

# Betriebs Berater

BB

5 | 2023

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ...

30.1.2023 | 78. Jg.  
Seiten 193–256

## DIE ERSTE SEITE

**Dr. Christian Eichholz**

Regierungsentwurf zur Umsetzung des Public Country by Country Reporting on Taxes –  
mehr Steuertransparenz, möglichst wenig zusätzliche Bürokratie

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Dr. Ulrike Binder**, RAin

BB-Rechtsprechungsreport zur Hauptversammlung 2022 | 195

**Philippe Heinzke**, LL.M., RA

Data Act: Auf dem Weg zur europäischen Datenwirtschaft | 201

## STEUERRECHT

**Prof. Dr. Florian Haase**, M.I.Tax, RA/FAStR

Kein Genuss: Genussrechte in der „neuen“ Hinzurechnungsbesteuerung | 215

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dipl.-Kfm. **Georg Lanfermann**, WP/StB, und **Dr. Thomas Schmotz**

ESRS: Übermittlung von Set 1 an die Europäische Kommission | 235

## ARBEITSRECHT

**Dr. Sebastian Pfrang**, RA, und **Selina Degan**

Betriebsratsmitbestimmung bei innerbetrieblichen Umfragen | 244

**Benedikt N. Fink**

Pflicht zur Arbeitserfassung schon jetzt?! – Erfurt greift dem Gesetzgeber vor | 249

Dr. Ulrike Binder, RAin

# BB-Rechtsprechungsreport zur Hauptversammlung 2022

Dieser Beitrag gibt im Anschluss an den Bericht in BB 2022, 195 ff. einen Überblick über die wesentliche Rechtsprechung zu Fragen zur Hauptversammlung von Aktiengesellschaften, die im Jahr 2022 veröffentlicht wurde. In den Betrachtungszeitraum fielen eine wichtige BGH-Entscheidung zum Vorstandsbericht beim Bezugsrechtsausschluss sowie eine Reihe von OLG-Entscheidungen zu verschiedenen Themen. Insgesamt war die Anzahl der veröffentlichten Entscheidungen geringer als in den Vorjahren. Das dürfte daran liegen, dass aufgrund der Corona-Pandemie Hauptversammlungen 2020 und 2021 und teilweise auch 2022 virtuell auf der Grundlage des COVMG stattfanden und Beschlüsse nur eingeschränkt anfechtbar waren. Entscheidungen von Landgerichten werden nicht besprochen.

## I. Bekanntmachung des Vorstandsberichts beim Bezugsrechtsausschluss, BGH, Urteil vom 19.7.2022 – II ZR 103/20<sup>1</sup>

### 1. Thematik

In dem Urteil befasste sich der BGH mit der Frage, ob der Vorstandsbericht nach § 186 Abs. 4 S. 2 AktG zum Bezugsrechtsausschluss entsprechend § 124 Abs. 2 S. 3 Fall 2 AktG a.F. mit seinem wesentlichen Inhalt in der Hauptversammlungseinladung bekanntzumachen ist und verneinte diese Frage.

### 2. Sachverhalt

Die beklagte, nicht börsennotierte Aktiengesellschaft lud zu einer ordentlichen Hauptversammlung ein, auf der unter anderem über die Ermächtigung des Vorstands zur Ausgabe von Options- und/oder Wandelanleihen, Genussrechten und Gewinnschuldverschreibungen beschlossen werden sollte. Der Vorstand sollte das Bezugsrecht der Aktionäre unter bestimmten Voraussetzungen mit Zustimmung des Aufsichtsrats ausschließen können. Die Gesellschaft hatte einen Vorstandsbericht zum Bezugsrechtsausschluss nach § 186 Abs. 4 S. 2 AktG erstellt. Dieser lag im Vorfeld der Hauptversammlung in ihren Geschäftsräumen aus und wurde den Aktionären auf Verlangen in Abschrift übersandt. Die Gesellschaft machte den Bericht in der Einberufung zur Hauptversammlung aber weder vollständig noch seinem wesentlichen Inhalt nach bekannt. Sie wies in der Einberufung zwar darauf hin, dass bestimmte, näher bezeichnete Dokumente zur Einsicht in den Geschäftsräumen auslagen und jedem Aktionär auf Anforderung übersandt würden. Der Vorstandsbericht zum Bezugsrechtsausschluss war darin aber nicht aufgeführt. Der Beschluss wurde wie vorgeschlagen gefasst. Dagegen richtete sich die letztlich erfolglose Anfechtungsklage.

### 3. Entscheidung

Der BGH wies die Anfechtungsklage gegen den Beschluss ebenso wie die Vorinstanzen ab. Er entschied, entgegen einer vielfach in Recht-

sprechung und Literatur vertretenen Meinung, dass der Vorstandsbericht zum Bezugsrechtsausschluss nach § 186 Abs. 4 S. 2 AktG nicht entsprechend § 124 Abs. 2 S. 3 Fall 2 AktG a.F. bekanntzumachen war, weder vollständig noch nach seinem wesentlichen Inhalt.<sup>2</sup> Bekanntzumachen sei nach § 186 Abs. 4 S. 1 AktG allein der Bezugsrechtsausschluss. Zudem habe der Vorstand der Hauptversammlung einen schriftlichen Bericht über den Grund für den Bezugsrechtsausschluss bzw. die Ermächtigung des Vorstands zum Bezugsrechtsausschluss zu erstatten. Beides hatte die beklagte Gesellschaft getan.

Der BGH stellte zunächst fest, dass das Gesetz in § 186 Abs. 4 S. 1 AktG nur verlange, den beabsichtigten Bezugsrechtsausschluss deutlich und eindeutig anzukündigen. Eine darüber hinausgehende Bekanntmachungspflicht für den Vorstandsbericht bzw. dessen wesentlichen Inhalt sehe das Gesetz aber nicht vor. Der BGH ging davon aus, dass der Gesetzgeber eine Bekanntmachungspflicht für den Bericht nicht habe regeln wollen. Denn in Kenntnis des Streits über die Pflicht zur Bekanntmachung des Berichts habe der Gesetzgeber weder das ARUG noch das ARUG II zum Anlass genommen, eine entsprechende Bekanntmachung zu regeln.<sup>3</sup>

Eine Pflicht zur Bekanntmachung des Berichts widerspreche auch dem Sinn und Zweck von § 124 Abs. 2 S. 3 Fall 2 AktG a.F. (heute § 124 Abs. 2 S. 3 Fall 5 AktG). Dort ist geregelt, dass ein Vertrag, der nur mit Zustimmung der Hauptversammlung wirksam wird, seinem wesentlichen Inhalt nach bekanntzumachen ist. In diesem Fall ist der Vertrag selbst Gegenstand der Beschlussfassung. Bei solchen Verträgen sei es erforderlich, die Aktionäre schon vor der Hauptversammlung über den wesentlichen Inhalt zu unterrichten, um ihnen eine angemessene Vorbereitung auf die Hauptversammlung und für ihre Entscheidungsfindung zu ermöglichen. Anders liegt es nach dem BGH aber beim Vorstandsbericht über den Bezugsrechtsausschluss. Dieser sei nicht Gegenstand der Beschlussfassung. Gegenstand der Beschlussfassung sei nur der Bezugsrechtsausschluss. Das Informationsinteresse der Aktionäre werde insofern bereits durch die ausdrückliche und ordnungsgemäße Bekanntgabe des Bezugsrechtsausschlusses erfüllt.<sup>4</sup>

