

Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins vorbereitet durch
den Ausschuss Handelsrecht

**zum weiteren Abbau von Schriftformerfordernissen im
Gesellschaftsrecht (§§ 108 Abs. 3 AktG, 35 Abs. 1 SEAG,
122 Abs. 1 AktG)**

Stellungnahme Nr.: 57/2024

Berlin, im August 2024

Mitglieder des Ausschusses Handelsrecht

- Rechtsanwalt Dr. Marc Löbbe, Frankfurt/Main (Vorsitzender und Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Dr. Gabriele Apfelbacher, LL.M., Frankfurt/Main
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Arnold, Stuttgart
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Decher, Frankfurt/Main
- Rechtsanwalt Dr. Hans Friedrich Gelhausen, Frankfurt/Main
- Rechtsanwältin Dr. Julia Sophia Habbe, Frankfurt/Main
- Rechtsanwältin Dr. Hilke Herchen, Hamburg
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans-Christoph Ihrig, Mannheim
- Rechtsanwalt Dr. Thomas Kremer, Düsseldorf
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Gerd Krieger, Düsseldorf
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Andreas Pentz, Mannheim
- Rechtsanwältin Dr. Gabriele Roßkopf, LL.M., Stuttgart
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Frank A. Schäfer, LL.M., Düsseldorf
- Rechtsanwältin Dr. Alexandra Schluck-Amend, Stuttgart
- Rechtsanwalt Dr. Bernd Singhof, LL.M., Frankfurt/Main
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Jochen Vetter, München
- Rechtsanwalt Dr. Jost Wiechmann, Hamburg
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans-Ulrich Wilsing, Düsseldorf
- Rechtsanwalt Arne Wittig, Frankfurt/Main

Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- Rechtsanwalt Max Gröning, Geschäftsführer, Berlin

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt ca. 60.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen.

Der Gesetzgeber hat in den vergangenen Jahren verschiedene Initiativen zur Entbürokratisierung und zur Förderung der Digitalisierung gestartet, zuletzt u.a. im Rahmen des Bürokratieentlastungsgesetzes IV und eines Gesetzes zur Stärkung der genossenschaftlichen Rechtsform. Dabei wurde an unterschiedlichen Stellen des Gesellschaftsrechts das Schriftformerfordernis zugunsten der Textform aufgegeben. Der DAV begrüßt diesen Ansatz und unterstützt das Anliegen einer Entbürokratisierung und Digitalisierung im Gesellschaftsrecht. Beides sind notwendige Voraussetzungen dafür, dass deutsche Gesellschaftsformen im zunehmend schärfender werdenden Wettbewerb bestehen können und deutsche Unternehmen im internationalen Wettbewerb keine formalen rechtlichen Nachteile haben. Der Ansatz sollte daher auf weitere Gesellschaftsformen und das Umwandlungsrecht ausgedehnt und es sollte kritisch hinterfragt werden, welche Formerfordernisse im Zeitalter der Digitalisierung weiter ihre Berechtigung haben. Dabei sollte der Gesetzgeber sich nicht auf eine Überprüfung der Formerfordernisse beschränken, sondern auch die Berichtspflichten der Unternehmen mit in den Blick nehmen und sein Anliegen weiterverfolgen, überflüssige oder zu weitgehende Berichtserfordernisse zu reduzieren oder ganz aufzugeben.

Vor diesem Hintergrund hat das Bundesministerium der Justiz Vorschläge zum weiteren Abbau des Schriftformerfordernisses im Gesellschaftsrecht zur Diskussion gestellt. Dies betrifft zum einen Regelungen zur Mitwirkung von abwesenden Aufsichtsrats- und Verwaltungsratsmitgliedern in der Aktiengesellschaft und der SE (§§ 108 Abs. 3 AktG, 35 Abs. 1 SEAG) und zum anderen die Form der Einberufung der Hauptversammlung durch Aktionäre (§ 122 Abs. 1 AktG). Der DAV spricht sich im Rahmen von §§ 108 Abs. 3 AktG, 35 Abs. 1 SEAG für die Möglichkeit aus,

