

Betriebs Berater

BB

30 | 2020

M&A/Datenschutz ... Verrechnungspreise ... Sustainable Finance ... Secondment ... Recht ... 20.7.2020 | 75. Jg.
Seiten 1601–1664

DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Sebastian Mock

Rechnungslegungsenforcement nach Wirecard – alles auf Anfang oder punktuelle Reformen?

WIRTSCHAFTSRECHT

Prof. Dr. Daniel Graewe, LL.M., RA, und **Mike Bogensee**, LL.M., RA/FaHaGesR/FAArbR

Vorstandskodex für allgemeinpolitische Äußerungen: zwischen Meinungsfreiheit und Unternehmensinteresse | 1603

Johannes Klausch, LL.M., RA, und **Dr. Moritz Mentzel**, RA

Datenschutz im Unternehmenskauf – Due Diligence, Vertragsgestaltung und Risikominimierung | 1610

STEUERRECHT

Michael Schäfer, LL.B., StB, und **Andreas Treiber**, RiBFH

Absenkung des Umsatzsteuersatzes – Anmerkungen zur praktischen Umsetzung | 1623

Dipl.-Kfm. **Dr. Stephan Schnorberger**, M.A., StB, und **Nils Etzig**

Verrechnungspreise in der Praxis nach dem ATAD-UmsG – Anmerkungen zum Referentenentwurf vom 24.3.2020 | 1630

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dipl.-Kfm. **Georg Lanfermann**, WP/StB

Auswirkungen der EU-Taxonomie-Verordnung auf die Unternehmensberichterstattung | 1643

ARBEITSRECHT

Alex Worobjow, RA/FAArbR

Von der Kanzlei ins Unternehmen – Das Secondment als (il)legale Arbeitnehmerüberlassung | 1652

setz eingeräumten Ermessen fehlerhaft Gebrauch gemacht. Nach dieser Vorschrift kann der Vorstand Entscheidungen über die Teilnahme der Aktionäre an der Hauptversammlung im Wege elektronischer Kommunikation nach § 118 Absatz 1 Satz 2 AktG (elektronische Teilnahme), die Stimmabgabe im Wege elektronischer Kommunikation nach § 118 Absatz 2 AktG (Briefwahl), die Teilnahme von Mitgliedern des Aufsichtsrats im Wege der Bild- und Tonübertragung nach § 118 Absatz 3 Satz 2 AktG und die Zulassung der Bild- und Tonübertragung nach § 118 Absatz 4 AktG ... auch ohne Ermächtigung durch die Satzung oder eine Geschäftsordnung treffen. Ein Ermessensfehlergebrauch kann indes nicht die Voraussetzungen des § 241 Nr. 1 AktG erfüllen, wonach der Beschluss einer Hauptversammlung dann nichtig ist, wenn er in einer Hauptversammlung gefasst worden ist, die unter Verstoß gegen § 121 Abs. 2 und 3 Satz 1 oder Abs. 4 AktG einberufen worden ist. Der Vorstand hat vorliegend unter Beachtung dieser Vorgaben einberufen und nach dem Vortrag der Antragstellerin auch die verkürzte Frist beachtet. Da § 1 Abs. 1 COVID-19-Gesetz eine derartige virtuelle Hauptversammlung zulässt, kann auch nicht von einem Verstoß gegen das Wesen der Aktiengesellschaft im Sinne des § 241 Nr. 3 1. Alt. AktG ausgegangen werden. Bei einem möglichen Ermessensfehlergebrauch angesichts der sehr überschaubaren Zahl von Teilnehmern einer physischen Hauptversammlung der Antragsgegnerin zu 1 ist eine Anfechtbarkeit wegen Ermessensfehlergebrauch denkbar, die auch durch § 1 Abs. 7 COVID-19-Gesetz nicht ausgeschlossen ist, weil § 1 Abs. 1 COVID-19-Gesetz dort nicht genannt ist. Auch kann nicht davon ausgegangen werden, es komme zu einem unzumutbaren Eingriff in das Teilnahmerecht der Antragstellerin. Die Vorgaben des COVID-19-Gesetz schränken Teilnahmemöglichkeiten zwar in nicht unerheblichem Umfang ein; ein vollständiger Ausschluss kann jedoch nicht angenommen werden, weil die Teilnahme unter Beachtung von § 1 Abs. 1 und Abs. 2 COVID-19-Gesetz auch der Antragstellerin offensteht. Dies gilt in gleicher Weise für das Fragerecht, dass er unter Beachtung der gesetzlichen Vorgaben aus § 1 Abs. 2 COVID-19-Gesetz ausüben kann. Dabei bedarf es vorliegend keiner Entscheidung darüber, inwieweit die Einschränkung in § 1 Abs. 2 und abs. 7 COVID-19-Gesetz hinsichtlich des Fragerechts und dem Ausschluss eines darauf gestützten Anfechtungsrechts mit Art. 14 Abs. 1 GG und dem Justizgewährungsanspruch des Grundgesetzes sowie mit Art. 9 der Aktionärsrechterichtlinie vereinbar sind.

