Kapitel 7: Voraussetzungen und Grenzen der Rechtmäßigkeit der Online-HV in ihrem Ablauf

Während die ausschließliche Verlagerung der Versammlung ins Netz nach geltendem Recht unzulässig ist, kann die Zuschaltung zur klassischen Präsenzversammlung über das Internet möglicherweise schon derzeit Bedeutung erlangen. Daher ist die Online-HV in einem ersten Schritt auf ihre grundsätzliche Zulässigkeit hin zu überprüfen. Ist dies zu bejahen, bleibt im einzelnen zu untersuchen, ob rechtliche Bedenken gegen den Einsatz elektronischer Hilfsmittel bei der Ausübung der Aktionärsrechte oder bei Vorbereitung und Durchführung der Versammlung bestehen.

Aus den eingangs dargestellten Gründen[563] orientiert sich die Reihenfolge der Darstellung am zeitlichen Ablauf der Veranstaltung. Zur Bestimmung des Bedeutungsgehaltes der Gesetzesvorgaben kann in vollem Umfang auf die klassischen Methoden der Gesetzesauslegung zugegriffen werden[564]. Dies gilt sowohl für die Frage nach der grundsätzlichen Vereinbarkeit der §§ 118ff AktG mit dem Modell der Online-HV wie auch für die Erläuterung der einzelnen Verfahrensregeln im Lichte der Möglichkeiten, die das Internet bietet. In besonderem Maße auslegungsbedürftig und der Konkretisierung durch die Gerichte zugänglich sind die vom Gesetz verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe[565] wie beispielsweise „Übersenden" (§§ 125 Abs. 3, 128 Abs. 6 AktG), „Zugänglichmachen" (insb. §§ 126 Abs. 1, Abs. 2, 128 Abs. 2, § 129 Abs. 4 AktG) oder „Mitteilung" (insb. §§ 125 Abs. 2, 128 Abs. 1 AktG).

§ 32 Grundsätzliche Zulässigkeit

Denkbar ist ein Verstoß des Modells der Online-HV gegen die §§ 118ff AktG und gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Aktionäre (vgl. § 53a AktG).

A. Vereinbarkeit mit §§ 118 Abs. 1, Abs. 2 S. 2, 121 Abs. 3 S. 2, Abs. 5 S. 1, Abs. 6, 129 Abs. 1 S. 2 AktG

Wie bereits dargelegt, muß der von den §§ 118 Abs. 1, Abs. 2 S. 2, 121 Abs. 3 S. 2, Abs. 5 S. 1, Abs. 6, 129 Abs. 1 S. 2 AktG vorausgesetzte Versammlungsort ein

563 Siehe oben S. 26ff.
564 Siehe oben S. 107f.
565 BVerfGE 41, 314 (319f); 96, 68 (97).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

begehbarer, abgrenzbarer Raum sein. Ferner ist nur derjenige Aktionär Teilnehmer im Rechtssinne, der körperlich anwesend ist. Bei der Online-HV findet die Hauptversammlung weiterhin nur ortsgebunden statt[566]. Zugeschaltete Aktionäre votieren nicht selbst, sondern erteilen ihren Stimmrechtsvertretern Weisungen[567]. Die über das Internet teilhabenden Aktionäre sind daher auch keine Teilnehmer im Sinne von § 118 Abs. 1 AktG[568]. Da die bestehende Präsenzversammlung nicht abgeschafft, sondern nur um telekommunikative Vollmachts- und Weisungserteilung ergänzt wird, ist somit die von den §§ 118ff AktG vorausgesetzte Abhaltung an einem Ort nicht in Frage gestellt[569]. Die Möglichkeit einer Weisungserteilung via Internet, der sofort und unbedingt entsprochen wird, wirkt freilich auf den zugeschalteten Aktionär wie eine echte Teilnahme, die ihm gleichwohl bis zur Änderung der Gesetzeslage verwehrt bleiben wird[570]. Die Rechtmäßigkeit der Online-HV selbst wird davon nicht berührt.

B. Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes?

Zweifelhafte Einwände gegen die Online-HV werden mit der Begründung erhoben, die elektronische Zuschaltung von Aktionären verletze den in § 53a AktG zum Ausdruck kommenden Gleichbehandlungsgrundsatz. Dieser versichert den Aktionären einen gleichmäßigen Zugang zu den finanziellen, informationellen und sonstigen Ressourcen der Gesellschaft, läßt aber Ungleichbehandlungen unter der Voraussetzung einer sachlichen Rechtfertigung zu[571].

Teilweise wird gegen die Online-HV vorgebracht, daß eine Zwei-Klassen-Gesellschaft von physisch und virtuell anwesenden Aktionären geschaffen werde[572]. Ferner würden Aktionäre auf anderen Kontinenten mit der Zeitverschiebung belastet. Hiergegen ist einzuwenden, daß mit dem Angebot einer Internet-Zuschaltung dem Aktionär nur eine zusätzliche Möglichkeit der Teilnahme eröffnet wird[573]. Der faktische Ausschluß von der Teilnahme belastet diejenigen, die nicht eigens anreisen wollen oder können, wesentlich stärker als der Verzicht auf das Auskunftsrecht. Auch die Einschränkung, die Veranstaltung nur zu ungewöhnlichen Tages- oder Nachtzeiten verfolgen zu können, hindert daher nicht die Zulässigkeit dieses Zusatzangebotes[574].

566 Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 354.
567 Hirte FS Buxbaum S. 283 (290).
568 Noack/Spindler-Noack S. 13 (20).
569 Claussen AG 2001, 161 (166).
570 Zur Einführung des Direct Voting de lege ferenda siehe S. 200.
571 Siehe oben S. 40ff.
572 Spindler ZGR 2000, 420 (440). Ebenso Wohlwend S. 137, der hieraus jedoch die Notwendigkeit einer Gleichberechtigung von fernem und präsentem Aktionär ableitet.
573 Noack NZG 2001, 1057 (1064).
574 Noack NZG 2001, 1057 (1064).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der Zulässigkeit der Online-Hauptversammlung wird desweiteren entgegengehalten, daß sie diejenigen Aktionäre benachteilige, die über keinen Internet-Anschluß verfügen[575]. Da sich das Angebot der Zuschaltung per Internet an alle Aktionäre richtet, kann nur eine materielle Ungleichbehandlung vorliegen[576]. Hieran bestehen jedoch Zweifel. Eine Ungleichbehandlung kann nicht an jeder persönlichen Eigenschaft der Aktionäre festgemacht werden. Vielmehr führen die aufgrund persönlicher Umstände unterschiedlichen Auswirkungen auf die Aktionäre nicht zwangsläufig dazu, daß eine Maßnahme der Verwaltung den Tatbestand einer Ungleichbehandlung erfüllt.

Die Entscheidung kann an dieser Stelle offenbleiben, wenn jedenfalls ein überwiegendes Gesellschaftsinteresse die Ungleichbehandlung rechtfertigt[577], wobei der Verwaltung eine Einschätzungsprärogative zufällt[578]. Eine entsprechende Rechtfertigung läßt sich aus dem Interesse des Unternehmens an einer Beteiligung der ferngebliebenen Aktionäre sowie der Öffentlichkeit mit den oben[579] beschriebenen positiven Folgen begründen. Mittels der Online-HV lassen sich auch diejenigen Anleger für die Quasi-Teilnahme gewinnen, die aufgrund der räumlichen Entfernung vom Veranstaltungsort, zeitlicher Konflikte oder körperlicher Gebrechen nicht die Mühen der Anreise auf sich nehmen können[580]. Auch der Anteilsbesitz der zahlreichen Minderheitsaktionäre, für die sich die Anreise schon wegen ihrer geringen Beteiligung nicht lohnt, könnte auf diese Weise in die Präsenzquote einfließen. Damit würde eine wesentlich größere Ungleichbehandlung beseitigt: Während für die Aktionäre, für die sich die Anreise lohnt, ein immer höherer finanzieller Aufwand betrieben wird, bleiben Anleger mit einer geringen Beteiligung faktisch ausgeschlossen[581].

Daneben ist zu berücksichtigen, daß die Anzahl der Anteilseigner mit Internet-Anschluß stetig wächst[582] und in absehbarer Zukunft der Internet-Anschluß zur Grundausstattung fast jeden Privathaushaltes gehören wird[583]. Innerhalb der Anlegerschaft ist die Quote der angeschlossenen Teilnehmer nicht zuletzt wegen der preiswerten Online-Wertpapierdepots überproportional hoch[584]. Denjenigen, die über keinen Online-Zugang verfügen, bietet sich die Möglichkeit, für die Zeit der Hauptversammlung ein Internet-Café oder Rechenzentrum aufzusuchen[585]. Der dazu erforderliche Aufwand liegt in der Regel weit unter dem, der bei Anreise zur Prä-

575 Schaaf Rn 915; Riegger/Mutter ZIP 1998, 637 (638).
576 Hüffer § 53a Rn 9.
577 Hüffer § 53a Rn 9f.
578 Hüffer § 53a Rn 11.
579 Siehe oben S. 87ff.
580 Noack ZGR 1998, 592 (597).
581 Noack NZG 2003, 241 (246).
582 Hasselbach/Schumacher ZGR 2000, 258 (264).
583 Hasselbach/Schumacher ZGR 2000, 258 (265); Riegger/Mutter ZIP 1998, 637 (638).
584 Claussen AG 2001, 161 (165).
585 Hasselbach/Schumacher ZGR 2000, 258 (264); Heller/Sadeghi/Dretzki/Ruhe CR 2002, 592 (598).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

senzversammlung betrieben werden muß[586]. Mithin ist die Online-HV grundsätzlich zulässig[587].

§ 33 Vorbereitung der HV

Dies eröffnet die Frage, wie sich die Vorbereitung der Hauptversammlung bei einer geplanten Internet-Anbindung gestaltet. Zu den relevanten Gesichtspunkten gehören die Bekanntmachung der Einberufung und die Mitteilungen hierüber, die Gegenanträge von Aktionären, die Auslegungspflichten der Gesellschaft sowie der Nachweis der Legitimation von Versammlungsteilnehmern.

A. Bekanntmachung der Einberufung

Im Rahmen der Einberufung der Hauptversammlung ist vor allem von Bedeutung, in welcher Form die einzelnen Bekanntmachungen zu erfolgen haben.

I. Einberufung in den Gesellschaftsblättern, § 121 Abs. 3 S. 1 AktG

Gemäß § 121 Abs. 3 S. 1 AktG ist die Einberufung in den Gesellschaftsblättern bekanntzugeben. Dadurch wird einerseits die Frage aufgeworfen, welche Medien als Gesellschaftsblatt zu werten sind. Problematisch ist zum anderen die rechtliche Bedeutung älterer Satzungsklauseln, die entsprechend der früheren Rechtslage die Bekanntmachung „im Bundesanzeiger" vorsehen[588].

1. Mögliche Gesellschaftsblätter

Zu den Gesellschaftsblättern zählt seit Inkrafttreten des TransPuG gemäß § 25 S. 1 AktG der elektronische Bundesanzeiger[589]. Daneben können nach § 25 S. 2 AktG als zusätzliche obligatorische Gesellschaftsblätter auch elektronische Informationsmedien bezeichnet werden. Eine Satzungsbestimmung, die das Internet zum Pflicht-

586 Hasselbach/Schumacher ZGR 2000, 258 (264); Noack ZGR 1998, 592 (597).
587 Hüffer § 133 Rn 22; MüHdb-Semler § 39 Rn 16; Hasselbach/Schumacher ZGR 2000, 258 (275f).
588 Zu der jüngst durch das Justizkommunikationsgesetz entstandenen Parallelproblematik im Recht der GmbH vgl. Noack DB 2005, 599 (599ff) und Spindler/Kramski NZG 2005, 746 (746ff).
589 Zu ersten Erfahrungen mit dem elektronischen Bundesanzeiger siehe Deilmann/Messerschmidt NZG 2003, 616 (616ff).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

medium neben dem Bundesanzeiger macht, provoziert freilich weitere Risiken einer fehlerhaften Bekanntmachung. Insbesondere droht die Nichtigkeit von Beschlüssen nach § 241 Nr. 1 AktG[590]. Daher wird von dieser Möglichkeit in der Praxis selten Gebrauch gemacht werden. Die Veröffentlichung im Internet kann jedoch Bedeutung als freiwilliger Service der Gesellschaft erlangen und die Corporate Governance verbessern[591]. Attraktiv erscheint dies vor allem unter dem Aspekt, daß sich im Vergleich zur Publikation im elektronischen Bundesanzeiger keine Verzögerungen durch die redaktionelle Nachbearbeitung ergeben. Insbesondere für Anleger aus dem Ausland bildet die Homepage des Unternehmens eine wichtige und zeitnahe Informationsquelle[592].

2. Bedeutung der Satzungsklausel „Bekanntmachung im Bundesanzeiger"

Seitdem das Gesetz die Bekanntmachung im elektronischen Bundesanzeiger vorschreibt, hat die gedruckte Fassung des Blattes an Bedeutung verloren. Im ersten Quartal 2003 rückten nur 37 Prozent der Unternehmen ihre Einberufung zusätzlich in den gedruckten Bundesanzeiger ein[593]. Gleichwohl sehen einige Satzungen, die bisher keine Anpassung an das TransPuG erfahren haben, immer noch die Bekanntmachung im „Bundesanzeiger" vor. Fraglich ist in diesen Fällen, ob hierdurch die Pflicht begründet wird, in der gedruckten Version des Blattes auf die bevorstehende Hauptversammlung hinzuweisen. Da einige der betroffenen Gesellschaften auf diese Veröffentlichung im Jahre 2003 verzichtet haben[594], ist die Problematik zumindest für eine gewisse Übergangszeit bis zur Umstellung aller Gesellschaftsstatuten von erheblicher praktischer Relevanz. Sollte die Klausel derart zu verstehen sein, daß der Bundesanzeiger als Gesellschaftsblatt bezeichnet wird, könnten die Beschlüsse gemäß §§ 241 Nr. 1, 121 Abs. 3 S. 1, 25 S. 1 AktG nichtig sein. Leitet man aus der Bestimmung eine satzungseigene Bekanntmachungspflicht ab, droht gemäß § 243 Abs. 1 Var. 2 AktG immerhin die Anfechtbarkeit wegen Verstoßes gegen das Gesellschaftsstatut.

590 BegrRegE NaStraG BT-Drucks. 14/4051, S. 9; Noack/Spindler-Marsch-Barner S. 57 (58); Zetzsche-Bröcker/Schouler Rn 105; Claussen AG 2001, 161 (167); Noack DB 2002, 620 (621); ders. NZG 2001, 1057 (1058).

591 Goedsche S. 107; German Expert Group Consultation ZIP 2002, 1310 (1312); Noack NZG 2001, 1057 (1058); Wohlwend NJW 2001, 3170 (3170).

592 Goedsche S. 107; Noack DB 2002, 620 (621); Noack NZG 2001, 1057 (1058).

593 Groß DB 2003, 867 (867 Fn 9): 77 von insgesamt 206 untersuchten Gesellschaften.

594 Als Beispiel sei die Thyssen Krupp AG genannt, vgl. Oppermann ZIP 2003, 793 (793).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Benennung des gedruckten Bundesanzeigers als Gesellschaftsblatt nach § 25 S. 2 AktG?

Da die typische Klausel die Publizität im Bundesanzeiger anordnet, ohne ihn ausdrücklich als Gesellschaftsblatt zu deklarieren, kann nur eine konkludente Benennung als Gesellschaftsblatt vorliegen. Ob dies dem Regelungswillen des Satzungsgebers entspricht, erscheint jedoch fraglich. Nach der alten Rechtslage war anzunehmen, daß das Spektrum der Publikationsorgane auf die gesetzliche Mindestanforderung begrenzt werden sollte[595]. Zwar ist für das Verständnis materieller Satzungsklauseln[596] im Grundsatz allein die objektive Auslegung maßgeblich[597]. Jedoch kann die Intention des Satzungsgebers einfließen, sofern sie offen erkennbar zu Tage tritt[598]. Hier ging es um die Klarstellung, daß neben der zwingenden Einberufung im Bundesanzeiger keine weiteren Veröffentlichungspflichten bestehen. Somit ergibt die Auslegung der Satzung, daß die fragliche Klausel keine zusätzliche Veröffentlichungspflicht konstituieren will.

Ferner spricht gesetzessystematisch für die alleinige Relevanz des elektronischen Bundesanzeigers, daß der Referentenentwurf des TransPuG noch eine Wahlmöglichkeit der Unternehmen zwischen der Papier- und elektronischen Fassung vorsah[599], die jedoch auf Kritik stieß und daher keinen Einzug in die Regierungsvorlage fand[600]. Eine Klausel, die die Veröffentlichung im Bundesanzeiger vorsieht, erhebt das Druckwerk somit auch nach der neuen Rechtslage nicht zum Gesellschaftsblatt im Sinne von § 25 S. 2 AktG.

b) Freiwillige Bekanntmachung gemäß § 23 Abs. 4 AktG?

In Frage kommt jedoch eine Bekanntmachungspflicht nach § 23 Abs. 4 AktG, da die Satzung freiwillige Bekanntmachungen in beliebiger Form vorsehen kann[601]. Als Indiz dafür, daß die fraglichen Satzungsbestimmungen eine freiwillige Publikationspflicht konstituieren, ist zu werten, daß die Gesetzesbegründung zum TransPuG den Gesellschaften ausdrücklich die Möglichkeit einräumt, die Veröffentlichungspflicht auf den gedruckten Bundesanzeiger zu erstrecken[602].

595 Groß DB 2003, 867 (869).
596 Zur Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Satzungsklauseln siehe Hüffer § 23 Rn 3f, 39f.
597 Hüffer § 23 Rn 39; Groß DB 2003, 867 (868).
598 Hüffer § 23 Rn 39; Groß DB 2003, 867 (868).
599 BegrRefE TransPuG ZIP 2001, 2192 (2194) = NZG 2002, 78 (78).
600 BegrRegE TransPuG BT-Drucks. 14/8769, S. 11; Seibert NZG 2002, 608 (608f).
601 Großkomm-Röhricht § 23 Rn 162f; Hüffer § 23 Rn 32; MüKoAktG-Penz § 23 Rn 143; Groß DB 2003, 867 (868).
602 BegrRegE TransPuG BT-Drucks. 14/8769, S. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Andererseits gilt auch hier, daß die Satzungsbestimmung lediglich den im Zeitpunkt ihrer Entstehung gültigen Gesetzeswortlaut wiederholen sollte. Zweck der Klausel wäre es dann, den Bundesanzeiger in seiner Eigenschaft als obligatorisches Gesellschaftsblatt zu bezeichnen[603]. Systematisch spricht für diese Ansicht, daß auch § 125 Abs. 1 S. 1 AktG, der die Mitteilung über die Einberufung an die Stimmrechtsvertreter der Vorjahresversammlung regelt, hinsichtlich der Befristung Bezug auf die Veröffentlichung im „Bundesanzeiger" nimmt und damit selbstverständlich die elektronische Variante meint[604]. Auch kann dem Satzungsgeber nicht unterstellt werden, er hätte eine zusätzliche Publikationspflicht mit den Risiken einer fehlerhaften und damit anfechtbaren Einberufung begründen wollen[605].

Somit ist der Text entsprechender Satzungsklauseln dergestalt zu lesen, daß er die gesetzliche Pflicht zur Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger wiederholt[606]. Nur wenn die Gesellschaft aus Sicherheitsgründen das Anfechtungsrisiko ausschließen will, das bei einer abweichenden höchstrichterlichen Entscheidung der Frage droht, muß sie bis zur Anpassung der Satzung die Bekanntmachung auch in den gedruckten Bundesanzeiger einrücken[607].

3. Verzicht auf Publikation im Bundesanzeiger de lege ferenda?

Zweifelhaft ist, ob auf das Erfordernis der Publikation im elektronischen Bundesanzeiger de lege ferenda verzichtet werden sollte. Zwar wird der Bundesanzeiger auch in seiner elektronischen Fassung weiterhin nicht zur Tageslektüre der meisten Aktionäre zählen. Auch würde eine nur auf der Homepage der Gesellschaft erfolgende Bekanntmachung wertvolle Zeit sparen, die bspw. zum Sammeln von Stimmen gegen einen Übernahmeversuch verwandt werden kann[608].

Zu beachten ist jedoch, daß der Aktionär auf den wiederkehrenden Besuch der Websites der Unternehmen angewiesen wäre, an denen er eine Beteiligung hält. Demgegenüber weist die gegenwärtige Rechtslage den Vorteil auf, daß die relevanten Unternehmensinformationen an einem Ort gebündelt werden[609]. Unter Corporate Governance-Gesichtspunkten ideal erscheint daher die zusätzliche Einstellung der

603 Ihrig/Wagner BB 2002, 789 (792). Unverständlich hingegen die prinzipiellen Vorbehalte von Oppermann ZIP 2003, 793 (794) gegen eine solche dynamische Verweisung.

604 Mimberg ZGR 2003, 21 (36 Fn 61) hingegen führt die Formulierung des § 125 Abs. 1 S. 1 AktG auf ein Redaktionsversehen zurück.

605 Groß DB 2003, 867 (868).

606 Ihrig/Wagner BB 2002, 789 (792); Schwarz MMR 2003, 23 (24); Seibert NZG 2002, 608 (609); von diesem Befund wohl ebenfalls ausgehend Noack NZG 2003, 241 (242).

607 Mimberg ZGR 2003, 21 (27f); Mutter AG 2003, R 34 (R 34); Oppermann ZIP 2003, 793 (793). Entsprechend verhielt sich beispielsweise die Epcos AG im Jahre 2003.

608 Claussen AG 2001, 161 (167).

609 BegrRegE TransPuG BT-Drucks. 14/8769, S. 11; Baums-Kommission Rn 84; Mimberg ZGR 2003, 21 (26f).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Informationen auf der Website des Unternehmen in Verbindung mit einem Link auf das entsprechende Register[610].

II. Einberufung namentlich bekannter Aktionäre, § 121 Abs. 4 AktG

Eine Ausnahme von der Einberufung durch Publikation in den Gesellschaftsblättern kann gemacht werden, wenn die Aktionäre namentlich bekannt sind. Gemäß § 121 Abs. 4 S. 1 AktG genügt die Einberufung dann mittels eingeschriebenen Briefes an alle diese Aktionäre oder auf anderem, in der Satzung bestimmtem Wege.

Namentliche Kenntnis der Aktionäre kommt einerseits bei Namensaktien in Betracht, da diese gemäß § 67 Abs. 1, 2 AktG im Aktienregister eingetragen sein müssen. Zwar sind mitunter Kreditinstitute oder Aktionärsvereinigungen anstelle der Aktionäre im Aktienregister eingetragen, so daß diese Anleger der Gesellschaft unbekannt bleiben. Da ihnen jedoch gemäß § 67 Abs. 2 AktG ohnehin kein Teilnahmerecht zusteht, sind Satzungsbestimmungen zur Form der Einberufung im Falle von Namensaktien uneingeschränkt möglich. Vorteile erwachsen hieraus insbesondere für internationale Anleger, die auch ohne Lektüre des Bundesanzeigers frühzeitig von der Abhaltung der Hauptversammlung erfahren[611].

Im Falle von Inhaberaktien kommt es darauf an, ob die Gesellschaft sich sicher sein kann, alle Aktionäre zu kennen. Dies kann bei kleinen Gesellschaften mit überschaubarem Anlegerkreis wie z.B. Familienunternehmen der Fall sein[612]. Besteht Unklarheit über die Identität von Aktionären, sollte aus Vorsichtsgründen über die Gesellschaftsblätter einberufen werden[613]. Auch bei Namensaktien ist der Weg über die Einberufung durch eingeschriebenen Brief verwehrt, wenn die Satzung die Einberufung über die Gesellschaftsblätter vorschreibt, da das Gesellschaftsstatut in einem solchen Falle vorgeht[614].

Der Einzug elektronischer Medien in den Einberufungsmodus des § 121 Abs. 4 S. 1 AktG kann sich in verschiedener Weise vollziehen. Sofern die Satzung keine spezielle Regelung trifft, stellt sich die Frage, ob eine E-Mail als eingeschriebener Brief im Sinne des § 121 Abs. 4 S. 1 AktG gilt. Dafür spricht zwar, daß die bei der klassischen, ohne elektronische Signatur versehenen E-Mail fehlende Unterschrift nicht von § 121 Abs. 4 S. 1 AktG vorausgesetzt wird[615]. Jedoch bezeichnet das Erfordernis des Einschreibens eine Zustellungsart, der die E-Mail nicht zugänglich ist, da der Versender regelmäßig keine Empfangsbestätigung erhält[616].

610 German Expert Group Consultation ZIP 2002, 1310 (1312).
611 Noack DB 2002, 620 (621); ders. NZG 2001, 1057 (1063).
612 Balser/Bokelmann/Ott/Piorrek Rn 504; Mimberg ZGR 2003, 21 (28f).
613 Seibert/Kiem-Zimmermann Rn 533.
614 Hüffer § 121 Rn 11a; Seibert/Kiem-Zimmermann Rn 534.
615 Hüffer § 121 Rn 11e; Mimberg ZGR 2003, 21 (29).
616 Mimberg ZGR 2003, 21 (29); Riegger ZHR 165, 204 (206).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Seit Inkrafttreten des FormVAnpG[617] kann die Satzung gemäß § 121 Abs. 4 S. 1 AktG eine anderweitige Form bestimmen und damit expressis verbis die Einberufung durch elektronische Veröffentlichung vorsehen. Relevant ist neben der Einberufung per E-Mail die Veröffentlichung auf der Homepage der Gesellschaft. Die Zulässigkeit beider Methoden beurteilt sich danach, welchen Grenzen die satzungsbestimmte Form gemäß § 121 Abs. 4 S. 1 AktG unterliegt.

1. Textform als Grundvoraussetzung

Der Wortlaut des neugefaßten § 121 Abs. 4 S. 1 AktG trifft keine Einschränkungen hinsichtlich des Einberufungsmittels. Möglicherweise muß jedoch eine Begrenzung des weiten Anwendungsbereichs mit Rücksicht auf die Intention des Gesetzgebers vorgenommen werden. Der Gesetzgeber bezweckte, auf Grundlage eines entsprechenden Statuts die Textform (§ 126b BGB) anstelle des Einschreibens genügen zu lassen[618]. Im Blick hatte er insbesondere die Einberufung durch gewöhnlichen Brief[619]. Mithin ist die Textform Grundvoraussetzung jeder satzungsmäßigen Erleichterung der Einberufung.

2. Benachrichtigung per E-Mail

Fraglich ist die Zulässigkeit einer Klausel, die die Bekanntmachung der Einberufung per E-Mail vorsieht. Hinsichtlich der formalen Mindestanforderung bestehen keine Bedenken. Schon die einfache E-Mail genügt der Textform[620]. Die mit einer digitalen Signatur versehene E-Mail erfüllt gemäß §§ 126 Abs. 3, 126a Abs. 1 BGB sogar die Voraussetzungen der Schriftform[621]. Ferner gewährleisten beide Varianten der E-Mail, daß ihre Herkunft hinreichend sicher der Gesellschaft zugeordnet werden kann[622]. Grundsätzliche Einwände gegen die Einberufung per E-Mail bestehen daher nicht[623].

617 Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr (FormVAnpG) v. 13.7.2001, BGBl. I 2001, S. 1542ff.
618 BegrRegE FormVAnpG BT-Drucks. 14/4987, S. 30.
619 Noack NZG 2001, 1057 (1058).
620 Palandt-Heinrichs § 126b Rn 3; Bärwaldt/Günzel GmbHR 2002, 1112 (1114); Roßnagel MMR 2000, 451 (457); Zwissler GmbHR 2000, 28 (29). Roßnagel/Pfitzmann NJW 2003, 1209 (1212) stimmen dem zwar nur unter der Prämisse zu, daß es sich um eine Willenserklärung mit geringem Fälschungsrisiko handele. Da bei der Einberufung keiner der Beteiligten ein ernsthaftes Interesse an einer Verfälschung der Mitteilung hat, liegt diese Voraussetzung jedoch vor.
621 Mimberg ZGR 2003, 21 (30).
622 Noack NZG 2001, 1057 (1058).
623 Noack NZG 2001, 1057 (1058).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

a) Ausschließliche Regelung?

Zweifelhaft ist aber, ob die Satzung den elektronischen Weg als die einzig zulässige Form der Einberufung bezeichnen kann. Aktionäre ohne eigenen Internetzugang würden hierdurch faktisch von der Information ausgeschlossen[624]. Daher muß die Wahl zwischen konventioneller und elektronischer Unterrichtung dem einzelnen Aktionär überlassen werden[625]. Eine zulässige Satzungsklausel eröffnet daher dem Aktionär die Wahlmöglichkeit oder bezeichnet die elektronische Mitteilung als reine Ergänzung zur herkömmlichen Bekanntmachung. Um das Erfordernis eines Einverständnisses zu manifestieren, schlug die Bundesnotarkammer eine Klarstellung im Gesetz vor[626]. In der Baums-Kommission stieß dies insbesondere wegen des abgeschlossenen Gesetzgebungsverfahrens zum FormVAnpG, das die besprochene Neuerung mit sich brachte, auf Widerspruch[627].

b) Optionale Regelung

Keine Bedenken bestehen folglich gegen eine Klausel, die die Benachrichtigung per E-Mail als Option vorsieht. Hierbei ist lediglich von Interesse, wann von einer Einwilligung des Aktionärs in die elektronische Übermittlung ausgegangen werden kann. Die Gesellschaft bezieht die Adresse des Namensaktionärs aus dem Aktienregister (§ 67 Abs. 1 AktG). Als Adresse kann angesichts des weiten Wortlautes entweder eine Wohnanschrift oder ein E-Mail-Konto angegeben werden[628]. Sofern der Anleger nur seine E-Mail-Adresse angibt, kann dies als Einverständnis gewertet werden, Mitteilungen von der Gesellschaft lediglich auf elektronischem Wege zu erhalten[629]. Ferner liegt eine Einwilligung vor, wenn der Aktionär eine E-Mail-Adresse der Gesellschaft gegenüber verwendet[630] oder öffentlich führt[631].

