

Bochmann | Kumpan | Röthel | Schmidt (Hrsg.)

Beschlussfassung im virtuellen Raum

Status quo und Perspektiven de lege ferenda



Nomos

Band 62

Schriften zum Notarrecht

Herausgegeben von der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. (NotRV)

Herausgeber-Beirat

Notar Dr. Andreas Albrecht,
Präsident der Landesnotarkammer Bayern

Prof. Dr. Walter Bayer,
Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit,
Forschungsstelle für Notarrecht der
Ludwig-Maximilians-Universität München

Notar Prof. Dr. Peter Limmer,
Institut für Notarrecht an der
Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Prof. Dr. Joachim Münch,
Institut für Notarrecht der Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. Mathias Schmoeckel,
Rheinisches Institut für Notarrecht der
Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Bochmann | Kumpan | Röthel | Schmidt (Hrsg.)

Beschlussfassung im virtuellen Raum

Status quo und Perspektiven de lege ferenda



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-7560-0625-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-4256-6 (ePDF)

1. Auflage 2023

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2023. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Zum Geleit

Die Beschlussfassung von Gesellschaftern und die Feststellung der Beschlüsse sind zwei Seiten derselben Medaille und zu beiden Fragestellungen gibt es viel zu sagen. So hat sich die Tagung des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen der Bucerius Law School unter der Überschrift „Beschlussfassung im virtuellen Raum“ am 24. November 2023 der aktuellen Herausforderung der virtuellen Versammlungen angenommen. Gegenstand der wissenschaftlichen Beiträge als auch der sich jeweils anschließenden Fachdiskussionen waren sowohl die Beschlussfassung als solche als auch die aktuellen Herausforderungen der Beschlussfassung mit Hilfe elektronischer Kommunikationsmittel.

Die in diesem Band zusammengestellten Beiträge nähern sich dem Gesamtthema aus unterschiedlichen Richtungen an. So steht am Anfang die Beschlussrechtsdogmatik. Dabei stellt *Altmeyen* heraus, dass die konstitutive Wirkung der Beschlussfeststellung in virtuellen Gesellschafterversammlungen besonders deutlich werde, weil hier ein höheres Gefahrenpotential gegeben sei, dass „Qualität und Ergebnis einer Abstimmung“ in Zweifel gezogen werden.

Dass hybride und virtuelle Versammlungsformate vor allem durch die gesundheitspolitischen Maßnahmen während der Covid-19-Pandemie angenommen haben, verdeutlicht der Beitrag von *Heckschen*, der sich mit den unterschiedlichen Varianten der Versammlungsformate auseinandersetzt und weitere rechtliche Fragestellungen thematisiert, die über die eigentliche Beschlussfassung hinausgehen. Die hier angesprochene Aufforderung an den Gesetzgeber, Datensicherheit, Geheimhaltung und Abstimmungskontrolle für virtuelle Versammlungsformate ausdrücklich zu regeln, wird zukünftig noch zu diskutieren sein. Das Gesetz hat bislang für die traditionelle Präsenzversammlung ausdrückliche Regelungen hierzu nicht für erforderlich gehalten, obwohl auch dort Gefährdungen bestehen. Aber vielleicht ist nicht jeder Sachverhalt vom Gesetz zu erfassen, sondern kann und sollte der Privatautonomie überlassen bleiben.

Am Beispiel des Gesetzgebungsverfahrens des Gesetzes über virtuelle Hauptversammlungen beleuchtet *Harnos* die besonderen Anforderungen für die AG. Dabei kommen die verschiedenen Interessenlagen zwischen den Unternehmen und den Aktionärsvertretern deutlich heraus. Auch der

Unterschied zur Interessenlage der GmbH wird deutlich. Den Grundsatz der Rechtsprechung der materiellen Vergleichbarkeit von Beschlussfassungen greift *Bochmann* auf und fordert eine stärkere gesetzliche Angleichung zwischen den Rechtsformen der Personengesellschaften und der GmbH, wobei ihm § 43b Absatz 3 des GenG als sinnvoller Ansatz für die Regelung virtueller Versammlungen vorschwebt. Mit den besonderen Anforderungen von satzungsändernden Beschlüssen bei virtuellen Gesellschafterversammlungen der GmbH befasst sich *Scheller*, wobei er auf Besonderheiten durch die Neuregelungen durch das DiReG eingeht, die ab dem 1. August 2023 gelten werden.

Eine rechtsformübergreifende Konsolidierung der Vorschriften zu virtuellen Versammlungen für sämtliche Gesellschaftsformen fordert *Guntermann* in ihrem Beitrag, der den Schlusspunkt der Tagung bildet.