Stimmbotschaften auch in Textform abgeben zu können. Demgegenüber sollte im Rahmen eines Einberufungsverlangens einer Minderheit der Aktionäre nach § 122 Abs. 1 S. 1 AktG wegen der mit einer außerordentlichen Hauptversammlung für die Gesellschaft und ihre Aktionäre verbundenen Kosten am Schriftformerfordernis festgehalten werden:

I. § 108 Abs. 3 AktG und § 35 Abs. 1 SEAG

Aufsichtsratsmitglieder können sich bei der Ausübung ihres Stimmrechts nicht vertreten lassen. Vielmehr können bei der Sitzung abwesende Aufsichtsratsmitglieder ihr Stimmrecht nur mittels einer schriftlichen Stimmbotschaft ausüben, die durch ein anderes Aufsichtsratsmitglied oder (im Falle des § 109 Abs. 3 AktG bzw. § 36 Abs. 3 SEAG) durch den Sitzungsvertreter in der Sitzung zu überreichen ist (§§ 108 Abs. 3, 35 Abs. 1 SEAG). Dieses Schriftformerfordernis erscheint im Zeitalter der Digitalisierung nicht mehr zeitgemäß und kann in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten führen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der konkrete Beschlussvorschlag den Aufsichtsratsmitgliedern nicht frühzeitig mitgeteilt oder noch in der Sitzung geändert wird, da sich die schriftliche Stimmbotschaft auf einen bestimmten Beschlussvorschlag beziehen muss. Zwar haben sich die mit der schriftlichen Stimmbotschaft verbundenen praktischen Schwierigkeiten dadurch erheblich entschärft, dass heute virtuelle und hybride Aufsichtsratssitzungen zulässig und weit verbreitet sind und §§ 108 Abs. 4 AktG, 35 Abs. 2 SEAG schriftliche, fernmündliche oder andere vergleichbare Formen der Beschlussfassung, zu denen nach ganz h.M. auch die Stimmabgabe in Textform zählt, ausdrücklich zulassen. Gerade deshalb erscheint es jedoch wertungswidersprüchlich, wenn §§ 108 Abs. 3 AktG, 35 Abs. 1 SEAG weiterhin am Schriftformerfordernis festhalten. Eine verbreitete Literaturmeinung plädiert daher bereits de lege lata für eine analoge Anwendung von §§ 108 Abs. 4 AktG, 35 Abs. 2 SEAG und eine Aufweichung des strengen Schriftformerfordernisses auch bei der Stimmbotschaft nach §§ 108 Abs. 3 AktG, 35 Abs. 1 SEAG. Ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung besteht für die Praxis jedoch keine hinreichende Rechtssicherheit. Daher sollte der Gesetzgeber jedenfalls de lege ferenda für die Stimmbotschaft anstelle der Schriftform künftig auch die Textform zulassen. Da vereinzelt die Auffassung vertreten wird, auch im Rahmen des § 108 Abs. 4 AktG

genüge die Textform nicht, sollte darüber hinaus zumindest in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass zu den „vergleichbaren Formen der Beschlussfassung“ i.S. des § 108 Abs. 4 AktG und des § 35 Abs. 2 SEAG auch die Beschlussfassung per Textform zählt.