3. Ausschließlicher Hinweis auf der Website des Unternehmens?

Fraglich ist, ob eine Satzungsklausel bestimmen kann, daß die Einberufung lediglich auf der Homepage der Gesellschaft zu erfolgen hat. Zunächst müßte diese Art der Publikation der Textform entsprechen. Der von § 126b BGB vorausgesetzte Abschluß der Erklärung läßt sich unproblematisch gestalten, etwa durch Angabe des

624 Lommatzsch NZG 2001, 1017 (1023); Zätzsch/Gröning NZG 2000, 393 (397).
625 Claussen AG 2001, 161 (168); Zätzsch/Gröning NZG 2000, 393 (397).
626 Fleischhauer ZIP 2001, 1133 (1138).
627 Baums-Kommission Rn 85.
628 F. Schmitz S. 94; Noack NZG 2001, 1057 (1058); Seibert FS Peltzer S. 469 (477f).
629 Claussen AG 2001, 161 (168); Heller/Sadeghi/Dretzki/Ruhe CR 2002, 592 (596).
630 BegrRegE NaStraG BT-Drucks. 14/4051, S. 12; Zetzsche-Fleischhauer Rn 219.
631 Kindler NJW 2001, 1678 (1683).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Namens des Einberufenden. Problematischer erscheint, ob sich eine HTML-Seite zur dauerhaften Wiedergabe der Erklärung eignet. In der Praxis aktualisieren die großen Publikumsgesellschaften ihre Internet-Portale täglich. Neue Informationen werden hierbei nicht etwa als selbständige Dokumente einer chronologisch geordneten Liste von Publikationen angefügt. Vielmehr erfahren die einzelnen Internet-Seiten inhaltliche Änderungen, die als solche nachträglich nicht mehr zu erkennen sind. Angesichts der Flüchtigkeit der im World Wide Web publizierten Informationen könnte daher der Schluß gezogen werden, die von der Textform verlangte dauerhafte Lesbarkeit sei nicht gegeben.

Dem Besucher der Unternehmens-Website ist es gleichwohl unbenommen, die entsprechende Seite auf seinem Rechner zu speichern oder auszudrucken und somit den Inhalt der Erklärung zu fixieren. Ferner verzichtet die Textform gerade auf die bei der Schriftform wichtige Beweisfunktion und umfaßt daher auch andere leicht manipulierbare Kommunikationsmittel wie z.B. die E-Mail[632]. Somit erfüllt auch die Einstellung der Einberufungserklärung auf der Homepage des Unternehmens das Textformerfordernis.

Zweifelhaft ist jedoch, ob die Gesellschaft ihrer Pflicht zur Informationsverschaffung genügt, indem sie auf ihrer Website auf die bevorstehende Hauptversammlung hinweist. Wie der Wortlaut „einberufen" nahelegt, muß die Gesellschaft an den Aktionär herantreten. Sie steht bezüglich der Informierung in einer Bringschuld[633]. Die elektronische Publikation erfordert jedoch, daß der Anleger seinerseits die Informationen aus dem Internet abruft. Zudem wird er mit der Pflicht belastet, in regelmäßigen Abständen die Homepage des Unternehmens aufzusuchen. Verkündet die Gesellschaft den HV-Termin ausschließlich im Netz, kommt sie ihrer Informationsverschaffungspflicht nicht in ausreichender Weise nach. Im Ergebnis kann die Einberufung daher bei entsprechender Satzungsklausel und Einwilligung des Aktionärs per E-Mail erfolgen. Ein reiner Hinweis auf der Internet-Seite der Gesellschaft genügt hingegen in keinem Falle.

III. Einberufung und Ergänzung der Tagesordnung auf Verlangen einer Minderheit, § 122 Abs. 1, 2 AktG

Die Einberufung der Hauptversammlung erfolgt gemäß § 121 Abs. 2 S. 1 AktG im Regelfall auf Betreiben des Vorstands. Nach § 120 Abs. 1 S. 1 AktG sind ordentliche Hauptversammlungen jährlich in den ersten acht Monaten des Geschäftsjahres abzuhalten. Aktionäre, die zusammen fünf oder mehr Prozent des Grundkapitals halten, können jedoch gemäß § 122 Abs. 1 S. 1 AktG die Einberufung einer Versammlung erzwingen. § 122 Abs. 3 S. 1 AktG eröffnet die Möglichkeit, dieses Recht notfalls gerichtlich einzuklagen. Ferner ist nach § 122 Abs. 2 AktG der Besitz eines

632 Palandt-Heinrichs § 126b Rn 3; Roßnagel MMR 2000, 451 (457).
633 Claussen AG 2001, 161 (168).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kapitalanteils im Umfang von fünf Prozent des Grundkapitals oder in Höhe von 500.000 Euro ausreichend, um die Ergänzung der Tagesordnung um bestimmte Beschlußgegenstände verlangen zu können[634].

1. Nutzung des Aktionärsforums (§ 127a AktG) zum Erreichen des Einberufungsquorums

Sofern die Satzung diese Rechte nicht gemäß § 122 Abs. 1 S. 2 AktG an einen geringeren Anteilsbesitz knüpft, bilden diese Quoren – ungeachtet ihrer Zweckmäßigkeit als Schutz vor Mißbrauch – eine Hürde, die von Kleinanlegern auch bei begründeten Anliegen nur schwer zu nehmen ist. Denn die Mitaktionäre, deren Unterstützung zur Erreichung der Quoren unerläßlich sind, bleiben dem einzelnen Anleger größtenteils unbekannt. Zum einen hat er keinen Anspruch auf Einsicht in das Aktienregister, wie sich im Umkehrschluß aus der Vorschrift des § 67 Abs. 6 S. 1 AktG ergibt, die dem Aktionär einen Auskunftsanspruch bezüglich seiner eigenen Daten einräumt. Andererseits ist das dem Aktionär gemäß § 129 Abs. 4 S. 2 AktG offenstehende Teilnehmerverzeichnis der Vorjahresversammlung veraltet und enthält nur die Namen der erschienenen Anleger.

Um den Anlegern die Möglichkeit zu geben, zwecks Erreichens der Quoren zusammenzufinden, hat der Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 127a AktG den Betreiber des elektronischen Bundesanzeigers zur Einrichtung einer entsprechenden Plattform verpflichtet. Das seit dem 1.11.2005 online verfügbare Aktionärsforum hat mit Inkrafttreten der der Aktionärsforumsverordnung (AktFoV[635]) am 1.12.2005 offiziell seinen Betrieb aufgenommen[636]. Es dient dem Aufrufen zu allen denkbaren aktienrechtlichen Aktionen, insbesondere zum Erreichen der Quoren in §§ 122 Abs. 1, Abs. 2, 120 Abs. 1, 137, 142 Abs. 2, 147 Abs. 2 S. 2, 148 Abs. 1 AktG. Zwar darf der Aktionär seinem Antrag keine Begründung anfügen[637], doch über eine unmittelbare Verknüpfung auf eine externe Seite verweisen, die die Gründe für den jeweiligen Antrag darlegt[638]. Eine Erstattung der dem Aktionär entstehenden Kosten durch die Gesellschaft findet unabhängig vom Erfolg seines Begehrens nicht statt.

634 Zur Rechtsnatur der sich aus § 122 Abs. 1 und 2 AktG ergebenden Ansprüche sowie zum Verfahren siehe Halberkamp/Gierke NZG 2004, 494 (494ff).

635 Verordnung über das Aktionärsforum nach § 127a des Aktiengesetzes (Aktionärsforumsverordnung – AktFoV) v. 22.11.2005, BGBl. I 2005, 3193. Ebenfalls abgedruckt bei Seibert AG 2006, 16 (19ff).

636 Es ist erreichbar unter den Adressen http://www.aktionärsforum.de, http://www.ebundesanzeiger.de und http://www.unternehmensregister.de.

637 Diese noch im RefE des UMAG vorgesehene Möglichkeit wurde im Hinblick auf die zu erwartenden Kontroversen innerhalb des elektronischen Bundesanzeigers verworfen.

638 Schütz NZG 2005, 5 (11); Seibert AG 2006, 16 (17).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Pflicht der Gesellschaft zur Bereitstellung eines eigenen Forums?

Mit der Einrichtung des Aktionärsforums nach § 127a AktG hat sich nur vordergründig die Frage erübrigt, ob die Gesellschaft selbst zur Bereitstellung eines solchen Forums verpflichtet werden kann[639]. De lege ferenda wurde ein zweistufiges Verfahren vorgeschlagen, wonach ein geringes Anfangsquorum die Gesellschaft verpflichten soll, ihre Website zur Einrichtung eines öffentlichen Forums zur Verfügung zu stellen[640]. Um das eigentliche Antragsquorum des § 122 Abs. 1 AktG zu erreichen, müssen sodann innerhalb einer gewissen Zeitspanne genügend Mitaktionäre gewonnen werden. Im Unterschied zum Aktionärsforum nach § 127a AktG könnte es das gesellschaftseigene Portal zulassen, daß die Aktionäre ihre Anträge mit einer Begründung versehen und damit den Gedanken- und Meinungsaustausch auf einer Plattform stattfinden lassen.

Schon wegen der Vielfalt der Aktiengesellschaften führte es wohl zu weit, sie alle gesetzlich zur Einrichtung eines eigenen Chatrooms für Aktionäre zu verpflichten. Zuzugeben ist allerdings, daß die Einrichtung eines Quotenforums auf der Website des Unternehmens zur Ausübung diverser Aktionärsrechte eine Maßnahme guter Corporate Governance darstellt[641]. Eine flexible Lösung wäre daher darin zu finden, die Einrichtung eines Meinungsforums als Empfehlung in den Katalog des DCGK aufzunehmen. Ein sanfter Druck, oppositionellen Aktionären eine Infrastruktur zu schaffen, ginge dann von der Pflicht zur Entsprechenserklärung gemäß § 161 AktG aus.

3. Form der Minderheitsverlangen

Bei der Ausübung des Rechts auf Einberufung schreibt § 122 Abs. 1 S. 1 AktG grundsätzlich die Einhaltung der Schriftform vor. Dasselbe Formerfordernis gilt gemäß § 122 Abs. 2 AktG für Anträge auf Ergänzung der Tagesordnung. Da § 126 Abs. 1 BGB die Schriftform an die Voraussetzung einer eigenhändigen Unterschrift knüpft, genügt eine einfache E-Mail nicht[642]. Gemäß § 126 Abs. 3 BGB läßt sich die Schriftform jedoch durch die elektronische Form ersetzen. Diese setzt nach § 126a Abs. 1 BGB die Hinzufügung des Namens zur Erklärung sowie die Verschlüsselung desselben mit einer qualifizierten elektronischen Signatur voraus. Eine mit dieser Sicherheitsvorkehrung versehene E-Mail entspricht somit auch den Anforderungen des § 122 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 AktG[643]. Die Minderheitsverlangen können daher entweder schriftlich oder durch eine mit einer qualifizierten elektronischen Signatur ver-

639 Zuerst vorgeschlagen von Noack ZGR 1998, 592 (613); aufgegriffen von BegrRegE FormVAnpG BT-Drucks. 14/4987, S. 30.
640 Noack ZGR 1998, 592 (613).
641 German Expert Group Consultation ZIP 2002, 1310 (1315).
642 Mimberg ZGR 2003, 21 (30).
643 Mimberg ZGR 2003, 21 (31).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sehenen E-Mail der Gesellschaft zugeleitet werden. Alternativ eröffnet § 122 Abs. 1 S. 2 AktG der Satzung die Möglichkeit, die Anträge an eine andere Form zu knüpfen. Der Gesetzgeber schweigt sich darüber aus, wie weit dieser Rahmen gezogen werden kann, sieht den Verzicht auf die gesetzliche Schriftform aber als zulässig an[644].

IV. Weitere Bekanntmachungen, § 124 AktG

Aus § 124 AktG ergeben sich weitere Bekanntmachungspflichten, bei deren Erfüllung elektronische Mittel zum Einsatz kommen können.

1. Tagesordnung und Verwaltungsvorschläge, § 124 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 AktG

Neben der Einberufung sind gemäß §§ 124 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 AktG Tagesordnung, Abstimmungsvorschläge der Verwaltung und die Wahlvorschläge des Aufsichtsrates bekanntzumachen. Im Regelfall sind die Unterlagen gemäß § 25 S. 1 AktG in den elektronischen Bundesanzeiger einzurücken. Da über § 124 Abs. 1 S. 3 AktG die Regelung des § 121 Abs. 4 AktG sinngemäß zur Anwendung kommt, kann im Falle namentlicher Kenntnis der Aktionäre die Bekanntmachung durch eingeschriebenen Brief oder in anderer, von der Satzung bestimmter Form erfolgen. Hinsichtlich dieser Gestaltungsfreiheit gelten die zu § 121 Abs. 4 AktG entwickelten Grundsätze[645].

Auffällig bleibt, daß § 124 Abs. 3 AktG anders als § 124 Abs. 1 S. 3 AktG nicht auf § 121 Abs. 4 AktG verweist. Der systematische Zusammenhang spricht für eine Gleichbehandlung der Bekanntmachungspflichten aus § 124 Abs. 1 und 3 AktG[646]. Ferner ist der Zweck der Regelungen identisch, so daß von einem Redaktionsversehen des Gesetzgebers auszugehen ist. Mithin richten sich auch die Veröffentlichungen der Abstimmungsvorschläge nach den Regeln des § 121 Abs. 4 AktG.

2. Inhalt zustimmungsbedürftiger Verträge, § 124 Abs. 2 S. 2 AktG

Im Falle von zustimmungsbedürftigen Vertragsschlüssen ist nach § 124 Abs. 2 S. 2 AktG der wesentliche Inhalt der angestrebten Vereinbarung bekanntzumachen. Mit

644 BegrRegE FormVAnpG BT-Drucks. 14/4987, S. 30.
645 Mimberg ZGR 2003, 21 (30); siehe hierzu auch oben S. 126ff.
646 Noack NZG 2001, 1057 (1059).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rücksicht auf den begrenzten Raum in der Papierausgabe des Bundesanzeigers hat die Rechtsprechung gekürzte Darstellungen bisher genügen lassen[647].

Fraglich ist, ob dieses Privileg nach Einführung des elektronischen Bundesanzeigers fortbesteht. Dagegen spricht, daß auch umfangreiche Textdokumente den auf Web-Servern zur Verfügung stehenden Platz kaum schmälern. Da die Veröffentlichungen im elektronischen Bundesanzeiger assoziativ verknüpft und nicht wie bei der Papierausgabe fortlaufend abgedruckt sind, leidet auch nicht die Übersichtlichkeit. Schon um Diskussionen über die rechtliche Zulässigkeit von Zusammenfassungen zu vermeiden, wird daher eine vollständige Publikation der Unterlagen im elektronischen Bundesanzeiger zu Recht für erforderlich gehalten[648]. Kommt die Gesellschaft der Empfehlung des Abschnitts 2.3.1 S. 3 DCGK nach und stellt die vom Gesetz für die Hauptversammlung verlangten Unterlagen parallel in ihre Website ein[649], so entsteht ihr mit der gleichzeitigen Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger kaum Mehraufwand[650].

V. Regeln der Online-HV als Pflichtinhalt, § 121 Abs. 3 S. 2 AktG

Ungeklärt ist noch, wie detailliert in der Einberufung der Hauptversammlung auf den Einsatz der neuen technischen Möglichkeiten eingegangen werden muß. Die entsprechende Vorschrift des § 121 Abs. 3 S. 2 AktG über den Pflichtinhalt ist durch das NaStraG nicht abgeändert worden. Somit stellt sich die Frage, ob die Teilnahme via Internet zu den Bedingungen gehört, von denen die Teilnahme an der Hauptversammlung oder die Ausübung des Stimmrechts abhängen[651].

Da nach bisheriger Rechtslage der zugeschaltete Aktionär kein Teilnehmer im Sinne von § 118 Abs. 1 AktG ist[652], wird das Merkmal der Hauptversammlungsteilnahme nicht betroffen. Fragen der Bevollmächtigung gehören aber zur Ausübung des Stimmrechts[653]. Um sich unter keinen Umständen dem Anfechtungsrisiko des § 241 Nr. 1 AktG auszusetzen, werden darum die Gesellschaften die entsprechende Satzungsklausel wörtlich wiedergeben[654]. Zwar hilft die Wiedergabe der allgemeinen Satzungsbestimmungen dem Aktionär kaum[655]. Detailfragen der Vollmacht- und

647 BGHZ 119, 1 (11); ebenso für den Vorstandsbericht nach § 186 IV 2 AktG BGHZ 120, 141 (155f).
648 Noack BB 2002, 2025 (2027).
649 Noack NZG 2003, 241 (243) läßt bereits einen Link auf die entsprechende Seite des elektronischen Bundesanzeigers genügen.
650 Noack BB 2002, 2025 (2027).
651 Kocher NZG 2001, 1074 (Fn 33).
652 Siehe oben S. 106ff.
653 Zetzsche-Bunke Rn 22 sieht die Hinweise zur Online-HV nicht vom Wortlaut des § 121 Abs. 3 S. 2 AktG umfaßt, kommt aber über eine analoge Anwendung der Vorschrift zum selben Ergebnis.
654 Zetzsche-Bunke Rn 22.
655 Kocher NZG 2001, 1074 (1075).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Weisungserteilung hängen jedoch von den einzelnen Stimmrechtsvertretern ab und sind für die Gesellschaft nicht ohne weiteres einsehbar[656]. Wenn die Gesellschaft selbst einen Vertretungsservice anbietet, wird sie im eigenen Interesse genügend Hinweise geben, so daß hier in der Praxis keine größeren Probleme zu erwarten sind[657].

B. Mitteilung über die Einberufung

Auch im Rahmen der Mitteilung über die Einberufung kann elektronische Kommunikation zum Einsatz kommen. So sieht Abschn. 2.3.2 DCGK beispielsweise vor, daß Finanzdienstleister, Aktionäre und Aktionärsvereinigungen die HV-Unterlagen auf Wunsch auch via Internet anfordern können. Jenseits dessen fragt sich, ob die Gesellschaft ihre gesetzlichen Übermittlungspflichten durch einen elektronischen Versand erfüllen kann.

I. Form der Mitteilung an Aktionäre, § 125 Abs. 2 AktG

Mitteilungen über Einberufung, Tagesordnung und Anträge von Aktionären sind gemäß § 125 Abs. 2 AktG direkt gegenüber Aktionären bekannt zu machen, deren Namen im Aktienbuch eingetragen sind oder die die Mitteilung nach der Veröffentlichung der Einberufung im Bundesanzeiger verlangen. Aufgrund der Umstellung der meisten deutschen Publikumsgesellschaften auf Namensaktien ist die Unterrichtung nach § 125 Abs. 2 AktG der in der Praxis häufigste Fall. Fraglich ist, welche Grenzen dem elektronischen Versand der Mitteilungen gesetzt sind. Das nach alter Rechtslage erforderliche Übersenden der Mitteilung setzte Schriftlichkeit voraus[658]. Die Lockerung des Wortlauts läßt auf die Intention des Gesetzgebers schließen, alternative Übermittlungsformen zuzulassen.

1. Versand per E-Mail

Zu denken ist dabei zunächst an E-Mail-Verkehr und Computer-Fax[659]. Voraussetzung hierfür ist nach der Begründung des Regierungsentwurfes stets die Zustimmung des Aktionärs zu der nicht-postalischen Übermittlungsart[660].

656 Kocher NZG 2001, 1074 (1075).
657 Kocher NZG 2001, 1074 (1075f).
658 Hölters-Deilmann S. 103; Noack NZG 2001, 1057 (1059).
659 Baums-Kommission Rn 94; F. Schmitz S. 47; Noack/Spindler-Marsch-Barner S. 57 (62); Claussen AG 2001, 161 (168); Lommatzsch NZG 2001, 1017 (1018); Noack NZG 2001, 1057 (1059); Weber NZG 2001, 337 (341); Zätzsch/Gröning NZG 2000, 393 (397).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Ausschließliche Veröffentlichung auf der Website des Unternehmens?

Zweifelhaft ist, ob die Niederlegung der Mitteilungen auf der Homepage der Gesellschaft ausreicht. Vorteile für die AG ergeben sich aus dem geringen Aufwand, der zudem auf einen Investor Relations-Dienstleister übertragen werden kann[661]. Weltweit übliche Dateiformate wie z.B. das Portable Document Format (PDF) sorgen für fast universelle Lesbarkeit der Daten. Rechtlich zielt die auch unter dem Begriff *Push-or-pull-Problematik* diskutierte Fragestellung darauf ab, ob die Informationen aktiv übermittelt (*push*) oder nur zur Abholung bereit gelegt (*pull*) werden müssen[662].

Dem Wortsinne nach bedarf eine Mitteilung einer aktiven Handlung[663]. Die Gesellschaft hat Vorkehrungen zu treffen, daß die Informationen den Anleger unter gewöhnlichen Bedingungen erreichen[664]. Passives Bereitstellen der Information, etwa durch Hinterlegung auf der Homepage der Gesellschaft, wird somit von der Formulierung ausgeschlossen[665]. Wie sich aus § 128 Abs. 2 S. 2 AktG ergibt, stehen die Begriffe des Mitteilungsmachens und des Zugänglichmachens systematisch in einem Stufenverhältnis, wobei der erstere Terminus enger zu verstehen ist[666]. Mit dem Zugänglichmachen bezeichnet der Gesetzgeber die reine Veröffentlichung[667]. Eine Mitteilung verlangt zusätzlich die persönliche Unterrichtung, z.B. durch Versand der Informationen in den postalischen oder elektronischen Briefkasten.

Teleologisch läßt sich der Befund dadurch stützen, daß ansonsten der Aktionär keinerlei Indiz erhielte, daß die betreffende Information erteilt wird[668]. Die Abwälzung des Informationsaufwandes auf den Aktionär erscheint zudem ökonomisch ineffizient und daher auch rechtspolitisch nicht erwünscht[669]. Ferner kann es nicht allen Aktionären zugemutet werden, sich eigens für die Unterrichtung Zugang zum Internet zu verschaffen[670]. Folglich setzt der Begriff des Mitteilungmachens eine aktive Informationsübermittlung voraus[671]. Die reine Veröffentlichung der Mitteilungen auf dem Server der Gesellschaft genügt somit nicht den Anforderungen des § 125 Abs. 2 AktG[672].

Da die Beschlußvorschläge im Handelsregister frei einsehbar sind, steht ihrer ergänzenden Veröffentlichung im Internet als Maßnahme guter Corporate Governance

660 BegrRegE NaStraG BT-Drucks. 14/4051, S. 12; Quack FS Müller S. 125 (128).
661 Claussen AG 2001, 161 (168); Lommatzsch NZG 2001, 1017 (1020).
662 Fleischhauer ZIP 2001, 1133 (1135 Fn 12, 1138).
663 Goedsche S. 107; Noack NZG 2001, 1057 (1059); Spindler ZGR 2000, 420 (429).
664 Than FS Peltzer S. 577 (590).
665 Baums-Kommission Rn 94; Goedsche S. 110; Than FS Peltzer S. 577 (590).
666 Lommatzsch NZG 2001, 1017 (1018).
667 Lommatzsch NZG 2001, 1017 (1018).
668 Than FS Peltzer S. 577 (590).
669 Baums-Kommission Rn 94.
670 Zätzsch/Gröning NZG 2000, 393 (397).
671 BegrRegE NaStraG BT-Drucks. 14/4051, S. 12.
672 Ohne Begründung Noack NZG 2001, 1057 (1063).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

jedoch nichts im Wege[673]. Eine Verschmelzung beider Register zu einem einheitlichen Portal für Unternehmensnachrichten *(Deutsches Unternehmensregister)* ist von der Baums-Kommission ohnehin empfohlen worden[674].

3. Zusendung eines Hyperlink auf die Website des Unternehmens?

Fraglich ist auch die Zulässigkeit einer Kombination aus E-Mail und Publikation auf der Unternehmens-Homepage. Die Gesellschaft könnte den Inhalt der E-Mail auf die Erklärung beschränken, daß eine Hauptversammlung demnächst anstehe, und mit einem Hyperlink auf die entsprechende Seite der Unternehmens-Website versehen. Durch die Nachricht in Kenntnis gesetzt kann der Aktionär sogleich die Hauptversammlungsseite ansteuern und von dort elektronisch die einzelnen Unterlagen beziehen[675].

Für die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens spricht, daß der Aktionär Kenntnis über das Bestehen wichtiger Unternehmensnachrichten erlangt, ohne in regelmäßigen Abständen aus eigenem Antrieb heraus die Website des Unternehmens aufsuchen zu müssen. Auch läßt sich die dezentrale Organisation des E-Mail-Verkehrs als Argument anführen. Elektronische Postfächer werden in aller Regel auf externen Servern geführt, zu denen der Kontakt durch den Aktionär beim Nachrichtenabruf erst hergestellt werden muß. Technisch macht es keinen Unterschied, ob die Unterlagen vom E-Mail-Server oder Gesellschafts-Server heruntergeladen werden.

Für den Aktionär kann es von Nutzen sein, wenn sein E-Mail-Fach, das regelmäßig nur ein begrenztes Volumen hat, nicht mit allen der Einberufung beigelegten Unterlagen überschwemmt wird. So kann er im Einzelfall entscheiden, welche Broschüren er wirklich anfordern will[676]. Versendet ein Unternehmen umfangreiche Hauptversammlungsunterlagen in elektronischer Form, so zwingt es den Aktionär zu einem zeit- und kostenintensiven Download der Nachrichten. Teilweise wird hierin ein Systembruch gesehen, da das Aktienrecht die Versandkosten im Regelfall der Gesellschaft und nicht dem Aktionär auferlegt[677].

Auf dieser Grundlage wird teilweise vertreten, „Mitteilung machen" bedeute nicht, daß die Gesellschaft zu einer lückenlosen aktiven Informierung verpflichtet ist[678]. Vielmehr genüge die Bedienung von Kommunikationsspeichern, wenn der Aktionär gleichzeitig über das Vorhandensein neuer Daten in Kenntnis gesetzt

673 Zätzsch/Gröning NZG 2000, 393 (397).
674 Baums-Kommission Rn 83-88.
675 Claussen AG 2001, 161 (168); Lommatzsch NZG 2001, 1017 (1018).
676 Dementsprechend stellt KodexKomm-Kremer Rn 306 die Zusendung eines Link der Versendung per E-Mail gleich, bezieht sich aber auf die nicht in Gesetzeskraft erwachsene Regelung des Abschn. 2.3.2 DCGK.
677 Noack NZG 2001, 1057 (1059).
678 Claussen AG 2001, 161 (168).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wird[679]. Andererseits erreichen auch mehrseitige Dokumente, selbst wenn sie mit speicherintensiven Dokumentationssystemen erstellt worden sind, selten einen Umfang, der selbst bei langsamen Modemverbindungen keinen Download innerhalb weniger Minuten zuläßt. Um ihre Aktionäre nicht zu verprellen, werden die Gesellschaften zudem auf eine platzsparende Kodierung der Texte achten.

Zum anderen weiß der Aktionär, der seine E-Mail-Adresse in das Aktienbuch eintragen läßt, um die grundsätzlichen technischen Bedingungen des elektronischen Briefverkehrs. Schließlich bleibt auch demjenigen, der als Adresse sein Postfach angibt, der Gang zur Postfiliale nicht erspart, wenngleich dies oftmals einen höheren Aufwand bedeutet als der elektronische Empfang der Mitteilungen. Ferner verlangt die Vorschrift des § 125 Abs. 1, 2 AktG ausdrücklich nicht nur eine Mitteilung über das generelle Vorhaben, eine HV abzuhalten, sondern auch über Einberufung, Tagesordnung und eventuelle Anträge. Bei der Versendung eines Hyperlink auf die Hauptversammlungsseite fehlt es jedoch an einer aktiven Benachrichtigung durch die Gesellschaft, da der Aufwand der Informationsbeschaffung dem Anleger auferlegt wird[680]. Der systematische Unterschied zwischen dem Speicherort der Unterlagen besteht darin, daß nur das E-Mail-Fach zum Einflußbereich des Aktionärs gehört. Dagegen kann das Unternehmen die auf seinem Server abgelegten Nachrichten nachträglich ändern, so daß die Integrität und auch die Wahrung der Mitteilungsfristen nicht nachgewiesen werden können.

An der vollständigen Übermittlung der Daten, sei es auf postalische oder elektronische Weise, führt somit kein Weg vorbei[681]. Der Versand selbst kann indessen von externen Dienstleistern übernommen werden[682]. Mit dem Zuschicken eines Hyperlinks, über den auf die HV-Daten zugegriffen werden kann, erfüllt die Gesellschaft ihre Mitteilungspflichten folglich nicht.

4. Verzichtbarkeit der aktiven Übermittlung?

Zweifelhaft ist, ob der Aktionär durch Individualabsprache mit der Gesellschaft auf die aktive Übermittlung der Unterlagen verzichten kann. Teilweise wird dies bejaht mit der Folge, daß in diesem Verhältnis das bloße Einstellen der Mitteilungen in das Internet genügt[683]. Diese Auffassung begegnet jedoch gesetzessystematischen Einwänden. Inhaltlich entspricht die Mitteilungspflicht der Gesellschaft aus § 125 Abs. 2 AktG der Weitergabepflicht der Depotbanken und Aktionärsvereinigungen aus § 128 Abs. 1, Abs. 5 S. 1 AktG. Im Rahmen dieser Weiterleitung beschreibt

679 Claussen AG 2001, 161 (168). Lommatzsch NZG 2001, 1017 (1018) läßt dies als Ausnahme bei umfangreichen Mitteilungen gelten, die zeit- und kostenintensive Downloads erfordern.
680 Sasse S. 83; U. Schmitz S. 66.
681 Claussen AG 2001, 161 (168).
682 Claussen AG 2001, 161 (168); Noack NZG 2001, 1057 (1059); Rosen/Seifert-Seibert S. 11 (28f).
683 Fleischhauer ZIP 2001, 1133 (1138).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 128 Abs. 5 S. 3 AktG einen engen Tatbestand, in dessen Rahmen der Aktionär auf den Erhalt der Mitteilungen verzichten und stattdessen das Zugänglichmachen genügen lassen kann. Die Verortung der Regelung im fünften Absatz spricht dafür, daß sie die Anlegervereinigungen gegenüber den Kreditinstituten privilegieren will. Auf die Gesellschaft läßt sich der Ausnahmetatbestand folglich erst recht nicht übertragen. Mithin ist die aktive Unterrichtung durch die Gesellschaft auch im Wege der Individualabrede nicht durch das passive Bereitstellen der Informationen zu ersetzen.

