

# Virtuelle Beschlussfassung in Kapitalgesellschaften und Vereinen

Schindler / Schaffner

2021

ISBN 978-3-406-76057-0

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Die **zweite** Überlegung betrifft das klassische schriftliche Verfahren und die Ermöglichung einer Mischform aus einer Kombination von **Präsenz- oder Onlineversammlung plus schriftlichem Verfahren**. Aufgrund der Entscheidung des BGH vom 16.1.2006<sup>726</sup> ist Letzteres nur möglich, wenn eine entsprechende Ermächtigung in der Satzung vorgesehen ist. Ein kombiniertes Verfahren würde hingegen zur Nichtigkeit der entsprechend gefassten Beschlüsse führen<sup>727</sup>. **499**

Das einfache **schriftliche Verfahren**, das nur eine Wiederholung von § 48 Abs. 2 GmbHG wäre, muss in der Satzung nicht vorgesehen werden. Überlegenswert ist aber, das schriftliche Verfahren etwaigen **Mehrheitsbeschlüssen** zu öffnen und ein bestimmtes **Quorum** vorzusehen, mit dem auch gegen den Willen einzelner Minderheitsgesellschafter im schriftlichen Verfahren abgestimmt werden kann. Damit wird die Regelung in die Satzung übernommen, die § 2 COVMG während seiner Geltungsdauer auch ohne eine solche Satzungsermächtigung zulässt. Allerdings vermeidet hier eine ausgearbeitete Satzungsklausel die Rechtsunsicherheit, die § 2 COVMG durch seine apodiktische Kürze<sup>728</sup> ausgelöst und die zu einer lebhaften wissenschaftlichen Diskussion geführt hat<sup>729</sup>. **500**

Die **dritte** Überlegung zur Art des Verfahrens betrifft dann die modernen Formen der virtuellen Beschlussfassung und deren Ausgestaltung. Bei der Entscheidung, welche Formen möglich sein sollen, lässt sich dabei mit der **Typisierung** arbeiten, wie wir sie oben in § 1 B. (→ Rn. 10) beschrieben haben. Soll die größtmögliche **Flexibilität** bestehen, ist die Satzungsregelung so zu konzipieren, dass neben dem Typus 1 (**teilvirtuelle** Beschlussfassung mit audiovisueller Beteiligung der nicht physisch anwesenden Organmitglieder) auch die drei anderen Arten der vollständig virtuellen Gesellschafterversammlung möglich sind. Weit verbreitet sind Typus 2 und 3 (**virtuelle** Versammlung mit Teilnahme aller Gesellschafter, entweder mit Ton- und Bildübertragung oder nur mit Tonübertragung). Bislang sehr selten ermöglicht wird die Versammlung als reiner **Internet-Chat** oder über **Messengerdienste** (WhatsApp, Telegram), an der alle Gesellschafter nur noch in Textform teilnehmen. Aber auch die Zulassung dieser Form der Versammlung ist in der GmbH aufgrund der weitreichenden Satzungsautonomie möglich. **501**

## 2. Kompetenz zur Entscheidung über die Art der Gesellschafterversammlung

Soll in der Satzung die vorstehend beschriebene Flexibilität gewahrt werden, muss die Satzung so formuliert sein, dass sie alle oder viele der vorstehend beschriebenen Möglichkeiten erfasst. Es stellt sich sodann aber die Frage, welches Organ über die Art der Gesellschafterversammlung entscheidet, die durchgeführt werden soll und ob diese Entscheidungskompetenz einer ausdrücklichen Regelung bedarf. **502**

Einer ausdrücklichen Regelung bedarf die **Entscheidungskompetenz** nur, wenn von den gesetzlichen Vorgaben abgewichen werden soll. § 49 Abs. 1 GmbHG schreibt **503**

<sup>726</sup> BGH II ZR 135/04, NJW 2006, 2044 = NZG 2006, 428.

<sup>727</sup> BGH II ZR 135/04, NJW 2006, 2044 = NZG 2006, 428; ausführlich → Rn. 471 ff.