Der Vorstandsbericht nach § 186 Abs. 4 S. 2 AktG habe einen neben der Bekanntmachung der Beschlussgegenstände liegenden Informationszweck. Er solle die Aktionäre über die Gründe für den Bezugsrechtsausschluss informieren und sie mit den für die Stimmrechtsausübung notwendigen Informationen versorgen. Dieser Informationsauftrag werde dadurch erfüllt, dass der Vorstand der Hauptversammlung den schriftlichen Bericht über den Grund für den Bezugsrechtsausschluss zugänglich machen muss.<sup>5</sup>

1 BGH, 19.7.2022 – II ZR 103/20, NZG 2022, 1441, BB 2022, 1921 Ls.

2 BGH, 19.7.2022 – II ZR 103/20, NZG 2022, 1441, BB 2022, 1921 Ls., Leitsatz, Rn. 9 ff. mit Nachweisen zum Streitstand.

3 BGH, 19.7.2022 – II ZR 103/20, NZG 2022, 1441, BB 2022, 1921 Ls., Rn. 17.

4 BGH, 19.7.2022 – II ZR 103/20, NZG 2022, 1441, BB 2022, 1921 Ls., Rn. 18.

5 BGH, 19.7.2022 – II ZR 103/20, NZG 2022, 1441, BB 2022, 1921 Ls., Rn. 19.

Gegenteiliges lasse sich auch nicht aus der Sondervorschrift des § 16 Abs. 4 S. 7 WpÜG entnehmen. Nach dieser Regelung ist der Vorstandsbericht nach § 186 Abs. 4 S. 2 AktG bei Hauptversammlungen, die im Zusammenhang mit einem Übernahmeangebot stattfinden, in Kurzfassung bekanntzumachen. Der BGH sieht hierin eine Sonderregelung, die im Hinblick auf die abgekürzte Einberufungsfrist für derartige Hauptversammlungen bestehe. Dieser Sonderregelung hätte es gar nicht bedurft, wenn die Bekanntmachung des Vorstandsberichts ohnehin erfolgen müsste.<sup>6</sup>

Offen gelassen hat der BGH, ob der Vorstandsbericht entsprechend § 175 Abs. 2 S. 1, 2 AktG in den Geschäftsräumen der Gesellschaft zur Einsicht der Aktionäre auszulegen und auf Verlangen abschriftlich zugesandt werden muss. Dem hatte die beklagte Aktiengesellschaft entsprochen.<sup>7</sup>

Schließlich entschied der BGH, dass der Beschluss auch nicht deshalb anfechtbar war, weil der Vorstandsbericht nicht in der in der Einberufung enthaltenen Liste der Dokumente enthalten war, die zur Einsicht auslagen und auf Anfrage in Abschrift übersandt wurden. Die beklagte Gesellschaft war nicht börsennotiert, so dass sie nicht nach § 124a S. 1 Nr. 3, § 121 Abs. 3 Nr. 4 AktG verpflichtet war, die zugänglich zu machenden Dokumente auf ihrer Internetseite zu veröffentlichen und diese Internetseite in der Einberufung anzugeben.<sup>8</sup> Für die nicht börsennotierte Gesellschaft bestünden weder ausdrückliche noch ungeschriebene Verpflichtungen, in der Einberufung zur Hauptversammlung auf die Auslegung von Unterlagen und die Möglichkeit, Abschriften zu erlangen, hinzuweisen. Ein solches Vorgehen ist nach dem BGH zwar zweckmäßig, aber nicht erforderlich.<sup>9</sup> Zudem begründet ein unvollständiger Hinweis nach dem BGH keinen Gesetzesverstoß nach § 243 Abs. 1 AktG. Unvollständige freiwillige Angaben stellen jedenfalls dann keinen Gesetzesverstoß dar, wenn hierdurch die sachgerechte Wahrnehmung der Aktionärsrecht nicht beeinträchtigt werde. Dafür sah der BGH keine Anhaltspunkte.<sup>10</sup>

#### 4. Praxisfolgen

Die Entscheidung des BGH führt zu einer erfreulichen Klarstellung und damit Rechtssicherheit für die Praxis. Da bisher sehr streitig war, ob der Vorstandsbericht zum Bezugsrechtsausschluss mit der Einladung bekanntzumachen war, erfolgte dies vielfach vorsorglich. Hierdurch wurden Einladungen sehr lang, was zur Folgen haben konnte, dass bei der Vorbereitung der Hauptversammlung mit einer verlängerten Frist für die Veröffentlichung im Bundesanzeiger gerechnet werden musste. Künftig kann hierauf verzichtet werden.<sup>11</sup> Bei börsennotierten Gesellschaften bleibt es bei der Pflicht zur Zugänglichmachung des Berichts nach § 124a S. 1 Nr. 3, § 121 Abs. 3 Nr. 4 AktG. Die Aktionäre werden also ausreichend informiert. Für nicht börsennotierte Gesellschaften empfiehlt es sich weiterhin, den Bericht ab Einberufung zur Hauptversammlung zugänglich zu machen und auf Verlangen Abschriften zu erteilen, schon weil der BGH offen gelassen hat, ob sie hierzu sogar verpflichtet sind. Sinnvoll ist auch ein Hinweis hierauf in der Einladung. Zwingend ist dieser Hinweis aber nicht.

Erfreulich ist auch die Auffassung des BGH, dass ein unvollständiger freiwilliger Hinweis nicht ohne Weiteres zur Anfechtbarkeit eines Beschlusses führt. So werden Gesellschaft nicht davon abgehalten, freiwillig Angaben zu machen. Sie müssen nicht fürchten, durch eine Unvollständigkeit in freiwilligen Angaben ein Anfechtungsrecht auszulösen. Anderes kann nach dem BGH gelten, wenn die sachgerechte

Wahrnehmung der Aktionärsrecht beeinträchtigt wird. Das ist nur im Ausnahmefall anzunehmen, wenn z.B. durch eine Veröffentlichung der Eindruck erweckt wird, bestimmte Informationen lägen gerade nicht vor. Allein durch Weglassen von Informationen ist dies aber regelmäßig nicht der Fall.

## II. Rechtsmissbrauch beim verschmelzungsrechtlichen Squeeze-out, OLG Köln, Urteil vom 23.6.2022 – 18 U 213/20 (STRABAG)<sup>12</sup>

### 1. Thematik

In dem Urteil befasste sich das OLG Köln mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Beschluss über einen verschmelzungsrechtlichen Squeeze-out rechtsmissbräuchlich sein kann.