Die Beiträge und die Diskussionen machen deutlich, dass es ein Spannungsfeld zwischen den Anforderungen an einheitliche und rechtsformübergreifende Regelungen für virtuelle Gesellschafterversammlungen einerseits und den besonderen Anforderungen bestimmter Gesellschafterkonstellationen gibt. Einige Detailregelungen für die große Publikums-AG sind für kleine Gesellschafterversammlungen überflüssig oder sogar ungeeignet und andererseits bedürfen diese AGs nicht zuletzt auf Grund der Satzungsstrenge klarer rechtlicher Strukturen. Bei alledem sollte man aber nicht vergessen, dass die handelnden Personen stets privatautonom handeln, und dass das Recht seine Aufgabe besonders dann gut erfüllt, wenn es Ihnen Gestaltungsspielräume einräumt.

Dr. Alexander Dörrbecker, LL.M. (Miami)

Der Verfasser ist Referatsleiter im Bundesministerium der Justiz, Berlin. Er gibt ausschließlich seine persönliche Meinung wieder.

Vorwort

Das Notarrechtliche Zentrum Familienunternehmen besteht seit dem Sommer 2012 an der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – in Hamburg. Es versteht sich als ein Ort der Diskussion und der Begegnung und hat sich zum Ziel gesetzt, die rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen Familienunternehmen wirken, systematisch sichtbar zu machen und weiterzuentwickeln. Zum Selbstverständnis des Zentrums gehört es, diese Fragen grundlagenorientiert und mit Blick auf die Bedeutung auch der Nachbarwissenschaften für das Recht der Familienunternehmen zu erschließen.

Auch im Jahr 2022 veranstaltete das Zentrum zusätzlich zu seiner bereits traditionellen Jahrestagung ein wissenschaftliches Symposium, dessen Inhalte der vorliegende Band wiedergibt. Unter dem Titel „*Beschlussfassung im virtuellen Raum*“ wurde ein weiter Bogen geschlagen: von der Beschlussdogmatik in der virtuellen Versammlung (Prof. Dr. *Holger Altmeppen*) über die praktischen Fragen der (Nicht-)Vergleichbarkeit präsenter und virtueller Zusammenkünfte (Prof. Dr. *Heribert Heckschen*), rechtsformspezifische Besonderheiten und Anomalien (Prof. Dr. *Rafael Harnos*, Dr. *Johannes Scheller* und Dr. *Christian Bochmann*) bis hin zu einem rechtsformübergreifenden Vorschlag an den Gesetzgeber (Prof. Dr. *Lisa Guntermann*). Der Referentin und den Referenten danken wir für Ihre wertvollen Beiträge zum Symposium und diesem Band.

Als besondere Wertschätzung eines Symposiums, das sich vorgenommen hat, auch „*Perspektiven de lege ferenda*“ zu erörtern, empfinden wir die Mitwirkung des in jüngerer Zeit mit zahlreichen der diskutierten Fragen im Bundesjustizministerium unmittelbar befassten Herrn Ministerialrat Dr. *Alexander Dörrbecker* – und bedanken uns entsprechend sehr herzlich.

Der Dank an die Teilnehmerinnen und Teilnehmer des Symposiums für die engagierte und lebendige Diskussion ist in diesem Jahr zu erweitern: Erstmals sind die Diskussionsinhalte im Tagungsband selbst nachgezeichnet. Damit verbindet sich unser großer Dank an die Diskussionsleiter sowie die Berichterstatter.

Hamburg, im April 2023

Die Herausgeber

Inhaltsverzeichnis

<i>Holger Altmeyen</i> Dogmatische Grundfragen des Beschlusstattbestands in GmbH und Personengesellschaft und ihre Bedeutung für Online- Beschlussfassungen	11
<i>Heribert Heckschen</i> Aspekte der (Nicht-)Vergleichbarkeit des Diskurses in Präsenz und im virtuellen Raum	29
<i>Robert Billerbeck</i> Diskussionsbericht zu den Referaten von Holger Altmeyen und Heribert Heckschen	49
<i>Rafael Harnos</i> Beschlussfassung in der virtuellen Hauptversammlung	59
<i>Christian Bochmann</i> Online-Beschlussfassung in Personengesellschaft und GmbH nach MoPeG und DiREG: Grundlose Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem	83
<i>Johannes Scheller</i> Präsenzlose Satzungsänderungsbeschlüsse in virtuellen Versammlungen	101
<i>Stefanie Leclerc</i> Diskussionsbericht zu den Referaten von Rafael Harnos, Johannes Scheller und Christian Bochmann	121
<i>Lisa Marleen Guntermann</i> Beschlussfassung im virtuellen Raum als rechtsformübergreifende Aufgabe für den Gesetzgeber	125
<i>Nico Krause</i> Diskussionsbericht zum Referat von Lisa Guntermann	153