<sup>728</sup> *Wettich* WPg 2020, 535 (539): „Der Gesetzgeber hat es bei einer schmalen Regelung belassen (...)“

<sup>729</sup> Hierzu im Einzelnen → Rn. 576 ff..

vor, dass die Versammlung der Gesellschafter durch die **Geschäftsführer** berufen wird. Sieht die Satzung neben der Präsenzversammlung auch die verschiedenen Varianten virtueller Versammlung vor, entscheidet diese Frage demnach grundsätzlich derjenige Geschäftsführer, der die **Einladung ausspricht**<sup>730</sup>. Da jeder Geschäftsführer die Einladung einzeln und unabhängig von den Vertretungsregeln aussprechen kann<sup>731</sup>, muss die Satzung oder eine Geschäftsordnung für die Geschäftsführer Vorkehrungen treffen, wenn die Entscheidung zur Abhaltung einer virtuellen Versammlung immer einer vorangehenden Entscheidung aller Geschäftsführer unterliegen soll.

- 504 Sieht die Satzung die Einladungskompetenz auch für **andere Organe** vor (zB durch den Aufsichtsrat oder einen Beirat), können diese bei entsprechender Satzungsermächtigung ebenfalls frei entscheiden, ob sie zu einer virtuellen Versammlung oder einer Präsenzversammlung einladen. Gleiches gilt auch bei Ausübung des **Selbsthilferechts** durch einzelne Gesellschafter gemäß § 50 Abs. 3 GmbHG, da diese die Einladung dann unter Beachtung der Satzungsregelungen zur Einladung<sup>732</sup> selbst bewirken können. Dies schließt bei entsprechender Satzungsregelung die virtuelle Gesellschafterversammlung mit ein.

### 3. Umfang und Grenzen der Satzungsregelungen zu Einladung und Verfahrensablauf

#### a) Regelung der Einladung zu einer virtuellen Versammlung

- 505 Für die Gestaltung der Regeln zur Einladung zu einer virtuellen Gesellschafterversammlung (egal welchen Typus) ist zu beachten, dass das gesetzliche Grundkonzept gemäß § 51 Abs. 1 GmbHG für die **Form der Einladung** den eingeschriebenen **Brief** vorsieht. Enthält die Satzung keine abweichende Regelung, muss also auch die Einladung zu einer virtuellen Versammlung auf diese Weise erfolgen.
- 506 Soll eine der virtuellen Versammlung angepasste Einladung mit modernen Kommunikationsmitteln, insbesondere per **E-Mail** erfolgen, muss dies ausdrücklich in der Satzung verankert werden. Weiterhin umstritten ist allerdings, ob von der Einladung mittels eingeschriebenen Briefes überhaupt abgewichen werden kann, die Regelung des § 51 Abs. 1 S. 1 GmbHG also zwingendes Recht ist<sup>733</sup>. Nach zutreffender hM ist die Vorschrift dispositiv<sup>734</sup>, so dass in der Satzung auch jede andere Form der Einladung vorgesehen werden kann, die rechtssicher ermöglicht, dass alle Gesellschafter zu einer Versammlung eingeladen werden. Ansonsten gelten auch für die Einladung zu einer virtuellen Gesellschafterversammlung die allgemeinen Regeln.

<sup>730</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 49 Rn. 12.

<sup>731</sup> BGH IX ZB 32/15, NZG 2016, 552 (554); Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 49 Rn. 3; BeckOK GmbHG/Schindler § 49 Rn. 15; Lutter/Hommelhoff/Bayer GmbHG § 49 Rn. 3; MHLS/Römermann GmbHG § 49 Rn. 34f.; Scholz/Seibt GmbHG § 49 Rn. 4; MüKoGmbHG/Liebscher § 49 Rn. 17.

<sup>732</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 50 Rn. 19.

<sup>733</sup> So: MHLS/Römermann GmbHG § 51 Rn. 119; Ulmer/Habersack/Löbbecke/Hüffer GmbHG, 1. Aufl., § 51 Rn. 36.

<sup>734</sup> OLG Hamm 8 U 51/91, DB 1992, 263 (264); OLG Jena 6 W 497/95, GmbHR 1996, 536 (537) = DNotZ 1997, 84; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 51 Rn. 39; BeckOK GmbHG/Schindler § 51 Rn. 4; MüKoGmbHG/Liebscher § 51 Rn. 37; Ulmer/Habersack/Löbbecke/Hüffer/Schürmbrand GmbHG § 51 Rn. 37.

