



Erste „Lessons Learned“ zur virtuellen Hauptversammlung nach dem COVID-19-AuswBekG

02. June 2020



Der Gesetzgeber hat auf die anhaltende Corona-Pandemie und ihre Konsequenzen für das wirtschaftliche Leben rasch reagiert und für Aktiengesellschaften mit dem am 28.03.2020 beschlossenen „Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht“ (COVID-19-AuswBekG) die Möglichkeit geschaffen, Hauptversammlungen ohne physische Präsenz der Aktionäre abzuhalten. Die Aktiengesellschaften machen von dieser Möglichkeit regen Gebrauch. Eine Verschiebung der Hauptversammlung in eine Zeit, in der physische Hauptversammlungen in größerem Rahmen wieder stattfinden können, kommt nach unserer Erfahrung für die meisten AGs nicht in Betracht.

Die Resonanz zur virtuellen Hauptversammlung ist nach unserer Erfahrung weitgehend positiv: Fremdeln viele – gerade mittelständisch geprägte – Unternehmen zunächst mit einer virtuellen Zusammenkunft, weicht die Skepsis doch häufig der Erkenntnis, dass die virtuelle Hauptversammlung eine äußerst verlässliche Vorbereitung der Aktionärszusammenkunft ermöglicht. Die virtuelle HV nach dem COVID-19-AuswBekG lässt sich sprichwörtlich minutiös planen. Überraschungen am Tag der Hauptversammlung – etwa durch Störungen, Geschäftsordnungsanträge (wie etwa dem Antrag auf Abwahl des Versammlungsleiters) oder unerwartete Fragen der Aktionäre – lassen sich ausschließen.

Die virtuelle Hauptversammlung hat den Praxistest bestanden. Nichtsdestotrotz sind einige Stolpersteine zu beachten, auf die wir nachfolgend aufmerksam machen möchten:

1. Schriftliche Briefwahl nur in Ausnahmefällen zulässig

Das COVID-19-AuswBekG stellt den Aktiengesellschaften für die Abhaltung der virtuellen Hauptversammlung die Wahl zwischen zwei Varianten anheim:

- Alternative 1 (Elektronische Teilnahme): Die AG kann den Aktionären die elektronische Teilnahme ermöglichen. Die Aktionäre verfolgen die Hauptversammlung audiovisuell im Livestream. Ihr Antrags-, Rede-, Frage- und Widerspruchsrecht üben Sie während der Hauptversammlung elektronisch („live“) aus.
- Alternative 2 (Briefwahl und Stimmrechtsvertreter): Die Aktionäre verfolgen die HV zwar im Livestream. Sie nehmen aber an der Versammlung nicht teil. Das Stimmrecht üben sie entweder durch Bevollmächtigung des Stimmrechtsvertreters der Gesellschaft oder im Wege der Briefwahl aus.

Die allermeisten Gesellschaften bedienen sich der vorgenannten Alternative 2. Sie ist planbarer und die Risiken technischer Störungen sind geringer. In den meisten Fällen raten wir daher auch zu Variante 2.

Bei der konkreten Ausgestaltung der Briefwahlmöglichkeiten für die Aktionäre sollte allerdings stets ein Augenmerk auf die zulässige Form der Briefwahl gelegt werden. Es liegt zwar nahe, den Aktionären die Möglichkeit zu bieten, ihre Briefwahlstimmen sowohl per E-Mail und/oder Fax als auch per Post abzugeben. Sofern die Satzung der Gesellschaft die schriftliche Briefwahl aber nicht ausdrücklich zulässt, ist höchst zweifelhaft, ob eine schriftliche Briefwahl zulässig ist. Denn der Wortlaut von Artikel 2 § 1 Abs. 1 COVID-19-AuswBekG sieht alleine die Stimmabgabe „im Wege elektronischer Kommunikation“ vor. Ein Briefumschlag ist aber keine „elektronische Kommunikation“. Auch wenn die Begründung zum COVID-19-AuswBekG daran zweifeln lässt, dass diese Einschränkung absichtlich erfolgte (so nennt die Begründung in BT-Drucks. 19/18110 auf S. 26 neben der elektronischen auch die schriftliche Form der Briefwahl), sollten hier keine Risiken eingegangen werden und die Stimmabgabe per Briefwahl auf den elektronischen Weg beschränkt bleiben.