Als Rechtfertigung für ein strenges Schriftformerfordernis wird in der Literatur mitunter angeführt, dass der Schutzzweck der §§ 108 Abs. 3 AktG, 35 Abs. 1 SEAG neben der Beweisfunktion, die eine schriftliche Beweisunterlage für die Stimmen der abwesenden Mitglieder bereitstellen soll, auch darauf gerichtet sein soll, das Gebot der höchstpersönlichen Amtsführung und die damit verbundenen Haftungssanktionen abzusichern. Unabhängig davon, ob dieses Argument für die geltende Rechtslage überzeugt, stellt es jedenfalls de lege ferenda keinen Grund für die Beibehaltung des Schriftformerfordernisses dar. Die persönliche Amtswahrnehmung wird im Zeitalter der Digitalisierung durch virtuelle und hybride Formate für Aufsichtsratssitzungen gefördert, die eine Teilnahme nicht vor Ort anwesender Aufsichtsratsmitglieder ermöglichen. Die Erschwerung der Abgabe einer Stimmbotschaft durch das Schriftformerfordernis trägt demgegenüber nicht zu einer Stärkung der persönlichen Amtswahrnehmung bei. Kann nicht gewährleistet werden, dass sämtliche Aufsichtsratsmitglieder ihre Stimme in der Aufsichtsratssitzung abgeben können, weil keine schriftliche Stimmbotschaft des abwesenden Aufsichtsratsmitglieds vorliegt und dieses auch nicht virtuell an der Aufsichtsratssitzung teilnehmen kann, kann dies zu einer Veränderung der Mehrheitsverhältnisse im Aufsichtsrat führen. Um dies zu verhindern, muss entweder die Beschlussfassung ganz aus der Aufsichtsratssitzung heraus verlagert und eine Abstimmung nach §§ 108 Abs. 4 AktG, 35 Abs. 2 SEAG durchgeführt werden oder den nicht anwesenden Aufsichtsratsmitgliedern wird eine nachträgliche Stimmabgabe im Rahmen einer gemischten Beschlussfassung ermöglicht. Auch Letzteres ist jedoch nur statthaft, wenn kein anderes Aufsichtsratsmitglied diesem Verfahren widerspricht oder in der Satzung oder Geschäftsordnung das Widerspruchsrecht ausgeschlossen ist. In keinem Fall wird durch das Schriftformerfordernis bei der Stimmbotschaft also die persönliche Amtswahrnehmung der Aufsichtsratsmitglieder gefördert, sondern lediglich die Arbeit des Aufsichtsrats und insbesondere die Beschlussfassung in der eigentlichen Aufsichtsratssitzung unnötig erschwert.

Auch der Umstand, dass bei der Textform nach § 126b BGB der Aussteller nicht mit gleicher Zuverlässigkeit identifiziert werden kann wie bei der qualifizierten elektronischen Signatur nach § 126a BGB, die der gesetzlichen Schriftform gleichgestellt ist, steht einer Erstreckung der Textform auch auf die Stimmbotschaft nach §§ 108 Abs. 3 AktG, 35 Abs. 1 SEAG nicht entgegen. Denn bei der Beschlussfassung nach §§ 108 Abs. 4 AktG, 35 Abs. 2 SEAG hat der Gesetzgeber die insoweit verbleibenden Rechtsunsicherheiten ebenfalls bewusst in Kauf genommen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum bei der Erteilung einer Stimmbotschaft höhere Anforderungen gelten sollten. Im Übrigen kommunizieren Aufsichtsratsmitglieder im Rahmen ihres Aufsichtsratsmandats regelmäßig über eine bei der Gesellschaft hinterlegte E-Mail-Adresse, weshalb das Risiko nicht autorisierter Stimmbotschaften per E-Mail in der Praxis überschaubar sein dürfte. Der Handelsrechtsausschuss plädiert daher auch im Rahmen von §§ 108 Abs. 3 AktG, 35 Abs. 1 SEAG für die Zulassung der Textform bei Stimmbotschaften.

II. § 122 Abs. 1 AktG

Demgegenüber sollte bei dem Verlangen einer Minderheit zur Einberufung einer Hauptversammlung weiter am Schriftformerfordernis festgehalten werden. Die Satzung kann insoweit bereits nach geltendem Recht (§ 122 Abs. 1 Satz 2 AktG) Formerleichterungen und damit auch vorsehen, dass für ein solches Minderheitsverlangen die Textform genügt. Angesichts der mit einer Hauptversammlung für die Gesellschaft und ihre Aktionäre, insbesondere bei börsennotierten Unternehmen, verbundenen Kosten sollte es sich dabei indes nicht um den gesetzlichen Regelfall handeln, sondern ein per einfacher E-Mail gestelltes Einberufungsverlangen nur dann möglich sein, wenn dies von einer satzungsändernden Mehrheit der Aktionäre gewollt ist. Der Normzweck des Schriftformerfordernisses im Rahmen des § 122 Abs. 1 S. 1 AktG beschränkt sich nicht auf eine Dokumentations- und Beweisfunktion, sondern schützt die Gesellschaft auch vor übereilten Einberufungsverlangen einer Minderheit, die die Gesellschaft und ihre Aktionäre mit den Kosten einer außerordentlichen Hauptversammlung belasten. Ein solches Einberufungsverlangen von Aktionären, die über das nach § 122 Abs. 1 S. 1 AktG erforderliche Minderheitenquorum

verfügen, sollte wohlüberlegt sein, wozu das Erfordernis einer eigenhändigen Unterschrift der Aktionäre oder der Unterzeichnung mittels einer qualifizierten elektronischen Signatur beiträgt. Dieses gesetzgeberische Anliegen behält auch im Zeitalter der Digitalisierung seine Gültigkeit.