**Recht zur Einberufung:** Vorzusehen ist zunächst, welches Organ bzw. welche Person die Einberufung vornehmen kann. Enthält die Satzung hierzu keine Regelung, berufen die **Geschäftsführer** die Versammlung ein (§ 49 Abs. 1 GmbHG), bei Bestehen eines **Aufsichtsrats** ggf. auch dieser (§§ 52 Abs. 1, 111 Abs. 3 AktG). Die Einladungskompetenz kann aber auch einem anderen Organ (zB Beirat) oder direkt Gesellschaftern mit einem bestimmten Beteiligungsquorum in der Satzung zugesprochen werden. 507

Darüber hinaus ist eine **Einladungsfrist** und ggf. eine ergänzende Frist zur Übermittlung der **Tagesordnung** vorzusehen, wenn beides nicht zeitgleich erfolgen soll. Enthält die Satzung keine ausdrückliche Regelung, gilt für die Einberufung die **Mindestfrist** von einer Woche (§ 51 Abs. 1 S. 2 GmbHG) und für die Ankündigung von Gegenständen zur Tagesordnung die Mindestfrist von drei Tagen vor der Versammlung (§ 51 Abs. 4 GmbHG). Im Interesse einer ordnungsgemäßen Vorbereitung zur Gesellschafterversammlung sind insoweit aber längere Fristen zweckmäßig und üblich. Für die Einladungsfrist sind dies sehr häufig **zwei bis drei Wochen**. 508

Zuletzt können auch Regelungen zu **Gegenanträgen** bzw. dem **Verlangen nach weiteren Beschlussgegenständen** durch die Gesellschafter mit korrespondierenden Fristen aufgenommen werden. Enthält die Satzung hierzu keine Regelung, gilt dann auch für die virtuelle Gesellschafterversammlung der § 50 Abs. 2 GmbHG, wonach Gesellschafter, deren Geschäftsanteile mindestens dem zehnten Teil des Stammkapitals entsprechen, das Recht haben zu verlangen, dass Gegenstände zur Beschlussfassung der bereits anberaumten Versammlung angekündigt werden. Das Verlangen muss dabei so rechtzeitig erfolgen, dass die Geschäftsführung mindestens noch die **Drei-Tages-Frist** des § 51 Abs. 4 GmbHG einhalten kann<sup>735</sup>. 509

#### b) Regelungen zum Ablauf

Regelungen zum Ablauf der Gesellschafterversammlung sehen GmbH-Satzungen selten vor. Hierdurch wird eine größtmögliche Flexibilität erreicht, da die Organisationshoheit grundsätzlich den einladenden Geschäftsführern obliegt. Während der Versammlung entscheidet dann über den Verfahrensablauf der von den Gesellschaftern gewählte oder kraft Satzung amtierende **Versammlungsleiter**<sup>736</sup>. 510

Für virtuelle Gesellschafterversammlung gilt insoweit nichts Abweichendes. Als Mindestregel sollte aber auch für virtuelle Versammlungen in der Satzung klar festgelegt werden, wer die Versammlung leitet, sofern die Gesellschafter nicht durch Beschluss jemand anderes bestimmen. Dies gilt vor allem für die Versammlung des Typus 4, da ohne Ton- und Bildübertragung gerade im reinen Internet-Chat ein Versammlungsleiter in Textform den Verfahrensablauf sicherstellen und damit für eine geordnete Beschlussfassung sorgen muss. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Kommunikation im Netz einem Zufallsprinzip folgt und ein eher chaotischer Verlauf Zweifel an einer wirksamen Beschlussfassung aufkommen lässt. Aber auch alle anderen Formen virtueller Versammlungen mit Bild- und Tonübertragung erfordern eine sorgfältige Koordinierung des Verfahrensablaufs und die Sicherstellung der **Gleichbehandlung** aller Gesellschafter. Bei gemischten audiovisuellen Konferenzen betrifft dies dann die **Koordinierung der Fragen** der physisch und der online teilnehmenden 511

<sup>735</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 50 Rn. 14; BeckOK GmbHG/Schindler § 50 Rn. 32; MHLS/Römermann GmbHG § 50 Rn. 104; MüKoGmbHG/Liebscher § 50 Rn. 44.