### 2. Sachverhalt

Bei der Rechtsvorgängerin der beklagten Aktiengesellschaft war ein verschmelzungsrechtlicher Squeeze-out beschlossen worden. Im Vorfeld fand ein Formwechsel der Hauptaktionärin von der GmbH in die AG statt. Zudem erfolgten verschiedene Anteilsübertragungen, in deren Folge die Hauptaktionärin die erforderliche Mehrheit erlangte. Bereits vorher war bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten vor dem Hintergrund konzerninterner Transaktionen in einer vergangenen Hauptversammlung ein besonderer Vertreter bestellt und die Geltendmachung konzernrechtlicher Schadenersatzansprüche beschlossen worden. Die Beschlüsse wurden jeweils angefochten. Der besondere Vertreter hatte verschiedene Auskünfte verlangt, über die gleichfalls Rechtsstreitigkeiten stattfanden und schließlich eine Schadenersatzforderung gerichtlich geltend gemacht. Im Freigabeverfahren zur Eintragung des verschmelzungsrechtlichen Squeeze-out hatte das OLG Köln<sup>13</sup> festgehalten, dass die Gesamtumstände bei der Fassung des Übertragungsbeschlusses für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs sprächen. Es hatte dennoch dem Freigabeantrag aufgrund der Interessenabwägung stattgegeben. Dies erfolgte vor dem Hintergrund, dass die Beklagte im Freigabeverfahren eine Verpflichtungserklärung dahingehend abgegeben hatte, dass die vom besonderen Vertreter geltend gemachten Schadenersatzansprüche im Spruchverfahren als Sonderwert anzusetzen seien.

### 3. Entscheidung

Das OLG Köln wies die Anfechtungsklagen ab. In Übereinstimmung mit der herrschenden Rechtsprechung und Literatur stellte es zunächst fest, dass ein Beschluss über einen verschmelzungsrechtlichen Squeeze-out keiner sachlichen Rechtfertigung bedarf. Sodann prüfte es sorgfältig, ob ein Fall des Rechtsmissbrauchs vorlag, der den Beschluss dennoch rechtswidrig machte. Hierzu stellte das Gericht fest, dass ein Rechtsmissbrauch nur in eklatanten Fallgestaltungen in Betracht komme, wenn etwa deutliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der gesetzgeberische Zweck entfremdet und stattdessen ein anderweitig aufgestelltes Verbot unterlaufen wird oder die beabsichtigte

6 BGH, 19.7.2022 – II ZR 103/20, NZG 2022, 1441, BB 2022, 1921 Ls., Rn. 20.

7 BGH, 19.7.2022 – II ZR 103/20, NZG 2022, 1441, BB 2022, 1921 Ls., Rn. 21.

8 BGH, 19.7.2022 – II ZR 103/20, NZG 2022, 1441, BB 2022, 1921 Ls., Rn. 24.

9 BGH, 19.7.2022 – II ZR 103/20, NZG 2022, 1441, BB 2022, 1921 Ls., Rn. 25.

10 BGH, 19.7.2022 – II ZR 103/20, NZG 2022, 1441, BB 2022, 1921 Ls., Rn. 27.

11 Vgl. auch *Seibt/Stepper*, NZG 2022, 1444, 1445.

12 OLG Köln, 23.6.2022 – 18 U 213/20, BeckRS 2022, 18249, Nichtzulassungsbeschwerde beim BGH anh. unter Az. II ZR 134/22.

13 OLG Köln, 14.12.2017 – 18 AktG 1/17, BB 2018, 65 Ls.

Maßnahme in ihrer Benachteiligung der Minderheit über das vom Gesetz vorgesehene Maß deutlich hinausgeht. Insofern liege die Darlegungs- und Beweislast für die einen Missbrauchstatbestand begründenden Tatsachen bei den sich hierauf berufenden Minderheitsaktionären und seien an den zu führenden Nachweis hohe Anforderungen zu stellen.

Weder die Herbeiführung der Voraussetzungen für einen Squeeze-out noch der Umstand, dass durch die Verschmelzung das Amt des besonderen Vertreters erlosch und damit die ihm übertragene Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen verhindert wurde, führte nach Auffassung des Gerichts zur Rechtsmissbräuchlichkeit.<sup>14</sup>

### a) Zulässigkeit der Klage

Das OLG Köln hielt die Anfechtungsklagen trotz der aufgrund des Freigabeverfahrens erfolgten Eintragung des verschmelzungsrechtlichen Squeeze-out weiter für zulässig, weil die Kläger aufgrund von Kostentragungspflichten im Freigabeverfahren bzw. im Spruchverfahren ein Rechtsschutzbedürfnis an der Nichtigerklärung des Beschlusses hätten.<sup>15</sup>

### b) Rechtsmissbrauch

Das Gericht hielt zunächst fest, dass sich die Frage des Rechtsmissbrauchs nicht allein anhand der Ziele des Vorgehens, sondern in Relation zur gesetzgeberischen Zielsetzung beurteilen lasse.<sup>16</sup> Die Regelungen über den verschmelzungsrechtlichen Squeeze-out verfolgten das rechtspolitische Ziel, dem Hauptaktionär im Interesse einer effizienten Unternehmensführung den Ausschluss der Restminderheit von höchstens 10% zu ermöglichen. Die Minderheitsaktionäre würden für den Verlust ihrer Beteiligung mit einer vollen wirtschaftlichen Entschädigung kompensiert. Der Gesetzgeber selbst habe die Abwägung der widerstreitenden Interessen vorgenommen, weshalb der Squeeze-out seine Rechtfertigung in sich trage. Eine weitere sachliche Rechtfertigung sei deshalb nicht erforderlich. Deshalb finde auch keine materiell-rechtliche Kontrolle auf Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit durch das Gericht statt.<sup>17</sup>

Zwar erfolge eine Rechtsmissbrauchskontrolle, diese dürfe aber nicht dazu führen, dass im Ergebnis doch eine sachliche Rechtfertigung erforderlich sei.<sup>18</sup> Deshalb beschränkte das Gericht die Rechtsmissbrauchskontrolle auf eklatante Fallgestaltungen, die es in dem vorliegenden Fall indes nicht als gegeben ansah. Die im Freigabeverfahren gesehenen Anhaltspunkte hätten sich insoweit nicht erhärtet.<sup>19</sup>

Insbesondere sah das Gericht in der bewussten Schaffung der gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen für den verschmelzungsrechtlichen Squeeze-out keinen Rechtsmissbrauch. Weder der Formwechsel der übernehmenden Gesellschaft in die Rechtsform der AG kurz vor dem Squeeze-out noch die Aktienübertragungen zur Erfüllung der Mindestschwelle begründeten nach Ansicht des Gerichts den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs, sondern waren zulässige Gestaltungsmöglichkeiten zur Erreichung eines verschmelzungsrechtlichen Squeeze-out.<sup>20</sup>

Auch der Umstand, dass mit der Verschmelzung das Amt des besonderen Vertreters bei der übertragenden AG erlosch und dieser damit keine Schadensersatzansprüche mehr geltend machen konnte, begründete nach dem Gericht keinen Rechtsmissbrauch. Hierdurch seien zwar die Vermögensinteressen der Minderheitsaktionäre betroffen, weil die Schadensersatzansprüche sich auf den Wert ihrer Beteiligung und damit die Höhe der geschuldeten Barabfindung auswirkten.<sup>21</sup>

Den Minderheitsaktionären erwachse hieraus jedoch kein untragbarer Nachteil. Denn die Schadensersatzansprüche, deren Geltendmachung dem besonderen Vertreter überantwortet war, könnten im Spruchverfahren im Rahmen einer Inzident-Prüfung Berücksichtigung finden.<sup>22</sup>