II. Form der Mitteilung an Kreditinstitute und Aktionärsvereinigungen, § 125 Abs. 1 AktG

Nach § 125 Abs. 1 AktG ist Mitteilung über Einberufung, Tagesordnung, Abstimmungs- und Wahlvorschlägen an Kreditinstitute und Aktionärsvereinigungen zu machen, die Stimmrechte für Aktionäre auf der letzten HV ausgeübt oder die Mitteilung verlangt haben. In welcher Form diese Mitteilung zu erfolgen hat, geht aus dem Gesetz nicht hervor. Der weder durch das NaStraG noch durch das TransPuG geänderte Wortlaut spricht lediglich von „mitteilen". Aus der in den Absätzen 2 und 3 des § 125 AktG der alten Fassung verwendeten Formulierung des Übersendens wurde gefolgert, daß die Mitteilungen schriftlich zu erfolgen hätten, wenngleich die Schriftform des § 126 BGB nicht vorausgesetzt wurde[684]. Da es bei den Dokumenten nicht um Beweisbarkeit, sondern Niederlegung in lesbarer Schrift geht, sollte angesichts der Neuregelung des § 126b BGB nunmehr Textform ausreichen[685]. Unabhängig davon, daß eine E-Mail die Textform im Sinne von § 126b BGB erfüllt[686], könnte auch diese Interpretation des Begriffs des Mitteilens noch zu eng sein.

Aus der Änderung des Wortlauts des § 125 Abs. 2 AktG kann geschlossen werden, daß der Gesetzgeber nicht mehr an der Schriftform festhalten wollte[687]. Da die Interpretation von § 125 Abs. 1 und 2 AktG hinsichtlich desselben Tatbestandsmerkmals nur einheitlich erfolgen kann, muß auch § 125 Abs. 1 AktG offener ausgelegt werden. Ferner spricht auch nicht der Wortlaut des § 128 Abs. 1 AktG gegen den Versand als E-Mail, da eine „Weitergabe" der Unterlagen keine vorangegangene Aushändigung in körperlicher Form voraussetzt[688]. Vielmehr geht der Gesetzgeber in § 128 Abs. 6 AktG von der Möglichkeit aus, daß die Unterlagen vom Kredit-

684 Großkomm-Werner § 125 Rn 69; Hüffer 4. Aufl. § 125 Rn 5; KölnKomm-Zöllner 1. Aufl. §§ 125-127 Rn 44; Semler/Volhard-Reichert/Schlitt 1. Aufl. Rn I B 428.
685 Noack NZG 2001, 1057 (1059).
686 Palandt-Heinrichs § 126b Rn 3; Roßnagel MMR 2000, 451 (457).
687 Hüffer § 125 Rn 5; Zetzsche-Marsch-Barner/Verfürth/Zetzsche Rn 248; Lommatzsch NZG 2001, 1017 (1018); Mimberg ZGR 2003, 21 (38); Wagner Die Bank 2001, 40 (41).
688 Mimberg ZGR 2003, 21 (38f).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

institut selbst vervielfältigt werden, so daß es ihm ersichtlich nicht auf die Schriftlichkeit der empfangenen Dokumente ankommen kann[689].

Auffällig bleibt zwar, daß § 125 Abs. 3 AktG weiterhin vom Übersenden spricht. Dem liegt jedoch ein funktioneller Unterschied der Vorschrift zu den ersten beiden Absätzen zugrunde. § 125 Abs. 1, 2 AktG skizzieren die Informationspflicht der Gesellschaft gegenüber Aktionären und die grundsätzliche Zulässigkeit elektronischer Kommunikationsmittel. Daß kein Aktionär gegen seinen Willen auf den elektronischen Schriftverkehr verwiesen werden darf, folgt aus seinem verbrieften Mitverwaltungsrecht[690]. Im Gegensatz hierzu wird das Recht des Aufsichtsrats auf postalische Unterrichtung erst durch § 125 Abs. 3 AktG abgesichert[691].

Im Ergebnis kann daher die Mitteilung nach § 125 Abs. 1 S. 1 AktG auch elektronisch erfolgen, solange die Identität des Absenders verifizierbar ist[692]. Ferner sind wie bei § 125 Abs. 2 AktG nur die aktiven Übermittlungstechniken *(Push-Technologien)* rechtlich zulässig[693]. Dazu gehört bspw. der Versand per E-Mail, nicht aber das Einstellen der Informationen auf der Homepage der Gesellschaft. In der Praxis kann vor allem der elektronische Versand nach § 125 Abs. 1 S. 1 AktG erhebliche Kosteneinsparungen bewirken. Zum einen entfällt der postalische Versand einer großen Zahl von Formularen an die Institute und damit einer der großen Kostenfaktoren der Hauptversammlung[694]. Zum anderen kennen nur die Banken die genaue Anzahl der Akionäre, so daß die Übermittlung einer sicherheitshalber größeren Menge von Unterlagen an die einzelnen Kreditinstitute überflüssig wird[695]. Ferner kann die Depotbank abhängig vom jeweiligen Kundenvertrag die Dokumente in gedruckter Form oder wiederum per E-Mail weiterleiten[696].

III. Form der Weitergabe an die Depotaktionäre, § 128 Abs. 1 AktG

Banken und Anlegervereinigungen haben gemäß § 128 Abs. 1, Abs. 5 S. 1 AktG die Mitteilungen an ihre Depotaktionäre bzw. Mitglieder unverzüglich weiterzugeben, wenn die Gesellschaft die Namen der Aktionäre nicht aus dem Aktienregister ersehen kann. Da nur deutsche Banken zur Informierung ihrer Depotkunden über Hauptversammlungen verpflichtet sind, erhalten ausländische Aktionäre die Ankündigung

689 Mimberg ZGR 2003, 21 (38).
690 Siehe oben S. 127ff.
691 Mimberg ZGR 2003, 21 (38).
692 Hüffer § 125 Rn 5; Baums-Kommission Rn 93; Semler/Volhard-Schlitt § 4 Rn 239; Wagner Die Bank 2001, 40 (41).
693 Siehe oben S. 134ff.
694 Deutscher Notarverein NZG 2001, 185 (189).
695 Mimberg ZGR 2003, 21 (37).
696 Mimberg ZGR 2003, 21 (37).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vielfach verspätet oder gar nicht[697]. Abhilfe könnte auch hier durch den Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel geschaffen werden.

1. Generelle Zulässigkeit elektronischer Kommunikationsmittel

Die Zulässigkeit eines Einsatzes elektronischer Techniken beim Versand von Unterlagen durch die Depotbank berührt zwar nicht die Anfechtbarkeit der Hauptversammlungsbeschlüsse, wie sich aus § 243 Abs. 3 AktG ergibt. Bedeutung hat die Rechtmäßigkeit des Handelns aber für etwaige Schadensersatzansprüche des Kunden gegen das Kreditinstitut, die sich aus der Verletzung einer Nebenpflicht des Depotvertrags ergeben können.

§ 128 Abs. 1 AktG spricht vom „Weitergeben" der Information, wodurch eine körperliche Handlung gemeint sein könnte[698]. Zwingend ist diese enge Wortlautauslegung jedoch nicht[699]. Über die Neufassung des § 125 Abs. 2 AktG wird den Gesellschaften die Mitteilung auf elektronischem Wege ermöglicht[700]. Warum etwas anderes für die Kreditinstitute gelten soll, ist nicht ersichtlich. Daher ist die Vorschrift des § 128 Abs. 1, Abs. 5 S. 1 AktG dahingehend zu verstehen, daß auch den Kreditinstituten und Aktionärsvereinigungen die elektronische Kommunikation mit ihren Depotinhabern erlaubt werden soll[701].

Den Ergebnissen zur Mitteilung nach § 125 Abs. 2 AktG entsprechend stellt eine Weitergabe per E-Mail grundsätzlich eine zulässige Kommunikationsform dar[702]. Freilich sind auch die Kosten für die elektronische Übertragung Übersendungskosten im Sinne von § 128 Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AktG[703]. Damit sich der E-Mail-Versand nach § 128 Abs. 1 AktG auch durchsetzt, bedarf es daher einer entsprechenden Anpassung der Aufwendungserstattung in der Rechtsverordnung nach § 128 Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AktG[704].

2. Erfordernis des Einverständnisses des Aktionärs in den E-Mail-Verkehr

Ob der einzelne Aktionär tatsächlich per E-Mail informiert werden darf, hängt von seinem Einverständnis ab. Dieses liegt unproblematisch vor, wenn eine entspre-

697 Fraune S. 104ff; Schieber HV-Gegenwart; Büllesbach/Klawitter/Miedbrodt DStR 2001, 666 (667).
698 In dieser Weise den Wortlaut interpretierend, im Ergebnis jedoch die Zulässigkeit einer elektronischen Weiterleitung bejahend Noack/Spindler-Marsch-Barner S. 57 (63).
699 Hüffer § 125 Rn 5; Mimberg ZGR 2003, 21 (38f).
700 Siehe oben S. 133ff.
701 Baums-Kommission Rn 95; Noack/Spindler-Marsch-Barner S. 57 (63).
702 Noack/Spindler-Marsch-Barner S. 57 (63); Noack NZG 2001, 1057 (1059).
703 Lommatzsch NZG 2001, 1017 (1018).
704 Baums-Kommission Rn 95.

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chende Klausel im Depotvertrag existiert[705]. Fraglich ist, ob ein Einverständnis des Kunden bei Kenntnis des Kreditinstituts von seiner E-Mail-Adresse vorliegt[706]. Da eine Einwilligung nicht fingiert werden darf, kann sie nur ausdrücklich oder konkludent erteilt worden sein. An einem konkludenten Einverständnis fehlt es schon dann, wenn die Gesellschaft aus eigenem Antrieb heraus die Adresse in Erfahrung gebracht hat, etwa um sich damit einen kostengünstigeren Versandweg zu eröffnen. Selbst wenn der Aktionär seinerseits die E-Mail-Adresse im Geschäftsverkehr gegenüber der Depotbank verwendet, könnten jedoch praktische Erwägungen gegen seine Bereitschaft zur elektronischen Kommunikation in beiden Richtungen sprechen. Zum einen entspricht es gängiger Praxis, mehrere E-Mail-Adressen zu unterhalten, die nicht allesamt in regelmäßigen Abständen abgefragt werden. Darüber hinaus werden elektronische Postfächer häufig aufgegeben, etwa weil der Anbieter seine Nutzungsbedingungen ändert oder weil die Flut unerwünschter E-Mails *(Spam)* zu groß geworden ist. Mithin kann dem Depotkunden kein konkludentes Einverständnis unterstellt werden. Will die Bank ihn via E-Mail unterrichten, benötigt sie seine ausdrückliche Einwilligung.

IV. Form der Mitteilung und Zugänglichmachung eigener Vorschläge des Kreditinstitutes, § 128 Abs. 2 AktG

Sofern die Depotbank eine Stimmrechtsvertretung anbietet, muß sie gemäß § 128 Abs. 2 AktG dem Aktionär eigene Vorschläge zur Ausübung des Stimmrechts unterbreiten. Auch Verstöße gegen § 128 Abs. 2 AktG hindern gemäß § 243 Abs. 3 AktG nicht die Wirksamkeit der von der HV gefaßten Beschlüsse, können aber die Grundlage für Schadenersatzansprüche des Aktionärs gegen seine Depotbank bilden.

Grundsätzlich hat das Institut die Vorschläge mitzuteilen. Die identische Begriffsverwendung sowie der systematische Zusammenhang zu § 125 Abs. 1, 2 AktG sprechen für eine Einbeziehung elektronischer Kommunikationsmittel in das Verhältnis zwischen Bank und Aktionär. Eine entsprechende Intention des Gesetzgebers folgt zudem aus § 128 Abs. 2 S. 5 AktG, der zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung durch den Aktionär exemplarisch den Einsatz von Bildschirmformularen anführt[707]. Foglich ist die Verwendung des Internet auch im Rahmen des § 128 Abs. 2 AktG möglich, sofern wie im Falle der E-Mail eine aktive Benachrichtigung durch die Depotbank erfolgt[708].

705 Mimberg ZGR 2003, 21 (40).
706 Pauschal befürwortend Noack/Spindler-Marsch-Barner S. 57 (63); ablehnend dagegen Mimberg ZGR 2003, 21 (40).
707 BegrRegE NaStraG BT-Drucks. 14/4051, S. 14; Mimberg ZGR 2003, 21 (42).
708 Mimberg ZGR 2003, 21 (41f).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Falls die Depotbank Namensaktien verwahrt und von den Vorschlägen der Verwaltung nicht abweichen will, kommt sie gemäß § 128 Abs. 2 S. 2 HS. 1 AktG von der Pflicht frei, eigene Vorschläge mitzuteilen. In diesem Fall genügt das Zugänglichmachen. Hierfür soll ausweislich der Gesetzesunterlagen die Einstellung der Vorschläge auf die Homepage des Kreditinstitutes ausreichen[709]. Der Sinn der unterschiedlichen Regelung liegt darin, daß die Gesellschaft die Aktionäre in diesem Falle selbst benachrichtigt und die Notwendigkeit einer Weitergabe daher entfällt[710]. Auch teleologisch bestehen daher keine Bedenken, für ein Zugänglichmachen die Bereitstellung der Vorschläge auf der Website des Kreditinstitutes bzw. der Aktionärsvereinigung ausreichen zu lassen[711].

C. Anträge von Aktionären, §§ 126, 127 AktG

Ein weiteres wichtiges Element der Vorbereitung der Hauptversammlung bilden die von den Aktionären einzureichenden Gegenanträge, die von der Gesellschaft an die übrigen Anleger weiterzuleiten sind. Gemäß §§ 126 Abs. 1 S. 1, 127 S. 1 AktG sind Anträge und Wahlvorschläge von Aktionären mitzuteilen, sofern die Übersendung durch den Antragsteller bis zwei Wochen vor dem Tag der Hauptversammlung erfolgt.

Die Befugnis zur Veröffentlichung eines Gegenantrags ist ein wesentlicher Bestandteil der Aktionärsdemokratie[712]. Anders als durch einen Redebeitrag in der Hauptversammlung, die nur von einem Bruchteil der Investoren besucht wird, erreicht der Aktionär mit seinem Anliegen potentiell sämtliche Aktionäre, so daß das Antragsrecht zu den wirkungsvollsten Instrumenten der Aktionärskommunikation gezählt werden darf.

Der in § 126 Abs. 1 S. 1 AktG vorgesehene „Gegenantrag gegen einen Vorschlag von Vorstand und Aufsichtsrat zu einem bestimmten Punkt der Tagesordnung" ist im übrigen zu unterscheiden von den in Einberufungstexten teilweise als „Anträge zur Hauptversammlung" bezeichneten Ergänzungen zur Tagesordnung gemäß § 122 Abs. 2 AktG. Denn bei § 126 AktG geht es nicht um die Einführung eines gänzlich neuen Beschlußgegenstandes, sondern um die Ablehnung eines Vorschlags der Verwaltung oder um die Empfehlung einer Alternative[713].

709 BegrRegE NaStraG BT-Drucks. 14/4051, S. 13; ebenso Obermüller/Werner/Winden B Rn 175; Mimberg ZGR 2003, 21 (41).
710 Noack NZG 2001, 1057 (Fn 21).
711 Zetzsche-Marsch-Barner/Verfürth/Zetzsche Rn 250; Noack NZG 2001, 1057 (1059); Lommatzsch NZG 2001, 1017 (1018); Wagner Die Bank 2001, 40 (44);.
712 Noack BB 2003, 1393 (1393).
713 Noack BB 2003, 1393 (1393).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Übersendung durch den Aktionär

Zu klären sind zunächst die Voraussetzungen, unter denen der Aktionär einen Gegenantrag einreichen darf. Von Interesse ist dabei einerseits die Form der Übermittlung. Bei elektronischem Versand spielt ferner eine Rolle, an welche E-Mail-Adresse sich der Aktionär zulässigerweise mit seinem Begehren wenden darf.

1. Begriff des Übersendens

Der Aktionär muß den Gegenantrag gemäß § 126 Abs. 1 S. 1 AktG „übersenden". Ohne Zweifel ist dieser Voraussetzung bei einer herkömmlichen Zusendung des Antrags auf postalischem oder fernschriftlichem Wege genüge getan[714]. Ob auch eine elektronische Übermittlung zulässig ist, muß im Wege der Auslegung des § 126 Abs. 1 AktG ermittelt werden. Daß das NaStraG den Terminus nicht durch einen neutralen Begriff wie z.B. „mitteilen" ersetzt hat, spricht für ein herkömmliches Verständnis im Sinne einer Übermittlung durch Schreiben oder Telefax[715]. Dieser bereits frühzeitig geäußerten Kritik ist der Gesetzgeber weder im Verfahren zum FormVAnpG noch in dem zum TransPuG durch eine Anpassung des § 126 Abs. 1 AktG begegnet. Von einem redaktionellen Versehen zu sprechen, ginge daher zu weit[716]. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, daß der Gesetzgeber bei der Revision der Parallelnorm des § 125 Abs. 2 AktG nicht untätig blieb, sondern das Tatbestandsmerkmal des Mitteilung-Übersendens durch das Mitteilungmachen ersetzt hat[717]. Denn wenn im Grundsatz demselben Wort in verschiedenen Vorschriften eines Gesetzes dieselbe Bedeutung zukommen soll[718], so bedeutet dies im Umkehrschluß, daß die sprachliche Unterscheidung ähnlicher Sachverhalte auf den Willen des Gesetzgebers hinweist, die Vorgänge auch unterschiedlich zu behandeln.

Umgekehrt ist aus der Gesetzesbegründung des TransPuG kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich, daß der der Gesetzgeber eine möglichst enge Interpretation des Begriffs des Übersendens favorisiert. Eine restriktive Auslegung ist auch nicht zwingend. Da nach heutigem Sprachgebrauch auch E-Mails „versandt" werden, erfaßt der Wortlaut auch elektronische Kommunikation[719]. Ausweislich des Gesetzeszwecks des NaStraG sollen die Formalien zugunsten des Aktionärs erleichtert werden[720]. Die für den Anleger komfortablere Variante, Gegenanträge auf elektronischem Wege einzuschicken, darf ihm daher zumindest nicht unter Hinweis auf

714 Sasse NZG 2004, 153 (154).
715 MüHdb-Semler § 35 Rn 71; Noack/Spindler-Marsch-Barner S. 57 (58).
716 Sasse NZG 2004, 153 (154).
717 Mimberg ZGR 2003, 21 (33).
718 BVerfGE 17, 155 (164f); 71, 39 (53ff); Deckert JA 1994, 412 (416).
719 Mimberg ZGR 2003, 21 (33); ihm folgend Sasse NZG 2004, 153 (154).
720 BegrRegE NaStraG BT-Drucks. 14/4051, S. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Systematik des NaStraG verwehrt werden[721]. Ferner benennt der Regierungsentwurf zum TransPuG E-Mail-Adressen als mögliche Anschriften im Sinne von § 126 Abs. 1 S. 1 AktG[722]. Dieser Umstand wurde mitunter als Beweis für ein Redaktionsversehen im NaStraG angeführt, das durch die Verabschiedung des TransPuG unbewußt perpetuiert wurde[723].

Tatsächlich wäre es konsequent gewesen, die Sprachregelung der §§ 125, 126 AktG anzugleichen und durchgängig von einem „Mitteilungmachen" auszugehen. Denkbar ist jedoch auch, daß der Gesetzgeber mit dem Festhalten am „Übersenden" das bestehende Erfordernis der Schriftlichkeit der Gegenanträge beibehalten wollte. Gegenanträge mußten vor dem Inkrafttreten des NaStraG textlich abgefaßt sein, jedoch nicht notwendigerweise der Schriftform nach § 126 BGB entsprechen[724]. Da die E-Mail die Textform erfüllt[725], stellt sie im Gegensatz zum Telefonat ein zulässiges Format zur Einreichung von Anträgen dar[726]. Mithin stellt das Tatbestandsmerkmal des Übersendens nach richtiger Interpretation sicher, daß der Aktionär seine Anträge schriftlich einreicht. Über die Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel wird dagegen keine Aussage getroffen. Daher darf die Übersendung in beliebiger elektronischer Form erfolgen, solange die Textform (§ 126b BGB) eingehalten wird[727].

2. Verwenden einer zulässigen E-Mail-Anschrift

Ungeklärt ist bislang, an welche Adressen der Aktionär seinen Gegenantrag richten darf. Eine gesetzliche Vorgabe besteht nur insofern, als gemäß § 126 Abs. 1 S. 1 AktG in der Einberufung der Hauptversammlung eine Zieladresse anzugeben ist, die auch in einer E-Mail-Anschrift oder Fax-Nummer bestehen kann[728]. Die durch das TransPuG eingeführte Bestimmung dient dazu, die insbesondere bei Gesellschaften mit mehreren Niederlassungen auftretenden Unsicherheiten zu beseitigen[729].

In der Regel wird die Gesellschaft als zentrale Adresse den Sitz der Hauptverwaltung bestimmen. Die Gesellschaft ist jedoch grundsätzlich frei in der Angabe einer beliebigen Anschrift und kann daher bspw. einen Rechtsanwalt oder eine andere mit der Organisation der Hauptversammlung befaßte Stelle mit der Entgegennahme der Gegenanträge betrauen[730]. Im Interesse des Aktionärsschutzes sind dieser Freiheit

721 Mimberg ZGR 2003, 21 (33).
722 BegrRegE TransPuG BT-Drucks. 14/8769, S. 20.
723 Mimberg ZGR 2003, 21 (34); Noack NZG 2001, 1057 (1060).
724 Hüffer 4. Aufl. § 126 Rn 4; MüHdb-Semler § 35 Rn 71.
725 Palandt-Heinrichs § 126b Rn 3; Roßnagel MMR 2000, 451 (457).
726 Mimberg ZGR 2003, 21 (33).
727 Im Ergebnis ebenso Noack NZG 2001, 1057 (1059); v. Ruckteschell BB 2002, Heft 27, S. I.
728 BegrRegE TransPuG BT-Drucks. 14/8769, S. 20; Ihrig/Wagner BB 2002, 789 (794).
729 Noack BB 2003, 1393 (1393).
730 Noack BB 2003, 1393 (1393f).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

jedoch gewisse Grenzen zu ziehen. So wäre die Angabe einer Adresse im Ausland beispielsweise eine unzulässige Einschränkung des in § 126 AktG gewährten Rechts[731].

Im Zusammenhang mit dem Einsatz moderner Kommunikationsmittel sind vor allem zwei Fälle von Bedeutung. Zum einen ist denkbar, daß die Gesellschaft nur eine elektronische Adresse bekannt gibt, der Aktionär seinen Antrag aber mit herkömmlichem Brief an die Gesellschaft schicken möchte. Das Fehlen einer Postanschrift führt zwar nicht zur Anfechtbarkeit der in der Hauptversammlung gefaßten Beschlüsse. Denn § 126 Abs. 1 S. 1 AktG verpflichtet das Unternehmen gerade nicht zur Veröffentlichung einer postalischen Zieladresse für Gegenanträge. Stattdessen lebt die Empfangszuständigkeit der von der Gesellschaft nach außen hin verwendeten Stellen auf[732]. Der Aktionär muß sich darum nicht auf die elektronische Adresse verweisen lassen, sondern kann seinen Antrag in jedem Falle per Brief an den Sitz der Gesellschaft senden[733].

Schwieriger zu beurteilen ist der umgekehrt gelagerte Fall, daß die Gesellschaft keine elektronische Adresse angibt, der Aktionär seinen Gegenantrag jedoch per E-Mail einreichen möchte. In diesem Fall sollen nach einer Ansicht im Schrifttum elektronische Kanäle dem Aktionär verwehrt sein, da die Gesellschaft mit Eingaben auf per E-Mail nicht zu rechnen braucht[734]. Dagegen wird eingewandt, es könne nicht im Belieben des Einberufenden stehen, welcher Kommunikationsmittel sich der Aktionär bedienen darf[735]. Ferner darf sich umgekehrt auch der Einberufende bei der Pflicht zur Zugänglichmachung der Gegenanträge des Internet bedienen[736], ohne daß es einer vorherigen Zustimmung der Anlegerschaft bedarf[737]. Ein Zurückhalten der E-Mail-Adresse in der Einberufung führt somit noch nicht dazu, daß Gegenanträge nicht per E-Mail übersandt werden dürfen. Stattdessen lebt das allgemeine Vertretungsrecht auf, so daß jede offizielle E-Mail-Anschrift der Gesellschaft verwendet werden darf[738]. Voraussetzung ist lediglich, daß der Einberufende die Adresse überhaupt im Geschäftsverkehr führt[739].

731 Sasse NZG 2004, 153 (155).
732 BegrRegE TransPuG BT-Drucks. 14/8769, S. 20; Noack BB 2003, 1393 (1394); Sasse NZG 2004, 153 (155).
733 Insofern inkonsequent Noack BB 2003, 1393 (1394), der die Bindung an eine elektronische Adresse ablehnt, den Verweis auf eine postalische Anschrift jedoch zuläßt.
734 Ihrig/Wagner BB 2002, 789 (794); Noack BB 2003, 1393 (1394); ähnlich Sasse NZG 2004, 153 (155).
735 Mimberg ZGR 2003, 21 (34).
736 Siehe unten S. 145ff.
737 Mimberg ZGR 2003, 21 (34).
738 BegrRegE TransPuG BT-Drucks. 14/8769, S. 20.
739 Strömer 4.4.3 (S. 133); Noack NZG 2001, 1057 (1059f); v. Ruckteschell BB 2002, Heft 27, S. I; in diese Richtung tendierend Mimberg ZGR 2003, 21 (34).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Zugänglichmachen der Anträge und Begründungen durch die Verwaltung

Erreicht der Antrag die Gesellschaft in der zulässigen Form und Frist, so hat sie ihn gemäß § 126 Abs. 1 S. 1 AktG zugänglich zu machen.

1. Formerfordernis de lege lata und de lege ferenda

Der Gesetzgeber des TransPuG hat die Gesellschaft bewußt von der in § 126 Abs. 1 AktG a.F. beschriebenen Pflicht des Mitteilens entlastet, so daß das Einstellen des Gegenantrags samt Begründung auf der Internet-Seite der Gesellschaft genügt[740]. Inhaltlich entsprechen sich daher die §§ 128 Abs. 2 S. 2 HS. 1 und 126 AktG im Tatbestandsmerkmal des Zugänglichmachens[741]. Gleichwohl wird rechtspolitisch teilweise bezweifelt, ob die Veröffentlichung auf der Homepage des Unternehmens ausreicht[742]. Noch verfügen längst nicht alle Aktionäre über einen Internet-Zugang, so daß viele von ihnen nicht auf das Internet-Angebot der Gesellschaft zugreifen können[743]. Indes gilt auch hier, daß es den Betroffenen unbenommen ist, ein Internet-Café aufzusuchen und sich – falls erforderlich – in die Bedienung des Browsers kurz einweisen zu lassen. Im übrigen kommt es auf die konkret-individuelle Möglichkeit der Kenntnisnahme nicht an, solange nur die Gesellschaft ein Medium mit hinreichend hohem Verbreitungs- und Wirkungsgrad verwendet[744]. Die Versendung der Anträge an alle Aktionäre erscheint ferner unverhältnismäßig und liegt in Anbetracht der entstehenden und letztlich von den Aktionären zu tragenden Kosten sowie der mit fehlerhaften Mitteilungen verbundenen Gefahren auch nicht im Interesse der Anlegerschaft[745].

Der Regierungsentwurf zum TransPuG räumt zwar ein, daß das Internet noch nicht flächendeckend verbreitet ist[746]. Trotzdem ließen sich mit seiner Hilfe mehr Aktionäre als mit dem bisherigen System erreichen, da insbesondere die ausländischen Investoren in der Vergangenheit meist keine schriftlichen Mitteilungen erhielten[747]. Ferner sind die Kosteneinsparungen durch die wegfallende Versandpflicht sowie die geringere Gefahr von Übermittlungs- und damit Verfahrensfehlern der

740 BegrRegE TransPuG BT-Drucks. 14/8769, S. 20; Ihrig/Wagner BB 2002, 789 (794); Mutter AG 2003, R 34 (R 34); Noack NZG 2003, 241 (244); v. Ruckteschell BB 2002, Heft 27, S. I. Der Gesetzgeber kam damit einer Forderung der Baums-Kommission Rn 100-102, 249 nach. Heidel-Pluta § 126 Rn 28 setzt stattdessen eine subjektive Zugangsmöglichkeit voraus.

741 Noack NZG 2001, 1057 (1060).

742 Mimberg ZGR 2003, 21 (35).

743 Mimberg ZGR 2003, 21 (35).

744 MüKoAktG-Kubis § 126 Rn 21; Noack BB 2003, 1393 (1395); anders Heidel-Pluta § 126 Rn 28, der auf die individuelle Zugangsmöglichkeit abstellt.

745 BegrRegE TransPuG BT-Drucks. 14/8769, S. 20.

746 BegrRegE TransPuG BT-Drucks. 14/8769, S. 20; ebenso Seibert NZG 2002, 608 (611).

747 BegrRegE TransPuG BT-Drucks. 14/8769, S. 20; Seibert NZG 2002, 608 (611).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gesellschaft von allgemeinem Nutzen und für alle Aktionäre von Vorteil[748]. Somit besteht kein Bedürfnis, von dem Tatbestandsmerkmal des Zugänglichmachens de lege ferenda abzuweichen.

2. Nichtveröffentlichen der Begründung gemäß § 126 Abs. 2 S. 2 AktG

Durch das TransPuG wurde in § 126 Abs. 2 S. 2 AktG die Grenze, ab der die Begründung des Antrags nicht veröffentlicht werden muß, von 100 Wörtern auf 5.000 Zeichen angehoben. Problematisch ist insofern, welche Bestandteile des Antrags als Zeichen zu verstehen sind, insbesondere ob auch Leerzeichen und Sonderzeichen dazu zählen[749]. Angesichts des in der Vergangenheit häufig bis zum letzten ausgereizten Spielraumes, den die frühere Limitierung auf hundert Wörter bot, kann die Ungenauigkeit der Regelung schon bald rechtlich relevant werden[750].