<sup>736</sup> Vgl. zu den Aufgaben des Versammlungsleiters: Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 48 Rn. 17; BeckOK GmbHG/Schindler § 48 Rn. 43; Wicke GmbHG § 48 Rn. 3.

Gesellschafter, so dass beide Gesellschaftergruppen in gleicher Weise zu Wort kommen und ihre Gesellschafterrechte ausüben können.

**c) Regelungen zur Einschränkung von Teilhaberechten, insbesondere von Auskunfts- und Rederecht, in der Versammlung**

- 512 Eine aus Sicht der Gesellschafter bedeutsame Frage ist, inwieweit durch Satzungsregelung oder ggf. auch nur durch Satzungsermächtigung **einzelne Teilhaberechte** in der Gesellschafterversammlung **ausgeschlossen** oder **beschränkt** werden können. Wie oben im Einzelnen dargelegt, lässt § 118 Abs. 1 S. 2 AktG zu, dass die Aktionärsrechte der nicht in der Präsenzversammlung anwesenden Aktionäre bei der teilvirtuellen Hauptversammlung beschränkt werden. Dies betrifft vor allem das Auskunfts- und Rederecht. Gerechtfertigt ist dies, da die Aktionäre bei der gemischten Hauptversammlung grundsätzlich das Recht haben, auch an der Präsenzversammlung teilzunehmen. § 1 Abs. 2 S. 2 COVMG geht für die Hauptversammlungen des Jahres 2020 allerdings noch weiter und ermöglicht es dem Vorstand, das Fragerecht aus der rein virtuellen Versammlung selbst zu verbannen, wenn er zugleich die Möglichkeit eröffnet, dass **Fragen** bis spätestens zwei Tage vor der Versammlung **eingereicht** werden.
- 513 Ob im Aktienrecht vergleichbare Einschränkungen von Teilhaberechten in virtuellen Gesellschafterversammlungen einer GmbH möglich sind, wird bislang wenig diskutiert. Für die Zulässigkeit derartiger Regelungen spricht uE die weitreichende **Satzungsautonomie** gemäß § 45 Abs. 1 GmbHG. Allerdings ist zu beachten, dass **Auskunfts- und Rederecht** wichtige Bestandteile des Teilnahmerechts der Gesellschafter sind<sup>737</sup>, das in seinem Kern ein unverzichtbares und unentziehbares Individualrecht ist<sup>738</sup>. Allerdings geht selbst der BGH davon aus, dass das Teilnahmerecht in der GmbH-Satzung ebenso wie das Stimmrecht geregelt werden kann, soweit dadurch nicht in den unverzichtbaren Kernbereich der Mitgliedschaft eingegriffen wird<sup>739</sup>. Der **unverzichtbare Kernbereich** des Teilnahmerechts als Ausfluss der Mitgliedschaft sei grundsätzlich erst dann berührt, wenn dem Gesellschafter eine von seinem eigenen Willen getragene Wahrnehmung seiner Gesellschafterrechte nicht mehr zugestanden wird<sup>740</sup>.
- 514 Legt man diese Maßstäbe zugrunde, muss man zunächst zwischen den einzelnen Typen der virtuellen Mitgliederversammlung differenzieren. Sieht die Satzung nur den Typus 1 als „gemischte Versammlung“ vor, bestehen gegen die Einschränkungen von Auskunfts- und Rederecht der nur zugeschalteten Gesellschafter keine Bedenken. Da die virtuelle Teilnahme nur ein **Zusatzangebot** ist und die Möglichkeit besteht, am Versammlungsort selbst mit allen Rechten teilzunehmen, hat es der Gesellschafter selbst in der Hand zu entscheiden, welche Form der Teilnahme er wählt. Die Satzung kann daher eine nur eingeschränkte Rechtswahrnehmung für diese Teilnehmer vorsehen.

<sup>737</sup> MHLS/Römermann GmbHG § 48 Rn. 133; Reichert/Bochmann GmbHR 2020, R 132 (R 133).