Das OLG Köln stellte sich insofern der Meinung entgegen, dass konzernrechtliche Schadensersatzforderungen im Spruchverfahren nur berücksichtigungsfähig seien, wenn sie unstreitig oder rechtskräftig festgestellt sind.<sup>23</sup> Es schließt sich vielmehr der Meinung des OLG Düsseldorf an, das bereits 1990 in einem Verfahren nach § 12 UmwG entschieden hatte, dass Schadensersatzansprüche bei der Ermittlung der Barabfindung nicht unberücksichtigt bleiben dürfen, sofern sie sich mit hinreichender Sicherheit im Spruchverfahren feststellen ließen und damit der Gesellschaft zurechenbar seien. Dies folge aus dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes und den Anforderungen des Art. 14 Abs. 1 GG, denn die Minderheitsaktionären müssen für den Verlust ihrer Rechtsposition voll entschädigt werden. Einem Ausufern der Untersuchungspflicht könne dadurch vorgebeugt werden, dass die Beteiligten eine gewisse Darlegungslast treffe.<sup>24</sup>

Für die Berücksichtigungsfähigkeit von Schadensersatzansprüchen aus §§ 311, 317 AktG sprächen auch systematische Erwägungen, denn den Ansprüchen komme bei der Bewertung der Gesellschaft und damit bei der Bemessung der Barabfindung Bedeutung zu.<sup>25</sup>

Das Gericht hielt fest, dass das Spruchverfahren auch geeignet sei, etwaige Schadensersatzansprüche zu prüfen. Denn im Spruchverfahren gelte der Amtsermittlungsgrundsatz, der es dem Gericht ermögliche, die erforderlichen Ermittlungen anzustellen und Beweise zu erheben. Im entschiedenen Fall lag der Sonderprüfungsbericht bereits vor, so dass die Darlegung im Spruchverfahren nicht problematisch war. Das OLG Köln lehnte es deshalb ab, ein Primat der Klage anzuerkennen, demzufolge das Amt des besonderen Vertreters bis zur Klärung der Schadensersatzansprüche fortbestehen müsste.<sup>26</sup>

Das OLG Köln erachtete im Ergebnis den Beweis als nicht erbracht, die Beklagte habe mit dem Squeeze-out allein den Zweck verfolgt, die Geltendmachung von Schadensersatzforderungen durch den besonderen Vertreter zu verhindern. Die Beklagte hatte diverse sonstige Gründe, insbesondere die Vereinfachung der Konzernstruktur und Kostenersparnisse als Begründung vorgetragen.

Das Gericht sah zwar einen Zusammenhang zwischen der gerichtlichen Austragung von Streitigkeiten über die Bestellung des besonderen Vertreters und die von diesem geltend gemachten Auskunftsansprüche und dem Squeeze-out. Es sah hierin aber kein ausreichendes Indiz dafür, dass der Squeeze-out nur der Verhinderung der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch den besonderen Vertreter gedient habe. Die Beklagte bzw. ihre Rechtsvorgängerin hatten von ihrem Recht auf Beschreiten des Rechtswegs Gebrauch gemacht,

14 OLG Köln, 23.6.2022 – 18 U 213/20, BeckRS 2022, 18249, Leitsätze.

15 OLG Köln, 23.6.2022 – 18 U 213/20, BeckRS 2022, 18249, Rn. 55 ff.

16 OLG Köln, 23.6.2022 – 18 U 213/20, BeckRS 2022, 18249, Rn. 64, unter Hinweis auf BGH, 16.3.2009 – II ZR 302/06, BB 2009, 1318 m. BB-Komm. Ruoff/Marhewka.

17 OLG Köln, 23.6.2022 – 18 U 213/20, BeckRS 2022, 18249, Rn. 64 f.

18 OLG Köln, 23.6.2022 – 18 U 213/20, BeckRS 2022, 18249, Rn. 66.

19 OLG Köln, 23.6.2022 – 18 U 213/20, BeckRS 2022, 18249, Rn. 67 f.

20 OLG Köln, 23.6.2022 – 18 U 213/20, BeckRS 2022, 18249, Rn. 71.

21 OLG Köln, 23.6.2022 – 18 U 213/20, BeckRS 2022, 18249, Rn. 72 f.

22 OLG Köln, 23.6.2022 – 18 U 213/20, BeckRS 2022, 18249, Rn. 74.

23 OLG Köln, 23.6.2022 – 18 U 213/20, BeckRS 2022, 18249, Rn. 75 m. w. N.

24 OLG Köln, 23.6.2022 – 18 U 213/20, BeckRS 2022, 18249, Rn. 76 mit Hinweis auf OLG Düsseldorf, 16.10.1990 – 19 W 9/88, BeckRS 1990, 3673.

25 OLG Köln, 23.6.2022 – 18 U 213/20, BeckRS 2022, 18249, Rn. 79.

26 OLG Köln, 23.6.2022 – 18 U 213/20, BeckRS 2022, 18249, Rn. 80 ff.

ohne dass das Gericht Mutwilligkeit erkennen konnte. Würde man allein hieraus den Schluss ziehen, sie handelten bei Durchführung des Squeeze-out rechtsmissbräuchlich, könnte dies dazu führen, dass eine Gesellschaft von der Geltendmachung von Rechten (Einlegen von Rechtsmitteln bezüglich des besonderen Vertreters oder Durchführung des Squeeze-out) abgehalten wird. Dies erachtete das OLG Köln im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip bzw. die durch Art. 12 GG geschützte unternehmerische Betätigungsfreiheit nicht für zulässig.<sup>27</sup> Schließlich stellte das OLG Köln fest, dass der Bestellung eines besonderen Vertreters keine Sperrwirkung für einen Squeeze-out zukommen dürfe. Diese Gefahr bestünde aber, wenn es als Indiz für den Rechtsmissbrauch angesehen wird, dass der Squeeze-out nach Bestellung eines besonderen Vertreters eingeleitet wird. Dies würde auch ein erhebliches Missbrauchspotenzial begründen. Es liefe darauf hinaus, der Gesellschaft in dieser Situation zur Entkräftung der Indizwirkung eben doch eine Rechtfertigung des Squeeze-out aufzubüden, die das Gesetz gerade nicht verlange.<sup>28</sup>

Im Ergebnis konnte das Gericht keinen Rechtsmissbrauch feststellen.

