind.⁶⁹⁰ Hiermit besteht ein eklatanter Unterschied, der auch durch ein Tätigwerden des Aktionärs nicht nivelliert werden kann, zu den Formalvoraussetzungen des Widerspruchs i.S.v. § 245 Nr. 1 AktG, der kein Innehaben und erst recht nicht das Ausüben eines Stimmrechts zur Voraussetzung hat.⁶⁹¹ Dafür, dass der Gesetzgeber einen solchen Ausschluss willentlich vorgenommen hat, liegen keine erkennbaren Anhaltspunkte vor. Dennoch besteht für ein vom Ausschluss stimmrechtsloser Aktionäre abweichendes Verständnis in Anbetracht der wortlautbedingten inhaltlichen Klarheit von § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 COVID-GesRG kein Raum.

688 M.w.N. s.o. Zweiter Teil) A) VIII) 1) b) aa) (1).

689 Mit abweichender Begründung, aber im Ergebnis ähnlich *Simons/Hauser*, NZG 2020, 488, 500.

690 Vgl. *Eichten/Weinmann*, DStR 2020, 2314, 2318; *Noack*, in: Schmidt, COVID-19, § 10 Rn. 88; sowie *Vatter*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 245 Rn. 32.

691 Vgl. *Eichten/Weinmann*, DStR 2020, 2314, 2318; die ganz h.M. geht vom Bestehen eines Widerspruchsrecht und damit der Anfechtungsbefugnis von Inhabern stimmrechtsloser Aktien aus, vgl. hierfür etwa, *Schäfer*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 245 Rn. 20; sowie *Schmidt*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 245 Rn. 13.

e) Zwischenfazit

Das Prinzip des Aufstellens von Mindestvoraussetzungen für das Abhalten eines bestimmten Hauptversammlungsformates anstelle feststehender Aktionärsrechte im Präsenzformat ist neu und bringt gewisse Probleme mit sich. So hat sich im Vorhergehenden zwar gezeigt, dass eine Pflicht zur Stimmabgabe aus der Ferne bei obligatorischer Möglichkeit zur Abstimmung bis zum Ende der Versammlung keine Rechtseinbußen für die Aktionäre mit sich bringt. Auch die passive Bild- und Tonübertragung kann ein Verfolgen der Versammlung vor Ort insofern ersetzen, als dass ein informationelles Defizit im Wesentlichen nur in der fehlenden Möglichkeit der Wahrnehmung der anderen virtuellen Teilnehmer besteht. Die Anfechtungsbefugnis nach Erklärung eines Widerspruchs zu Niederschrift hingegen wird in ihrer konkreten Ausgestaltung zum Privileg stimmberechtigter Aktionäre. Schlussendlich kann die Regelung der Fragemöglichkeit nur nach einer europa- und grundrechtskonformen Auslegung Bestand haben. Selbst im Anschluss an eine solche Auslegung verbleiben erhebliche Rechtseinbußen gegenüber dem Fragerecht in der Präsenzveranstaltung, deren Auswirkungen auf die Aufgabenerfüllung der Hauptversammlung untersucht werden müssen.

Alle Mindestvoraussetzungen wurden so gewählt, dass selbst in den „Worst-Case-Szenarien“ in Form ungewöhnlich hoher Teilnehmerzahlen und erheblicher Aktionärsinteraktion ein rechtssicheres Abhalten der Versammlungen zu erwarten ist. Der Gesetzgeber räumte der Rechtssicherheit somit Vorrang vor der Einräumung weitergehender Aktionärsrechte ein. Unter Beachtung dieser gesetzgeberischen Prämisse ist es wenig verwunderlich, dass keine Staffelung der Aktionärsrechte nach der im Einzelfall zu erwartenden Teilnehmer- oder Interaktionszahl vorgesehen wurde, da der Gesetzgeber die Gesellschaften gerade von dieser Prognoseunsicherheit befreien wollte.

2) Mindestvoraussetzungen des COVID-GesRG n.F.

Für Hauptversammlungen, die seit dem 28.02.2021 stattfanden und bis zum 31.08.2022 stattfinden, gilt das COVID-GesRG n.F. vom 30.12.2020.⁶⁹² Offenkundig hat der Gesetzgeber über die bloße zeitliche Verlängerung der Maßnahmen hinaus auch inhaltlichen Nachbesserungs-

692 S.o. Zweiter Teil) A) I) 4) b).

bedarf erkannt und diesen im Wege des COVID-GesRG n.F. umgesetzt. Keine Neuerungen wurden bezüglich der Bild- und Tonübertragung sowie der Stimmrechtsausübung und der Widerspruchsmöglichkeit vorgenommen. Die bisherige Fragemöglichkeit wurde durch ein Fragerecht ersetzt. Eine Fiktion der Antragstellung durch die Aktionäre wurde ergänzt.

a) Fragerecht gem. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 COVID-GesRG n.F.

Wo § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 COVID-GesRG e.F. bislang eine Fragemöglichkeit einräumte, spricht die n.F. den Aktionären an gleicher Stelle ein Fragerecht zu. Zugleich wurde der Passus in § 1 Abs. 2 S. 2 COVID-GesRG e.F., nach welchem das „Ob“ der Fragenbeantwortung im pflichtgemäßem, freiem Ermessens des Vorstands stand, gestrichen. In den Ausschusserwägungen wird hierzu angeführt, dass nun die Fragen grundsätzlich zu beantworten seien.⁶⁹³ Nach der Konzeption der Neureglung soll dem Vorstand somit nur noch die Entscheidung über das „Wie“ der Fragenbeantwortung verbleiben.⁶⁹⁴

Entgegen den Erwartungen Einzelner sind auch bei Gewährung eines Fragerechts keine den Versammlungsrahmen sprengenden Fragenfluten zu erwarten.⁶⁹⁵ Auch die Bezeichnung der Gewährung des Fragerechts anstelle der Fragemöglichkeit als einen „Sündenfall“ des Gesetzgebers führt zu weit.⁶⁹⁶ Vielmehr kann auch dem Fragerecht nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 COVID-GesRG e.F. zum einen mit zeitlichen Begrenzungen und zum anderen vor allem mit dem Erforderlichkeitskriterium begegnet werden. Eine Erweiterung gegenüber dem Auskunftsrecht des § 131 Abs. 1 S. 1 AktG wollte der Gesetzgeber nicht vornehmen. Ganz im Gegenteil ging er weiterhin von einem Zurückbleiben des Fragerechts hinter dem Auskunftsrecht aus.⁶⁹⁷ Hieraus ergibt sich, dass den Gesellschaften analog zu den ver-

693 Vgl. Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 19/21981, 19/22773, 19/23054 Nr. 4 –, BT-Drs. 19/25322, S. 21 f.

694 Vgl. *Danwerth*, DB 2021, 159, 160; *Götze*, NZG 2021, 213; sowie *Heckschen/Strnad*, GWR 2021, 175, 176.

695 Dementgegen eine den Versammlungsrahmen sprengende Fragenflut erwartend, *Heckschen/Strnad*, GWR 2021, 175, 176.

696 Dementgegen wohl aber *Mutter/Kruchen*, AG 2021, 108, 109.

697 Vgl. Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 19/21981, 19/22773, 19/23054 Nr. 4 –, BT-Drs. 19/25322, S. 21 f.

sammelungsleitenden Maßnahmen in der Präsenzversammlung auch unter Geltung des COVID-GesRG n.F. gestattet sein muss, eine Fragensauswahl zu treffen, falls eine Beantwortung aller grundsätzlich zu beantwortenden Fragen nicht innerhalb einer angemessenen Versammlungsdauer möglich ist.⁶⁹⁸ An den Kriterien für die dann erforderliche Auswahlentscheidung sind gegenüber dem COVID-GesRG e.F. keine Änderungen erforderlich. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber keine Erweiterung gegenüber dem Auskunftsanspruch aus § 131 Abs. 1 S. 1 AktG vornehmen wollte, spricht zugleich dafür, dass die bereits im Rahmen des Auskunftsanspruch anerkannten Grenzen, insbesondere die Beschränkung auf *erforderliche* Auskünfte, erst recht für das Fragerecht nach § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 COVID-GesRG n.F. gelten müssen.⁶⁹⁹

Im Wesentlichen handelt es sich bei der Neufassung des Fragerechts damit nur um eine klarstellende Maßnahme des Gesetzgebers. Materiellrechtlich verändert sich wenig.⁷⁰⁰ Lediglich tritt anstelle der bisher faktischen Antwortpflicht des Vorstands in Folge der Ermessensreduzierung nunmehr eine tatsächliche Antwortpflicht.

Die Möglichkeit des Vorstands, die Frageneinreichung nur bis spätestens zwei Tage vor der Versammlung zuzulassen, wurde auf einen Tag vor der Versammlung beschränkt, § 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 COVID-GesRG n.F.

Unter Verweis auf eine dahingehende Stellungnahme⁷⁰¹ der CDU/CSU-Fraktion im Ausschuss während des Beratungsverlaufs wurde zeitweise behauptet, dass nach dem COVID-GesRG n.F. den Aktionären Nachfragen während der Versammlung gestattet werden müssten.⁷⁰² Mangels Niederschlags im Gesetz und da die Auffassung einzelner Abgeordneter im Gesetzgebungsverfahren nach allgemeiner Ansicht keine relevante Quelle für

698 Vgl. *Götze*, NZG 2021, 213, 215; vgl. auch *Lieder*, ZIP 2021, 161, 167.

699 So auch *Götze*, NZG 2021, 213, 215; ähnlich *Lieder*, ZIP 2021, 161, 167; vgl. zu dem *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2021, 899, 900 f.

700 Zu einem ähnlichen Schluss gelangend, *Teichmann/Wicke*, notar 2021, 221, 224.

701 „Deshalb sei einerseits die Möglichkeit der Nachfragen zuzulassen, so wie andererseits eine zeitliche Obergrenze für Fragen zulässig sei.“, Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 19/21981, 19/22773, 19/23054 Nr. 4 –, BT-Drs. 19/25322, S. 10.

702 Börsenzeitung vom 22.12.2020, Aktionärsrechte durch die Hintertür, <https://www.boersen-zeitung.de/unternehmen-branchen/aktionarsrechte-durch-die-hinter-tuer-4f23bd31-c098-40b2-90cb-c227feb71d49> (zuletzt abgerufen am 04.06.2021).

die Gesetzesauslegung ist,⁷⁰³ kann eine solche Auffassung keinen Bestand haben.⁷⁰⁴

Hinsichtlich des „Wie“ der Beantwortung sind keine Änderungen zu verzeichnen, sodass der Vorstand weiterhin ähnliche Fragen in zusammenfassenden Antworten bündeln kann.⁷⁰⁵

Die Erwägungen zum Auskunftserzwingungsverfahren gem. § 132 AktG im Rahmen einer Hauptversammlung nach dem COVID-GesRG e.F. müssen im Rahmen der Neufassung erst recht gelten.⁷⁰⁶ So hat der Gesetzgeber den Aktionären im Zuge der Neufassung dezidiert ein Fragerecht eingeräumt. Ein Recht, das im Ergebnis nicht durchsetzbar ist, wäre faktisch wertlos, was kaum dem gesetzgeberischen Ziel entsprechen kann.⁷⁰⁷ Auch im Anschluss an eine virtuelle Hauptversammlung nach dem COVID-GesRG n.F. kann mithin ein Auskunftserzwingungsverfahren gem. § 132 AktG angestrengt werden.⁷⁰⁸

b) Antragsrecht

Ohne, dass das Antragsrecht der Aktionäre im COVID-GesRG e.F. auch nur Erwähnung gefunden hätte, bestimmt der neu hinzugefügte Satz 3 des § 1 Abs. 2 COVID-GesRG n.F., dass nach § 126 oder § 127 AktG zugänglich zu machende Anträge oder Wahlvorschläge als in der Hauptversammlung gestellt gelten, wenn der Antragssteller ordnungsgemäß legitimiert und zur Hauptversammlung angemeldet ist. Mittels dieser Fiktionslösung⁷⁰⁹ hilft der Gesetzgeber den Aktionären darüber hinweg, dass in vielen Fäl-

703 BGH, Beschluss v. 15. November 2000 - VIII ARZ 2/00 -, BGHZ 146, 49, 60; *Bungert/Strothotte*, DB 2021, 830, 831.

704 Im Ergebnis ebenso *Bungert/Strothotte*, DB 2021, 830, 831; *Danwerth*, DB 2021, 159, 161 f.; *ders.*, Der Aufsichtsrat 2021, 44; *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2021, 899, 901; sowie *Mutter/Kruchen*, AG 2021, 108, 111.

705 So auch *Hecker*, jurisPR-HaGesR 1/2021 Anm. 1; *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2021, 899, 900; *Mutter/Kruchen*, AG 2021, 108, 111.

706 Zum Auskunftserzwingungsverfahren unter Geltung des COVID-GesRG e.F. s.o. Zweiter Teil) A) VIII) 1) c) gg).

707 Die Tatsache, dass die dezidierte Gewährung eines Fragerechts für die Anwendbarkeit von § 132 AktG spricht, erkennen auch Vertreter der Gegenauffassung an, vgl. etwa *Mutter/Kruchen*, AG 2021, 108, 110 f.

708 A.A. allerdings *Mutter/Kruchen*, AG 2021, 108, 110 f.; sowie *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2021, 899, 902.

709 Für die Bezeichnung „Fiktionslösung“ vgl. Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache

len mangels Teilnahmemöglichkeit den Aktionären die, selbst nach einer Zugänglichmachung gem. §§ 126, 127 erforderliche,⁷¹⁰ Antragsstellung in der Versammlung unmöglich ist. Zu beachten ist, dass gem. § 126 Abs. 1 S. 1 AktG, auf welchen § 1 Abs. 2 S. 3 COVID-GesRG n.F. verweist, nur solche Anträge zugänglich zu machen sind, die der Aktionär mindestens 14 Tage vor der Versammlung an die dafür bestimmte Adresse übermittelt hat.⁷¹¹ Keine Regelung trifft § 1 Abs. 2 S. 3 COVID-GesRG n.F. bezüglich spontaner Anträge. Insofern bestehen hier keine Unterschiede zur ersten Fassung.⁷¹²

Sollte man der Auffassung sein, dass Ergänzungsverlangen nach § 122 Abs. 2 AktG nicht bereits ohne die Fiktion nach § 1 Abs. 2 S. 3 COVID-GesRG n.F. zur Abstimmung gestellt werden müssen,⁷¹³ so muss für diese jedenfalls die Fiktion analog § 1 Abs. 2 S. 3 COVID-GesRG n.F. gelten.⁷¹⁴ Dies ist mittels eines Erst-recht-Schlusses gegenüber §§ 126, 127 AktG zu begründen, da ein qualifiziertes Minderheitsverlangen nach § 122 Abs. 2 AktG sogar eine Bekanntmachung gem. § 124 Abs. 1 AktG erfordert.⁷¹⁵

Eine Erstreckung der Antragsfiktion auf § 137 AktG kommt demgegenüber nicht in Betracht.⁷¹⁶ So bestimmt hier der Gesetzeswortlaut mit dem Wahlvorschlag nach § 127 AktG *und* der davon separaten Beantragung der vorgezogenen Abstimmung in der Hauptversammlung zwei gesonderte Voraussetzungen.⁷¹⁷ Letztere würde wohl eine von den übrigen Abstimmungen separierte ad-hoc-Abstimmung mit entsprechenden logistischen Herausforderungen erfordern, von welchen der Gesetzgeber die Gesellschaften gerade entlasten wollte.

chen 19/21981, 19/22773, 19/23054 Nr. 4 –, BT-Drs. 19/25322, S. 22; *Lieder*, ZIP 2021, 161, 168; sowie *Vogel/Niedergethmann*, DK 2021, 114.

710 *Hecker*, jurisPR-HaGesR 1/2021 Anm. 1.

711 Vgl. *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2021, 899, 903.

712 Dazu sogleich, Zweiter Teil) A) VIII) 3) d).

713 Zu dieser Frage siehe sogleich, Zweiter Teil) A) VIII) 3) e).

714 Für die (jedenfalls) analoge Anwendung der Fiktionslösung auf Verlangen nach § 122 Abs. 2 AktG *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2021, 899, 904; zudem *Quass*, NZG 2021, 261, 268 f.

715 *Quass*, NZG 2021, 261, 268 f.

716 *Mutter*, AG 2021, R86.

717 Vgl. *Mutter*, AG 2021, R86.

c) Zwischenfazit

Wenn auch die Gesetzgebungsmaterialien⁷¹⁸ zum COVID-ÄnderungsG sich deutlich Aktionärsfreundlicher lesen als die zum COVID-GesRG und der Gesetzgeber offenkundig zu weitreichende Einschränkungen der Aktionärsrechte zurückzunehmen versucht, sind jedenfalls bezüglich der Fragenbeantwortung durch den Vorstand nur unerhebliche materiellrechtliche Unterschiede auszumachen.⁷¹⁹

3) Ausgewählte Aktionärsrechte unter Geltung des COVID-GesRG

Die Mindestvoraussetzungen nach dem COVID-GesRG (sowohl e.F. als auch n.F.) substituieren unmittelbar weder der Anzahl noch dem Inhalt nach alle versamlungsgebundenen Aktionärsrechte. Zu den nicht versamlungsgebundenen Rechten finden sich im Gesetz nur einzelne Ausführungen (etwa § 1 Abs. 3 S. 4, Abs. 4 COVID-GesRG). In Anbetracht dieser rudimentären Regelungslage darf nicht unbesehen der Schluss gezogen werden, dass alle Aktionärsrechte, die das COVID-GesRG nicht listet, zwangsläufig ausgeschlossen sind. Vielmehr ist ihr Verbleib im Einzelnen zu überprüfen. Fallen einzelne Rechte weg, ist die Frage zu stellen, ob eine angemessene Kompensation erfolgt und falls nicht, ob der ersatzlose Wegfall jeweils zulässig ist.

a) Teilnahmerecht

Im Rahmen der regulären Hauptversammlung steht jedem Aktionär unabhängig von seiner Anteilshöhe ein Teilnahmerecht zu. Dieses kann entweder mittels Besuches der Präsenzveranstaltung oder, falls die Satzung dies vorsieht, im Wege der Online-Teilnahme gem. § 118 Abs. 1 S. 2 AktG wahrgenommen werden. Eine Teilnahme des einzelnen Aktionärs im Wege des Besuchs einer Präsenzveranstaltung soll die virtuelle Hauptversammlung gerade verhindern, § 1 Abs. 2 S. 1 COVID-GesRG. Eine im aktienrechtlichen Sinne vollwertige Teilnahme kann somit nur

718 Vgl. Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 19/21981, 19/22773, 19/23054 Nr. 4 –, BT-Drs. 19/25322, S. 1 ff.

719 Zum Antragsrecht sogleich, Zweiter Teil) A) VIII) 3) d).

im Wege der Online-Teilnahme nach § 118 Abs. 1 S. 2 AktG erreicht werden. Die Ermöglichung einer Online-Teilnahme mit allen oder auch nur eingeschränkten Aktionärsrechten steht gem. § 1 Abs. 1 COVID-GesRG in der Kompetenz des Vorstands.⁷²⁰ Verpflichtend ist das Angebot der Online-Teilnahme im Rahmen der virtuellen Hauptversammlung allerdings nicht.⁷²¹ Dies ergibt sich im Umkehrschluss zu § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 COVID-GesRG: Würde das COVID-GesRG eine Online-Teilnahme der Aktionäre i.S.v. § 118 Abs. 1 S. 2 AktG vorsehen, würden diese als „erschieden“ gelten.⁷²² Ein Verzicht auf das Erfordernis des Erscheinens in der Hauptversammlung für die Einlegung des Widerspruchs wäre dann gerade nicht erforderlich.

Dementgegen proklamieren einzelne Stimmen, dass mangels sachlicher Gründe für den Ausschluss des Teilnahmerechts und unter Beachtung des verfassungsrechtlichen Schutzes des Aktieneigentums aus Art. 14 Abs. 1 GG, die Gewährung einer aktiven virtuellen Teilnahme gem. § 118 Abs. 1 S. 2 AktG im Wege der verfassungskonformen Auslegung als fünfte Mindestvoraussetzung in § 1 Abs. 2 COVID-GesRG hineinzulesen ist.⁷²³

Dem ist insoweit zuzustimmen, als dass das Teilnahmerecht nach seiner gesetzlichen Ausgestaltung Voraussetzung für die Ausübung einzelner Leitungsbefugnisse ist und somit dem Grunde nach im Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG liegt.⁷²⁴ Der Schutzbereich erstreckt sich indes nur insoweit auf das Teilnahmerecht, wie es die Teilhabe an der Willensbildung der Hauptversammlung gewährleistet.⁷²⁵ Einen darüberhinausgehenden, schützenswerten Selbstzweck hat das Teilnahmerecht nicht. Erfolgt die (Nicht-)Gewährung der Aktionärsrechte also unabhängig von einer Teilnahme und einem „Erscheinen“ des Aktionärs im aktienrechtlichen Sinne, besteht für ein Festhalten an dem Teilnahmerecht kein sachlicher Grund. Eben diese Unabhängigkeit der Aktionärsrechte von der Teilnahme statuiert § 1 Abs. 2 COVID-GesRG. Mithin bestehen keine Bedenken gegen

720 Hierzu siehe auch oben Zweiter Teil) A) IV).

721 Den Ausschluss des Teilnahmerechts ebenfalls für möglich haltend, *Bücker/Kulenkamp/Schwarz/Seibt/v. Bonin*, DB 2020, 775, 778; sowie *Guntermann*, ZGR 2021, 436, 455 ff.; vgl. auch *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 446 u. 451; a.A. *Redenius-Hövermann/Bannier*, ZIP 2020, 1885, 1892, die im Wege einer verfassungskonformen Auslegung die aktive Online-Teilnahme nach § 118 Abs. 1 S. 2 AktG als fünfte Mindestvoraussetzung für eine virtuelle Hauptversammlung statuieren.

722 Dazu s.o. Erster Teil) B) I) 1).

723 *Redenius-Hövermann/Bannier*, ZIP 2020, 1885, 1892.

724 Vgl. *Walter*, Die virtuelle Haupt- und Gesellschafterversammlung, S. 140.

725 *Walter*, Die virtuelle Haupt- und Gesellschafterversammlung, S. 140.

eine Verweigerung der Teilnahme im Rahmen einer virtuellen Hauptversammlung nach dem COVID-GesRG.

b) Präsenzrecht

Für die virtuelle Hauptversammlung schließt § 1 Abs. 2 S. 1 COVID-GesRG explizit die physische Präsenz der Aktionäre und ihrer Vertreter aus. Damit bricht die Norm mit der bisher unumstößlichen Regel, dass jeder Aktionär berechtigt ist, seine Rechte in Person am Ort der Hauptversammlung auszuüben.⁷²⁶ Auch hier stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit dieses Ausschlusses mit höherrangigem Recht.

Die aus europarechtlicher Perspektive für diese Bewertung in Bezug auf börsennotierte Gesellschaften maßgebliche ARRL kennt kein Recht auf physische Präsenz während der Hauptversammlung, sondern garantiert nur die Ausübung konkreter Mitverwaltungsrechte. Umgekehrt statuiert die ARRL kein Recht auf das Abhalten einer virtuellen Hauptversammlung.⁷²⁷ Allerdings kann ihr auf Grund ihres Mindestharmonisierungscharakters auch kein Verbot rein virtueller Versammlungen entnommen werden.⁷²⁸ Der Ausschluss des Präsenzrechts der Aktionäre stößt mithin nicht auf europarechtliche Bedenken.

Den verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG genießen die Aktionärsversammlung als willensbildendes Organ der Gesellschaft und die damit einhergehende aktienrechtliche Leitungsbefugnis.⁷²⁹ Damit im Einklang stehend ist das Präsenzrecht in seiner *de lege lata* ausgeformten Gestalt als Hilfsrecht vornehmlich darauf ausgerichtet, dem Aktionär die tatsächliche Möglichkeit zu gewähren, an der Willensbildung der Hauptversammlung teilzunehmen.⁷³⁰ Wird dem Aktionär aber ermöglicht, seine zur Willensbildung beitragenden Rechte mittels elektronischen Kommunikationsmitteln auszuüben, so kommt der körperlichen Zusammenkunft

726 Vgl. Noack/Zetzsche, AG 2020, 265, 266.

727 Vgl. Huprich, Die Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie, S. 320; Noack, in: FS Westermann, S. 1203, 1219; Ochmann, Die Aktionärsrechte-Richtlinie, S. 122 f. u. S. 135; sowie Zetzsche, NZG 2007, 686, 691.

728 Huprich, Die Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie, S. 320; vgl. Noack, in: FS Westermann, S. 1203, 1219; Ochmann, Die Aktionärsrechte-Richtlinie, S. 122 f. u. S. 135; Zetzsche, NZG 2007, 686, 691.

729 Walter, Die virtuelle Haupt- und Gesellschafterversammlung, S. 143.

730 Lieder, in: FS Vetter, S. 419, 435; Walter, Die virtuelle Haupt- und Gesellschafterversammlung, S. 141 f.

kein materieller Eigenwert zu.⁷³¹ In der Folge besteht kein sachlicher Grund mehr für ein eigenständiges Recht auf physische Anwesenheit.⁷³² Entscheidend ist vielmehr, dass den Aktionären im Wesentlichen gleichwertige digitale Möglichkeiten zur Kommunikation, Meinungsbildung und Ausübung ihrer sonstigen Rechte zur Verfügung stehen wie im Rahmen physischer Versammlungen.⁷³³ Verfassungsrechtlich vorgegeben und geschützt ist in Übertragung dieser Feststellung richtigerweise nur, dass der Aktionär seine mitgliedschaftlichen Rechte innerhalb des willensbildenden Organs überhaupt ausüben kann, nicht aber die konkrete Form der Ausübung.⁷³⁴ Ein verfassungsrechtlicher Schutz der physischen Teilnahme besteht mithin nicht.

aa) Kein rechtswidriger Ausschluss technisch unversierter Aktionäre

Die vorstehenden Erwägungen erfolgen sämtlich in der Annahme, dass zum einen eine elektronische Rechtsausübung seitens der Gesellschaft gewährt wird. Zum anderen aber auch, dass die Aktionäre grundsätzlich die Ressourcen und Fähigkeiten besitzen, dieses Rechtsausübungsangebot auch wahrzunehmen. Dass der durchschnittliche Aktionär heutzutage über ein internetfähiges Endgerät verfügt und mittels diesem seine Rechte in den sehr ähnlich zueinander und simpel aufgebauten Portalen der gängigen Hauptversammlungsdienstleister jedenfalls unter Zuhilfenahme der mit den Einladungen verschickten Erläuterungen auch ausüben kann, kann wohl kaum noch ernsthaft in Frage gestellt werden. Teilweise wird allerdings befürchtet, dass einzelne, technisch nicht versierte Gesellschafter faktisch von der Teilnahme an der virtuellen Versammlung ausgeschlossen würden.⁷³⁵ Hierin könnte eine Verletzung des Teilnahmerechts

731 Vgl., wenn auch nur Hauptversammlungsbeschlüsse über Verschmelzungsverträge betreffend, *Drygala*, in: Lutter, Umwandlungsgesetz Kommentar, § 13 UmwG Rn. 10; vgl. *Walter*, Die virtuelle Haupt- und Gesellschafterversammlung, S. 142.

732 *Walter*, Die virtuelle Haupt- und Gesellschafterversammlung, S. 142.

733 Vgl., wenn auch nur Hauptversammlungsbeschlüsse über Verschmelzungsverträge betreffend, *Drygala*, in: Lutter, Umwandlungsgesetz Kommentar, § 13 UmwG Rn. 10.

734 *Walter*, Die virtuelle Haupt- und Gesellschafterversammlung, S. 143.

735 So wohl noch *Hanloser*, NZG 2001, 355, 358, der die Nutzung des Internets im Jahr 2001 noch für eine nicht „naturgegebene Fähigkeit“ hielt und eine Fortbildungsobliegenheit der Aktionäre ablehnte; verneinend allerdings *Lieder*, in: FS Vetter, S. 419, 434; vgl. auch OLG Hamm, Beschluss vom 27.09.2011 –

in seiner Schutzbereichsausprägung als Abwehrrecht gegen unmittelbare Beeinträchtigungen der Teilnahme an der Hauptversammlung durch die Gesellschaft bestehen.⁷³⁶ Auch ein mit § 53a AktG beziehungsweise Art. 4 ARRL unvereinbarer, gleichheitswidriger Ausschluss der betroffenen Gesellschaftergruppe wird teilweise befürchtet.⁷³⁷

Diesen Bedenken ist bereits auf Tatsachenebene entgegenzutreten: Dass ein Aktionär auch unter Rückgriff auf Familie, Bekannte oder Dienstleister nicht in der Lage ist, seine Rechte digital auszuüben, ist in Anbetracht der zunehmenden Digitalisierung aller Lebensbereiche kaum vorstellbar.⁷³⁸ Auch die Aufwendung gewisser Geldsummen und Mühen ist hierfür zumutbar.⁷³⁹ So obliegt auch die damit vergleichbare Tragung von Fahrkosten zu einer Hauptversammlung unbestrittenermaßen dem Aktionär selbst.⁷⁴⁰

Dass einzelne Aktionäre einen höheren Aufwand für ihre Teilnahme betreiben müssen als andere, stellt auch keinen Verstoß gegen das Gleichbe-

I-27 W 106/11 –, juris, wenn auch die Mitgliederversammlung eines Vereins betreffend.