Eine Anfechtung der Hauptversammlung ist der Antragstellerin auch zumutbar

(b) Der Antragstellerin ist auch eine Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses zumutbar. Es sollen – mit Ausnahme der beiden Verschmelzungsbeschlüsse – keine Beschlüsse gefasst werden, durch die unverrückbar unabänderliche Tatsachen geschaffen werden. Dies muss auch für den Gewinnverwendungsbeschluss gelten, selbst wenn dieser unter Verletzung von satzungsrechtlichen Vorgaben gefasst werden sollte. Insofern ist der Antragstellerin eine Anfechtung gleichfalls zuzumuten. Soweit sie sich darauf beruft, es sei ihr unmöglich, einen Geschäftsordnungsantrag hinsichtlich der Reihenfolge der Abstimmung zu stellen, ist dem entgegenzuhalten, dass mit beachtlichen Gründen in der Literatur die Auffassung vertreten wird, in analoger Anwendung von § 1 Abs. 2 COVID-19-Gesetz könne auch ein Geschäftsordnungsantrag gestellt werden (vgl. Bucker/Kulenkamp/Schwarz/Seibt/von Bonin DB 2020, 775, 779). Hinsichtlich des Verschmelzungsbeschlusses ist davon auszugehen, dass mit Erhebung der Anfechtungsklage eine Registersperre besteht, die nur durch ein Freigabeverfahren nach § 16 Abs. 3 UmwG überwunden werden kann. Angesichts der vor der Antragstellerin geschilderten wirtschaftlichen Situation der Antragsgegnerin zu 1) mit

liquiden Mitteln von € 272,2 Mio. und einer Eigenkapitalquote von 94,7 % ist auch nicht glaubhaft gemacht, dass ein gegebenenfalls bestehender Anspruch auf das unentziehbare Sonderrecht auf eine Jahresdividende nach § 19 Abs. 5 der Satzung gefährdet wäre, wenn zunächst eine Anfechtungsklage erhoben werden muss, wenn die Hauptversammlung eine vollständige Thesaurierung beschließen sollte.

Aus dem vorgelegten Stimmzettel hinsichtlich der Verwendung des Bilanzgewinns lässt sich insoweit nichts anderes herleiten