#### c) Treuepflicht

Das Gericht stellte fest, dass die Treuepflicht es nicht verbiete, einen Squeeze-out-Beschluss im März zu fassen, bevor der Jahresabschluss für das vergangene Geschäftsjahr vorliegt.<sup>29</sup>

#### d) Erforderlicher Aktienbesitz

Das Gericht hielt fest, dass es für die Frage, ob dem Hauptaktionär mindestens 90% der Aktien gehören, auf die dingliche Rechtslage ankomme, die sich nicht durch die Eintragung im Aktienregister nachweisen lasse. Es sah den Nachweis aber durch Depotauszüge bzw. Aktienkauf- und Übertragungsverträge als geführt an.<sup>30</sup>

#### e) Berichts- und Prüfungsmängel

Schließlich lehnte das Gericht Berichts- und Prüfungsmängel ab. Es hielt zunächst fest, dass etwaige inhaltliche Mängel im Bericht des sachverständigen Prüfers nicht zur Anfechtung berechtigten. Denn für diesen Bericht sei allein der Prüfer verantwortlich, so dass weder Gesellschaft noch Hauptaktionär dafür einzustehen hätten. Der Prüfbericht sei deshalb allenfalls einer Prüfung nach formalen Gesichtspunkten zugänglich, für die nichts vorgetragen war.<sup>31</sup>

Zudem konnte die Anfechtungsklage nicht auf bewertungsbezogene Mängel des Übertragungsberichts gestützt werden. Denn die Angemessenheit der Barabfindung ist nach § 327f Abs. 1 S. 1, 2 AktG nicht Gegenstand des Anfechtungsverfahrens. Dieser Ausschluss der Anfechtbarkeit gilt nach dem Gericht auch für bewertungsbezogene Informationsmängel des Übertragungsberichts, der außerhalb der Hauptversammlung erteilt wird. Allerdings gelte dies nicht uneingeschränkt. Vielmehr müsse der Übertragungsbericht eine Plausibilitätskontrolle ermöglichen. Diesen Anforderungen wurde der Bericht nach Ansicht des Gerichts gerecht.<sup>32</sup> Dabei hielt es fest, dass eine Aktualisierung des Übertragungsberichts gesetzlich nicht vorgesehen sei. Etwaige Fehler in Aktualisierungserklärungen könnten deshalb nicht dazu führen, dass der Übertragungsbericht die gesetzlichen Voraussetzungen nicht (mehr) wahrte. Zudem gelte für Aktualisierungserklärungen der Anfechtungsausschluss nach § 243 Abs. 4 S. 2 AktG.<sup>33</sup> Den Einwand, der Bericht berücksichtige zu Unrecht die vom besonderen Vertreter geltend gemachten Schadensersatzansprüche nicht, ließ das Gericht ebenfalls nicht gelten. Denn hierbei handele es sich

um den Einwand, eine Einzelposition sei nicht berücksichtigt worden. Dies sei jedoch dem Spruchverfahren zugeordnet und könne im Anfechtungsverfahren nicht geltend gemacht werden.<sup>34</sup>

#### 4. Praxisfolgen

Das Urteil bestätigt die bisherige Rechtsprechung, der zufolge der Squeeze-out keiner sachlichen Rechtfertigung bedarf. Es diskutiert ausführlich die Frage, wann ein Rechtsmissbrauch<sup>35</sup> vorliegen kann, der einen Squeeze-out anfechtbar machen würde. Das Gericht stellte erfreulich klar fest, dass ein Rechtsmissbrauch nur in krassen Ausnahmefällen angenommen werden kann und die Beweislast dafür bei den Klägern liegt. Müssen noch gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungen vorgenommen werden, um den verschmelzungsrechtlichen Squeeze-out durchzuführen, wie insbesondere die Übertragung von Aktien oder der Formwechsel, führt dies nicht zu einem Rechtsmissbrauch, sondern ist die gesellschaftsrechtliche Vorbereitung einer zulässigen Strukturmaßnahme.

Mit großer Genauigkeit befasste sich das OLG Köln mit der Frage, ob es einen Rechtsmissbrauch begründet, wenn durch den Squeeze-out das Amt des besonderen Vertreters wegfällt und damit die Geltendmachung konzernrechtlicher Schadensersatzansprüchen durch diesen nicht mehr möglich ist. Dem Gericht ist darin zuzustimmen, dass diese Folge des Squeeze-outs für sich gesehen noch keinen Rechtsmissbrauch begründet. Ansonsten hätte die Bestellung eines besonderen Vertreters Sperrwirkung für einen Squeeze-out und könnte ihrerseits rechtsmissbräuchlich eingesetzt werden. Rechtsmissbrauch erfordert, dass ein Rechtsinstitut außerhalb seines eigentlichen Zwecks eingesetzt wird. Das ist aber nicht der Fall, wenn eine übliche Zwecksetzung, insbesondere die Konzernvereinfachung, verfolgt wird. Dass der Squeeze-out dann auch im Wegfall der Position des besonderen Vertreters resultiert, ist eine vom Gesetz hingegenommene Folge. Das Urteil reiht sich in andere Entscheidungen ein, die gleichfalls zurückhaltend mit der Annahme eines Rechtsmissbrauchs umgehen.<sup>36</sup> Für die Praxis bedeutet dies, dass weitgehende Gestaltungsfreiheit besteht. Dennoch sind die Gründe für einen Squeeze-out immer sorgfältig und im Hinblick auf den gesetzgeberischen Zweck darzulegen. Das Gericht befasste sich zudem mit der Frage, wie konzernrechtliche Schadensersatzansprüche im Spruchverfahren zu behandeln sind. Es betonte, dass diese fortbestehen, den Wert des Unternehmens erhöhen und sich auf die Barabfindung auswirken könnten. Dies wäre im Spruchverfahren zu prüfen. Hierzu ist in der Rechtsprechung allerdings streitig, welche Anforderungen an die Konkretisierung solcher Ansprüche zu stellen sind, um sie als bewertungserheblich zu betrachten. Es gelten die allgemeinen Regeln zu Bewertung, so dass streitige Ansprüche vom Prüfer bzw. vom Gericht im Spruchverfahren zu bewerten sind. Im vorliegenden Fall hatte die Beklagte bereits im Freigabeverfahren zugesagt, die bezifferten und gerichtlich geltend gemachten Ersatzansprüche in die Höhe der Abfindung einzubeziehen, so dass diese Frage gar nicht mehr relevant war.

27 OLG Köln, 23.6.2022 – 18 U 213/20, BeckRS 2022, 18249, Rn. 86 ff.

28 OLG Köln, 23.6.2022 – 18 U 213/20, BeckRS 2022, 18249, Rn. 91.

29 OLG Köln, 23.6.2022 – 18 U 213/20, BeckRS 2022, 18249, Rn. 110.

30 OLG Köln, 23.6.2022 – 18 U 213/20, BeckRS 2022, 18249, Rn. 112 f.

31 OLG Köln, 23.6.2022 – 18 U 213/20, BeckRS 2022, 18249, Rn. 119.

32 OLG Köln, 23.6.2022 – 18 U 213/20, BeckRS 2022, 18249, Rn. 121 ff.

33 OLG Köln, 23.6.2022 – 18 U 213/20, BeckRS 2022, 18249, Rn. 125.

34 OLG Köln, 23.6.2022 – 18 U 213/20, BeckRS 2022, 18249, Rn. 126.

35 Vgl. hierzu ausführlich Grunewald, in: MüKo AktG, 5. Aufl. 2020, § 327a, Rn. 18 ff.

36 OLG München, 28.7.2021 – 7 AktG 4/21, juris, vgl. hierzu auch Binder, BB 2022, 195 ff., 199 ff.

### III. Erklärung des Widerspruchs, OLG Schleswig, Urteil vom 8.6.2022 – 9 U 128/21<sup>37</sup>

#### 1. Thematik

In dem Urteil ging es um Fragen des Nachweises der Anfechtungsbefugnis.