<sup>738</sup> OLG Dresden 8 U 347/16, GmbHR 2016, 1149 (1050 f.) = NJW-RR 2016, 1374; BeckOK GmbHG/Schindler § 48 Rn. 34; Bochmann GmbHR 2017, 558 (561); MüKoGmbHG/Reichert/Weller § 14 Rn. 85; Ulmer/Habersack/Löbbecke/Hüffner/Schürmbrand § 48 Rn. 12, 21; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 48 Rn. 6; Lutter/Hommelhoff/Bayer GmbHG § 48 Rn. 3; Scholz/Seibt GmbH § 14 Rn. 40; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz § 14 Rn. 18; Wicke GmbHG § 14 Rn. 5.

<sup>739</sup> BGH II ZR 18/88, NJW-RR 1989, 347 (348).

<sup>740</sup> BGH II ZR 18/88, NJW-RR 1989, 347 (348).

Kritischer ist dies hingegen für jede Form der „**echten**“ **virtuellen Versammlung** 515 ohne eine flankierende Präsenzversammlung (Typus 2 und 3). Da eine vom eigenen Willen getragene Entscheidung auch ausreichende Information über die Hintergründe des jeweiligen Beschlussgegenstands erfordert, ließe sich dort vertreten, dass eine **Einschränkung von Auskunfts- und Rederecht** (was in Typus 4 zum textlichen Äußerungsrecht im Internet-Chat wird) unzulässig ist bzw. zumindest, wie in § 1 Abs. 2 S. 2 COVMG normiert, ein der Versammlung vorgelagertes Fragerecht vorgesehen werden muss.

Zu beachten ist hierbei allerdings der grundlegend strukturelle Unterschied der Auskunfts- und Informationsrechte in Aktiengesellschaft und GmbH. Während in der AG der Informationsanspruch des Aktionärs gegenüber dem Vorstand grundsätzlich nur in der Hauptversammlung ausgeübt werden kann<sup>741</sup>, hat der Gesellschafter den Auskunfts- und Informationsanspruch nach **§ 51a GmbHG**. Dieser Anspruch ist zwingend und kann durch die Satzung nicht ausgeschlossen werden (§ 51 Abs. 3 GmbHG). Der Unterschied zwischen beiden Gesellschaftsformen rechtfertigt es uE, dass die Satzung für die virtuelle Gesellschafterversammlung der GmbH grundsätzlich ein Frage- und Rederecht **während** der Gesellschafterversammlung ausschließen kann, da das Auskunftsrecht nicht auf die Gesellschafterversammlung beschränkt ist. Dies kann durch eine ausdrückliche Regelung geschehen oder mittelbar, indem die Satzung die Geschäftsführung zu einem solchen Ausschluss ermächtigt. Jeder Gesellschafter hat dann aber das Recht, das Auskunfts- und Informationsrecht gemäß § 51a GmbHG bereits **im Vorfeld** einer Gesellschafterversammlung einzufordern. Wird dem rechtzeitig gestellten Verlangen nicht entsprochen, besteht die Gefahr, dass der nachfolgende Gesellschafterbeschluss anfechtbar ist.

**Fazit:** Zweckmäßiger ist es daher, in der Satzung **keinen Ausschluss von Rede- und Fragerechten** vorzusehen und auch in der virtuellen Versammlung das Teilnahmerecht mit all seinen Facetten annähernd so zu ermöglichen, wie es auch in der Präsenzversammlung der Fall wäre. Wer auch hier eine größtmögliche Flexibilität haben will, kann aber gleichwohl eine Ermächtigung an die Geschäftsführung vorsehen, die Rechte während der virtuellen Versammlung einzuschränken. 517

#### 4. Regelungen zur Feststellung des Beschlussergebnisses und zur Protokollierung

Anders als bei der Aktiengesellschaft, ist für die Wirksamkeit von Beschlüssen in der GmbH eine **Beschlussfeststellung** von Gesetzes wegen als konstituierende Voraussetzung nicht vorgeschrieben<sup>742</sup>. Eine solche Beschlussfeststellung kann als Wirksamkeitsvoraussetzung aber in der Satzung festgelegt werden. Bei virtuellen Gesellschafterversammlungen jeglichen Typus ist dies nicht anders. Desto weiter sich die virtuelle Versammlung, insbesondere bei Typus 3 und 4, von der Präsenzversammlung entfernt und die Gesellschafter das Ergebnis der Abstimmung nicht mehr unmittelbar wahrnehmen können, desto eher kann die Verankerung einer zwingenden Beschlussfeststellung durch den Versammlungsleiter zweckmäßig sein. In jedem Fall vorzuse-

<sup>741</sup> Vgl. nur Hüffer/Koch/Koch AktG § 131 Rn. 1.