Dogmatische Grundfragen des Beschlusstatbestands in GmbH und Personengesellschaft und ihre Bedeutung für Online-Beschlussfassungen

Von *Holger Altmeyden**

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	11
II.	Unklarheiten über Rechtsmittel nach Gesellschafterbeschlüssen in GmbH, OHG und KG	13
III.	Dogmatik des Gesellschafterbeschlusses	14
	1. Herrschende Meinung	14
	2. Beschluss als „Darstellung eines Gemeinwillens“ (v. Gierke, Karsten Schmidt)	15
	3. Die Beschlussfeststellung als Grundlage der Rechtsmittel	16
IV.	Beschlussfeststellungskompetenz und Bestandskraft	18
	1. Versammlungsleiter	18
	2. Gesellschafterversammlung	20
	3. Beschlussfeststellung und Klageobliegenheit	21
	4. Dogmatik der Beschlussfeststellungsklage	23
V.	Besonderheiten der virtuellen Gesellschafterversammlung?	24
VI.	Ergebnisse	25

I. Einleitung

„Dogmatik“ des Rechts hat *Josef Esser* spöttisch als „voll abgedichtete Autorität des Begriffs“ und damit als ein System gekennzeichnet, welches sich aus seinem eigenen engen Gehäuse nicht mehr lösen könne.¹ Nach endgültiger Überwindung der Begriffsjurisprudenz dürfte die Definition von Karl

* Prof. Dr. *Holger Altmeyden* war bis zum 01.04.2023 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Passau und ist heute Rechtsanwalt in München. – Der Beitrag ist ebenfalls veröffentlicht in NZG 2022, 1563.

1 *Esser*, AcP 172 (1972), 98 ff.

Larenz den Sinn der Rechtsdogmatik besser auf den Punkt bringen: Es geht um die Bindung an nicht mehr infrage zu stellende Vorgaben des positiven Rechts bei der Antwort auf Gerechtigkeitsfragen.² Wendet man sich der Dogmatik des Gesellschafterbeschlusses zu, stellt sich heraus, dass das BGB den Begriff seit 1900 nicht definiert, während der Gesetzgeber des GmbHG seit dem 01.08.2022 anordnet, er könne auch „virtuell“, zum Beispiel in Videokonferenzen der Gesellschafter getroffen werden (§ 48 Abs.1 Satz 2 GmbHG). Die Vorfrage zur virtuellen Beschlussfassung lautet aber, was ein Gesellschafterbeschluss ist. Genauer: Wann hat der Jurist nicht mehr zu hinterfragen, dass ein Gesellschafterbeschluss mit einem bestimmten Inhalt verbindlich geworden ist? Was bedeutet die Übertragung des aktienrechtlichen Anfechtungsmodells auf die GmbH und die Personenhandelsgesellschaften?

Beispielsfall: In der Familien-GmbH F herrscht Streit, ob der mit 70 % beteiligte Alleingeschäftsführer, Vater V, an Altersdemenz leidet und deshalb sofort ausgewechselt werden muss. Die mit je 10 % beteiligten Mitgesellschafter Mutter (M), Sohn (S) und Tochter (T) befürworten den sofortigen Generationenwechsel auf S. In der auf den 01.10.2022 einstimmig anberaumten Videokonferenz erklärt sich V zum Leiter, während die Mitgesellschafter S die Versammlungsleitung übertragen. V stellt am Ende der Aussprache mit 6 Abstimmungen fest, er habe sich nicht nur im Amt bestätigt, sondern für drei Jahre, beginnend zum nächsten Jahr, um eine weitere Amtsperiode verlängert. Mutter und Kinder halten einstimmig fest, die Videokonferenz habe den Befund der Altersdemenz des V in solchem Maße bestätigt, dass man ihn mit sofortiger Wirkung abberufen und auch den Dienstvertrag wegen dauernder Amtsunfähigkeit des V beendet habe. S sei ab sofort neuer Geschäftsführer. V spottet, S sei wieder volltrunken, also noch nicht einmal zu einer Stimmabgabe in der Lage gewesen. Beide Seiten gehen erst im Januar 2023 zum Anwalt, nachdem der Streit über Weihnachten eskaliert ist.

2 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 229 m.w.N.