Wenig überzeugend ist das gegen eine Berücksichtigung von Leerzeichen angeführte Argument, „mit nichts [lasse] sich nichts ausdrücken“[751]. Denn es bleibt dem Einzelfall überlassen, ob der Interpunktion Begründungselemente zukommen[752]. Auch der Gesetzeszweck spricht für die Relevanz sämtlicher Zeichen für die Berechnung der Textlänge. Denn die Obergrenze wurde nicht unter dem Aspekt der Kostenbegrenzung eingeführt, sondern im Hinblick auf die maximale Länge einer Begründung, die von einem durchschnittlichen Aktionär gelesen wird[753]. Berücksichtigt man zudem den Zweck des § 126 AktG, die Gesellschaft vor der Übermittlung allzu langer Anträge zu schützen[754], so zählen die gleichermaßen speicherintensiven Interpunktionen ebenfalls als Zeichen im Sinne von § 126 Abs. 2 S. 2 AktG[755].

3. Nichtveröffentlichen von Querverweisen auf weitere Begründungen

Häufig schließen die Begründungen von Gegenanträgen mit dem Satz, weitere Argumente ließen sich auf einer bestimmten Homepage nachlesen. Dies führt zu der Frage, ob die ausgelagerten Teile der Begründung und der Verweis hierauf unter die

748 Seibert NZG 2002, 608 (611).
749 Mutter ZIP 2002, 1759 (1759).
750 Mutter ZIP 2002, 1759 (1759).
751 Noack BB 2003, 1393 (1394).
752 Pentz ZIP 2003, 1925 (1926).
753 Pentz ZIP 2003, 1925 (1927); Seibert NZG 2002, 608 (611).
754 Kropff S. 179 (§ 126): „Um zu verhindern, daß der Aktionär, der den Gegenantrag stellt, durch eine übermäßig lange Begründung die Kosten der Weitergabe des Gegenantrags unangemessen erhöht, braucht der Vorstand die Begründung nur mitzuteilen, sofern sie für die Anträge des Aktionärs insgesamt nicht mehr als einhundert Worte beträgt“.
755 Mutter ZIP 2002, 1759 (1759); Mutter AG-Report 2003, 34 (34); gegenteiliger Ansicht Noack NZG 2003, 241 (244).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Veröffentlichungspflicht fallen. Die Fundstelle selbst ist nicht Bestandteil des Begehrens, so daß die dort enthaltenen Gründe nicht an die Mitaktionäre weitergeleitet werden müssen. Schwieriger fällt die Beurteilung, ob der formal zum Antrag gehörende Nachweis zu publizieren ist.

Dagegen spricht jedoch bereits, daß es sich bei dem Verweis selbst nicht um eine argumentative Untermauerung des Begehrens handelt, sondern um ein Hilfsmittel zur weiteren Recherche[756]. Nun läßt sich einwenden, in Verbindung mit den weiteren Gründen könne auch der Verweis dazu beitragen, Mitstreiter von dem Antrag zu überzeugen. Zu bedenken bleibt, daß der Vorstand gemäß § 126 Abs. 2 AktG die Veröffentlichung in bestimmten Fällen verweigern kann und somit in die Lage versetzt werden muß, von dem gesamten veröffentlichungsrelevanten Text Kenntnis zu erhalten. Fraglich ist schon, ob ein Aufsuchen der jeweiligen Referenzen dem Vorstand zumutbar ist. In jedem Falle verbleibt der auf der Homepage veröffentlichte Text des Opponenten in dessen Einflußbereich und kann nachträglich verändert werden. Dies jedoch schließt eine Möglichkeit zur abschließenden Prüfung, ob der Antrag unter den Tatbestand des § 126 Abs. 2 S. 1 AktG fällt, aus[757]. Ferner könnte der Aktionär leicht die 5.000-Zeichen-Grenze des § 126 Abs. 2 S. 2 AktG übertreten. Es geht jedoch nicht an, daß der Aktionär die gesetzliche Beschränkung durch eine Bezugnahme unterläuft[758].

Somit ist der Verweis auf eine Homepage, die weiterführende Argumente beinhaltet, kein Bestandteil der Antragsbegründung und muß folglich nicht vom Vorstand publiziert werden. Davon unberührt bleibt, daß die Gesellschaft nach Prüfung der Website den Verweis freiwillig veröffentlichen darf[759].

4. Begrenzung des Empfängerkreises

Ein weiteres Problem betrifft die Reichweite der Veröffentlichung. Teilweise wird es für unerheblich gehalten, ob die Gesellschaft die Einsicht der Anträge im Internet auf den Kreis der in § 125 Abs. 1 bis 3 AktG genannten Berechtigten beschränkt oder komplett freigibt[760]. Insbesondere bei nicht-börsennotierten Unternehmen kann jedoch ein Interesse daran bestehen, daß der Gegenantrag nicht über den Aktionärskreis hinaus bekannt wird[761]. Dann sind seitens der Gesellschaft Vorkehrungen zu treffen, die den Antrag nur den Aktionären zugänglich machen. Eine Lösung bestünde darin, die betreffende Seite mit einem Zugangs-Code zu versehen, der den Anlegern im Rahmen der Mitteilungen nach §§ 125, 128 AktG bekannt gegeben wird[762].

756 Stehle ZIP 2003, 980 (981).
757 Stehle ZIP 2003, 980 (981).
758 Mutter AG-Report 2003, 372 (372).
759 Stehle ZIP 2003, 980 (983).
760 Mimberg ZGR 2003, 21 (36).
761 Noack DB 2002, 620 (623).
762 Noack DB 2002, 620 (623).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hierbei genügt ein allgemeines Paßwort. Zwar kann es von einem anderen Aktionär öffentlich bekannt gegeben werden. Da aber auch gleich der Inhalt des Gegenantrags einschließlich der Identität des Antragstellers Dritten gegenüber preisgegeben werden kann, muß diese Gefahr hingenommen werden[763].

III. Pflicht der Gesellschaft zur Bereitstellung eines Forums?

Diskutiert wurde vor Inkrafttreten des UMAG eine Pflicht der Gesellschaft, den Aktionären ein Forum bereitzustellen, um Mitstreiter für Gegenvorschläge bereits im Vorfeld der Hauptversammlung werben zu können[764]. Wie schon beim gleichgelagerten Problem des § 122 AktG[765] läßt sich auch hier aus dem Wortlaut des Gesetzes keine solche Rechtspflicht ableiten. Es ist jedoch wahrscheinlich, daß der Kapitalmarkt eine entsprechende Maßnahme der Verwaltung als Bestandteil guter Corporate Governance ansehen und honorieren würde. Daher spricht sich auch die von der EU-Kommission eingesetzte Expert Group on Cross-Border Voting in Europe in ihrem Abschlußbericht für eine Stärkung der Binnenkommunikation der Aktionäre aus[766]. Indirekt hat sich die Fragestellung dadurch erledigt, daß das UMAG mit der Neuregelung des § 127a AktG ein Portal für Aktionäre im nichtamtlichen Teil des elektronischen Bundesanzeigers geschaffen hat.

D. Auslegungspflichten im Vorfeld der HV

Bereits vor der Hauptversammlung muß dem Aktionär Zugang zu verschiedenen Unterlagen der Gesellschaft gewährt werden. Hierzu zählt gemäß § 175 Abs. 2 S. 1 AktG die Auslegung des Jahresabschlusses, des Lageberichts, des Berichts des Aufsichtsrates sowie der Vorschläge des Vorstandes zur Gewinnverwendung in den Geschäftsräumen der Gesellschaft. Noch umfangreicher sind die Auslegungspflichten bei der Beschlußfassung über den Abschluß von Unternehmensverträgen (§ 293f Abs. 1 AktG), Übertragungen des gesamten Vermögens der Gesellschaft (§ 179a Abs. 2 AktG), Kapitalerhöhungen mit Bezugsrechtsausschluß (§ 186 Abs. 4 S. 2 AktG) sowie bei bestimmten Umwandlungsvorgängen (§§ 63, 64 UmwG) ausgestaltet. Ferner kann der Aktionär in den Fällen der §§ 175 Abs. 2, 120 Abs. 3 S. 3, 179a Abs. 2 S. 2, 293f Abs. 2 AktG, 63 Abs. 3 UmwG entsprechende Abschriften verlangen.

763 Noack DB 2002, 620 (623).
764 Erstmals erwogen von Noack ZGR 1998, 592 (613).
765 Siehe oben S. 130ff.
766 Winter-Gruppe S. 49.

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Diese Pflichten können nicht ohne weiteres durch Veröffentlichung im Internet ersetzt werden[767]. Auf Wunsch des Aktionärs kann jedoch anstelle der Abschrift eine elektronische Übermittlung erfolgen[768]. Ferner empfiehlt sich unter dem Gesichtspunkt guter Corporate Governance die zusätzliche Einstellung der Unterlagen in das Netz[769]. Ebenso könnten Vorstandsberichte zweckmäßigerweise bereits im Vorfeld der Veranstaltung in die Homepage des Unternehmens eingestellt werden[770].

E. Legitimation der HV-Teilnehmer, § 123 Abs. 2-4 AktG

Es muß sichergestellt werden, daß an der Hauptversammlung im Internet grundsätzlich nur Aktionäre und andere befugte Personen (z.B. Stimmrechtsvertreter) teilnehmen können und sich die Aktionäre an den Abstimmungen nur in Höhe ihres Anteilsbesitzes beteiligen[771]. Bei Namensaktien kann die Gesellschaft auf den Bestand des Aktienregisters zugreifen, das gemäß § 67 Abs. 2 AktG eine verbindliche Grundlage bildet[772]. Durch die Einführung von elektronischen Aktienregistern hat der Gesetzgeber die Möglichkeit geschaffen, die via Internet erteilten Vollmachten mit dem Aktienregister ohne Medienbruch automatisch abzugleichen[773]. Trotz dieser Erleichterungen ist der Kontrollaufwand insbesondere bei Publikumsgesellschaften derart groß, daß die Legitimationsprüfung vorgezogen werden muß. Als Instrumente stehen hier in erster Linie die Anmeldung zur Verfügung. Die Hinterlegung nach § 123 Abs. 2 S. 1 Var. 1, Abs. 3 AktG a.F. ist seit dem UMAG abgeschafft[774].

Viele Gesellschaften machen von der Ermächtigung des § 123 Abs. 2 S. 1 AktG Gebrauch und knüpfen in ihren Satzungen die Hauptversammlungsteilnahme an eine vorherige Anmeldung[775]. Diese kann in Ermangelung einer Formvorschrift durch E-Mail oder über ein Formular auf der Website des Unternehmens erfolgen[776]. Die Anmeldung ausschließlich über das Internet anzubieten, würde die Aktionäre ohne Internet-Zugang benachteiligen und wäre daher unzulässig[777]. Bis zum Inkrafttreten des UMAG war umgekehrt an eine Anmeldung auf elektronischem Wege bei sol-

767 Noack NZG 2001, 1057 (1060); ders. NZG 2003, 241 (244).
768 Baums-Kommission Rn 96; Noack NZG 2001, 1057 (1060); ders. NZG 2003, 241 (242).
769 Baums-Kommission Rn 97; Klawitter S. 7; Riegger ZHR 165 (2001), 204 (212).
770 V. Wartenberg WM 2001, 2239 (2240).
771 Hasselbach/Schumacher ZGR 2000, 258 (265); Noack/Spindler-Noack S. 13 (31).
772 Klawitter S. 18. Dies gilt sogar bei Unrichtigkeit des gesamten Aktienregisterbestands wie etwa im Falle einer fehlgeschlagenenen Anteilsübertragung, vgl. Wicke ZIP 2005, 1397 (1398ff).
773 Noack ZIP 2001, 57 (63); Wiebe ZHR 166 (2002), 182 (188f).
774 Zu den Anforderungen an den Bestandsnachweis gem. § 123 Abs. 3 AktG siehe Simon/Zetzsche NZG 2005, 369 (370f).
775 Maul NZG 2001, 585 (585); Riegger ZHR 165 (2001), 204 (207).
776 Riegger ZHR 165 (2001), 204 (207).
777 Ohne nähere Begründung Noack NZG 2001, 1057 (1060).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chen Gesellschaften zu denken, deren Satzung eine schriftliche Anmeldung verlangen. Da in der Satzungsklausel eine durch Rechtsgeschäft bestimmte schriftliche Form zu sehen ist, genügte gemäß § 127 Abs. 2 S. 1 BGB die telekommunikative Übermittlung[778]. Dies ließ sich durch die Erwägung stützen, daß die Verwaltung nicht die Möglichkeit haben soll, einen speziellen Kommunikationskanal aus mehreren möglichen auszuwählen. Einzige Voraussetzung war daher, daß die Gesellschaft die verwendete E-Mail-Adresse im Rechtsverkehr benutzt[779]. Die neue Vorschrift des § 123 Abs. 2 S. 3 AktG hat insofern Klarheit geschaffen, als sich der Aktionär unter der Adresse anzumelden hat, die ihm zu diesem Zweck von der Gesellschaft in der Einberufung genannt wurde. Sofern diese keine elektronische ist, muß die Gesellschaft auch keine Anmeldungen entgegennehmen, die ihr per E-Mail zugeleitet werden.

§ 34 Durchführung der HV

Die Stärken des Internet liegen vor allem in der Geschwindigkeit und in dem geringen Aufwand der Informationsübertragung. Beide Vorteile können im Vorfeld der Hauptversammlung zu Erleichterungen und Kostensenkungen führen, nicht jedoch zu qualitativ neuen Möglichkeiten. Während der Veranstaltung dagegen eröffnet der elektronische Datenverkehr Varianten, die bis vor wenigen Jahren nicht durchführbar waren und deren Fülle noch nicht erschlossen ist. Erinnert sei nur an das Verfolgen der Versammlung über eine Video- und Audio-Übertragung sowie an die zeitnahe Reaktion durch spontanes Erteilen von Weisungen an einen Stellvertreter[780]. Daher sind alle Aktionärsrechte daraufhin zu untersuchen, ob sie unter Inanspruchnahme neuer Kommunikationsmittel wahrnehmbar sind und ob bei ihrer Ausübung der reibungslose Ablauf der Hauptversammlung gewährleistet bleibt[781].

A. Anwesenheitspflichten

Die Öffnung der Hauptversammlung nach außen kann ein Fernbleiben der Aktionäre von der Präsenzveranstaltung bewirken. In diesem Zusammenhang ist zu klären, welche Personen zugegen sein müssen, um die Mindestanforderungen einer Präsenzversammlung zu erfüllen.

Gemäß § 118 Abs. 2 S. 1 AktG sollen die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrates an der HV teilnehmen. Eine telekommunikative Zuschaltung genügt

778 Baums-Kommission Rn 103; Noack NZG 2001, 1057 (1060).
779 Siehe oben S. 143ff.
780 Klawitter S. 25.
781 Hasselbach/Schumacher ZGR 2000, 258 (262).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dieser körperlichen Anwesenheitspflicht nicht[782]. Die durch das TransPuG neu eingeführte Regelung des § 118 Abs. 2 S. 2 AktG sieht jedoch vor, daß Aufsichtsratsmitglieder in bestimmten Fällen per Bild- und Tonübertragung an der Hauptversammlung teilnehmen können[783]. Dabei setzt die Übertragung eine Audio- und Video-Konferenz in beiden Richtungen voraus[784]. Umstritten ist, ob die Beschränkung auf „bestimmte Fälle" bedeutet, daß die Satzung konkrete Einzelfälle benennen muß[785]. Da entsprechende Situationen schwerlich vorhersehbar sind, sollte von einer derart engen Auslegung Abstand genommen werden. Allerdings sind allgemeine, sachlich begründete Fallgruppen anzuführen, in denen das Aufsichtsratsmitglied von seiner grundsätzlichen Teilnahmepflicht befreit werden und stattdessen online teilnehmen kann[786]. Indes hat ein Aufsichtsratsmitglied, das die Aufgabe des Versammlungsleiters übernimmt, selbstverständlich in persona teilzunehmen[787]. Obwohl § 118 Abs. 2 AktG für sämtliche Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats eine Teilnahmepflicht an der Hauptversammlung begründet[788], bedeutet die Mißachtung der Vorschrift keinen Anfechtungsgrund.

Gemäß § 130 Abs. 1 S. 1 AktG bedürfen Hauptversammlungsbeschlüsse einer notariellen Beurkundung. Bei nichtbörsennotierten Gesellschaften gilt dies nach § 130 Abs. 1 S. 1 AktG nur für solche Beschlüsse, zu deren Annahme mindestens eine Dreiviertelmehrheit erforderlich ist. Zur Anfertigung der Niederschriften muß der Notar am Ort der Hauptversammlung anwesend sein[789]. Da er die Wahrnehmungen des Versammlungsleiters teilen muß[790], genügt eine telekommunikative Zuschaltung des Notars nicht[791].

Einer Pflicht zur Teilnahme unterliegt gemäß § 176 Abs. 2 S. 2 AktG auch der Abschlußprüfer, wenn dieser den Jahresabschluß zu prüfen hat. Dies ist gemäß

782 Claussen AG 2001, 161 (166, 168); Noack NZG 2001, 1057 (1062); Riegger ZHR 165 (2001), 204 (215); anderer Ansicht schon vor Inkrafttreten von NaStraG und TransPuG Hasselbach/Schumacher ZGR 2000, 258 (262, Fn 10), die eine Zuschaltung per Internet und eine körperliche Teilnahme als austauschbar erachten.

783 Kritik hieran übt Bernhardt DB 2002, 1841 (1843), der die Aufsichtsräte als Repräsentanten der Aktionäre angesichts der regelmäßig nur einmal pro Jahr stattfindenden Hauptversammlung körperlich anwesend wissen will.

784 BegrRegE TransPuG BT-Drucks. 14/8769, S. 19; Sommer-Sommer § 8 Rn 85; Ihrig/Wagner BB 2002, 789 (795); Schwarz MMR 2003, 23 (25).

785 Jeweils ohne Nennung von Sachgründen plädiert Schwarz MMR 2003, 23 (25) dafür, Gaul/Otto GmbHR 2003, 6 (13) dagegen. Hucke/Ammann DStR 2002, 689 (691) wollen das Fernbleiben des Aufsichtsrats nur in „eng begrenztem Ausnahmefall" zulassen, äußern sich jedoch nicht dazu, ob diese Grenzen im Gesellschaftsstatut festgelegt sein müssen.

786 BegrRegE TransPuG BT-Drucks. 14/8769, S. 19; Gaul/Otto GmbHR 2003, 6 (13); Götz NZG 2002, 599 (603).

787 BNotK Entwurf S. 6; Fleischhauer ZIP 2001, 1133 (1138).

788 OLG Stuttgart NJW 1973, 2027 (2028); Semler/Volhard-Rodewig § 12 Rn 25, 28; Semler/Volhard-Bärwaldt § 10 Rn 71ff.

789 BNotK Entwurf S. 6; Claussen AG 2001, 161 (166, 168); Fleischhauer ZIP 2001, 1133 (1138).

790 Sigel/Schäfer BB 2005, 2137 (2140).

791 Zetzsche-Fleischhauer Rn 229.

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 316 Abs. 1 S. 1 HGB bei den Gesellschaften erforderlich, die hinsichtlich ihrer Größe mindestens zwei der drei Merkmale des § 267 Abs. 1 HGB erfüllen. Wie sich aus § 176 Abs. 2 S. 2 AktG ergibt, trifft den Abschlußprüfer keine Auskunfts-, sondern eine Kontroll- und Überwachungspflicht. Folglich hat auch er in der Präsenzveranstaltung körperlich anwesend zu sein[792].

Daneben wird teilweise die Anwesenheit wenigstens eines Aktionärs gefordert[793]. Zur Begründung des Erfordernisses wird angeführt, anders sei das Teilnahmerecht der Gesellschafter nicht gewahrt[794]. Da die Teilnahme nicht über das Internet vermittelt werden kann, ist der Ansicht mit der Maßgabe zuzustimmen, daß das Erscheinen eines Stimmrechtsvertreters ausreichen muß[795].

B. Zugänglichmachen des Teilnehmerverzeichnisses, § 129 Abs. 4 AktG

Durch eine weitere Neuerung des NaStraG ist im Rahmen des § 129 Abs. 4 S. 1 AktG kein Auslegen zur Einsicht, sondern nunmehr ein Zugänglichmachen des Teilnehmerverzeichnisses erforderlich. Da der Begriff des Zugänglichmachens keine aktive Unterrichtung durch die Gesellschaft voraussetzt[796], genügt neben anderen elektronischen Informationskanälen insbesondere die Einstellung des Verzeichnisses in die Website der Gesellschaft[797].

Mangels Teilnehmereigenschaft hat der zugeschaltete Aktionär keinen Anspruch auf Einsichtnahme[798]. Eine entsprechende Satzungs- oder Geschäftsordnungsklausel kann jedoch gemäß § 129 Abs. 1 S. 1 AktG die Veröffentlichung im Internet vorschreiben. Streitig ist die Rechtslage, wenn keine entsprechende Bestimmung vorhanden ist. Während eine Ansicht die freiwillige Bereitstellung der Dokumente auch in diesem Falle als unbedenklich erachtet[799], hält die Gegenmeinung die Auslegung der Liste im Internet für unzulässig[800]. Wie sich aus den Materialien zum NaStraG ergibt, ging der Gesetzgeber lediglich von einem Zugriff auf die Listen im Versammlungsraum aus[801]. Mit der Änderung des Wortlauts der Vorschrift in „Zugänglichmachen“ bezweckte er nicht die Veröffentlichung im Internet, sondern eine erleichterte Datenverarbeitung bei der Erstellung des Teilnehmerverzeichnisses. Systematisch spricht für dieses Ergebnis auch der Vergleich mit dem neuen § 118 Abs. 3

792 Schwegler BB 1995, 1683 (1684).
793 Claussen AG 2001, 161 (166, 168).
794 Claussen AG 2001, 161 (168).
795 Noack/Spindler-Noack S. 13 (33f).
796 Vgl. oben S. 134ff.
797 BegrRegE NaStraG BT-Drucks. 14/4051, S. 14f; Noack/Spindler-Marsch-Barner S. 57 (61); Zetzsche-Fleischhauer Rn 224; Noack NZG 2001, 1057 (1063); Spindler ZGR 2000, 420 (432); Than FS Peltzer S. 577 (593).
798 Zetzsche-Bunke Rn 31; Zetzsche-Fuhrmann/Göckeler/Erkens Rn 147.
799 Zetzsche-Fuhrmann/Göckeler/Erkens Rn 147; Noack NZG 2003, 241 (246).
800 Zetzsche-Bunke Rn 31.
801 BegrRegE NaStraG BT-Drucks. 14/4051, S. 14f.

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

AktG: Wenn die Übertragung der Versammlung eine Bestimmung in der Satzung oder Geschäftsordnung erfordert, so kann dies bei der Offenlegung des Verzeichnisses nicht anders sein. Mithin bedarf die öffentliche Bereitstellung der Teilnehmerliste einer Legitimation durch die Satzung.

C. Ausübung des Stimmrechts

Da die Aktionäre in Ausübung ihres Stimmrechts für oder gegen Optionen votieren, die zu Beginn der Beschlußfassung feststehen, ist das Stimmrecht für die elektronische massenhafte Abwicklung geradezu prädestiniert[802]. Die Präsenzversammlung wird daher vor allem im Abschnitt der Beschlußfassung zunehmend von der Automatisierung erfaßt[803]. Will sich der Aktionär über das Internet an der Beschlußfassung beteiligen, treten insbesondere Fragen zu Vollmacht- und Weisungserteilung sowie zur Person des Stellvertreters in den Vordergrund.

I. Zulässigkeit des Direct Voting?

Zweifelhaft ist, ob ein Direct Voting, d.h. eine echte Stimmabgabe via Internet, möglich ist. Teilweise wurde dies vor Inkrafttreten von NaStraG und TransPuG bejaht, sofern eine legitimierende Satzungsklausel bestehe[804]. Dafür soll die Formulierung des § 134 Abs. 4 AktG sprechen, wonach die Form der Stimmrechtsausübung durch die Satzung geregelt wird[805]. Ferner soll das Direct Voting nur eine zusätzliche Möglichkeit der Stimmabgabe darstellen[806]. Dem ist entgegenzuhalten, daß ergänzende Satzungsbestimmungen gemäß § 23 Abs. 5 S. 2 AktG eine Regelungslücke voraussetzen. Durch die Betonung des Instituts der Stellvertretung haben das NaStraG und das TransPuG dem Direct Voting jedoch eine klare Absage erteilt[807]. Zudem sieht das Aktienrecht generell keine Briefwahl vor, somit auch nicht für elektronische Medien[808]. Hinzu kommt ein systematisches Argument: Da die Anleger gemäß § 118 Abs. 1 AktG ihre Rechte in der HV ausüben, ist die Stimmrechtsbetätigung untrennbar an die Teilnehmereigenschaft geknüpft. Die Aktionäre, die der Präsenzveranstaltung fernbleiben, stellen keine HV-Teilnehmer dar und kön-

802 Noack/Spindler-Noack S. 13 (18); Seibert BB 1998, 2536 (2537).
803 Zu den Bestrebungen, die Stimmkarten durch eine Funkabstimmung zu ersetzen, siehe FAZ v. 23.6.2003, S. 18 sowie Kellermann Berliner Zeitung v. 5./6.7.2003, S. 28.
804 Hirte FS Buxbaum S. 283 (288f); Noack BB 1998, 2533 (2535); Hasselbach/Schumacher ZGR 2000, 258 (272f, 276) bejahen sogar die Zulässigkeit des Direct Voting ohne entsprechende Satzungsregelung.
805 Spindler ZGR 2000, 420 (436).
806 Spindler ZGR 2000, 420 (436).
807 Siehe hierzu oben S. 109ff.
808 Klawitter S. 10; Noack/Spindler-Noack S. 13 (18); Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 353.

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nen folglich selbst keine Rechte ausüben[809]. Somit kann eine unbewußte Regelungslücke in bezug auf das Direct Voting nicht angenommen werden. Die unmittelbare Stimmabgabe per Internet ist demnach unzulässig[810].

II. Einzelfragen im Rahmen des Vertretermodells

Wenngleich die Stimmrechte physisch am Orte der Hauptversammlung ausgeübt werden müssen, kann sich der Aktionär hierbei vertreten lassen. Elektronische Kommunikation kann zum einen bei der Erteilung von Vollmacht und Weisung zum Einsatz kommen. In diesem Rahmen ist auch die Frage zu stellen, wer als Stimmrechtsvertreter in Betracht kommt und welche Voraussetzungen die Bevollmächtigten erfüllen müssen. Zum anderen sind die neuen Regelungen in der Lage, einen Wettbewerb um Stimmrechte unter den Instituten auszulösen, bei dem das Internet eine Rolle spielen kann.

1. Form der Vollmachterteilung

Im Rahmen der Vollmacht ist zunächst die Form ihrer Erteilung von Interesse. Das gesetzgeberische Leitbild bildet nach wie vor die Schriftform (§ 134 Abs. 3 S. 2 AktG). In Betracht kommen aber seit der Neufassung der Vorschrift durch das NaStraG satzungsmäßige Erleichterungen und Verschärfungen. Denkbar ist daneben die Delegation der Entscheidung über die Form an den Vorstand.

a) Erleichterung der Form, § 134 Abs. 3 S. 2 AktG

Die Motivation des Gesetzgebers war es, mit der Neuregelung den Gesellschaften die Erleichterung der Form bis hin zur Formfreiheit zu ermöglichen[811].

809 Großkomm-Mülbert § 118 Rn 77; Noack NZG 2001, 1057 (1061); Riegger ZHR 165 (2001), 204 (210f). Siehe auch oben S. 107ff.

810 Noack/Spindler-Noack S. 13 (18); Zetzsche-Bunke Rn 15; Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 353; Bunke AG 2002, 57 (57); Heintzeler WM 2001, 1203 (1203); Noack NZG 2001, 1057 (1061).

811 BegrRegE NaStraG BT-Drucks. 14/4051, S. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ersatz der Schriftform durch die elektronische Signatur (§§ 126 Abs. 3, 126a Abs. 1 BGB) und seine satzungsmäßige Verhinderung

Bereits ohne diese Maßnahme bot sich für den Einsatz des Internet die Option an, die Schriftform durch die elektronische Form gemäß §§ 126 Abs. 3, 126a Abs. 1 BGB zu ersetzen[812]. Der Komfort dieser Variante liegt darin, daß keine Legitimation durch die Satzung erforderlich ist. Die Verschlüsselung der bspw. als E-Mail versandten Vollmacht mit einer qualifizierten elektronischen Signatur bedeutet jedoch eine große technische Hürde[813]. Zweifelhaft ist, ob die Satzung auf der herkömmlichen Schriftform beharren und die Ersetzung durch die elektronische Form verhindern kann. Hierbei muß unterschieden werden. Bei der üblicherweise erteilten Innenvollmacht hat die Satzung ohnehin keine Geltung, so daß die Gesellschaft die Stimmabgabe des elektronisch Bevollmächtigten gelten lassen muß[814]. Bei einer Außenvollmacht hingegen wird die Vollmacht gegenüber der Gesellschaft abgegeben. Da aber niemandem die elektronische Form aufgedrängt werden darf, sondern vielmehr die Beteiligten ausdrücklich oder nach Maßgabe bisheriger Geschäftsgepflogenheiten die Anwendung der elektronischen Form billigen müssen[815], obliegt die Entscheidung über die Anwendbarkeit der elektronischen Form dem Satzungsgeber[816]. Demzufolge ist ein Ausschluß der Ersetzung nach §§ 126 Abs. 3, 126a BGB nur bei der Außenvollmacht und nur unter der Maßgabe zulässig, daß er ausdrücklich erfolgt[817].

Erleichterung durch Satzungsbestimmung

Der Einsatz digitaler Signaturen ist nicht unbedingt erforderlich bei der elektronischen Vollmachterteilung. Wenn die Satzung eine entsprechende Bestimmung enthält, kommt auch eine Bevollmächtigung durch Fernschreiben, Telefax, Computerfax, E-Mail oder Bildschirmformulare in Betracht[818]. Daneben ist auch eine Vollmachterteilung im Rahmen des Electronic Banking unter Zuhilfenahme des PIN- und TAN-Systems denkbar[819].