<sup>742</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 47 Rn. 26; BeckOK GmbHG/Schindler § 48 Rn. 65.

hen ist eine **Ergebnisverkündung** des **Versammlungsleiters** in der Versammlung, damit die übrigen teilnehmenden Gesellschafter unmittelbar das Beschlussergebnis wahrnehmen können. Dies gilt für die teilvirtuelle Versammlung ebenso wie für die Versammlungen des Typus 2, 3 oder 4.

- 519 Noch wichtiger ist es uE allerdings, für die Versammlung eine **Protokollierungspflicht** in der Satzung vorzusehen. Auch hier schreibt das GmbH-Recht, anders als das Aktienrecht, eine Pflicht zur Protokollierung der Beschlüsse nicht generell vor<sup>743</sup>. Ausgenommen ist nur die Beschlussfassung in der **Einmanggesellschaft** und die Protokollierung durch den Notar bei den Beschlussgegenständen, die – wie Satzungsänderungen oder Maßnahmen nach dem Umwandlungsgesetz – der notariellen Protokollierung bedürfen.
- 520 Bei sämtlichen Formen der virtuellen Versammlung ist eine durch die Satzung festgeschriebene Protokollierung auch außerhalb der vorgenannten Beschlussgegenstände zweckmäßig und sinnvoll, da hierdurch ein Minimum an **Rechtssicherheit** über das Ergebnis der Abstimmung erreicht wird<sup>744</sup>. Bei der gemischten Versammlung mit nachträglicher schriftlicher Abstimmung einzelner Gesellschafter wird erst durch die Mitteilung des Beschlussergebnisses über das Protokoll allen Gesellschaftern bekannt gemacht, wie auch die nicht anwesenden Gesellschafter abgestimmt haben. Ohne eine solche Bekanntgabe blieben die **abwesenden Gesellschafter** ohne Kenntnis vom Beschlussergebnis. Bei den virtuellen Versammlungen des Typus 1 und 2 müssen die Stimmen der virtuell teilnehmenden Gesellschafter erfasst und gegenüber der Versammlung verkündet werden, damit alle vom Ergebnis einer Abstimmung Kenntnis nehmen können. Bei der offenen Abstimmung, die per Bild von allen Gesellschaftern verfolgt werden kann, ist dies weniger zwingend. Allerdings ist das Ergebnis auch dann immer festzuhalten, damit nachvollzogen werden kann, ob alle Stimmen richtig gezählt und etwaige Stimmverbote in rechtlich zutreffender Weise berücksichtigt wurden. Erst die Erfassung des Beschlussergebnisses in einem Protokoll macht das Ergebnis auch für die Gesellschafter transparent, die weder physisch noch virtuell teilgenommen haben. Gleiches gilt für die virtuellen Versammlungen des Typus 3 und 4, wobei hier wegen der fehlenden physischen und optischen Präsenz zusätzlich die optische Wahrnehmung des Abstimmungsvorgangs fehlt, so dass die Protokollierung auch für die virtuell teilnehmenden Gesellschafter eine besondere Bedeutung bekommt<sup>745</sup>.
- 521 **Fazit:** Im Ergebnis sollte daher weder eine Regelung zur Verkündung des Beschlussergebnisses in bzw. während der virtuellen Versammlung noch eine Pflicht zur Protokollierung in der Satzungsregelung fehlen.

<sup>743</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 48 Rn. 22; BeckOK GmbHG/Schindler § 48 Rn. 48.

<sup>744</sup> BeckOK GmbHG/Schindler § 48 Rn. 48. Allgemein zur Zweckmäßigkeit: Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG § 48 Rn. 23; Goette/Goette GmbH § 7 Rn. 78; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner GmbHG § 48 Rn. 17; Ulmer/Habersack/Löbbe/Hüffer/Schürnbrand GmbHG § 48 Rn. 38; Wicke GmbHR 2017, 777 (785 f.).