736 Bzgl. der Dreiteilung des Schutzbereiches des Teilnahmerechts in ein Abwehrrecht, ein aktives Teilhaberecht und einen Anspruch auf Sicherstellung des ordnungsgemäßen Versammlungsablaufes vgl. *Guntermann*, ZGR 2021, 436, 439 ff.; eine Verletzung des uneingeschränkten Teilnahmerechts durch eine virtuelle Hauptversammlung noch annehmend, *Riegger/Mutter*, ZIP 1998, 637, 638, wenn auch bereits mit Hinweis darauf, dass diese Annahme mit zunehmender Verbreitung des Internets schwer zu halten sein wird; eine virtuelle Wohnungseigentümersammlung nur bei tatsächlichem Zugang aller zu den notwendigen Kommunikationsmitteln für zulässig haltend, etwa *Mankowski*, ZMR 2002, 246, 250.

737 Vgl. *Notz*, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Beck-Online-Großkommentar Zivilrecht, BGB, § 32 Rn. 295, wenn auch zur Rechtslage beim Idealverein.

738 Vgl. *Butzke*, in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2020, S. 35, 50; vgl. *Forschner*, NotBZ 2020, 445, 450; *Guntermann*, ZGR 2021, 436, 471; ähnlich bereits *Hasselbach/Schumacher*, ZGR 2000, 258, 264 f.; vgl. *Höretz/Pickert*, in: Semler/Volhard/Reichert, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, § 7 Rn. 28; vgl. *Teichmann/Wicke*, notar 2021, 221, 225; a.A: noch *Beck*, RNotZ 2014, 160, 165, ohne allerdings auch die Inanspruchnahme der Unterstützung durch Dritte zu erwägen; vgl. auch OLG Hamm, Beschluss vom 27.09.2011 – I-27 W 106/11 –, juris, wenn auch die Mitgliederversammlung eines Vereins betreffend.

739 Ähnlich auch *Lieder*, in: FS Vetter, S. 419, 434.

740 Vgl., wenn auch maßgeblich Personengesellschaften im Blick habend, *Böffel/Schramm*, WM 2020, 2004, 2012; vgl. zudem bereits *Hasselbach/Schumacher*, ZGR 2000, 258, 264 f.; sowie *Noack*, NZG 2004, 297, 300.

handlungsgebot dar, da es richtigerweise nur auf die grundsätzlich gleiche Teilnahmemöglichkeit ankommt.⁷⁴¹

Unter diesen Umständen ist bereits ein Eingriff in die Aktionärsrechte zu verneinen. Selbst wenn man einen Eingriff unterstellen würde, so würde das Ziel des Infektionsschutzes den Ausschluss aller Gesellschafter von der Präsenzteilnahme jedenfalls rechtfertigen, zumal eine Einzelfallprüfung als milderes Mittel aus logistischen Gründen ausscheiden muss.

bb) Privilegierung Einzelner bei der Präsenzrechtszuteilung

Diskussionswürdig ist auch die Frage, ob § 1 Abs. 2 COVID-GesRG neben der Ermächtigung zum Entzug des Präsenzrechts aller Aktionäre zugleich auch eine Ermächtigung für minder schwere Maßnahmen enthält.⁷⁴² So wird die Abhaltung der Hauptversammlung mit nur einem Teil der Aktionäre, während der andere Teil (zwangsweise) nur online teilnimmt, vorgeschlagen.⁷⁴³ Ein solches Kombinationsmodell sei zulässig, da § 1 Abs. 2 Nr. 2 COVID-GesRG die Teilnahmeformen nicht neu regelt, sondern auf die bestehenden Teilnahmeformen des AktG, wie etwa die elektronische Teilnahme nach § 118 Abs. 1 S. 2 AktG oder die Briefwahl nach § 118 Abs. 2 AktG verweise, wonach die Kombination von Präsenz- und Online-Teilnahme möglich ist.⁷⁴⁴

Indes ist bereits fraglich, ob die Nutzung eines solchen Kombinationsmodells von der Vorstandskompetenz des COVID-GesRG gedeckt ist. Die Argumentation, dass die Zulassung einiger Präsenzteilnehmer gegenüber dem Totalausschluss das mildere Mittel sei, hat ihre Berechtigung. Allerdings steht einem solchen Vorgehen der sich aus dem Wortlaut des § 1 Abs. 2 S. 1 COVID-GesRG („ohne physische Präsenz der Aktionäre“) ergebende Wille des Gesetzgebers entgegen. Dessen Ziel besteht im Sinne eines bestmöglichen Infektionsschutzes gerade darin, keinerlei Aktionäre zur Präsenzversammlung zuzulassen.⁷⁴⁵ Sofern in der Literatur deshalb darauf hingewiesen wird, dass der Vorstand zwecks Einhaltung behördlich-

741 Vgl. *Forschner*, NotBZ 2020, 445, 450.

742 Vgl. *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 269.

743 *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 269; vgl. *dies.*, DB 2020, 658, 661; vgl. auch noch *Wicke*, in: Hensler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 130 Rn. 15, Stand: 19.10.2020, der sich in der aktuellen Auflage allerdings nicht mehr dahingehend äußert.

744 *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 269.

745 Vgl. auch Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

cher Vorgaben bezüglich der Teilnehmerzahl einer Präsenzversammlung ohnehin befugt ist, allgemeine Zugangsregeln zu treffen und den Zugang bei Erreichen der Kapazitätsgrenze zu verwehren,⁷⁴⁶ ist dem im Grunde zuzustimmen. Allerdings kann ein solches Vorgehen nur dann in Betracht kommen, wenn zugleich allen anderen Aktionären eine Online-Teilnahme, die jedenfalls den Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 COVID-GesRG gleichkommt, angeboten wird. Denn stehen dementsprechend einem erheblichen Teil der Aktionäre – konkret den von der Präsenzteilnahme ausgeschlossenen – weniger Rechte als die in § 1 Abs. 2 COVID-GesRG verbrieften zu, so ist die Vorstandsentscheidung für die reduzierte Präsenzveranstaltung wegen des vorsätzlichen Rechtsentzugs ermessensfehlerhaft und Beschlüsse der Versammlung sind selbst unter Beachtung von § 1 Abs. 7 COVID-GesRG anfechtbar.⁷⁴⁷

Im Ergebnis besteht damit jedoch Einigkeit darüber, dass bei Vorliegen öffentlich-rechtlicher Beschränkungen der Versammlungsgröße die Durchführung einer Versammlung mit reduzierter Teilnehmerzahl zulässig ist. Sollte sich der Vorstand für eine Kombination aus erzwungener Online-Teilnahme und Präsenz-Veranstaltung entscheiden, kämen den Präsenz-Teilnehmern alle ihre versammlungsgebundenen Rechte zu, da weder das COVID-GesRG noch das AktG entsprechende Beschränkungen für Präsenzversammlungen kennen, während die Rechte der Online-Teilnehmer nach Maßgabe von § 1 COVID-GesRG beschränkt werden könnten.⁷⁴⁸ Infolgedessen könnten sich aus dem reinen Präsenzrecht „harte“ rechtliche Vorteile ergeben.⁷⁴⁹ Auch mit Hinblick auf die langfristigen Folgen eines solchen „Präzedenzfalles“ für die Bedeutung der Hauptversammlung ist fraglich, nach welchen Kriterien die Präsenzteilnehmer ausgewählt werden dürfen. Kernpunkt der Diskussion ist hier die Frage nach der Reichweite der durch Art. 4 ARRL garantierten Gleichbehandlungspflicht aus § 53a AktG.⁷⁵⁰ So verbietet § 53a AktG, zum Schutze der Aktionäre vor

746 Schäfer, NZG 2020, 481, 482; vgl. auch Teichmann, Audit Committee Quarterly extra 2020, 18, 19.

747 Vgl. unten Zweiter Teil) B) und C).

748 Noack/Zetzsche, AG 2020, 265, 269.

749 Vgl. Noack/Zetzsche, AG 2020, 265, 269 f.

750 Vgl. Noack/Zetzsche, AG 2020, 265, 269 f.; Stelmaszczyk/Forschner, DK 2020, 221, 224 f.; sowie Tröger, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 135.

willkürlichen Benachteiligungen durch Gesellschaftsorgane, sachwidrige Ungleichbehandlungen.⁷⁵¹

Kaum bestritten werden kann die Zulässigkeit von Zugangsregelungen, die die Präsenz (potentiell) Infizierter verhindern sollen, etwa in Form von Überprüfungen auf Krankheitssymptome oder mittels Ausschlusses von Personen aus Risikogebieten.⁷⁵² Allein dadurch kann ein Überschreiten der öffentlich-rechtlich beschränkten Teilnehmerzahl jedoch regelmäßig nicht sichergestellt werden.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob bei der Vergabe der möglicherweise vorhandenen Präsenzplätze auch eine Differenzierung nach Anteilsgröße oder eine Bevorzugung von Aktionärsvereinigungen zulässig ist. Beides würde wohl auf die Erwägung gestützt werden, dass aus einer hohen Einzelkapitalbeteiligung oder der Bündelung vieler Inhaber kleinerer Beteiligungen in einer Vereinigung eine höhere Relevanz der Äußerungen und Rechtsausübungen dieser Personen resultieren könnte, während die Rechtsausübung durch Kleinanleger regelmäßig nur von geringer unmittelbarer Wirkung sein wird.

Diese Problematik schließt sich somit an die Diskussion einer Bevorzugung von Großaktionären im Rahmen der Fragemöglichkeit an.⁷⁵³ Ein maßgeblicher Unterschied besteht jedoch darin, dass die ARRL ein Präsenzrecht bereits dem Grunde nach nicht garantiert. Zugleich ergibt sich unter anderem aus ErwGr. 7 S. 3 und Art. 6 Abs. 2 der ARRL, dass die Richtlinie der Knüpfung einzelner Aktionärsrechte an Mindestbeteiligungen offen gegenübersteht.

Dennoch muss auch hier schließlich die Tatsache der jedenfalls faktisch fehlenden Möglichkeit für Kleinaktionäre sich mit rechtlicher Wirkung gegenüber der Gesellschaft zusammenzuschließen,⁷⁵⁴ dazu führen, dass eine Privilegierung von Großaktionären aus Gleichbehandlungsgründen

751 Vgl. anstelle Vieler nur *Cahn/v. Spannenberg*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 53a Rn. 1, 2, 19 ff.

752 Für die Zulässigkeit derartiger Zugangsbeschränkungen etwa *Schäfer*, NZG 2020, 481, 482.

753 Dazu s.o. Zweiter Teil) A) VIII) 1) c) dd) (2) (a).

754 Auch aus Art. 6 Abs. 1, 2 ARRL und § 122 Abs. 1, 2 AktG geht hervor, dass Kleinaktionären die Möglichkeit der Koalitionsbildung zwecks Erreichung der Beteiligungsschwellen gewährt werden muss („dass Aktionäre einzeln oder gemeinsam“, Art. 6 Abs. 1 ARRL; „In gleicher Weise können Aktionäre, deren Anteile zusammen“, Art. 122 Abs. 2 AktG).

gem. § 53a AktG ausscheiden muss.⁷⁵⁵ Dieses Ergebnis wird bezüglich des Präsenzrechtes dadurch bestärkt, dass auch der überwiegende Teil der Literatur eine Bevorzugung von Großaktionären, wenn sie nicht bereits dem Grunde nach abgelehnt wird, nur dann zulassen will, wenn das jeweilige Recht überhaupt in nach Maß der Kapitalbeteiligung abgestufter Form gewährt werden kann.⁷⁵⁶ Während beim Auskunftsrecht eine solche Abstufungsmöglichkeit noch umstritten sein mag, so kommt sie beim Präsenzrecht bereits dem Grunde nach nicht in Betracht. Hier muss somit eine strenge „Gleichbehandlung nach Köpfen“ erfolgen.⁷⁵⁷

Im Ergebnis muss die Privilegierung Einzelner bei der Präsenzrechtsvergabe mithin unabhängig von der Frage, ob § 1 Abs. 2 COVID-GesRG hierfür eine Ermächtigung enthält, ausscheiden. Die Zuteilung de Präsenzrechts scheitert entweder an der praktischen Durchführbarkeit oder am Gleichbehandlungsrecht.

c) Kommunikationsrechte

Zu den versammlungsgebundenen Kommunikationsrechten der Aktionäre zählt neben dem Auskunftsrecht gem. § 131 Abs. 1 AktG auch das Rederecht. Dieses ist nicht ausdrücklich im AktG kodifiziert, sein Vorhandensein ergibt sich jedoch aus § 131 Abs. 2 S. 2 AktG.

755 Zu dieser Argumentation vgl schon oben Zweiter Teil) A) VIII) 1) c) dd) (2) (a); ebenfalls eher ablehnend, *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 440; sowie *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63h; ähnlich *Stelmaszczyk/Forschner*, DK 2020, 221, 224 f.; noch weitergehend wohl *Simons/Hauser*, NZG 2020, 488, 499 f.; sowie *Danwerth*, NZG 2020, 586, 588, die sogar anwesenden Funktionsträgern, welche selbst Aktionäre der Gesellschaft sind, unter Beachtung von § 53a keine Ausübung ihrer Aktionärsrechte in Präsenz zubilligen wollen; a.A. allerdings noch *Wicke*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 130 Rn. 15, Stand: 19.10.2020, der sich in der aktuellen Auflage allerdings nicht mehr dahingehend äußert; sowie *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 269 f.

756 *Cahn/v. Spannenberg*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 53a Rn. 11; *Götze*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 53a Rn. 13; vgl. *Fleischer*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 53a Rn. 26; vgl. *Koch*, in: Hüffer/Koch, Kurzkommmentar zum Aktiengesetz, AktG § 53a Rn. 7; vgl. *Drygala*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 53a Rn. 26; *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 440; ersichtlicher Weise a.A. nur *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 269 f.; sowie *dies.*, DB 2020, 658, 664.

757 Vgl. *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 440.

Sowohl das Auskunfts- als auch das Rederecht sind in der virtuellen Hauptversammlung nach dem COVID-GesRG nicht zwingend zu gewährleisten, arg. ex § 1 Abs. 2 S. 1 COVID-GesRG.⁷⁵⁸ Zwar können beide gem. § 1 Abs. 1 COVID-GesRG etwa im Wege einer Online-Teilnahme durch den Vorstand ermöglicht werden, geschieht dies allerdings nicht steht den Aktionären keinerlei Handhabe dagegen zur Verfügung.

Die fehlende Pflicht den Aktionären ein Rederecht zuzubilligen wird neben dem Verweis auf die (abschließende) Leistung in § 1 Abs. 2 S. 1 COVID-GesRG auch damit begründet, dass das Rederecht seiner Wertigkeit nach unterhalb des bereits nicht zwingend zu gewährenden Auskunftsrecht nach § 131 Abs. 1 AktG angesiedelt sei.⁷⁵⁹ Dies schließe nicht nur das Rederecht in Echtzeit aus, was mangels Pflicht zur Einrichtung einer Zwei-Wege-Echtzeit-Verbindung ohnehin auf der Hand liegt,⁷⁶⁰ sondern abgesehen von der Fragemöglichkeit jede Form von Aktionärsäußerungen in der Hauptversammlung.

Während das Auskunftsrecht in Form der Fragemöglichkeit eine in der Krisensituation ausreichende Kompensation erfahren hat,⁷⁶¹ erfolgt der Wegfall des Rederechts nach dem Konzept des COVID-GesRG ersatzlos. Unter Verweis darauf, dass auch das Rederecht als Ausprägung des Mitverwaltungsrechts der Aktionäre vom Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG umfasst sei, wird teilweise die Verfassungsmäßigkeit dieses ersatzlosen Wegfalls in Frage gestellt.⁷⁶² Allerdings muss auch bei der Rechtfertigungsprüfung dieses Eingriffes die, auf Grund der fehlenden Erfahrungswerte mit virtuellen Formaten, weite Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers bei der Abwägung des Eingriffes mit der Gewährleistung der Handlungsfähigkeit der Gesellschaften berücksichtigt werden. Darüber hinaus muss die Tatsache, dass die Aktionäre Meinungsäußerungen auch außerhalb des von der Gesellschaft organisierten Hauptversammlungsablaufes, etwa

758 Vgl. *Götze/Roßkopf*, DB 2020, 768, 771; *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1290 ff.; *Redenius-Hövermann/Bannier*, ZIP 2020, 1885, 1889 f.; *Schüppen*, WPg 2021, 121, 124 f.; *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63j; *Stelmaszczyk/Forschner*, DK 2020, 221, 230 f.; sowie *Teichmann*, Audit Committee Quarterly extra 2020, 18, 21; zum Ausschluss des Auskunftsrechts und die Zulässigkeit dessen siehe bereits o., Zweiter Teil) A) VIII) 1) c).

759 So *Redenius-Hövermann/Bannier*, ZIP 2020, 1885, 1889 f.; sowie *Weber/Sieber*, in: Fritz, Kommentar zum COVAbmildG, COVGesMG, § 1 Rn. 80.

760 Zur Frage nach der Erforderlichkeit einer Zwei-Wege-Echtzeit-Verbindung, Zweiter Teil) A) VIII) 1) a) aa).

761 Dazu s.o. Zweiter Teil) A) VIII) 1) c).

762 *Redenius-Hövermann/Bannier*, ZIP 2020, 1885, 1891 f.

im Aktionärsforum nach § 127a AktG oder sonstigen Foren, kundgeben können, beachtet werden. Im Ergebnis ist daher auch der Ausschluss des Rederechts in der Ausnahmesituation hinnehmbar.⁷⁶³

So verbleiben die meisten Autoren mit der bloßen Empfehlung an die Unternehmen das Rederecht im Sinne guter „Investor Relations“ in gewisser Form dennoch anzubieten.⁷⁶⁴

Sollten die Gesellschaften dieser Empfehlung nachkommen, müssen sie beachten, dass für das Rederecht der europarechtlich determinierte Gleichbehandlungsgrundsatz gem. § 53a AktG gleichermaßen wie für das Auskunfts- oder das Präsenzrecht gilt.⁷⁶⁵ Somit können die dazu jeweils getroffenen Feststellungen bezüglich Privilegierungen bei einer möglichen Rederechtsvergabe übertragen werden.⁷⁶⁶ Im Ergebnis bedeutet dies, dass auch bei der Verteilung eines möglicherweise gewährten Rederechts eine Privilegierung nach Anteilsgröße ausscheiden muss.

d) Antrags- und Wahlvorschlagsrecht

Grundsätzlich haben Aktionäre die Möglichkeit, in der Hauptversammlung Gegenanträge einschließlich Wahlvorschlägen zu stellen.⁷⁶⁷ Auch zuvor angekündigte Anträge und Wahlvorschläge sind in der Hauptversammlung (erneut) zu stellen beziehungsweise vorzubringen.⁷⁶⁸ Im Rahmen einer virtuellen Hauptversammlung ist dies jedoch nur dann möglich, wenn den Aktionären eine dahingehende elektronische Teilnahmemöglichkeit i.S.v. § 118 Abs. 1 S. 2 AktG eingeräumt wird.⁷⁶⁹ Eine solche

763 Im Ergebnis sowie in der Begründung ähnlich OLG München, Beschluss vom 28. Juli 2021 – 7 AktG 4/21 –, Rn. 90, juris = BeckRS 2021, 20705.

764 Vgl. Mayer/Jenne/Miller, BB 2020, 1282, 1292; sowie Teichmann, Audit Committee Quarterly extra 2020, 18, 21.

765 Vgl. Kals, ZGR 2020, 217, 224.

766 Zu besagten Annahmen s.o. Zweiter Teil) A) VIII) 1) c) dd) (2); sowie Zweiter Teil) A) VIII) 3) b) bb).

767 Kubis, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 41.

768 Rieckers, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 126 Rn. 54.

769 So ausdrücklich Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26; vgl. Götze/Roßkopf, DB 2020, 768, 771.

Teilnahmemöglichkeit ist allerdings, wie bereits aufgezeigt,⁷⁷⁰ keine notwendige Voraussetzung für eine virtuelle Hauptversammlung.⁷⁷¹

aa) Versammlungsvorfeld

Übersenden Aktionäre der Gesellschaft mindestens 14 Tage vor der Versammlung Anträge oder Wahlvorschläge, die sie in der Versammlung zu stellen beabsichtigen, trifft die Verwaltung gem. §§ 126, 127 AktG die Pflicht, diese den in § 125 Abs. 1 bis 3 AktG genannten Personen zugänglich zu machen. An diesen Veröffentlichungspflichten hat das COVID-GesRG keine Änderungen vorgenommen und sie nicht dispensiert.⁷⁷² Es bleibt damit dabei, dass Anträge und Wahlvorschläge von Aktionären nur nach § 125 AktG zugänglich gemacht werden müssen, wenn sie mindestens 14 Tage vor der Versammlung an die Gesellschaft übersandt wurden. Hieran ändert auch das angepasste Fristenregime des COVID-GesRG nichts.⁷⁷³ Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber gleichsam als Ausgleich für den Wegfall der Äußerungsmöglichkeiten in der Versammlung auch die Zugänglichmachung kurzfristig eingereichter Anträge und Wahlvorschläge vorsehen wollte, sind nicht ersichtlich.

bb) Behandlung in der Versammlung

Die auch bei vorheriger Zugänglichmachung nach § 125 AktG in Folge einer Ankündigung nach §§ 126, 127 AktG erforderliche Antragsstellung in der Versammlung ist je nach zulässiger Ausgestaltung der digitalen Partizipation in einer virtuellen Hauptversammlung nicht möglich.⁷⁷⁴ Während § 1 Abs. 2 S. 3 COVID-GesRG n.F. dieses Problem mittels einer Antragsfiktion löst,⁷⁷⁵ hätte es mangels abweichender Regelungen zur Antragsstellung im COVID-GesRG e.F. bei unveränderter Rechtsanwendung zur Folge, dass selbst vorab eingereichte Anträge und Wahlvorschläge von Aktionären in der Hauptversammlung nicht behandelt werden müssten.

770 S.o. Zweiter Teil) A) VIII) 3) a).

771 Vgl. auch *Götze/Roßkopf*, DB 2020, 768, 77.

772 *Höreth*, GWR 2020, 411 f.

773 *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 274.

774 Vgl. *Danwerth*, AG 2020, 776, 782; sowie *Herb/Merkelbach*, DStR 2020, 811, 813.

775 S.o. Zweiter Teil) A) VIII) 2) b).

Mithin stellt sich die Frage, ob diesbezüglich eine alternative Gesetzesauslegung erforderlich ist. Zudem ist zu klären, wie mit spontanen Anträgen der Anteilseigner zu verfahren ist. Letztere haben auch in das COVID-GesRG n.F. keinen Einzug erhalten, sodass die nachfolgenden Ausführungen dazu für die neue Fassung entsprechend gelten, auch wenn sie sich im Übrigen auf die e.F. beziehen.

Auch die Lösung dieser Auslegungsfragen könnte durch höherrangiges Recht vorgeprägt sein. Zwar äußert die Gesetzesentwurfsbegründung zur e.F., dass Antragsrechte in der Versammlung wegfallen,⁷⁷⁶ allerdings hat dies zum einen keinerlei Niederschlag im COVID-GesRG e.F. gefunden,⁷⁷⁷ und zum anderen entscheidet der Fakt, dass ohne interaktive Teilnahmemöglichkeit keine Anträge *in* der Versammlung gestellt werden können, noch nicht darüber, ob vorab eingereichte Anträge behandelt werden müssen. Mithin ist das COVID-GesRG e.F. i.V.m. mit dem AktG hier einer europarechts- und verfassungskonformen Auslegung grundsätzlich zugänglich.⁷⁷⁸

(1) Determination durch Art. 6 Abs. 1 lit. b ARRL

Damit stellt sich die Frage nach den europarechtlichen Vorgaben. Hier sieht Art. 6 Abs. 1 lit. b ARRL für börsennotierte Gesellschaften vor, dass Anträge von Aktionären zum Mindestbestand der Aktionärsrechte gehören. Jedenfalls unter den in der Richtlinie verwendeten Begriff des Antrags sind auch Wahlvorschläge i.S.v. § 127 AktG zu fassen.⁷⁷⁹ Auch die Formulierung von ErwGr. 7 zur ARRL im Konjunktiv II ändert an der mitgliedstaatlichen Pflicht zur Gewährung dieses Rechtes in Anbetracht des klaren Richtlinienwortlautes nichts.⁷⁸⁰ Ein vollständiger Ausschluss des Antrags- und Wahlvorschlagsrechts ist daher mit der ARRL unvereinbar.⁷⁸¹

776 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

777 So auch LG Frankfurt, Urteil vom 23. Februar 2021 – 3-05 O 64/20 –, Rn. 134, juris = ZIP 2021, 1009-1015; vgl. zudem *Hauschild/Zetzsche*, AG 2020, 557, 563.

778 A.A. *Bungert/Strothotte*, DB 2021, 830, 833 f.

779 Vgl. *Rieckers*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 127 Rn. 1 und 4.

780 A.A. *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1289.

781 So insbesondere auch *Seibt/Danwerth*, NZG 2020, 1241, 1250; in der Tendenz wohl auch *Götze/Roßkopf*, DB 2020, 768, 772; *Guntermann*, ZGR 2021, 436, 460 f.; *Hauschild/Zetzsche*, AG 2020, 557, 563; sowie *Stelmaszczyk/Forschner*, DK 2020, 221, 231; die Europarechtswidrigkeit eines Ausschlusses des Antragsrechts

Umgekehrt garantiert Art. 6 Abs. 1 lit. b ARRL hingegen auch kein ad-hoc-Antragsrecht während der Versammlung.⁷⁸² Dies ergibt sich zunächst aus Art. 6 Abs. 1 a.E. ARRL, wonach die Aktionäre auf eine schriftliche und damit vorherige Antragsstellung verwiesen werden können. Explizit gestattet Art. 6 Abs. 3 S. 2 ARRL den Mitgliedsstaaten zudem einen Stichtag für die Antragsstellung vorzusehen.

(2) Vorgaben durch Art. 14 Abs. 1 GG

Auch der Schutz der Mitverwaltungsrechte durch Art. 14 Abs. 1 GG erzwingt eine effektive Mitverwaltungsmöglichkeit der Aktionäre. Ein vollständiger Ausschluss des Gegenantragsrechts ist damit nicht vereinbar.⁷⁸³ Zwar bliebe es den Aktionären auch ohne Gegenantragsrecht unbenommen, gegen die Verwaltungsvorschläge zu stimmen, jedoch stellt dies in zweierlei Hinsicht keine gleichwertige Mitverwaltungsmöglichkeit dar: Zum einen wird teilweise erst mit dem Vorliegen eines Gegenvorschlags den Mitaktionären die Kritikwürdigkeit des Verwaltungsvorschlages bewusst. Zum anderen kann, insbesondere wenn es in der Abstimmung um die Höhe der Dividende oder die Besetzung des Aufsichtsrates geht, nur mit einem Gegenvorschlag überhaupt der tatsächliche Wille der Anteilseigner durchgesetzt werden. Eine signifikante Gefahr der Störung des Versammlungsablaufs durch die Stellung solcher Gegenanträge zur Abstimmung und somit Gründe für die Rechtfertigung eines solchen Ausschlusses sind nicht ersichtlich.

Anders könnte sich die Antwort auf die Frage der Vereinbarkeit des Wegfalls des ad-hoc-Antragsrechts mit Art. 14 Abs. 1 GG darstellen. Von Art. 14 Abs. 1 GG geschützt ist zunächst jede Mitwirkung an der Meinungsbildung in der Hauptversammlung und damit auch das Recht spontan Mitverwaltungsvorschläge einzubringen. Jede Verkürzung dieses Rechts ist als Inhalt- und Schrankenbestimmung rechtfertigungsbedürftig. Der ordnungsgemäße Ablauf im virtuellen Format ist allerdings auch hier taugliches legitimes Ziel für die Beschränkung und der Ausschluss des An-

in Frage stellend aber mangels Entscheidungserheblichkeit von einer Vorlage an den EuGH nach Art. 267 AEUV absehend, auch LG Frankfurt, Urteil vom 23. Februar 2021 – 3-05 O 64/20 –, Rn. 134, juris = ZIP 2021, 1009-1015; a.A. *Bungert/Strothotte*, DB 2021, 830, 833 f.; *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1289.

782 *Guntermann*, ZGR 2021, 436, 461.