II. Unklarheiten über Rechtsmittel nach Gesellschafterbeschlüssen in GmbH, OHG und KG

Das Gesetz regelt den Gesellschafterbeschluss der Hauptversammlung der AG dahin, dass Gültigkeitsvoraussetzung eine schriftliche Beschlussfeststellung durch den Versammlungsleiter ist (§§ 130, 241 Nr. 2 AktG). Der Umkehrschluss der h.M. lautet, in der GmbH und Personengesellschaft sei die Beschlussfeststellung keine Wirksamkeitsvoraussetzung.³ Die (formlose) Beschlussfeststellung wird von der zunehmend vertretenen Gegenansicht aber generell für das konstitutive Element eines Gesellschafterbeschlusses (nicht nur in der AG!) gehalten.⁴ Der Gesetzgeber des MoPeG, das am 01.01.2024 in Kraft treten wird, bringt die aktuell (noch) h.M. in der Regierungsbegründung wie folgt zum Ausdruck:

„Die Beschlussfeststellung (habe), obschon ... nicht ... eine Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Beschlusses, ... in dem Sinne konstitutive Wirkung, dass sie die Rechtsschutzmöglichkeiten in Gestalt der Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage oder der Feststellungsklage vorgibt.“

Fragen der „Modalitäten der Beschlussfeststellung durch einen Versammlungsleiter ... (müssten) ... wie im Beschlussmängelrecht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung weiterhin einer Klärung durch die Rechtsprechung vorbehalten bleiben.“⁵

Die Anfechtungsfrist soll für die Personenhandelsgesellschaft drei Monate (§ 112 Abs. 1 HGB n.F.), im Recht der GmbH einen Monat (§ 246 Abs. 1 AktG analog) betragen. Sofern die Satzung nichts dazu regelt, gilt nach § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG ab 01.08.2022, dass die Gesellschafterversammlung der GmbH virtuell, typischerweise in Gestalt einer Videokonferenz stattfinden kann, „... wenn sämtliche Gesellschafter sich damit in Textform einverstanden“ erklärt haben. Die Regierungsbegründung zum MoPeG behauptet

3 BGH v. 28.01.1980 – II ZR 84/79, BGHZ 76, 154 (156); BGH v. 11.12.2006 – II ZR 166/05, NZG 2007, 185; Noack, in: Noack/Servatius/Haas (Hrsg.), GmbHG, 23. Aufl., 2022, § 47 Rn. 26 „von Gesetzes wegen nicht erforderlich“, jew. m.w.N.

4 Vgl. Ernst, in: Liber Amicorum Detlef Leenen, 2012, 1 (9 ff., 25 ff.); Altmeppen, NJW 2016, 2833 (2836 ff.); ders., ZIP 2017, 1185 (1187 f.); ders., GmbHR 2018, 225 (228); ders., GmbHR 2021, 345 (347); Skauradzun, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, S. 105 ff., 409; Knorr, GmbHR 2022, 563 (566); sympathisierend Hoffmann-Becking, ZHR 186 (2022), 770 (773) jew. m.w.N.

5 Begr. RegE, BT-Drs. 19/27635, S. 226; zustimmend Grunewald, in: Schäfer (Hrsg.), Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, S. 119.

sogar, dass Gesellschafterversammlungen im Sinne des § 109 HGB n.F. generell auch virtuell stattfinden könnten,⁶ was aber bei Mehrheitsklauseln in der Personengesellschaft gewiss die Zustimmung *sämtlicher* Gesellschafter verlangt: § 109 HGB n.F. weiß nichts davon, dass Beschlüsse „auch in einer virtuellen Versammlung“ zugelassen seien.⁷ In unserem Ausgangsfall genügt, dass sich alle Familienmitglieder der F GmbH zum Beispiel per E-Mail zur Videokonferenz am 01.10. bereit erklärt oder angemeldet haben.

Hat eine „förmliche Beschlussfeststellung“ in dieser Videokonferenz stattgefunden? Musste V binnen Monatsfrist gegen seine Amtsenthebung klagen? Musste er gegen die Bestellung von S zum Geschäftsführer klagen? Oder mussten alle Beteiligten – binnen Monatsfrist (?) – Beschlussfeststellungsklage erheben, um verbindlich zu klären, ob V gegen S ausgewechselt wurde?