<sup>745</sup> Lieder FS Vetter, 2019, S. 419 (423).



## 5. Einschränkung des Anfechtungsrechts

Das Beschlussmängelrecht, insbesondere das Recht, Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage zu erheben, gehört zu den im Kern **unentziehbaren Individualrechten**<sup>746</sup>. Gleichwohl ist anerkannt, dass es im Prinzip Binnenorganisationsrecht bleibt und sowohl die Frage nach der Art des Anfechtungsgegenstandes als auch formale Fragen des Anfechtungsverfahrens (zB Rügeobliegenheit, Anfechtungsfrist) einer Satzungsregelung zugänglich sind<sup>747</sup>. 522

Für die virtuelle Gesellschafterversammlung, die durch elektronische Zuschaltung oder Zusammenschaltung der Gesellschafter abgehalten wird, stellt sich vor allem die Frage, ob technische Mängel, die bei einzelnen Gesellschaftern eine Verfolgung der Versammlung oder die Abstimmung selbst beeinträchtigen oder gar verhindern, als Anfechtungsgrund ausgeschlossen werden können. Einen solchen Ausschluss sieht § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG für die (teil-)virtuelle Hauptversammlung in der AG vor. § 1 Abs. 7 COVMG hat diesen Anfechtungsausschluss während der Dauer der Geltung des COVMG nochmals erweitert. 523

Beide Regelungen gelten für die GmbH nicht unmittelbar. Inzwischen vertritt aber ein Teil des Schrifttums, dass jedenfalls § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG analog auch auf die GmbH Anwendung finde<sup>748</sup>. Dem ist, wie nachfolgend im Einzelnen noch ausgeführt wird<sup>749</sup>, zuzustimmen. Aufgrund des Rückgriffs der Rechtsprechung auf die §§ 241, 243 AktG für das Beschlussmängelrecht der GmbH müssen auch die gesetzlichen Regelungen zum **Anfechtungsausschluss** entsprechend **gelten**. Instanzgerichtliche Rechtsprechung zur Anwendbarkeit von § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG im GmbH-Recht gibt es bislang aber, soweit ersichtlich, nicht. Außerdem findet die Regelung mangels anderweitiger Möglichkeiten im Aktienrecht – außerhalb der Sonderregelung von § 1 COVMG – nur auf die teilvirtuelle Hauptversammlung Anwendung. Dies gilt dann entsprechend auch für die GmbH. 524

Da die Anwendbarkeit von § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG im GmbH-Recht keineswegs als gesichert angesehen werden kann, ist zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten zu empfehlen, in der GmbH-Satzung, die die Möglichkeit zu virtuellen Gesellschafterversammlungen verankert, auch einen ausdrücklichen Anfechtungsausschluss bei elektronischen Übermittlungsproblemen für alle Formen der virtuellen Gesellschafterversammlung aufzunehmen. Der Satzungsgeber kann dabei den Gestaltungsspielraum nutzen, der im Aktienrecht für die teilvirtuelle Hauptversammlung eröffnet wird und auch solche Übermittlungsfehler ausschließen, die durch die Gesellschaft nur leicht fahrlässig verursacht wurden<sup>750</sup>. Da die Ausgestaltung der zur Anfechtung berechtigenden Verfahrensverstöße einer Satzungsgestaltung zulässig ist<sup>751</sup>, sind Regelungen, die denen des § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG entsprechen, auch in GmbH-Satzungen für alle Formen der virtuellen Gesellschafterversammlungen zulässig. 525

<sup>746</sup> BeckOK GmbHG/Schindler § 45 Rn. 12; MHLS/Römermann GmbHG § 45 Rn. 63; Roth/Altmeppen/Altmeppen GmbHG § 45 Rn. 21; Scholz/Schmidt GmbHG § 45 Rn. 1; Ulmer/Habersack/Löbbe/Hüffer/Schürnbrand GmbHG § 45 Rn. 32; MüKoGmbHG/Liebscher § 45 Rn. 14, 130; Wicke GmbHG § 14 Rn. 5.

<sup>747</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG Anh. § 47 Rn. 28.

<sup>748</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG Anh. § 47 Rn. 130a.

<sup>749</sup> Zur Begründung s. nachfolgend → Rn. 571 ff..