783 So wohl auch *Römermann/Grupe*, in: *Römermann*, COVID-19 Abmilderungsgesetze, COVMG § 1 Rn. 83 f.

tragsrechts geeignet dieses Ziel zu erreichen. Bezüglich der Erforderlichkeit ist auch hier auf die weite Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers mangels signifikanter Datenlage zu verweisen. An der Angemessenheit bestehen in Anbetracht der ohne diese Beschränkung drohenden Rechtsunsicherheiten und der verbleibenden Möglichkeit zur Vorabantragsstellung und Wahlvorschlagseinbringung im Ergebnis keine durchgreifenden Bedenken.⁷⁸⁴

Deutlich klarzustellen ist allerdings, dass dieser Ausschluss in keinem Fall Vorbildfunktion für mögliche künftige Gesetzesvorhaben haben kann. Dass eine solch gravierende Beschneidung der Aktionärsrechte – jedenfalls bei *ex-post* Betrachtung – nicht erforderlich war, zeigt der österreichische Weg: So bestimmt § 3 Abs. 1 der „Verordnung der Bundesministerin für Justiz zur näheren Regelung der Durchführung von gesellschaftsrechtlichen Versammlungen ohne physische Anwesenheit der Teilnehmer und von Beschlussfassungen auf andere Weise“ (COVID-19-GesV)⁷⁸⁵ zwar ebenso wie die entsprechende deutsche Regelung, dass den Aktionären nicht zwingend eine Zwei-Wege-Echtzeit-Verbindung zu gewähren ist, aber die Aktionäre dann „auf andere Weise in die Lage versetzt“ werden „während der Versammlung Wortmeldungen abzugeben“.⁷⁸⁶ Zu den Wortmeldungen gehören ausweislich des weiteren Verordnungswortlauts neben Fragen auch Beschlussanträge. Zwar schränkt § 3 Abs. 4 der CO-

784 So die wohl überwiegende Meinung, regelmäßig ohne explizite Erwähnung von Art. 14 Abs. 1 GG, vgl. etwa LG Köln, Beschluss vom 26. Februar 2021 – 82 O 53/20 –, Rn. 1 ff., juris; sowie *Bungert/Strothotte*, DB 2021, 830, 833 f.; sowie *Bungert/Strothotte*, DB 2021, 830, 833 f.; a.A. *Vossius*, notar 2020, 328, 331, der keinen Grund für die Beschränkung der Kommunikation des Aktionärs mit der Verwaltung während der Versammlung auf Widersprüche und den Ausschluss von Anträgen und Nachfragen sieht und anführt, dass es der Elektronik egal sei, welchen Inhalt die binären Signale haben, die vom Terminal des Teilnehmers an den Server der Gesellschaft gehen. Eine Betrachtung der potentieller Rechtsunsicherheiten auf Grund denkbarer Überforderungssituationen nimmt *Vossius* dabei allerdings nicht vor.

785 Verordnung der Bundesministerin für Justiz zur näheren Regelung der Durchführung von gesellschaftsrechtlichen Versammlungen ohne physische Anwesenheit der Teilnehmer und von Beschlussfassungen auf andere Weise (Gesellschaftsrechtliche COVID-19-Verordnung – COVID-19-GesV), österreichisches BGBl. II Nr. 140/2020. Die COVID-19-GesV wurde auf Grundlage von § 1 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend besondere Maßnahmen im Gesellschaftsrecht aufgrund von COVID-19 (Gesellschaftsrechtliches COVID-19-Gesetz – COVID-19-GesG), österreichisches BGBl. I Nr. 16/2020 in der Fassung österreichisches BGBl. I Nr. 24/2020 erlassen.

786 Vgl. *Zollner/Simonishvili*, GES 2020, 175, 179.

VID-19-GesV die vorstehende Regelung für größere und börsennotierte Gesellschaften dahingehend ein, dass unter anderem das Stellen von Anträgen während der Versammlung nur mittels eines von der Gesellschaft vorzuschlagenden Stimmrechtsvertreter erfolgen kann, falls der Vorstand sich dafür entscheidet.⁷⁸⁷ Dennoch bleibt sowohl ein ad-hoc-Antrags- als auch Fragerecht auch während der Versammlung erhalten.⁷⁸⁸ Dass aus dieser – gegenüber der deutschen – großzügigeren Regelungen Probleme resultiert wären, ist nicht ersichtlich.⁷⁸⁹

Auf Grund dieser Datenlage kommt eine Berufung des Gesetzgebers auf seine Einschätzungsprärogative bei der Erarbeitung zukünftiger Regelungen nicht mehr in Betracht. Eine ad-hoc-Antragsstellung wird damit in Zukunft möglich sein müssen.

(3) Anwendung auf die virtuelle Hauptversammlung nach dem COVID-GesRG e.F.

Das, auch in der Frage nach der Behandlung von Anträgen einer durch höherrangiges Recht determinierten Auslegung zugängliche, COVID-GesRG i.V.m. dem AktG ist unter Beachtung der zuvor festgestellten Vorgaben des höherrangigen Rechts einheitlich für alle Aktiengesellschaften mit dem höherrangigen Recht konform auszulegen. Im Ergebnis ist zu konstatieren, dass vorab eingereichte Anträge und Wahlvorschläge in der Versammlung behandelt werden müssen. Eine Frage von überwiegend praktischem Interesse ist somit, bis zu welchem Zeitpunkt vor der Versammlung die Anträge der Gesellschaft zugegangen sein müssen. In der Literatur wird als Antwort entweder auf die zwei Tages Frist aus § 1 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 COVID-GesRG e.F. oder die 14 Tages Frist nach §§ 126, 127 AktG verwiesen.⁷⁹⁰

787 Vgl. Kalss/Hollaus, *Der Gesellschafter* 2020, 84, 88 u. 92; vgl. *Told/Neumaier*, wbl 2020, 261, 371; vgl. *Zollner/Simonishvili*, *GES* 2020, 175, 180.

788 Vgl. *Adensamer/Breisch/Eckert*, *Der Gesellschafter* 2020, 99, 110; vgl. *Artmann*, *JBL* 2020, 481, 486 f.; *Told/Neumaier*, wbl 2020, 261, 371; vgl. *Zollner/Simonishvili*, *GES* 2020, 175, 180.

789 Vgl. auch *Redenius-Höfermann/Schmidt/Strenger*, *Der Aufsichtsrat* 2021, 98, die ebenfalls keine Probleme bei der technischen Durchführung in Österreich erkennen.

790 Für eine zwei Tages Frist etwa *Bücker/Kulenkamp/Schwarz/Seibt/v. Bonin*, *DB* 2020, 775, 780; für eine 14 Tages Frist *Herrler*, *GWR* 2020, 191, 194; sowie

Art. 6 Abs. 3 ARRL spricht lediglich von einem Stichtag vor der Hauptversammlung oder sogar vor der Einberufung und überlässt die Regelung des konkreten Zeitpunktes den Mitgliedsstaaten, sodass sich hieraus keine Konkretisierung ableiten lässt.

Da möglicherweise ein erheblicher Teil der Aktionäre seine Stimmen bereits im weiteren Vorfeld der Versammlung abgibt und Anträge, die in der Abstimmungsübersicht erstmalig erscheinen, ansonsten möglicherweise gar nicht zur Kenntnis nehmen, erscheint im Sinne einer zweckmäßigen Meinungsbildung eine vorherige Zugänglichmachung vorzugswürdig. Demnach müssen nur Anträge und Wahlvorschläge von Aktionären, die gem. §§ 126, 127, 125 AktG zugänglich gemacht werden müssen, auch ohne die Antragsstellung durch den Aktionär in der Versammlung zur Abstimmung gestellt werden.

Diesem Verständnis steht auch die Gesetzesentwurfsbegründung nicht entgegen, welche nur von einem Wegfall der Antragsrechte „in“ der Versammlung ausgeht,⁷⁹¹ womit nach hiesigem Verständnis nur Spontananträge oder schlicht das formelle Antragsstellungserfordernis auch für vorab zugänglich gemachte Anträge gemeint sind.⁷⁹²

Im Ergebnis müssen jedenfalls Anträge und Wahlvorschläge gem. §§ 126, 127 AktG, die gem. § 125 AktG zugänglich gemacht werden, auch in der virtuellen Hauptversammlung behandelt und zur Abstimmung gestellt werden.⁷⁹³ Spontane Anträge, insbesondere solche zur Ge-

in der Tendenz *Heidel/Lochner*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 91.

791 Vgl. Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

792 Für ein dahingehendes Verständnis des gesetzgeberischen Willens auch *Seibt/Danwerth*, NZG 2020, 1241, 1248; ähnlich *Guntermann*, ZGR 2021, 436, 461.

793 Im Ergebnis ebenfalls für eine Behandlung von nach §§ 126, 127, 125 AktG zugänglich gemachten Aktionärsanträgen und Wahlvorschlägen *Andres/Kujović*, GWR 2020, 213, 215; eher wie hier *Götze/Roßkopf*, DB 2020, 768, 772; *Herrler*, GWR 2020, 191, 194; *Müller*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 104; *Römermann/Grupe*, in: Römermann, COVID-19 Abmilderungsgesetze, COVMG § 1 Rn. 84; *Seibt/Danwerth*, NZG 2020, 1241, 1248; *Stelmaszczyk/Forschner*, DK 2020, 221, 232; darüber hinausgehend wohl, *Kessler*, BB 2020, 1619, 1620, der auf Grund des „situativen Charakters“ des Antragsrechts auch die Zulässigkeit spontaner Anträge erwägt; a.A. *Atta*, WM 2020, 1047, 1051 f.; *Bungert/Strohbotte*, DB 2021, 830, 833; *Cyglakow*, Die virtuelle Hauptversammlung, S. 100 ff.; *Herb/Merkelbach*, DStR 2020, 811, 813 f.; *Kruchen*, DZWiR 2020, 431, 453 f.; *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1289; *Reger* in: Bürgers/Körber/Lieder, Heidelberg Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 11i; *Schäfer*, NZG 2020, 481, 484; *Teichmann/Krapp*, Audit Committee Quarterly IV/2020, 82, 84; sowie *Wicke*, DStR 2020, 885, 888.

schäftsordnung, kann die Verwaltung durch entsprechende Gestaltung der Versammlungsteilnahme hingegen zulässigerweise ausschließen. Eine unmittelbare, tagesaktuelle Einflussmöglichkeit auf die Hauptversammlung, etwa durch die Abwahl des Versammlungsleiters, wird den Aktionären dadurch freilich genommen.⁷⁹⁴

Die Frage, wie ein Verzicht auf die Antragsstellung in der Versammlung dogmatisch begründet werden kann, wurde vielfach diskutiert. Durchgesetzt hat sich die sogenannte Fiktionslösung,⁷⁹⁵ die der Gesetzgeber für die Hauptversammlungssaison 2021 auch gesetzlich zum Standard gemacht hat. Der Rückgriff auf eine Fiktion ist allerdings nicht erforderlich: Beschlussanträge sind keine Willenserklärungen, die der Hauptversammlung als Organ zugehen müssen, sondern Verfahrenshandlungen *sui generis*.⁷⁹⁶ Erforderlich ist für diese als Bezugspunkt der Stimmabgabe allein, dass sie den Aktionären bei der Abstimmung bekannt sind.⁷⁹⁷ Hierzu genügt es, dass der Versammlungsleiter den entsprechenden Antrag zur Abstimmung stellt.⁷⁹⁸ Die Schlüssigkeit dieser Argumentation zeigt der Vergleich zu den Vorschlägen der Verwaltung auf: Auch diese müssen in der Versammlung nicht (erneut) mündlich gestellt werden, sondern werden schlicht zur Abstimmung gestellt.⁷⁹⁹

Somit ist der Versammlungsleiter in der virtuellen Hauptversammlung nach dem COVID-GesRG e.F. zwecks Wahrung der durch höherrangiges Recht garantierten Aktionärsrechte schlicht dazu verpflichtet, Anträge und Wahlvorschläge von Aktionären, die nach §§ 126, 127, 125 AktG zugänglich gemacht werden müssen, zur Abstimmung zu stellen.

794 Vgl. Mayer/Jenne/Miller, BB 2020, 1282, 1293; sowie Vossius, notar 2020, 328, 329.

795 Dafür Andres/Kujović, GWR 2020, 213, 215; Bucker/Kulenkamp/Schwarz/Seibt/v. Bonin, DB 2020, 775, 779; Heidel/Lochner, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 91; Herrler, GWR 2020, 191, 194; sowie Schüppen, WPg 2021, 121, 122; neben der Fiktionslösung wurde zudem etwa eine Verpflichtung des Stimmrechtsvertreters der Gesellschaft zur Stellung der Aktionärsanträge erwogen, so wohl Noack/Zetzsche, AG 2020, 265, 269, was allerdings deutlich über deren konzeptionellen Aufgabenbereich hinausginge und insbesondere Haftungsfragen hervorbringen könnte (vgl. Butzke, in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2020, S. 35, 45).

796 Guntermann, ZGR 2021, 436, 462; vgl. zudem Austmann, in: Hoffmann-Beking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. IV § 40 Rn. 6.

797 Guntermann, ZGR 2021, 436, 462.

798 Guntermann, ZGR 2021, 436, 462.

799 Guntermann, ZGR 2021, 436, 462.

e) Ergänzungsverlangen gem. § 122 Abs. 2 AktG

Mittels eines Ergänzungsverlangens gem. § 122 Abs. 2 AktG können sowohl beschlusslose Gegenstände als auch solche zu Beschlussfassung durch Aktionäre auf die Tagesordnung gebracht werden.⁸⁰⁰ Bisher war indes anerkannt, dass, selbst wenn mit dem Ergänzungsverlangen Beschlussvorlagen übermittelt werden, der Versammlungsleiter nur bei entsprechender Beschlussantragsstellung in der Versammlung darüber abstimmen lassen muss.⁸⁰¹

Jedoch beruht auch § 122 Abs. 2 AktG auf einer europarechtlichen Garantie (Art. 6 Abs. 1 lit. a ARRL). Darüber hinaus steht das Ergänzungsverlangen grundsätzlich unter dem Schutz von Art. 14 Abs. 1 GG, sodass eine bedingungslose Nichtabstimmung von ordnungsgemäß Beschlussvorlagen nach § 122 Abs. 2 AktG schon nicht in Betracht gezogen werden kann.

Aus § 1 Abs. 2 S. 4 COVID-GesRG e.F. ergibt sich zudem, dass auch der Krisengesetzgeber das Aktionärsrecht aus § 122 Abs. 2 AktG nicht beseitigen wollte. Im Gegenteil hat der Gesetzgeber durch eine Verschiebung des Einreichungstichtages vom 30. auf den 14. Tag vor der Versammlung eine effektive Nutzbarkeit des Aktionärsrechts auch bei Einberufung der Versammlung mit verkürzten Fristen sichergestellt. Eine Nichtbehandlung eines auf diese Weise eingebrachten Beschlussvorschlages liefe damit wohl auch dem gesetzgeberischen Willen zuwider.

Im Ergebnis muss somit ein mittels eines Ergänzungsverlangens nach § 122 Abs. 2 AktG eingereichter Beschlussvorschlag in der virtuellen Hauptversammlung nach dem COVID-GesRG (sowohl e.F. als auch n.F.) auch ohne Beschlussantragsstellung in der Versammlung zur Abstimmung gestellt werden.⁸⁰² Eine über das bloße zur Abstimmung Stellen durch die Verwaltung hinausgehende Fiktion einer Antragsstellung bedarf es hierzu nicht.⁸⁰³

800 *Kuthe/Beck*, AG 2019, 898, 903 f.; *Rieckers*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 122 Rn. 38.

801 *Rieckers*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 122 Rn. 48; *Ziemons*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 124 Rn. 102.3.

802 Im Ergebnis ebenso *Höreth*, in: Semler/Volhard/Reichert, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, § 7a Rn. 48; wohl auch *Schüppen*, WPg 2021, 121, 122, der allerdings nur davon spricht, dass das Ergänzungsverlangen „berücksichtigt“ werden müsse; in der Tendenz wie hier *Götze/Roßkopf*, DB 2020, 768, 772; vgl. *Vogel/Niedergethmann*, DK 2021, 114.

803 Dazu siehe zuvor, Zweiter Teil A) VIII) 3) d) bb) (3).

f) Einberufungsrecht

Ein unmittelbares gesetzliches Recht, eine Hauptversammlung einzuberufen, steht den Aktionären nicht zu. Ein Einberufungsrecht der Aktionäre könnte zwar nach § 122 Abs. 1 S. 2 AktG in der Satzung gewährt werden, solche Satzungsklauseln sind in der Praxis allerdings nicht verbreitet.⁸⁰⁴ Somit kann eine qualifizierte Minderheit lediglich gem. § 122 Abs. 1 AktG die Einberufung durch den Vorstand einfordern. In der Folge eines solchen Verlangens ist der Vorstand verpflichtet, unverzüglich eine Hauptversammlung einzuberufen.⁸⁰⁵ Hierbei obliegt ihm unter der Geltung des COVID-GesRG – bis zur Grenze der missbräuchlichen Vereitelung der Versammlung durch Wahl des Präsenzformates trotz Versammlungsverboten – die Entscheidung darüber, ob die Versammlung in Präsenz oder virtuell stattfinden soll.⁸⁰⁶

Sollte der Vorstand dem Verlangen nicht nachkommen, kann die Minderheit sich gem. § 122 Abs. 3 AktG gerichtlich dazu ermächtigen lassen, die Versammlung selbst einzuberufen. Allein in diesem Fall steht ihr ein eigenes gesetzliches Einberufungsrecht zu.

Dem expliziten Wortlaut von § 1 Abs. 2 COVID-GesRG nach steht indes allein dem Vorstand das Recht zu, eine Hauptversammlung ohne physische Präsenz der Aktionäre einzuberufen. So verwendet der Gesetzgeber dort, im Unterschied zu § 121 AktG, keine Begriffe, die andere Personen mit dem Recht eine Hauptversammlung einzuberufen, inkludieren würden. Die einberufungsberechtigte Minderheit kann sich mithin nicht auf § 1 Abs. 2 COVID-GesRG berufen. Auch eine analoge Anwendung muss im Ergebnis abgelehnt werden.⁸⁰⁷ So hat der Gesetzgeber bewusst eine Kompetenzerweiterung des Vorstands angeordnet, die durch einen Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates gem. § 1 Abs. 6 COVID-GesRG begrenzt wird. Angesichts dieses in sich abgeschlossenen Kompetenzgefüges im Zusammenspiel mit der expliziten Benennung der Akteure ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber andere Einberufungsberechtigte bewusst von der Kompetenzerweiterung durch das COVID-GesRG ausnehmen wollte. Es besteht somit bereits keine Regelungslücke, die mit-

804 *Reichert/Balke*, in: Semler/Volhard/Reichert, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, § 4 Rn. 67.

805 Anstelle vieler, *Liebscher*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 122 AktG Rn. 7.

806 Vgl. *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1284.

807 A.A. *Krenek*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 12 f.; in Ausnahmefällen ebenfalls a.A. *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1285.

tels einer Analogie gefüllt werden dürfte. Dass eine analoge Anwendung auf andere Einberufungsberechtigte ausscheiden muss, lässt sich daran verdeutlichen, dass ansonsten im Fall der Einberufungskompetenz des Aufsichtsrates gem. § 111 Abs. 3 AktG das Kontrollinstrument in Form des Zustimmungsvorbehaltes des Aufsichtsrates gem. § 1 Abs. 6 COVID-GesRG *ad absurdum* geführt würde.⁸⁰⁸

Im Ergebnis können Aktionäre keine virtuelle Hauptversammlung nach dem COVID-GesRG, sondern nur eine herkömmliche Präsenzversammlung einberufen.⁸⁰⁹ Ist die Abhaltung einer solchen öffentlich-rechtlich verboten, bleibt es ihnen nur abzuwarten. Ein faktisches Leerlaufen der Rechtsschutzmöglichkeit nach § 122 Abs. 3 AktG hat der Krisengesetzgeber wohl in Kauf genommen. Die Rechte der qualifizierten Aktionärsminorität nach § 122 Abs. 1, 3 AktG werden dadurch insgesamt beschnitten.

g) Recht auf Einsicht in das Teilnehmerverzeichnis

Das COVID-GesRG enthält keine Ausführungen zum Teilnehmerverzeichnis der Hauptversammlung. Damit bleibt es bei der Regelung des § 129 Abs. 1 S. 2 AktG, wonach alle „Erschienenen“ oder offen vertretenen Aktionäre in ein solches aufzunehmen sind.⁸¹⁰ Erschienen ist in einer virtuellen Hauptversammlung nur, wer nach § 118 Abs. 1 S. 2 AktG online teilnimmt, nicht aber ein Briefwähler.⁸¹¹

Bei einer unbeschränkten elektronischen Teilnahme nach § 118 Abs. 1 S. 2 AktG steht den Aktionären auch in einer virtuellen Versammlung das Recht auf Einsicht in das Teilnehmerverzeichnis vor der ersten Abstim-

808 A.A. Mayer/Jenne/Miller, BB 2020, 1282, 1284, die im Fall des § 111 Abs. 3 AktG dem Aufsichtsrat allein die Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ einer virtuellen Hauptversammlung überlassen wollen.

809 So auch Herrler, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 36c; ders., GWR 2020, 191, 192; Kruchen, DZWIR 2020, 431, 439; Noack, in: Schmidt, COVID-19, § 10 Rn. 67; Noack/Zetzsche, AG 2020, 265, 267; Simons/Hauser, NZG 2020, 488, 490; a.A. Mayer/Jenne/Miller, BB 2020, 1282, 1284 f.; Krenek, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 12 f.; sowie Schüppen, WPg 2021, 121 123.

810 Mayer/Jenne/Miller, BB 2020, 1282, 1292; vgl. Römermann/Grupe, in: Römermann, COVID-19 Abmilderungsgesetze, COVMG § 1 Rn. 90.

811 Vgl. Danwerth, NZG 2020, 586 f.; Kruchen, DZWIR 2020, 431, 451; Mayer/Jenne/Miller, BB 2020, 1282, 1292; Römermann/Grupe, in: Römermann, COVID-19 Abmilderungsgesetze, COVMG § 1 Rn. 92 f.; Quass, NZG 2021, 261, 265; Vossius, notar 2020, 328, 329.

mung nach § 129 Abs. 4 S. 1 AktG zu.⁸¹² Erfolgt die Stimmabgabe indes nur per Briefwahl oder mittels eingeschränkter Online-Teilnahme, so steht den Aktionären dieses Recht nicht zu.⁸¹³ Auch sieht das COVID-GesRG keine Kompensation für diesen Rechtsverlust vor.

Das nicht versammlungsgebundene Einsichtsrecht aller Aktionäre gem. § 129 Abs. 4 S. 2 AktG besteht fort.⁸¹⁴ Allerdings bleibt es den Aktionären bei nachträglicher Einsichtnahme verwehrt, ihr Stimmverhalten an den Informationen aus dem Verzeichnis auszurichten. Wenn auch dieser Rechtsverlust nicht allzu schwer wiegen mag, kann von einem „Aufwiegen“ des Leerlaufens des Rechts aus § 129 Abs. 4 S. 1 AktG durch das Recht aus S. 2 nicht die Rede sein.⁸¹⁵

h) Zwischenfazit

Die Betrachtung zeigt, dass eine Mehrzahl der versammlungsgebundenen Aktionärsrechte mittels des COVID-GesRG verkürzt wurde. Nicht versammlungsgebundene Rechte bleiben hingegen in der Regel uneingeschränkt bestehen.

Das Erreichen des Zwecks der Hauptversammlung als Organ der kollektiven Willensbildung wird durch diese Rechtsverkürzungen nicht grundle-

812 Vgl. Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 19/21981, 19/22773, 19/23054 Nr. 4 –, BT-Drs. 19/25322, S. 13; vgl. *Guntermann*, ZGR 2021, 436, 465; vgl. *Römermann/Grupe*, in: Römermann, COVID-19 Abmilderungsgesetze, COVMG § 1 Rn. 91; *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 452; vgl. *Quass*, NZG 2021, 261, 265; Die Tatsache, dass bereits im Rahmen einer herkömmlichen Präsenzversammlung eventuellen Online-Teilnehmern im Fall der unbeschränkten Teilnahme das Einsichtsrecht gem. § 129 Abs. 4 S. 1 AktG zusteht, ist weit überwiegend anerkannt, vgl. etwa *Kubis*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 129 Rn. 37; *Noack/Zetzsche*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 129 Rn. 91; ersichtlicher Weise a.A. nur *Wicke*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 129 Rn. 32, der hierfür eine Satzungsregelung für erforderlich hält.

813 *Danwerth*, NZG 2020, 586, 588; vgl. *Guntermann*, ZGR 2021, 436, 465; *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 452 f.; offenlassend LG Frankfurt, Urteil vom 23. Februar 2021 – 3-05 O 64/20 –, Rn. 147, juris = ZIP 2021, 1009-1015.

814 Vgl. Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 19/21981, 19/22773, 19/23054 Nr. 4 –, BT-Drs. 19/25322, S. 13; *Guntermann*, ZGR 2021, 436, 464; *Hecker*, jurisPR-HaGesR 1/2021 Anm. 1.

815 A.A. *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 453.

gend gefährdet. Aktionärsrechte, welche unmittelbar zur Willensbildung beitragen, bleiben jedenfalls bei verfassungs- und europarechtskonformer Auslegung des COVID-GesRG in ihren Grundzügen erhalten. Dennoch sind Einbußen bei der Qualität der Meinungsbildung insbesondere auf Grund der eingeschränkten Kommunikations- und (ad-hoc) Antragsrechte zu befürchten. Auf Grund dieser Schwächen kann die virtuelle Hauptversammlung nach dem COVID-GesRG in ihrer nur durch die Ausnahmesituation und das Erfahrungsdefizit gerechtfertigten Form nicht als vollwertiges und langfristiges Substitut der Präsenzversammlung angesehen werden.

4) Ort der virtuellen Hauptversammlung

Die Bestimmungen zum Inhalt der Einberufung werden durch das COVID-GesRG nicht explizit dispensiert. Daher ist in der Einberufung gem. § 121 Abs. 3 S. 1 AktG grundsätzlich der Ort der Hauptversammlung zu nennen. Gleiches gilt für die Bestimmungen des § 121 Abs. 5 AktG i.V.m. der Satzung bezüglich der Auswahl des Versammlungsortes. Dennoch stellt sich die Frage, ob die virtuelle Hauptversammlung nach dem COVID-GesRG einen physischen Versammlungsort im Sinne dieser Normen hat.

Die Formulierungen im Gesetz und der Entwurfsbegründung enthalten widersprüchliche Indizien zu dieser Frage. So fordert die Begründung, der Notar solle am Aufenthaltsort des Versammlungsleiters zugegen sein und vermeidet mittels dieser Formulierung gerade den Begriff des Versammlungsortes,⁸¹⁶ was gegen einen realen Versammlungsort spricht.⁸¹⁷ Andererseits geht die Entwurfsbegründung an anderer Stelle davon aus, dass der Stimmrechtsvertreter „vor Ort zulässig“ sei, was wiederum das Vorhandensein eines Versammlungsortes impliziert. Aus der Tatsache, dass § 1 Abs. 2 S. 1 COVID-GesRG nur eine Versammlung ohne Präsenz der Aktionäre gestattet, ist indes zu schließen, dass es einen physischen Versammlungsort gibt, von dem die Aktionäre ausgeschlossen werden können.

Teilweise wird angeführt, dass der Zweck der die Ortswahl erfordernden und zugleich beschränkenden Vorschrift des § 121 Abs. 5 AktG bei der virtuellen Hauptversammlung entfalle und die Norm daher teleologisch um

816 Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

817 Vgl. *Forschner*, MittBayNot 2020, 546 f.

die Bestimmungen zur Ortswahl reduziert werden müsse.⁸¹⁸ So bestehe der Schutzzweck der Norm darin, die Aktionäre vor den aus einer Willkürlichen Ortswahl erfolgenden Beeinträchtigungen ihres Teilnahmerechts zu bewahren.⁸¹⁹ Dieser Zweck erübrige sich auf Grund des Wegfalls des Anwesenheitsrechtes.⁸²⁰

Wenn man die Frage nach dem Ort der virtuellen Hauptversammlung nur aus der Perspektive der Aktionärsrechte betrachtet, mag die Argumentation für eine teleologische Reduktion der Gesetzes- und Satzungsbestimmungen zum Versammlungsort überzeugen. Allerdings ist zu beachten, dass der Ort nicht nur für die Aktionäre festgelegt werden muss. Auch die vor Ort zugelassenen Funktionsträger müssen diesen Ort aufsuchen können.⁸²¹ Zudem hat der Ort der Hauptversammlung noch eine Bedeutung, da dem deutschen Recht eine Online-Beurkundung – bis zum Inkrafttreten des „Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie“ (DIRUG)⁸²² am 01.08.2022, Art. 31 DIRUG – vollständig fremd ist.⁸²³ Sollen also beurkundungspflichtige Beschlüsse gefasst werden, muss ein Versammlungsort jedenfalls insofern bestehen, als dass der Notar diesen als Ort seiner Wahrnehmung gem. § 37 Abs. 2 BeurkG in der Urkunde angeben soll. Der Notar muss zudem ein Tatsachenprotokoll über seine tatsächliche Wahrnehmung erstellen, wobei Gegenstand der Protokollierung das Versammlungsgeschehen selbst und nicht ein Video des Geschehens sein muss.⁸²⁴ In Anbetracht dieser Mehrfachfunktion des Ortes der Hauptversammlung kann die vorgeschlagene teleologische Reduktion auf Grundlage nur eines Teilzweckes der Ortsbestimmung nicht überzeugen.