812 Preissler WM 2001, 113 (118).
813 Preissler WM 2001, 113 (118); Schindler K&R 2002, 481 (488).
814 Noack NZG 2001, 1057 (1061).
815 BegrRegE FormVAnpG BT-Drucks. 14/4987, S. 15.
816 Noack NZG 2001, 1057 (1061).
817 Noack NZG 2001, 1057 (1061).
818 BegrRegE NaStraG BT-Drucks. 14/4051, S. 15; Bunke AG 2002, 57 (62); Fleischhauer ZIP 2001, 1133 (1134); Siems NZG 2000, 626 (628); Than FS Peltzer S. 577 (590); Wagner Die Bank 2001, 40 (44).
819 Wagner Die Bank 2001, 40 (44).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ebenfalls abgeschafft wurde das bisher zwingende Schriftformerfordernis in § 135 Abs. 1 S. 1 AktG bei Vollmachten an Kreditinstitute. Vielfach wird daraus geschlossen, daß die Erteilung einer Vollmacht an organisierte Stimmrechtsvertreter formlos möglich sei[820]. Für diese Ansicht spricht die Begründung zum Regierungsentwurf, die § 135 Abs. 1 S. 1 AktG als Sonderregelung gegenüber § 134 Abs. 3 S. 2 AktG verstanden wissen will[821]. Danach käme auch ohne Satzungsänderung jede Form der Bevollmächtigung in Betracht, wenn sie nur gemäß § 135 Abs. 2 S. 4 AktG nachprüfbar festgehalten werden kann[822].

Die Annahme stößt jedoch auf Bedenken. Da der Wortlaut des § 135 AktG überhaupt keinen Bezug auf die Formfrage nimmt, könnte die Regelung des § 134 Abs. 3 S. 2 AktG aufleben. Voraussetzung hierfür ist, daß § 135 zu § 134 AktG in einem Spezialitätsverhältnis steht. Hierfür sprechen bereits die Überschriften der §§ 134, 135 AktG („Stimmrecht" und „Ausübung des Stimmrechts durch Kreditinstitute und geschäftsmäßig Handelnde"). Gesetzessystematisch läßt sich der Befund untermauern. Während § 134 AktG Regelungen für alle Stimmrechtsvertreter parat hält, werden diese durch § 135 AktG im Falle institutioneller Stimmrechtsvertreter verschärft. Schon nach altem Recht waren die professionellen Stellvertreter strengeren Regeln unterworfen als individuelle Mittler[823]. Ungerechtfertigt erscheint hingegen eine Privilegierung der Institutionellen gegenüber den Privaten[824].

Bemerkenswert bleibt freilich der Widerspruch zwischen Wortlaut und Systematik einerseits und der eindeutigen Einlassung des Regierungsentwurfs[825] andererseits. Der offene Konflikt verschärft sich durch den Umstand, daß die Bedeutung der Gesetzesmaterialien als Interpretationsbasis umso größer ausfällt, je jünger das betreffende Gesetz ist[826]. Zu beachten ist jedoch die Subsidiarität der historischen gegenüber allen anderen Auslegungsformen[827]. Zwar sind die amtliche Begründung des Gesetzesentwurfs sowie die Protokolle der Parlamentsausschüsse prinzipiell zulässige Quellen, um das Ziel der Norm zu ermitteln[828]. Die subjektiven Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglie-

820 Zetzsche-Bunke Rn 21; Goedecke/Heuser BB 2001, 369 (371); Noack NZG 2001, 1057 (1061); Spindler ZGR 2000, 420 (431f); Than FS Peltzer S. 577 (591); U. Schmitz S. 82; wohl auch Zetzsche-Bröcker/Schouler Rn 114.

821 BegrRegE NaStraG BT-Drucks. 14/4051, S. 15.

822 Bunke AG 2002, 57 (61); Goedecke/Heuser BB 2001, 369 (371); Than FS Peltzer S. 577 (590).

823 Bunke AG 2002, 57 (61); Noack FS Lutter S. 1463 (1464); Zätzsch/Gröning NZG 2000, 393 (399).

824 Spindler ZGR 2000, 420 (431f).

825 BegrRegE NaStraG BT-Drucks. 14/4051, S. 15.

826 BVerfGE 54, 277 (297); Wank S. 51.

827 BVerfGE 54, 277 (298); Larenz/Canaris S. 149.

828 Orientierung an der Regierungsbegründung zum Gesetzesentwurf etwa in BVerfGE 75, 201 (218) und 82, 60 (79); Heranziehung der Ausschußunterlagen in BVerfGE 48, 246 (259).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der können jedoch nur insoweit zur Auslegung herangezogen werden, als Wortlaut und Sinnzusammenhang Zweifel offen lassen[829]. Denn entscheidend ist nicht der tatsächliche, sondern der im Gesetz verobjektivierte Wille des Gesetzgebers[830].

Der Vorrang von Wortlaut und Systematik vor der gesetzeshistorischen Auslegung ist überzeugend. Dem Gesetzgeber kann keine bestimmte Auslegung unterstellt werden, nur weil die Regierung aus eben diesem Antrieb heraus einen Entwurf eingebracht hat, der schließlich Gesetz geworden ist. Der Gesetzgeber seinerseits mag die Regelungen des NaStraG befürwortet, die Motive dagegen verworfen haben. Seine Billigung gilt dem Text als Ausdruck der verfolgten Regelungsintention, nicht einer bestimmten Auslegung einzelner Passagen[831]. In Gesetzeskraft erwächst folglich nicht die Begründung, wohl aber die aktienrechtliche Systematik[832].

Aber selbst wenn sich der Gesetzgeber die Begründungen der Regierungsentwürfe zu eigen gemacht haben sollte, steht dies einer abweichenden Interpretation der Normen nicht entgegen. Denn die systematische Auslegung genießt sogar dann Vorrang, wenn sowohl Wortlaut- als auch historische Auslegung zu einem anderen Ergebnis kommen[833]. Bei der vorliegenden Übereinstimmung von Wortlaut und Systematik muß dies erst recht gelten. Somit stehen die §§ 134, 135 AktG in einem Spezialitätsverhältnis zueinander[834]. Auch im Rahmen der Stimmrechtsvertretung durch Institutionelle gilt daher die Formvorschrift des § 134 Abs. 3 S. 2 AktG als lex generalis[835]. Will die Gesellschaft das Schriftformerfordernis bei der Bevollmächtigung institutioneller Stimmrechtsvertreter beseitigen, muß sie folglich eine entsprechende Satzungsänderung herbeiführen.

b) Verschärfung der Form?

Fraglich ist, ob eine Verschärfung der Form möglich ist[836]. Beispielsweise könnte eine Gesellschaft versuchen, die Schriftform durch die notarielle Beurkundung zu ersetzen, um die Stimmrechtsvertretung zu erschweren. Für eine solche Möglichkeit könnte die Auflockerung der Satzungsstrenge sprechen[837]. Wenn schon § 134 Abs. 3 S. 2 AktG dem Gesellschaftsstatut neue Freiheiten einräumt, muß ihm in beiden Richtungen ein größerer Regelungsspielraum zuerkannt werden[838]. Auf eine weitge-

829 BVerfGE 1, 299 (312); 8, 274 (307); 11, 126 (130); 54, 277 (297f); Wank S. 51.
830 BVerfGE 1, 299 (312); 8, 274 (307); 11, 126 (130); 59, 128 (153).
831 Larenz/Canaris S. 150.
832 BVerfGE 54, 277 (298).
833 BVerfGE 36, 342 (362): „Das Gesetz kann eben klüger sein als die Väter des Gesetzes."
834 Bunke AG 2002, 57 (61); Hüther AG 2001, 68 (71); Zätzsch/Gröning NZG 2000, 393 (399).
835 Kocher NZG 2001, 1074 (1074).
836 So noch Großkomm-Röhricht § 23 Rn 180.
837 Zum wachsenden Bedürfnis einer liberaleren Auslegung des § 23 V AktG siehe Bendfeld S. 46ff; Gesellschaftsrecht 2000-Seibt S. 37 (41); Hommelhoff ZGR 2001, 238 (241f); Escher-Weingart S. 230.
838 Lutter/Wiedemann-Hirte S. 61, 86ff; Spindler ZGR 2000, 420 (431); ders. AG 1998, 53 (73).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hende Satzungsfreiheit deutet auch § 135 Abs. 4 S. 3 HS. 1 AktG hin, der zum Nachweis der Stimmberechtigung die Einhaltung der Satzungsregelungen über die Stimmrechtsausübung genügen läßt[839]. Bisher wurden zwar hierunter nur die allgemeinen Anmeldebedingungen nach § 123 Abs. 2 AktG verstanden[840]. Nachdem die neue Gesetzeslage die grundsätzliche Möglichkeit geschaffen hat, von der Schriftform abzuweichen, umfaßt der Gestaltungsrahmen der Satzung angesichts des offenen Wortlautes des § 135 Abs. 4 S. 3 AktG möglicherweise auch Formverschärfungen.

Widerlegt wird dieser Ansatz jedoch bereits vom Wortlaut des § 134 Abs. 3 S. 2 AktG, der nur die Erleichterung der Form vorsieht. Auch der Name des NaStraG (Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung[841]) zeigt, daß keine Verschärfung der Bevollmächtigungsregeln intendiert ist. Die Gesellschaft darf die Vollmachterteilung nicht an derart restriktive Bedingungen knüpfen, daß auch die Möglichkeit einer schriftlichen Bevollmächtigung ausscheidet. § 134 Abs. 3 S. 2 AktG verbietet somit eine Verschärfung der Form und gilt als lex generalis auch in den Fällen der Bevollmächtigung Institutioneller nach § 135 AktG[842].

c) Bestimmung der Form durch den Vorstand?

Zweifelhaft ist auch die Zulässigkeit von Klauseln, die die Form der Vollmacht in das Ermessen des Vorstands stellen. Denkbar ist eine weite Formulierung etwa dergestalt, daß die Vollmacht in jeder gesetzlich zulässigen Form erteilt werden darf und die näheren Einzelheiten durch den Vorstand bestimmt werden[843]. Eine solche Klausel hat den Vorteil, bei Bedarf rasch angepaßt werden zu können[844]. Andererseits könnte sich der Aktionär angesichts der weitgehenden Entscheidungsfreiheit des Vorstands kaum darauf einstellen, welche Formen der Bevollmächtigung zulässig sein werden[845]. Ferner spricht gegen diese Ausgestaltung die Überlegung, daß der Aktionär eine Form beanspruchen könnte, die der Vorstand nicht vorgesehen hat. Wenn nämlich jede gesetzliche Form zulässig sein soll, darf der Vorstand im

839 Bunke AG 2002, 57 (61).
840 Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff -Eckardt § 135 Rn 63; Bunke AG 2002, 57 (61).
841 BGBl. I 2001, S. 123.
842 Kocher NZG 2001, 1074 (Fn 4); Zätzsch/Gröning NZG 2000, 393 (398); wohl auch Kindler NJW 2001, 1678 (1688). Zu demselben Ergebnis kommen mit anderer Argumentation die BegrRegE NaStraG BT-Drucks. 14/4051, S. 15 und Bunke AG 2002, 57 (61ff): Sie gehen von der Formfreiheit der Bevollmächtigung Institutioneller aus und sprechen aus diesem Grunde dem Satzungsgeber in den Fällen des § 135 AktG das Recht ab, in die Beziehung zwischen dem Vollmachtgeber und der Bank bzw. der Aktionärsvereinigung regulativ einzugreifen.
843 Zetzsche-Bröcker/Schouler Rn 113.
844 Zetzsche-Bröcker/Schouler Rn 113.
845 Zetzsche-Bröcker/Schouler Rn 113; Bunke AG 2002, 57 (63); Deutscher Anwaltverein NZG 2000, 443 (447).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rahmen der Ausgestaltung nicht ganze Erteilungsformen ausschließen[846]. Daher sind die einzelnen Methoden der Bevollmächtigung in der Satzung aufzuzählen. Nur in diesem engen Rahmen kann dem Vorstand ein Recht zur näheren Ausgestaltung eingeräumt werden[847].

2. Nachweis der Vollmachterteilung

Offen ist, wie sich ein elektronisch Bevollmächtigter ausweisen kann. Der Zweck der früher geltenden Schriftform lag nicht im Übereilungsschutz, sondern in einer Beweisfunktion[848]. Dieser Formzwang sowie die Erfordernisse der Urkundenvorlage und Urkundenverwahrung sind mit dem NaStraG entfallen. Damit hat der Gesetzgeber eine bewußte Regelungslücke geschaffen[849], an deren Stelle gemäß § 23 Abs. 5 S. 2 AktG eine Satzungsbestimmung treten kann[850]. Erlaubt die Satzung eine Bevollmächtigung auf elektronischem Wege, so ist der Nachweis erbracht, wenn der Vertreter der Gesellschaft die Vollmacht sinnlich wahrnehmen kann[851]. Im Falle der Bevollmächtigung per E-Mail genügt daher ein einfacher Papierausdruck.

Bestehen Zweifel an der Bevollmächtigung eines Vertreters, so kann er in der Versammlung zurückgewiesen werden[852]. Ebenso möglich und in der Praxis bereits üblich ist jedoch eine Zulassung des Stimmrechtsvertreters unter dem Vorbehalt einer nachträglichen Legitimation[853], so daß Ungewißheiten bezüglich der Bevollmächtigung im Regelfall keine Probleme hervorrufen werden. Ferner wird das Vertrauen in die gültige Vollmacht dadurch gestärkt, daß die fälschliche Behauptung einer Bevollmächtigung gemäß § 405 Abs. 3 Nr. 1 AktG mit einer Geldbuße bewehrt ist. Die institutionellen Vertreter ihrerseits haben die Vollmachtserklärungen gemäß §§ 134 Abs. 3 S. 3, 135 Abs. 2 S. 4 AktG nachprüfbar festzuhalten. Hierbei können auch elektronische Speichermedien zum Einsatz kommen, sofern die Authentizität gewährleistet bleibt[854].

846 Zetzsche-Bröcker/Schouler Rn 113.
847 Zetzsche-Bröcker/Schouler Rn 114.
848 BegrRegE NaStraG BT-Drucks. 14/4051, S. 15; Spindler ZGR 2000, 420 (430).
849 BegrRegE NaStraG BT-Drucks. 14/4051, S. 15.
850 Hüffer § 134 Rn 24.
851 Hüffer § 134 Rn 24.
852 BegrRegE NaStraG BT-Drucks. 14/4051, S. 15; Hüffer § 134 Rn 24; Kocher NZG 2001, 1074 (1074).
853 RGZ 106, 258 (261); OLG Düsseldorf AG 1991, 444 (445); Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff-Eckardt § 134 Rn 49; Hüffer § 134 Rn 24.
854 Hüffer § 134 Rn 26c, § 135 Rn 14.

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mit der Erleichterung der Stimmrechtsvertretung wird die Gefahr der Doppelvertretung wahrscheinlicher[855]. Ausgeschlossen ist sie zwar bei Inhaberaktien, da nur *ein* Stellvertreter den entsprechenden Aktienbestand zur Vollmacht erhalten kann[856]. Relevant ist das Problem jedoch im Falle von Namensaktien.

Eine Doppelabstimmung kann einerseits daraus resultieren, daß der Aktionär nach Vollmachterteilung später selbst in der Versammlung erscheint[857]. Wie sich dieser Umstand auf die Bestellung des Vertreters auswirkt, wird unterschiedlich beurteilt. Teile des Schrifttums deuten die Präsenz des Aktionärs als konkludenten Widerruf der bestehenden Vollmacht[858]. Hierdurch wird jedoch nicht berücksichtigt, daß sich der Anleger möglicherweise von fremdem Sachverstand vertreten lassen, gleichzeitig aber auch persönlich über den Verlauf der Veranstaltung informieren will. Ein konkludenter Widerruf der vorher erteilten Vollmacht liegt folglich erst dann vor, wenn der Aktionär in den Abstimmungsvorgang eingreift.

Praktisch große Relevanz besitzt eine Konstellation, bei der Stimmrechtsvertreter der Gesellschaft bevollmächtigt werden, ohne daß die bestehende Dauervollmacht gegenüber einem Kreditinstitut widerrufen wird[859]. Dies gilt umso mehr, als das NaStraG in § 135 Abs. 2 AktG die 15-Monats-Befristung aufgehoben und durch eine jährliche Information ersetzt hat, so daß die 15-Monats-Vollmacht zur echten Dauervollmacht wird. Fraglich ist das Schicksal der Dauervollmacht. Die Erteilung einer Verwaltungsvollmacht stellt als zeitlich spätere und konkretere Bevollmächtigung grundsätzlich einen konkludenten Widerruf der dem Kreditinstitut erteilten Dauervollmacht dar[860]. Die Unkenntnis der Bank von dem konkurrierenden Vertreter schadet nicht, da gemäß §§ 168 S. 3, 167 Abs. 1 Var. 2 BGB der Widerruf auch Dritten gegenüber möglich ist[861].

Teilweise wird jedoch angenommen, daß die Dauervollmacht nicht gänzlich erlischt, sondern für die Dauer der konkreten Verwaltungsvollmacht ruht[862]. Ein vollständiger Widerruf liege weder im Interesse des Aktionärs, der grundsätzlich weiter von seiner Bank vertreten werden will, noch im Sinne der Bank, die den Verlust ih-

855 Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch das Problem einer Mehrfachanmeldung, das bei verdeckter Stellvertretung eines Namensaktionärs auftreten und zu einer mehrfachen Ausübung derselben Stimmrechte führen kann. Zu einer möglichen Pflicht des Aktionärs, seine Identität preiszugeben, siehe Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 362ff, Noack ZIP 2001, 57 (59) und Kölling NZG 2000, 631 (637f).

856 Zetzsche-Zetzsche Rn 84.

857 Zetzsche ZIP 2001, 682 (686f).

858 Zetzsche-Keunecke Rn 345; Wiebe ZHR 166 (2002), 182 (189); Zetzsche ZIP 2001, 682 (687).

859 Bachmann AG 2001, 635 (639); Marsch-Barner FS Peltzer S. 261 (275).

860 Staudinger-Schilken § 168 BGB Rn 5; Bachmann AG 2001, 635 (639); Bunke AG 2002, 57 (68); Marsch-Barner FS Peltzer S. 261 (276); Wiebe ZHR 166 (2002), 182 (189).

861 Wiebe ZHR 166 (2002), 182 (189).

862 Bachmann AG 2001, 635 (639).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

res Einflusses begrenzen möchte. Uneinig sind sich die Verfechter des pragmatischen Ansatzes über seine dogmatische Begründung. Einige stützen sich auf eine freie Interpretation des § 134 Abs. 3 AktG, die den Beteiligten ermögliche, die Dauervollmacht während des Bestehens einer Spezialvollmacht analog §§ 1673ff BGB lediglich ruhen zu lassen[863]. Dagegen spricht allerdings das Fehlen einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage im Aktienrecht[864]. Andere Vertreter der Theorie des Ruhens operieren mit einem Teilwiderruf, der die im Hintergrund fortbestehende Bankvollmacht nur für die Dauer der anstehenden Hauptversammlung aushebeln soll[865]. Die Zulässigkeit dieser dogmatischen Begründung setzt indessen voraus, daß es sich bei der Bevollmächtigung um ein teilbares Rechtsgeschäft handelt. Daran bestehen jedoch Zweifel. Beiden Herleitungen der Ruhens-Theorie – Analogie zu §§ 1673ff BGB und Teilwiderruf – kann zudem entgegengehalten werden, daß sie die Rechtsunsicherheit fördern[866]. Daher ist im Ergebnis die Dauervollmacht nicht anders zu behandeln als jede andere Vollmacht. Beim Zusammentreffen mit einer jüngeren Vollmacht wird sie konkludent widerrufen.

4. Zulässigkeit und Grenzen der Verwaltungsvollmacht

In der Wahl seines Stellvertreters ist der Aktionär grundsätzlich frei[867]. In Betracht kommen zunächst organisierte Stimmrechtsvertreter wie z.B. Kreditinstitute und Aktionärsvereinigungen sowie Privatpersonen[868]. Daneben ist die Bevollmächtigung des Vorstands oder von ihm benannter Personen denkbar (Verwaltungsvollmacht[869]).

Im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens zum Namensaktiengesetz wurde die Bestimmung des § 134 Abs. 3 S. 3 AktG eingeführt. Sie verpflichtet die Gesellschaft dazu, drei Jahre lang solche Vollmachtserklärungen nachprüfbar festzuhalten, die eine von der Gesellschaft benannte Person als Stimmrechtsvertreter einsetzen. Die Frage nach der Zulässigkeit der Verwaltungsvollmacht wurde damit vom Gesetzgeber inzwischen positiv entschieden[870]. Wie in den Materialien zum NaStraG zum Ausdruck kommt, lag es in der konkreten Absicht des Gesetzgebers, das von der Gesellschaft organisierte Proxy Voting einzuführen[871]. Aus diesem Grunde hat sich auch der Streit um die Vereinbarkeit der Verwaltungsvollmacht mit §§ 1, 3 UWG

863 Bachmann AG 2001, 635 (639).
864 Wiebe ZHR 166 (2002), 182 (189 Fn 32).
865 Bachmann AG 2001, 635 (639).
866 Wiebe ZHR 166 (2002), 182 (189 Fn 32).
867 Zetzsche-Bunke Rn 17; ders. AG 2002, 57 (58).
868 Zetzsche-Bunke Rn 17.
869 Zur Terminologie siehe oben S. 79ff.
870 Bachmann AG 2001, 635 (636); Habersack ZHR 165 (2001), 172 (186); Wiebe ZHR 166 (2002), 182 (184).
871 BegrRegE NaStraG BT-Drucks. 14/4051, S. 15; ebenso Bachmann AG 2001, 635 (636).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

erledigt[872]. Überdies sieht die Empfehlung des Abschn. 2.3.3 S. 3 HS. 1 DCGK einen gesellschaftseigenen Vertretungsservice vor.

a) Mißbrauchpotential der Verwaltungsvollmacht

Ob Beauftragte der Verwaltung als Stimmrechtsvertreter in Frage kommen, war bis zum Inkrafttreten des NaStraG noch umstritten und wurde überwiegend abgelehnt[873]. Selbst danach wurde die Neufassung des § 134 Abs. 3 S. 3 AktG unter Berufung auf eine Verletzung der innergesellschaftlichen Gewaltenteilung kritisiert[874], teilweise sogar die Verwaltungsvollmacht weiterhin für unzulässig gehalten[875]. Problematisch erscheint in der Tat, ob die Ausübung des Stimmrechts durch die Gesellschaft selbst oder von ihr beauftragte Personen dem Vorstand einen Einfluß beschert, der ihm nach der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung nicht zusteht[876]. Denn das austarierte Machtgefüge zwischen Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung, das in den §§ 136 Abs. 2, 71b, 71d S. 2, 4 AktG zum Ausdruck kommt, könnte sich im Falle eines voreingenommenen Stimmrechtsvertreters zu-

872 Noack NZG 2003, 241 (242). Schon vor Inkrafttreten hatten allerdings das OLG Karlsruhe AG 1999, 234 (234f) sowie vorinstanzlich das LG Baden-Baden ZIP 1998, 1308 (1308ff) entschieden, daß die Beauftragung eines Stimmrechtsvertreters durch die Verwaltung zulässig ist. Zwar trete die Gesellschaft in ein Wettbewerbsverhältnis zu den ebenfalls mit Stimmrechtsvertretung befaßten Depotbanken oder Aktionärsvereinigungen. Daran ändere sich auch nichts dadurch, daß die Gesellschaft über die Einsetzung eines Treuhänders nur mittelbar beteiligt ist. Der Wettbewerbsvorsprung sei darin zu sehen, daß nur die Verwaltung ihre Kosten auf die Gesellschaft und damit alle Aktionäre umlegen kann, während vertretungswillige Aktionäre keine Erstattung ihrer Auslagen beanspruchen können. Gleichwohl nahmen die Gerichte eine sachliche Rechtfertigung an, da das Unternehmen ein schützenswertes Interesse an einer hohen Hauptversammlungspräsenz habe. Diese könne über die Einschaltung eines Stimmrechtsvertreters zulässigerweise gefördert werden, sofern nicht auf das eigentliche Abstimmungsverhalten Einfluß genommen wird. Eine entsprechende Unterlassungserklärung der Verwaltung genüge daher, um die Unzulässigkeit gemäß § 1 UWG zu verhindern.

873 So bereits Möhring FS Geßler S. 127 (133f); ebenso K. Schmidt Gesellschaftsrecht 3. Aufl. § 28 IV 4 c; Marsch-Barner FS Peltzer S. 261 (271); v. Randow ZIP 1998, 1564 (1565); Zöllner FS Peltzer S. 661 (664). Im Grunde zustimmend, ließ Hüffer 4. Aufl. § 134 Rn 25, § 136 Rn 25 im Unterschied zu den anderen immerhin die Bevollmächtigung einzelner Organmitglieder zu.

874 Raiser § 16 Rn 97. Fleischhauer ZIP 2001, 1133 (1136) befürchtete, daß sich die Diskussion um das Depotstimmrecht am Verwaltungsstimmrecht fortsetzen werde.

875 Kindler NJW 2001, 1678 (1687).

876 Claussen AG 2001, 161 (169); Hüther AG 2001, 68 (72f); Riegger ZHR 165 (2001), 204 (213); Habersack ZHR 165 (2001), 172 (184f); Singhof NZG 1998, 670 (672f). Zum System der Gewaltenteilung in der AG siehe oben S. 33ff.

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gunsten des Vorstands verschieben[877]. Dadurch würde der Verwaltung ein Machtpotential zuwachsen, ohne daß sie ein eigenes Kapitalrisiko einginge[878].

Trotz der Bedenken räumt das Gesetz der Verwaltung einen weiten Ermessensspielraum bei der Organisation der Stimmrechtsvertretung ein. Grundsätzlich schließt ein besonderes Eigeninteresse die Stellvertretung bei der Stimmabgabe nicht aus[879]. Der Gefahr eines Interessenkonflikts beim Vollmachtsstimmrecht der Banken begegnete der Gesetzgeber durch die Einfügung des § 128 Abs. 2 S. 3 AktG, der die Kreditinstitute in der Entwicklung ihrer Vorschläge zur Weisungserteilung ganz auf das Aktionärswohl verpflichtet und zu diesem Zweck die Einrichtung interner Kontrollmechanismen anordnet. Es verwundert, daß die Neuregelung des § 134 Abs. 3 S. 2 AktG nicht durch eine dem § 128 Abs. 2 S. 3 AktG vergleichbare Vorschrift zum Schutz des Aktionärsinteresses flankiert wurde, die bspw. die Unabhängigkeit des von der Gesellschaft eingesetzten Stimmrechtsvertreters hervorhebt[880]. Denn in der Praxis ist durchaus vorstellbar, daß sich der Vorstand durch die Gestaltung des Vertretungsservice Vorteile zu verschaffen sucht, um die Chancen der verwaltungseigenen Beschlußvorlagen im Abstimmungsprozeß zu erhöhen.

Zu überlegen ist, ob die Vorschriften der §§ 71b, 136 AktG drohende Interessenkonflikte entschärfen können. § 71b AktG schließt das Stimmrecht aus Verwaltungsaktien aus, um zu verhindern, daß sich der Vorstand durch den Erwerb eigener Aktien für die AG Einfluß in der Hauptversammlung verschafft[881]. Die Vorschrift regelt damit ein der Verwaltungsvollmacht gleichgelagertes Problem, erfaßt diese tatbestandlich jedoch nicht. Ebenfalls nicht einschlägig ist das Stimmverbot aus § 136 Abs. 2 AktG, da es bei der Verwaltungsvollmacht nicht um die vertragliche Verpflichtung, sondern lediglich um die faktische Möglichkeit einer Einflußnahme durch den Vorstand geht[882].

Einen gewissen Schutz vor eigennützigem Handeln der Geschäftsleitung gewährt § 136 Abs. 1 AktG, der die Ausübung sowohl eigener als auch fremder Stimmrechte verbietet, wenn Beschlußgegenstand die eigene Entlastung oder Befreiung von einer Verbindlichkeit ist. Sofern Vorstandsmitglieder dem Proxy Committee angehören

877 Zetzsche-Bunke Rn 18; Bunke AG 2002, 57 (59); Kindler NJW 2001, 1678 (1687); Mertens AG 1990, 49 (53); Wiebe ZHR 166 (2002), 182 (189f); Wohlwend NJW 2001, 3170 (3171, 3172); Zöllner FS Peltzer S. 661 (664).

878 Bunke AG 2002, 57 (59).

879 Kraft/Kreutz K IV 3 g.

880 V. Randow ZIP 1998, 1564 (1565); Klawitter S. 12.

881 Kübler § 15 V 4 b bb.

882 Zöllner FS Peltzer S. 661 (669) weitet die Anwendbarkeit der Vorschrift auf solche Fälle aus, in denen die Verwaltung dem Stimmrechtsvertreter Weisungen erteilt, die dann gemäß § 136 Abs. 2 AktG nichtig sein sollen. Ungeachtet der Zweifel, ob eine solche Analogie überhaupt zulässig ist, wird auch dieser Vorschlag die Gefahr einer Interessenkollision nicht beseitigen. Denn in der Praxis wird sich die Gesellschaft vor ausdrücklichen Weisungen hüten, solange ihr mit der Wahl eines ihr genehmen Vertreters eine subtilere, aber ähnlich effektive Methode der Einflußnahme zur Verfügung steht.

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und über ihre persönlichen Rechtsbeziehungen zur Gesellschaft entschieden werden soll, müssen sich die Betroffenen daher der Stimme enthalten.

Dennoch kann § 136 Abs. 1 AktG die Mißbrauchsgefahren nur zu einem geringen Teil beseitigen. Tatbestandlich nicht erfaßt sind die Fälle, in denen die Verwaltung Einfluß auf den Stimmittler ausübt, um ihre Beschlußvorlagen durchzusetzen und so ihre Unternehmenspolitik ohne Rücksicht auf die der Hauptversammlung in § 119 Abs. 1 AktG zugewiesenen Kompetenzen zu betreiben. Überdies läßt sich das Verbot des § 136 Abs. 1 AktG leicht umgehen, indem nicht die Vorstandsmitglieder selbst, sondern vom Vorstand abhängige Personen in das Proxy Committee entsandt werden[883]. An zwei Beispielen läßt sich der Interessenkonflikt verdeutlichen, der fast zwangsläufig bei der Auswahl eines Stimmrechtsvertreters durch die Gesellschaft entstehen muß: Werden Mitarbeiter der AG mit der Stimmrechtsausübung betraut, so kollidiert die arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis der Verwaltung mit dem Weisungsrecht des Aktionärs als Vollmachtgeber[884]. Andererseits besteht bei einer Wahrnehmung der Stimmrechte durch den Wirtschaftsprüfer wirtschaftliche Abhängigkeit von der Gesellschaft.