<sup>750</sup> Vgl. zum Verschuldensmaßstab in der AG Hüffer/Koch/Koch AktG § 243 Rn. 44.

<sup>751</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack GmbHG Anh. § 47 Rn. 28.

## 6. Hinweis auf Musterklauseln

- 526 In § 5B.I Rn. 768 ff. haben wir Beispiele für Klauseln in GmbH-Satzungen aufgenommen, die entweder eine Ermächtigung für alle möglichen Typen virtueller Gesellschafterversammlungen oder nur für einzelne Teile davon vorsehen. In die Klauselgestaltung sind die vorstehenden, in § 3 A.II.1 bis § 3 A.II.5 besprochenen Punkte und Erwägungen eingeflossen.

### III. Einführung einer Satzungsermächtigung durch nachträgliche Satzungsänderung

- 527 Die vorstehend beschriebenen Satzungsregelungen können bei Neugründungen in der Ursprungssatzung vorgesehen werden oder nachträglich durch notariell zu beurkundenden Gesellschafterbeschluss in die Satzung einer GmbH eingefügt werden. Da der Eingriff in den **Kernbereich** des unentziehbaren Teilnahmerechts nur mit **Zustimmung aller Gesellschafter** erfolgen kann<sup>752</sup>, stellt sich allerdings die Frage, ob bei nachträglicher Satzungsänderung ein Beschluss der Gesellschafter mit satzungsändernder Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen iSd § 53 Abs. 2 S. 1 ausreicht (sofern die Satzung nicht ein strengeres Mehrheitserfordernis für Satzungsänderungen vorsieht) oder ob der Beschluss nur mit Zustimmung aller Gesellschafter gefasst werden kann.
- 528 Diese Frage wurde für die unterschiedlichen Formen der virtuellen Gesellschafterversammlung bislang kaum diskutiert. Weitgehende Einigkeit besteht im Schrifttum nur, dass eine Satzungsänderung, die eine **Präsenzversammlung ganz beseitigt** und stattdessen ein (rein) schriftliches Verfahren der Beschlussfassung vorsieht oder die Voraussetzung für die Durchführung eines solchen schriftlichen Verfahrens erleichtert, mit Zustimmung **aller** Gesellschafter erfolgen muss<sup>753</sup>. Hierfür spreche, dass dem Gesellschafter sein Individualrecht auf die Teilnahme an der Gesellschafterversammlung durch ein solches Verfahren genommen werde oder es jedenfalls, wenn die Entscheidungsbefugnis hierüber der Geschäftsführung oder der einfachen Mehrheit der Gesellschafter übertragen werde, der Disposition Dritter unterstellt würde<sup>754</sup>.
- 529 Intensiv diskutiert werden auch die Mehrheitsverhältnisse für die nachträgliche Einführung eines **kombinierten Präsenzverfahrens mit schriftlicher Abstimmung**. Ein Teil des Schrifttums fordert hier eine Zustimmung aller Gesellschafter<sup>755</sup>. Zur Begründung wird angeführt, dass das Teilnahmerecht der präsenten Mitglieder durch ein solches Verfahren ausgehöhlt würde, da die an der schriftlichen Abstimmung teilnehmenden Gesellschafter nicht mehr für einen Informations- und Meinungsaustausch zur Verfügung stünden. Es gehöre jedoch zum Kernbereich der Mitgliedschaft, an der Gesellschafterversammlung teilnehmen und auf die Willensbildung Einfluss

<sup>752</sup> BeckOK GmbHG/Schindler § 48 Rn. 34 mwN.

<sup>753</sup> MüKoGmbHG/Liebscher § 48 Rn. 175, 178; Roth/Altmeppen/Altmeppen GmbHG § 48 Rn. 48; Ulmer/Habersack/Löbbe/Hüffer/Schürnbrand GmbHG § 48 Rn. 61.

<sup>754</sup> Roth/Altmeppen/Altmeppen GmbHG § 48 Rn. 48; MüKoGmbHG/Liebscher § 48 Rn. 175, 178.

<sup>755</sup> Wernicke/Albrecht GmbHR 2010, 393 (399 f.); Ulmer/Habersack/Löbbe/Hüffer/Schürnbrand GmbHG § 48 Rn. 62.