Im Ergebnis hat die virtuelle Hauptversammlung nach dem COVID-GesRG einen physischen Versammlungsort, welcher sich nach § 125 Abs. 5 AktG i.V.m. der Satzung bestimmt.⁸²⁵ Das Abhalten einer Cyber-

818 Vgl. *Götze/Roßkopf*, DB 2020, 768, 770; *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1286; sowie *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 267.

819 *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1286.

820 *Götze/Roßkopf*, DB 2020, 768, 770; *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1286.

821 Die Frage, ob auch die Funktionsträger durch die Bestimmungen zum Versammlungsort geschützt werden sollen, für ungeklärt haltend, *Forschner*, MittBayNot 2020, 546 f.

822 BGBl. 2020 I, S. 3338.

823 Vgl. *Götze/Roßkopf*, DB 2020, 768, 770; vgl. *Wälzholz/Bayer*, DNotZ 2020, 285, 288; zudem sieht auch das DIRUG keine Online-Beurkundung von Hauptversammlungsbeschlüssen vor, vgl. dazu Dritter Teil) C) III) 6).

824 *Forschner*, NotBZ 2020, 445, 449.

825 So auch *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63d; ähnlich *Forschner*, MittBayNot 2020, 546 f.

Hauptversammlung ist daher auch unter Geltung des COVID-GesRG unzulässig.

Von überwiegend praktischer Bedeutung ist die sich daraus ergebende Frage, ob der Versammlungsort gem. § 121 Abs. 3 S. 1 AktG in der Einberufung angegeben werden muss.⁸²⁶ Auch diesbezüglich ist darauf zu verweisen, dass die aktienrechtliche Vorschrift durch das COVID-GesRG nicht dispensiert wird. Zwingende Gründe für eine teleologische Reduktion sind bezüglich der Ortsangabe in der Einberufung nicht ersichtlich, sofern die Angabe mit dem Hinweis versehen wird, dass kein Anwesenheitsrecht für die Aktionäre besteht. Insgesamt ist von der unveränderten Fortgeltung des § 121 Abs. 3 S. 1 AktG auszugehen.

5) Teilnahme- und Präsenzpflicht anderer Akteure

Zur Teilnahme an der Hauptversammlung nicht nur berechtigt, sondern dem Grunde nach dazu verpflichtet, sind neben dem Versammlungsleiter, gem. § 118 Abs. 3 S. 1 AktG die Mitglieder des Aufsichtsrats und des Vorstands, soweit gem. § 130 Abs. 1 AktG erforderlich der Notar und im Fall des § 176 Abs. 2 AktG der Abschlussprüfer.⁸²⁷ Diese Teilnahmepflicht lässt das COVID-GesRG unberührt. Wenn auch teilweise angeführt wird, dass es sich bei § 118 Abs. 3 S. 1 AktG um eine „Soll“-Vorschrift handelt, die einen gewissen Auslegungsspielraum zulasse,⁸²⁸ kommt jedenfalls die ersatzlose Nichtteilnahme von Aufsichtsrat und Vorstand nicht in Betracht.

Davon zu trennen ist die für den Digitalisierungsfortschritt relevante Frage, ob die genannten Personen hierfür zwingend am Ort der Hauptversammlung physisch anwesend sein müssen.

Für den Notar wurde diese Frage bereits implizit beantwortet: Die virtuelle Hauptversammlung hat einen physischen Versammlungsort, welcher mangels Zulässigkeit der Online-Beurkundung als Ort der Wahrnehmung gem. § 37 Abs. 2 BeurkG in die notarielle Urkunde aufzunehmen ist.⁸²⁹ Zu diesem Zweck ist die physische Anwesenheit des Notars am Versamm-

826 Dafür *Götze/Roßkopf*, DB 2020, 768, 770; gegen eine Pflicht *Forschner*, MittBayNot 2020, 546 f.

827 Für die allgemeine Meinung *Tröger*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 124; hinsichtlich des Vorstands und des Aufsichtsrats a.A. wohl nur *Ott*, RNotZ 2014, 423, 424, dieser unter Verweis auf den Wortlaut „sollen“ des § 118 Abs. 3 S. 1 AktG.

828 *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 268.

829 S.o. Zweiter Teil) A) VIII) 4); vgl. zudem *Götze/Roßkopf*, DB 2020, 768, 770.

lungsort unumgänglich.⁸³⁰ Hiervon ging auch der Krisengesetzgeber offenkundig aus.⁸³¹

Die Vorstand- und Aufsichtsratsmitglieder haben gem. § 118 Abs. 3 S. 1 AktG nicht nur ein Präsenzrecht in der Hauptversammlung, sondern, nach überwiegender Auffassung, vorbehaltlich des § 118 Abs. 3 S. 2 AktG sogar eine Pflicht zur physischen Präsenz am Versammlungsort.⁸³² Unabhängig davon, ob nur ein Präsenzrecht oder eine Pflicht besteht, ist dem COVID-GesRG keine Kompetenz für den Ausschluss des Präsenzrechts der Organmitglieder zu entnehmen. Auch wenn der Vorstand den Aufsichtsratsmitgliedern gem. § 1 Abs. 1 COVID-GesRG die Fernteilnahme ermöglicht, kann er damit deren Präsenzrecht nicht beseitigen.⁸³³ Vielmehr gestattet § 1 Abs. 2 S. 1 COVID-GesRG explizit nur den Ausschluss des Präsenzrechts der Aktionäre und ihrer Bevollmächtigten, der Ausschluss von Funktionsträgern wird dem Wortlaut nach gerade nicht ermöglicht. Ein anderes Auslegungsergebnis könnte sich unter Heranziehung der Gesetzesentwurfsbegründung ergeben. So entnehmen *Vetter/Tielmann* dieser, dass nur noch der Versammlungsleiter und der Notar physisch zusammenkommen müssten.⁸³⁴ Tatsächlich stellt der Passus in der Begründung auf den *Vetter/Tielmann* wohl verweisen lediglich das Präsenzerfordernis des Notars klar, ohne eine Aussage über die Anwesenheit anderer Funktionsträger zu treffen.⁸³⁵ Selbst wenn man dem Begriff „Aufenthaltort des Versammlungsleiters“ entnehmen wollte, dass dort – neben dem Notar – nur der Versammlungsleiter anwesend sein könne und dürfe, so hätte dieses Regelungsanliegen jedenfalls keinerlei Niederschlag im Gesetz gefunden. Vielmehr spricht der Gesetzeswortlaut für eine Prä-

830 Vgl. *Herrler*, GWR 2020, 191, 193; vgl. *Götze/Roßkopf*, DB 2020, 768, 770; *Wälzholz/Bayer*, DNotZ 2020, 285, 288 f.; im Ergebnis ähnlich *Hauschild/Zetzsche*, AG 2020, 557, 560 f.

831 „Der Notar selbst sollte für die Durchführung der Niederschrift am Aufenthaltsort des Versammlungsleiters zugegen sein.“, Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

832 Anstelle vieler *Mülbert*, in: *Hirte/Mülbert/Roth*, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 118 Rn. 34, 48; sowie *Tröger*, in: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, AktG § 118 Rn. 202, 39; a.A. allein in Bezug auf die Pflicht, nicht jedoch das Recht, wohl nur *Ott*, RNotZ 2014, 423, 424, der bereits die Teilnahmepflicht der Organmitglieder ablehnt.

833 Dazu s.o. Zweiter Teil) A) VII).

834 *Vetter/Tielmann*, NJW 2020, 1175, 1177.

835 „Der Notar selbst sollte für die Durchführung der Niederschrift am Aufenthaltsort des Versammlungsleiters zugegen sein“, Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 26.

senzversammlung der Funktionsträger unter Ausschluss (nur) der Aktionäre, vgl. § 1 Abs. 2 S. 1 COVID-GesRG. Dieses Ergebnis lässt sich zudem dadurch stützen, dass, obwohl dem Krisengesetzgeber die Präsenzpflcht der Funktionsträger offenbar bewusst war, wie die Regelung bezüglich der Fernteilnahme von Aufsichtsratsmitgliedern in § 1 Abs. 1 COVID-GesRG zeigt, er keine weiteren Modifikationen vorgenommen hat. Mithin ist von einer bewussten gesetzgeberischen Entscheidung für die Präsenzversammlung der Funktionsträger auszugehen, sodass kein Raum für eine anderweitige Gesetzesauslegung bleibt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Vorstand, Versammlungsleiter, Aufsichtsrat und sofern erforderlich Notar und Abschlussprüfer am Versammlungsort anwesend sein müssen,⁸³⁶ wobei die Anwesenheitspflicht des Aufsichtsrats gem. § 1 Abs. 1 COVID-GesRG oder § 118 Abs. 3 S. 2 AktG in ein Anwesenheitsrecht umgewandelt werden kann. Ist der Aufsichtsratsvorsitzende, wie weithin üblich,⁸³⁷ in der Satzung zum Versammlungsleiter bestimmt, gilt für ihn eine unabdingbare Anwesenheitspflicht.⁸³⁸ Ausnahmen von der Anwesenheitspflicht, etwa wegen persönlicher Verhinderung, sind hier unter den gleichen Voraussetzungen zu rechtfertigen wie im Zusammenhang mit Präsenzversammlungen.⁸³⁹

836 Im Ergebnis ebenso *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63e; jedenfalls bezüglich des Vorstands ebenso, *Roth*, in: FS Windbichler, S. 963, 967; im Ergebnis ähnlich *Römermann/Grupe*, in: Leitfaden Covid-19-Pandemie, Teil 3 Rn. 26 ff., wenn auch die Anwesenheitspflicht des Abschlussprüfers ohne Begründung verneinend; sowie *dies.*, in: Römermann, COVID-19 Abmilderungsgesetze, COVMG § 1 Rn. 45 f.; ähnlich wenn auch unter dem Vorbehalt öffentlich-rechtlicher Verbote, *Tröger*, BB 2020, 1091, 1093; a.A. *Vetter/Tielmann*, NJW 2020, 1175, 1177, allerdings mit teilweise widersprüchlicher Begründung. So führen *Vetter/Tielmann* einerseits an, dass nur Versammlungsleiter und Notar physisch zusammenkommen müssten, stellen aber andererseits fest, dass das COVID-GesRG nur die Abhaltung einer ohne physische Präsenz der Aktionäre, nicht aber der übrigen notwendigen Versammlungsteilnehmer, ermöglicht. gem. § 118 Abs. 3 S. 1 AktG zur (Präsenz-)Teilnahme verpflichtet sind jedoch jedenfalls auch die Vorstandsmitglieder.

837 Vgl. *Fleischer/Maas*, AG 2020, 761, 770.

838 Ähnlich *Höreth*, in: Semler/Volhard/Reichert, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, § 7a Rn. 53.

839 Vgl. im Ergebnis *Spindler*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63e; vgl. bezüglich der Präsenzversammlung auch *Hoffmann*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 30.

6) Kompetenzen der virtuellen Hauptversammlung

Angesichts der mit der virtuellen Hauptversammlung nach dem COVID-GesRG einhergehenden Rechtsbeschränkungen der Aktionäre, ist zu überprüfen, ob eine solche Hauptversammlung in ihrer Kompetenz auf bestimmte Beschlussgegenstände beschränkt ist. Eine solche Beschränkung ist dem Gesetz allerdings nicht zu entnehmen. Vielmehr spricht das COVID-GesRG allgemein von „der Hauptversammlung“. Die Problemstellung zum Gesetzesentwurf nimmt ausdrücklich Bezug auf die existenzielle Bedeutung der Ermöglichung von Kapitalmaßnahmen und Umstrukturierungen in Krisenzeiten.⁸⁴⁰ Insgesamt ist somit davon auszugehen, dass die virtuelle Hauptversammlung nach dem COVID-GesRG Beschluss über sämtliche Beschlussgegenstände nach § 119 Abs. 1, 2 AktG, sowie Strukturmaßnahmen wie *Squeeze outs* und auch tiefgreifende *Holz Müller/Gelatine*-Maßnahmen fassen kann.⁸⁴¹ In § 6 Abs. 1 des Wirtschaftsstabilisierungsbeschleunigungsgesetz (WStBG) hat der Gesetzgeber zudem klargestellt, dass auch Maßnahmen nach dem WStBG und dem StFG von einer virtuellen Hauptversammlung gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG beschlossen werden können.⁸⁴²

Somit ist die virtuelle Hauptversammlung i.S.v. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG eine vollwertige Hauptversammlung im aktienrechtlichen Sinne inklusive aller damit einhergehenden Kompetenzen.

Ob darüber hinaus auch Entscheidungen nach dem Umwandlungsgesetz (UmwG), welche gem. §§ 13 Abs. 1 S. 2, 193 Abs. 1 S. 2 UmwG von einer „Versammlung der Anteilshaber“ gefasst werden müssen, durch eine virtuelle Versammlung gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG getroffen werden können, wird zwar überwiegend bejaht,⁸⁴³ aber teilweise mit

840 Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 3.

841 *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 437.

842 Vgl. *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 437.

843 *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 437 f.; *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 267; *Tröger*, in: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, AktG § 118 Rn. 36; *Vetter/Tielmann*, NJW 2020, 1175, 1179 f.; implizit kürzlich auch BGH, Beschluss v. 5. Oktober 2021 - II ZB 7/21, ZIP 2021, 2276, 2278, „Nach der *rechtsformübergreifenden Regelung* [Hervorhebung des Verfassers] des § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG kann ein Verschmelzungsbeschluss nur in einer Versammlung der Anteilshaber gefasst werden. [...] § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG verlangt nicht zwingend, dass die Anteilshaber bei der Versammlung physisch anwesend sind. Die Versammlung kann vielmehr auch in anderer Form, d. h. auch virtuell durchgeführt werden, wenn dies nach dem Gesetz oder der Satzung für den jeweiligen Rechtsträger zulässig ist und die Möglichkeiten der Anteilshaber zum Meinungsaustausch

Verweis auf die abweichende Terminologie im UmwG bezweifelt.⁸⁴⁴ In Anlehnung an die aktuelle Rechtsprechung des BGH⁸⁴⁵ ist diese Frage in zwei Schritten zu beantworten: Im ersten Schritt ist festzustellen, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der Beschlussgegenstände einer virtuellen Hauptversammlung gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG nicht nach deren Bedeutung oder Gewicht unterscheidet.⁸⁴⁶ Im Sinne des gesetzgeberischen Ziels der vollumfänglichen Handlungsfähigkeit der Gesellschaften kann eine virtuelle Hauptversammlung daher grundsätzlich über alle den Rechtsträger betreffenden Beschlussgegenstände und damit auch über solche nach dem UmwG entscheiden.⁸⁴⁷ In einem zweiten Schritt ist zu überprüfen, ob der konkrete Modus der Beschlussfassung inhaltlich dem Zweck der expliziten Versammlungsbindung der Entscheidungen nach dem UmwG gerecht wird.⁸⁴⁸ So soll der spezielle Versammlungszwang des UmwG den Anteilseignern nebst ihrer Information die Erörterung der Umwandlungsmaßnahme und damit eine qualifizierte Meinungsbildung ermöglichen.⁸⁴⁹ Grundsätzlich können digitale Formate die Erreichung dieses Zweckes sicherstellen, wenn etwa eine Videokonferenz abgehalten wird und damit die Möglichkeiten der Anteilsinhaber zum Meinungsaustausch mit denen im Zuge einer Präsenzversammlung vergleichbar sind.⁸⁵⁰ Erfüllt die Verwaltung einer Aktiengesellschaft hingegen nur die Mindestvoraussetzungen gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG und unterbindet damit eine Erörterung der Beschlussgegenstände, wird der Zweck der umwandlungsgesetzlichen Versammlungsbindung verfehlt.⁸⁵¹ Ob eine Beschlussfassung nach §§ 13 Abs. 1 S. 2, 193 Abs. 1 S. 2 UmwG durch eine virtuelle Haupt-

mit den Gesellschaftsorganen und untereinander einer physischen Versammlung vergleichbar sind [...]“.

844 Kritisch *Lieder*, ZIP 2020, 837, 842 f.

845 BGH, Beschluss v. 5. Oktober 2021 - II ZB 7/21, ZIP 2021, 2276, 2278.

846 Vgl. BGH, Beschluss v. 5. Oktober 2021 - II ZB 7/21, ZIP 2021, 2276, 2277, wenn auch bezüglich § 3 Abs. 1 COVID-GesRG.

847 Vgl. BGH, Beschluss v. 5. Oktober 2021 - II ZB 7/21, ZIP 2021, 2276, 2277; vgl. zudem *Vetter/Tielmann*, NJW 2020, 1175, 1179 f.

848 Vgl. BGH, Beschluss v. 5. Oktober 2021 - II ZB 7/21, ZIP 2021, 2276, 2278.

849 Vgl. BGH, Beschluss v. 5. Oktober 2021 - II ZB 7/21, ZIP 2021, 2276, 2278; *Drygala*, in: Lutter, Umwandlungsgesetz Kommentar, § 13 UmwG Rn. 10; *Priester*, ZGR 1990, 420, 436; *Schöne/Arens*, WM 2012, 381, 382.

850 BGH, Beschluss v. 5. Oktober 2021 - II ZB 7/21, ZIP 2021, 2276, 2278.

851 Vgl. im weiteren Sinne *Tröger*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 36, der die Begrenzung der „Einschränkungen der Aktionärsrechte auf das erforderliche Minimum“ als Prämisse für die Beschlussfassung über Umwandlungsmaßnahmen bezeichnet.

versammlung gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG zulässig ist, muss daher nach der konkreten Ausgestaltung der Versammlung im Einzelfall entschieden werden. Die Problematik entzieht sich damit einer pauschalen Bewertung.

7) Abkehr von den Prinzipien der versamlungsgebundenen Aktionärsrechte und der Unteilbarkeit der Mitgliedschaft?

Die Regelungen des AktG knüpfen die Gewährung zahlreicher Mitverwaltungsrechte an die Teilnahme an der Hauptversammlung. Diese Rechte werden zusammenfassend als versamlungsgebundene Aktionärsrechte bezeichnet. Von diesem Prinzip der Teilnahme- oder versamlungsgebundenen Mitverwaltungsrechte weicht das COVID-GesRG in mehreren Punkten ab. So steht fest, dass mangels Verpflichtung der Verwaltung den Aktionären eine Teilnahme im Sinne des § 118 Abs. 1 S. 2 AktG zu ermöglichen,⁸⁵² jedenfalls die Gewährung der Mindestvoraussetzungen nach § 1 Abs. 2 S. 1 COVID-GesRG nicht von der Teilnahme abhängig gemacht werden kann. Darüber hinaus sieht das COVID-GesRG weder für die Ausübung des Stimmrechts noch der Fragemöglichkeit eine Beteiligung an dem Versamlungsgeschehen in Echtzeit vor.

Diese Lösung der Aktionärsrechte von der Versamlungsteilnahme führt im nächsten Schritt dazu, dass der Aktionär selbst im Versamlungsvorfeld die Fragemöglichkeit nutzen, sich sodann bei der Stimmrechtsausübung vertreten lassen und schlussendlich selbst das Widerspruchsrecht ausüben kann. Ein Widerspruch zum Prinzip der Unteilbarkeit der Mitgliedschaft besteht indes nicht.⁸⁵³ Unter diesem Begriff wird zwar mit Verweis auf § 8 Abs. 5 AktG die Unzulässigkeit der materiellrechtlichen Abspaltung einzelner Mitgliedschaftsrechte vom Eigentum an der Aktie diskutiert.⁸⁵⁴ Ein Verbot der gewillkürten Stellvertretung bei der Ausübung

852 Dazu s.o. Zweiter Teil) A) VIII) 3) a).

853 Auf einen möglichen Widerspruch verweisend, *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 268, die diesbezügliche Bedenken allerdings im Ergebnis auch für überkommen halten.

854 Vgl. etwa *Mock*, in: *Hirte/Mülbert/Roth*, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 8 Rn. 185 ff.; sowie *Merkt*, in: *Hirte/Mülbert/Roth*, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 69 Rn. 2; grundlegend zur Unteilbarkeit von Anteilseigentum und Mitgliedschaftsrechten im Allgemeinen *Wiedemann*, Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, S. 274 ff.

aller oder auch nur einzelner Aktionärsrechte wird daraus allerdings nicht abgeleitet wird.

Im Ergebnis bedeutet die Abkehr von der Versammlungsbindung der Aktionärsrechte eine Flexibilisierung in der Rechtswahrnehmung für die Aktionäre, welche möglicherweise zur vermehrten Rechtsausübung anregt, wenn auch auf der anderen Seite mangels Überblickes über das typischerweise rechtsausübungsberechtigte Saalpublikum eine gewisse Unberechenbarkeit der Rechtsausübung besteht.

8) Zwischenfazit

Die virtuelle Hauptversammlung nach dem COVID-GesRG wird maßgeblich durch das Prinzip der Mindestvoraussetzungen für ihre Einberufung geprägt. Dieses Prinzip macht bisher statisch gewährte Aktionärsrechte bis zur Erreichung der, durch das Notfallgesetz selbst definierten, Untergrenze zur Dispositionsmasse des Vorstands. Insgesamt bleiben die in der virtuellen Hauptversammlung mindestens zu gewährenden Aktionärsrechte erheblich hinter den im AktG für Präsenzversammlungen kodifizierten Rechten zurück. Zugleich stehen der virtuellen Hauptversammlung die Kompetenzen ihres physischen Pendantes vollumfänglich zu. In der Summe wird die Handlungsfähigkeit der Unternehmen somit zum Preis eines Kontrollverlustes auf Seiten der Eigentümer erhalten.

Selbst bei europa- und grundgesetzkonformer Auslegung des § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 COVID-GesRG e.F. bringt die dort gewährte Fragemöglichkeit Rechtseinschränkungen der Aktionäre im Vergleich zum Auskunfts- und Rederecht nach § 131 AktG mit sich. Eine Veränderung von erheblicher Tragweite besteht hier insbesondere in der Möglichkeit der Verpflichtung der Aktionäre zur vorherigen Frageneinreichung in Textform. Eine signifikante Rechtsverkürzung kann eintreten, wenn der Vorstand das Stellen von Nachfragen und spontanen Fragen ausschließt. Diese Verlagerung der Aktionärsbeteiligung ins Versammlungsvorfeld unter Ausschluss der Echtzeitbeteiligung setzt sich in Bezug auf die anderen Rechte in Form der Mindestvoraussetzungen fort: Eine Zwei-Wege-Verbindung ist ebenso wenig wie ein Antragsrecht während der Versammlung zu gewähren. Die Möglichkeit der Aktionäre auf Versammlungsinhalte zu reagieren ist somit stark beschränkt.

Nahezu unbeschränkt erhalten bleibt allein das Stimmrecht der Aktionäre. Dessen Ausübung muss auch in der virtuellen Hauptversammlung bis in die Versammlung hinein gewährt werden, sodass hier Versamm-

lungsinhalte gleichermaßen wie im Zuge einer Präsenzteilnahme in das Abstimmungsverhalten der Aktionäre einfließen können.

Die vom Schrifttum teilweise als Erstarkung bezeichnete Änderung der Anordnung der Fragemöglichkeit hin zur Anordnung eines Fragerechts im COVID-GesRG n.F., bedeutet bei einem mit höherrangigem Recht konformen Verständnis des § 1 Abs. 2 COVID-GesRG e.F. lediglich eine Klarstellung seitens des Gesetzgebers ohne materiellrechtliche Auswirkungen.

Ähnliches gilt für die Einführung des Antragsrechts in § 1 Abs. 2 S. 3 COVID-GesRG n.F. So mussten Anträge von Aktionären auch schon in virtuellen Hauptversammlungen nach § 1 Abs. 2 COVID-GesRG e.F. unter ähnlichen Voraussetzungen wie in der Hauptversammlungssaison 2021 behandelt werden, auch wenn eine dies klarstellende gesetzgeberische Anordnung im COVID-GesRG e.F. noch nicht zu finden war.

Der auf den ersten Blick gravierend erscheinende Eingriff in das Präsenz- und Teilnahmerecht der Aktionäre ist demgegenüber von untergeordneter Bedeutung. Als Hilfsrechte für die Durchsetzung der die Willensbildung der Hauptversammlung beeinflussenden Hauptrechte, kommt diesen Rechten materiell keine Bedeutung zu, sofern die Ausübung der Hauptrechte anderweitig sichergestellt wird. Grundvoraussetzung für den Rechtserhalt der Aktionäre ist die Entkopplung der Aktionärsrechte von der physischen Präsenz in und der Teilnahme (i.S.d. § 118 Abs. 1 AktG) an der Hauptversammlung. Diese Grundvoraussetzung erfüllt das COVID-GesRG. Darüber hinaus bietet das Notfallgesetz für die Gleichwertigkeit der virtuellen Rechtsausübung gegenüber dem physischen Pendant allerdings nur teilweise Gewähr. Zwar können dessen Regelungen nach europarechts- und verfassungskonformer Auslegung Bestand haben; ein Zurückbleiben der Mindestvoraussetzungen hinter den Rechten eines in Präsenz teilnehmenden Aktionärs vermag jedoch auch eine solche Auslegung nicht zu verhindern.

Teilweise sind Aktionärsrechtsbeschneidungen nur unter den besonderen Voraussetzungen der Hauptversammlungssaisons 2020 und 2021 hinzunehmen. So könnte einer dauerhaften Ermöglichung der virtuellen Hauptversammlung *de lege ferenda*, in Anbetracht der Erfahrungen in diesen Jahren, nicht mehr die weite Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers in Bezug auf das zu erwartende Aktionärs- und Gesellschaftsverhalten, sowie die Verfügbarkeit technischer Lösungen zugutegehalten werden.

Die unbedingte Priorität eines reibungslosen Versammlungsablaufes gegenüber der Gewährung von Aktionärsrechten kann somit, unter Be-

achtung der Verkürzung der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative, nicht wegweisend für die Zukunft sein.

IX) Fazit zu „Anwendungsbereich, Kompetenzen und Hauptversammlungsgestaltung“

Mit dem COVID-GesRG hat der Krisengesetzgeber augenscheinlich eine ganzheitliche Übergangslösung schaffen wollen. So ist das Gesetz auf alle Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften, unabhängig vom tatsächlichen Infektionsgeschehen zum Versammlungszeitpunkt, anwendbar. Den unter diesen Umständen einberufenen Hauptversammlungen stehen alle Kompetenzen einer regulären Versammlung zu.

In Fragen der Hauptversammlungsgestaltung ist eine bedeutende Kompetenzverschiebung von der Hauptversammlung als Satzungsgeberin hin zu Vorstand und Aufsichtsrat auszumachen.

Die Möglichkeit der Einberufung mit verkürzten Fristen in Kombination mit der Fernteilnahme unabhängig von Satzungsermächtigungen sollte einigermaßen kurzfristig einberufene Hauptversammlungen mit reduzierten Besucherzahlen ermöglichen.

Wegen des während der Jahre 2020 und 2021 durchgehend dynamischen Infektionsgeschehens stellte schlussendlich nur die virtuelle Hauptversammlung gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG eine für die meisten größeren Gesellschaften tragfähige Lösung dar. Der Dispens von Satzungsbestimmungen und Satzungs vorbehalten gem. § 1 Abs. 1 COVID-GesRG schaffte die für den Vorstand erforderlichen Ermächtigungsgrundlagen zur Erfüllung der Mindestvoraussetzungen für die Abhaltung virtueller Hauptversammlungen. Die damit einhergehende Machtverschiebung und die Beschränkung der Aktionärsrechte gehen vornehmlich zu Lasten von Kleinanlegern, welche außerhalb der Hauptversammlung – anders als Großinvestoren – keine Möglichkeit zur Interaktion mit der Verwaltung der Gesellschaft haben. Es bleibt zu konstatieren, dass das COVID-GesRG eine zulässige Krisenlösung darstellt, aber keine Gewähr für eine dauerhafte Wahrung der durch höherrangiges Recht garantierten Aktionärsrechte bietet.