(c) Etwas anderes lässt sich auch nicht aus dem vorgelegten Stimmzettel hinsichtlich der Verwendung des Bilanzgewinns herleiten, den die Antragsteller offensichtlich so verstanden wissen will, dass zunächst über den Gegenantrag der Antragstellerin zu 2 und dann erst über den der Antragstellerin abgestimmt werden soll. Selbst wenn der Versammlungsleiter in dieser Reihenfolge abstimmen lassen würde, kann daraus jedenfalls nicht die Anfechtbarkeit und schon gar nicht die Nichtigkeit eines gegebenenfalls gefassten Beschlusses hergeleitet werden. Es entspricht nämlich der weithin vertretenen Meinung, dass nach dem Grundsatz der Sachdienlichkeit zunächst über den Antrag abgestimmt werden darf, dem die meisten Erfolgsaussichten beigemessen werden (vgl. LG München I AG 2016, 834, 835 = ZIP 2016, 973, 974 Rieckers in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl., § 133 Rdn. 55a und § 137 Rdn. 8; Träger in: Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl., § 137 Rdn. 17 Habersack in: Münchener Kommentar zum AktG, 5. Aufl., § 101 Rdn. 25). Diese speziell für Wahlvorschläge entwickelte Rechtsauffassung kann allgemeine Gültigkeit beanspruchen. Abgesehen davon erscheint es nicht zwingend, dass auch in dieser Reihenfolge entsprechend der Reihenfolge auf dem Stimmzettel abgestimmt wird, sondern dass über beide Anträge abgestimmt werden kann, nachdem auch der Gegenantrag der Antragstellerin aufgeführt ist.

Gegenüber den Antragsgegnern zu 2) und 3) fehlt es an einem Verfügungsanspruch, da sich ein Anspruch auf Unterlassung der Hauptversammlung nicht gegen Aktionäre richten kann

(2) Gegen die Antragsgegnerinnen zu 2 und zu 3 fehlt es an einem Verfügungsanspruch auch deshalb, weil nicht erkennbar ist, inwieweit sich ein Anspruch auf Unterlassung der Hauptversammlung gegen Aktionäre richten könnte. Für die Abhaltung der Hauptversammlung ist die Gesellschaft verantwortlich, nicht aber zwei Aktionärinnen. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass die Antragsgegnerin zu 2 Gegenanträge im Sinne des § 122 Abs. 2 AktG gestellt hat. Im Übrigen gelten dieselben Erwägungen wie oben unter II. 1 dargestellt ...

BB-Kommentar

LG München I bestätigt die grundsätzliche Zulässigkeit einer passiven virtuellen Hauptversammlung

PROBLEM

Das Gesetz über Maßnahmen u.a. im Gesellschaftsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (COVID-19-Gesetz) hat weitreichende Auswirkungen auf die im Jahr 2020 stattfindenden Hauptversammlungen, die wegen der geltenden Kontaktbeschränkungen vielfach als virtuelle Hauptversammlung auf der Grundlage von § 1 Abs. 2 des Gesetzes abgehalten werden. Mit dem Beschluss des LG München I liegt nun eine der ersten gerichtlichen Entscheidungen zur Durchführung einer virtuellen

Hauptversammlung vor. Sie bestätigt die grundsätzliche Zulässigkeit einer virtuellen Hauptversammlung, auch in der Variante, dass den Aktionären keine Möglichkeit eingeräumt wird, durch eigene Wortbeiträge aktiv an der virtuellen Hauptversammlung teilzunehmen (passive virtuelle Hauptversammlung). Der mit der Entscheidung verbundene Gewinn an Rechtssicherheit ist allerdings beschränkt, da die Begründung der Entscheidung, die in einem einstweiligen Verfügungsverfahren erging, in Teilen unklar ist. Die für die Praxis besonders wichtige Frage, in welchem Umfang die Mitwirkungs- und Klagerechte der Aktionäre im Falle einer virtuellen Versammlung ohne Verstoß gegen Verfassungs- und Europarecht eingeschränkt werden können, behandelt die Entscheidung nicht näher.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Antragstellerin ist Minderheitsaktionärin der Antragsgegnerin zu 1), einer AG, an der die Antragsgegner 2) und 3) mehrheitlich beteiligt sind. Am 7.5.2020 erhielt die Antragstellerin eine Einladung zu einer Hauptversammlung der Antragsgegnerin am 28.5.2020 in Form einer virtuellen Hauptversammlung. Eine Möglichkeit für die Aktionäre, an der Versammlung durch Audio- oder Videokommunikation aktiv teilzunehmen, war nicht vorgesehen und wurde der Antragstellerin offenbar auch auf Verlangen nicht zugesagt. Hieraufhin beantragte die Antragstellerin beim LG München I, den Antragsgegnern im Wege der einstweiligen Verfügung die Durchführung der Hauptversammlung zu untersagen, hilfsweise die Mitwirkung am Zustandekommen von Beschlüssen zu untersagen. Zur Begründung berief sie sich im Wesentlichen darauf, es sei ihr nicht zuzumuten, erkennbar gesetzeswidrige Beschlüsse hinzunehmen.