#### 2. Sachverhalt

Der Kläger focht mit seiner Anfechtungsklage den Übertragungsbeschluss in einem verschmelzungsrechtlichen Squeeze-out an. Er behauptete, mit verschiedenen Stimmkarten, die jeweils auf Legitimationsaktionäre bzw. verdeckte Stellvertreter ausgestellt waren, Widerspruch gegen den Übertragungsbeschluss eingelegt zu haben. Tatsächlich war nur mit einer der relevanten Stimmkarten durch einen Legitimationsaktionär bzw. verdeckten Stellvertreter Widerspruch eingelegt worden.

#### 3. Entscheidung

Das OLG Schleswig wies die Klage wie die Vorinstanz ab, weil die Anfechtungsbefugnis nicht hinreichend dargetan war. Soweit mit einer der relevanten Stimmkarten durch einen Legitimationsaktionär bzw. verdeckten Stellvertreter Widerspruch eingelegt worden war, konnte der Kläger sich hierauf nicht berufen. Das Gericht ordnete ihm diesen Widerspruch aus verschiedenen Gründen nicht zu. Zum einen konnte der Kläger nicht nachweisen, dass er die Aktien, die dieser Stimmkarte zugrunde lagen, vor der Bekanntmachung der Tagesordnung zur Hauptversammlung erworben hatte. Deshalb fehlte es an der Anfechtungsbefugnis nach § 245 Nr. 1 AktG. Das Gericht verlangte von dem Aktionär den Nachweis der Zuordnung der von ihm gehaltenen Aktien zu bestimmten Stimmkarten mit den jeweiligen Erwerbsdaten für die Aktien. Es reichte nicht aus, dass der Aktionär nachweisen konnte, Aktien vor der Einberufung erworben zu haben. Er musste auch nachweisen, welcher Stimmkarte diese Aktien zuzuordnen waren und das aus dieser Stimmkarte Widerspruch eingelegt wurde.<sup>38</sup>

Zum anderen hatte der klagende Aktionär erst nach Ablauf der einmonatigen Anfechtungsfrist aus § 246 Abs. 1 AktG erklärt, die relevante Stimmkarte und der daraus erklärte Widerspruch seien ihm zuzuordnen. Dies erachtete das Gericht als verspätet an. Nehme an der Hauptversammlung ein Legitimationsaktionär oder verdeckter Stellvertreter teil und legt dieser Widerspruch ein, müsse der wahre Aktionär, wenn er Anfechtungsklage erhebt, innerhalb der Anfechtungsfrist offenlegen, wer für ihn als Legitimationsaktionär oder verdeckter Stellvertreter in der Hauptversammlung Widerspruch erhoben hat. Dies hatte der Kläger aber nicht getan.<sup>39</sup>

Das Gericht prüfte hilfsweise noch die vorgetragenen Anfechtungsgründe und sah auch diese als nicht relevant an. Teilweise waren die Anfechtungsgründe präkludiert, weil sie nicht innerhalb der Anfechtungsfrist des § 246 Abs. 1 AktG vorgetragen waren. Materielle Anfechtungsgründe sah das Gericht nicht.

#### 4. Praxisfolgen

Das Urteil macht deutlich, dass der Nachweis der Anfechtungsbefugnis vom Kläger sorgfältig zu führen ist. Insbesondere beim Auftreten von Legitimationsaktionären muss der wahre Aktionär innerhalb der Anfechtungsfrist von einem Monat nachweisen, dass die Aktien ihm zuzuordnen sind, er sie vor der Einberufung der Hauptversammlung

erworben hat und wer für ihn auf der Hauptversammlung aufgetreten ist. Entsprechendes gilt für alle vorgetragenen Anfechtungsgründe.

### IV. Beschlussfassungen in der Corona-Pandemie, OLG München, Beschluss vom 29.6.2022 – 7 AktG 2/22<sup>40</sup>

#### 1. Thematiken

In dem Beschluss des OLG München in einem Freigabeverfahren nach § 246a AktG zur Eintragung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags ging es insbesondere um Angaben zur Bevollmächtigung in der Hauptversammlungseinladung, um das Fragerecht nach dem COVMG<sup>41</sup> und um die Anwendbarkeit von Mitteilungspflichten nach WpHG und AktG.

#### 2. Sachverhalt

Die virtuelle Hauptversammlung der beklagten Aktiengesellschaft hatte dem Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags zugestimmt. Zum Zeitpunkt der Hauptversammlung war die Gesellschaft aufgrund eines Delistings nicht mehr in regulierten Märkten börsennotiert. Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Einladung bestand die Börsennotierung jedoch noch.

#### 3. Entscheidung und Praxisfolgen

Das Gericht gab dem Freigabeantrag statt. Es folgte ausdrücklich nicht der Ansicht anderer OLG, dass eine offensichtliche Unbegründetheit des Antrags nach § 246a Abs. 1 Nr. 1 AktG nicht anzunehmen sei, wenn die Entscheidung schwierige rechtliche Überlegungen erfordere oder von einer höchstrichterlich noch nicht entschiedenen Rechtsfrage abhängt. Denn auch in einem summarischen Verfahren sei für eine nur kursorische Rechtsprüfung grundsätzlich kein Raum.<sup>42</sup>

#### a) Thematik 1: Angaben zur Stellvertretung in der Einladung

##### aa) Entscheidung

In der Einladung zur Hauptversammlung war auf die Möglichkeit, Rechte durch Bevollmächtigte wahrzunehmen, hingewiesen worden. Bezüglich der Bevollmächtigung von mehr als einer Person war der Wortlaut von § 134 Abs. 3 S. 2 AktG wiedergegeben. Dies sah das Gericht als nach § 125 Abs. 2, Abs. 1 S. 4 AktG ausreichend an. Es hielt fest, dass sich aus § 125 Abs. 5 AktG, der die Vorgaben der VO EU 2018/1212 auch für nicht börsennotierte Gesellschaften zur Anwendung bringt, keine über die schon nach § 125 Abs. 2, Abs. 1 S. 4 AktG hinausgehenden Anforderungen an die Einladung ergeben.<sup>43</sup>

Das Gericht hielt den Hinweis zur Bevollmächtigung von mehr als einer Person auch weder für falsch noch irreführend, auch nicht im Hinblick auf Art. 10 Abs. 2 S. 2 RL 2007/36/EG vom 11.7.2007 über

<sup>37</sup> OLG Schleswig, 8.6.2022 – 9 U 128/21, BeckRS 2022, 15297.

<sup>38</sup> OLG Schleswig, 8.6.2022 – 9 U 128/21, BeckRS 2022, 15297, Rn. 31.

<sup>39</sup> OLG Schleswig, 8.6.2022 – 9 U 128/21, BeckRS 2022, 15297, Rn. 33.

<sup>40</sup> OLG München, 29.6.2022 – 7 AktG 2/22, BeckRS 2022, 17306.

<sup>41</sup> Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie vom 27.3.2020, zuletzt geändert durch Art. 15 und 16 G v. 10.9.2021, BGBl. I 4147 (Nr. 63). Virtuelle Hauptversammlungen nach dem COVMG waren bis zum 31.8.2022 zulässig.

<sup>42</sup> OLG München, 29.6.2022 – 7 AktG 2/22, BeckRS 2022, 17306, Rn. 53.