B) Die Vorstandsentscheidung über das Versammlungsformat

Das COVID-GesRG gesteht dem Vorstand eine Vielzahl an Entscheidungen zu, die gewöhnlicherweise die Hauptversammlung als Satzungsgeberin zu treffen hat, oder die sogar abschließend gesetzlich geregelt sind. § 1 Abs. 2 S. 1 COVID-GesRG statuiert, dass dem Vorstand auch die Entscheidung über die Einberufung einer virtuellen Hauptversammlung zusteht. Das Wort „kann“ in der Ermächtigungsgrundlage impliziert einen Entscheidungsspielraum des Vorstands. Für Entscheidungen im Zusammenhang mit der Fragenbeantwortung wurde bereits aufgezeigt, dass diese im Wesentlichen voll justizierbar sind und bei der Entscheidung über die Beantwortung in der Regel kein Ermessen im engeren Sinne besteht.⁸⁵⁵ Ein Vorstandsermessen könnte allerdings bei der Entscheidung über das Hauptversammlungsformat bestehen. Vom Bestehen eines solchen Ermessens und sogar dem Vorliegen einer unternehmerischen Ermessensentscheidung i.S.v. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG gehen der weit überwiegende Teil des Schrifttums und die bisherige Rechtsprechung zum COVID-GesRG aus.⁸⁵⁶ Das Vorliegen einer unternehmerischen Ermessensentscheidung i.S.v. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG wird in Anlehnung an die Gesetzesmaterialien häufig als Gegenteil einer rechtlich gebundenen Entscheidung umschrieben.⁸⁵⁷ Allein aus der Tatsache, dass das COVID-GesRG etwa in § 1 Abs. 2 S. 2 für andere Entscheidungen ausdrücklich ein Ermessen anordnet, kann

855 Dazu s.o. Zweiter Teil) A) VIII) 1) c) dd) (1) (d).

856 Vgl. LG Frankfurt, Urteil vom 23.02.2021 – 3-05 O 64/20 –, Rn. 135, juris = ZIP 2021, 1009-1015; vgl. LG München I, Beschluss vom 26.05.2020 – 5 HK O 6378/20 –, Rn. 6, juris = ZIP 2020, 1241-1234; vgl. *Bochmann/Ullrich*, DB 2020, M4; *Bücker/Kulenkamp/Schwarz/Seibt/v. Bonin*, DB 2020, 775, 777; *Bungert/Strotbottle*, DB 2021, 830, 831; *Danwerth*, AG 2020, 776, 777; *Guntermann*, ZGR 2021, 436, 466; *Herrler*, GWR 2020, 191, 192; vgl. *Selter*, in: *Kroiß*, Rechtsprobleme durch COVID-19, § 6 Rn. 58; *Lieder*, ZIP 2021, 161, 162; vgl. *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 267; *Rieckers*, in: *Henssler/Spindler/Stilz*, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 121 Rn. 15; *Simons/Hauser*, NZG 2020, 1406, 1408; *Spindler*, in: *Schmidt, K./Lutter*, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 118 Rn. 63b; *Stelmaszczyk/Forschner*, DK 2020, 221, 225; *Teichmann/Wicke*, notar 2021, 221, 222; *Tröger*, BB 2020, 1091, 1092; *ders.*, in: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, AktG § 118 Rn. 134; *Wettich*, WPg 2020, 535, 538, *Wicke*, DStR 2020, 885, 889.

857 Vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 15/5092, S. 11; *Fleischer*, in: *Henssler/Spindler/Stilz*, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 93 Rn. 88; plastisch *Paefgen*, AG 2004, 245, 251 „Vielmehr definiert der Begriff der unternehmerischen Entscheidung sich aus seiner Gegensätzlichkeit zur rechtlich gebundenen Entscheidung. Er gibt der Rechtsprechung vor, Verwaltungspflichten mit unternehmerischem

im Umkehrschluss noch nicht angenommen werden, dass es sich bei der Entscheidung über das „Ob“ der virtuellen Hauptversammlung um eine rechtlich gebundene Entscheidung handelt. So stellt das COVID-GesRG gerade keine Tatbestandsvoraussetzungen für die Entscheidung über den Ausschluss des Präsenzrechts der Aktionäre auf, sondern belässt es bei der Eröffnung der Entscheidungsfreiheit des Vorstands. Eine rechtliche Bindung der Entscheidung besteht ausweislich des Gesetzeswortlautes somit nicht.

Positiv werden unternehmerische Ermessensentscheidungen derart umschrieben, dass sie auf Grund ihrer Zukunftsbezogenheit durch Prognoseelemente und nicht justiziable Einschätzungen geprägt seien.⁸⁵⁸ Auch die Freiheit des Vorstandes, sich für die eine oder andere Handlungsalternative zu entscheiden, wird als Erkennungsmerkmal angeführt.⁸⁵⁹ Diese Voraussetzungen erfüllt die Entscheidung über die Auswahl des Versammlungsformates ebenfalls. So muss der Vorstand zunächst die (rechtssichere) Durchführbarkeit des jeweiligen Formates in Anbetracht dynamischer Pandemieentwicklungen prognostizieren. Zudem handelt es sich auch bei der Kosten- und möglicherweise auch (Neben-)Nutzenkalkulation sowie der Beurteilung der technischen Durchführbarkeit des virtuellen Formates im konkreten Fall um nicht justiziable Einschätzungen des Vorstandes. Zuletzt bestehen für den Vorstand mit der Auswahl zwischen den Formaten und unter Rückgriff auf die Möglichkeit die Hauptversammlung gem. § 1 Abs. 5 COVID-GesRG im gesamten Geschäftsjahr durchzuführen, mehrere rechtmäßige Handlungsalternativen.

Der Qualifikation der Entscheidung gem. § 1 Abs. 2 S. 1 COVID-GesRG über das Hauptversammlungsformat als unternehmerische Ermessensentscheidung ist zuzustimmen. Der daraus resultierende Ermessensspielraum schränkt die Anfechtungsmöglichkeiten wegen eines rechtswidrigen Einberufungsbeschlusses nicht unerheblich ein.⁸⁶⁰ Für den Vorstand selbst bedeutet dies, dass er im Fall eines Innenhaftungsprozesses bei Vorliegen der

Ermessen und rechtlich strikt definierte Pflichtbindungen voneinander abzugrenzen“.

858 Vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 15/5092, S. 11; *Fleischer*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 93 Rn. 89.

859 *Lutter*, ZIP 2007, 841, 843.

860 Dazu s.u. Zweiter Teil) B) I) u. II).

weiteren Voraussetzungen den *sicheren Hafen*⁸⁶¹ des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG in Anspruch nehmen kann.

I) Ermessensfehler

Trotz der Unabhängigkeit der Vorstandskompetenz vom tatsächlichen Infektionsgeschehen und der begrenzten Justiziabilität kommt eine Rechtswidrigkeit der Entscheidung infolge von Ermessensfehlern in Betracht. Ermessensfehlerhaft ist die Entscheidung, wenn sie unter Berücksichtigung der Informationslage zum Zeitpunkt der Entscheidungsfindung (*ex-ante* Perspektive) aus Sicht des Entscheidungsträgers unvertretbar erscheint.⁸⁶² Bei einer nachträglichen (gerichtlichen) Entscheidungsüberprüfung kann im Ergebnis daher nur eine „Plausibilitätskontrolle am Maßstab der Vertretbarkeit“⁸⁶³ vorgenommen werden.

Bei Entscheidungen i.S.v. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG muss das Wohl der Gesellschaft ermessensleitend sein.⁸⁶⁴ Ohne Frage muss somit bei der Beschlussfassung über das Hauptversammlungsformat neben monetären Aspekten das Bedürfnis der Gesellschaft nach einer rechtssicheren und, bei Bedarf, zeitnahen Beschlussfassung berücksichtigt werden.⁸⁶⁵ Unklar ist, ob auch das Aktionärsinteresse an einer vollumfänglichen Rechtsausübung, welche typischerweise durch eine Präsenzversammlung gewährleistet wird, in die Abwägung einfließen muss. Zum Wohl der Gesellschaft zählt bei erwerbswirtschaftlichen Gesellschaften allem voran das Ziel der Rentabilität.⁸⁶⁶ Ob zum Wohle der Gesellschaft darüber hinaus auch die übrigen Aktionärsinteressen gehören,⁸⁶⁷ kann an dieser Stelle im Ergebnis dahinstehen, da der Vorstand bei jeder Entscheidung die allgemeinen Lei-

861 Zum Sicheren Hafen des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG siehe anstelle vieler *Fleischer*, in: Hensler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 93 Rn. 85.

862 *Lieder*, ZIP 2021, 161, 163; vgl. *Krenek*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 8; vgl. *Simons/Hauser*, NZG 2020, 1406, 1408 u.1411.

863 So *Lieder*, ZIP 2021, 161, 163.

864 Anstelle vieler siehe nur *Spindler*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 93 Rn. 53 f.

865 Vgl. *Lieder*, ZIP 2021, 161, 163.

866 Vgl. *Fleischer*, in: Hensler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 93 Rn. 100 f.; vgl. *Spindler*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 93 Rn. 53 f.

867 Dafür wohl *Spindler*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 93 Rn. 53 f.

tungsgrundsätze⁸⁶⁸ und damit auch sämtliche Aktionärsinteressen berücksichtigen muss. Schlussendlich muss somit auch das Anteilseignerinteresse an einer möglichst unbeschränkten Ausübung der Aktionärsrechte in die Entscheidungsfindung miteinfließen.⁸⁶⁹

Die Einberufung einer virtuellen Hauptversammlung unter Beschränkung der Aktionärsrechte kann somit beispielsweise dann ermessensfehlerhaft sein, wenn die Durchführung einer Präsenzversammlung am avisierten Termin höchstwahrscheinlich gefahrlos und im Einklang mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften möglich sein wird.⁸⁷⁰ Umgekehrt ist die Einberufung einer Präsenz-Hauptversammlung ermessensfehlerhaft, wenn die Abhaltung dieser unter Beachtung der zu erwartenden Besucherzahl aller Voraussicht nach gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstoßen wird, oder die Abweisung von Aktionären zwecks Begrenzung der Teilnehmerzahl diese in ihrem Teilnahmerecht verletzen wird.⁸⁷¹

Ebenfalls ermessensfehlerhaft wäre das weitere Zuwarten des Vorstands auf die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit einer Präsenzversammlung, ob-

868 Zur Berücksichtigung der Anteilseignerinteressen als Teil der allgemeinen Leitungsgrundsätzen vgl. nur *Spindler*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 76 Rn. 64 ff.

869 Im Ergebnis ebenso *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 36e, der die vollständige Gewährung der Aktionärsrechte im Rahmen einer Präsenzversammlung für ein Argument im Rahmen der Ermessensabwägung nach Maßgabe von § 93 Abs. 1 S. 2 AktG hält; *Krenek*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 8; *Linnerz*, EWiR 2020, 429, 430; *Tröger*, BB 2020, 1091, 1094; sowie *Simons/Hauser*, NZG 2020, 1406, 1408, „So darf der Vorstand sicher nicht „einfach so“ zu einer virtuellen Hauptversammlung einladen, obwohl die Durchführung einer „traditionellen“, für die Wahrnehmung der Aktionärsrechte in Summe vorteilhafteren Versammlung risikolos möglich wäre.“; im Ergebnis ebenso, wenn auch mit der Begründung, dass die Pflicht des Vorstands zur Berücksichtigung der Aktionärsinteressen verstärkt bestehe, weil und soweit sie wegen der faktischen Verschiebung des Kompetenzgefüges eben nicht mehr von Aktionären bzw. dem Aufsichtsrat wahrgenommen werden könne, *Eichten/Weinmann*, DStR 2020, 2314, 2315.

870 Vgl. *Butzke*, in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2020, S. 35, 48; ähnlich *Krenek*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 7; vgl. auch *Simons/Hauser*, NZG 2020, 1406, 1408; ebenso *Tröger*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 134; einen Ermessenfehlergebrauch bei einer zu erwartenden sehr überschaubaren Teilnehmerzahl für möglich haltend, LG München I, Beschluss vom 26. Mai 2020 – 5 HK O 6378/20 –, Rn. 6, juris = ZIP 2020, 1241-1234; wohl a.A. *Schüppen*, WPg 2021, 121 122; sowie *Vetter/Tielmann*, NJW 2020, 1175, 1177 f.

871 Vgl. *Hoffmann*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 64 (Stand: 01.07.2020).

schon sich das Geschäftsjahr dem Ende zuneigt, da dann die Gefahr besteht, dass diese aufgrund fortbestehender oder neuerlicher Beschränkungen nicht durchgeführt werden kann und eine virtuelle Hauptversammlung auch unter Beachtung der verkürzten Einberufungsfristen gem. § 1 Abs. 3 S. 1 COVID-GesRG nicht mehr fristgerecht einberufen werden kann.⁸⁷² Ermessenfehlerfrei ist dann nur die Einberufung einer virtuellen Hauptversammlung.

II) Rechtsfolgen

Eine ermessensfehlerhafte Einberufungsentscheidung des Vorstandes ist rechtswidrig. Auch ihre Billigung durch den Aufsichtsrat in Form der Erteilung der Zustimmung nach § 1 Abs. 6 COVID-GesRG kann keine Heilung bewirken. Somit besteht ein Gesetzesverstoß, weshalb die während der Hauptversammlung gefassten Beschlüsse dem Grunde nach gem. § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar sind.⁸⁷³

Eine Nichtigkeit der Beschlüsse droht nicht. Dies gilt bereits deshalb, da § 241 AktG die Nichtigkeitsgründe für Hauptversammlungsbeschlüsse ob des Wortlautes („nur“) abschließend⁸⁷⁴ listet und nicht auf die § 1 Abs. 2 COVID-GesRG verweist. Auch das COVID-GesRG enthält keine Anordnung der Nichtigkeit. Vielmehr ist aus der Anpassung des Anfechtungsrechts in § 1 Abs. 7 COVID-GesRG zu schließen, dass der Gesetzgeber die Nichtigkeitsgründe bewusst nicht anpassen wollte.

872 *Herrler*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 36e.

873 *Krenek*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 8; vgl. *Limmerz*, EWIR 2020, 429, 430; vgl. *Rieckers*, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 121 Rn. 126; vgl. *Simons/Hauser*, NZG 2020, 1406, 1408 u. 1411; bezüglich Einzelheiten der Anfechtung und zu den Auswirkungen des Anfechtungsausschluss gem. § 1 Abs. 7 COVID-GesRG s.u. Zweiter Teil) C).

874 Für den abschließenden Charakter von § 241 AktG unter Berücksichtigung der Ergänzung durch §§ 250, 253, 256 AktG die ganz h.M., vgl. OLG München, Urteil vom 15.11.2000 - 7 U 3916/00, Rn. 44, juris = NZG 2001, 616 - 619; vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 11.02.1992 - 10 U 313/90, DB 1992, 566; *Englisch*, in: Hölters, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 241 Rn. 3; *Koch*, in: Hüffer/Koch, Kurzkommentar zum Aktiengesetz, AktG § 241 Rn. 1; *Schwab*, in: Schmidt, K./Lutter, Aktiengesetz Kommentar, AktG § 241 Rn. 4; a.A. wohl nur *Schmidt*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 241, Rn. 20.

Eine teleologische Extension der Nichtigkeitsgründe auf eine ermessensfehlerhafte Entscheidung der zuständigen Organe für ein bestimmtes Hauptversammlungsformat käme selbst dann nicht in Betracht, wenn man einer „rechtsfortbildende(n) Lückenfüllung“⁸⁷⁵ offen gegenüberstünde. So liefe die Nichtigkeitsfolge zunächst dem gesetzgeberischen Willen durch das COVID-GesRG die rechtssichere Abhaltung von Hauptversammlungen zu ermöglichen diametral entgegen. Darüber hinaus kommt die ermessensfehlerhaft erfolgende Beschränkung der Rechtsausübung durch das zuständige Organ mittels der Wahl des Versammlungsformates den anderen Nichtigkeitsgründen, die etwa eine vollständige Vereitelung der Aktionärsrechtsausübung auf Grund unzureichender Bekanntmachungen nach sich ziehen oder eine Einberufung durch unzuständige Personen erfordern, in der Verletzungsintensität nicht gleich. Schon ein Bedürfnis nach der Nichtigkeitsfolge besteht hier nicht. Folgerichtig hat mangels drohender Beschlussnichtigkeit auch der Versuch der Verhinderung der Durchführung einer möglicherweise ermessensfehlerhaft einberufenen virtuellen Hauptversammlung mittels einer einstweiligen Verfügung keine Aussicht auf Erfolg.⁸⁷⁶

C) *Anfechtungsausschluss gem. § 1 Abs. 7 COVID-GesRG*

Gem. § 243 Abs. 1 AktG zieht eine Gesetzes- oder Satzungsverletzung die Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen nach sich. Handelt es sich bei der Gesetzesverletzung um einen Verfahrensfehler, so ist der Wortlaut des § 243 Abs. 1 AktG nach einhelliger Ansicht im Wege einer restriktiven Auslegung einzuschränken.⁸⁷⁷ Dies erfolgt durch eine Erweiterung des Normwortlautes um entweder das Erfordernis der Relevanz des Fehlers für die Mitgliedschaft oder das Erfordernis der (potentiellen)

875 *Schmidt*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 241, Rn. 20.

876 LG München I, Beschluss vom 26.05.2020 – 5 HK O 6378/20 –, Rn. 5 f., juris = ZIP 2020, 1241-1234; zustimmend *Binder*, BB 2021, 259, 267; sowie *Stark*, jurisPR-InsR 18/2020 Anm. 4.

877 Für diese ganz h.M. siehe jeweils mit weiteren Nachweisen etwa BGH, Urteil vom 12. November 2001 - II ZR 225/99, BGHZ 149, 158, 163 ff.; *Noack/Zetzsche*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 243 Rn. 54 ff.; *Schäfer*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 243 Rn. 27 ff.; *Schmidt*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 243, Rn. 21 ff.

Kausalität des Verfahrensfehlers für das Beschlussergebnis.⁸⁷⁸ Ohne dies könnte es zu dem nicht überzeugenden Ergebnis kommen, dass jeder Fehler selbst dann zur Nichtigkeitserklärung der Beschlüsse führt, wenn der Normverstoß unstreitig oder erwiesenermaßen ohne jeden Einfluss auf den Beschluss gewesen ist.⁸⁷⁹ Das einschränkende Erfordernis der Relevanz ist jedenfalls dann erfüllt, wenn die Gesellschaft nicht widerlegen kann,⁸⁸⁰ dass es zu einer hinreichend gewichtigen, rechtswidrigen Beschränkung des Teilnahme-, Rede- beziehungsweise Frage- oder Stimmrechts der Aktionäre gekommen ist.⁸⁸¹ Die einer solchen Rechtsbeschränkung zugrunde liegenden Organbeschlüsse selbst sind nicht anfechtbar, sodass der Aktionär auf ein Vorgehen gegen die unter Verletzung der Verfahrensvorschriften gefassten Hauptversammlungsbeschlüsse verwiesen ist.⁸⁸²

Um ausufernde Blockaden der Beschlussausführung durch Aktionärsklagen wegen technischer Störungen zu verhindern, wird die vorbeschriebene Anfechtbarkeit gem. § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG im Fall der elektronischen Hauptversammlungsbeteiligung noch weitergehend beschränkt.⁸⁸³ Diese Beschränkung wird durch § 1 Abs. 7 COVID-GesRG wiederum erheblich erweitert. Ziel dieser Erweiterung ist ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien zu verhindern, dass die Sonderregelungen des COVID-GesRG von den Gesellschaften aus Sorge vor Anfechtungsklagen nicht ausgenutzt werden.⁸⁸⁴

878 Anstelle vieler siehe nur *Schäfer*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 243 Rn. 27 ff.

879 *Schäfer*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 243 Rn. 27 ff.

880 Beweispflichtig ist hier die Gesellschaft, die darlegen muss, dass die Rechtsverletzung keine Relevanz für das Beschlussergebnis hatte, vgl. *Schmidt*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 243, Rn. 23, 28.

881 Vgl. *Schäfer*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 243 Rn. 31 f.; vgl. *Schmidt*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 243, Rn. 33 ff.

882 Darüber hinaus kann der Aktionär in Einzelfällen gegen pflichtwidriges Handeln von Organen mit der allgemeinen Feststellungsklage gegen die Gesellschaft vorgehen, vgl. *Drescher*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 241 AktG Rn. 7, § 243 AktG Rn. 2.

883 Vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 16/11642, S. 40; vgl. *Schäfer*, in: Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 243 Rn. 110.

884 Vgl. Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 27.

I) Inhalt und Reichweite des Anfechtungsausschlusses

Zu erörtern ist, welche Fehler durch § 1 Abs. 7 COVID-GesRG anfechtungsfrei gestellt werden, solange der Gesellschaft kein Vorsatz nachzuweisen ist. Zunächst statuiert § 1 Abs. 7 COVID-GesRG, dass die Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses auch nicht auf die mit dem ARUG II eingefügten Sätze 3 bis 5 des § 118 Abs. 1 AktG, sowie § 118 Abs. 2 S. 2 AktG gestützt werden kann.⁸⁸⁵ In gleicher Weise schließt die Norm die Anfechtung wegen der in § 118 Abs. 4 AktG genannten Informationsmängeln aus. Auch die Verletzung von Formerfordernissen nach § 125 AktG soll als Anfechtungsgrund ausscheiden.⁸⁸⁶

Darüber hinaus ordnet § 1 Abs. 7 COVID-GesRG an, dass auch auf eine Verletzung von Abs. 2 (gemeint ist § 1 Abs. 2 COVID-GesRG) eine Anfechtung nicht gestützt werden kann. Dies ist insofern bemerkenswert, als dass gerade dieser Abs. 2 sowohl die *Mindestvoraussetzungen* für die Abhaltung einer virtuellen Hauptversammlung aufstellt als auch die Vorstandsentscheidung bezüglich der Fragenbeantwortung und sogar der Wahl des Versammlungsformates umfasst. In Kombination mit der Tatsache, dass gerade die Mindestvoraussetzungen nach Abs. 2 die rechtfertigende Kompensation für den Wegfall oder die Beschränkung zahlreicher Aktionärsrechte darstellen, besteht hier ein gravierender Einschnitt in die Rechtsschutzmöglichkeiten der Anteilseigner. Die Statuierung von *Mindestvoraussetzungen* für die Abhaltung virtueller Hauptversammlungen steht im Widerspruch zu dem Ausschluss der Anfechtbarkeit bei Fehlen derselben. Dennoch sind Normtext und Gesetzgebungsmaterialien⁸⁸⁷ eindeutig: Weder ein Zurückbleiben der Hauptversammlungsgestaltung hinter den Mindestvoraussetzungen des § 1 Abs. 2 COVID-GesRG, noch eine (ermessens-) fehlerhafte Entscheidung über die Beantwortung von Aktionärsfragen, noch die ermessensfehlerhafte Grundsatzentscheidung für ein bestimmtes Versammlungsformat sollen im Regelfall die Anfechtbarkeit der auf der Hauptversammlung gefassten Beschlüsse begründen.⁸⁸⁸

885 Näher zum Regelungsinhalt und dagegen bestehenden Bedenken, *Heidel/Lochner*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 166 ff.

886 Im Einzelnen, *Heidel/Lochner*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 173 f., die zudem europarechtliche Bedenken gegen die Regelung erheben.

887 Vgl. Begr. Fraktionsentwurf zum COVID-GesRG, BT-Drs. 19/18110, S. 27 f.

888 Vgl. *Heidel/Lochner*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 152 ff.; vgl. *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 460 ff.; Tröger, BB 2020, 1091, 1096 ff.; *ders.*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 134;

Eine Ausnahme von diesen weitreichenden Einschränkungen der Rechtsschutzmöglichkeiten sieht § 1 Abs. 7 COVID-GesRG allein für den Fall vor, dass der Aktionär der Gesellschaft eine vorsätzliche Verletzung der vorgenannten Normen nachweisen kann. Hierin besteht zugleich ein Unterschied zu dem im Übrigen ähnlich strukturierten § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG, welcher immerhin den Nachweis grober Fahrlässigkeit seitens der Gesellschaft für ein Wiederaufleben der Anfechtbarkeit ausreichen lässt. Für Vorsatz i.S.v. § 1 Abs. 7 COVID-GesRG genügt nach allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen das Vorliegen von Eventualvorsatz.⁸⁸⁹

Dieses Auseinanderfallen der Regelung des § 1 Abs. 7 COVID-GesRG und der des § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG würde bei einer virtuellen Hauptversammlung dem Wortlaut der Normen nach zu dem einigermaßen paradoxen Ergebnis führen, dass beim Auftreten technischer Störungen, etwa der Übertragung im Rahmen einer möglicherweise gewährten Online-Teilnahme nach § 118 Abs. 1 S. 2 AktG, der Nachweis grober Fahrlässigkeit zur Anfechtbarkeit der Beschlüsse führt, während eine noch gravierendere Aktionärsrechtsbeschränkung, etwa in Form der Unmöglichkeit der Stimmrechtsabgabe in Folge einer Fehlentscheidung der Verwaltung, nur bei Vorsatz die Anfechtbarkeit begründet. Zur Auflösung dieses Wertungswiderspruches wird teilweise angeregt auch für die Fehler nach § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG den Vorsatznachweis zu fordern.⁸⁹⁰ Dies kann jedoch wegen der unzweideutigen Anordnung in § 1 Abs. 7 COVID-GesRG („[...] unbeschadet der Regelung in § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG [...]) nicht überzeu-

wohl auch *Weber/Sieber*, in: Fritz, Kommentar zum COVAbmildG, COVGesMG, § 1 Rn. 154; bezüglich der Entscheidung über das Versammlungsformat a.A. LG München I, Beschluss vom 26. Mai 2020 – 5 HK O 6378/20 –, Rn. 6, juris = ZIP 2020, 1241-1234, allerdings unter Verkennung der Tatsache, dass die Vorstandsentscheidung für die virtuelle Hauptversammlung nicht auf § 1 Abs. 1 COVID-GesRG sondern auf Abs. 2 gestützt werden muss; unter Fortführung der falschen Ermächtigungsgrundlage dem LG zustimmend, *Linnerz*, EWIR 2020, 429, 430; *Reger* in: *Bürgers/Körper/Lieder*, Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 11f; sowie *Simons/Hauser*, NZG 2020, 1406, 1408; diesen Irrtum erkennend wiederum hiesiger Ansicht, *Binder*, BB 2021, 259, 266 f.; *Bungert/Strothotte*, DB 2021, 830, 831; sowie *Kuthe/Zimmer*, AG 2021, R164; ebenfalls der hier vertretenen Ansicht, LG Frankfurt, Urteil vom 23. Februar 2021 – 3-05 O 64/20 –, Rn. 135, juris = ZIP 2021, 1009-1015.

889 *Weber/Sieber*, in: Fritz, Kommentar zum COVAbmildG, COVGesMG, § 1 Rn. 156.

890 Vgl. *Götze/Roßkopf*, DB 2020, 768, 772; sowie *Schäfer*, NZG 2020, 481, 486; wohl ebenso *Andres/Kujović*, GWR 2020, 213, 215 f.

gen.⁸⁹¹ Vielmehr ist hier erneut eine differenzierte Betrachtung vorzunehmen: Entscheidet sich der Vorstand für eine Präsenzveranstaltung mit Online-Teilnahme nach § 1 Abs. 1 COVID-GesRG, besteht kein Widerspruch zwischen § 1 Abs. 7 COVID-GesRG und § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG. Ein Vorsatznachweis für Verletzungen i.S.d. letzteren Norm ist nicht erforderlich. Handelt es sich hingegen um eine virtuelle Hauptversammlung, so kann in Anbetracht des gesetzgeberischen Regelungsziel eine Verletzung der Mindestvoraussetzungen nach § 1 Abs. 2 COVID-GesRG stets nur bei Vorsatz zur Anfechtbarkeit führen, während bei technische Störungen im Zuge einer über die Mindestvoraussetzungen hinaus gewährten elektronischen Rechtsausübung gem. § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG grobe Fahrlässigkeit ausreichend ist. Der Wertungswiderspruch ist in diesem Fall hinzunehmen.

Die Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen gem. § 241 AktG bleibt vom COVID-GesRG im Allgemeinen und § 1 Abs. 7 COVID-GesRG im Speziellen unberührt; diese können von den Aktionären uneingeschränkt klageweise gem. § 249 AktG geltend gemacht werden.⁸⁹²

II) Verfassungskonforme Reduktion

Der Regelungsgehalt des § 1 Abs. 7 COVID-GesRG ist teilweise erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt.⁸⁹³ Diese fußen im Wesentlichen auf der Tatsache, dass eine Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen aufgrund von § 1 Abs. 7 COVID-GesRG selbst in Fällen, in denen elementare Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte von den Aktionären nicht ausgeübt werden können, faktisch ausgeschlossen ist. Grund hierfür ist der Dreiklang von Anfechtungsausschluss für alle Teilhaberechte an der virtuellen Hauptversammlung, Beweislast auf Seiten der Aktionäre und Vorsatzerfordernis auf Seiten der Gesellschaft.