Das Gericht hat den Antrag als unbegründet zurückgewiesen. Zwar stehe der Antragstellerin grundsätzlich ein Verfügungsanspruch gegen die Antragsgegnerin zu 1) zu, wenn die Beschlüsse, sollten sie in der Versammlung gefasst werden, an einem besonders gravierenden Mangel leiden würden und insgesamt nichtig wären. Dies sei aber nicht der Fall. Insbesondere sei nicht dargetan, dass der Vorstand von dem Ermessen fehlerhaft Gebrauch gemacht hätte, das ihm durch § 1 Abs. 1 COVID-19-Gesetz eingeräumt sei, der eine virtuelle Hauptversammlung ausdrücklich zulasse. Es bedürfe keiner Entscheidung darüber, inwieweit die Einschränkungen des Frage- und Klagerechts der Aktionäre durch § 1 Abs. 2 und Abs. 7 COVID-19-Gesetz mit Verfassungs- und Europarecht vereinbar seien. Zudem fehle es am Verfügungsgrund, da der Antragstellerin die zumutbare Möglichkeit verbleibe, die Beschlüsse durch eine Anfechtungsklage anzugreifen. Gegenüber den Antragsgegnern zu 2) und 3) fehle ein Verfügungsanspruch.

PRAXISHINWEIS

Für die Praxis ist erfreulich, dass sich mit dem LG München I die ersten Gerichte der im Schrifttum ganz herrschenden Auffassung anschließen, nach der die Abhaltung einer virtuellen Versammlung auf der Grundlage des COVID-19-Gesetz grundsätzlich zulässig ist, und zwar auch in der Variante einer passiven virtuellen Hauptversammlung (so etwa *Tröger*, BB 2020, 1091, 1097; *Schäfer*, NZG 2020, 481, 486; *Herb/Merkelbach*, DStR 2020, 811, 816). Die virtuelle Hauptversammlung ist eine passive, wenn sie ohne Zuschaltung der Aktionäre per Audio- in Videokommunikation erfolgt. Hiermit geht praktisch einher, dass der Vorstand aufgrund von § 1 Abs. 2 S. 2 2. Hs. COVID-19-Gesetz vorgibt, dass die Aktionäre Fragen bis spätestens zwei Tage vor der Versammlung einzureichen haben.

Das COVID-19-Gesetz unterscheidet deutlich zwischen zwei Ansätzen, einer AG, KGaA oder SE trotz der öffentlich-rechtlichen Corona-Beschränkungen eine Beschlussfassung durch die Hauptversammlung zu ermöglichen: (1) Zum einen ist die elektronische Teilnahme an einer Präsenz-Hauptversammlung in Abweichung von § 118 Abs. 2 AktG auch ohne Ermächtigung in der Satzung zulässig (Abs. 1 von § 1 COVID-19-Gesetz). (2) Zum anderen

ist es zulässig, die Hauptversammlung als virtuelle Versammlung, d.h. „ohne physische Präsenz der Aktionäre“, abzuhalten (Abs. 2 von § 1 COVID-19-Gesetz). Diese Regelungen gelten nach derzeitiger Gesetzeslage bis zum 31.12.2020.