Sofern die Satzung die schriftliche Briefwahl ausdrücklich zulässt (was jedoch gerade bei mittelständischen Aktiengesellschaften eher die Ausnahme sein dürfte), bestehen keine Bedenken, den Aktionären neben der elektronischen Stimmabgabe auch die schriftliche Briefwahl anzubieten.

2. Briefwähler sind nicht als „Teilnehmer“ in das Teilnehmerverzeichnis aufzunehmen

Wird – wie im Regelfall – eine virtuelle Teilnahme nicht ermöglicht, so hat dies Auswirkungen auf das Teilnehmerverzeichnis, das wie bei jeder Hauptversammlung zwingend zu erstellen und den Teilnehmern vor der ersten Abstimmung zugänglich zu machen ist (§ 129 Abs. 4 Satz 1 AktG). Denn Briefwähler nehmen auch bei der virtuellen Hauptversammlung nicht an der Hauptversammlung teil, sind also nicht als Teilnehmer in das Teilnehmerverzeichnis aufzunehmen. Aufzunehmen ist hier regelmäßig lediglich der Stimmrechtsvertreter der Gesellschaft.

Allerdings raten wir dazu, die Briefwähler (als solche bezeichnet!) dennoch im Teilnehmerverzeichnis anzugeben, damit festgestellt werden kann, wie hoch die Präsenz ist und Abstimmungsergebnisse verlässlicher ermittelt und dokumentiert werden können.

Das von normalen Hauptversammlungen bekannte Einsichtsrecht in das Teilnehmerverzeichnis während der Hauptversammlung haben die Aktionäre im Falle der virtuellen Hauptversammlung übrigens nicht. Das Einsichtsrecht gemäß § 129 Abs. 4 Satz 1 AktG ist teilnahmegebunden und kann daher nur Teilnehmern zustehen. Jeder Aktionär hat allerdings nach der Hauptversammlung ein Recht auf Einsicht in das Teilnehmerverzeichnis (und zwar bis zu zwei Jahre nach der Hauptversammlung, § 129 Abs. 4 Satz 2 AktG).

3. Wer bei der virtuellen HV physisch anwesend ist, hängt von den aktuell geltenden Kontaktbeschränkungen ab

Mit dem Inhalt des Teilnehmerverzeichnisses verbunden ist die Frage, wer denn eigentlich bei einer virtuellen Hauptversammlung physisch anwesend zu sein hat.

In jedem Fall zwingend erforderlich ist die physische Präsenz des Versammlungsleiters sowie des beurkundenden Notars. Üblicherweise sind zudem die Stimmrechtsvertreter der Gesellschaft anwesend. Zur Beantwortung der Aktionärsfragen halten wir es für zweckmäßig, dass jedenfalls der Vorstandsvorsitzende, gegebenenfalls auch ein zweites Vorstandsmitglied präsent ist.

Ob auch die weiteren Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat physisch präsent sein müssen, hängt von den im Zeitpunkt der Hauptversammlung geltenden Kontaktbeschränkungen ab. Grundsätzlich sieht das Aktiengesetz die Pflicht sämtlicher Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats zur Teilnahme an der Hauptversammlung vor (§ 118 Abs. 3 Satz 1 AktG). Sollte diese Pflicht in Konflikt mit geltenden Kontaktbeschränkungen geraten, ist die Teilnahmepflicht nach § 118 Abs. 3 Satz 1 AktG unseres Erachtens suspendiert.