Unüberwindbare und nicht zeitgemäße formelle Hürden werden den Minderheitsaktionären durch das Schriftformerfordernis nicht aufgebürdet. Denn die herrschende Meinung fordert im Falle einer mehrköpfigen Antragstellung, bei der nicht ein Aktionär, sondern nur alle antragstellenden Aktionäre zusammen das Minderheitsquorum erfüllen, keine gemeinsame Unterschrift sämtlicher Antragsteller auf einem einheitlichen Schriftstück, sondern lässt koordinierte aufeinander bezogene Schreiben ausreichen.

Teilweise wird in der Literatur zwar die Auffassung vertreten, das Schriftformerfordernis in § 122 Abs. 1 S. 1 AktG verstoße gegen Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 Aktionärsrechte-RL. Angesichts des offenen Wortlauts der Richtlinie, die von einer „schriftlichen“ Ausübung der Rechte spricht und nur im Klammerzusatz auch die „Übermittlung durch Postdienste oder auf elektronischem Wege“ erwähnt, erscheint dies indes nicht überzeugend und das Festhalten am Schriftformerfordernis von dem dem deutschen Gesetzgeber zustehenden Umsetzungsspielraum gedeckt. Im Übrigen sieht die Aktionärsrechte-RL in Art. 6 nur ein Recht auf Ergänzung der Tagesordnung und auf Einbringung von Beschlussvorlagen und gerade kein Recht zur Einberufung einer außerordentlichen Hauptversammlung vor. Daher könnte sich der in der Sache unbegründete Einwand eines Richtlinienverstoßes von vornherein nur auf § 122 Abs. 2 S. 1 AktG und nicht auch auf § 122 Abs. 1 S. 1 AktG beziehen. Sollte der Gesetzgeber trotz der hier genannten Argumente die Einführung eines Textformerfordernisses im Rahmen von § 122 AktG erwägen, sollte er dies aus den dargestellten Gründen auf das Recht zur Tagesordnungsergänzung beschränken und keinesfalls auch auf das Recht zur Einberufung einer außerordentlichen Hauptversammlung erstrecken. Der Handelsrechtsausschuss spricht sich jedoch insgesamt für eine Beibehaltung des Schriftformerfordernisses in § 122 AktG aus.

Verteiler

- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz
- Bundesministerium für Finanzen

- Fraktionen im Deutschen Bundestag
- Ausschuss für Recht im Deutschen Bundestag
- Ausschuss für Wirtschaft im Deutschen Bundestag
- Ausschuss für Finanzen im Deutschen Bundestag
- Arbeitsgruppen Recht der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Wirtschaft der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien

- Justizministerien und -senatsverwaltungen der Länder
- Wirtschaftsministerien der Länder

- Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex
- Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)
- Europäische Kommission - Vertretung in Deutschland

- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Landesgruppen und -verbände des DAV
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV
- Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des DAV
- Handelsrechtsausschuss des DAV

- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Deutscher Notarverein
- Institut der Wirtschaftsprüfer (IdW)
- Deutscher Richterbund
- Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW)
- Deutscher Steuerberaterverband
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)
- Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)
- Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft
- Bundesverband Deutscher Banken
- Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V. (SdK)

Presse:

- Die Aktiengesellschaft
- GmbH-Rundschau
- NZG Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
- WM Wertpapiermitteilungen
- ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
- Börsenzeitung
- Handelsblatt
- Frankfurter Allgemeine Zeitung

- Juris
- GfK
- Hamburger Abendblatt
- Der Tagesspiegel
- Der Spiegel
- Legal tribune online
- NJW