891 So wohl auch *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 462; im Ergebnis ähnlich *Tröger*, BB 2020, 1091, 1097 f.

892 Vgl. *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 463; *Lieder*, ZIP 2020, 837, 844; *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 277; sowie *Stelmaszczyk/Forschner*, DK 2020, 221, 235.

893 Von dessen Verfassungswidrigkeit ausgehend *Heidel/Lochner*, in: *Hirte/Heidel*, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 158 ff.; jedenfalls in manchen Fällen eine verfassungskonforme Reduktion des § 1 Abs. 7 COVID-GesRG fordernd, *Grigoleit/Gansmeier*, in: *Grigoleit*, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 23h.

So wird es potentiellen Anfechtungsklägern regelmäßig unmöglich sein, die innere Tatsache des Vorsatzes nachzuweisen oder einen substantiierten Vortrag der Gesellschaft, man habe nach bestem Wissen und Gewissen gehandelt, zu widerlegen.⁸⁹⁴ Ein Vortrag zum Vorsatz der Gesellschaft wird sich allzu oft dem Vorwurf, dass es sich um einen Vortrag ins Blaue hinein handle oder, dass der Vortrag auf einen Ausforschungsbeweis hinauslaufe, ausgesetzt sehen.⁸⁹⁵

Eine Möglichkeit der Ausübung der elementaren Aktionärsrechte ist jedoch gerade Bedingung dafür, dass eine virtuelle Hauptversammlung europarechts- und verfassungskonform abgehalten werden kann. Die Gewährung dieser durch eine faktische Unmöglichkeit der Geltendmachung von Verletzungen mehr oder weniger dem „*bona fide* Agieren der Verwaltung“⁸⁹⁶ anheimzustellen, verstößt gegen den grundrechtlich geschützten Justizgewährleistungsanspruch sowie den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG.⁸⁹⁷ Nicht zuletzt in Anbetracht des Instruments des Freigabeverfahrens gem. § 246a AktG, welches die Handlungsfähigkeit der Gesellschaften hinreichend sicherstellt, kann der faktische Rechtsschutzentzug auch unter Beachtung der gesetzgeberischen Ziele und der Ausnahmesituation nicht mehr grundsätzlich als verhältnismäßig angesehen werden.⁸⁹⁸

Im Wege einer damit erforderlichen und auch möglichen verfassungskonformen Auslegung des § 1 Abs. 7 COVID-GesRG ist nach dem Grad der Gewährung der elementarsten Teilnahmerechte, namentlich der Versammlungsübertragung und der Stimmrechtsausübung, zu differenzieren:⁸⁹⁹

Wurde die Ausübung eines oder beider dieser grundlegenden Rechte für eine überwiegende Mehrheit der Aktionäre nicht gewährleistet, kann eine

894 *Heidel/Lochner*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 163; „Dennoch gelingt Aktionären der Vorsatznachweis in der Praxis so gut wie nie.“, *Hippeli*, DZWIR 2020, 263, 268; den Vorsatznachweis als „praktisch sehr erhebliche Hürde“ bezeichnend, *Lieder*, ZIP 2020, 837, 844.

895 *Heidel/Lochner*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 163.

896 *Tröger*, BB 2020, 1091, 1096; *ders.*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 143.

897 Vgl. *Heidel/Lochner*, in: Hirte/Heidel, Das neue Aktienrecht, § 1 GesCoronaG Rn. 160 ff.

898 Vgl. *Grigoleit/Gansmeier*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 23d ff.

899 Vgl. *Grigoleit/Gansmeier*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 23a ff.

dennoch stattfindende Veranstaltung die Funktion einer Hauptversammlung als *kollektives* Willensbildungsorgan nicht gewährleisten.⁹⁰⁰ Eine (virtuelle) Hauptversammlung hat dann defacto nicht stattgefunden.⁹⁰¹ Dennoch „gefasste“ Beschlüsse sind analog § 241 Nr. 1 AktG oder gem. § 241 Nr. 3 AktG nichtig.⁹⁰² Auf eine Anfechtbarkeit und ihren Ausschluss nach § 1 Abs. 7 COVID-GesRG kommt es somit nicht mehr an.

Ist dementsgegen „nur“ ein signifikanter Teil – vorgeschlagen werden mehr als 25 %⁹⁰³ des teilnahmewilligen Grundkapitals von der Partizipation mittels Übertragung und Stimmrechtsausübung ausgeschlossen, kann die Willensbildung der verbleibenden 75 % nicht als *nullum* qualifiziert werden, wenn sie auch an einem gravierenden Mangel leidet.⁹⁰⁴ Hier muss jedenfalls der Nachweis von grober Fahrlässigkeit auf Seiten der Gesellschaft für eine Beschlussanfechtung genügen.⁹⁰⁵ Zu diesem Zweck ist § 1 Abs. 7 COVID-GesRG dahingehend verfassungskonform zu reduzieren.

Sind nur einzelne Aktionäre von Störungen betroffen, ist der Entzug der Partizipationsrechte für den Einzelnen zwar gravierend, die ansonsten fehlerfrei verlaufende virtuelle Hauptversammlung kann den, gegenüber den an ihr physisches Pendant reduzierten, Anforderungen an ihre Funktion jedoch gerecht werden. Das vom Gesetzgeber verfolgte Interesse der Gesellschaften an einer rechtssicheren Beschlussfassung und Handlungsfähigkeit bleibt hier nicht in unverhältnismäßiger Weise hinter den Rechts- einbußen der Einzelnen zurück. Der durch das Vorsatzerfordernis in § 1 Abs. 7 COVID-GesRG erschwerte Rechtsschutz wegen Verletzung von Individualinteressen kann wegen der trotz Krisensituation insgesamt gewährleisteten Funktion der Hauptversammlung als Organ der kollektiven Wil-

900 Ähnlich *Grigoleit/Gansmeier*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 23g.

901 *Grigoleit/Gansmeier*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 23g.

902 Vgl. *Grigoleit/Gansmeier*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 23g.

903 *Grigoleit/Gansmeier*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 23h.

904 Vgl. *Grigoleit/Gansmeier*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 23h.

905 Vgl. *Grigoleit/Gansmeier*, in: Grigoleit, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 23h, die allerdings wohl eine Anfechtbarkeit auch ohne Verschulden seitens der Gesellschaft zulassen wollen. Letzteres kann jedoch in Anbetracht des gesetzgeberischen Regelungszweckes nicht in Gänze überzeugen.

lensbildung nicht als verfassungswidrig eingestuft werden.⁹⁰⁶ In diesem Fall kommt § 1 Abs. 7 COVID-GesRG wortlautgemäß zur Anwendung. Eine langfristige Fortschreibung einer solchen Beschränkung der Anfechtung auf Vorsatz kommt in Anbetracht der außerhalb von Ausnahmesituationen unzumutbaren Voraussetzung des Verschuldensniveaus und der Beweisschwierigkeiten nicht in Betracht.

Bezüglich der neben der Stimmabgabe und der Versammlungsübertragung bestehenden Mindestvoraussetzungen, namentlich der Frage- und Widerspruchsmöglichkeit, wiegt der Eingriff in die Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten der Aktionäre ebenfalls schwer. Er kommt den zuvor genannten Eingriffen – insbesondere dem in die Stimmrechtsausübung – dennoch nicht gleich. Eine verfassungskonforme Reduktion des Anfechtungsausschlusses ist hier nicht geboten.

D) Besondere Risiken der Hauptversammlung unter dem COVID-GesRG

Wurde vor der Verabschiedung des COVID-GesRG die Virtualisierung der Hauptversammlung diskutiert, so wurden gegen eine zunehmende Digitalisierung neben technischen Bedenken vor allem Bedenken hinsichtlich unkalkulierbarer rechtlicher Risiken geäußert. Befürchtet wurde insbesondere ein erhöhtes Anfechtungs- und Nichtigkeitsrisiko.

I) Beschlussanfechtbarkeit

Bezüglich der Anfechtungsrisiken im Zusammenhang mit einer virtuellen Hauptversammlung ist der Krisengesetzgeber diesen Bedenken mit dem zuvor betrachteten Anfechtungsausschluss in § 1 Abs. 7 COVID-GesRG wirksam begegnet. Wie dargestellt⁹⁰⁷ ist eine Anfechtung wegen der Verletzung der Mindestvoraussetzung nach § 1 Abs. 2 COVID-GesRG sowie der Wahl des Versammlungsformates nur in wenigen Ausnahmefällen möglich. Die Gefahr einer erfolgreichen Anfechtungsklage ist als gering einzuschätzen. Besondere Rechtsrisiken bestehen nicht.

Im Vorfeld der ersten virtuellen Hauptversammlungen befürchtete *Vossius*, dass wegen der regelmäßig ausgeschlossenen Nachfragemöglichkeit

906 So auch *Grigoleit/Gansmeier*, in: *Grigoleit*, Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 23i.

907 S.o. Zweiter Teil) C) I) u. II).

Aktionäre, welche die Antworten auf ihre Fragen als unzureichend betrachten, sich mangels abgestufter Reaktionsmöglichkeiten genötigt sehen könnten, zur „nuklearen Option“ des Widerspruchs zu greifen.⁹⁰⁸ Eintragungen ins Handelsregister erfolgen sodann erst nach Ablauf der Klagefrist und der Erklärung des Vorstands, dass keine Nichtigkeits- oder Anfechtungsklagen erhoben wurden.⁹⁰⁹ Tatsächlich erhobene Klagen werden ob des auf die Fragenbeantwortung anwendbaren Anfechtungsausschlusses nach § 1 Abs. 7 COVID-GesRG allerdings regelmäßig keinen Erfolg haben. Im Ergebnis schafft eine unzureichende Fragenbeantwortung somit weniger ein Rechtsrisiko als mehr eine tatsächliche Beschwer in Form von Kosten und Zeitverzögerungen.

Die Pflicht des Vorstandes zur Ergänzung der Tagesordnung um Verlangen gem. § 122 Abs. 2 AktG besteht gleichermaßen bei einer virtuellen wie bei einer physischen Hauptversammlung. Eine Verletzung dieser oder der Veröffentlichungspflicht gem. § 125 Abs. 1 S. 3 AktG stellen, eine Anfechtbarkeit begründende, Gesetzesverstöße i.S.v. § 243 Abs. 1 AktG dar. Im Rahmen der virtuellen Hauptversammlung tritt zudem eine Verletzung der Pflicht des Vorstandes die damit einhergehenden Beschlussanträge zur Abstimmung zu stellen,⁹¹⁰ als weitere Möglichkeit einer Gesetzesverletzung i.S.v. § 243 Abs. 1 AktG hinzu. Gleiches gilt für eine Verletzung der gesetzlichen Pflichten im Zusammenhang mit Anträgen und Wahlvorschlägen gem. §§ 126, 127 AktG.⁹¹¹

Ein geringes neues Anfechtungsrisiko schafft zudem die Zustimmungspflicht des Aufsichtsrates gem. § 1 Abs. 6 COVID-GesRG. Auch eine Missachtung dieses Erfordernisses stellt einen Gesetzesverstoß i.S.v. § 243 Abs. 1 AktG dar.

Insbesondere unter Abzug der im Rahmen einer virtuellen Hauptversammlung typischerweise unmöglichen Anfechtung wegen einer Verletzung der Mindestvoraussetzungen gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG, ergibt sich in Summe jedenfalls kein verschärftes Anfechtungsrisiko für Hauptversammlungsbeschlüsse.

908 *Vossius*, notar 2020, 328, 330.

909 *Vossius*, notar 2020, 328, 330.

910 Zu dieser Pflicht s.o. Zweiter Teil) A) VIII) 3) e).

911 Zu den diesbezüglichen Pflichten s.o. Zweiter Teil) A) VIII) 3) d) bb) (3).

II) Beschlussnichtigkeit

Nichtigkeitsgründe können im vollen Maße auch in Bezug auf virtuelle Hauptversammlungen geltend gemacht werden. Zuvor wurde bereits aufgezeigt, dass die Bestimmung des § 121 Abs. 3 S. 1 AktG nicht dispensiert wurde.⁹¹² Eine unterlassene Benennung des Ortes oder der Versammlungszeit in der Einberufung muss somit konsequenterweise mit der Rechtsfolge der Beschlussnichtigkeit gem. § 241 Nr. 1 AktG belegt sein. In diesem Zusammenhang wurde teilweise angeführt, dass für die Aktionäre das Äquivalent zum Ort einer Präsenzversammlung bei der virtuellen Hauptversammlung die Einwahldaten zum Hauptversammlungsportal seien.⁹¹³ In Konsequenz dessen solle eine unterlassene oder falsche Angabe der Einwahldaten mit der Nichtigkeitsfolge analog § 241 Nr. 1 AktG belegt werden.⁹¹⁴ Diese Argumentation kann in Ihrer Absolutheit nicht überzeugen: So besteht zwischen der Kenntnis des Ortes einer Präsenzversammlung und der Kenntnis der Einwahldaten einer virtuellen Hauptversammlung zwar die Gemeinsamkeit, dass beide für den Aktionär jeweils Voraussetzung für die Ausübung seiner Rechte sind. Ein erheblicher Unterschied besteht indes darin, dass die Zugangsdaten zum Aktionärsportal für jeden Aktionär individuell erstellt werden müssen. Unbestritten dürfte wohl sein, dass wenn nur ein einziger Aktionär auf Grund eines technischen Fehlers falsche oder keine Zugangsdaten erhalten hat, die Nichtigkeit aller auf der sodann stattfindenden Hauptversammlung gefassten Beschlüsse vom Gesetzgeber nicht intendiert war und zudem unangemessen ist. Dies ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass der Gesetzgeber die Gewährleistung der Rechtsausübung der Aktionäre in § 1 Abs. 7 COVID-GesRG anfechtungsfrei gestellt hat. Nichts anderes als die Rechtsausübung sollen die Angabe des Ortes beziehungsweise der Einwahldaten jedoch sicherstellen. Hat allerdings eine Mehrheit der Aktionäre falsche oder keine Einwahldaten erhalten und kann infolgedessen nicht teilnehmen, hat de facto keine Hauptversammlung stattgefunden, sodass dennoch „gefasste“ Beschlüsse analog § 241 Nr. 1 AktG oder gem. § 241 Nr. 3 AktG nichtig sind.⁹¹⁵ Hier tritt somit die gleiche Rechtsfolge wie bei der Verwehrung der Ausübung

912 Dazu s.o. Zweiter Teil) A) VIII) 4).

913 Hoffmann, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 83.

914 Hoffmann, in: Henssler/Spindler/Stilz, Beck-Online-Großkommentar Aktiengesetz, § 118 Rn. 83.

915 Dazu bereits zuvor, Zweiter Teil) C) II).

der elementaren Aktionärsrechte aus sonstigen Gründen ein.⁹¹⁶ Die dazu erarbeiteten abgestuften Rechtsfolgen sind auf die Verhinderung der Teilnahme *auf Grund* falscher Einwahldaten gleichermaßen anzuwenden.⁹¹⁷ Die generelle Beschlussnichtigkeit wegen folgenloser oder einzelner Formfehler tritt bei der virtuellen Hauptversammlung i.S.v. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG somit nicht ein.

III) Sonstige Risiken

Das virtuelle Hauptversammlungsformat birgt ein Potential für digitale, manipulative Angriffe auf die erforderliche Datenverarbeitung. Eine von außen erfolgende Veränderung von Datensätzen würde die Legitimation der Hauptversammlungsbeschlüsse beseitigen. Ein Spezifikum der virtuellen Hauptversammlung ist dieses Risiko allerdings nicht: Auch im Rahmen von Präsenzversammlungen erfolgt die Stimmenverarbeitung und Auszählung regelmäßig computergestützt. Hackerangriffe sind hierauf ebenso möglich, wie auf eine virtuelle Hauptversammlung.⁹¹⁸ Besondere Vorfälle dieser Art sind weder im Jahr 2020 noch im Jahr 2021 bekannt geworden. Auch die teilweise befürchtete Überfrachtung der digitalen Infrastruktur insbesondere durch „Fragenfluten“ konnte nicht systematisch festgestellt werden.⁹¹⁹

Auf sonstige technische Risiken und solche im Zusammenhang mit der Identifikation und Legitimation der Aktionäre soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Zum einen gab es hier weder erkennbare Probleme im Zuge der Hauptversammlungen in den Jahren 2020 und 2021 und zum anderen besteht hier kein bedeutender Unterschied zur Identifikation und Legitimation bei der bereits bekannten Online-Teilnahme oder sogar zwecks Einladung zur Präsenzversammlung.⁹²⁰ Dass die unbestrittener-

916 Vgl. oben Zweiter Teil) C) II).

917 Bezüglich der abgestuften Rechtsfolgen s.o. Zweiter Teil) C) II).

918 Ähnlich *Told/Neumaier*, wbl 2020, 261, 375.

919 Vgl. *Kraut*, Virtuelle Hauptversammlung: Aktionärsrechte in der Versammlungspraxis der DAX-Unternehmen, 24.06.2020, <https://www.taylorwessing.com/de/insights-and-events/insights/2020/06/virtuelle-hauptversammlung-aktion-aersrechte-in-der-versammlungspraxis-der-dax-unternehmen> (zuletzt abgerufen am 25.08.2021).

920 Ausführlich zur Frage der Aktionärsidentifikation unter Heranziehung der Intermediäre, *Noack*, NZG 2017, 561 ff.; zur Legitimation der Hauptversammlungsteilnehmer im Internet bereits, *Hasselbach/Schumacher*, ZGR 2000, 258,

maßen dennoch bestehenden Risiken auf Grund des Vorhandenseins oder des Fehlens rechtlicher Vorgaben verstärkt wurden, ist nicht ersichtlich. Vielmehr ist das COVID-GesRG insgesamt darauf ausgelegt, technische Unwägbarkeiten von der Versammlung fernzuhalten. Dies zeigt sich nicht zuletzt an der Vorverlagerung der Fragemöglichkeit und dem Ausschluss der Zwei-Wege-Verbindung.

E) Umsetzung des COVID-GesRG in der Hauptversammlungssaison 2020

Die Gestaltungsfreiheiten des COVID-GesRG wurden von den Aktiengesellschaften unverzüglich angenommen und umgesetzt. Besondere praktische Bedeutung hat allem anderen voran die virtuelle Hauptversammlung gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG erlangt. Im Nachfolgenden soll ein Blick auf die Gestaltungspraxis der Unternehmen im Jahr 2020 geworfen werden.⁹²¹ Die diesbezüglichen Informationen lassen sich Einberufungen im Bundesanzeiger sowie den „Investor-Relations“ Rubriken der Internetseiten entnehmen. Kaum ein Einblick lässt sich in die Gestaltungspraxis kleinerer Gesellschaften oder solcher mit überschaubarem Aktionariat erlangen, da diese regelmäßig keine Informationen öffentlich preisgeben und die sogenannte Privateinberufung gem. § 121 Abs. 4 S. 2 AktG wählen.⁹²² Die nachfolgende Untersuchung und ihre Ergebnisse beziehen sich somit vorrangig auf typische Publikumsgesellschaften.

I) Versammlungsformat und Terminierung

Die weit überwiegende Mehrheit der börsennotierten Aktiengesellschaften im Allgemeinen und alle im DAX, MDAX und TecDAX notierten Gesellschaften im Speziellen haben ihre Hauptversammlungen im Jahr 2020, die nach in Krafttreten des COVID-GesRG im März 2020 einberufen wurden, als virtuelle Versammlung gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG stattfinden las-

265 ff.; zu beidem siehe auch *Zetzsche*, AG 2020, 1 ff.; bezüglich der Aktionärsidentifikation im Rahmen virtueller Hauptversammlungen gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG, *Kruchen*, DZWIR 2020, 431, 449.

921 Bezüglich einer Auswertung der Hauptversammlungssaison 2021 siehe *Danwerth*, AG 2021, 613 ff.

922 Vgl. *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 721, 724 f.

sen.⁹²³ Die Durchführung einer Präsenzversammlung wäre auf Grund der dynamischen Pandemieentwicklung auch rückblickend nicht beziehungsweise nur unter großen (Planungs-)Unsicherheiten durchführbar gewesen. In Anbetracht dessen und der Tatsache, dass eine seriöse Schätzung der vor Ort zu erwartenden Teilnehmerzahl unmöglich war, sind auch die in § 1 Abs. 1 COVID-GesRG vorgesehen Instrumente zur Abhaltung von Online-Hauptversammlungen bei diesen Gesellschaften kaum zur Anwendung gekommen, sodass die weiteren Ausführungen maßgeblich die virtuelle Hauptversammlung gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG betreffen.

Eine Verschiebung bereits terminierter Präsenzhauptversammlungen mit dem Ziel, diese später im Jahr physisch abhalten zu können, war in den seltensten Fällen auszumachen.⁹²⁴ Ein erheblicher Teil der Gesellschaften hat bei der Einberufung auf die verkürzten Fristen gem. § 1 Abs. 3 S. 1 COVID-GesRG zurückgegriffen.⁹²⁵ Dies führte, da § 1 Abs. 3 S. 4 COVID-GesRG zwar für Ergänzungsverlangen gem. § 122 Abs. 2 AktG, nicht jedoch für Anträge und Wahlvorschläge gem. §§ 126, 127 AktG das Fristenregime anpasst, zu einer Verknappung der Handlungszeit der Aktionäre und damit zu potentiellen Rechtsausübungseinbußen.⁹²⁶ Unabhängig von der Terminierung ist an dieser Stelle festzustellen, dass die virtuelle Hauptversammlung gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG bei den hier betrachte-

923 *Seibt/Danwerth*, NZG 2020, 1241; vgl. zudem *Danwerth*, AG 2020, 776, 777; vgl. *dens.*, AG 2020, 418, 419; *Redenius-Hövermann/Bannier*, ZIP 2020, 1885, 1890 f.; sowie *Teichmann/Krapp*, DB 2020, 2169, 2171 f.; eine Ausnahme bildete hier etwa die im SDAX notierte Hypoport SE (bis April 2020 Hypoport AG, gem. § 1 Abs. 8 S. 2 COVID-GesRG ist das COVID-GesRG jedoch auch auf eine SE entsprechend anwendbar), die ihre am 29.04.2020 einberufene Hauptversammlung am 09.06.2020 in Präsenz abhielt, vgl. Einladung zur ordentlichen Hauptversammlung 2020, <https://www.hypoport.de/hypoport/uploads/2020/04/Einberufung-Druckversion.pdf> (zuletzt abgerufen am 04.08.2021), sowie Abstimmungsergebnisse der ordentlichen Hauptversammlung 2020, <https://www.hypoport.de/hypoport/uploads/2020/07/Abstimmungs%C3%BCbersicht-HV-2020.pdf> (zuletzt abgerufen am 04.08.2021); weitere Beispiele für Einberufungen von Präsenzversammlungen bei kleineren Unternehmen mit zu erwartender geringer Teilnehmerzahl bei *Downar/Bartkowiak*, DB 2021, 349, 351.

924 Vgl. *Danwerth*, AG 2020, 776, 777; *dens.*, AG 2020, 418, 419; sowie *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 721, 722.

925 Zur statistischen Auswertung im Einzelnen siehe *Danwerth*, AG 2020, 776, 778; vgl. zudem *Downar/Bartkowiak*, DB 2021, 349, 351 ff.; *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 721, 722; *Redenius-Hövermann/Bannier*, ZIP 2020, 1885, 1890; sowie *Seibt/Danwerth*, NZG 2020, 1241, 1244.

926 *Seibt/Danwerth*, NZG 2020, 1241, 1244.

ten Gesellschaften die Hauptversammlungssaison 2020 dominiert hat. Auf dieser wird im Folgenden der Fokus liegen.

II) Umgang mit Aktionärsrechten

In Anbetracht der umfassenden Möglichkeiten zur Beschränkung der Aktionärsrechte im Rahmen virtueller Hauptversammlungen, gilt es herauszustellen, inwieweit die Praxis diese ausgeschöpft hat.

1) Online-Teilnahme, Versammlungsübertragung und sonstige Kommunikation

Ein viel kritisiertes Aspekt der virtuellen Hauptversammlung nach dem COVID-GesRG ist die fehlende Verpflichtung der Verwaltung zu einer Zuschaltung der Aktionäre mittels Zwei-Wege-Verbindung. Gleiches gilt für das fehlende Erfordernis einer echten Online-Teilnahme gem. § 118 Abs. 1 S. 2 AktG.⁹²⁷ Zur Erfüllung der minimalen Anforderungen genügt die Einrichtung einer einseitigen Versammlungsübertragung.⁹²⁸ Lediglich an eben diesem Mindestmaß hat sich der überwiegende Großteil der betrachteten Gesellschaften orientiert: Nur ein verschwindend geringer Anteil der börsennotierten Unternehmen – eine statistische Auswertung von *Danwerth* ergab einen Anteil von 1,5 % –⁹²⁹ hat überhaupt eine elektronische Teilnahme gem. § 118 Abs. 1 S. 2 AktG angeboten. Dass auch nur eine einzige der dort⁹³⁰ betrachteten 326 Gesellschaften ihren Aktionären Redebeiträge⁹³¹ in Echtzeit gestattete, ist nicht ersichtlich.⁹³² Auch eine Untersuchung aller nach Erlass des COVID-GesRG im Bundesanzeiger veröffentlichten Ladungen unabhängig von der Börsennotierung der Gesellschaften durch *Cyglakow* kommt zu einem ähnlichen Ergebnis.⁹³³ Die *Knorr-Bremse AG* und die *Deutsche Bank AG* kündigten

927 S.o. Zweiter Teil A) VIII) 1) b) aa) (2); sowie Zweiter Teil VIII) 3) a).

928 Vgl. oben Zweiter Teil A) VIII) 1) a) aa).

929 *Danwerth*, AG 2020, 776, 783 f.

930 *Danwerth*, AG 2020, 776 ff.

931 Zu den davon zu unterscheidenden Aktionärsfragen siehe sogleich, Zweiter Teil E) II) 3).

932 Nach eigener Empirie zu einem ähnlichen Befund gelangend, *Redenius-Hövermann/Bannier*, ZIP 2020, 1885, 1891.

933 Vgl. *Cyglakow*, Die virtuelle Hauptversammlung, S. 144 ff.

immerhin unter Vorbehalt und Fristsetzung an, rechtzeitig eingereichte Stellungnahmen zu bestehenden Tagesordnungspunkten im Portal, beziehungsweise auf der Website, vorab zu veröffentlichen.⁹³⁴ Die *Vonovia AG* räumte den zwei großen Aktionärsvereinigungen *DSW* und *SdK* zumindest die Gelegenheit einer Stellungnahme mittels vorab aufgezeichneten und sodann eingespielten Videos ein.⁹³⁵ Insgesamt blieb jedoch jedwede Art der aktiven Anteilseignerbeteiligung die Ausnahme. Die einseitige Versammlungsübertragung wurde erwartungs- und anforderungsgemäß gewährleistet, wobei in der Regel keine öffentliche, sondern eine auf die Anteilseigner beschränkte Übertragung gewählt wurde.⁹³⁶ Unter dem hier betrachteten Aspekt der Kommunikationsrechte der Aktionäre, ist *Lieder* beizupflichten, der die „rechtstatsächliche Dominanz der passiven Online-Hauptversammlung“⁹³⁷ konstatiert.

2) Stimmrechtsausübung

Erwartungsgemäß ist kein Fall bekannt geworden, in welchem die Verwaltung den Aktionären der Gesellschaft nicht die Ausübung des Stimmrechts ermöglicht hat. Innerhalb der von *Danwerth* ausgewerteten Einberufungen haben auch alle Gesellschaften dem Erfordernis des § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 COVID-GesRG, mindestens eine Variante der elektronischen Stimmrechtsausübung zu gewähren,⁹³⁸ genügt.⁹³⁹ Bis auf eine haben alle Gesellschaften die elektronische Briefwahl angeboten.⁹⁴⁰ Bis auf zwei Aus-

934 Vgl. Einladung – Knorr-Bremse – Hauptversammlung 2020, S. 46, https://ir.knorr-bremse.com/download/companies/knorrbremse/Hauptversammlung/Einladung_18052020_DE.pdf (zuletzt abgerufen am 04.08.2021); vgl. Deutsche Bank – Hauptversammlung 2020 – Tagesordnung, S. 12, https://hauptversammlung.db.com/de/docs/HV_2020_Tagesordnung_09041845.pdf (zuletzt abgerufen am 04.08.2021); vgl. *Teichmann/Krapp*, DB 2020, 2169, 2175.

935 *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 721, 723.

936 *Danwerth*, AG 2020, 776, 778 f.

937 *Lieder*, ZIP 2021, 161, 165.

938 Vgl. oben Zweiter Teil) A) VIII) 1) b) aa).

939 *Danwerth*, AG 2020, 776, 783 ff.