III. Dogmatik des Gesellschafterbeschlusses

1. Herrschende Meinung

Seit Inkrafttreten des BGB wird der Gesellschafterbeschluss für ein mehrseitiges Rechtsgeschäft „sui generis“, wenn auch nicht für einen Vertrag gehalten. Mit Abgabe der letzten Stimme komme der Beschluss zustande.⁸ Das kann aber gar nicht richtig sein, weil es dann auf die Stimmabgabe einer Minderheit nicht ankäme, deren Stimmen also nicht mehr zu zählen wären, wenn eine nach Gesetz oder Satzung ausreichende Mehrheit bereits für – oder gegen – den Antrag gestimmt hat.⁹ In unserem Ausgangsfall wäre umgekehrt von der Nichtigkeit aller Beschlüsse auszugehen, wenn der mit 10 % beteiligte Sohn volltrunken und damit geschäftsunfähig war: Das

6 Begr. RegE BT-Drs. 19/27635, S. 226.

7 Vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 19/27635, S. 226: „Das Gesetz lässt es daher zu, Beschlüsse sowohl in einer Präsenzversammlung als auch in einer virtuellen Versammlung, also beispielsweise einer Telefon- oder Videokonferenz zu fassen.“

8 Grundlegend v. *Tuhr*, BGB AT, Bd. 1, 1910, S. 514; weitere Nachw. bei *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), GmbHG, 20. Aufl., 2019, § 47 Rn. 1; *Noack*, in: Noack/Servatius/Haas (Hrsg.) (Fn. 3), § 47 Rn. 4; *Hüffer/Schäfer*, in: Habersack/Casper/Löbbe (Hrsg.), GmbHG, Bd. 2, 3. Aufl., 2020, § 47 Rn. 3; tendenziell anders *K. Schmidt/Bochmann*, in: Scholz, GmbHG, Bd. 2, 12. Aufl., 2021, § 45 Rn. 18: „Körperschaftlicher Gesamtakt“, jew. m.w.N.

9 Zutr. *Ernst* (Fn. 4), 1 ff.; weitere Nachw. bei *Altmeyden*, GmbHG, 10. Aufl., 2021, § 47 Rn. 2 ff.

mehrseitige Rechtsgeschäft wäre nach §§ 104, 105, 139 BGB ungültig, und das vertritt hierzulande niemand! Auch die h.M. weiß natürlich, dass das Mitzählen ungültiger oder die Nichtzählung gültiger Stimmen den Beschluss nicht generell unwirksam, in AG und GmbH in der Regel nur anfechtbar (§ 243 AktG) macht,¹⁰ und das MoPeG will das aktienrechtliche Beschlussmängelrecht, wie schon kraft Gewohnheitsrechts auf die GmbH, auch auf die Personenhandelsgesellschaft übertragen.¹¹

An dieser Stelle bleibt festzuhalten, dass die Dogmatik des Gesellschafterbeschlusses als „mehrseitiges Rechtsgeschäft“ auch und gerade nach der dies seit Inkrafttreten des BGB vertretenden h.M. im Ansatz ausscheidet. Der im BGB nicht geregelte Gesellschafterbeschluss ist weder ein Vertrag im Sinne des §§ 145 ff. BGB noch mit den Regeln über die Willenserklärung (§§ 104 ff. BGB) dogmatisch zu bewältigen, wenn man davon absieht, dass die einzelnen Stimmabgaben unstreitig dem Recht der Willenserklärung folgen.¹²

2. Beschluss als „Darstellung eines Gemeinwillens“ (v. Gierke, Karsten Schmidt)

Die Dogmatik des Gesellschafterbeschlusses erschließt sich, wenn man begreift, dass ein rechtsfähiger Verband nicht mit der natürlichen Person gleichgesetzt werden darf. Die Zurechnung seiner Willensbildung hat *Otto v. Gierke* als erster – für die Genossenschaft – herausgearbeitet. Die Willensbildung des rechtsfähigen Verbandes geschieht – anders als bei der natürlichen Person – durch das verfassungsmäßige Willensbildungsorgan des Verbandes.¹³ Auch die Personengesellschaft kann ein rechtsfähiger Verband sein, vgl. § 705 Abs. 2 BGB i.d.F. des MoPeG. Rechtsfähige Verbände haben ein Willensbildungsorgan, und das ist in den Gesellschaften des Privatrechts (zumindest auch) die Gesellschafterversammlung. Deren Mitglieder wirken durch Stimmabgabe an der Willensbildung mit. Doch ist die Stimmabgabe streng vom Organakt der Willensbildung zu scheiden, dessen

10 *Altmeyden* (Fn. 9), Anh. § 47 Rn. 54; *Noack*, in: *Noack/Servatius/Haas* (Hrsg.) (Fn. 3), Anh. § 47 Rn. 118 jew. m.w.N.

11 *Begr. RegE BT-Drs. 19/27635*, S. 226.

12 *Altmeyden* (Fn. 9), § 47 Rn. 48 m.w.N.

13 *v. Gierke*, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1897, S. 634, 672 ff. m.w.N.