4. Widerspruchsrecht

Die von den bekannten HV-Dienstleistern entwickelten Hauptversammlungs-Portale zur Durchführung der virtuellen Hauptversammlungen sehen regelmäßig die Möglichkeit vor, innerhalb des Portals per Mausklick Widerspruch zu Protokoll des Notars einzulegen. Hierbei sollte darauf geachtet werden, dass der Widerspruch rechtssicher einem oder mehreren Tagesordnungspunkten zugeordnet wird. Insofern halten wir die verbreitete Vorgehensweise, für den Widerspruch innerhalb des HV-Portals ein leeres Textfeld vorzusehen, in dem der Aktionär sodann im Fließtext oder in Stichpunkten seinen Widerspruch erklären kann, für riskant. Denn die sonst innerhalb der Hauptversammlung möglichen Rückfragen des Notars sind bei der virtuellen Hauptversammlung ausgeschlossen. Sofern ein Aktionär im Textfeld sein allgemeines Missfallen mit dem Procedere kundtut („Das ist alles eine riesengroße Frechheit!“) oder das Textfeld schlicht leer lässt, müsste sodann ausgelegt werden, ob hierin ein Widerspruch zu sehen ist und falls ja, auf welchen Tagesordnungspunkt oder welche Tagesordnungspunkte er sich bezieht. Rechtssicherer erscheint es da, wenn der Aktionär bei Erklärung des Widerspruchs zwingend per Mausklick auswählen muss, auf welchen Tagesordnungspunkt oder auf welche Tagesordnungspunkte sich sein Widerspruch bezieht. Da eine Begründung für den Widerspruch nicht erforderlich ist, ist auch ein entsprechendes Textfeld nach unserer Auffassung entbehrlich.

5. Datenschutzhinweise aktualisieren!

Seit Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) sind die Aktiengesellschaften daran gewöhnt, den Aktionären mit der Einberufung Datenschutzhinweise zu geben. Dabei werden die Datenschutzhinweise teilweise in die Einladung zur Hauptversammlung integriert; mitunter wird in der Einladung auch lediglich auf die Internetseite der Gesellschaft verwiesen, auf der die Datenschutzerklärung abrufbar ist.

Da im Falle der virtuellen Hauptversammlung, insbesondere dann, wenn ein HV-Portal eines professionellen HV-Dienstleisters verwendet wird, Umfang und Qualität der verarbeiteten personenbezogenen Daten der Aktionäre bzw. ihrer Bevollmächtigten von der „normalen“ Hauptversammlung abweichen, ist dringend dazu zu raten, die Datenschutzerklärung zur Hauptversammlung zu aktualisieren. Zu den im Rahmen einer virtuellen Hauptversammlung verarbeiteten personenbezogenen Daten gehören etwa auch die Zugangsdaten für das HV-Portal, sonstige Daten, die im Rahmen der Anmeldung zur virtuellen Hauptversammlung angegeben werden können (z.B. E-Mail-Adresse oder Handy-Nummer), die Aktivitäten im HV-Portal (z.B. die Einreichung von Fragen, das Erheben eines Widerspruchs etc.), die IP-Adresse, die URL, die Session-ID etc. Die Datenschutzhinweise haben für sämtliche dieser verarbeiteten personenbezogenen Daten den Zweck und die Rechtsgrundlage der Verarbeitung anzugeben. So ergibt sich schnell ein recht umfangreiches Dokument, nimmt man die Regeln des Datenschutzrechts in Bezug auf die virtuelle Hauptversammlung ernst – wozu wir vor dem Hintergrund der bei Verstößen gegen die DSGVO drohenden Sanktionen dringend raten.

6. Umgang mit Gegenanträgen

Wird auf eine virtuelle Teilnahme verzichtet und üben die Aktionäre ihr Stimmrecht allein über den Stimmrechtsvertreter der Gesellschaft oder per (elektronischer) Briefwahl aus, kann man das COVID-19-AuswBekG durchaus so verstehen, dass Aktionäre nicht die sonst übliche Möglichkeit haben, Gegenanträge zu Tagesordnungspunkten zu stellen und Wahlvorschläge zu unterbreiten (§§ 126, 127 AktG). So heißt es in der Gesetzesbegründung, rede- und versamlungsbezogene Antragsrechte der Aktionäre gebe es nicht, wenn von der Möglichkeit Gebrauch gemacht werde, von einer virtuellen Teilnahme der Aktionäre abzusehen.