940 Vgl. *Danwerth*, AG 2020, 776, 785 f.; allein die *Singulus Technoglies AG* hat keine Briefwahl, sondern eine elektronische Teilnahme gem. § 118 Abs. 1 S. 2 AktG angeboten.

nahmen haben alle dort betrachteten Gesellschaften den erforderlichen⁹⁴¹ Stimmrechtsvertreter benannt.⁹⁴²

Der letztmögliche Zeitpunkt der Stimmabgabe wurde in den von *Danwerth* und *Dubovitskaya* ausgewerteten Einberufungen in der weit überwiegen- den Mehrzahl der Fälle – im Einklang mit der hier vertretenen Auffas- sung –⁹⁴³ derart bestimmt, dass die Aktionäre die Ausübung ihres Stimm- rechts bei mindestens einer Übermittlungsart noch an den Versammlungs- inhalten ausrichten konnten.⁹⁴⁴ Sofern in einigen Fällen „ein vom Ver- sammlungsleiter festzulegender Zeitpunkt“⁹⁴⁵ das Ende der Stimmabgabe markiert, besteht hierin noch kein zwingender Widerspruch zur vorge- nannten Auffassung. Von allen betrachteten Einberufungen missachtet allein die der *Altech Advanced Materials AG* dieses Erfordernis, indem sie den Vortag der Hauptversammlung (24 Uhr) als letztmöglichen Zeitpunkt der Stimmabgabe für alle angebotenen Übertragungswege bestimmt.⁹⁴⁶

3) Aktionärsfragen

Geräuschlos liefen auch die Ausübung der Fragemöglichkeit und die ge- sellschaftsseitige Beantwortung ab. Erneut haben die Verwaltungen den ihnen gewährten Gestaltungsspielraum im Sinne eines möglichst reibungs- losen Versammlungsablaufes und zu Lasten flexibler Rechtsausübung der Aktionäre genutzt. So setzten beinahe alle Gesellschaften eine Frist für die Einreichung von Aktionärsfragen, deren Ende im Versammlungsvorfeld

941 S.o. Zweiter Teil) A) VIII) 1) b) aa) (3).

942 Vgl. bezüglich der Tatsachen *Danwerth*, AG 2020, 776, 786, wenn auch rechtl- ich anderer Auffassung bezüglich der Erforderlichkeit des Stimmrechtsvertre- ters; bei den zwei Ausnahmen handelt es sich zudem in Einschränkung der diesem Kapitel vorweggestellten Begrenzung des Untersuchungsumfangs nicht um typische Publikumsgesellschaften, sondern mit der *EnBW ODR AG* und der *Heidelberger Beteiligungsholding AG* um Gesellschaften mit jeweils einer absolut herrschenden Hauptgesellschafterin.

943 S.o. Zweiter Teil) A) VIII) 1) b) bb).

944 Vgl. *Danwerth*, AG 2020, 776, 785; vgl. *Dubovitskaya*, NZG 2020, 647, 652.

945 *Danwerth*, AG 2020, 776, 785 beziffert den Anteil der von ihm betrachteten Einberufungen, die einen vom Versammlungsleiter festzulegenden Zeitpunkt zum Ende der Stimmabgabemöglichkeit bestimmen, mit 1 %.

946 *Altech Advanced Materials AG* – Einladung zur ordentlichen Hauptversammlung 2020, S. 1 u. 4 ff., https://www.altechadvancedmaterials.com/sites/default/files/2020-04-30%20AAM_HV%20virtuell_Einladung_final.pdf (zuletzt abgerufen am 04.08.2021).

lag.⁹⁴⁷ Einige schöpften die „vollen zwei Tage“⁹⁴⁸ aus, viele wählten leicht aktionärsfreundlichere Lösungen.⁹⁴⁹ Nur ganz vereinzelt wurden Fragen bis in die Versammlung hinein entgegengenommen.⁹⁵⁰

Eine von *Redenius-Hövermann/Bannier* durchgeführte Befragung von DAX- und MDAX-Unternehmen hat ergeben, dass sich in den Hauptversammlungen der Ersteren die durchschnittliche Zahl der beantworteten Aktionärsfragen gegenüber 2019 von 115 auf 147 und die Zahl der Fragesteller von 15 auf 33 erhöht hat.⁹⁵¹ Bei den MDAX-Unternehmen war eine Steigerung der beantworteten Fragen von durchschnittlich 60 auf 76 im Jahr 2020 festzustellen.⁹⁵² Unter Heranziehung der allgemeinen Beobachtung, dass die vom Gesetzgeber befürchtete Fragenflut ausgeblieben ist,⁹⁵³ ist zu vermuten, dass die Gesellschaften tendenziell von der Nichtbeantwortung berechtigter Aktionärsfragen abgesehen haben.⁹⁵⁴ So äußern *Henning/Henke* sogar die Beobachtung, dass in der Regel alle vorab eingereichten Fragen auch beantwortet wurden.⁹⁵⁵ Positiv aufgenommen wurde die durch viele Gesellschaften vorgenommene Sortierung der Fragen nach Themenblöcken und die damit einhergehende Strukturierung der Antworten, da hierin eine Steigerung des Informationswertes gesehen wurde.⁹⁵⁶

947 Vgl. *Danwerth*, AG 2020, 776, 780; sowie *Dubovitskaya*, NZG 2020, 647, 651.

948 S.o. Zweiter Teil) A) VIII) 1) c) bb).

949 Vgl. *Danwerth*, AG 2020, 776, 780.

950 Als rare Beispiele werden die *edding AG*, die *Ming Le Sports AG* und die *S&O Beteiligungen AG* gelistet, *Danwerth*, AG 2020, 776, 780; zudem nennt *Tüngler*, Board 2020, 222, 223 noch die *Fernheizwerk Neukölln AG*.

951 *Redenius-Hövermann/Bannier*, ZIP 2020, 1885, 1891.

952 *Redenius-Hövermann/Bannier*, ZIP 2020, 1885, 1891.

953 So *Kraut*, Virtuelle Hauptversammlung: Aktionärsrechte in der Versammlungspraxis der DAX-Unternehmen, 24.06.2020, <https://www.taylorwessing.com/de/insights-and-events/insights/2020/06/virtuelle-hauptversammlung-aktionaeers-echte-in-der-versammlungspraxis-der-dax-unternehmen> (zuletzt abgerufen am 25.08.2021).

954 In diese Richtung gehend auch *Vossius*, notar 2020, 328, 331, dessen Erfahrung nach die Versammlungsleiter in der Regel überdeutlich darauf hingewiesen haben, dass man sich beim Beantworten von Fragen am bewährten § 131 AktG orientiert habe.

955 *Henning/Henke*, Audit Committee Quarterly II/2020, 37, 39; ebenso *Danwerth*, AG 2021, 613, 618; sowie *Martin/Labas/Freutel*, DIRK-IR-Guide, S. 20; ähnlich *Rieckers*, DB 2021, 98, 100.

956 *Vossius*, notar 2020, 328, 330.

4) Widerspruchsmöglichkeit

Die gem. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 COVID-GesRG erforderliche Möglichkeit zur Ausübung des Widerspruchs wurde den Aktionären in allen Fällen eingeräumt.⁹⁵⁷ Nach den Beobachtungen von *Noack/Zetzsche* wurde von dieser Möglichkeit, mutmaßlich „um Protest gegen den Ausschluss der (Klein-) Aktionäre auszudrücken“, reichlich Gebrauch gemacht.⁹⁵⁸

5) Anträge, Wahlvorschläge und Ergänzungsverlangen

Der überwiegende Teil der Gesellschaften hat die Verpflichtung⁹⁵⁹ Anträge und Wahlvorschläge von Aktionären, die nach §§ 126, 127, 125 AktG zugänglich gemacht werden müssen, zur Abstimmung zu stellen, offenbar erkannt. So verzeichnet *Danwerth* in 55 % der Einberufungen einen dahingehenden Hinweis, in 22 % der Fälle die Ankündigung der Nichtbehandlung und in den übrigen keine Aussage dazu.⁹⁶⁰ Andere Untersuchungen kommen zu einem ähnlichen Ergebnis: Die Mehrheit der Unternehmen hat sich für die Behandlung von Anträgen und Wahlvorschlägen entschieden.⁹⁶¹

Häufig wurde in den Einberufungen zu dieser Frage ausgeführt, die Antragsstellung würde fingiert. Eine solche Fiktion, die jeder rechtlichen Grundlage entbehrt, ist gleichermaßen unschädlich wie überflüssig.⁹⁶² Im Ergebnis wurden die Anträge in diesen Fällen jedoch – wie allein erforderlich – zur Abstimmung gestellt.

Ähnliches gilt für Ergänzungsverlangen gem. § 122 Abs. 2 AktG. Auch diesbezüglich fand sich in vielen Einberufungen der Hinweis, dass innerhalb des Verlangens angekündigte Anträge in der Versammlung behandelt

957 Vgl. *Danwerth*, AG 2020, 776, 788; *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 721, 724; sowie *Teichmann/Krapp*, DB 2020, 2169, 2175 f.

958 *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 721, 724.

959 S.o. Zweiter Teil) A) VIII) 3) d) bb) (3).

960 *Danwerth*, AG 2020, 776, 782 f.

961 Vgl. *Höreth*, GWR 2020, 411 ff.; sowie *Seibt/Danwerth*, NZG 2020, 1241, 1244, wenn auch nahezu auf den gleichen empirischen Daten wie *Danwerth*, AG 2020, 776 ff. beruhend; lediglich von „zahlreichen anderen börsennotierten Aktiengesellschaften“ sprechend, *Hecker*, jurisPR-HaGesR 5/2021 Anm. 5; vgl. zu dem *Dubovitskaya*, NZG 2020, 647, 651.

962 Vgl. dazu oben Zweiter Teil) A) VIII) 3) d) bb) (3).

würden.⁹⁶³ Der praktische Umgang mit einem Ergänzungsverlangen konnte – soweit hier ersichtlich – nur bei der *Deutschen Bank AG* beobachtet werden: Am 22.04.2020 hat die *Deutsche Bank AG* im Bundesanzeiger die Ergänzung der Tagesordnung um fünf weitere Punkte – darunter Beschlussvorschläge für die Abberufung diverser Aufsichtsratsmitglieder – veröffentlicht.⁹⁶⁴ Verlangt hatte dies die Aktionärin *Riebeck-Brauerei von 1862 AG*,⁹⁶⁵ deren Vorstand mit *Karl-Walter Freitag* ein bekannter „Berufsopponent“ ist.⁹⁶⁶ Dennoch, oder gerade ob dieser Tatsachen, wurden die Beschlussvorschläge zu den ergänzten Tagesordnungspunkten von der Verwaltung zur Abstimmung gestellt.⁹⁶⁷

III) Partizipation und sonstiges Verhalten des Aktionariats

Die Partizipation der Aktionäre an einer virtuellen Hauptversammlung lässt sich zumeist mangels eingeräumter Zwei-Wege-Verbindung nicht an einem „virtuellen Saalgeschehen“ bemessen. Zur Quantifizierung stehen allein die Kapitalpräsenz, sowie die Zahl der Fragensteller, Fragen und Widersprüche zur Verfügung. Die durchschnittliche Präsenzquote bei DAX-Hauptversammlungen im Jahr 2020 hat sich gegenüber 2019 leicht erhöht.⁹⁶⁸ Dies wird teilweise auf das Angebot des virtuellen Formats zurückgeführt.⁹⁶⁹ Allerdings hat sich zum einen die DAX-Zusammensetzung

963 *Rieckers*, DB 2021, 98, 101.

964 Vgl. Ergänzung der Tagesordnung der Hauptversammlung, Deutsche Bank AG, Gesellschaftsbekanntmachungen vom 22.04.2020, Bundesanzeiger.

965 Vgl. Ergänzung der Tagesordnung der Hauptversammlung, Deutsche Bank AG, Gesellschaftsbekanntmachungen vom 22.04.2020, Bundesanzeiger.

966 Vgl. Handelsregisterbekanntmachung vom 20.12.2012, Amtsgericht Wuppertal Aktenzeichen: HRB 8380, https://www.handelsregisterbekanntmachungen.de/s/kripte/hrb.php?rb_id=864142&land_abk=nw (zuletzt abgerufen am 25.08.2021), „Riebeck-Brauerei von 1862 Aktiengesellschaft [...] Bestellt als Vorstand: Freitag, Karl-Walter“.

967 Vgl. Deutsche Bank AG – Hauptversammlung 2020 – Abstimmungsergebnisse, https://hauptversammlung.db.com/de/docs/HV_2020_Abstimmungsergebnisse.pdf (zuletzt abgerufen am 04.08.2021).

968 Vgl. *Ruppert/Schöning*, ZCG 2021, 214, 218; sowie *Schnorr*, Barkow Consulting GmbH, COVID-19 treibt HV-Präsenz auf Rekordniveau, <http://www.barkowconsulting.com/neuer-rekord-bei-hv-praesenz-2020-im-dax-30/> (zuletzt abgerufen am 04.08.2021); darauf Bezug nehmend *Teichmann/Krapp*, DB 2020, 2169, 2177.

969 So *Teyssen/Würzberger*, in: *Kurvenlage – 1. Halbjahr 2020*, S. 12, 13; wohl auch *Redenius-Hövermann/Bannier*, ZIP 2020, 1885, 1893.

verändert und zum anderen ist die Abweichung eher marginal.⁹⁷⁰ Eine Kausalität der virtuellen Hauptversammlung für höhere Präsenzquoten kann somit noch nicht seriös festgestellt werden.⁹⁷¹ Die Anzahl der Fragesteller und der beantworteten Fragen zeigt eine Steigerung der dahingehenden Aktionärsaktivität.⁹⁷² Eine deutliche Steigerung der Aktionärsaktivität ist bei der Einlegung von Widersprüchen zu verzeichnen.⁹⁷³

IV) Kompetenzverständnis

Nach hiesigem Verständnis handelt es sich bei der virtuellen Hauptversammlung gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG um eine vollwertige Hauptversammlung im aktienrechtlichen Sinne inklusive aller damit einhergehender Kompetenzen.⁹⁷⁴ Dies entspricht offenbar auch dem Verständnis der Hauptversammlungspraxis im Jahr 2020. Eine Beschränkung auf bestimmte Beschlussgegenstände ist hier nicht erfolgt; vielmehr wurde die virtuelle Hauptversammlung verbreitet für die Beschlussfassung über Satzungsänderungen und teilweise auch Strukturmaßnahmen genutzt.⁹⁷⁵

V) Sonstige Bilanz des virtuellen Formats

Was die virtuelle Hauptversammlung gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG ohne Frage ermöglicht hat, ist eine formelle Beschlussfassung ohne Ansteckungsgefahren und ohne Konflikte mit öffentlich-rechtlichen Vorgaben in Krisenzeiten. Auch der erheblich verringerte Teilnahmeaufwand für die Aktionäre ist positiv hervorzuheben. Vollständig weggefallen sind hier Reise- und Übernachtungskosten. Reduziert hat sich in vielen Fällen auch der Zeitaufwand für die Rechtswahrnehmung: So hat sich die

970 Vgl. *Schnorr*, Barkow Consulting GmbH, COVID-19 treibt HV-Präsenz auf Rekordniveau, <http://www.barkowconsulting.com/neuer-rekord-bei-hv-praesenz-2020-im-dax-30/> (zuletzt abgerufen am 04.08.2021).

971 So auch *Cyglakow*, Die virtuelle Hauptversammlung, S. 155 f.; zuvor *Rieckers*, DB 2021, 98; *Ruppert/Schöning*, ZCG 2021, 214, 220; sowie *Teichmann/Krapp*, DB 2020, 2169, 2177.

972 S.o. Zweiter Teil) E) II) 3).

973 *Seibt/Danwerth*, NZG 2020, 1241, 1243, vgl. auch *Lieder*, ZIP 2021, 161, 162.

974 S.o. Zweiter Teil) A) VIII) 6).

975 Vgl. mit weiteren Beispielen und Einzelnachweisen *Seibt/Danwerth*, NZG 2020, 1241, 1244.

durchschnittliche Hauptversammlungsdauer gegenüber 2019 sowohl bei den DAX- als auch den MDAX-Gesellschaften erheblich reduziert.⁹⁷⁶ Auch zwingt die Partizipation an einer virtuellen Hauptversammlung nicht zum Aufbringen eines (ganzen) Urlaubs- oder Arbeitstages, sondern lässt sich in vielen Fällen in einen gewöhnlichen Tagesablauf integrieren. Auch auf Seiten der Gesellschaften sind erhebliche Kostenvorteile vermeldet worden. Weggefallen sind etwa die Kosten für Raummiete, Sicherheitspersonal, Backoffice und Catering, während sich lediglich die IT-Kosten erhöht haben.⁹⁷⁷ So konnte die Bayer AG im Jahr 2020 gegenüber dem Vorjahr 2,5 Millionen Euro und damit gut 70 % ihrer Hauptversammlungskosten einsparen.⁹⁷⁸ Ähnliches wurde auch bei den übrigen großen Kapitalgesellschaften beobachtet.⁹⁷⁹ Hier besteht weiteres Kostensenkungspotential durch eine zunehmende Routine und möglicherweise die Entstehung eines größeren Marktes, auf dem die Dienstleister um Aufträge konkurrieren.⁹⁸⁰ In Anbetracht der üblichen Hauptversammlungskosten in Millionenhöhe könnte die kostengünstiger durchführbare virtuelle Hauptversammlung somit zu finanziellen Entlastungen geführt haben.⁹⁸¹

Weit verbreitet wurde eine verbesserte Qualität der Fragenbeantwortung oder ein insgesamt höherer Informationsgehalt der Versammlung beobachtet.⁹⁸² Beides wird auf die Pflicht zur Vorabreichung der Fragen zurückgeführt, die der Verwaltung eine Strukturierung der Fragen, sowie eine sorgfältige Vorbereitung der Antworten ermöglicht habe.⁹⁸³ Andere bemängeln umgekehrt eine wenig abwechslungsreiche Fragenbeantwortung.

976 Vgl. *Redenius-Hövermann/Bannier*, ZIP 2020, 1885, 1891.

977 Vgl. *Schnorr*, Barkow Consulting GmbH, Virtuelle HV: Für Kleinanleger geht's nicht nur um die Wurst!, <https://www.barkowconsulting.com/virtuelle-hv-besch-aedigt-corporate-governance/> (zuletzt abgerufen am 04.08.2021).

978 *Ridder*, Virtuelle Hauptversammlung kommt Bayer 2,5 Millionen Euro billiger, 28.04.2020, <https://www.finanzen.net/nachricht/aktien/geld-gespart-virtuelle-hauptversammlung-kommt-bayer-2-5-millionen-euro-billiger-8796378> (zuletzt abgerufen am 25.06.2021).

979 *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 721, 724; vgl. zudem ohne Differenzierung nach Eigenheiten der Gesellschaft *Cyglakow*, Die virtuelle Hauptversammlung, S. 159 f.

980 Vgl. *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 721, 724.

981 Vgl. *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 273; *Noack*, in: *Zetzsche*, Die Virtuelle Hauptversammlung, S. 13, 17 (Rn. 11); sowie *Rieckers*, DB 2021, 98.

982 Vgl. *Altmeyden et alii*, als: *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung*, AG 2021, 380; vgl. *Danwerth*, AG 2020, 776, 780; vgl. *Franzmann/Brouwer*, AG 2020, 921, 922 f.; *Herrler*, DNotZ 2020, 468, 491; *Rieckers*, DB 2021, 98, 100; sowie *Vossius*, notar 2020, 328, 330.

983 Vgl. *Altmeyden et alii*, als: *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung*, AG 2021, 380; vgl. *Rieckers*, DB 2021, 98, 100.

tung, bei der stundenlang über Papier gebeugte Vorstandsmitglieder vorgefertigte Manuskripte verlasen.⁹⁸⁴

In technischer Hinsicht verliefen die virtuellen Hauptversammlungen dem Vernehmen nach weitgehend reibungslos.⁹⁸⁵ Lediglich bei der RWE AG sei es in Folge eines technischen Angriffs zur kurzzeitigen Störung des Livestreams gekommen, wobei die Probleme schnell behoben werden konnten.⁹⁸⁶

Nichtsdestotrotz ist massive Kritik am virtuellen Format geäußert worden. Es wurde gar die Befürchtung einer Hauptversammlung als „als nordkoreanischer Parteitag online“ geäußert.⁹⁸⁷ Kritisiert wurden vornehmlich der fehlende aktive, zweiseitige Austausch von Meinungen in der Hauptversammlung auf Grund des ersatzlosen Entfalles der bisher bekannten Aussprache, sowie eine möglicherweise abnehmende Identifikation der (Klein-)Aktionäre mit den Unternehmen mangels tatsächlicher Berührungspunkte mit der Verwaltung.⁹⁸⁸

VI) Zwischenfazit

Insgesamt lässt sich über die Umsetzungspraxis in der ersten Saison der virtuellen Hauptversammlung ein positives Urteil fallen: Trotz der bekannten Widrigkeiten war es den Unternehmen hierdurch möglich Hauptversammlungen abzuhalten, Beschlüsse zu fassen und in Krisenzeiten möglicherweise dringend erforderliche Maßnahmen zu ergreifen. Dies hat vielleicht nicht zuletzt dazu beigetragen, dass die wirtschaftlichen Verwerfungen weniger gravierend ausgefallen sind, als teilweise befürchtet wurde. Gleichzeitig muss konstatiert werden, dass die Gesellschaften selbst unter eindrücklichen Mahnungen – erinnert sei etwa an die Warnung vor

984 Vgl. *Seibt/Danwerth*, NZG 2020, 1241, 1243.

985 Vgl. *Altmeyden et alii*, als: *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung*, AG 2021, 380; *Cyglakow*, Die virtuelle Hauptversammlung, S. 159; *Rieckers*, DB 2021, 98; *Lieder*, ZIP 2021, 161, 162; *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 721, 722; *Noack*, NZG 2021, 1233, 1234; sowie *Teichmann/Krapp*, DB 2020, 2169, 2172.

986 *Teichmann/Krapp*, DB 2020, 2169, 2172.

987 *Vossius*, in: *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht aktuell, April 2020, der damit vor einer zu starken Beschränkung der Aktionärsrechte durch die Unternehmen im Rahmen der Gestaltungsspielräume des COVID-GesRG warnte.

988 Vgl. *Schnorr*, Barkow Consulting GmbH, Virtuelle HV: Für Kleinanleger geht's nicht nur um die Wurst!, <https://www.barkowconsulting.com/virtuelle-hv-besch-aedigt-corporate-governance/> (zuletzt abgerufen am 04.08.2021).

F) Folgen für Funktion, Stellung und Bedeutung der Hauptversammlung

dem „nordkoreanischen Parteitag online“⁹⁸⁹ – ihren Gestaltungsspielraum häufig zu Lasten der Aktionäre ausgeübt haben.⁹⁹⁰ Insbesondere die bilaterale Kommunikation wurde weitestgehend beseitigt. Auch die Missachtung der Antrags- und Wahlvorschlagsrechte der Aktionäre durch einige Gesellschaften ist Grund zur Kritik an den praktizierten Formaten. Die Hoffnung, dass weitgehende Gestaltungsfreiheiten der Verwaltung einen „Wettbewerb der besten Umsetzung“⁹⁹¹ einsetzen lassen würden, hat sich zerschlagen.⁹⁹² Vielmehr hat das gesetzgeberische Konzept der Mindestvoraussetzungen eine Hauptversammlungskultur der „minimalen Lästigkeit“ geradezu gefördert. Im Ergebnis steht somit sicherlich ein Interaktions- und möglicherweise daraus folgend ein Kontrolldefizit.⁹⁹³ Nicht nur unter Gesichtspunkten der Aktionärsrechte, sondern auch der Investor Relations erscheint diese Orientierung der Unternehmen an den Mindeststandards fragwürdig. Für das zuvor gefällte positive Urteil bedeutet dies, dass es einer Einschränkung bedarf: Positiv ja, aber eben nur in Anbetracht der widrigen äußeren Bedingungen und der Unsicherheiten aus Mangel an Erfahrungswerten.

F) Folgen für Funktion, Stellung und Bedeutung der Hauptversammlung

Eine zentrale Frage der gesamten Untersuchung ist, welche Auswirkungen die Digitalisierung auf die Funktion, die Stellung und die Bedeutung der Hauptversammlung innerhalb der Aktiengesellschaft hat. Das COVID-GesRG und die unter dessen Geltung abgehaltenen virtuellen Hauptversammlungen zeigen einige dieser Auswirkungen eindrucklich auf.

989 *Vossius*, in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht aktuell, April 2020.

990 Vgl. *Redenius-Hövermann/Bannier*, ZIP 2020, 1885, 1891; vgl. zudem auch Kraut, Taylor Wessing, Virtuelle Hauptversammlung: Aktionärsrechte in der Versammlungspraxis der DAX-Unternehmen, <https://www.taylorwessing.com/de/insights-and-events/insights/2020/06/virtuelle-hauptversammlung-aktionarsrechte-in-der-versammlungspraxis-der-dax-unternehmen> (zuletzt abgerufen am 04.08.2021).

991 *Höreth/Pickert*, in: Semler/Volhard/Reichert, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, § 7 Rn. 78.

992 Ähnlich *Schindler/Schaffner*, Virtuelle Beschlussfassung, Rn. 346.

993 So auch *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 721, 723.

I) Folgen für die Funktionen der Hauptversammlung

Als aktienrechtlich zugewiesene Kernfunktionen der Hauptversammlung bestehen vorrangig ihre Funktionen als Willensbildungs- und nachrangig als Vertretungsorgan.⁹⁹⁴ Darüber hinaus ist es unter den Aktiengesellschaften Usus geworden, die Hauptversammlung als Marketing-Instrument zu nutzen.⁹⁹⁵ Anzeichen für Auswirkungen der Virtualisierung auf ihre Nebenfunktion als Vertretungsorgan sind nicht ersichtlich. Weitere Ausführungen dazu unterbleiben daher.

1) Die Hauptversammlung als Willensbildungsorgan

Die Willensbildung der Hauptversammlung gipfelt in der Beschlussfassung und Beschlussfeststellung. Beides kann auch im Rahmen einer virtuellen Hauptversammlung ohne ersichtliche Defizite erfolgen. In Vorbereitung dieser formalen Abschlussakte muss der Wille der Hauptversammlung materiell gebildet werden, indem sich die einzelnen Aktionäre für ein bestimmtes Stimmverhalten bei der Beschlussfassung entscheiden.

Nach dem Idealbild der Hauptversammlung als Sitz der Aktionärsdemokratie soll diese Entscheidung unter dem Eindruck der erfragten, Informationen, der Redebeiträgen und Anträge der Mitaktionäre sowie des Diskurses mit den anderen Hauptversammlungsteilnehmern getroffen werden.⁹⁹⁶ Von diesem Idealbild ist die durch § 1 Abs. 2 COVID-GesRG gestattete virtuelle Hauptversammlung in ihrer durch die praktische Umsetzung typischerweise gewonnenen Form weit entfernt:

Einerseits wurden die gestellten Aktionärsfragen in der Praxis durchweg beantwortet, wobei auf Grund der durch die Vorabreichungsfrist bestehenden Vorbereitungszeit und der vielfach erfolgten Strukturierung von Fragen und Antworten von einigen Beobachtern ein erhöhter Informationsgehalt proklamiert wurde.⁹⁹⁷ Andererseits bestand die Gelegenheit, unklare Antworten durch Nachfragen präzisieren zu lassen, zulässigerweise fast nie. Ein Diskurs der Aktionäre auf einer gesellschaftsseitig gewährten Plattform wurde im Einklang mit den gesetzgeberischen Bestimmungen

994 S.o. Erster Teil) A) I).

995 S.o. Erster Teil) A) I) 3).

996 Vgl. oben Erster Teil) A) I).

997 Zu diesen Beobachtungen vgl. oben Zweiter Teil) E) II) 3).

in der Regel nicht ermöglicht.⁹⁹⁸ Persönliche Absprachen, spontane Koalitionsbildungen und Ähnliches konnten nicht innerhalb eines weiten Forums erfolgen.⁹⁹⁹ Auch die Dynamik, die Präsenzversammlungen typischerweise auf Grund von Aktionärsbeiträgen oder Vorstandsaussagen entwickeln und zumindest private Investoren in ihrem Abstimmungsverhalten beeinflussen kann, konnte so nicht entstehen.¹⁰⁰⁰ Zudem stellte der in der Saison 2020 gleichermaßen häufig¹⁰⁰¹ wie rechtswidrig¹⁰⁰² erfolgte Ausschluss des Antragsrechts der Aktionäre eine Beeinträchtigung des Willensbildungsprozesses dar. Auch *Atta*, die einen Ausschluss des Antragsrechts im Jahr 2020 – entgegen der hier vertretenen Auffassung – für zulässig hielt, sah darin ein erhebliches Missbrauchspotential für die Verwaltung beispielsweise Anträge auf Sonderprüfungen zu vereiteln¹⁰⁰³ und somit eine Willensbildung in unliebsamen Punkten auszuschließen oder zu beschränken. Die Legitimation einer dennoch erfolgenden formalen Beschlussfassung kann grundlegend in Frage gestellt werden. So kann die dadurch vorherrschende Kombination aus Ausschluss des Diskurses und Beschränkung des Antragsrechts dazu führen, dass die – im Zweifel noch mit (institutionellen) Großaktionären gemeinsam ausgearbeiteten oder jedenfalls abgestimmten –¹⁰⁰⁴ Verwaltungsvorschläge mit hoher Wahrscheinlichkeit unverändert angenommen werden. Eine Manifestation des Aktionärswillens kann in solchen Beschlüssen kaum gesehen werden. Ein über Symbolik und „Förmelei“ hinausgehender Zweck kann ihnen dann schwerlich noch beigemessen werden.