Der Schutz der Aktionäre vor einem mißbräuchlichen Verwaltungshandeln kann indessen nicht durch eine entsprechende Anwendung des § 136 Abs. 1 AktG in den oben beschriebenen Fällen hergestellt werden. Denn aufgrund der Bußgeldbewehrung eines Verstoßes gegen § 136 AktG gemäß § 405 Abs. 3 Nr. 5, Abs. 4 AktG verbietet sich eine Analogie aus verfassungsrechtlichen Gründen[885]. Die Unzulänglichkeit des von § 136 Abs. 1 AktG gewährten Schutzes zwingt zu der Suche nach Alternativen, wie die Beeinflussung des von der Gesellschaft benannten Vertreters durch den Vorstand organisatorisch unterbunden werden kann.

b) Erfordernis einer Zustimmung durch die HV?

Die Gefahr des Mißbrauchs läßt sich möglicherweise verringern, wenn die Einschaltung des von der Gesellschaft benannten Vertreters an einen Beschluß der Hauptversammlung geknüpft wird. Eine solche Voraussetzung würde den Aktionären ein Vetorecht gegen die Personalentscheidung der Verwaltung einräumen und könnte deren Einfluß des Vorstands begrenzen[886]. Die abstrakte Manipulationsgefahr bei der organisierten Stimmrechtsvertretung unterfällt jedoch keiner der in § 119 Abs. 1 AktG genannten Kompetenzen der Hauptversammlung[887]. Von Gesetzes wegen ist daher eine Zustimmung zur Einrichtung einer gesellschaftseigenen Stimmrechtsvertretung nicht erforderlich. Da es sich bei der Bestellung eines Vertreters um keine

883 Bachmann WM 1999, 2100 (2104).
884 Kindler NJW 2001, 1678 (1687); Zöllner FS Peltzer S. 661 (664).
885 Nach BVerfGE 81, 132 (135) gilt das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG auch im Recht der Ordnungwidrigkeiten.
886 Bachmann WM 1999, 2100 (2106f).
887 Kindler NJW 2001, 1678 (1687).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tiefgreifende Strukturmaßnahme im Sinne der Holzmüller-Rechtsprechung handelt, entfällt auch die Zuständigkeit analog § 119 Abs. 2 AktG[888]. Zudem werden keine Rechte des Aktionärs beeinträchtigt, da die bisherigen Rechte um die Möglichkeit der Verwaltungsvollmacht lediglich ergänzt werden[889]. Ferner ist das Einwerben von Vollmachten der Hauptversammlung vorgelagert und wäre kaum zu realisieren, wenn ihm ein Beschluß der Hauptversammlung vorausgehen müßte[890]. Im Ergebnis handelt es sich bei der Bestellung des Vertreters um eine Geschäftsführungsmaßnahme, die gemäß § 76 Abs. 1 AktG in den Zuständigkeitsbereich des Vorstands fällt und nicht von einem HV-Beschluß abhängt[891]. Unabhängig davon kann die Hauptversammlung eine entsprechende Klausel in die Satzung aufnehmen, um dem Markt die Geschlossenheit der Gesellschaftsorgane in dieser Frage zu signalisieren[892].

c) Begrenzung des Personenkreises?

Teilweise wird angenommen, der Vorstand sei in der Wahl des Stimmrechtsvertreters insofern gebunden, als daß er keine Angehörigen der Gesellschaft benennen könne[893]. Eine solche Voraussetzung läßt sich jedoch nicht am Gesetz festmachen. Als einzige für die Verwaltungsvollmacht spezifische Vorschrift regelt § 134 Abs. 3 S. 3 AktG, daß die Gesellschaft Vollmachtserklärungen drei Jahre nachprüfbar festhalten muß, die der Bevollmächtigung der „von der Gesellschaft benannte[n] Stimmrechtsvertreter“ dienen. Aus dem Umstand, daß von einem benannten und nicht etwa von einem erst zu benennenden Vertreter die Rede ist, läßt sich lediglich die Unzulässigkeit einer Blankovollmacht ableiten[894]. Jenseits dessen sieht das Gesetz jedoch keine Einschränkung hinsichtlich der von der Gesellschaft benennbaren Vertreter vor. Dies spricht gegen eine Begrenzung des Personenkreises[895]. Verstärkt wird dieser Eindruck durch die Tatsache, daß das Aktienrecht an anderer Stelle aus-

888 Wiebe ZHR 166 (2002), 182 (186). Ebenso Bachmann AG 2001, 635 (638), der damit seine in WM 1999, 2100 (2106f) geäußerte Ansicht korrigiert, daß eine entsprechende Zustimmungspflicht aus der Kompetenz zur Schaffung einer Geschäftsordnung gemäß § 129 Abs. 1 S. 1 AktG folge.

889 Zetzsche-Fuhrmann/Göckeler/Erkens Rn 134.

890 Hüther S. 229.

891 Hüther S. 229f; Zetzsche-Fuhrmann/Göckeler/Erkens Rn 134; Habersack ZHR 165 (2001), 172 (187); Kindler NJW 2001, 1678 (1687); Wiebe ZHR 166 (2002), 182 (186).

892 Bachmann AG 2001, 635 (638).

893 Kindler NJW 2001, 1678 (1687); Lenz S. 286ff. Zur in Großbritannien und Frankreich bestehenden Möglichkeit, Vorstandsmitglieder zum Stimmrechtsvertreter zu küren, siehe die ausführlichen Darstellungen bei Behnke NZG 2000, 665 (670f) und Siems RIW 2002, 202 (206f).

894 Zetzsche-Bunke Rn 24.

895 Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 358; Bunke AG 2002, 57 (59).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

drückliche Vorgaben bei Personalentscheidungen macht, namentlich bei Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern gemäß §§ 76 Abs. 3, 100 AktG[896].

Auch würde es praktische Probleme bereiten, die möglichen Gesellschaftsvertreter in Abhängige und Unabhängige aufzuteilen[897]. Da Machtverschiebungen und Abhängigkeiten auch beim Einsatz externer Vertreter zu befürchten stehen[898], ist die von Mitarbeitern ausgehende Gefahr kaum größer[899]. Ferner spricht gegen die restriktive Auslegung des § 134 Abs. 3 S. 3 AktG, daß der Gesetzgeber beim weiten Wortlaut blieb, obwohl ihm die Praxis einiger Gesellschaften bekannt war, die bereits vor Inkrafttreten des NaStraG Mitarbeiter der Gesellschaft für das Proxy Voting eingesetzt hatten. Auch wußte der Gesetzgeber von den Vorratsbeschlüssen, die verschiedene Publikumsgesellschaften im Hinblick auf die Einführung des Proxy Voting gefaßt hatten, um ihre Satzung entsprechend anzupassen[900]. Sein Verzicht auf eine Begrenzung der Verwaltungsvollmacht muß daher als bewußte Entscheidung für eine freie Hand des Vorstands bei der Personenwahl verstanden werden[901].

Damit ist die Gesellschaft frei, eine beliebige Person mit der Ausübung der Verwaltungsvollmacht zu betrauen[902]. Insbesondere macht es keinen Unterschied, ob das Unternehmen eigene Mitarbeiter hierfür abstellt oder externe Personen wie z.B. Wirtschaftsprüfer oder Rechtsanwälte beauftragt[903]. Freilich sollten Vorstandsmitglieder nicht benannt werden, da bei einer Bestellung von Sonderprüfern den Geschäftsleitern gemäß § 142 Abs. 1 S. 2 AktG auch die weisungsgebundene Tätigkeit als Stimmrechtsvertreter untersagt ist[904]. Schon um dem Eindruck zu entgehen, der Vorstand wolle den Stellvertreter dirigieren, werden viele Gesellschaften ohnehin eine weitgehend unabhängige Person küren[905].

896 Kindler NJW 2001, 1678 (1687 Fn 159).
897 Zetzsche-Bunke Rn 18.
898 Zetzsche-Bunke Rn 18.
899 Wiebe ZHR 166 (2002), 182 (190).
900 Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 358.
901 Zetzsche-Bunke Rn 18; Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 358; Bunke AG 2002, 57 (59f); Hüther AG 2001, 68 (72); Noack ZIP 2001, 57 (61); Riegger ZHR 165 (2001), 204 (213); Wiebe ZHR 166 (2002), 182 (190).
902 Klawitter S. 13; Zetzsche-Fuhrmann/Göckeler/Erkens Rn 135; Bunke AG 2002, 57 (60); Habersack ZHR 165 (2001), 172 (189); Hanloser NZG 2001, 355 (355). Wiebe ZHR 166 (2002), 182 (190, 196f) leitet aus dem Rechtsgedanken des § 128 Abs. 2 S. 6 AktG eine Pflicht her, personelle Verflechtungen des benannten Vertreters mit der Gesellschaft offenzulegen. Der Vorschlag erscheint als gelungener Kompromiß zwischen der Handlungsfreiheit des Vorstands und einer Kontrolle durch Transparenz. Gleichwohl ist er nicht hinreichend im Gesetz verankert und taugt daher nur als Lösung de lege ferenda.
903 Hüther S. 231; Zetzsche-Bunke Rn 18.
904 Klarstellend insofern OLG Köln DB 2002, 2316 (2316) = NZG 2002, 1115 (1116). Hirte Kapitalgesellschaftsrecht Rn 3.240f lehnt die Benennung von Organmitgliedern unter Verweis auf § 136 Abs. 2 AktG sogar gänzlich ab.
905 Zetzsche-l´Homme de Courbière/Große-Allermann Rn 387.

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d) Begrenzung durch staatliche Kontrolle?

Wie dargestellt, kann die Gefahr eines Mißbrauch der Verwaltungsbefugnisse nicht dadurch verhindert werden, daß nur bestimmte Personen als Stimmrechtsvertreter zugelassen werden. Die Versuche, die Personalentscheidung der Verwaltung in Bahnen zu lenken, die den Schutz der Aktionäre gewährleisten, sind daher gescheitert. Ein Ausweg könnte jedoch in Schranken gefunden werden, die nicht am Vorstand, sondern am Stellvertreter selbst ansetzen. Ist dessen Entscheidungsspielraum begrenzt, sind auch der Verwaltung die Möglichkeiten genommen, in den Verlauf der Hauptversammlung lenkend einzugreifen. Eine sachliche Begrenzung des Einflusses des Verwaltungsbevollmächtigten läßt sich entweder durch gesetzgeberische Maßnahmen oder dadurch erreichen, daß der Stimmittler lediglich auf Einzelweisungen der Aktionäre hin tätig werden darf.

Der legislative Weg bestünde in der Errichtung einer Staatsaufsicht über die Tätigkeit des gesellschaftsbenannten Vertreters[906]. Der Einsatz dieses ursprünglich zur Begrenzung des Depotstimmrechts vorgeschlagenen Mittels[907] scheint sich auf den ersten Blick auch zur Kontrolle des Verwaltungsstimmrechts zu eignen. Bedenkt man jedoch den Aufwand, mehrere Tausend Aktionärsvertreter zu überwachen, erscheint dieser Weg unverhältnismäßig[908]. Gegen eine Kontrolle spricht ferner, daß sich die zuständige Behörde an Verwaltungsvorschriften zu orientieren hätte, die mangels Erfahrung mit alternativen Vertretungsmodellen kaum zu entwickeln sind[909]. Richtiger Ort einer Verpflichtung, die Stimmrechtsvertretung von unabhängigen Stellen überprüfen zu lassen, ist allenfalls der DCGK[910]. Die gesetzliche Einrichtung einer staatlichen Aufsicht ist folglich abzulehnen[911].

e) Begrenzung durch Weisungsbindung nach § 135 Abs. 1 S. 2 AktG

In Betracht kommt jedoch eine sachliche Begrenzung der Weisung. Vorgeschlagen wird, daß gesellschaftsnahe Vertreter ihre Vollmacht nach § 135 Abs. 1 S. 2 AktG nur weisungsgebunden einsetzen dürfen.

906 Hüffer 4. Aufl. § 135 Rn 3; Bachmann AG 2001, 635 (636); Seibert ZIP 2001, 53 (56).
907 Eine entsprechende Aufsichtspflicht des Bundesaufsichtsamtes für den Wertpapierhandel sah der von der SPD im Jahre 1995 eingebrachte Entwurf eines Transparenz- und Wettbewerbsgesetzes vor, BT-Drucks. 13/367, S. 7 (neuer § 135b AktG). Zum Depotstimmrechts siehe oben S. 80ff.
908 Ebenso zum SPD-Gesetzesentwurf Hammen ZIP 1995, 1301 (1307).
909 Bachmann AG 2001, 635 (636).
910 Bachmann AG 2001, 635 (637).
911 Noack FS Lutter S. 1463 (1480).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dem Ansatz liegt die Vorstellung zugrunde, daß der bei der Verwaltungsvollmacht drohende Interessenkonflikt dem eines Kreditinstituts ähnelt, das die Stimmrechte seiner Depotkunden auf seiner eigenen Hauptversammlung ausübt[912]. Beide Konstellationen bergen das Problem, daß die Geschäftsführung und der zu ihrer Kontrolle gedachte Einfluß der Hauptversammlung in einer Hand vereint sind. Die Teilnahme an der Hauptversammlung solchen Personen zu verweigern, die gleichzeitig Aktionär und Kunde einer Bank sind, ginge allerdings zu weit und würde diese Anleger gegenüber Mitaktionären benachteiligen, die kein Depot bei der Gesellschaft haben. § 135 Abs. 1 S. 2 AktG erlaubt daher die Stimmrechtsvertretung durch das Kreditinstitut unter der Bedingung, daß der Aktionär zu den einzelnen Tagesordnungspunkten ausdrückliche Weisungen erteilt hat.

Schon früh wurde die Parallele zwischen Bankvollmacht und Verwaltungsvollmacht erkannt und eine Übertragung der Grundsätze des § 135 Abs. 1 S. 2 AktG diskutiert[913]. Wird dem Bevollmächtigten ein zu weiter Spielraum eröffnet, so ist ein eigennütziges Handeln, unter Umständen sogar ein vorheriger „Abkauf" der Stimmrechte denkbar[914]. Dem kann nur dadurch entgegengewirkt werden, daß der Ermessensspielraum des Bevollmächtigten auf Null reduziert wird[915]. Völlig beseitigen läßt sich die Möglichkeit einer Einflußnahme durch die Verwaltung hierdurch zwar nicht[916]. Bei einem Vertreter mit gebundener Marschroute erscheint die Gefahr einer Interessenkollision jedoch weitaus geringer[917]. Neben der vergleichbaren Gefahr eines Interessenwiderspruchs spricht für das Heranziehen der Vorschrift auch der Umstand, daß beide Fälle als organisierte und nicht individuelle Vertretung zu werten sind[918].

Ein Einwand gegen die Anwendung des § 135 Abs. 1 S. 2 AktG ergibt sich aus der Annahme, der Kleinanleger werde in der Praxis nicht immer Weisung erteilen. Denn dann würde seine Stimmkraft verloren gehen, und für das Anliegen, die Ak-

912 Zetzsche-Lommatzsch Rn 37.

913 Zuerst Schilling FS Möhring S. 257 (260ff).

914 Zetzsche-Lommatzsch Rn 37; Bachmann WM 1999, 2100 (2103ff); Kocher NZG 2001, 1074 (1075); Mertens AG 1990, 49 (53); Latham http://www.corpmon.com/IntCM.htm.

915 Preissler WM 2001, 113 (114).

916 Bunke AG 2002, 57 (60).

917 OLG Karlsruhe ZIP 1999, 750 (752) = AG 1999, 234 (235); LG Baden-Baden ZIP 1308 (1311) = AG 1998, 534 (535) = NZG 1998, 685 (686); Baums-Kommission Rn 122; Claussen AG 2001, 161 (169); Hüther AG 2001, 68 (71f); Lommatzsch NZG 2001, 1017 (1020); Noack FS Lutter S. 1463 (1477f); ders. ZIP 2001, 57 (62); Preissler WM 2001, 113 (114); Zetzsche ZIP 2001, 682 (684).

918 Wiebe ZHR 166 (2002), 182 (191). Unverständlich erscheint angesichts dieser Parallelen, daß v. Randow ZIP 1998, 1564 (1567) und Singhof NZG 1998, 670 (673) die Übertragbarkeit des § 135 Abs. 1 S. 2 AktG pauschal ablehnen.

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tionärsdemokratie zu stärken, wäre nichts gewonnen[919]. Dagegen ist zu sagen, daß entsprechend gestaltete Formblätter es dem Aktionär denkbar einfach machen, eine ausdrückliche Zustimmung zu den Vorschlägen der Verwaltung zu bekunden. Ein Kreuzchen im dafür vorgesehenen Feld genügt bereits[920]. Nicht erforderlich ist dagegen, zu jedem Tagesordnungspunkt das Stimmverhalten gesondert auszuweisen[921]. Allein das Schweigen auf ein angekündigtes Stimmverhalten wäre unzureichend, da es dem Erfordernis einer ausdrücklichen Weisung nicht genügt[922].

Tatsächlich kann es durchaus die Absicht des Aktionärs sein, die Verwaltung ohne größeren Aufwand zu stärken[923]. Ist dies der Fall, muß der Aktionär praktisch keinen Mehraufwand bei der Beauftragung des von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreters betreiben. Sieht der Anleger das Gebahren der Geschäftsleitung hingegen kritisch und möchte opponieren, so wird ihn die Pflicht zur Erteilung von Einzelweisungen ohnehin nicht abschrecken. Es ist somit nicht ersichtlich, warum die Aktionäre nur aufgrund der Weisungsbindung von der Inanspruchnahme des Vertretungsservice absehen sollten. Im Ergebnis ist daher der herrschenden Meinung[924] darin zuzustimmen, daß § 135 Abs. 1 S. 2 AktG auch auf den von der Gesellschaft benannten Stellvertreter Anwendung finden soll.

Anwendbarkeit über § 135 Abs. 9 S. 1 Nr. 3 AktG

Uneinigkeit besteht jedoch in der Frage, auf welchem Wege § 135 Abs. 1 S. 2 AktG zur Anwendung gebracht werden kann. Vom Wortlaut her erfaßt die Norm lediglich den Fall, daß eine Depotbank fremde Stimmrechte in der eigenen Hauptversammlung ausüben will. Eine entsprechende Parallelregelung für die Gesellschaft, die einen eigenen Vertretungsservice anbietet, geht auch nicht aus der Vorschrift des

919 Bachmann AG 2001, 635 (638f).

920 Zetzsche-Lommatzsch Rn 39; Hüther AG 2001, 68 (73); Lommatzsch NZG 2001, 1017 (1020).

921 MüHdb-Semler § 38 Rn 57; Zetzsche-Lommatzsch Rn 39.

922 Noack/Spindler-Noack S. 13 (25).

923 Zöllner S. 141.

924 OLG Karlsruhe ZIP 1999, 750 (752) = AG 1999, 234 (235); LG Baden-Baden ZIP 1308 (1310) = AG 1998, 534 (535) = NZG 1998, 685 (686); Baums-Kommission Rn 122; Zetzsche-Bunke Rn 19; Zetzsche-Fuhrmann/Göckeler/Erkens Rn 135; Zetzsche-Lommatzsch Rn 37, 41; Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 358; Claussen AG 2001, 161 (169); Dreher/Schnorbus EWiR 1998, 675 (676); Habersack ZHR 165 (2001), 172 (187f); Hüther AG 2001, 68 (71ff); Lommatzsch NZG 2001, 1017 (1020); Noack FS Lutter S. 1463 (1477f); ders. ZIP 2001, 57 (62); ders. NZG 2001, 1057 (1062); ders. DB 2002, 620 (625); ders. BB 2002, Heft 18, S. I; Preissler WM 2001, 113 (114); Wiebe ZHR 166 (2002), 182 (191); Zetzsche ZIP 2001, 682 (684). Gegen die Anwendung des § 135 Abs. 1 S. 2 AktG Hanloser NZG 2001, 355 (355); v. Randow ZIP 1998, 1564 (1567f); Riegger ZHR 165 (2001), 204 (214); Singhof NZG 1998, 670 (673).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 134 Abs. 3 S. 3 AktG hervor, die die Verwaltungsvollmacht gesetzlich anerkennt und der Gesellschaft Dokumentationspflichten auferlegt[925].

Teilweise wurde seitens des Schrifttums gefordert, die Gesellschaften sollen eine Bestimmung in ihre Satzungen aufnehmen, die die Zulässigkeit einer Stimmrechtsvertretung an das Vorliegen von Einzelweisungen koppeln[926]. Ein ähnlicher Vorschlag zielt darauf ab, den Deutschen Corporate Governance Kodex um eine entsprechende Empfehlung zu erweitern[927]. Keine der beiden Lösungen wird jedoch der Bedeutung der Weisungsbindung gerecht. Der Verhaltenskodex normiert Vorgänge, die üblicherweise von Nachteil für das Unternehmen sind, im Einzelfall aber eine positive Wirkung haben können. § 161 AktG verbietet solche Maßnahmen nicht, sondern zwingt lediglich zur Dokumentation.

Ein gesellschaftseigener Vertretungsservice ohne die Verpflichtung zur Erteilung von Einzelweisungen entzieht sich dieser Klassifizierung. Denn er stellt eine erhebliche Gefahr für die Unternehmensverfassung dar, ohne daß eine Ausnahmesituation erkennbar wäre, in der eine freie Hand des gesellschaftsbenannten Vertreters für die Gesellschaft von Vorteil wäre. Die Verwaltungsvollmacht darf es daher nicht ohne eine Pflicht zur Erteilung von Weisungen geben. Diese Pflicht läßt sich auch nicht in der Satzung normieren, da nicht sichergestellt ist, daß jede Gesellschaft eine entsprechende Klausel in ihr Statut aufnimmt. In Frage kommt somit nur eine gesetzliche Verpflichtung, die Beauftragung eines Verwaltungsbevollmächtigten mit ausdrücklichen Weisungen zu unterlegen.

Überwiegend wird daher eine entsprechende Anwendung des § 135 Abs. 1 S. 2 AktG befürwortet[928]. Ausweislich der Ausschußunterlagen betrachtete der Gesetzgeber die neue Vorschrift des § 134 Abs. 3 S. 3 AktG als Experimentalvorschrift, anhand der Erfahrungen mit dem noch weitgehend unbekannten Phänomen der Verwaltungsvollmacht gesammelt werden sollten[929]. Eine Analogie zu § 135 Abs. 1 S. 2 AktG scheitert somit nicht etwa daran, daß die Verwaltungsvollmacht eine umfassende und abschließende Regelung erfahren hätte. Aufgrund des bei Depotbanken gleichfalls zu besorgenden Interessenkonflikts erscheint die Übertragung des Erfordernisses einer strikten Weisungsbindung auf den gesellschaftsbenannten Vertreter auch plausibel.

Dennoch erscheint die Bildung einer Analogie übereilt, da § 135 Abs. 1 S. 2 AktG über die vielfach übersehene Verweisnorm des § 135 Abs. 9 S. 1 Nr. 3 AktG zur unmittelbaren Anwendung kommen kann. Voraussetzung dafür ist, daß sich der von der Gesellschaft benannte Stimmrechtsvertreter geschäftsmäßig erbietet. Das

925 Die Baums-Kommission Rn 122 empfiehlt daher eine entsprechende gesetzgeberische Klarstellung in § 134 Abs. 3 AktG.

926 Wohlwend NJW 2001, 3170 (3171f).

927 Lembeck NZG 2003, 956 (960).

928 Schilling FS Möhring S. 257 (268); wohl auch Zetzsche-Bröcker/Schouler Rn 112 und Hanloser NZG 2001, 355 (356).

929 Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks. 14/4618, S. 14; U. Schmitz S. 109; Hanloser NZG 2001, 355 (355); Seibert ZIP 2001, 53 (55).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Erbieten erfordert keine bestimmte Form. Auch muß nicht allen Aktionären die Stimmrechtsvertretung angetragen werden[930]. Gleichwohl genügt nicht das Angebot gegenüber einigen wenigen Anteilseignern, so daß der Vertrauensanwalt als geschäftsmäßiger Vertreter ausscheidet[931]. Der gesellschaftseigene Service richtet sich an das Gros der Aktionäre, so daß dieses Tatbestandsmerkmal des Erbietens erfüllt ist.

Welche Tätigkeiten unter den Begriff des Erbietens zusammengefaßt werden können, ist bislang nicht vollständig geklärt. Keinen wirklichen Erkenntnisgewinn bringt die Definition, daß das entscheidende Merkmal des Erbietens das Anbieten ist[932]. Damit sollen die Fälle ausgeschieden werden, in denen Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer oder Treuhänder die Stimmrechtsvertretung als zusätzliche Dienstleistung mit dem alleinigen Ziel übernehmen, die rechtliche Betreuung ihrer Mandanten zu vervollständigen[933]. Zwar werden bei der Verwaltungsvollmacht häufig Wirtschaftsprüfungsgesellschaften aktiv, die in ihrer Hauptfunktion als Abschlußprüfer auftreten. Aus Sicht der Aktionäre, die die tatsächlichen Rechtsinhaber sind und deren Perspektive daher maßgeblich ist, wird die vom Unternehmen mandatierte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft jedoch hauptamtlich tätig und wirkt wie jeder andere professionelle Stimmittler. Ein Erbieten im Rechtssinn scheidet folglich nicht allein deswegen aus, weil der Vertreter anderweitig für die Gesellschaft tätig ist.

Vielmehr spricht der Sinn und Zweck des § 135 Abs. 9 S. 1 Nr. 3 AktG dafür, daß das Tatbestandsmerkmal des Erbietens in den Fällen der Verwaltungsvollmacht erfüllt ist. Durch die Gleichstellung der geschäftsmäßigen Vertreter mit den Depotbanken trug der Gesetzgeber des Aktiengesetzes von 1965 dem Umstand Rechnung, daß in den Jahren davor die Zahl der Abstimmungsaufträge und damit der Einfluß dieser Personengruppe in erheblichem Umfang gestiegen war[934]. Durch die Einführung des gesellschaftseigenen Proxy Voting erlangt das Unternehmen, da es den Service aus der Gesellschaftskasse finanzieren kann, aller Wahrscheinlichkeit nach eine dominierende Stellung auf dem Markt für Stimmrechte, so daß die Anwendung des § 135 Abs. 9 S. 1 Nr. 3 AktG in diesen Fällen erst recht angezeigt ist. Somit ist das Tatbestandsmerkmal des Erbietens auch beim gesellschaftsbenannten Vertreter gegeben.

Das Erbieten muß ferner geschäftsmäßig erfolgen. Dies ist der Fall, wenn die Stimmrechtsvertretung mit der Absicht und Bereitschaft vorgenommen wird, sie öfters und nicht nur gelegentlich zu wiederholen[935]. Auf das wesentlich engere

930 Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff -Eckardt § 135 Rn 116.

931 Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff -Eckardt § 135 Rn 116. Anderer Ansicht Großkomm-Barz 3. Aufl. § 136 Anm 5, der sogar bei Ausübung der Stimmrechte für einen einzigen Aktionär das Erbieten bejaht.

932 MüHdb-Semler § 39 Rn 66.

933 MüHdb-Semler § 39 Rn 66.

934 BegrRegE AktG 1965 zu § 135 IX Nr. 3 (§ 129 Abs. 7 Nr. 2 a.F.), BT-Drucks. IV/171, S. 158; gleichermaßen Kropff S. 199 (§ 135).

935 Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff -Eckardt § 135 Rn 117; Großkomm-Barz 3. Aufl. § 136 Anm 5; Hüffer § 135 Rn 29; Hüther S. 230.

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Merkmal der Gewerbsmäßigkeit kommt es indes nicht an, da § 135 Abs. 9 S. 1 Nr. 3 AktG nicht die Gewinnerzielungsabsicht voraussetzt[936]. Der Gesellschaft darf unterstellt werden, sie biete ihre Leistung kontinuierlich an. Einmal erfolgreich eingeführt, läßt sich der Service den Aktionären im Folgejahr praktisch nicht mehr verweigern. Die vom Merkmal der Geschäftsmäßigkeit vorausgesetzte Kontinuität ist somit gegeben.

Wenig überzeugt der Einwand, das Proxy Committee werde ad hoc gebildet und sei daher nicht auf eine wiederkehrende Tätigkeit ausgerichtet[937]. Denn wenn die Hauptversammlung selbst schon kein ständiges Organ ist, so teilen sämtliche Stimmrechtsvertretungen notwendigerweise dieses Schicksal. Gänzlich unverständlich ist zudem der Hinweis, das Proxy Committee diene anders als die Kreditinstitute egoistischen und nicht altruistischen Zwecken[938]. Gerade die Regelung des § 135 Abs. 1 S. 2 AktG stellt sicher, daß sich der Aktionärswille im Beschlußergebnis widerspiegelt und nicht von den Mittlern verfremdet wird. Wenn die Norm im Falle des Verwaltungsbevollmächtigten über § 135 Abs. 9 S. 1 Nr. 3 AktG Anwendung finden kann und sich damit die Geschäftsführung in altruistische Bahnen zwingen läßt, ist die Ablehnung der Verweiskette unter Hinweis auf die naturgemäße Eigennützigkeit des Vorstands widersinnig.

Ergebnis

Folglich dürfen die von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreter gemäß §§ 135 Abs. 1 S. 2, Abs. 9 S. 1 Nr. 3 AktG nur auf ausdrückliche Weisung hin agieren[939]. Ein Hinweis auf diesen Umstand in den Mitteilungen nach § 125 Abs. 1 AktG[940] oder das Festschreiben dieser Pflicht in der Satzung zum Zwecke der Klarstellung[941] sind zwar möglich, aber rechtlich nicht geboten.

Rechtlich relevante Sicherheitsrisiken sind bei der technischen Umsetzung der Weisungsbindung nicht zu befürchten. In der Praxis läßt sich ein System einrichten, das die Vollmachten und Weisungen maschinell auswertet und daher eine Manipulationsgefahr durch den Stimmrechtsvertreter ausschließt[942]. Der Server nimmt die elektronisch erteilten Weisungen entgegen und erstellt hieraus ein Abstimmungsprofil[943]. Schutz vor Manipulationen bieten Dokumentations-Mechanismen, die nur

936 Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff -Eckardt § 135 Rn 117; Großkomm-Barz 3. Aufl. § 136 Anm 5; Hüffer § 135 Rn 29.
937 Möhring FS Geßler S. 127 (135).
938 Möhring FS Geßler S. 127 (135).
939 Habersack ZHR 165 (2001), 172 (182); Noack FS Lutter S. 1463 (1478); Zetzsche ZIP 2001, 682 (685). Anderer Auffassung Bunke AG 2002, 57 (62).
940 Zetzsche-Lommatzsch Rn 38; Lommatzsch NZG 2001, 1017 (1020); Zetzsche ZIP 2001, 682 (691).
941 Zetzsche-Bröcker/Schouler Rn 112; Bachmann AG 2001, 635 (639).
942 Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 358.
943 Noack/Spindler-Klawitter S. 37 (45).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von ein bis zwei Systembetreuern, nicht aber von Mitgliedern des Proxy Committee ausgeschaltet werden können[944].