<sup>43</sup> OLG München, 29.6.2022 – 7 AktG 2/22, BeckRS 2022, 17306, Rn. 55 f.

die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften. Dort ist geregelt, dass ein Aktionär, der Aktien in mehreren Depots hält, für die in jedem Depot gehaltenen Aktien einen eigenen Vertreter bestellen kann. Dies komme in § 134 Abs. 3 S. 2 AktG nicht explizit zum Ausdruck. Dem Erfordernis kann nach dem OLG München jedoch durch richtlinienkonforme Auslegung Rechnung getragen werden. Das Gericht ließ offen, ob der Einladungstext den Erfordernissen der Richtlinie ausdrücklich Rechnung tragen muss oder ob die Wiedergabe des Wortlauts des § 134 Abs. 3 S. 2 AktG ausreicht. Es war der Auffassung, dass die Regelungen der Richtlinie, die nur für börsennotierte Gesellschaften gelten, auf die Antragstellerin nicht mehr anwendbar waren. Denn zum Zeitpunkt der Hauptversammlung war die Gesellschaft nicht mehr börsennotiert. Damit war nur noch § 134 Abs. 3 S. 2 AktG maßgeblich. Hieran änderte nach Auffassung des Gerichts nichts, dass die Einladung noch vor dem Wirksamwerden des Delisting veröffentlicht wurde.<sup>44</sup>

Das Gericht wies auch das Ansinnen zurück, die Sache sei dem EuGH vorzulegen. Dies sei in summarischen und eilbedürftigen Verfahren auch in der letzten Instanz nicht erforderlich, wenn in einem ordentlichen Verfahren zur Hauptsache eine erneute Prüfung der vorläufig entschiedenen Rechtsfrage möglich ist. Das Gericht sah dies für das Freigabeverfahren und ein etwa nachfolgendes Anfechtungsverfahren als gegeben an. Darüber hinaus war das Gericht der Auffassung, dass es jedem klar sein müsse (*acte clair*), dass die Richtlinie 2007/36/EG nicht anwendbar sei, wenn die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Hauptversammlung nicht börsennotiert ist.<sup>45</sup>

## bb) Praxisfolgen

Der Beschluss begrenzt die Angabepflicht zur Stellvertretung in der Einladung zur Hauptversammlung der nicht börsennotierten AG. Die Aussagen sollten ebenso für die börsennotierte AG gelten. Die Wiedergabe des Wortlauts von § 134 Abs. 3 S. 2 AktG muss zulässig und ausreichend sein, ohne dass auf in der RL 2007/36/EG geregelte Sonderfälle hinzuweisen ist. Von einem Emittenten kann nicht mehr verlangt werden als vom Gesetzgeber. Die Angaben in der Einladung sind genauso richtlinienkonform auszulegen wie der Gesetzeswortlaut selbst, auf den eine Einladung Bezug nimmt. Dem Gericht ist darin beizupflichten, dass Sonderregelungen für börsennotierte Gesellschaften nicht gelten, wenn die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Hauptversammlung gar nicht börsennotiert ist.

## b) Thematik 2: Fristberechnung für die Einreichung von Fragen nach dem COVMG

### aa) Entscheidung

Das Gericht entschied, dass die Frist aus § 1 Abs. 2 S. 2 Halbs. 2 COVMG nach den Regeln des AktG, d.h. nach § 121 Abs. 7 AktG, zurückzurechnen sei. Demnach ist der Tag der Versammlung nicht mitzurechnen. Deshalb konnte der Vorstand bestimmen, dass Fragen für die am 3.2.2022 stattfindende Versammlung bis zum Ablauf des 1.2.2022 einzureichen waren. Zwar sei dies im COVMG nicht ausdrücklich geregelt und in den Gesetzesmaterialien nicht festgehalten. Es handle sich aber um eine Regelung zum Fragerecht und es sei deshalb naheliegend, dass der Gesetzgeber von der Geltung der Regelungen des AktG zur Fristberechnung ausging. Nach dem Wortlaut des § 121 Abs. 7 AktG gilt dieser für alle Fristen, die von der Versammlung zurückberechnet werden müssen. Er sei deshalb trotz seiner systematischen Stellung im Unterabschnitt der §§ 121 bis 128 AktG, also

vor dem Unterabschnitt, in dem sich das Fragerecht nach § 131 AktG befindet, auf alle Fristen im Zusammenhang mit der Hauptversammlung anwendbar. Das gelte umso mehr, als das Fragerecht des COVMG im Vorfeld der Hauptversammlung, also im Einberufungsstadium bestehe.<sup>46</sup>

### bb) Praxisfolgen

Dem Beschluss ist zuzustimmen. Alle rückwärts zu berechnenden Fristen im Zusammenhang mit Hauptversammlungen müssen einheitlich nach § 121 Abs. 7 AktG bestimmt werden. Dort ist eine eindeutige Regelung enthalten, deren konsistente Anwendung zur Rechtssicherheit führt.

## c) Thematik 3: Stimmrechtsausschluss

### aa) Entscheidung

Das Gericht entschied, dass eine etwaige Verletzung von Stimmrechtsmitteilungspflicht nach dem WpHG nicht relevant sei, weil die entsprechenden Regelungen des WpHG mit Wirksamwerden des Delistings der Gesellschaft nicht mehr anwendbar waren. Für nicht börsennotierte Gesellschaften gelten allein die Mitteilungspflichten des § 20 AktG, die erfüllt wurden. Deshalb könnten auch Sanktionen des WpHG aus etwa vor dem Wegfall der Börsennotierung verletzten Pflichten des WpHG nach dem Delisting nicht mehr relevant werden. Dies gelte insbesondere, weil der Gesetzgeber im Jahre 2008 für Stimmrechtsmeldepflichten nach WpHG einen sechsmonatigen nachwirkenden Rechtsverlust eingeführt habe, nicht jedoch für die Meldepflichten nach § 20 AktG. Das Gericht schließt aus dieser bewusst unterschiedlichen Regelung des Gesetzgebers, dass eine erweiternde Auslegung oder gar Analogie des nachwirkenden Rechtsverlusts aus § 44 Abs. 1 S. 3 WpHG nicht in Betracht komme.<sup>47</sup>

### bb) Praxisfolgen

Der Entscheidung ist darin zuzustimmen, dass die Meldepflichten des WpHG mit dem Delisting vom regulierten Markt wegfallen. Ab diesem Zeitpunkt gilt nur noch § 20 AktG. Zu beachten ist aber, dass allein durch ein Delisting keine Meldepflicht nach § 20 AktG entsteht. Denn durch das Delisting allein kommt es nicht zum Erwerb oder zur Veräußerung von Aktien und damit zu einer Veränderung im Anteilsbesitz, die Voraussetzung für die Mitteilungspflicht nach § 20 AktG ist.<sup>48</sup> Dies ist auch bei der Gründung und beim Formwechsel der betreffenden Gesellschaft in die AG der Fall, weil die Gesellschafter dadurch erstmals zu Aktionären werden.<sup>49</sup> Das Delisting steht dem aber nicht gleich. Durch das Delisting als solches ändern sich weder der Aktionärskreis (dies geschieht ggf. im Rahmen eines Delisting-Angebots nach § 39 Abs. 2 BörsG) noch die Rechtsform. Eine Meldepflicht aufgrund des Delistings ist auch nicht erforderlich, weil die Öffentlichkeit durch die vorher bestehenden Meldepflichten nach WpHG ausreichend informiert ist, auch wenn die Meldepflichten nach WpHG und AktG unterschiedlich ausgestaltet sind.<sup>50</sup> Für den umgekehrten Fall der erstmaligen Börsennotierung einer Gesellschaft

44 OLG München, 29.6.2022 – 7 AktG 2/22, BeckRS 2022, 17306, Rn. 59 ff.

45 OLG München, 29.6.2022 – 7 AktG 2/22, BeckRS 2022, 17306, Rn. 63 ff.

46 OLG München, 29.6.2022 – 7 AktG 2/22, BeckRS 2022, 17306, Rn. 69 ff.

47 OLG München, 29.6.2022 – 7 AktG 2/22, BeckRS 2022, 17306, Rn. 81 ff.

48 *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, § 20, Rn. 20.