Im entschiedenen Fall hatte die Gesellschaft zu einer virtuellen Versammlung eingeladen. Das Gericht hat seine Entscheidung aber nicht auf § 1 Abs. 2, sondern auf § 1 Abs. 1 COVID-19-Gesetz gestützt. Die Bedeutung der Entscheidung über den entschiedenen Fall hinaus ist daher beschränkt. Der Entscheidung lässt sich aber entnehmen, dass der Vorstand bei seiner Entscheidung, die virtuelle Versammlung als aktive oder passive Versammlung abzuhalten, ein weitreichendes Ermessen hat. Beschränkt wird es durch die allgemeinen Ermessensschränken und die verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben. Als die wesentlichen Leitgedanken werden zu meist der Infektionsschutz und die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft genannt (vgl. *Atta*, WM 2020, 1047, 1052; *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 271; *Andres/Kujovic*, GWR 2020, 213, 214; *Lieder*, ZIP 2020, 837, 841). Technische Unsicherheiten können im Einzelfall, insbesondere bei einer großen Zahl zu erwartender Aktionäre, ebenfalls von Belang sein, auch wenn an die heutigen Systeme grundsätzlich der Anspruch hinreichender Leistungsfähigkeit (insbesondere Nachweisfähigkeit) zu stellen ist.

Am Rande befasst sich das Gericht mit der in der Literatur lebhaft diskutierten Frage, wie im Falle einer virtuellen Hauptversammlung mit dem grundsätzlichen Recht der Aktionäre, in der Versammlung Anträge zur Geschäftsordnung zu stellen, umgegangen werden kann. In der Literatur wird hierzu die Auffassung vertreten, das Antragsrecht entfalle bei virtueller Versammlung ersatzlos (vgl. *Schäfer*, NZG 2020, 481, 484; *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2020, 1282, 1289, vgl. BT-Drs. 19/18110, 26). Dem liegt häufig die Vorstellung zugrunde, § 1 Abs. 2 COVID-19-Gesetz schaffe ein eigenständiges, in sich geschlossenes Regime der virtuellen Hauptversammlung. Dem ist mit Vorsicht zu begegnen. Näher liegt, dass § 1 Abs. 2 COVID-19-Gesetz – ebenso wie § 1 Abs. 1 – punktuell abweichende Bestimmungen zum allgemeinen Recht der Hauptversammlung nach dem AktG trifft, mögen diese teils auch weitreichend sein. Im Hinblick auf das Fragerecht würde hieraus folgen, dass § 1 Abs. 2 Nr. 3 COVID-19-Gesetz kein neuartiges Institut einer bloßen „Fragemöglichkeit“ ohne Anspruch auf Antwort begründet, sondern vielmehr besagt, dass den Aktionären die Möglichkeit zu geben ist, ihr Fragerecht (§ 131 AktG) im Wege der elektronischen Kommunikation auszuüben, freilich vorbehaltlich der weitreichenden Einschränkungsmöglichkeiten nach § 1 Abs. 2 S. 2 COVID-19-Gesetz. Hinsichtlich des Rechts, Geschäftsordnungsanträge zu stellen, schließt sich das LG München I der Auffassung von *Bücker u.a.* (DB 2020, 775, 779f.) an, dass dieses Recht nicht gänzlich entfalle, aber analog § 1 Abs. 2 S. 2 COVID-19-Gesetz einer Fristenbindung unterworfen werden kann. Hierzu ist noch abschließend zu klären, ob hiermit dem situativen Charakter des Antragsrechts hinreichend Rechnung getragen ist (vgl. auch *Noack/Zetzsche*, AG 2020, 265, 269, die eine Vorkehrung dahin befürworten, dass Antragsrecht sei durch einen Stimmrechtsvertreter der Gesellschaft auszuüben, wobei hierbei zu berücksichtigen ist, dass in den bislang üblichen Formularen die Stellung von Geschäftsordnungsanträgen regelmäßig ausgeschlossen wird).

Dr. Alexander Kessler, LL.M., RA, ist Partner der Sozietät GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten m. B. B. am Standort Köln. Seine Tätigkeitsschwerpunkte sind Gesellschaftsrecht, Prozessführung und M&A. Er ist Lehrbeauftragter der Universität Münster in den Bereichen M&A sowie Wirtschaftsrecht und Restrukturierung.