5. Weisungen an den Stimmrechtsvertreter

Hinsichtlich der Weisung selbst sind Form und Zeitpunkt der Erteilung von Interesse. Ohne daß es hierzu einer Änderung durch das NaStraG bedurfte, kann die Weisung formfrei erteilt werden. Damit steht dem Einsatz elektronischer Medien nichts entgegen[945]. § 128 Abs. 2 S. 5 AktG verpflichtet die Depotbanken dazu, die Erteilung von Weisungen zu den einzelnen Tagesordnungspunkten zu erleichtern, und nennt in diesem Zusammenhang beispielhaft den Einsatz von Formblättern und Bildschirmformularen. Idealerweise erfolgt die Erteilung über entsprechende Bildschirmmasken[946]. Für die Umsetzung der Online-HV von großem Vorteil sind Masken, die sich optisch an die bekannten Weisungsvordrucke anlehnen, wobei das Kreuz in der jeweiligen Zeile per Mausklick gesetzt wird[947]. Auch die telefonische Weisungserteilung kann bspw. durch computergestützte Menüführung vereinfacht werden[948].

Spätestmöglicher Zeitpunkt der Weisung ist der Beginn der Abstimmung in der Präsenzversammlung, da zu diesem Zeitpunkt der Vertreter die Stimmrechte ausüben muß[949]. Fraglich ist, ob die Gesellschaft oder ein Kreditinstitut eine Frist zur Erteilung von Weisungen setzen kann. Das Gesetz nimmt hierzu keine Stellung. Allerdings regt Abschn. 2.3.3 DCGK eine ständige Erreichbarkeit des Stimmrechtsvertreters an. Dies bedeutet, daß bis unmittelbar vor der Beschlußfassung der Aktionär in der Lage sein soll, Weisungen elektronisch oder auf anderem Wege zu erteilen oder abzuändern[950]. Gegen eine Befristung spricht zudem, daß stets der aktuelle Aktionärswille in der Versammlung zur Geltung kommen soll[951]. Schließlich kann auch die Vollmacht selbst jederzeit widerrufen werden[952]. Soweit es der ordentliche Geschäftsablauf zuläßt, ist folglich auch eine späte Weisung zu berücksichtigen[953].

944 Noack/Spindler-Klawitter S. 37 (45); Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 358.
945 Kocher NZG 2001, 1074 (1074).
946 Claussen AG 2001, 161 (170).
947 Claussen AG 2001, 161 (170).
948 BegrRegE NaStraG BT-Drucks. 14/4051, S. 14; ebenso Than FS Peltzer S. 577 (592).
949 Klawitter S. 18; Fleischhauer ZIP 2001, 1133 (1134); Noack ZIP 2001, 57 (61f); Riegger ZHR 165 (2001), 204 (213).
950 Peltzer Rn 343.
951 Lommatzsch NZG 2001, 1017 (1020).
952 Happ WM 2000, 1795 (1795); Wiebe ZHR 166 (2002), 182 (189).
953 Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff -Eckardt § 128 Rn 60; Hüffer § 128 Rn 11; Semler/Volhard-Schlitt § 4 Rn 272; Zetzsche-Lommatzsch Rn 40; Lommatzsch NZG 2001, 1017 (1020).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eine entsprechende Praxis beginnt sich gerade durchzusetzen. In den Hauptversammlungen der Jahre bis 2001, die sich dem Internet gegenüber öffneten, mußten die Direktiven in der Regel bis etwa drei Tage vor der Veranstaltung abgegeben werden. Dieses Verfahren bot somit lediglich eine technische Alternative zur herkömmlichen Bevollmächtigung auf dem Postwege[954]. Die Verkürzung des Zeitfensters zwischen Weisung und Beschlußfassung würde dagegen die Attraktivität der Online-Hauptversammlung erhöhen[955].

6. Wettbewerb um Stimmrechte

Die durch Einsatz des Internet mögliche drastische Senkung der Vertretungskosten könnte zu einem Kampf um die Stimmrechte der Kleinaktionäre führen[956]. Unter anderem zur Förderung dieses Wettbewerbs knüpfte der Gesetzgeber die Stimmrechtsvertretung durch Banken an strengere Voraussetzungen[957] und ließ die Verwaltungsvollmacht zu[958]. Für den in den USA seit langem bekannten *Proxy Contest*[959] hält das Aktiengesetz jedoch noch keine ausdrücklichen Bestimmungen parat[960]. Insbesondere wenn die Gesellschaft einen eigenen Vertretungsservice anbietet, erscheint daher die Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger Vollmachtswerbung im Einzelfall schwierig[961].

a) Anspruch der Konkurrenten auf Zugang zu den Informationskanälen der Gesellschaft?

Externe Stimmrechtsvertreter könnten fordern, in den Einberufungsunterlagen ausdrücklich genannt zu werden. Ebenso ist eine Pflicht der Gesellschaft denkbar, in ihr Internet-Angebot einen Hyperlink auf die Website der anderen Stimmrechtsvertreter

954 Fleischhauer ZIP 2001, 1133 (1134); Habersack ZHR 165 (2001), 172 (182).
955 Claussen AG 2001, 161 (170).
956 Hüther AG 2001, 68 (77).
957 BegrRefE KonTraG ZIP 1996, 2129 (2133).
958 BegrRegE NaStraG BT-Drucks. 14/4051, S. 15.
959 Hoffmann S. 54; Hohn Abad S. 40; M. Becker S. 361; U. Schmitz S. 45; Wiebe ZHR 166 (2002), 182 (202). Der Wettbewerb um Stimmrechte wird teilweise auch als *Proxy Fight* bezeichnet, Möhring FS Geßler S. 127 (131) sowie Rieger FS Peltzer S. 339 (355), teilweise auch als *Proxy Battle*, Blair/Stout 79 Wash. U. L. Q. 403, 434 (2001).
960 In den USA ist der Proxy Contest eng mit dem Recht der Gegenanträge verwoben, da die Auslagenerstattung durch die Gesellschaft vom Erfolg der Anträge abhängt. Demgegenüber gewährleistet das deutsche Aktienrecht über die Vorschriften der §§ 126, 127 AktG eine praktisch kostenlose Kontaktaufnahme mit den Mitaktionären, so daß das Einwerben von Stimmrechten zur Sicherstellung des Obsiegens nicht schon aufgrund des Kostenersatzes erforderlich ist.
961 Bachmann AG 2001, 635 (641).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einzufügen oder den Mitbewerbern die Anschriften der Aktionäre zwecks Kontaktaufnahme auszuhändigen. Fraglich ist daher, ob den Konkurrenten ein Anspruch auf Zugang zu den Kommunikationskanälen der Gesellschaft zusteht.

In zwei Bestimmungen stellt das Aktienrecht einen Bezug zwischen potentiellen Mitbewerbern her. § 125 Abs. 1 S. 2 AktG verpflichtet die Gesellschaft, in der Mitteilung über die Einberufung auf die „Möglichkeiten der Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten, auch durch eine Vereinigung von Aktionären, hinzuweisen". Demgegenüber regelt § 135 Abs. 2 S. 5 AktG, daß Kreditinstitute auf andere Vertretungsmöglichkeiten hinweisen müssen, wenn sie für ihre Depotkunden die Ausübung der Stimmrechte übernehmen wollen. Da beide Vorschriften lediglich Hinweispflichten statuieren, läßt sich folglich der Anspruch potentieller Bevollmächtigter auf Zugang zu den Ressourcen der Gesellschaft nicht unmittelbar am Gesetz festmachen.

Teilweise wird ein solcher Anspruch jedoch aus einer Analogie zu §§ 135 Abs. 2 S. 5, 125 Abs. 1 S. 2 AktG hergeleitet[962]. Diese Interpretation wird zum einen für erforderlich gehalten, um die Gefahren zu relativieren, die vom Verwaltungsstimmrecht ausgehen[963]. Auch soll dem Umstand Rechnung getragen werden, daß der Vorstand als Organisator der Hauptversammlung die von den Konkurrenten begehrten Informationen im Rahmen des gesellschaftseigenen Vertretungsservice nutzen kann. So lassen sich bspw. die der Verwaltung gemäß § 67 Abs. 6 S. 3, 4 AktG bekannten Daten der Namensaktionäre zur Information und Werbung nutzen. Unzulässig sei aber eine – wenn auch nur faktische – Bevorteilung einzelner Stimmrechtsbevollmächtigter, also auch des gesellschaftsbenannten Vertreters[964]. Die gesetzgeberische Entscheidung für die Verwaltungsvollmacht gemäß § 134 Abs. 3 S. 3 AktG zeige zwar, daß der Vorstand im Rahmen der Stimmrechtsvertretung als eigenständiger Akteur auftreten kann. Jedoch impliziere die Kompetenzstruktur der Aktiengesellschaft, daß die Verwaltung nicht in die freie Beschlußfassung der Hauptversammlung eingreifen darf[965]. Zu fordern sei daher eine Pflicht des Vorstands zur gleichmäßigen Behandlung aller, die sich zur Ausübung von Stimmrechten erbieten. Daraus folge, daß der Vorstand, wenn er Angaben über konkrete Stimmrechtsvertreter machen will, alle in Betracht kommenden Anbieter in gleicher Weise nennen muß. Alternativ könne er gänzlich auf Hinweise zu Vertretern verzichten[966].

Tatsächlich ist die entsprechende Anwendung der §§ 135 Abs. 2 S. 5, 125 Abs. 1 S. 2 AktG weder mit dem Gesetz vereinbar noch zur Durchsetzung der gesetzgeberischen Ziele erforderlich. § 125 Abs. 1 S. 2 AktG und der auf ihn verweisende § 135 Abs. 2 S. 5 AktG schreiben lediglich einen Hinweis auf die mögliche Vertretung durch „einen Bevollmächtigten" vor. Dem Gesetzgeber kam es darauf an, daß den Aktionären die Alternative zur Stimmrechtsvertretung durch die Depotbank prinzi-

962 Habersack ZHR 165 (2001), 172 (190); Wiebe ZHR 166 (2002), 182 (192).
963 Habersack ZHR 165 (2001), 172 (190).
964 Lommatzsch NZG 2001, 1017 (1022).
965 Bachmann WM 1999, 2100 (2104).
966 Bachmann WM 1999, 2100 (2105).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

piell vor Augen geführt wird[967]. Auf diese Weise soll verdeutlicht werden, daß Kreditinstitue kein Monopol auf die Stimmrechtsvertretung haben[968]. Neben dieser teleologischen Begründung sprechen auch praktische Erwägungen gegen das Bestehen eines Anspruchs auf Zugang zu den Kommunikationsstrukturen des Unternehmens. Vor allem bei Publikumsgesellschaften erscheint es durchaus denkbar, daß sich eine Vielzahl von Organisationen um die Stimmrechtsausübung bemühen wird. Der logistische und technische Aufwand, der mit der Öffnung der Informationskanäle gegenüber allen Externen verbunden ist, kann leicht ein für die Gesellschaft unzumutbares Maß erreichen[969]. Zudem ergeben sich Abgrenzungsprobleme, zu welchen Hilfestellungen die Verwaltung noch verpflichtet ist und welche Maßnahmen einen übermäßigen Aufwand erfordern.

Ferner läßt sich auch das Argument ausräumen, eine Versorgung der Konkurrenten mit Informationen sei erforderlich, um ihre Leistungsdefizite gegenüber dem Verwaltungsbevollmächtigten auszugleichen. Dieser darf nämlich analog § 135 Abs. 1 S. 2 AktG nur auf ausdrückliche Weisung hin tätig werden[970]. Im Verhältnis zu den Mitbewerbern ist der gesellschaftsbenannte Vertreter in seinem Handlungsspielraum daher stark eingeschränkt. Das Erfordernis der Weisungsbindung stellt zudem sicher, daß der Verwaltungsbevollmächtigte nicht zur Bedrohung für die gesellschaftsinterne Kompetenzordnung wird. Der mit der Unterstützung anderer Vollmachtsträger beabsichtigte Effekt einer Restriktion des Verwaltungsstimmrechts ist folglich nicht erforderlich. Im Ergebnis bedarf es nur des generellen Hinweises auf die Möglichkeit einer externen Stimmrechtsvertretung. Einzelnen sich erbietenden Stellvertretern steht kein Recht zu, mit Namen und Anschrift genannt zu werden[971]. Ebenso wenig besteht ein Anspruch auf Zugang zu den Informationskanälen der Gesellschaft. Unterdessen erleichtern freiwillige Maßnahmen der Gesellschaft zur Unterstützung potentieller Bevollmächtigter die Stimmrechtsausübung und bilden daher entsprechend der Empfehlung des Abschn. 2.3.3 S. 2 DCGK ein Element guter Corporate Governance[972].

967 Hüffer § 125 Rn 3.
968 BegrRegE KonTraG BT-Drucks. 13/9712, S. 17; Semler/Volhard-Schlitt § 4 Rn 238.
969 Noack/Spindler-Marsch-Barner S. 57 (62).
970 Siehe oben S. 167ff.
971 Semler/Volhard-Schlitt § 4 Rn 238; Bachmann WM 1999, 2100 (2105); Lommatzsch NZG 2001, 1017 (1017); v. Wartenberg WM 2001, 2239 (2240). Mitunter wird jedoch die Einführung einer entsprechenden Pflicht der Gesellschaft verlangt, wobei Uneinigkeit über den Ort der Regelung besteht. Für eine gesetzliche Fixierung sprechen sich Hoffmann S. 232f, Habersack ZHR 165 (2001), 172 (190, 197) und Hüther AG 2001, 68 (77) aus. Die Baums-Kommission Rn 123 sowie Bachmann AG 2001, 635 (641) empfehlen hingegen die Aufnahme einer solchen Vorschrift in den DCGK.
972 KodexKomm-Kremer Rn 318; Empfehlung auch der Baums-Kommission Rn 123.

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Kostenerstattung aus der Gesellschaftskasse auch für externe Stimmrechtsvertreter?

Der Befund führt zu der Folgefrage, ob die externen Stimmrechtsvertreter eine Ausgabenerstattung aus der Gesellschaftskasse beanspruchen können. In den USA, wo die Stimmrechtsausübung durch Dritte mit der Einbringung von Gegenanträgen verknüpft ist, steht siegreichen Opponenten ein solcher Aufwendungsersatz zu. Nach deutschem Aktienrecht darf die Verwaltung ihrerseits alle Ausgaben tätigen, die erforderlich sind, um die Veranstaltung vorzubereiten und durchzuführen[973]. Da die von ihr angebotene Stimmrechtsvertretung die Präsenzquote erhöhen soll und daher im Interesse des Unternehmens liegt, gehen die entstehenden Kosten zu Lasten der Gesellschaft. Den Kreditinstituten dagegen werden gemäß § 128 Abs. 6 Nr. 2 AktG in Verbindung mit der entsprechenden Rechtsverordnung[974] nur die Kosten für Weiterleitung der Informationen ersetzt. Eine Aufwandserstattung für die Stimmrechtsvertretung ist nicht vorgesehen. Die Ungleichbehandlung verstärkt die Tendenz, daß die Banken sich mehr und mehr aus dem Vertretungsgeschäft zurückziehen oder ihren Service nur noch gegen Entgelt anbieten[975]. Um dieser Entwicklung entgegenzuwirken und stattdessen den Wettbewerb zu fördern, wird teilweise vertreten, eine Vergütung aus der Gesellschaftskasse stehe auch professionellen Stimmrechtsvertretern zu[976].

Gegen einen Anspruch auf Auslagenersatz spricht indessen, daß seine Inaussichtstellung Stimmrechtsvertreter anlocken könnte, die ihre Dienste nur wegen der gezahlten Prämie oder in querulativer Absicht anbieten[977]. Vermittelnd wird daher vorgeschlagen, dem Dienstleister die Aufwendungen nur dann zu ersetzen, wenn der Proxy Fight im Interesse der Gesellschaft lag[978]. In der Praxis wird jedoch kaum zu klären sein, ob der Proxy Fight für das Unternehmen von Nutzen war und wer die Entscheidung hierüber treffen soll[979]. Entscheidend aber ist, daß die Diskussion um einen Erstattungsanspruch in Ermangelung einer gesetzlichen Grundlage rein rechtspolitische Bedeutung hat. Zum einen sieht der Katalog der Rechtsverordnung zu § 128 Abs. 6 Nr. 2 AktG keinen entsprechenden Aufwendungsersatz vor. Stattdessen begrenzt § 122 Abs. 4 AktG den von der Gesellschaft zu tragenden finanziellen Aufwand auf die Kosten der Hauptversammlung sowie auf die Gerichtskosten, die zur Durchsetzung des Minderheitsrechts auf Einberufung (§ 122 Abs. 3 AktG) erforderlich sind. Im Umkehrschluß müssen externe Stimmrechtsvertreter ihre Werbung selbst finanzieren und können ihre Ausgaben auch dann nicht liquidieren, wenn sie

973 Henn Aktienrecht Rn 777.
974 Verordnung über den Ersatz von Aufwendungen der Kreditinstitute v. 18.1.1968, BGBl. I 1968, S. 720, geändert durch die Verordnung v. 24.3.1977 BGBl. I 1977, S. 501.
975 Siehe oben S. 53ff.
976 Noack FS Lutter S. 1463 (1472); Raiser NJW 1996, 2257 (2262).
977 Bachmann AG 2001, 635 (642).
978 M. Becker S. 364f.
979 Bachmann AG 2001, 635 (642).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mit eigenen Beschlußgegenständen Erfolg haben[980]. Der fragliche Anspruch besteht daher nicht[981].

III. Zulässigkeit des Botenmodells?

Neben der Stimmrechtsvertretung ist auch die Abgabe der Stimme durch einen Boten denkbar. Ein solches Vorgehen ist jedoch schon deshalb als unzulässig zu qualifizieren, weil der zugeschaltete Aktionär kein Teilnehmer der Veranstaltung ist und der Bote – anders als der Stellvertreter – keine eigenen Willenserklärungen abgeben kann. Ferner spricht gesetzessystematisch gegen dieses Modell, daß die Abgabe der Stimme per Boten nur im Recht des Aufsichtsrates (§ 108 Abs. 3 AktG), nicht aber im Recht der Hauptversammlung geregelt wurde[982]. Freilich läuft das Vertretermodell im Falle der Einschaltung eines von der Gesellschaft beauftragten Proxy wegen der Pflicht zur Weisungserteilung analog § 135 Abs. 1 S. 2 AktG[983] auf eine botenähnliche Übermittlung hinaus[984]. Daher besteht letztlich auch kein rechtspolitisches Bedürfnis nach einer Einführung des Botenmodells[985].

IV. Treuhänderische Stimmrechtsausübung bei Aktienverkauf nach Anmeldeschluß?

Der insbesondere durch Einführung des Online-Banking gesunkene Zeit- und Kostenaufwand eines Aktiengeschäfts führt dazu, daß Anleger ihre Anteile schneller erwerben und veräußern als es bisher der Fall war. Wird der Erwerber nicht rechtzeitig zum Hauptversammlungstermin in das Aktienregister eingetragen, kann der Veräußerer noch das Stimmrecht ausüben[986]. Denkbar ist in diesem Falle eine nachwirkende Vertragspflicht des Verkäufers, das Stimmrecht im mutmaßlichen Interesse des Aktienerwerbers auszuüben[987]. Verletzt der Veräußerer diese Pflicht, macht er sich möglicherweise im Innenverhältnis schadenersatzpflichtig[988]. Da der Gesetzgeber zu Gunsten der Rechtssicherheit bewußt das Auseinanderfallen von formeller und materieller Berechtigung in Kauf genommen hat (vgl. § 123 Abs. 2, 3 AktG), berühren derartige Verstöße jedoch nicht die Wirksamkeit der Beschlußergebnisse.

980 Bachmann AG 2001, 635 (642).
981 Habersack ZHR 165 (2001), 172 (176); Hüther AG 2001, 68 (70).
982 Noack/Spindler-Noack S. 13 (21).
983 Siehe oben S. 167ff.
984 Bunke AG 2002, 57 (58 Fn 6); Noack FS Lutter S. 1463 (1480).
985 Baums-Kommission Rn 112; Bachmann WM 1999, 2100 (2107); Bunke AG 2002, 57 (58).
986 Seibert FS Peltzer S. 469 (481).
987 Holzborn/Bunnemann, BKR 2005, 51 (53); Seibert FS Peltzer S. 469 (481).
988 Seibert FS Peltzer S. 469 (481). Eine solche Pflicht zieht auch der Gesetzgeber des UMAG in Betracht, vgl. BegrRefE UMAG zu § 123, BT-Drucks 15/5092, S. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

D. Ausübung des Rede- und Auskunftrechts

Anders als Abstimmungen sind Aktionärsreden und Auskunftsbegehren keine gleichartigen Vorgänge, die sich maschinell abwickeln lassen. In ihrer Eigenschaft als individuelle Beiträge lassen sich Fragen und Wortmeldungen daher nur schwer mit dem Massenphänomen der Online-Hauptversammlung in Einklang bringen. Dennoch bleibt ein gewisser Spielraum, in dem das Internet auch bei der Ausübung des Rede- und Auskunftsrechts zur Anwendung kommen kann.

I. Zulässigkeit der Stellvertretung bei Ausübung des Auskunftsrechts

Seinen Auskunftsanspruch kann der Anleger durchsetzen, indem er die Anfrage über seinen Stimmrechtsvertreter in die Präsenzveranstaltung einbringt. Im Innenverhältnis zum Bevollmächtigten stellt das Begehren eine Weisung dar, die keiner gesetzlichen Form unterliegt und somit unter Zuhilfenahme beliebiger elektronischer wie herkömmlicher Kommunikationsmittel übermittelt werden kann.

In § 125 Abs. 1 S. 2 AktG scheint das Gesetz davon auszugehen, daß eine Vertretung bei der Ausübung anderer Gesellschafterrechte als des Stimmrechts nicht möglich ist. § 125 Abs. 1 AktG regelt jedoch die Mitteilungen, die zumeist gemäß § 128 AktG weitergeleitet werden und daher diejenigen Aktionäre betreffen, deren Anlegerrechte oft von den Depotbanken ausgeübt werden. Da die Kreditinstitute zumeist nur Interesse an den Stimmrechten haben, verwundert die fehlende Erwähnung des Auskunftsrechts in § 125 Abs. 1 S. 2 AktG nicht. Beim Fragerecht handelt es sich nicht um ein höchstpersönliches Recht[989], so daß die Stellvertretung prinzipiell zulässig ist[990]. Auch die Tatsache, daß die Auskunft einen rechtserheblichen Realakt darstellt, ändert nichts an der Anwendbarkeit des Stellvertretungsrechts[991]. Die Bevollmächtigung zur Stimmrechtsausübung enthält konkludent auch die Vollmacht zur Wahrnehmung des Auskunftsrechts[992].

989 Noack/Spindler-Noack S. 13 (21); Wieneke AG 2001, 504 (512); Wohlwend S. 99. Anderer Ansicht Wohlleben S. 57ff, der jedoch im konkreten Fall eine Durchbrechung des Grundsatzes der Höchstpersönlichkeit annimmt.

990 Wohlwend S. 99; Zetzsche-Bunke Rn 30; Zetzsche-Lommatzsch Rn 47; Noack/Spindler-Marsch-Barner S. 57 (64); Zetzsche ZIP 2001, 682 (688). Die Begründung zu Regierungsentwurf des TransPuG BT-Drucks. 14/8769, S. 19f scheint ebenfalls hiervon auszugehen.

991 Noack/Spindler-Noack S. 13 (21); Siepelt S. 13f; Zetzsche-Fuhrmann/Göckeler/Erkens Rn 146; Meilicke/Heidel DStR 1992, 72 (73); Claussen AG 2001, 161 (170); Noack NZG 2001, 1057 (1061); ders. ZIP 2001, 57 (58).

992 Siepelt S. 13; Meilicke/Heidel DStR 1992, 72 (73); Wieneke AG 2001, 504 (512).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Pflicht zur Anhörung eines zugeschalteten Aktionärs?

Dagegen kann der über das Internet zugeschaltete Aktionär sein Fragerecht nicht direkt wahrnehmen. Streitig ist in diesem Punkt lediglich die Begründung. Wie bereits festgestellt, ist der Anleger kein Teilnehmer der Veranstaltung und kann daher seine Rechte nicht unmittelbar ausüben[993]. Dies gilt für das Auskunftsrecht in gleicher Weise wie für das Stimmrecht. Zutreffenderweise scheitert das direkte Auskunftsrecht des online teilnehmenden Aktionärs somit an dem Erfordernis, einen Stellvertreter einzuschalten, der in der Präsenzveranstaltung zugegen ist.

Sachlich unzutreffend ist der teilweise erhobene Einwand gegen eine Pflicht zur Beantwortung von E-Mail-Anfragen, es könne keine zwei Berechtigten aus einem Aktienbestand geben[994]. Denn der Vertreter ist kein Berechtigter, sondern übt nur das Recht des Anlegers für diesen aus. Von zwei Berechtigten kann daher nicht gesprochen werden. Im übrigen besteht die Vollmacht des Aktionärs nur in dem Umfang, in dem er sie erteilt. Es steht dem Anleger frei, die Ausübung des Stimmrechts dem Bevollmächtigten zu übertragen und gleichzeitig sein Auskunftsrecht persönlich wahrzunehmen. Bei Vorliegen einer gegebenenfalls konkludent erklärten Generalvollmacht ist die Ausübung des Fragerechts durch den Rechtsinhaber als teilweiser Widerruf der Vollmacht zu werten, so daß der Aktionär sich nicht allein durch Bevollmächtigung eines Vertreters seiner Rechte begibt. Die Kritik richtet sich jedoch lediglich gegen das Argument der Doppelberechtigung. An der im Ergebnis unbestrittenen Unzulässigkeit eines direkten Fragerechts ändert dies nichts.

III. Zulässigkeit der Anhörung eines zugeschalteten Aktionärs als freiwillige Maßnahme

Möglicherweise aber darf die Versammlungsleitung dem zugeschalteten Aktionär freiwillig die Möglichkeit einräumen, Fragen per E-Mail unmittelbar einzureichen. Bedenklich daran erscheint, daß die Gewährung von Fragen angesichts des begrenzten Zeitrahmens der Aussprache zu Lasten der Präsenzteilnehmer geht[995]. Auch ist das Auskunftsrecht nach Ansicht einiger Autoren zu sehr mit der Teilnehmereigenschaft verwoben, als daß eine Informierung abseits der Versammlung möglich wäre[996].

Andererseits wurde schon in der reinen Präsenzversammlung die Einbringung schriftlicher Fragen, die in der Veranstaltung vom Versammlungsleiter verlesen

993 Zetzsche-Fuhrmann/Göckeler/Erkens Rn 145; Zetzsche-Lommatzsch Rn 47; Noack/Spindler-Marsch-Barner S. 57 (64, 66); Riegger ZHR 165 (2001), 204 (212). Siehe auch oben S. 153f

994 Zetzsche-Lommatzsch Rn 48; Claussen AG 2001, 161 (170).

995 Riegger ZHR 165 (2001), 204 (212).

996 Zetzsche-Fuhrmann/Göckeler/Erkens Rn 146.

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werden, als zulässig erachtet[997]. Sollte die Beantwortung externer Fragen den Zeitrahmen der Versammlung sprengen, wird der Leiter ohnehin auf diesen Service verzichten. Eine Beeinträchtigung der Präsenzversammlung steht daher nicht zu befürchten[998]. In gesetzessystematischer Hinsicht läßt sich ferner die Vorschrift des § 131 Abs. 4 S. 1 AktG heranziehen, wonach auch außerhalb der Versammlung Auskünfte erteilt werden können[999]. Mit der Einrichtung einer elektronischen Rednerliste, eines Chatrooms oder eines moderierten Boards lassen sich die Beiträge koordinieren[1000]. Die freiwillige Einräumung eines Rede- und Fragerechts gegenüber den zugeschalteten Aktionären ist daher zulässig[1001].

E. Widerspruch zur Niederschrift

Bislang wurde nicht diskutiert, inwiefern der zugeschaltete Aktionär Widerspruch zu Protokoll (vgl. §§ 245 Nr. 1, 132 Abs. 2 S. 1, 302 Abs. 3 S. 3, 309 Abs. 3 S. 1, 93 Abs. 4 S. 3, 50 S. 1 AktG) einlegen kann. Da er kein Teilnehmer ist, muß der Anleger auch hier seinen Stellvertreter einschalten. Technisch lassen sich Widersprüche zu Protokoll ebenso wie Stimmrechtsausübungen vom zentralen Proxy Server auswerten, der über einen Datenabgleich mit dem Aktienregister die Identität der jeweiligen Aktionäre festhalten kann. In Anbetracht des geringen Aufwandes sollten daher gesellschaftseigene wie professionelle Stimmrechtsvertreter ihren Vollmachtgebern eine entsprechende Möglichkeit anbieten.

F. Übertragung der Versammlung im Internet, § 118 Abs. 3 AktG

Will der Aktionär sein Votum von dem Verlauf der Generaldebatte abhängig machen und den Stimmrechtsvertreter erst unmittelbar vor Beschlußfassung instruieren, so muß er sich über die laufende Veranstaltung informieren können. Hierfür bieten sich Videokonferenzsysteme an, die von der Gesellschaft eingerichtet werden und für den Aktionär über jeden Internet-Zugang erreichbar sind[1002].

997 LG Köln AG 1991, 38 (38); Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff -Eckardt § 131 Rn 26; Hüffer § 131 Rn 8; Semler/Volhard-Volhard 1. Aufl. Rn I F 20; U. Schmitz S. 164.

998 Noack NZG 2001, 1057 (1063).

999 Zetzsche-Lommatzsch Rn 48; Habersack ZHR 165 (2001), 172 (183); Noack NZG 2001, 1057 (1063).

1000 Däubler-Gmelin HFR S. 3-3.

1001 U. Schmitz S. 164; Zetzsche-Bunke Rn 31; Noack/Spindler-Noack S. 13 (33); ders. NZG 2001, 1057 (1063); Habersack ZHR 165 (2001), 172 (183).