Wir halten einen vollständigen Ausschluss des Rechts der Aktionäre, Gegenanträge und Wahlvorschläge in die virtuelle Hauptversammlung einzubringen, für zu weitgehend und raten dazu, die Gegenanträge und Wahlvorschläge, die der Gesellschaft so rechtzeitig zugehen, dass diese gemäß §§ 126, 127 AktG vor der Hauptversammlung zugänglich zu machen sind, als in der Hauptversammlung gestellt gelten. Diese Fiktion stellt unseres Erachtens einen interessengerechten Kompromiss zwischen Aktionärsinteressen und Gesellschaftsinteressen dar.

7. Fragerecht der Aktionäre zwar zeitlich begrenzen, inhaltlich aber ernst nehmen

Das COVID-19-AuswBekG nimmt den Aktionären das ansonsten zentrale Recht, auf der Hauptversammlung zu reden und Auskunft zu verlangen (§ 131 AktG). Vielmehr haben die Aktionäre im Rahmen der virtuellen Hauptversammlung lediglich die Möglichkeit, Fragen einzureichen. Das Gesetz ermächtigt den Vorstand ausdrücklich, nach pflichtgemäßem, freiem Ermessen zu entscheiden, welche Fragen er wie beantwortet. Zudem kann die Gesellschaft anordnen, dass die Fragen der Aktionäre spätestens zwei Tage vor der Versammlung im Wege elektronischer Kommunikation eingereicht werden müssen (Artikel 2 § 1 Abs. 2 Satz 2 COVID-19-AuswBekG).

Nach unserer Erfahrung hält sich die befürchtete Flut von Fragen an die Gesellschaft bei den allermeisten virtuellen Hauptversammlungen in Grenzen. Dem Vorstand ist daher aus unserer Sicht zu raten, möglichst alle Fragen ordnungsgemäß zu beantworten. Von einer zu großzügigen Handhabung des „pflichtgemäßen, freien Ermessens“ raten wir ab. Um die Anzahl der Fragen sicher abschätzen zu können – und damit auch den Umfang der Antworten an die Zahl der Fragen anpassen zu können – raten wir aber dazu, von der Möglichkeit der 2-Tages-Frist durchaus Gebrauch zu machen.

8. Was sollten AGs jetzt tun?

- Aktiengesellschaften, die noch mit sich hadern, ob sie den Weg der virtuellen Hauptversammlung gehen wollen oder auf Lockerungen der Kontaktbeschränkungen warten, die eine reguläre physische HV zulassen, sollten sich rasch entscheiden. Denn auch die virtuelle HV bedarf einer aufmerksamen Vorbereitung.
- Da derzeit nicht absehbar ist, ob (größere) Hauptversammlungen im Jahr 2021 wieder

physisch stattfinden können, sollten Aktiengesellschaften ihre Satzungen daraufhin überprüfen, ob sie die Abhaltung einer virtuellen Hauptversammlung womöglich unnötig erschweren. Solche Hemmnisse sollten noch in diesem Jahr durch eine Satzungsänderung beseitigt werden (z.B. Zulassung der schriftlichen Briefwahl, Ermöglichung der Anmeldung zur HV per Mausklick in einem HV-Portal und Verzicht auf ein Schrift- und Textformerfordernis für die Anmeldung).

- Unabhängig vom Fortgang der Corona-Pandemie sollten Aktiengesellschaften überlegen, ob die virtuelle HV nicht dem Zeitgeist entspricht und jedenfalls die Briefwahl (§ 118 Abs. 2 AktG) und die Online-Übertragung der HV in Bild und Ton (§ 118 Abs. 4 AktG) in der Satzung als ergänzender Service für die Aktionäre ermöglicht werden sollen – ohne die physische Hauptversammlung abzuschaffen.

Für Rückfragen steht Ihnen unser **> Kapellmann-Gesellschaftsrechts-Team** gerne zur Verfügung.