49 Vgl. *Bayer*, in: *MüKo/AktG*, 5. Aufl. 2019, § 20, Rn. 13; für die Gründung BGH, 24.4.2006 – II ZR 30/05, BGHZ 167, 204, BB 2006, 1351, Rn. 13.

50 Vgl. zum Zweck der Mitteilungspflichten BGH, 24.4.2006 – II ZR 30/05, BGHZ 167, 204, BB 2006, 1351, Rn. 13.

bestimmt § 33 Abs. 2 WpHG Mitteilungspflichten auch ohne Erwerbsvorgänge. Eine entsprechende Regelung enthält des AktG für den Fall des Delistings nicht. Erfolgt nach dem Delisting keine Mitteilung nach § 20 AktG, weil es seit dem Delisting zu keiner Schwellenberührung kam, und war vor dem Delisting eine Mitteilungspflicht nach WpHG nicht ordnungsgemäß erfüllt, käme es zu einer Lücke, wenn auch dann die Nichterfüllung der Pflichten nach WpHG keine Nachwirkung hätte. In diesem Fall muss man davon ausgehen, dass der Rechtsverlust aus § 44 WpHG fortbesteht, aber durch eine Meldung nach § 20 AktG beendet wird, auch wenn diese nicht durch einen Erwerbs- oder Veräußerungsvorgang veranlasst war. Denn den Aktionären muss es möglich sein, den Rechtsverlust zu beenden und nach dem Delisting sind nur noch Meldungen nach § 20 AktG zulässig. Die sechsmonatige Nachwirkung aus § 44 Abs. 1 S. 3 WpHG gilt ab dem Delisting nicht mehr, weil sie im AktG nicht vorgesehen ist.

## V. Ausblick

Am 27.7.2022 trat das „Gesetz zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung genossenschafts- sowie insolvenz- und restrukturierungsrechtlicher Vorschriften vom 20.7.2022“ in Kraft.<sup>51</sup> Damit hat der Gesetzgeber eine dauerhafte Grundlage für virtuelle Hauptversammlungen geschaffen. Die Neuregelungen unterscheiden sich jedoch von den Regelungen des COVMG. Aktionärsrechte sind gegenüber den virtuellen Hauptversammlungen der Corona-Pandemie gestärkt und die Regelungen sind deutlicher an die bisherige Präsenz-Hauptversammlung angeglichen. Virtuelle Hauptversammlungen sind nach dem neuen § 118a AktG nur zulässig,

wenn sie in der Satzung vorgesehen sind oder die Satzung den Vorstand dazu ermächtigt, die Versammlung ohne physische Präsenz der Aktionäre abzuhalten. Die Satzungsregelungen sind auf maximal fünf Jahre zu befristen. Es ist davon auszugehen, dass viele Gesellschaften in der nächsten Hauptversammlungssaison Satzungsänderungen beschließen, die den Vorstand zur Einberufung virtueller Hauptversammlungen ermächtigen.<sup>52</sup> Für Hauptversammlungen, die bis einschließlich 31.8.2023 einberufen werden, kann der Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrats entscheiden, eine virtuelle Hauptversammlung nach § 118a AktG abzuhalten, ohne dass es einer entsprechenden Satzungsermächtigung bedarf, § 26n Abs. 1 EG-AktG n. F. Es bleibt abzuwarten, wie die Praxis diese Möglichkeit annimmt. Wünschenswert wäre, dass Gesellschaften die neuen Regelungen austesten und damit wertvolle Erfahrungen für die Praxis insgesamt sammeln.

**Dr. Ulrike Binder**, RAin, ist Corporate-Partnerin im Frankfurter Büro der internationalen Sozietät Mayer Brown LLP. Sie begleitet nationale und internationale Mandanten im Bereich des Gesellschaftsrechts mit einem besonderen Fokus auf börsennotierte Unternehmen und kapitalmarktrechtliche Fragen.



51 S. dazu *Reger/Gaßner*, RD 2022, 396 ff.; *Schilha/Gaßner*, ZIP 2022, 2357 ff.; *Mayer/Jenne/Miller*, BB 2022, 2946 ff.; *Butzke*, AG 2022, 795 ff.

52 Vgl. hierzu FAZ online vom 7.1.2023, Hauptversammlungen: „Das Online-Format liegt vorne“ unter <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/aktionaerstreffen-die-virtuelle-hauptversammlung-liegt-vorne-18583874.html> (Abruf: 11.1.2023).

Philippe Heinzke, LL.M., RA

# Data Act: Auf dem Weg zur europäischen Datenwirtschaft

Mit der europäischen Datenstrategie hat die Kommission die Grundlagen für ein europäisches Großprojekt gelegt. Erklärtes Ziel ist es, die EU zur führenden datengestützten Gesellschaft zu entwickeln. Nach der Zielvorstellung der Kommission soll es Unternehmen erleichtert werden, Daten innerhalb der EU branchenübergreifend zu teilen. Hierdurch sollen die wirtschaftlichen Potentiale von Daten gehoben werden. Die Strategie stützt sich auf zwei Säulen: Technologieförderung und Regulierung. Durch europäische Förderprogramme sollen die technischen Grundlagen für supranationale Datenräume gelegt werden. Parallel soll durch ein neues Datenrecht ein regulatorischer Rahmen geschaffen werden. Dieses nimmt nun mit dem Entwurf des Data Act und dem kürzlich in Kraft getretenen Data Governance Act Konturen an. Der neue Rechtsrahmen läutet einen Paradigmenwechsel ein und verschiebt den Fokus vom Datenschutz auf den Datenaustausch. Der Beitrag stellt die Grundprinzipien des Data Act vor und erläutert die vorgesehenen Mechanismen zum Zugang und zur Nutzung von Daten.

## I. Die Vision einer europäischen Datenwirtschaft

Bereits im Frühjahr 2020 hat die Kommission die Vision einer europäischen Datenwirtschaft vorgestellt.<sup>1</sup> Daten werden als zentrales Wirtschaftsgut identifiziert, welches zum Wohle der europäischen Zivilgesellschaft, der Wirtschaft und der öffentlichen Hand erschlossen werden soll. Europa soll zum Vorreiter bei der Datennutzung werden. Durch bessere Datenverwendung sollen Produktivität und Wettbewerb sektorübergreifend gesteigert werden. Marktkräfte sollen entfacht werden, zur Verbesserung der Lebensqualität beitragen und zum Vorteil für die europäische Gesellschaft wirken.

1 COM(2020) 66 final.