998 Eine Möglichkeit zur Kontaktaufnahme mit anderen Aktionären wurde von den zuvor betrachteten Gesellschaften (s.o. Zweiter Teil E)), soweit ersichtlich, nicht in Textform und erst recht nicht in audiovisueller Form bereitgestellt. Inwiefern die Aktionäre hierfür auf gesellschaftsfremde (soziale) Netzwerke ausgewichen sind, kann nicht beurteilt werden. Eine der „Hauptversammlungsoffentlichkeit“ entsprechende Reichweite könnte darüber jedoch wohl ohnehin kaum erreicht werden.

999 *Rapp*, DStR 2020, 806, 810.

1000 Vgl. zur Frage der Abbildbarkeit dieser Dynamik auf digitalem Wege, *Rapp*, DStR 2020, 806, 810.

1001 S.o. Zweiter Teil E) II) 5).

1002 Vgl. oben Zweiter Teil A) VIII) 3) d) bb) (3).

1003 Vgl. *Atta*, WM 2020, 1047, 1051.

1004 Hierzu ausführlich mir weiteren Nachweisen *Teichmann/Wicke*, ZGR 2021, 173, 179 ff., die darlegen, dass institutionelle Investoren die Hauptversammlung kaum zur Ausübung ihres Einflusses nutzen, sondern bei Bedarf informelle Gespräche mit dem Vorstand oder Aufsichtsrat führen, um darin ihre Interessen geltend zu machen.

Ihre Funktion als Willensbildungsorgan kann die virtuelle Hauptversammlung gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG beim Vergleich mit ihrem Idealbild somit nur eingeschränkt erfüllen. Ihr Hauptzweck und damit ihre Bedeutung muss insofern als beschädigt angesehen werden.

Rückt man allerdings von der Betrachtung des Idealbilds einer Hauptversammlung ab und stellt den Vergleich zum realen, physischen Äquivalent der letzten Jahre an, fällt das Urteil milder aus:

(Auch) im Falle von Präsenzversammlungen ist die eigentliche Willensbildung regelmäßig schon im Vorfeld erfolgt.¹⁰⁰⁵ So werden Stimmrechte mittels Vollmachten und Briefwahl überwiegend zeitlich vor der Hauptversammlung ausgeübt.¹⁰⁰⁶ Die Mehrheitsfindung ist bei Eröffnung der Versammlung häufig schon abgeschlossen.¹⁰⁰⁷ (Institutionelle) Großaktionäre haben ihren Einfluss bereits im Vorfeld in informellen Gesprächen mit Vorstand und Aufsichtsrat¹⁰⁰⁸ geltend gemacht und im Zweifel für eine Anpassung der Verwaltungsvorschläge in ihrem Sinne gesorgt.¹⁰⁰⁹ Dass der Debatten- oder sonstige Hauptversammlungsbeitrag eines Einzelnen einen ernstzunehmenden Einfluss auf das Abstimmungsergebnis hat, ist auch hier somit eher unwahrscheinlich.¹⁰¹⁰ In Anbetracht der bisherigen Funktionserfüllung der Präsenzversammlung¹⁰¹¹ ist von einer allzu harschen Beurteilung der virtuellen Hauptversammlung abzusehen.

2) Die Hauptversammlung als Marketing-Instrument

Die Präsenzhauptversammlungen großer Kapitalgesellschaften werden häufig für Marketing-Zwecke benutzt und sind teilweise zu einem wichti-

1005 Vgl. *Franzmann/Brouwer*, AG 2020, 921, 923; *Hofstetter*, ZGR 2008, 560, 584; sowie *Seibt/Danwerth*, AG 2021, 369, 370 f.

1006 Vgl. *Altmeyen et alii*, als: *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung*, AG 2021, 380; vgl. *Bachmann*, in: FS Roth, S. 37, 40; *Franzmann/Brouwer*, AG 2020, 921, 923.

1007 *Franzmann/Brouwer*, AG 2020, 921, 923; vgl. *Noack*, in: FS Westermann, S. 1203, 1220; *Wymeersch*, in: FS Lutter, S. 213, 222.

1008 Ausführlich zur Kommunikation des Aufsichtsrats mit Marktteilnehmern, *Holle*, ZIP 2019, 1895 ff.

1009 Vgl. mit weiteren Nachweisen *Teichmann/Wicke*, ZGR 2021, 173, 179 ff.; sowie *Wymeersch*, in: FS Lutter, S. 213, 222.

1010 Vgl. *Bachmann*, in: FS Roth, S. 37, 40.

1011 Dazu auch *Franzmann/Brouwer*, AG 2020, 921, 923, „Geblieden ist eine Präsenzveranstaltung mit überwiegendem Eventcharakter, der in nur sehr beschränktem Maße der Erfüllung der heute verbliebenen und früheren zentralen aktienrechtlichen Funktionen der HV dient.“

gen Investor-Relation-Event geworden.¹⁰¹² Dabei gilt es zum einen den Aktionär als potentiellen Produktkunden als auch zwecks Aktienmarketing zu adressieren.¹⁰¹³ Die virtuelle Hauptversammlung gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG kann diese Funktion nur sehr eingeschränkt erfüllen. Manche Gesellschaften haben über das Einspielen von Imagefilmen oder Ähnlichem versucht diesen Verlust zu begrenzen.¹⁰¹⁴ Die Bindung der Aktionäre an das Unternehmen durch Vermittlung eines persönlichen Kontaktes oder persönlicher Nähe lässt sich im virtuellen Format indes schwerlich erreichen.¹⁰¹⁵ Auch die üblichen Produktvorstellungen mit Messeatmosphäre verlieren digital an Ausdrucksvermögen. Zuletzt mag auch die zwangsläufige Streichung der „Naturaldividende“ bei einzelnen Kleinaktionären zu Unmut oder dem Gefühl mangelnder Aufmerksamkeit führen und das Instrument der Aktienanlage für ihn jedenfalls nicht attraktiver machen.¹⁰¹⁶ Eine Stärkung der Aktienkultur ist so nicht zu erreichen. Allerdings sollte dieses „Defizit“ der virtuellen Hauptversammlung nicht überbewertet werden: So handelt es sich beim Marketing um einen Zweck, der weder gesetzlich vorgesehen ist noch notwendigerweise mit der Hauptversammlung zeitlich und örtlich verknüpft sein muss, sondern regelmäßig nur „bei Gelegenheit“ derselbigen verfolgt wird. Diesbezüglich merken *Franzmann/Brouwer* an, dass die „Kundenbindung“ zwischen Aktionär und Gesellschaft schon längst über vielfältige Kapitalmarktinformationen, Zwischenberichte sowie „Roadshows“ erfolge.¹⁰¹⁷

II) Folgen für die Stellung der Hauptversammlung im Organgefüge

An der formalen Stellung der Hauptversammlung im aktienrechtlichen Organgefüge hat das COVID-GesRG keine Änderungen vorgenom-

1012 S.o. Erster Teil) A) I) 3).

1013 S.o. Erster Teil) A) I) 3).

1014 Eine ähnliche Wahrnehmung wiedergebend, *Seibt/Danwerth*, NZG 2020, 1241, 1242.

1015 Vgl. *Höreth*, in: Semler/Volhard/Reichert, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, § 7a Rn. 79.

1016 Vgl. *Schnorr*, Barkow Consulting GmbH, Virtuelle HV: Für Kleinanleger geht's nicht nur um die Wurst!, <https://www.barkowconsulting.com/virtuelle-hv-beschaedigt-corporate-governance/> (zuletzt abgerufen am 04.08.2021).

1017 *Franzmann/Brouwer*, AG 2020, 921, 923.

men.¹⁰¹⁸ Dennoch bringt die virtuelle Hauptversammlung gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG faktisch auch hier Veränderungen mit sich.

Betroffen ist vor allem ihre Stellung als Kontrollinstanz.¹⁰¹⁹ Durch die mit der virtuellen Hauptversammlung einhergehende Distanz der Verwaltung zu den Aktionären wird die Stellung der Hauptversammlung als Korrektiv und Kontrolleur des Verwaltungshandelns beeinträchtigt.¹⁰²⁰ Dies gilt nicht nur für die mittels des Entlastungsbeschlusses gem. § 120 Abs. 1 S. 1 AktG zu äußernde Billigung der Verwaltung, die mangels einer, mögliche Missstände betonenden, Aussprache an Aussagekraft einbüßt, sondern auch für die Kontrolle¹⁰²¹ der Verwaltungsvorschläge im Wege ihrer Gegenüberstellung mit Wahlvorschlägen und Gegenanträgen der Aktionäre. *Noack/Zetzsche* attestieren der virtuellen Hauptversammlung daher ein „deutliches Interaktions- (und wohl auch Kontroll-) Defizit“.¹⁰²² Dies ist zwar keine zwingende Folge des § 1 Abs. 2 COVID-GesRG, der auch eine Ausgestaltung der Versammlung mit Gewährung sämtlicher Aktionärsrechte gestatten würde, jedoch in Anbetracht seiner weitreichenden Möglichkeiten Aktionärsrechte zu beschränken, eine typische.

Während die Kompetenz für die Entscheidung über Digitalisierungselemente in einer Präsenzhauptversammlung gem. § 118 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, Abs. 4 AktG bei der Hauptversammlung als Satzungsgeberin liegt, hat das COVID-GesRG eine vollständige Anwachsung dieser und neuer Kompetenzen beim Vorstand – obschon unter dem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates – bewirkt. Auch durch diese Machtverlagerung wird die Stellung der Hauptversammlung geschwächt. Mangels Möglichkeit einer (Präsenz-)Hauptversammlung die nun dem Vorstand zugewiesenen Entscheidungen vorzulegen, erscheint das Vorgehen des Gesetzgebers in der Krise alternativlos.¹⁰²³ Eine dauerhafte Implementierung solcher, das aktienrechtliche Kompetenzgefüge zu Lasten der Eigentümerkontrolle verschiebenden Regelungen, ist nicht zu befürworten. Würde dem Vorstand

1018 Vgl. zur Stellung der Hauptversammlung im Organgefüge oben Erster Teil) A) III).

1019 Bezüglich der vorgesehenen Stellung der Hauptversammlung als Kontrollinstanz im Organgefüge vgl. *Schmitz*, Einfluß neuer Technologien, S. 2 f.

1020 Vgl. *Quass*, NZG 2021, 261 f.

1021 Bezüglich der Stellung der Hauptversammlung bei der Kontrolle der Verwaltung und ihrer Vorschläge, vgl. *Schmitz*, Einfluß neuer Technologien, S. 2 f.

1022 So *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 721, 723.

1023 Ähnlich *Schnorr*, Barkow Consulting GmbH, Virtuelle HV: Für Kleinanleger geht's nicht nur um die Wurst!, <https://www.barkowconsulting.com/virtuelle-hv-beschaedigt-corporate-governance/> (zuletzt abgerufen am 04.08.2021).

dauerhaft die Entscheidung über Beschränkungen der Aktionärsrechte mittels der Wahl eines bestimmten Hauptversammlungsformates zustehen, würde dies einem kaum nachweisbaren Missbrauch Tür und Tor öffnen.¹⁰²⁴ Die Versuchung für den Vorstand unliebsame Aussprachen oder sogar Beschlussfassungen mittels der Wahl des Hauptversammlungsformates gezielt zu vermeiden und damit bestimmte Aspekte der Eigentümerkontrolle zu entziehen, liegt auf der Hand. Nach alledem muss die Gestaltung der Eigentümerversammlung Hoheitsrecht der Eigentümer selbst bleiben. Eine Delegation dieser Rechte darf allenfalls in Satzung oder Geschäftsordnung, nicht aber durch den Gesetzgeber erfolgen.

Schon länger wurde im Schrifttum die Hoffnung geäußert, dass eine Virtualisierung der Hauptversammlung langfristig zu einem Kompetenzzuwachs und damit einer (Rück-)Erlangung einer stärkeren Stellung im Organgefüge als effektive Kontroll- und Beschlussorgan in schwerwiegenden Entscheidungen führen würde.¹⁰²⁵ Hintergedanke dessen ist die Vorstellung, dass eine ideale virtuelle Hauptversammlung kurzfristig, kostengünstig und unkompliziert einzuberufen und entscheidungsbereit ist.¹⁰²⁶ Dadurch könnten einige Argumente gegen einen Kompetenzzuwachs der Hauptversammlung und vermehrte (verpflichtende) Vorstandsvorlagen gem. § 119 Abs. 2 AktG, welche bislang aus Kosten-Nutzen-Erwägungen oder unter Verweis auf die Schwerfälligkeit der Hauptversammlung unterbleiben (können), entkräftet werden.¹⁰²⁷ Dass eine dahingehende Folge bereits in den Jahren 2020 oder 2021 eingetreten wäre, ist nicht ersichtlich, was jedoch in Anbetracht der noch erfolgenden Gewöhnung der Verwaltungen an das virtuelle Format noch nicht gegen die vorstehenden Annahmen spricht. Eine dadurch gestärkte Organstellung der Hauptversammlung kann (bislang) insgesamt noch nicht bestätigt werden.

1024 In eine ähnliche Richtung deutend auch *Tröger*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, AktG § 118 Rn. 36.

1025 Dahingehende Gedanken äuernd etwa *Habersack*, ZHR 2001, 172, 195 f.; sowie *Pielke*, Die virtuelle Hauptversammlung, S. 191.

1026 Vgl. insbesondere bezüglich des Kostenarguments *Pielke*, Die virtuelle Hauptversammlung, S. 191 f.

1027 Vgl. *Habersack*, ZHR 2001, 172, 195 f.; vgl. *Pielke*, Die virtuelle Hauptversammlung, S. 191.

III) Folgen für die Bedeutung der Hauptversammlung

Bereits zu Beginn der Arbeit wurde darauf hingewiesen, dass sich die tatsächliche Bedeutung der Hauptversammlung über ihre formale Stellung im Organgefüge und ihre Kompetenzen hinaus insbesondere an der Beschlusslegitimation verleihenden Kapitalpräsenz, sowie der Mobilität und Zweckmäßigkeit derselben bemessen lässt.¹⁰²⁸ Auch diese Faktoren könnten durch die virtuelle Hauptversammlung gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG beeinflusst worden sein.

1) Kapitalpräsenz und Legitimation

Eine hohe Kapitalpräsenz stärkt die Legitimation von Hauptversammlungsbeschlüssen.¹⁰²⁹ Dies gilt nicht zuletzt deshalb, da hierdurch Zufallsmehrheiten verhindert werden.¹⁰³⁰ Die gegenüber 2019 allenfalls moderat gestiegenen Präsenzquote in der Saison 2020¹⁰³¹ kann hier keinen relevanten Unterschied zu den Legitimationsrisiken einer Präsenzversammlung bilden. Ein Risiko für Zufallsmehrheiten bestand bei den Hauptversammlungen in den Jahren 2020 und 2021 dennoch faktisch nicht: Eine spontane Antragsstellung war in allen hier untersuchten Fällen aus dem Jahr 2020 ausgeschlossen und selbst nach der gesetzgeberischen Klarstellung in § 1 Abs. 2 S. 3 COVID-GesRG n.F. nicht vorzusehen.

2) Immobilität

In Erwägung gezogen werden könnte, dass die aus eine breiten Streubesitz resultierende Schwierigkeit, Mehrheiten jenseits der Verwaltungsvorschläge zu erzielen, durch den Einsatz digitaler horizontaler Kommunikation zwischen den Aktionären reduziert werden könnte. Schlussendlich könnte so die Schwerfälligkeit der Hauptversammlung vermindert und ihre Bedeutung hin zu der eines agilen Entscheidungsorgans gestärkt werden. Horizontale Kommunikationsmöglichkeiten wurden den Aktionären von den Gesellschaften weder im Jahr 2020 noch im Jahr 2021 bereitgestellt.

1028 S.o. Erster Teil) A) IV).

1029 S.o. Erster Teil) A) IV) 1).

1030 S.o. Erster Teil) A) IV) 1).

1031 S.o. Zweiter Teil) E) III).

Vielmehr wurde durch den gleichzeitigen Ausschluss der Saalpräsenz jede Kommunikationsmöglichkeit im Rahmen der Hauptversammlung beseitigt. Ein Bedeutungswandel der Hauptversammlung kann unter diesem Aspekt nur in negativer Hinsicht verzeichnet werden.

3) Zweckfortfall

Bezüglich der Präsenzhauptversammlung wurde schon länger angemerkt, dass sie vor allem ihren Zweck als Informationsmedium der Aktionäre im Vorfeld der Beschlussfassung auf Grund der umfänglichen unterjährig Informationsversorgung und der im Vergleich dazu regelmäßig unergiebigen Hauptversammlungsinhalte, teilweise eingebüßt habe.¹⁰³² Als Reaktion darauf wird der Vorschlag vorgebracht, generell mittels einer Vorabreichung der Aktionärsfragen und der daraus resultierenden Vorbereitungszeit der Verwaltung eine Qualitätssteigerung der Antworten in der Versammlung zu erzielen.¹⁰³³ Gleichsam als Nebenfolge der aus technischen und logistischen Gründen als notwendig erachteten Beschränkung der Frageneinreichung auf das Versammlungsvorfeld, konnte diese These verifiziert werden. So wurde tatsächlich ein insgesamt gesteigerter Informationsgehalt der Verwaltungsauskünfte in den Hauptversammlungen beobachtet.¹⁰³⁴ Dem Zweck der Versammlung als Informationsmedium der Aktionäre ist unter diesem Aspekt durch die virtuelle Hauptversammlung eine Stärkung widerfahren. Zu beachten ist allerdings, dass die Aktionärsinformation kein Selbstzweck sein, sondern maßgeblich der Beschlussvorbereitung, welche sich als mehrstufiges Verfahren darstellt, dienen soll. Aus den Verwaltungsauskünften heraus soll sich nach dem Idealbild der Hauptversammlung bei Bedarf eine Diskussion entwickeln können.¹⁰³⁵ In der Sicherstellung dieser Diskussionsmöglichkeit besteht ein weiterer Zweck der Hauptversammlung und der Bindung des Stimmrechts an die-

1032 S.o. Erster Teil) A) IV) 3).

1033 *Decher*, in: Hirte/Mülbert/Roth, Aktiengesetz, Großkommentar der Praxis, AktG § 131, Rn. 43; vgl. zudem *Habersack*, ZHR 2001, 172, 199; *Mutter*, Auskunftsansprüche des Aktionärs in der HV, S. 3; sowie *Roth*, in: FS Windbichler, S. 963, 971, wenn auch jeweils ohne expliziten Verweis auf die zu erwartenden Qualitätssteigerungen; ebenfalls schon früh für eine Vorabreichung der Fragen, wenn auch zur Minimierung von Anfechtungsmöglichkeiten *Zöllner*, AG 2000, 145, 153.

1034 S.o. Zweiter Teil) E) V).

1035 S.o. Erster Teil) A) IV) 3).

selbe.¹⁰³⁶ Der Zweck der Diskussionsmöglichkeit muss in der virtuellen Hauptversammlung gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG in ihrer praktischen Ausgestaltung als entfallen und der Zweck der Versammlungsbindung des Stimmrechts infolgedessen als beschädigt angesehen werden. Hieraus ist letztendlich ein Minderwert der Beschlussvorbereitung in der virtuellen Hauptversammlung zu folgern, der auch durch eine höhere Qualität der Verwaltungsauskünfte nicht aufgewogen werden kann. Es verbleibt somit ein Bedeutungsverlust der Hauptversammlung als Folge des partiellen Zweckfortfalls.

IV) Zwischenfazit

Den an virtuelle Hauptversammlungen geknüpften Erwartungen hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die Funktion, die Stellung und die Bedeutung der Hauptversammlung als Organ konnte die virtuelle Hauptversammlung gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG allenfalls teilweise entsprechen. Ihre Funktion als Willensbildungsorgan ist beschädigt, ihre faktische Zusatzfunktion als Marketing-Instrument weggefallen und allein ihre Nebenfunktion als Vertretungsorgan wird gewahrt. Eine durch ihre Virtualisierung gestärkte Stellung der Hauptversammlung im Organgefüge kann (bislang) nicht ausgemacht werden. So wurde ihre Stellung als Kontrollinstanz erheblich geschwächt und der erhoffte (faktische) Kompetenzzuwachs ist (noch) nicht eingetreten. Zwar konnten sich Zufallsmehrheiten nicht ergeben, jedoch erfolgte diese mögliche Legitimations- und Bedeutungsstärkung nicht auf Grund einer signifikant gestiegenen Kapitalpräsenz, sondern schlicht durch den Ausschluss spontaner Anträge und Wahlvorschläge. Auch eine Bedeutungssteigerung durch eine verstärkte Agilität der Hauptversammlung konnte die virtuelle Hauptversammlung mangels horizontaler Aktionärskommunikation nicht mit sich bringen. Auch dem häufig befürchteten oder sogar festgestellten Zweckfortfall konnte die virtuelle Hauptversammlung nicht entgegenwirken. Vielmehr wurde der Hauptversammlungszweck der Beschlussvorbereitung beschädigt und allenfalls ihr Zweck als Informationsmedium partiell gestärkt. In der Summe bleiben auf diese Weise zwar die Handlungsfähigkeit und Rechtssicherheit bestehen, dies allerdings zum Preis eines weiteren Teils der Funktion, Stellung und der Bedeutung der Hauptversammlung als Organ.

1036 Vgl. mit weiteren Nachweisen *Overrath*, Die Stimmrechtsbindung, S. 17.

G) Ergebnis des zweiten Teils: Hauptversammlungen unter dem COVID-GesRG

Unter Geltung des COVID-GesRG hat das deutsche Hauptversammlungswesen einen Digitalisierungsschub bisher ungekannten Ausmaßes erfahren. Den Weg dafür geebnet haben neben dem faktischen Zwang durch die Versammlungsverbote während der Pandemie die Bestimmungen des COVID-GesRG. Diese Bestimmungen galten und gelten – bei europarechts- und verfassungskonformer Auslegung ihrer ersten Fassung – im Ergebnis ohne signifikante materiellrechtliche Unterschiede vom 28.03.2020 bis zum 31.08.2022. Der aktualisierten Fassung kam somit im Wesentlichen nur eine klarstellende Funktion zu.

Die digitale Erweiterung von Präsenzhauptversammlungen durch Elemente der Online-Teilnahme hat weder vor noch während der Pandemie Einzug in die Hauptversammlungsgestaltung der Aktiengesellschaften gefunden. Somit waren die Regelungen des § 1 Abs. 1 COVID-GesRG vor allem nützlich, um Abweichungen von Satzungsbestimmungen, zu legitimieren. Unverzüglich durchgesetzt hat sich hingegen – wenn auch unter erheblicher Verzerrung des Ergebnisses durch die pandemische Lage – die virtuelle Hauptversammlung gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG. Die Erheblichkeit, der mit der virtuellen Hauptversammlung gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG in ihrer praktischen Ausgestaltung durch die Unternehmen einhergehenden Beschränkungen der Aktionärsrechte, kann dabei kaum überschätzt werden. Besonders deutlich wird dies bei Gegenüberstellung mit frühen Gedanken zu virtuellen Hauptversammlungen: So hielt *Roth* schon 2001 eine Zwei-Wege-Verbindung zwischen den Teilnehmern zwecks aktiver Beteiligung an der Versammlung für eins der wesentlichen Elemente einer virtuellen Hauptversammlung.¹⁰³⁷ Dennoch hielt der Krisengesetzgeber dies fast 20 Jahre später nicht für erforderlich.

Wegen dieser und der anderen im Vorhergehenden aufgezeigten Defizite der virtuellen Hauptversammlungen in Bezug auf die Gewährleistung von Aktionärsrechten kann nur unter Beachtung der besonderen äußeren Umstände von einer Vereinbarkeit der virtuelle Hauptversammlung gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG mit dem Europa- und Verfassungsrecht ausgegangen werden. Außerhalb von Krisenzeiten und ohne den Verweis auf die bis zuvor fehlenden praktischen Erfahrungswerte mit virtuellen Hauptversammlungen könnten derartige Beschränkungen der Aktionärs-

1037 *Roth*, ZIP 2003, 369, 374 f.

rechte und ihrer gerichtlichen Durchsetzbarkeit nicht gerechtfertigt werden.

Beachtenswert ist, dass nicht allein der Gesetzgeber die Beschneidung der Aktionärsrechte veranlasst hat. So hätte § 1 Abs. 1, 2 COVID-GesRG auch eine virtuelle Hauptversammlung ohne Rechtseinbußen – abgesehen vom Präsenzrecht als nicht mehr erforderliches Hilfsrecht – gestattet. Letztendlich über die Rechtseinbußen entschieden haben vielmehr die Vorstände und Aufsichtsräte der Gesellschaften. Nicht zu vernachlässigen ist allerdings, dass gerade diese Entscheidungskompetenz im Zusammenspiel mit dem gesetzgeberischen Konzept der Mindestvoraussetzungen eine Hauptversammlungskultur der „minimalen Lästigkeit“ geradezu fördert. Soll eine virtuelle Hauptversammlung ihre Zwecke vollumfänglich erfüllen, muss ihre Ausgestaltung entweder den Aktionären selbst vorbehalten bleiben und/oder in einem engeren gesetzlichen Rahmen erfolgen. Denn vorzuwerfen ist den Verwaltungen ihr Entscheidungsverhalten unabhängig von dessen Rechtmäßigkeit nicht. So wäre umgekehrt gerade die Wahl einer weniger zuverlässigen und rechtssicheren, wenn auch aktionärsfreundlicheren Variante, in Folge derer es zu Problemen gekommen wäre, den Vorständen im Nachgang vermutlich vorgeworfen worden.

Nach zwei Saisons virtueller Hauptversammlungen sind Funktionsdefizite, eine Schwächung der Stellung der Hauptversammlung im Organgefüge und ein partieller Bedeutungsverlust derselben zu verzeichnen. Darüber hinaus ist eine Schwächung der Aktienkultur, wegen einer möglicherweise als despektierlich oder vernachlässigend empfundenen Behandlung der Aktionäre als potentielle Hauptversammlungsteilnehmer, zu befürchten.

Zugleich ist festzuhalten, dass die Virtualisierung der Hauptversammlung nicht zwingend mit derartigen Beeinträchtigungen der Aktionärsrechte einhergehen muss, was sich etwa anhand der österreichischen Notfallgesetzgebung aufzeigen lässt.

Wenig überraschend, aber gleichwohl beachtenswert ist, dass auch die virtuelle Hauptversammlung gem. § 1 Abs. 2 COVID-GesRG in Anbetracht ihrer audiovisuellen Darbietungen in deutscher Sprache die Teilnahme für ausländische Investoren nur wenig attraktiver gemacht hat als ihr physisches Pendant.

Dennoch prognostizieren weite Teile der Literatur eine Ausstrahlungswirkung des Krisengesetzes auf die Gesetzgebung der nächsten Jahre.¹⁰³⁸

1038 Vgl. *Herb/Merkelbach*, DStR 2020, 811, 817; *Klöhn*, ZHR 2021, 182, 211 f.; *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 277 f.; *Schmidt*, BB 2020, 1794, 1809; *Schulze/Hanifi-Atashgah*, jurisPR-HaGesR 3/2020 Anm. 1; sowie *Wicke*,

Allerdings besteht der Wert des COVID-GesRG dabei nicht in seinen Regelungen als solchen, welche nach hier vertretener Auffassung nur sehr bedingt Modell für eine Fortentwicklung des AktG stehen sollten. Der größte Wert besteht hier vielmehr in den Erfahrungswerten¹⁰³⁹ sowie dem Dammbbruch in den Fragen der „ewigen Präsenz“ und der zwingenden Versammlungsbindung bestimmter Aktionärsrechte. Hier ist der Weg für die Diskussion über die zukünftige Gestaltung nun maßgeblich geebnet.¹⁰⁴⁰

DStR 2020, 885, 889; einer Vorbildfunktion kritisch gegenüberstehend *Tröger*, BB 2020, 1091, 1098.

1039 Ebenfalls darin einen bleibenden Wert sehend, *Weber/Sieber*, in: *Fritz*, Kommentar zum COVAbmildG, COVGesMG, § 1 Rn. 12.

1040 So auch *Noack*, in: FS Westermann, S. 1203, 1219.