1002 Zu den technischen Details siehe Lautz S. 26ff, Zetzsche-Schieber Rn 287 sowie Blank/Zetzsche K&R 2000, 486 (486ff).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

I. Ausstrahlung im Internet

Die durch das TransPuG eingeführte Neuregelung des § 118 Abs. 3 AktG stellt die Übertragung der Versammlung zur Disposition der Satzung oder Geschäftsordnung. Der Gesetzgeber kam damit einer Forderung der „Regierungskommission Corporate Governance“[1003] nach und entschied eine breit geführte Kontroverse über Zulässigkeit und Voraussetzungen einer Übertragung im positiven Sinne[1004]. Flankierend empfehlen Abschn. 2.3.4, 6.4 DCGK der Gesellschaft, von der neuen Möglichkeit Gebrauch zu machen.

§ 118 Abs. 3 AktG erfaßt zum einen die Ausstrahlung von Bild und Ton im Internet[1005], und zwar nicht nur innerhalb des Aktionärskreises, sondern auch an die Öffentlichkeit[1006]. Daneben kommt eine Übertragung durch Rundfunk und Fernsehen[1007], insbesondere durch unternehmenseigenes Fernsehen oder Nachrichtensender in Betracht[1008]. Reine Bild- oder Tonübertragungen werden als gegenüber den Aktionären geringerer Eingriff von der Norm umfaßt[1009]. Auch kann der Satzungsgeber die Entscheidung der Verwaltung überlassen, ob und in welcher Form die Veranstaltung übertragen wird[1010]. So muß die Gesellschaft nicht zwingend auch die Aktionärsbeiträge übertragen, sondern kann sich auf die Ausstrahlung der Verwaltungsreden beschränken. Sofern sie auch die Reden der Aktionäre überträgt, muß sie dies ausnahmslos tun und darf keine Auswahl unter den Beiträgen treffen[1011].

1003 Baums-Kommission Rn 108; zustimmend Noack NZG 2001, 1057 (1064).

1004 Die Zulässigkeit einer Übertragung der Verwaltungsreden wurde frühzeitig bejaht, weil insofern keine Individualrechte der Aktionäre betroffen waren. Schwieriger war die Generaldebatte zu beurteilen. Eine Mindermeinung hielt die Übertragung für gänzlich unzulässig (Henn Aktienrecht 6. Aufl. Rn 806). Andere ließen eine vorherige Ankündigung durch den Versammlungsleiter ausreichen (Riegger/ Mutter ZIP 1998, 637 (638)). Die überwiegende Mehrheit verlangte eine Legitimation durch Satzungsbestimmung, Geschäftsordnung oder HV-Beschluß (siehe nur Baums-Kommission Rn 108, Noack/Spindler-Marsch-Barner S. 57 (59), Zetzsche-Bröcker/Schouler Rn 119; Habersack ZHR 165 (2001), 172 (183); Noack NZG 2001, 1057 (1061); Riegger ZHR 165 (2001), 204 (210f)), wobei wiederum umstritten war, ob der Versammlungsleiter auf ein Widerspruchsrecht des einzelnen Aktionärs hinzuweisen hatte (dafür mit Verweis auf BGHZ 127, 107 (116) u.a. Zetzsche-Fuhrmann/Göckeler/ Erkens Rn 142, Claussen AG 2001, 161 (169) und Goedeke/ Heuser BB 2001, 369 (372); dagegen Baums-Kommission Rn 108 und Noack/Spindler-Noack S. 13 (17f)).

1005 Kollmann WM-Sonderbeilage 1/2003, 3 (8); Seibert NZG 2002, 608 (611).

1006 BegrRegE TransPuG BT-Drucks. 14/8769, S. 19; Schwarz MMR 2003, 23 (25).

1007 Noack BB 1998, 2533 (2534).

1008 Däubler-Gmelin HFR S. 3-1 weist in diesem Zusammenhang auf das digitale Fernsehen hin, das wesentlich mehr Kanäle zur Verfügung stellt und daher auch von Unternehmen intern genutzt werden kann.

1009 Sommer-Sommer § 8 Rn 57; Noack DB 2002, 620 (623); Schwarz MMR 2003, 23 (25); Seibert NZG 2002, 608 (611).

1010 BegrRegE TransPuG BT-Drucks. 14/8769, S. 19; Sommer-Sommer § 8 Rn 57; Noack NZG 2003, 241 (245); Schwarz MMR 2003, 23 (25).

1011 Noack NZG 2004, 297 (300).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Freilich besteht kein Rechtsanspruch auf Übertragung der Versammlung[1012]. Ferner kann die Übertragung durch einfachen HV-Beschluß abgebrochen werden, auch wenn in der Einladung zur Hauptversammlung die Übertragung ausdrücklich vorgesehen ist[1013]. Umgekehrt darf die Versammlungsleitung die Sendung nicht abrupt in dem Moment unterbrechen, in dem Aktionäre unangenehme Vorgänge zur Sprache bringen[1014]. Wenn sich die Gesellschaft in der Satzung eigene Regeln für die Übertragung seiner Sitzung geben darf, dann muß sie auch die Befugnis haben, eine Übertragungspflicht der Verwaltung zu begründen.

II. Widerspruchsrecht des Aktionärs?

Mit der Regelung des § 118 Abs. 3 AktG beseitigte der Gesetzgeber auch das früher überwiegend angenomme Widerspruchsrecht[1015] des Aktionärs. Einwände eines Anlegers gegen die Übertragung seines eigenen Redebeitrags sind damit unbeachtlich[1016]. Bei entsprechender Ausgestaltung der Satzung oder Geschäftsordnung wird somit die gesamte Veranstaltung unterbrechungsfrei übertragen und daher faktisch öffentlich[1017]. Der Vorteil für die Gesellschaft liegt insbesondere darin, keine Zuschauer durch zu häufige Unterbrechungen zu verlieren[1018]. Vom Gesetzgeber in Kauf genommen wurde die Gefahr, daß die mediale Übertragung möglicherweise die anwesenden Aktionäre in ihrer Spontaneität behindert[1019].

III. Zulässigkeit der Aufzeichnung einzelner Redebeiträge

Fraglich ist, ob die Gesellschaft einzelne Redebeiträge mitschneiden darf. Nach alter Rechtslage wurde dies nur dann als zulässig erachtet, wenn der Versammlungsleiter zu Beginn der Aufzeichnung einen Hinweis hierauf gab und der betreffende Aktio-

1012 MüKoAktG-Kubis § 118 Rn 95; Heidel-Pluta § 118 Rn 53; Sommer-Sommer § 8 Rn 81. Noack NZG 2004, 297 (300) hält allerdings die Begründung eines solchen Anspruchs durch die Satzung für möglich.
1013 Zetzsche-Fuhrmann/Göckeler/Erkens Rn 142.
1014 Noack/Spindler-Noack S. 13 (18).
1015 Grundlegend hierzu BGHZ 127, 107 (116ff) (BMW). In jüngerer Zeit vertreten von Zetzsche-Fuhrmann/Göckeler/Erkens Rn 142; Claussen AG 2001, 161 (169); Goedeke/Heuser BB 2001, 369 (372).
1016 Ihrig/Wagner BB 2002, 789 (795); Kollmann WM-Sonderbeilage 1/2003, 3 (8); Noack DB 2002, 620 (623); Seibert NZG 2002, 608 (611).
1017 Mimberg ZGR 2003, 21 (51).
1018 So die Intention des Gesetzgebers BegrRegE TransPuG BT-Drucks. 14/8769, S. 20; vgl. auch Seibert NZG 2002, 608 (611).
1019 Roth ZIP 2003, 369 (375).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

när nicht widersprach[1020]. Wenn dagegen der Mitschnitt vom Begriff der Übertragung in § 118 Abs. 3 AktG erfaßt ist, würde inzwischen eine entsprechende Satzungs- oder Geschäftsordnungsklausel genügen.

Für letztere Variante spricht, daß eine Übertragung ohne Aufzeichnung schlechterdings nicht möglich ist[1021]. Indem der Gesetzgeber den umfangreicheren Tatbestand der Übertragung zur vollständigen Disposition der Satzung gestellt hat, schuf er zugleich Regelungsfreiheit für die Aufzeichnung der Beiträge[1022]. Ferner war ihm bekannt, daß Aufzeichnungen der Beiträge durch die Empfänger praktisch nicht verhindert werden kann[1023]. Read-Only-Access-Systeme bieten zwar einen gewissen Schutz vor Mitschnitten[1024]. Mit geringem Aufwand können diese Sicherungsvorkehrungen jedoch umgangen werden[1025]. Daher ist davon auszugehen, daß der Begriff der Übertragung in § 118 Abs. 3 AktG die Aufzeichnung mit einschließt. Der Aktionär kann daher der Anfertigung des Mitschnitts nicht widersprechen.

G. Notarielle Niederschrift

Gemäß § 130 Abs. 1 S. 1 AktG ist ein notarielles Protokoll der HV anzufertigen, das sämtliche für die Ordnungsgemäßheit und Wirksamkeit der Beschlüsse relevanten Vorgänge umfaßt[1026]. Hier bringt die Online-HV im Vergleich zur herkömmlichen reinen Präsenzversammlung keine wesentlichen Neuerungen. Zwar ist das System der Vollmachts- und Weisungserteilung aufgrund der eingesetzten Computer-Technik für den Notar nur schwer nachzuvollziehen. Da dies nur das Innenverhältnis des Aktionärs zum Vertreter betrifft, müssen diese Vorgänge jedoch nicht vom Notar berücksichtigt werden[1027]. Solange sich der Vertreter eingangs legitimiert hat, kann er per Handzeichen oder Stimmkarte für den Notar sichtbar die auf ihn gebündelten Stimmrechte ausüben.

Zur Legitimation des gesellschaftseigenen Proxy gehört allerdings ein funktionierendes System zur Erteilung von Vollmacht und Weisungen. Von der grundsätzlichen Betriebsbereitschaft des eingesetzten Servers hat sich der Notar stichprobenartig zu überzeugen[1028]. Dazu gehören auch die Stabilität des Systems sowie die Vor-

1020 BGHZ 127, 107 (116ff) (BMW). Zustimmend Nirk/Reuter/Bächle Rz 1152; Steiner § 8 Rn 1; Hasselbach/Schumacher ZGR 2000, 258 (264); Max AG 1991, 77 (81).
1021 BegrRegE TransPuG BT-Drucks. 14/8769, S. 20; Sommer-Sommer § 8 Rn 80, § 13 Rn 107.
1022 Sommer-Sommer § 8 Rn 80, § 13 Rn 107.
1023 BegrRegE TransPuG BT-Drucks. 14/8769, S. 20.
1024 Hasselbach/Schumacher ZGR 2000, 258 (264).
1025 Spindler ZGR 2000, 420 (435).
1026 Hüffer § 130 Rn 5; Zetzsche-Fleischhauer Rn 226; Kröll ZGR 2000, 111 (131); Wilhelmi BB 1987, 1331 (1334). Zu den einzelnen Formalien Grumann/Gillmann NZG 2004, 839 (839ff).
1027 Hasselbach/Schumacher ZGR 2000, 258 (274); Reithmann DNotZ 1995, 360 (363).
1028 Schaaf Rn 828ff; Zetzsche-Fleischhauer Rn 231f; Bezzenberger FS Schippel S. 361 (379); Priester DNotZ 2001, 661 (669).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

richtungen gegen Überlastung des Systems, Server-Ausfälle sowie unbefugtes Eindringen von außen[1029]. Vermerke hierüber sind in die Niederschrift aufzunehmen[1030].

§ 35 Nachbereitung der HV

Auch nach dem Ende der Hauptversammlung kann das Internet bei der Kommunikation zwischen der Gesellschaft und dem Aktionär zum Einsatz kommen. Zum einen ist die nachträgliche Einsichtnahme in das Teilnehmerverzeichnis gemäß § 129 Abs. 4 S. 2 AktG auf elektronischem Wege möglich[1031]. Zum anderen kann die elektronische Kommunikation die Mitteilung von Hauptversammlungsbeschlüssen gegenüber Aktionären und Ausichtsratsmitgliedern gemäß § 125 Abs. 4 AktG erleichtern. Insbesondere läßt sich die E-Mail-Anfrage per E-Mail beantworten[1032].

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob das teilweise als ausreichend erachtete Bereitstellen der Information auf der Unternehmens-Homepage genügt[1033]. Wortlaut und Systematik sprechen für eine mit § 125 Abs. 1, 2 AktG gleichlautende Interpretation des Begriffs der Mitteilung und setzen folglich eine aktive Unterrichtung durch die Gesellschaft voraus. Während der Referentenentwurf des NaStraG noch ein Zugänglichmachen der Beschlüsse vorsah, wurde auf Betreiben des DGB der Begriff des Mitteilens in den Regierungsentwurf des NaStraG aufgenommen, um insbesondere dem Aufsichtsrat den Anspruch auf papierschriftliche Unterrichtung zu erhalten[1034]. Auch teleologisch leuchtet nicht ein, warum im Falle des § 125 Abs. 4 AktG die Gesellschaft die Information nur bereitstellen, nicht aber den Aktionären und Aufsichtsräten verschaffen soll[1035]. Demnach ist die Gesellschaft auch im Rahmen des § 125 Abs. 4 AktG zu aktiver Benachrichtigung verpflichtet, die im Falle eines reinen Zugänglichmachens nicht vorläge[1036].

§ 36 Spezifische Anfechtungsrisiken der Verwaltungsvollmacht

Der tatsächliche Einsatz eines gesellschaftsnahen Vertreters wird in der Praxis insbesondere von dem Anfechtungsrisiko abhängen, das die Gesellschaft mit dem Angebot eines solchen Service eingeht. Angesichts der Komplexität des Internet und

1029 Zetzsche-Fleischhauer Rn 232.
1030 Zetzsche-Fleischhauer Rn 232.
1031 Noack NZG 2001, 1057 (1063); ders. NZG 2003, 241 (246).
1032 Noack NZG 2001, 1057 (1063); ders. NZG 2003, 241 (246).
1033 So Noack NZG 2001, 1057 (1063) und NZG 2003, 241 (246), dessen These vermutlich auf der mißverständlichen Erläuterung des BMJ in Rosen/Seifert-Seibert S. 11 (32f) beruht.
1034 Rosen/Seifert-Seibert S. 11 (32f); vgl. auch die BegrRegE NaStraG BT-Drucks. 14/4051, S. 13.
1035 Spindler ZGR 2000, 420 (429).
1036 Siehe oben S. 134ff.

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der zum Proxy Voting erforderlichen technischen Anlagen sind Fehlübermittlungen bei Erteilung von Vollmacht oder Weisung nie auszuschließen. Die Störungsursachen sind vielfältig; neben technischem Versagen sind auch Hacker-Angriffe auf den Server der Gesellschaft denkbar. Daß die Verletzung von Aktionärsrechten mangels Kausalität häufig nicht zur Anfechtbarkeit führen wird, ist eine cura posterior. Denn die Gesellschaft hat dem Entstehen von Anfechtungsgründen unabhängig davon entgegenzuwirken, ob tatsächlich eine Gefahr für die Wirksamkeit der Beschlüsse besteht. Zudem hängt die Anfechtbarkeit nicht immer von der Kausalität des Verstoßes für das Abstimmungsergebnis ab, so etwa bei der Verletzung des Teilnahmerechts[1037].

Typische Anfechtungsrisiken wie bspw. die Mißachtung von Formvorschriften im Rahmen der Einberufung der Hauptversammlung bedürfen keiner besonderen Betrachtung im Rahmen der Online-HV und müssen daher an dieser Stelle nicht umfassend diskutiert werden. Einzig im Fall der Einrichtung eines gesellschaftseigenen Vertretungsservice vermischen sich die Ebene der Stimmrechtsvertretung mit der Ebene der Stimmauszählung, so daß hier eine Untersuchung spezifischer Anfechtungsrisiken angezeigt erscheint. Dabei wird im folgenden nach der Art der Störung unterschieden.

A. Grundsätzliche Unbeachtlichkeit für die Beschlußwirksamkeit

Mit der Einsetzung eines eigenen Stimmrechtsvertreters für die Aktionäre und der gleichzeitigen Verantwortung für die Organisation der Hauptversammlung nimmt der Vorstand eine Doppelfunktion wahr. Die beiden Ebenen, auf denen die Verwaltung aktiv wird, müssen dabei unterschieden werden. Das im folgenden als „Vollmachtssphäre“ bezeichnete Innenverhältnis zwischen dem Aktionär und seinem Stellvertreter und die „Mitgliedschaftssphäre“, die die Beziehung des Aktionärs zur Gesellschaft beschreibt, sind grundsätzlich voneinander unabhängig[1038].

Zur Frage nach der Fehleridentität findet sich im Gesetz einerseits die Regelung der §§ 243 Abs. 3, 128 AktG, wonach Verfahrensverstöße der Depotbank bei der Weitergabe von Mitteilungen an den Aktionär nicht zur Anfechtbarkeit führen. Ebenfalls keine Auswirkung auf die Wirksamkeit der Beschlüsse hat gemäß § 135 Abs. 6 i. V. m. Abs. 1 S. 2, Abs. 2 und 3 AktG ein Fehlverhalten des Kreditinstituts bei der Ausübung des Stimmrechts für seinen Kunden. Obwohl keine der genannten Bestimmungen unmittelbar auf den Verwaltungsbevollmächtigten anwendbar ist, läßt sich aus ihnen die gesetzgeberische Wertung ersehen, daß Störungen in der Vollmachtssphäre nicht die Wirksamkeit der Hauptversammlungsbeschlüsse berüh-

1037 BGHZ 44, 245 (250ff); MüKoAktG-Hüffer § 243 Rn 36. Siehe auch unten S. 187ff.
1038 Terminologie von Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 367.

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ren sollen[1039]. Dies gilt bereits bei der klassischen Präsenzversammlung und muß folglich auch bei der Online-HV gelten, die rechtlich gesehen am Modell der Präsenzveranstaltung festhält[1040]. Mithin schlagen Fehler bei Erteilung von Vollmacht oder Weisung grundsätzlich nicht auf die Beschlußwirksamkeit durch[1041].

B. Anfechtbarkeit bei Fehlern im Einflußbereich der Gesellschaft?

Im Falle der Verwaltungsvollmacht jedoch stehen sich Aktionär und Gesellschaft sowohl auf der Vollmachts- als auch auf der Mitgliedschaftsebene gegenüber. Eine Vermischung der Sphären könnte ausnahmsweise die Anfechtbarkeit bewirken. Voraussetzung dafür ist gemäß § 243 Abs. 1 AktG eine Verletzung des Gesetzes oder der Satzung.

I. Verletzung des Teilnahmerechts nach § 118 Abs. 1 AktG?

In Betracht kommt hierfür zum einen die Verletzung des Teilnahmerechts desjenigen Aktionärs, dessen Willenserklärung den gesellschaftseigenen Proxy gar nicht oder verfälscht erreicht hat. Zur Begründung läßt sich anführen, die Trennung von Mitgliedschafts- und Vollmachtssphäre sei im Falle eines gesellschaftseigenen Vertretungsservice nicht möglich[1042]. Es sei jeweils der Vorstand der Gesellschaft, der sowohl für die Umsetzung des Proxy Voting als auch für den korrekten Ablauf der Hauptversammlung verantwortlich ist[1043].

Richtigerweise berühren Übermittlungsfehler im Rahmen des Verwaltungsvollmacht auch bei einem Verschulden des Vorstands nicht die Wirksamkeit der zugrundeliegenden Beschlüsse. Denn der zugeschaltete Aktionär ist nach dem Vertretermodell kein Teilnehmer im Rechtssinne[1044]. Wenn der Stimmrechtsvertreter aufgrund technischer Störungen keine Weisungen mehr erhält, kann deswegen noch nicht das Teilnahmerecht betroffen sein. Lediglich auf einer Vorstufe entfällt die Möglichkeit, dem Proxy bestimmte Weisungen zu erteilen[1045]. Es steht dem Aktionär weiterhin frei, seine Vollmacht schriftlich statt auf elektronischem Wege zu erteilen oder sein Stimmrecht persönlich auszuüben[1046]. Der Anleger, der den für ihn

1039 Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 372; Habersack ZHR 165 (2001), 172 (191f); Noack NZG 2003, 241 (246); Riegger ZHR 165 (2001), 204 (214f).
1040 Zetzsche-Keunecke Rn 347.
1041 Trapp WM 2001, 1192 (1194).
1042 Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 367.
1043 Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 371.
1044 Großkomm-Mülbert § 118 Rn 77; Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 370; Blank/Zetzsche K&R 2000, 486 (490); Riegger ZHR 165 (2001), 204 (209).
1045 Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 370.
1046 Noack/Spindler-Noack S. 13 (27); Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 371.

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vorteilhaften Vertretungsservice nutzt, muß auch das Risiko mangelhafter Koordinierung tragen[1047].

Ferner ist die Vermengung von Vollmachts- und Mitgliedschaftsebene nicht zwingend[1048]. Zwar ist in beiden Fällen die Gesellschaft beteiligt. Innerhalb des Unternehmens zeichnen jedoch unterschiedliche Organe verantwortlich. Während der Vorstand oder von ihm Beauftragte als Proxy-Voting-Dienstleister auftreten, ist die Hauptversammlung selbst der Empfänger der Willenserklärung. Hinzu kommt, daß eine rechtswidrige Einschränkung des Teilnahmerechts unabhängig von der Kausalität für das Beschlußergebnis einen Anfechtungsgrund darstellt[1049]. Grund dafür ist zum einen, daß der Aktionär durch Redebeiträge andere Anleger für sein Abstimmungsvorhaben hätte gewinnen können[1050]. Daneben erfordert die Bedeutung der Mitgliedschaft als subjektives Recht die anfechtungsbegründende Wirkung einer Einschränkung des Teilnahmerechts[1051]. Wenn aber ein Übertragungsfehler bei einem einzelnen Aktionär schon zur Anfechtbarkeit der Beschlüsse führte, dann dürfte eine vernünftige Unternehmensleitung keinen eigenen Vertretungsservice mehr anbieten. Angesichts der durch das NaStraG eingeführten Neuregelung des § 134 Abs. 3 S. 3 AktG kann dies nicht im Sinne des Gesetzgebers sein. Durch Übermittlungsfehler in der Vollmachtssphäre wird daher nicht das Teilnahmerecht des Aktionärs beeinträchtigt.

Teilweise wird vertreten, ein Fehler in der Willensbildung soll sich ausnahmsweise auf die Beschlußwirksamkeit erstrecken, wenn die Gesellschaft an die von ihr vertretenen Aktionäre unrichtige Informationen weitergibt, die das Ergebnis beeinflussen können[1052]. Dann jedoch liegt der Grund der Anfechtbarkeit nicht im Auftreten der Gesellschaft als Stimmrechtsvertreterin sondern als parteiischer Organisatorin der Hauptversammlung. In der Online-HV mit Video- und Audio-Übertragung ist kein redaktionelles Eingreifen der Hauptversammlungsleitung erforderlich, so daß eine gezielte Beeinflussung durch die Verwaltung praktisch nicht möglich ist. Technische Fehler in der Kommunikation ziehen daher keine Anfechtbarkeit aufgrund einer Verletzung des Teilnahmerechts nach sich[1053] .

1047 Knauer S. 192; Noack/Spindler-Noack S. 13 (27); Riegger ZHR 165 (2001), 204 (215); Hanloser NZG 2001, 355 (358).
1048 Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 371.
1049 BGHZ 44, 245 (250ff); Hüffer § 243 Rn 16; MüKoAktG-Hüffer § 243 Rn 36; Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 369. Anders noch RG JW 1931, 2961 (2962).
1050 Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 369.
1051 MüKoAktG-Hüffer § 243 Rn 36.
1052 Noack/Spindler-Noack S. 13 (27).
1053 Noack/Spindler-Noack S. 13 (27).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Verletzung der Sorgfaltspflicht nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG?

Denkbar ist daneben die Anfechtung wegen einer Verletzung der aus § 93 Abs. 1 S. 1 AktG resultierenden Sorgfaltspflicht des Vorstandes. Zweifelhaft ist jedoch bereits, ob ein Verstoß gegen das Sorgfaltsprinzip eine Gesetzesverletzung im Sinne des § 243 Abs. 1 AktG bildet[1054]. Zwar ist der Begriff der Gesetzesverletzung ungeachtet einer späteren Einschränkung durch das Kausalitätserfordernis weit zu fassen[1055]. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG beschreibt jedoch lediglich einen Sorgfaltsmaßstab für die Beurteilung, ob eine Haftung des Vorstands gegenüber der Gesellschaft nach § 93 Abs. 2, 3, 5 AktG in Betracht kommt[1056]. Daß die Aktionäre hieraus kein Recht für sich ableiten können, läßt sich schon daraus ersehen, daß die Norm nicht einmal ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB zugunsten der Anteilseigner darstellt[1057].

Die weite Auslegung des Gesetzesbegriffs des § 243 Abs. 1 AktG dient dazu, auch die Verfahrensfehler im Vorfeld der Abstimmung zu erfassen[1058]. Insbesondere zählen hierzu Mängel bei der Vorbereitung der Hauptversammlung[1059]. Eine Gesetzesverletzung im Sinne von § 243 Abs. 1 AktG liegt dagegen bei Übertretung des Sorgfaltsmaßstabes des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG nicht vor[1060]. Kommunikationsstörungen im Einflußbereich der Gesellschaft können daher eine Haftung der Gesellschaft auslösen, nicht aber zur Anfechtbarkeit der Abstimmungen führen.

C. Anfechtbarkeit bei Eingriffen von außen

Möglicherweise kann der Aktionär bei Eingriffen Dritter gegen die Beschlüsse gemäß § 243 Abs. 1 AktG vorgehen. Hierbei ist nach der Störungsursache zu differenzieren. Zum einen kann die Verbindung zwischen dem Aktionär und seinem Stellvertreter unterbrochen sein. Selbstverständlich scheidet Anfechtbarkeit aus, wenn der vom Aktionär benutzte Rechner nicht zufriedenstellend arbeitet[1061]. Eingriffe Dritter können darin liegen, daß der HV-Server gezielt mit Unmengen von Anfragen

1054 Bejahend Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 371f.
1055 Hüffer § 243 Rn 11; MüKoAktG-Hüffer § 243 Rn 25f.
1056 Hüffer § 93 Rn 4; Noack/Spindler-Zöllner S. 69 (74).
1057 Hüffer § 93 Rn 19.
1058 MüKoAktG-Hüffer § 243 Rn 25.
1059 Hüffer § 243 Rn 11.
1060 Hüffer § 93 Rn 10 verzeichnet unter den Rechtsfolgen beim Verstoß gegen § 93 Abs. 1 S. 1 AktG keine Anfechtbarkeit nach § 243 Abs. 1 AktG. Auch MüKoAktG-Hüffer § 243 Rn 26 ist kein entsprechender Anfechtungsgrund bekannt. Noack/Spindler-Zöllner S. 69 (89) schließlich sieht in einem anderen Fall die Rechtsfolge eines alleinigen Verstoßes gegen § 93 Abs. 1 S. 1 AktG nur in der Haftung des Vorstandes und schließt eine Anfechtbarkeit des HV-Beschlusses kategorisch aus.
1061 Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 368.

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

überlastet und dadurch außer Betrieb gesetzt wird[1062]. Auch unabsichtliches Handeln ist denkbar, wenn z.B. ein Baggerführer ein wichtiges Datenkabel durchtrennt. Eine Anfechtungsbefugnis ist nur aufgrund einer Verletzung des Teilnahmerechts gemäß § 245 Nr. 2 Var. 1 AktG denkbar. Rechtlich wird jedoch nicht die Teilnahme, sondern nur die Weisungserteilung verhindert[1063]. Der Aktionär ist in Gestalt seines Vertreters erschienen und daher im Falle der Blockade des elektronischen Zugangs keinesfalls anfechtungsberechtigt[1064].

Möglich ist aber auch, daß ein Hacker lediglich die Weisungen manipuliert oder fingiert. Wegen der zugrundeliegenden wirksamen Bevollmächtigung ist dies wiederum als Übermittlungsfehler zu behandeln, der nicht auf die Gültigkeit des Abstimmungsergebnisses durchschlägt[1065]. Ein Eingriff durch Dritte auf der Weisungsebene führt daher ebenfalls nicht zur Anfechtbarkeit der Beschlüsse[1066].

Anders zu beurteilen ist die Lage, wenn ein Hacker die Existenz von Vollmachten vortäuscht, obwohl sie durch keinen Kapitalanteil gedeckt sind[1067]. Sofern die Beschlußergebnisse durch diese unwirksamen, weil auf gefälschten Vollmachten beruhenden Stimmabgaben beeinflußt wurden, sind die Beschlüsse anfechtbar[1068]. Eine echte Gefahr für die Beschlußwirksamkeit ergibt sich daher erst bei massenhafter Fälschung von Vollmachten. Dieses Risiko wiederum kann vernachlässigt werden, da die Vollmachten regelmäßig bereits vor der Versammlung erteilt werden und noch ausreichend Zeit vorhanden ist, um ihre Gültigkeit zu kontrollieren.

D. Ergebnis

Im Ergebnis birgt der gesellschaftseigene Vertretungsservice im Vergleich zur externen Stimmrechtsvertretung kein nennenswertes Anfechtungsrisiko[1069]. Störungen der Kommunikation ziehen nur dann die Anfechtbarkeit der Beschlüsse nach sich, wenn Bevollmächtigungen in großem Umfang manipuliert werden und die ungültigen Stimmen kausal für das Resultat der Abstimmung sind. Im übrigen schlagen Rechtsverstöße auf der Vollmachtsebene nicht auf die Wirksamkeit der Beschlüsse durch, da Verfahrensfehler des Verwaltungsbevollmächtigten weder das Teilnahmerecht noch andere Aktionärsrechte verletzen.

1062 Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 365.
1063 Blank/Zetzsche K&R 2000, 486 (490).
1064 Zetzsche-Fleischhauer Rn 232; Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 368; Blank/Zetzsche K&R 2000, 486 (490); Zetzsche ZIP 2001, 682 (686).
1065 Siehe oben S. 187ff.
1066 Baums-Kommission Rn 117; Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 375; Zetzsche ZIP 2001, 682 (686).
1067 Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 374.
1068 Zetzsche-Pikó/Preissler Rn 374; Habersack ZHR 165 (2001), 172 (192); Kocher NZG 2001, 1074 (1074).
1069 Spindler/Christoph MMR 2003, XXIII (XXIV).

https://doi.org/10.5771/9783748910923-118 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY