

RA Dr. Rolf Leinekugel, Stuttgart

GmbH-Gesellschafterversammlungen per Telefon oder Videokommunikation gem. § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG nach Inkrafttreten des DiREG

– Möglichkeiten, Anforderungen, Interessenlagen und Satzungsgestaltungen für Beschlussfassungen in Konferenzschaltungen –

Dr. Rolf Leinekugel ist RA und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Partner bei OPPENLÄNDER Rechtsanwälte, Stuttgart.
Kontakt: autor@der-betrieb.de

Das am 01.08.2022 in weiten Teilen in Kraft getretene DiREG regelt erstmals die Durchführung einer GmbH-Gesellschafterversammlung per Telefon- oder Videokonferenz bzw. als Hybrid-Versammlung. § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG verlangt hierfür das Einverständnis sämtlicher Gesellschafter. Der nachfolgende Beitrag behandelt die Auswirkungen der Neuregelungen und gibt praxisrelevante Hinweise.

I. Einführung

Das DiREG¹ ermöglicht seit 01.08.2022 auch allen Gesellschaften in der Rechtsform einer GmbH die Durchführung einer Gesellschafterversammlung und damit die rechtssichere Fassung von Gesellschafterbeschlüssen per Videokommunikation.² Die Möglichkeiten, Anforderungen und Grenzen einer Beschlussfassung per Videokommunikation sind dabei ähnlich, aber nicht identisch mit denjenigen einer Beschlussfassung auf schriftlichem Wege. Für Gesellschafter und ihre Berater ergibt sich durch diese geradezu epochale digitalisierungsbedingte Fortentwicklung des GmbH-Rechts vor allem das Bedürfnis nach sinnvollen Satzungsgestaltungen.

Im GmbH-Recht gab es die bei Ausbruch der COVID-19-Pandemie für die mitgliederstarken Körperschaften AG³, Verein⁴ und Genossenschaft⁵ geschaffene Möglichkeit zunächst nicht, Beschlüsse in virtuellen Versammlungen zu fassen. Auch für GmbHs hatte der Pandemiegesetzgeber aber Beschlussfassungen erleichtert und mit § 2 COVMG⁶ stattdessen die Möglichkeit geschaffen, versammlungslose Gesellschafterbeschlüsse in Textform oder durch schriftliche Abgabe der Stimmen auch

ohne Einverständnis sämtlicher Gesellschafter zu fassen.⁷ Das Fehlen gesetzlicher Sonderregelungen zu virtuellen GmbH-Gesellschafterversammlungen wurde ganz überwiegend als misslich empfunden, da die Kontaktbeschränkungen und pandemiebedingten Sonderregelungen die Gesellschafter einer GmbH in gleicher Weise trafen.⁸ Auch in der Rechtsform der GmbH mit ihrem überwiegend personalistisch geprägten Gesellschafterkreis gab es ein großes praktisches Bedürfnis, Beschlüsse über Microsoft-Teams, Zoom oder auf anderem virtuellen Wege zu fassen. Die Gesetzesbegründung des DiREG hob dazu zutreffenderweise hervor, dass der Austausch in Konferenzschaltungen, sei es per Telefon oder Videoschaltung, in Gremien und Organen immer mehr zum Normalfall wurde, woraus die Erwartungshaltung der Rechtsanwender resultierte, dass auch GmbH-Gesellschafterbeschlüsse auf diese Weise wie in einer Präsenzversammlung gefasst werden können.⁹

Viele GmbH-Satzungen enthalten für eine Beschlussfassung per Telefon- oder Videokommunikation aber keine entsprechende Ermächtigung. Ausgehend von dem traditionellen Verständnis der Gesellschafterversammlung als Präsenzversammlung führte das Fehlen einer Satzungsregelung in der Praxis bis zum Inkrafttreten des DiREG zu erheblichen Unsicherheiten betreffend die Wirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen, die in Telefon- und Videokonferenzen gefasst wurden, ohne dass diese Abstimmungsform gesellschaftsvertraglich vorgesehen war. Die zu Beginn der Pandemie wohl h.M. ging davon aus, dass es sich bei einer ohne entsprechende Satzungsermächtigung per Videokommunikation durchgeführten Beschlussfassung selbst bei Einverständnis und Teilnahme sämtlicher Gesellschafter um ein nicht zugelassenes Abstimmungsverfahren i.S.v. § 241 Nr. 1 AktG handelte und dass die ohne Satzungsermächtigung mittels Videokommunikation gefassten Beschlüsse nicht bloß anfechtbar, sondern von Anfang an unheilbar nichtig waren.¹⁰ Dafür

1 Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 15.07.2022, BGBl. I 2022 S. 1146.

2 Soweit in diesem Beitrag der besseren Lesbarkeit halber nur von „Videokommunikation“ gesprochen wird, ist damit zugleich auch eine fernmündliche/telefonische Versammlung gemeint, soweit der Beitrag nicht ausdrücklich eine Einschränkung macht.

3 Dazu etwa LG Köln vom 26.02.2021 – 82 O 53/21, BeckRS 2021, 7073; Hüffer/Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 118 Rn. 31; Herrler, in: Grigoleit, AktG, 2. Aufl. 2020, § 118 Rn. 36a.

4 Dazu etwa OLG München vom 23.11.2020 – 31 Wx 405/20, NZG 2021 S. 79; Schöpflin, in: BeckOK BGB, 63. Ed. Stand 01.08.2022, § 32 Rn. 24; Fisch, NZG 2020 S. 512 (513); Schwenn/Blacher, npoR 2020 S. 154.

5 Dazu etwa Römermann/Gruppe, in: Römermann, COVInsAG, 2. Aufl. 2020, Teil 2 Gesellschaftsrecht § 3 Genossenschaften Rn. 270.

6 Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der Covid-19-Pandemie vom 27.03.2020, BGBl. I 2020 S. 569.

7 Zu den Anforderungen an eine Beschlussfassung im erleichterten Umlaufverfahren nach § 2 COVMG etwa Otte/Dietlein, BB 2020 S. 1163; Leinekugel, COVuR 2020 S. 622; Reichert/Knoche, GmbHR 2020 S. 1; Bayer/Möller, GmbHR 2021 S. 461, und speziell zur Problematik des Verhältnisses von § 2 COVMG zu älteren, strengeren Satzungsregelungen LG Stuttgart vom 25.01.2021 – 44 O 52/20 KfH, GmbHR 2021 S. 384 (385); LG Magdeburg vom 14.07.2020 – 31 O 42/20, BeckRS 2020, 45405, Rn. 21; Kauffeld/Vollmer/Brugger, GmbHR 2020 S. 1257 (1260).

8 Schindler, in: Ziemons/Jaeger/Pöschke (Hrsg.), BeckOK GmbHG, 52. Ed. 2022, § 48 Rn. 95g.

9 Begr. RegE DiREG, BT-Drucks. 20/1672 S. 23.

10 So wohl KG vom 06.12.2021 – 22 W 76/21, GmbHR 2022 S. 805 (807); LG Stuttgart vom 10.02.2021 – 40 O 46/20 KfH, GmbHR 2021 S. 382 (383); Schindler/Schaffner, Virtuelle Beschlussfassung in KapGes. und Vereinen, 2021, § 3 GmbHG Rn. 483 f.; Leinekugel, in: Ziemons/Jaeger/Pöschke (Hrsg.), BeckOK GmbHG, 53. Ed. Stand 01.09.2022, Anh. § 47 Rn. 13k; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 48 Rn. 30 f.; Beck, GmbHR 2021 S. 901 (903) a.A. Seibt, in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 48 Rn. 67; Liebscher, in: Münchener Komm. z. GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 48 Rn. 174; Stelzhammer, GmbHR 2022 S. 187 f.; Bochmann, NZG 2022 S. 531 (533).

sprach jedenfalls die vom BGH bei kombinierten Beschlussfassungen angenommene Nichtigkeit in Fällen, in denen sämtliche Gesellschafter mit dieser Form der Beschlussfassung einverstanden sind, aber die Satzung das kombinierte Abstimmungsverfahren nicht vorsieht.¹¹ Dementsprechend konnten Beschlüsse in virtuellen Gesellschafterversammlungen nur bei Zulassung dieser Versammlungsform in der Satzung rechtssicher gefasst werden. Die Praxis behält sich daher teilweise mit informellen Videokonferenzen mit anschließender Beschlussfassung auf textlichem Weg gem. § 2 COVMG. Auch die Rspr. war erkennbar um Pragmatismus bemüht und legte Satzungsklauseln aus der Vor-COVID-Zeit überwiegend extensiv und videokonferenzfreundlich aus.¹² So hat insb. der BGH kurz vor dem zweiten Lockdown für die Verschmelzung von Genossenschaften entschieden, dass unter bestimmten Voraussetzungen von einer Gleichwertigkeit einer körperlichen Zusammenkunft und einer virtuellen Beschlussfassung per Videokonferenz ausgegangen werden könne.¹³ Einige besonders digitalafine Stimmen haben bereits vor Inkrafttreten des DiREG für das GmbH-Recht die Auffassung vertreten, dass der Begriff der Versammlung in § 48 GmbHG auch ohne satzungsmäßige Grundlage gar nicht zwingend eine physische Zusammenkunft der Gesellschafter erfordere, sondern dass eine virtuelle Zusammenkunft auch schon nach alter Rechtslage als Versammlung i.S.v. § 48 Abs. 1 a.F. GmbHG zu qualifizieren sei.¹⁴ In diese Richtung geht auch die Gesetzesgründung zum MoPeG.¹⁵ Hierin heißt es zu § 109 Abs. 1 HGB-MoPeG, dass eine Versammlung schon dann vorliegt, wenn mehrere Personen zu einem bestimmten Zweck, aber nicht notwendigerweise an einem bestimmten Ort, zusammenkommen.¹⁶ Andere Autoren sprachen sich gegen eine generellen Behandlung von virtuellen Gesellschafterversammlungen als Versammlung i.S.v. § 48 GmbHG aus und betonten, dass gerade in Fällen, in denen wichtige und von den Gesellschaftern kontrovers beurteilte Entscheidungen auf der Tagesordnung stehen, die per Videokommunikation durchgeführten virtuellen Treffen einer Präsenzversammlung funktional nicht gleichwertig sind.¹⁷

Für Beschlüsse, die nach dem 01.08.2022 gefasst werden, schafft das DiREG hingegen durch die Erweiterung der bisherigen Norm um einen Satz 2 weitgehende Rechtssicherheit. § 48 Abs. 1 GmbHG i.d.F. des DiREG lautet nunmehr: „Die Beschlüsse der Gesellschafter werden in Versammlungen gefasst. *Versammlungen können auch fernmündlich oder mittels Videokommunikation abgehalten werden, wenn sämtliche Gesellschafter sich damit in Textform einverstanden erklären.*“ Beurkundungsbedürftige Beschlüsse können allerdings aktuell noch nicht per Videokommunikation

gefasst werden. Denn nach § 16a BeurkG darf eine Beurkundung mittels Videokommunikation nur in den gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Fällen erfolgen.¹⁸ Die in Art. 6 DiREG enthaltenen Regelungen über Satzungsänderungen treten nach dessen Art. 10 Abs. 3 aber erst am 01.08.2023 in Kraft.¹⁹

II. Ablösung des temporären Sonderrechts zum erleichterten Umlaufverfahren nach § 2 COVMG durch § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG

Die Neuregelung zu virtuellen Gesellschafterversammlungen ist dabei erkennbar an die ursprünglichen und inzwischen wieder geltenden gesetzlichen Vorgaben in § 48 Abs. 2 GmbHG zur Beschlussfassung auf schriftlichem Wege angelehnt. Diese sah und sieht inzwischen wieder vor, dass es der Abhaltung einer Gesellschafterversammlung nicht bedarf, wenn sämtliche Gesellschafter sich in Textform mit dem Beschluss oder mit der schriftlichen Stimmabgabe einverstanden erklären. Hiervon war allerdings vorübergehend durch § 2 COVMG abgewichen worden. Diese temporäre Sonderregelung stammte ursprünglich aus dem März 2020, war also noch ergangen, bevor Videokonferenzen im ersten Lockdown alltäglich wurden. § 2 COVMG sah vor, dass abweichend von § 48 Abs. 2 GmbHG Beschlüsse in Textform oder durch schriftliche Abgabe der Stimmen auch ohne Einverständnis sämtlicher Gesellschafter gefasst werden konnten. Sein Zweck war es, in Zeiten, in denen Präsenzversammlungen nicht möglich waren und persönliche Kontakte Restriktionen unterlagen bzw. ein erhöhtes Gesundheitsrisiko mit sich brachten, die Handlungsfähigkeit der GmbHs zu erhalten und auch ohne persönliche Zusammenkünfte Entscheidungen zu ermöglichen. § 2 COVMG galt ursprünglich nur im Jahr 2021, bevor die Norm im September 2021 durch das AufbHG²⁰ nochmals bis 31.08.2022 verlängert wurde.

Aufgrund der im DiREG enthaltenen Ergänzung von § 48 Abs. 1 GmbHG um eine Regelung zu Beschlussfassungen mittels Videokommunikation bestand spätestens seit dem 01.08.2022 für ein erleichtertes Umlaufverfahren kaum mehr weiterer Bedarf. Konsequenterweise hat der Gesetzgeber § 2 COVMG daher kurz nach Inkrafttreten des DiREG auslaufen lassen.

III. Klärung und Kodifizierung des Versammlungsbegriffs i.S. einer modernen Sichtweise durch das DiREG

Zur alten Rechtslage wurde ganz überwiegend vertreten, dass eine Gesellschafterversammlung ihren Charakter als Präsenzgesellschafterversammlung jedenfalls nicht dadurch verliert, dass einzelne Teilnehmer per Telefon- oder Videokommunikation zugeschaltet wurden.²¹ Solche Hybrid-Versammlungen waren schon vor dem 01.08.2022 ohne satzungsmäßige Grundlage zulässig. Rein virtuelle Gesellschafterversamm-

11 BGH vom 16.01.2006 – II ZR 135/04, DB 2006 S. 1048 = NZG 2006 S. 428 (429); OLG München vom 19.01.1978 – 1 U 1292/77, BB 1978 S. 471; Noack, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 48 Rn. 41; Wertenbruch, GmbHR 2019 S. 149 (150); a.A. Liebscher, a.a.O. (Fn. 10), § 48 Rn. 17.

12 So etwa KG vom 06.12.2021, a.a.O. (Fn. 10), GmbHR 2022 S. 805 (807 f.); Satzungsregelung, wonach Beschlüsse schriftlich, mündlich und fernmündlich gefasst werden können, ermöglicht auch Abstimmung per Videokonferenz.

13 BGH vom 05.10.2021 – II ZB 7/21, DB 2021 S. 2619 (2621), Rn. 16 ff.

14 Bochmann, EWIR 2021 S. 677 (678); Stelzhammer, GmbHR 2022 S. 187 (190 f.).

15 Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) vom 10.08.2021, BGBl I 2021 S. 3436.

16 BT-Drucks. 19/27635 S. 226.

17 Leinekugel, a.a.O. (Fn. 10), Anh. § 47 Rn. 13j; Heckschen/Hilsner, ZIP 2022 S. 461 (464); Wicke, DStR 2022 S. 498 (500).

18 Begr. RegE DiREG, BT-Drucks 20/1672 S. 20.

19 Näher zu Onlinebeurkundungen etwa Böhringer, GmbHR 2022 S. 1005; Stelmaszczyk/Kienzle, GmbHR 2021 S. 849; Kienzle, DNotZ 2021 S. 590.

20 Gesetz zur Errichtung eines Sondervermögens „Aufbauhilfe 2021“ und zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht wegen Starkregenfällen und Hochwassern sowie zur Änderung weiterer Gesetze (Aufbauhilfegesetz 2021 – AufbHG 2021) vom 10.09.2021, BGBl. I 2021 S. 4147.

21 Grundlegend Wertenbruch, GmbHR 2019 S. 149 (152 ff.); ders., in: Münchener Komm. z. GmbHG, 3. Aufl. 2019, Anh. § 47 Rn. 50 ff.; ihm folgend etwa Hüffer/Schäfer, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 48 Rn. 16a; Bayer/Möller, GmbHR 2021 S. 461 (462).

lungen wurden jedenfalls auf satzungsmäßiger Grundlage als zulässig angesehen.²²

Die gesetzliche Neuregelung klärt die umstrittene „große verbandsrechtliche Frage der Stunde“²³, ob eine rein virtuell stattfindende Zusammenkunft der Gesellschafter auch ohne eine entsprechende Regelung in der Satzung eine Gesellschafterversammlung ist, dahingehend, dass auch bei einer fernmündlich oder mittels Videokommunikation durchgeführten Remote-Zusammenkunft der Gesellschafter eine „Versammlung“ i.S.v. § 48 Abs. 1 GmbHG vorliegt.²⁴ Ferner ergibt sich aus § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG, dass eine „Versammlung“ i.S.d. Norm auch vorliegt, wenn einzelne Gesellschafter bei einer Präsenzeschaffterversammlung telefonisch oder audiovisuell zugeschaltet sind. Anders als nach bisheriger Rechtslage stellen Gesellschafterversammlungen, bei denen einzelne Gesellschafter zu einem Präsenztreffen der übrigen zugeschaltet sind, nach dem Inkrafttreten des DiREG jedoch keine Präsenzversammlungen mehr dar, sondern Versammlungen i.S.d. Satz 2 der Norm, für die Besonderheiten (in Form des Einverständniserfordernisses) gelten.²⁵ Mit § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG wird jetzt anerkannt, dass sich die Lebenswirklichkeit gerade durch die Corona-Pandemie erheblich verändert hat, woraus sich auch im GmbH-Gesellschaftsrecht ein Bedürfnis nach einfacheren, terminlich flexibleren, kostengünstigeren und für die Teilnehmer mit geringeren Belastungen verbundenen Durchführungsformen ergeben hat. Damit verabschiedet sich der Gesetzgeber von dem traditionellen Verständnis einer Gesellschafterversammlung als körperliche Zusammenkunft der Gesellschafter, die sich leibhaftig in einer Präsenzversammlung treffen. Für eine Gesellschafterversammlung ist seit 01.08.2022 nicht einmal mehr zwingend erforderlich, dass die Gesellschafter sich hierbei sehen; auch die fernmündliche Abhaltung als Telefonkonferenz genügt.

Die Neudefinition des Begriffs der Versammlung bewirkt eine Gleichstellung einer per Videokommunikation durchgeführten Gesellschafterversammlung mit einer Präsenzeschaffterversammlung. Alles, was bisher nur in einer Präsenzeschaffterversammlung zulässig war, ist seit dem 01.08.2022 – vorbehaltlich abweichender spezieller gesetzlicher Regelungen – auch in einer per Videokommunikation durchgeführten Versammlung zulässig. Diese aus der Digitalisierung der Lebenswirklichkeit resultierende Modernisierung eines traditionellen gesellschaftsrechtlichen Begriffs wird ggf. auch über § 48 GmbHG hinaus Auswirkungen auf das Gesellschaftsrecht haben, die nicht Gegenstand dieses Beitrags sind.²⁶ Dem DiREG-Gesetzgeber ist es jedenfalls gelungen, die Neuregelung des Versammlungsbegriffs in § 48 Abs. 1 GmbHG sinnvoll mit den künftigen Regelungen des MoPeG zu verzahnen. Die Sichtweise der Gesetzesbegründung zu § 109 HGB-

MoPeG, wonach eine Versammlung schon dann vorliegt, wenn mehrere Personen zu einem bestimmten Zweck, aber nicht notwendigerweise einem bestimmten Ort, zusammenkommen,²⁷ findet durch das DiREG mit § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG auch ihren gesetzlichen Niederschlag.

IV. Anerkennung der qualitativen Unterschiede zwischen den verschiedenen Versammlungsformaten durch das DiREG

1. Präsenzeschaffterversammlung weiterhin der gesetzlich gedachte Regelfall

§ 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG erhellt, dass das DiREG trotz der Modernisierung der Begrifflichkeit der „Versammlung“ eine per Telefon- oder Videokommunikation durchgeführte Versammlung in qualitativer Hinsicht weiterhin nicht als stets und generell gleichwertig mit einer Präsenzeschaffterversammlung ansieht.²⁸ Diese fehlende Funktionsäquivalenz ist dann auch der Grund dafür, dass für die Durchführung einer Versammlung als virtuelle Versammlung nach dem neuen gesetzlichen Konzept weiterhin das Einverständnis sämtlicher Gesellschafter erforderlich ist. Gedachter gesetzlicher Normalfall ist also weiterhin die Präsenzeschaffterversammlung; die Beschlussfassung per Videokommunikation ist die nur unter zusätzlichen Voraussetzungen zulässige Ausnahme.²⁹ Hinter dieser gesetzlichen Neuregelung steht die Wertung, dass es in vielen Fällen sinnvoll und angemessen sein kann, statt auf einer vergleichsweise aufwendigen Präsenzeschaffterversammlung per Videokonferenz zu tagen, dass es aber umgekehrt auch Tagesordnungspunkte und Beschlussgegenstände gibt, bei denen Videokommunikation für einzelne Gesellschafter nicht passt. Das Individualzustimmungserfordernis betreffend die Durchführung einer Gesellschafterversammlung per Videokommunikation, das das DiREG in § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG statuiert, soll dem Umstand Rechnung tragen, dass die Bedeutung einer Gesellschafterversammlung bzw. Beschlussfassung stark variieren kann. Sie kann von einem unbedeutenden „Durchlauftermin“ zu einer an Wichtigkeit kaum mehr zu übertreffenden Veranstaltung (z.B. über den Ausschluss eines Gesellschafter) reichen.³⁰ Deshalb verfolgt § 48 Abs. 1 GmbHG i.d.F. des DiREG nunmehr den begrüßenswerten Ansatz, Gesellschafterversammlungen per Videokommunikation zwar grds. zu ermöglichen, aber diejenigen Gesellschafter, die wegen der Tragweite der Beschlussfassung auf einer Präsenzeschaffterversammlung bestehen, nicht in hybride oder rein virtuelle Gesellschafterversammlungen zu zwingen. Insbesondere in Fällen, in denen sich Diskussionsbedarf oder Konfliktpotenzial abzeichnet, soll dieses Versammlungsformat ohne satzungsmäßige Grundlage nur mit Einverständnis aller Gesellschafter gewählt werden können.

Die Wertentscheidung des DiREG bei der Neuregelung des § 48 Abs. 1 GmbHG, dass eine per Videokommunikation durchgeführte Gesellschafterversammlung einer Präsenzeschaffterversammlung zwar gleichwertig sein kann, aber nicht in allen Situationen gleichwertig ist, resultiert einerseits aus der eingeschränkten Vertraulichkeit der Diskussion, andererseits aus der geringeren Qualität der Remote-Kommunikation und schließlich aus dem Risiko technischer Störungen.³¹ In

22 Lieder, in: FS Vetter, 2019, S. 419 (422 f.); Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 48 Rn. 44; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 48 Rn. 49; Bayer, a.a.O. (Fn. 10), § 48 Rn. 29; Jaeger, in: Oppenländer/Trolitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 19 Rn. 94.

23 So plakativ und treffend Wicke, DStR 2022 S. 498.

24 Leinekugel, a.a.O. (Fn. 10), Anh. § 47 Rn. 13a; a.A. Stelmaszczyk/Strauß, GmbHR 2022 S. 833 (839); Heckschen/Knaier, NZG 2022 S. 855 (890): Beibehaltung des bisherigen Verständnisses, dass eine Gesellschafterversammlung immer nur eine Präsenzeschaffterversammlung ist und jede virtuelle Gesellschafterversammlung der Zulassung durch Gesetz oder Satzung bedarf.

25 Dazu unten Nr. VII.

26 So fragt sich etwa, ob das Erfordernis der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter zur telekommunikativen Versammlungsabhaltung bzw. zur Zuschaltung einzelner Gesellschafter zu einer in Präsenz tagenden Versammlung per Team, Zoom o.Ä. bei PersGes. analog gilt.

27 BT-Drucks. 19/27635 S. 226.

28 Dazu sogleich Nr. IV.2.–IV.5.

29 Vgl. Begr. RegE DiREG, BT-Drucks. 20/1672 S. 23.

30 Leinekugel, a.a.O. (Fn. 10), Anh. § 47 Rn. 13c.

31 Ähnlich Heckschen/Knaier, NZG 2022 S. 885 (890); Wicke, DStR 2022 S. 498 (499).

vielen Fällen fallen diese Nachteile nicht oder nur unwesentlich ins Gewicht. Wenn alle Gesellschafter sich in der Sache ohnehin einig sind, spricht regelmäßig wenig dagegen, per Videokonferenz zu tagen. Je größer der Diskussionsbedarf oder potenzielle Interessenkonflikt zwischen Gesellschaftern ist, desto gravierender wirken sich die Nachteile einer Videokommunikation jedoch aus. Diese Nachteile sind dabei unabhängig davon, ob die Versammlung rein virtuell oder als Hybrid-Format durchgeführt wird. Daher nimmt schon die Zuschaltung bloß eines einzigen Gesellschafters zu einer ansonsten in Präsenz abgehaltenen Gesellschafterversammlung diesen den Charakter der Präsenzversammlung und macht aus ihr eine Versammlung per Videokommunikation i.S.v. § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG.

2. Eingeschränkte Vertraulichkeit von Gesellschafterversammlungen per Videokommunikation

Gesellschafterversammlungen sind Versammlungen der Gesellschafter. Hieran haben nach dem gesetzlichen Konzept ausschließlich Gesellschafter ein Teilnahmerecht.³² Es gibt auch kein originäres, aus der Organstellung resultierendes Teilnahmerecht der Geschäftsführung. Auch Berater von Gesellschaftern, Familienmitglieder oder sonstige Nichtgesellschafter haben keinen Zugang, schon gar nicht Vertreter des Betriebsrats oder der Presse. Die Beschränkung des Teilnehmerkreises soll ermöglichen, auch Geschäftsgeheimnisse, strategische Planungen und andere sensible Themen zu erörtern und hierzu offen seine jeweilige Meinung äußern zu können. An all dem ändert das DiREG nichts. Auch bei per Videokommunikation stattfindenden Gesellschafterversammlungen ist der Teilnehmerkreis ausschließlich auf die in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste aufgeführten natürlichen und juristischen Personen beschränkt, wobei juristische Personen jew. nur vertreten durch eine einzige Person teilnehmen dürfen (str.).³³

Wenn Gesellschafterversammlungen per Videokommunikation durchgeführt werden, ist die Vertraulichkeit der Versammlung und der Diskussionsbeiträge der Gesellschafter jedoch kaum noch gewährleistet.³⁴ Es ist für die übrigen Gesellschafter schlicht nicht überprüfbar, ob zusätzlich zu demjenigen, den sie als Teilnehmer eingebildet sehen, auch noch weitere Personen die Gesellschafterversammlung verfolgen. Auch steigt die Gefahr, dass ein Teilnehmer die Gesellschafterversammlung unbefugterweise auf Tonträger aufzeichnet.³⁵ Daher wird immer dann, wenn eine Gesellschafterversammlung auch ohne Individualzustimmung sämtlicher Gesellschafter per Videokommunikation stattfinden kann, denjenigen, die auf das Durchführungsformat keinen Einfluss nehmen können, zumindest potenziell, auch ein gewisser Verzicht auf Vertraulichkeit aufgezwungen. Dieser Umstand mag in den mitgliederstarken Körperschaften wie AG, Genossen-

schaft und Verein eher von untergeordneter Bedeutung sein. Für die rechtstatsächlich zumeist personalistisch geprägte GmbH kann es hingegen einen gravierenden Unterschied ausmachen, ob auf der anderen Seite nur der Mitgesellschafter selbst oder zusätzlich z.B. noch dessen Ehegatte oder andere Familienmitglieder teilnehmen. Gleiches gilt, wenn man es auf der anderen Seite nicht bloß mit einem einzigen Vorstandsmitglied oder Geschäftsführer des Mitgesellschafters zu tun hat, sondern dieser sich von anderen Organmitgliedern oder gar ganzen Stäben von Fachbereichsleitern oder sonstigen Mitarbeitern unterstützen lässt. Ohne Zulassung solcher Personen durch einen Geschäftsordnungsbeschluss der Gesellschafterversammlung stellt es einen Verstoß gegen Vertraulichkeitspflichten dar, wenn ein Gesellschafter eigenmächtig weitere Personen bei einer per Videokonferenz stattfindenden Gesellschafterversammlung zuhören oder zusehen lässt. Es werden ihm dann auch alle mittelbaren Verstöße durch solche Dritte zugerechnet, da er die „undichte Stelle“ verursacht hat. Beides schützt die anderen Gesellschafter jedoch nicht effektiv. Denn es ist bei einer per Videokommunikation durchgeführten Gesellschafterversammlung kaum zu kontrollieren, wer auf der anderen Seite jew. tatsächlich teilnimmt. Verstöße gegen gesellschaftsvertragliche Vorgaben an den Teilnehmerkreis bzw. gegen gesellschaftliche Geheimhaltungs- und Treupflichten werden regelmäßig nicht erkennbar und noch seltener nachweisbar sein. Nun kommt nicht-normgerechtes Verhalten umso häufiger vor, je geringer das Risiko ist, hierfür belangt zu werden. Die Sorge, dass remote teilnehmende Gesellschafter es mit dem Teilnehmerkreis und der Geheimhaltungsverpflichtung nicht so genau nehmen, ist also sachlich begründet. Ein gewisser Schutz mag sich generalpräventiv noch dadurch erreichen lassen, dass im Gesellschaftsvertrag oder in einer Gesellschaftervereinbarung für diesen Fall abschreckende Konsequenzen wie z.B. eine Vertragsstrafe oder ein Ruhen des Stimmrechts auf der betreffenden Versammlung oder zumindest bei dem betroffenen Tagesordnungspunkt vorgesehen werden; selbst die schwerwiegendsten Sanktionen sind aber eher ein stumpfes Schwert, wenn das Aufdeckungsrisiko entsprechend gering ist.

3. Höhere Kommunikationsqualität und bessere Gesprächsatmosphäre einer Präsenzgesellschafterversammlung

Das in § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG vorgesehene Individualzustimmungserfordernis ist auch Folge der spätestens während der Corona-Pandemie gewonnenen Erkenntnis, dass Präsenzgesellschafterversammlungen die deutlich bessere Diskussion ermöglichen und die Chance auf gute Ergebnisse erhöhen. Jeder, der häufig an Gesellschafterversammlungen oder Gremiensitzungen teilnimmt, wird bestätigen, dass Präsenzgesellschafterversammlungen im Vergleich zu virtuellen Gesellschafterversammlungen immer dann das geeignetste Medium sind, wenn man – wie regelmäßig – konstruktive Ergebnisse anstrebt, aber die Gesellschafter unterschiedliche Interessen haben.³⁶ Je kontroverser die Diskussion ist, mit der die Gesellschafter rechnen, desto besser tun sie daran, nicht das „verführerisch“ einfachere und zeitsparendere Format zu wählen, sondern in Präsenz zu tagen. Von Angesicht zu Angesicht lässt sich sachgerechter und leichter verhandeln als am Bildschirm, weil im persönlichen Kontakt eine bessere

32 Hüffer/Schäfer, a.a.O. (Fn. 21), § 48 Rn. 18; Bayer, a.a.O. (Fn. 10), § 48 Rn. 5.

33 Noack, a.a.O. (Fn. 11), § 48 Rn. 10; Seibt, a.a.O. (Fn. 10), § 48 Rn. 23; a.A. Schindler, a.a.O. (Fn. 8), § 48 Rn. 24; Liebscher, a.a.O. (Fn. 10), § 48 Rn. 28.

34 Ähnlich Bochmann, NZG 2022 S. 531 (535); Wicke, DStR 2022 S. 498 (500).

35 Heimliche Mitschnitte von Gesellschafterversammlungen verwirklichen vielfach den Tatbestand des § 201 StGB. Dazu etwa OLG Karlsruhe vom 18.12.1997 – 4 U 128/97, DB 1998 S. 411 = NJW-RR 1998 S. 1116; „Es würde zu einer Verwilderung des Umgangs führen, wollte man es für zulässig halten, dass eine Äußerung immer schon dann gegen den Willen des Äußernden aufgenommen werden darf, wenn ihr eine rechtliche Bedeutung zukommt.“ Allein aus dem Wunsch, Beweismittel zu beschaffen, ergibt sich zumeist kein berechtigtes Interesse. Vgl. auch BGH vom 20.05.1958 – VI ZR 104/57, DB 1958 S. 833, 867 = NJW 1958 S. 1344 (1345).

36 Leinekugel, a.a.O. (Fn. 10), Anh. § 47 Rn. 13j.

Gesprächsatmosphäre geschaffen werden kann, die dann wiederum positive Auswirkungen auf das Abstimmungsverhalten haben kann.

Wer seinem oder seinen Mitgesellschaftern leibhaftig gegenüber sitzt, deren verbale und nonverbale Reaktion unmittelbar erlebt und hierauf situativ und spontan reagieren kann, hat bessere Aussichten, diese für die eigene Sichtweise zu gewinnen oder aber aus der Situation heraus Lösungen zu entwickeln, die für alle Beteiligten akzeptabel sind, als derjenige, der seine Mitgesellschafter nur in einem mehr oder weniger kleinen Ausschnitt seines Bildschirms sieht.³⁷ Kommunikation läuft bekanntermaßen überwiegend, manche psychologische Studien behaupten sogar zu mehr als 90%, nonverbal ab.³⁸ Wer nur hört, aber wenig oder gar nichts sieht, hat dementsprechend auch geringere Möglichkeiten, in Konfliktfällen Lösungen zu finden. Am Bildschirm entsteht kein oder kaum Vertrauen, im persönlichen Austausch hingegen schon eher. Die Chancen hierfür sind umso größer, je spontaner und unmittelbarer auf Mimik und Gestik der anderen Gesellschafter reagiert werden kann. Schon mancher letztlich unerwarteterweise einstimmig gefasste Beschluss ist nur deshalb zustande gekommen, weil ein Teilnehmer im richtigen Moment zu reden aufgehört bzw. das Gegenüber emotional „mitgenommen“ oder einfach auch nur durch Gestik und Mimik Verständnis signalisiert oder Spannungen abgebaut hat.

Gesellschafterversammlungen per Videokonferenz können hingegen vorzuzugswürdig sein, wenn es einem Gesellschafter nur darum geht, einen Beschluss gegen die Stimme des Mitgesellschafter auf jeden Fall durchzusetzen oder aber einen Beschlussantrag des Mitgesellschafter mit allen Mitteln und unabhängig von dessen Argumenten abzulehnen. Es gibt in der Praxis gelegentlich auch solche streitige Gesellschafterversammlungen, zu denen Gesellschafter mit einer vorgefassten Position erscheinen, die Gesellschafter bzw. deren anwaltliche Vertreter nur noch „Fensterreden“ für das Protokoll und einen späteren Rechtsstreit halten und in einem von vornherein feststehenden Sinne abstimmen – dies insb., wenn Maßnahmen aus wichtigem Grund gegen einen Gesellschafter erfolgen sollen oder sonstige Beschlüsse zur Abstimmung stehen, die klar das Individualinteresse eines anderen Gesellschafter beeinträchtigen. Dann empfinden viele Beteiligungsteilnehmer auch eine räumliche Distanz zu den Mitgesellschaftern als vorteilhaft, weil diese sie – zumindest gefühlt – unangreifbarer macht. Solche extremen Konfliktsituationen sind aber nicht der Regelfall, sondern die Ausnahme. Üblicherweise sind Gesellschafter auch in Konfliktsituationen noch zu gewissen Kompromissen bereit und es besteht, je vertrauensvoller die Kommunikation unter den Gesellschaftern gelingt, oftmals noch die Chance, gemeinsam zu einer Win-Win-Situation zu kommen.

4. Technische Störungen

Ein weiterer Grund für die in § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG vorgesehene unterschiedliche Behandlung von Präsenzzesellschafter-

versammlungen und Versammlungen mittels Videokommunikation ist schließlich auch die höhere Störungsanfälligkeit virtueller Formate. Angefangen von einem Nicht-Einwählen-Können über ein Nicht-Hören-Können und ein Nicht-Verstanden-Werden bis hin zu einem ungewollten „Herausfliegen“ aus der Konferenz bergen virtuelle Treffen besondere Risiken, die es bei einer Präsenzversammlung nicht gibt. Schon allein diese rein technischen potenziellen Kommunikationsprobleme rechtfertigen das Einverständniserfordernis für Versammlungen, die per Videokommunikation stattfinden. Hinzu kommt, dass sich in den wenigsten Fällen klar nachvollziehen lässt, aus wessen Sphäre die technische Störung resultiert. Das geht im Zweifel auch rechtlich zulasten des hiervon betroffenen Gesellschafters. Für das Aktienrecht regelt § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG, dass technische Störungen nicht zu einer Beschlussanfechtung berechtigen, wenn der Gesellschaft weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist. Ob diese regelmäßig anfechtungsausschließende Regelung auch im GmbH-Recht analog gilt, ist ungeklärt.³⁹ Sie betrifft, wie ihre Bezugnahme auf § 118 Abs. 1 Satz 2 AktG zeigt, Hauptversammlungen, die gleichzeitig digital und in Präsenz stattfinden.⁴⁰ Im AktG hat der Aktionär also die Wahl, wie er teilnimmt und ob er technische Schwierigkeiten riskiert. Da der GmbH-Gesellschafter diese Wahlmöglichkeit nach der Neufassung von § 48 Abs. 1 GmbHG jetzt ebenfalls hat, ist auch im GmbH-Recht – jedenfalls im Grundsatz – eine analoge Anwendung von § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG geboten (*volenti non fit iniuria*). Man mag zwar eine Ausnahme für den Fall erwägen, dass das Einverständniserfordernis und damit auch die freie Wahlmöglichkeit zwischen präsenzter und virtueller Teilnahme gesellschaftsvertraglich abgeschafft sind. Die besseren Gründe dürften jedoch gegen eine solche Ausnahme sprechen: Wer eine Satzungsregelung akzeptiert hat, die es ermöglicht, ihm eine Gesellschafterversammlung mittels Videokommunikation ggf. auch gegen seinen Willen aufzuzwingen, akzeptiert damit zumindest mittelbar auch die mit einer Videokonferenz ggf. verbundenen Durchführungsprobleme. Hinsichtlich der Abgrenzung der Risikosphären ist eine virtuell stattfindende Gesellschafterversammlung letztlich nicht anders zu beurteilen, als wenn ein Gesellschafter situativ oder in der Satzung zugestimmt hat, dass Präsenzzesellschafterversammlungen an einem für ihn schwer zugänglichen Ort stattfinden können. Ebenso wenig, wie er dort eine Anfechtung darauf stützen kann, dass er es nicht rechtzeitig zum Tagungsort geschafft hat, kann er hier nur nach Maßgabe von § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG eine Anfechtung auf technische Zugangsschwierigkeiten stützen. Hierfür spricht nicht zuletzt auch, dass anderenfalls ein hohes Missbrauchspotenzial durch das wahrheitswidrige Behaupten technischer Störungen zu befürchten wäre. Ein Gesellschafter darf umgekehrt darauf vertrauen, dass es zu keinen aus der Gesellschafterosphäre stammenden und von dieser grob fahrlässig oder vorsätzlich herbeigeführten technischen Störung kommt.⁴¹

Bei Gesellschafterversammlungen, die mittels Videokommunikation ablaufen, folgt jedoch aus der zwischen den Gesellschaftern bestehenden Treuepflicht, dass technische Störungen, die bei einem Gesellschafter auftreten, nicht geistesgegenwärtig-reaktionsschnell zu dessen Lasten ausgenutzt

37 Selbst das ist nicht immer gewährleistet, weil es jedem Teilnehmer einer Videokonferenz möglich bleibt, seine Kamera auszuschalten. Dadurch erhält eine Videokonferenz dann zumindest partiell den Charakter einer Telefonkonferenz.

38 Albert Mehrabian kam 1968 zu dem Ergebnis, dass Kommunikation zu 7% aus Worten, zu 38% aus Ton und Stimme und zu 55% aus Körpersprache besteht. Die genauen Wirkanteile von Sprache, Ton, Mimik und Gestik sind allerdings umstritten. Dazu etwa Barowski, BC 2017 S. 217 (218 f.); ähnlich wie hier auch Bochmann, NZG 2022 S. 531 (535): „Zoom Fatigue“.

39 Gegen eine Analogie vor der Neufassung des § 48 Abs. 1 GmbHG Schindler/Schaffner, a.a.O. (Fn. 10), § 3 GmbHG Rn. 574.

40 Vgl. Hüffer/Koch, a.a.O. (Fn. 3), § 118 Rn. 10.

41 Leinekugel, a.a.O. (Fn. 10), Anh § 47 Rn. 64.1. Vgl. auch Beck, GmbHR 2021 S. 901 (907).

werden dürfen. Für Präsenzgesellschafterversammlungen ist anerkannt, dass die anderen Gesellschafter verpflichtet sind, mit deren Durchführung eine angemessene Zeit zu warten, wenn ein Gesellschafter nicht pünktlich erscheint, und dass eine Verletzung dieser Wartepflicht zur Anfechtbarkeit der gleichwohl gefassten Beschlüsse führt.⁴² Für Gesellschafterversammlungen per Videokommunikation bedeutet das, dass bei Einwahlproblemen eines Gesellschafters mit der Durchführung der Gesellschafterversammlung eine angemessene Zeit abgewartet werden muss. Bei personalistischen Gesellschaften kann es u.U. auch geboten sein, einen neuen Einwahl-link zu versenden, um allen Gesellschaftern die Teilnahme zu ermöglichen. Aus der Treuepflicht folgt ferner, dass bei einer ungewollten Unterbrechung der Teilnahme („Herausfliegen“) jedenfalls nicht in Abstimmungen eingetreten werden darf, bis sich der Betroffene wieder einwählen konnte. Und erst recht folgt aus der Treuepflicht, dass vorübergehende technische Störungen, die bei einem Gesellschafter vor oder während der virtuellen Gesellschafterversammlung auftreten, nicht ausgenutzt werden dürfen, um durch Vorziehen von Tagesordnungspunkten oder durch eine sofortige Beendigung der Diskussion und Übergang zur Abstimmung o.Ä. sofort Beschlüsse zu fassen, die bei Teilnahme des Gesellschafters an der Beschlussfassung so nicht gefasst worden wären.

5. Digitalferne und Digitalaversion

§ 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG berücksichtigt schließlich, dass Videokonferenzen zwar im Wirtschaftsleben gang und gäbe geworden sind, dass dieser seit 2020 erfolgte Digitalisierungsschub aber längst noch nicht alle Teile der Bevölkerung erreicht hat. Das Einverständniserfordernis trägt auch dem Umstand Rechnung, dass es weiterhin Gesellschafter gibt, die altersbedingt oder aus sonstigen Gründen mit Videokonferenzen nicht vertraut sind oder diese Kommunikationsform für sich persönlich ablehnen. Das ist dann auch von digitalaffinen Gesellschaftern zu akzeptieren.

V. Hybrid-Versammlungen

Hybrid-Versammlungen sind Gesellschafterversammlungen, bei denen ein Teil der Gesellschafter persönlich anwesend ist und mindestens ein Gesellschafter per Telefon oder Video zugeschaltet ist. Zu solchen Hybrid-Gesellschafterversammlungen enthält § 48 GmbHG auch i.d.F. des DiREG keine ausdrückliche Regelung. Insbesondere erhalten die Gesellschafter auch durch das DiREG vorbehaltlich abweichender statutarischer Regelungen kein Recht, ohne Einverständnis der Mitgesellschafter im Falle einer als Präsenzveranstaltung stattfindenden Gesellschafterversammlung ihre Stimmen per Telefon oder Videokommunikation abzugeben. Die in § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG n.F. enthaltene Modernisierung betrifft nur den Begriff der Versammlung, nicht aber den der individuellen Stimmabgabe. Umgekehrt folgt aus dem Umstand, dass zu einer Gesellschafterversammlung mittels Videokommunikation geladen worden ist, nicht, dass sich im Fall des § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG sämtliche Gesellschafter an unterschiedlichen Orten befinden müssen. In der Gesetzesbegründung heißt es ausdrücklich, dass es auch möglich sein soll, dass mehrere Gesellschafter, die sich physisch an

einem Ort befinden, sich mittels Videokommunikation mit einem oder mehreren Gesellschaftern versammeln, die sich an anderen Orten befinden.⁴³ Das bedeutet zum einen, dass eine als Gesellschafterversammlung mittels Videokommunikation geladene Versammlung auch als Hybrid-Versammlung stattfinden kann. Das bedeutet zum anderen, dass jede Hybrid-Versammlung, gleichgültig wie viele Gesellschafter zugeschaltet sind, nicht nach den Regeln über Präsenzversammlungen, sondern nach denjenigen über Versammlungen per Videokommunikation abläuft.

VI. Wahl der Versammlungsform und Zuschaltungsanspruch

1. Vorentscheidung über die Form der Versammlung durch den Einladenden

Auch nach der Modernisierung des Versammlungsbegriffs durch das DiREG bleibt es zunächst einmal Sache des Einladenden, nicht aber Sache des einzelnen Gesellschafters, darüber zu entscheiden, wie die Gesellschafter an der Gesellschafterversammlung teilnehmen: Der Einladende entscheidet zwischen den rechtlich zwei (Präsenz oder mittels Videokommunikation), faktisch aber drei (Präsenz, rein virtuell, hybrid) unterschiedlichen Durchführungsformen. Er kann zu einer reinen Präsenzveranstaltung laden; dann muss ein Gesellschafter, der stattdessen per Videokonferenz zugeschaltet werden will, sich hierüber mit seinen sämtlichen Mitgesellschaftern ins Benehmen setzen und deren Zustimmung zu seiner Zuschaltung erwirken. Oder er lädt zu einer Veranstaltung nach § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG, was er entweder in der Untervariante einer Hybrid-Veranstaltung oder in der Untervariante einer komplett virtuell bzw. telefonisch stattfindenden Versammlung tun kann. Dann muss, vorbehaltlich abweichender statutarischer Regelungen, bis zur Gesellschafterversammlung noch das Einverständnis aller Gesellschafter in Textform mit der Abhaltung als Hybrid-Versammlung bzw. als Videokonferenz beschafft werden.

2. Individualentscheidung jedes Gesellschafters

Im Falle einer Einberufung der Gesellschafterversammlung als Präsenzversammlung kann ein Gesellschafter, vorbehaltlich abweichender statutarischer Regelungen, nicht ohne Weiteres⁴⁴ durchsetzen, dass er hierzu per Videokommunikation zugeschaltet wird. Einen Anspruch, eine Präsenzgesellschafterversammlung in eine hybride Gesellschafterversammlung zu verwandeln, hat der einzelne Gesellschafter im Grundsatz nicht. Das folgt schon daraus, dass die Hybridversammlung letztlich nur eine Untervariante der mittels Videokommunikation durchgeführten Gesellschafterversammlung ist, für deren Abhaltung aber wiederum nach § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG das Einverständnis aller Gesellschafter erforderlich ist. Aber auch bei einer Versammlung, zu der in hybrider oder rein virtueller Durchführungsform geladen worden ist, entscheidet jeder einzelne Gesellschafter frei, ob er den nicht in Präsenz anwesenden Gesellschaftern eine virtuelle Teilnahme ermöglichen will oder nicht. Wer remote teilnehmen will, tut also in Fällen, in denen die Satzung hierzu nichts regelt, gut daran, vor der Gesellschafterversammlung die Zustimmung sämtlicher Mitgesellschafter in Textform zu erwirken.

42 OLG Dresden vom 15.11.1999 – 2 U 2303/99, NJW-RR 2000 S. 565 (566); OLG Hamm vom 03.11.1997 – 8 U 197/96, DB 1998 S. 250 (251); Leinekugel, a.a.O. (Fn. 10), Anh. § 47 Rn. 74.

43 Begr. RegE DiREG, BT-Drucks. 20/1672 S. 23.

44 Zu den Ausnahmen sogleich.

Aber auch eine ad hoc erfolgende Zuschaltung einzelner Gesellschafter zu einer in Präsenz tagenden Gesellschafterversammlung bleibt weiterhin möglich. Insofern hat sich die Rechtslage durch das DiREG und den neuen § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG allerdings geändert. Es ist zwar weiterhin für die Zuschaltung keine vorherige Zulassung in der Satzung nötig. Während die Zulassung aber nach bisheriger Rechtslage, vorbehaltlich abweichender Satzungsregelungen, nur einen Zuschaltungsbeschluss erforderte, den die in Präsenz anwesenden Gesellschafter mit der gesellschaftsvertraglich für Gesellschafterbeschlüsse vorgesehenen Mehrheit bzw., bei Fehlen einer Regelung hierzu, mit der einfachen Mehrheit i.S.d. § 47 Abs. 1 GmbHG fassen konnten,⁴⁵ bedarf es nunmehr seit dem 01.08.2022 für die Zuschaltung gem. § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG der Individualzustimmung jedes einzelnen Gesellschafters in Textform. Entscheidend ist, dass schon die Zuschaltung eines einzigen Gesellschafters aus dem gedachten gesetzlichen Normalfall der Präsenzgesellschafterversammlung eine Versammlung mittels Videokommunikation i.S.d. § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG macht. Das DiREG hat also jedenfalls in Bezug auf Hybrid-Versammlungen die Anforderungen erhöht.

Ungeachtet der Modernisierung des Versammlungsbegriffs durch das DiREG wird einem Gesellschafter, der sich an anstehenden Abstimmungen beteiligen will, also – wiederum vorbehaltlich abweichender Satzungsregelungen – abverlangt, in Präsenz an den entsprechenden Gesellschafterversammlungen teilzunehmen, wenn einer seiner Mitgesellschafter hierauf besteht. Das gilt auch, wenn die Anreise mühsam und zeitaufwendig ist und insb. auch für ausländische Gesellschafter. Wer zu einer Beschlussfassung der Gesellschafter nicht an den Sitz der Gesellschaft anreisen will, muss also anlässlich seiner Beteiligung eine Satzungsregelung durchsetzen, die ihm ein Individualrecht auf Zuschaltung gibt. Andernfalls geht das Interesse der Mitgesellschafter, dass sämtliche Gesellschafter sich bei Gesellschafterversammlungen, die einer von ihnen als Präsenzversammlungen abgehalten haben will, persönlich treffen und von Angesicht zu Angesicht diskutieren und entscheiden, dem Wunsch Einzelner vor, remote abstimmen zu können. Ohne entsprechende Satzungsregelung gibt es in der GmbH kein Recht einzelner Gesellschafter, sich virtuell-distanziert an Diskussionen bzw. Beschlussfassungen beteiligen zu können. Folglich müssen Gesellschafter, die in solchen Fällen sichergehen wollen, an einer im Präsenz- oder Hybridformat geladenen Versammlung teilnehmen zu können, vorsorglich persönlich am Tagungsort erscheinen. Nur darauf zu hoffen, dass die Mitgesellschafter zu Beginn der Versammlung noch ihr Einverständnis zur Teilnahme eines per Videokommunikation zugeschalteten Gesellschafters erklären werden, wäre riskant und jedenfalls bei streitigen Gesellschafterauseinandersetzungen regelmäßig ein grober Anwaltsfehler. Ein solches Verhalten kann allenfalls für solche Gesellschafter einen gangbaren Weg darstellen, die auch über ein Beschlussfähigkeitsquorum in der Satzung abgesichert sind, dass ohne sie keine Gesellschafterversammlung durchgeführt werden kann.⁴⁶

45 Wertebuch, GmbHR 2019 S. 149 (153).

46 Ist zu einer Gesellschafterversammlung in Präsenz geladen, so gelten zugeschaltete Gesellschafter bis zu ihrer etwaigen Zulassung als nicht anwesend i.S. der Beschlussfähigkeitsregelungen. Wurde hingegen zu einer Gesellschafterversammlung mittels Videokommunikation geladen, so gelten auch zugeschaltete Gesellschafter als anwesend i.S. der Beschlussfähigkeitsregelungen.

3. Treuepflicht zur Einverständniserteilung allenfalls in Ausnahmefällen

Es stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen es einen Anspruch einzelner Gesellschafter auf Zuschaltung zu einer als Präsenzversammlung tagenden Gesellschafterversammlung gibt bzw. ob und wann die Mitgesellschafter ausnahmsweise verpflichtet sind, ihr Einverständnis zu erklären. Ein Zuschaltungsanspruch kann zunächst in der Satzung geregelt werden. Bei Fehlen einer entsprechenden Satzungsregelung kann er sich ausnahmsweise auch aus der mitgliederschaftlichen Treuepflicht ergeben.

Im Einzelfall kann die Treuepflicht den anwesenden Gesellschaftern dabei durchaus gebieten, der Zuschaltung eines Mitgesellschafters zuzustimmen. Die Treuepflicht gilt auch im Verhältnis der Gesellschafter untereinander und verpflichtet zu einer angemessenen Rücksichtnahme auf die Interessen der Mitgesellschafter. Welche Folgerungen sich aus der Treuepflicht im Einzelnen ergeben, ist dabei einzelfallabhängig, sodass es einer Interessenabwägung bedarf.⁴⁷ Die Zuschaltung muss den übrigen Gesellschaftern zumutbar sein und der betreffende Gesellschafter muss ein berechtigtes Interesse daran haben.⁴⁸ Dabei ist ganz wesentlich, ob der Grund, weshalb der seine Zuschaltung verlangende Gesellschafter an der Präsenzgesellschafterversammlung remote teilnehmen will, unverschuldet und nachvollziehbar ist.⁴⁹ Die Anforderungen, sich nicht auf eine Zuschaltung des Mitgesellschafters per Videokommunikation einzulassen, sind gering. Schon der Umstand, dass ernsthafterweise eine kontroverse Diskussion zu erwarten ist oder dass sensible Themen auf der Tagesordnung stehen, genügt regelmäßig, damit die Verweigerung des Einverständnisses nicht treuwidrig ist. Je größer die Stimmrechtsmacht des betroffenen Gesellschafters ist, desto eher haben einzelne Gesellschafter auch ein berechtigtes Interesse daran, von Angesicht zu Angesicht mit ihm zu diskutieren. Anders mag es sein, wenn die Gesellschafter sich in der Sache über die zu treffende Entscheidung ohnehin schon weitestgehend einig sind bzw. wenn alle Gesellschafter ohnehin eine positive Stimmpflicht haben, in einem bestimmten Sinne abzustimmen, und die Vertraulichkeit der mittels Videokommunikation durchzuführenden Versammlung sichergestellt ist. Auch wenn unaufschiebbare Entscheidungen zu treffen sind und der Gesellschafter unverschuldeterweise (z.B. krankheitsbedingt) weder persönlich teilnehmen noch einen Vertreter schicken kann bzw. darf, ist ein Zulassungsanspruch regelmäßig zu bejahen.⁵⁰

VII. Zeitpunkt und Form der Einverständniserklärung

1. Minderheitsverlangen (§ 50 GmbHG)

Gesellschafterversammlungen werden nach § 49 Abs. 1 GmbHG durch die Geschäftsführer einberufen. Es ist dabei vorbehaltlich spezifischer Satzungsregelungen Sache des Einladenden, zu entscheiden, ob er zu einer Präsenzgesellschafterversammlung oder zu einer Versammlung

47 BGH vom 30.09.1991 – II ZR 208/90, GmbHR 1992 S. 104 (105); OLG Stuttgart vom 12.05.1999 – 20 U 62/98, NZG 2000 S. 159 (161); speziell zu den mitgliederschaftlichen Treuepflichten bei der Entscheidung über eine audiovisuelle Zuschaltung nach bisheriger Rechtslage Wertebuch, GmbHR 2019 S. 149 (154).

48 Wertebuch, a.a.O. (Fn. 21), Anh. § 47 Rn. 51 f.

49 So etwa im Fall einer Quarantänepflicht aufgrund Corona-Erkrankung oder bei einem schon vor dem Zugang der Ladung zur Gesellschafterversammlung geplanten Urlaub.

50 Leinekugel, a.a.O. (Fn. 10), Anh § 47 Rn. 6a.3.

per Videokommunikation lädt. Erfolgt eine Ladung durch die Geschäftsführung auf ein Minderheitsverlangen nach § 50 GmbHG hin, so muss die Geschäftsführung dem Verlangen des Gesellschafters nachkommen, die Versammlung als Präsenzversammlung durchzuführen. Von dem Verlangen eines Gesellschafters, die Versammlung in dem Format des § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG einzuberufen, darf der ladende Geschäftsführer allenfalls abweichen, wenn er selbst Gesellschafter und zur Durchführung der Versammlung mittels Videokommunikation nicht bereit ist oder wenn er sicher weiß, dass andere Gesellschafter kein Einverständnis zu einer Gesellschafterversammlung mittels Videokommunikation erteilen werden. Die Situation hat damit eine gewisse Ähnlichkeit mit Terminvorschlägen, die der das Einberufungsverlangen stellende Gesellschafter macht: Diese sind für den Geschäftsführer zwar nicht verbindlich, er darf hiervon aber auch nur aus sachlichem Grund abweichen.

2. Zeitpunkt der Einverständniserklärung

Die Einverständniserklärung aller Gesellschafter muss vorliegen, bevor in die Tagesordnung der per Videokommunikation durchgeführten Gesellschafterversammlung eingetreten wird. Erklären nicht sämtliche Gesellschafter ihr Einverständnis mit der Durchführung einer Gesellschafterversammlung per Videokommunikation, so ist eine gleichwohl per Videokommunikation durchgeführte Gesellschafterversammlung unzulässig und die dort gefassten Beschlüsse sind unheilbar nichtig. Es liegt dann ein schwerwiegender Einberufungsmangel i.S.v. § 241 Nr. 1 AktG vor.⁵¹ Die Situation ist vergleichbar mit der Durchführung einer schriftlichen Abstimmung ohne Zustimmung sämtlicher Gesellschafter. Auch dort tritt Nichtigkeit ein.⁵²

Es ist zulässig, aber nicht zwingend, dass der Einladende schon vor Absendung der förmlichen Ladung Erklärungen der Gesellschafter in Textform beschafft, dass sie mit der virtuellen Durchführung der Gesellschafterversammlung einverstanden sind. Das Einverständnis muss sich dabei auf die konkreten Tagesordnungspunkte beziehen, die später angekündigt werden. Nach dem gesetzlichen Konzept kann das erforderliche Einverständnis sämtlicher Gesellschafter mit der Durchführung der Versammlung per Videokommunikation aber auch erst nach der Ladung eingeholt werden. Das hat den Vorteil, dass jedenfalls die Tagesordnung feststeht und keine Unklarheiten darüber entstehen, auf welche Tagesordnungspunkte genau sich ein erklärtes Einverständnis bezieht. Allerdings dürfte es regelmäßig nicht sinnvoll sein, mit der Einholung des Einverständnisses sämtlicher Gesellschafter bis unmittelbar zu der entsprechenden Telefon- oder Videokonferenz abzuwarten, weil dann eine ggf. längere Phase der Rechtsunsicherheit entsteht, ob überhaupt in dem virtuellen Format getagt werden darf. Kann sich z.B. ein Gesellschafter, bei dem man eigentlich sicher davon ausging, dass er dem virtuellen Format zustimmen würde, aus irgendwelchen Gründen unerwarteterweise nicht in die Konferenz einwählen, so kann diese nicht wirksam durchgeführt werden. Insbesondere

bei größeren Gesellschafterkreisen empfiehlt es sich daher, die Einverständniserklärungen schon vor dem angesetzten Versammlungstermin zu beschaffen. Rechtlich zulässig ist es gleichwohl, wenn einzelne oder sämtliche Gesellschafter erst unmittelbar zu Beginn der Gesellschafterversammlung, bevor in die Tagesordnung eingetreten wird, ihr Einverständnis erklären.

3. Form des Einverständnisses

Für das Einverständnis der Gesellschafter verlangt § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG eine Bestätigung in Textform. Das Gesetz will die Erteilung der Bestätigung möglichst einfach und unkompliziert ermöglichen, etwa durch E-Mails, SMS oder WhatsApp-Nachricht.⁵³ Auch die Erklärung des Einverständnisses in dem Chat des verwendeten Videokonferenzprogramms ist ausreichend, vorausgesetzt, dass dieses die Aufbewahrung und Speicherung der Chat-Mitteilung ermöglicht. Eine solche dauerhafte Speicherung ist bei den Chat-Verläufen der aktuell wohl gebräuchlichsten Videokonferenzsysteme, Microsoft Teams und Zoom, bisher aber nicht verfügbar. Eine bloß mündliche Einverständniserklärung genügt den gesetzlichen Anforderungen hingegen nicht.

4. Zum Beschlussmangel bei bloß mündlichem Einverständnis

Davon ist dann wiederum die Frage zu trennen, ob es einen Beschlussmangel begründet, wenn das Einverständnis sämtlicher oder einzelner Gesellschafter zur Durchführung der Gesellschafterversammlung per Videokommunikation nur mündlich auf der Telefon- bzw. Videokonferenz selbst eingeholt wird. In diesem Fall entsteht jedenfalls ein Nachweisproblem, sodass sich ein solches Vorgehen bei Beschlüssen, die zum Handelsregister angemeldet werden müssen (wie z.B. bei der Bestellung oder Abberufung von Geschäftsführern), schon zur Vermeidung von Verzögerungen durch Rückfragen des Registergerichts in der Praxis verbietet. Materiellrechtlich liegt ein Gesetzesverstoß und damit im Grundsatz ein zur Anfechtbarkeit führender Beschlussmangel vor. Dieser ist aber regelmäßig unschädlich. Im Falle einer Vollversammlung (Universalversammlung) – also sämtliche Gesellschafter sind anwesend und mit der Abhaltung der Gesellschafterversammlung zum Zwecke der Beschlussfassung einverstanden –⁵⁴ sind Einberufungsmängel gemäß § 51 Abs. 3 GmbHG geheilt. Wobei „anwesend“ i.S.d. § 51 Abs. 3 GmbHG im Kontext einer Telefon- oder Videokonferenz auch „zugeschaltet“ bedeuten kann. Aber auch wenn nicht sämtliche Gesellschafter an der Konferenzschaltung teilnehmen, liegt in der aktiven Teilnahme an der Gesellschafterversammlung jedenfalls ein konkludenter Rügeverzicht bezüglich Einberufungsmängeln.⁵⁵ Ein Gesellschafter, der im Vorfeld in Textform sein Einverständnis mit der Videokonferenz erklärt, dann aber nicht teilnimmt, erklärt hingegen keinen Rügeverzicht betreffend des Formmangels bei seinen Mitgesellschaftern und bleibt zur Anfechtung berechtigt. Ebenso wie die Gesellschafter bei in Präsenz stattfindenden Beschlussfassungen unter Verzicht auf Formen und Fristen für die Einberufung und Durchführung einer Gesell-

51 Leinekugel, a.a.O. (Fn. 10), Anh § 47 Rn. 13d; Wicke, GmbHR 2022 S. 516 (521); vgl. auch Heckschen/Knaier, NZG 2022 S. 885 (890), sowie Schindler, a.a.O. (Fn. 8), 53. Ed., Stand: 01.09.2022, § 48 Rn. 101, der unter Bezugnahme auf BGH vom 16.01.2006, a.a.O. (Fn. 11), von einem unzulässigen Abstimmungsverfahren ausgeht.

52 Liebscher, a.a.O. (Fn. 10), § 48 Rn. 172; Rensen, in: Saenger/Inhester, GmbHG, 4. Aufl. 2020, Anh. § 47 Rn. 22.

53 Begr. RegE DiREG, BT-Drucks. 20/1672 S. 23.

54 BGH vom 19.01.2009 – II ZR 98/08, DB 2009 S. 556 = DStR 2009 S. 646.

55 Vgl. BGH vom 25.11.2002 – II ZR 69/01, DB 2003 S. 88 = DStR 2003 S. 699 (701); OLG Brandenburg vom 18.05.2022 – 7 U 89/21, DB 2022 S. 2338, Rn. 27; Seibt, a.a.O. (Fn. 10), § 51 Rn. 28; Leinekugel, a.a.O. (Fn. 10), Anh. § 47 Rn. 13d; Liebscher, a.a.O. (Fn. 10), § 51 Rn. 60 f.; Bayer, a.a.O. (Fn. 10), § 51 Rn. 34; Hüffer/Schäfer, a.a.O. (Fn. 21), § 51 Rn. 34.

schafterversammlung auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben verzichten können, können sie das auch bei einer als Videokonferenz stattfindenden Gesellschafterversammlung. Ein solcher Verzicht kann auch stillschweigend erfolgen. Eine solche Situation ist vergleichbar mit derjenigen einer Präsenzversammlung, die unter Missachtung der einschlägigen Ladungsfrist einberufen wurde. Ebenso wie ein Gesellschafter, der hieran gleichwohl teilnimmt, ohne die Nichteinhaltung der Ladungsfrist zu rügen, den Verfahrensmangel nicht mehr geltend machen kann, kann auch ein Gesellschafter, der sich rügelos auf die Durchführung einer Gesellschafterversammlung mittels Videokommunikation einlässt, deren Abhaltung er oder ein anderer Gesellschafter nicht in Textform zugestimmt hatte, die dort gefassten Beschlüsse nicht mehr anfechten. In der Regel wird das Textformerfordernis in § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG also eine *lex imperfecta* sein.

5. Adressat des Einverständnisses

Das Einverständnis nach § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG muss gegenüber der Gesellschaft abgegeben werden. Wer dort wiederum für diese Erklärung empfangszuständig ist, ist nicht eindeutig. Bei der Erklärung nach § 48 Abs. 2 GmbHG geht die h.M. davon aus, dass die Gesellschaft insofern durch ihre Geschäftsführer vertreten wird.⁵⁶ Überzeugender dürfte sein, dass die Einverständniserklärung nicht nur gegenüber jedem abgegeben werden kann, der nach Gesetz oder dem jeweiligen Gesellschaftsvertrag ein Einberufungsrecht zur Gesellschafterversammlung hat, sondern auch gegenüber jedem anderen Gesellschafter. Nimmt man eine Empfangszuständigkeit jedes Gesellschafters für die Einverständniserklärung an, so ist damit – anders als bei der bei einer Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren nach § 48 Abs. 2 GmbHG gegebenen Doppelnatur von Verfahrenshandlung (Einverständnis mit Abstimmung außerhalb der Gesellschafterversammlung) und Abstimmungserklärung – im Fall des § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG noch keine Empfangszuständigkeit für die Stimmabgabe verbunden. Die Sorge, es könne zu einem Beschluss kommen, von dessen Zustandekommen weder die GmbH noch die Gesellschaftergesamtheit etwas wissen,⁵⁷ stellt sich bei der Einverständniserklärung zu einer erst noch abzuhaltenden Gesellschafterversammlung mittels Videokommunikation also nicht. Zudem gibt es ein großes praktisches Bedürfnis, dass die Einverständniserklärung noch unmittelbar bei Beginn der Gesellschafterversammlung für wirksam erklärt werden kann – sonst würden Videokonferenzen vielfach nicht stattfinden dürfen, weil das Einverständnis bei lebensnaher Betrachtung vielfach erst dort erklärt werden wird –, was wiederum erfordert, dass die Erklärung wirksam jedenfalls auch gegenüber Mitgesellschaftern abgegeben werden können muss. Denn teilnahmeberechtigt an einer Gesellschafterversammlung sind nur die Gesellschafter selbst, nicht aber auch die Fremdgeschäftsführer,⁵⁸ sodass es vielfach Gesellschafterversammlungen per Videokommunikation geben wird, an denen überhaupt kein Geschäftsführer teilnimmt, der das dort zu Beginn erklärte Einverständnis entgegennimmt. Dogmatisch lässt sich die Empfangszuständigkeit der Mitge-

sellschafter mit einer Gesamtanalogie zu den in § 46 GmbHG geregelten Tatbeständen begründen. Hier wie dort handelt es sich um eine originäre Gesellschafterangelegenheit, bei der die GmbH auch ohne ihre Geschäftsführer handlungsfähig bleiben muss. Sonst liefe § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG bei Wegfall (z.B. Versterben) des einzigen Geschäftsführers komplett leer.

6. Ladungsfrist

Für Gesellschafterversammlungen per Videokommunikation gilt die jeweilige gesellschaftsvertragliche bzw. in Ermangelung einer solchen die gesetzliche Einberufungsfrist. Dabei können für Präsenzgesehlschafterversammlungen und Versammlungen per Videokonferenz im Gesellschaftsvertrag unterschiedliche Ladungsfristen normiert werden, womit u.a. dem Umstand Rechnung getragen werden kann, dass die Gesellschafter bei virtuellen Versammlungen ihre Anreise nicht organisieren müssen und ggf. schnellere Entscheidungen als auf konventionellem Wege ermöglicht werden sollen. Die gesetzliche Mindestladungsfrist von einer Woche gem. § 51 Abs. 1 Satz 2 GmbHG ist jedoch in jedem Fall zu beachten und steht nicht zur Disposition in der Satzung.⁵⁹ Denn auch bei Gesellschafterversammlungen per Videokommunikation besteht für alle Gesellschafter das Bedürfnis, sich auf die Tagesordnungspunkte sachgerecht vorzubereiten und sich hierzu erforderlichenfalls extern beraten lassen zu können. Der Umstand, dass nach dem gesetzlichen Konzept für die Durchführung einer Gesellschafterversammlung mittels Videokommunikation ohnehin die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter erforderlich ist, bewirkt aber, dass in den Fällen, in denen die Satzung Gesellschafterversammlungen per Videokommunikation nicht abweichend von § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG regelt, die Ladungsfrist des § 51 GmbHG faktisch kaum noch Bedeutung hat: Die Gesellschafter können für einen konkreten Fall auf eine Ladung, auf die besondere Ladungsform oder auf die Einhaltung der Ladungsfrist einvernehmlich verzichten.⁶⁰ Sind sämtliche Gesellschafter ohnehin mit der Durchführung der Gesellschafterversammlung mittels Videokommunikation einverstanden, dann ist darin regelmäßig auch ein konkludenter Rügeverzicht betreffend der nicht eingehaltenen Ladungsfrist zu sehen.

VIII. Ladungsinhalt

Gem. § 51 Abs. 1 GmbHG muss die Einladung der Gesellschafter mittels eingeschriebenen Briefs erfolgen. Das Gesetz macht keine Angaben zum Inhalt. Aus Sinn und Zweck der Einladung ergeben sich aber unverzichtbare Angaben. Bei der Präsenzversammlung sind das u.a. Zeit und Ort.⁶¹ Soll die Gesellschafterversammlung in Form der Videokommunikation erfolgen, wird dies ebenso mitzuteilen sein wie die Einwahlinformationen. Als Ausfluss ihres Teilnahmerechts haben sämtliche Gesellschafter jedenfalls Anspruch darauf, dass ihnen nicht nur der Termin und die Tagesordnung der Gesellschafterversammlung unter Beachtung der einschlägigen

56 OLG Jena vom 09.01.2006 – 6 U 569/09, DB 2006 S. 271; Schindler, a.a.O. (Fn. 8), § 48 Rn. 84; Noack, a.a.O. (Fn. 11), § 48 Rn. 31; a.A. Seibt, a.a.O. (Fn. 10), § 48 Rn. 60; Bayer, a.a.O. (Fn. 10), § 48 Rn. 27; Zugang beim Initiator des schriftlichen Abstimmungsverfahrens ausreichend.

57 So Noack, a.a.O. (Fn. 11), § 48 Rn. 31, Fn. 92.

58 Nachweise oben bei Fn. 32.

59 OLG Naumburg vom 23.02.1999 – 7 U (Hs) 25/98, NZG 2000 S. 44; OLG Hamm vom 27.11.1991 – 8 U 51/91, DB 1992 S. 263 (264); Noack, a.a.O. (Fn. 11), § 51 Rn. 39; einschränkend für Eilfälle Liebscher, a.a.O. (Fn. 10), § 51 Rn. 67. Vgl. auch LG Hamburg vom 09.06.2020 – 412 HK O 78/20, GmbHR 2020 S. 1354, m. Anm. Höfer zur Geltung der Mindestladungsfrist bei Abstimmungen nach § 2 COVMG im erleichterten Umlaufverfahren.

60 Seibt, a.a.O. (Fn. 10), § 51 Rn. 26; OLG Köln vom 21.12.2001 – 2 Wx 59/01, DB 2002 S. 1494 = GmbHR 2002 S. 492; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, Rz. 29.

61 Bayer, a.a.O. (Fn. 10), § 51 Rn. 15; Liebscher, a.a.O. (Fn. 10), § 51 Rn. 34; Seibt, a.a.O. (Fn. 10), § 51 Rn. 15; Altmeppen, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 51 Rn. 10.

gen Ladungsfrist bekannt gegeben werden, sondern dass auch das Versammlungsformat eindeutig geklärt ist, in dem die Gesellschafterversammlung stattfinden soll, bevor die Anreise zu dem in der Einberufung angegebenen Versammlungsort erfolgen muss, geschweige denn bevor in die Gesellschafterversammlung eingetreten wird.

I.d.R. führen Verstöße gegen Form, Frist und Inhalt der Einberufung grundsätzlich zur Anfechtbarkeit der gefassten Beschlüsse, es sei denn, der konkrete Mangel lässt die Einberufung als nicht erfolgt erscheinen, in diesem Fall ist Nichtigkeit gegeben. Erschwert eine Ladung dem Gesellschafter seine Teilnahme in einer Weise, die der Verhinderung seiner Teilnahme gleichkommt, wird ihm die Ausübung dieses unverzichtbaren Gesellschafterrechts ebenso entzogen wie im Fall der Nichtladung.⁶²

Immer dann, wenn eine Ladung nur in der bisher üblichen Art an einen bestimmten Tagungsort lädt, ohne Ausführungen zu einer auch videokommunikativen Durchführung der Gesellschafterversammlung zu machen, liegt darin die Einberufung einer Präsenzgemeinschafterversammlung. Ausgehend von der gesetzlichen Wertung, dass die Präsenzgemeinschafterversammlung der Normalfall und die Versammlung mittels Videokommunikation die Ausnahme ist, muss eine beabsichtigte Durchführung per Videokommunikation in der Einberufung also ausdrücklich angekündigt werden.

Angesichts von Unsicherheiten, ob es zu einer Gesellschafterversammlung per Videokommunikation kommen wird, wird sich vielfach das Bedürfnis ergeben, zeitgleich sowohl zu einer Gesellschafterversammlung mittels Videokommunikation als auch zu einer Gesellschafterversammlung in Präsenz zu laden. Man denke etwa an eine notwendige Sanierung oder an andere Eilfälle, bei denen die Zeit drängt wie z.B. die Entscheidung über die Wahrnehmung einer an die Gesellschafterversammlung vorlagepflichtigen Maßnahme, für die es nur ein kurzes „window of opportunity“ gibt. In solchen Fällen werden die Geschäftsführer so schnell wie möglich virtuell tagen wollen und nur, falls dazu keine Bereitschaft besteht, in Präsenz und unter Einhaltung der einschlägigen Ladungsfristen. Gerade weil wichtige Entscheidungen anstehen, werden die Geschäftsführer mit der (vorsorglichen) Ladung zu einer Präsenzgemeinschafterversammlung aber auch nicht abwarten wollen, bis sich geklärt hat, ob einzelne Gesellschafter mit dem virtuellen Format nicht einverstanden sind.

Mehrere gleichzeitige Ladungen sind nicht per se unzulässig. Sie können insb. dergestalt erfolgen, dass in der einen Ladung auf einem bestimmten Termin eine Gesellschafterversammlung per Videokommunikation einberufen wird und in einer zweiten, zeitgleich versendeten Ladung auf einen bestimmten späteren Termin zu einer Präsenzgemeinschafterversammlung geladen wird. Zur Vermeidung von Missverständnissen: Hier geht es nicht um die umstrittene Thematik, unter welchen Voraussetzungen bei einer beschlussunfähigen Erstversammlung schon vor der Erstversammlung mittels Eventualeinberufung zu einer (nach der Satzung dann unabhängig von dem teilnehmenden Stammkapital) beschlussfähigen Folgeversammlung geladen werden darf.⁶³ Es geht vielmehr nur darum, ob parallel und unbedingt mehrere Erstversammlungen (im Sinne der

Beschlussfähigkeitsregeln) mit identischer Tagesordnung zu unterschiedlichen Terminen einberufen werden dürfen. Das war schon vor dem DiREG bezüglich zweier Präsenzgemeinschafterversammlungen im Grundsatz möglich und es ist auch kein überzeugender Grund ersichtlich, im Falle einer Gesellschafterversammlung per Videokommunikation und einer Präsenzgemeinschafterversammlung etwas anderes anzunehmen.

Werden mehrere Versammlungen in unterschiedlichen Formaten einberufen, so dürfen für die Gesellschafter weder Beurteilungsrisiken entstehen, ob sie an der jeweiligen Versammlung teilnehmen müssen, wenn sie auf den Entscheidungsprozess Einfluss nehmen wollen, noch darf es wegen der Mehrzahl der Ladungen zu größeren faktischen Teilnahmeschwierigkeiten kommen.

IX. Satzungsgestaltungen

1. Satzungsdispositivität

Die §§ 45 ff. GmbHG sind dispositiv. Insbesondere können die Gesellschafter einer GmbH auch virtuelle Gesellschafterversammlungen gesellschaftsvertraglich erleichtern oder erschweren.⁶⁴ Es wäre ohne Weiteres möglich, wenn auch wohl wenig sinnvoll, in der Satzung einer GmbH vorzusehen, dass sämtliche Beschlüsse stets in einer Präsenzgemeinschafterversammlung zu fassen sind. Gleiches gilt für das andere Extrem, also die komplette Abschaffung von Präsenzgemeinschafterversammlungen zugunsten von Versammlungen mittels Videokommunikation. Ebenso ist möglich, die gesetzlichen Anforderungen an präsenzlose Gesellschafterversammlungen, also das Einverständniserfordernis aller Gesellschafter, einzuschränken und dadurch Beschlussfassungen per Videokommunikation zu erleichtern.

2. Satzungsregelungen zur Erleichterung von Versammlungen per Videokommunikation

Zur Erleichterung von Versammlungen per Videokommunikation sind alle schon von Beschlussfassungen im Umlaufverfahren gem. § 48 Abs. 2 GmbHG bekannten Gestaltungsformen denkbar, insb. dass Gesellschafterversammlungen per Videokommunikation stets und uneingeschränkt zulässig sind. Zulässig sind auch Opt-in-Mechanismen, wonach Versammlungen per Videokommunikation dann zulässig sind, wenn entweder ein Gesellschafter bzw. eine Gruppe von Gesellschaftern, die einzeln oder gemeinsam eine bestimmte Quote des Stammkapitals auf sich vereinigen, oder aber die Geschäftsführung eine Beschlussfassung auf diesem Wege verlangt. Möglich sind auch Satzungsbestimmungen, wonach immer per Videokommunikation abgestimmt werden kann, wenn ein Eilfall vorliegt. Ebenso kann die Satzung Opt-out-Mechanismen vorsehen, wonach eine Versammlung dann mittels Videokommunikation durchgeführt werden kann, wenn nicht Gesellschafter, die einzeln oder gemeinsam eine bestimmte Quote des Stammkapitals auf sich vereinigen, widersprechen. Solche Widerspruchslösungen sind regelmäßig vorzugswürdig gegenüber den Gestaltungsformen, die eine aktive Entscheidung von Gesellschaftern für das virtuelle Format verlangen: Wer sich durch die Videokommunikation beeinträchtigt sieht, kann auf diesem Weg seine Interessen ohne Weiteres wahren, während bloß träge oder kurzfristig unerreichbare Gesellschafter, die ihre Interessen aber durch

62 BGH vom 13.02.2006 – II ZR 200/04, DB 2006 S. 834; OLG Stuttgart vom 27.06.2018 – 14 U 33/17, GmbHR 2019 S. 67; Altmeppen, a.a.O. (Fn. 61), Anh. § 47 Rn. 10.

63 Hierzu BGH vom 08.12.1997 – II ZR 216/16, DB 1998 S. 511; Bayer, a.a.O. (Fn. 10), § 51 Rn. 23; Schindler, a.a.O. (Fn. 8), § 51 Rn. 73; Altmeppen, a.a.O. (Fn. 61), § 51 Rn. 9.

64 Begr. RegE DiREG, BT-Drucks. 20/1672 S. 23.

eine Videokonferenz gar nicht beeinträchtigt sehen, nicht ungewollt zur Digitalisierungsbremse werden.

Zulässig sind auch Kombinationen der vorstehenden Mechanismen mit Reaktionsfristen, etwa dergestalt, dass per Videokommunikation abgestimmt werden kann, wenn kein Gesellschafter (bzw. kein Quorum von Gesellschaftern) innerhalb einer bestimmten Frist nach Zugang der Ladung aktiv widerspricht. Solche Fristen schaffen Rechtssicherheit betreffend die Durchführbarkeit einer Versammlung mittels Videokommunikation, noch bevor in die Gesellschafterversammlung eingetreten wird.

Auch Differenzierungen zwischen den verschiedenen Beschlussgegenständen sind möglich. Es ist also denkbar, für bestimmte Beschlussgegenstände, gleichgültig ob konkret bezeichnet oder abstrakt umschrieben (z.B. anhand von Mehrheitserfordernissen), eine Beschlussfassung in einer Präsenzesellschafterversammlung gesellschaftsvertraglich vorzuschreiben. Ebenso ist es möglich, für bestimmte Beschlussgegenstände generell die Beschlussfassung in einer Videokonferenz anzuordnen. Ersteres bietet sich insb. bei Beschlussgegenständen an, für die nach Gesetz oder Satzung eine höhere als die einfache Mehrheit vorgeschrieben ist. Letzteres ist hingegen insb. für solche Beschlüsse erwägenswert, die jährlich wiederkehrend gefasst werden und bei denen das Konfliktpotenzial tendenziell gering ist wie etwa die Bestellung des Abschlussprüfers. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass auch solche Beschlussgegenstände, die in vielen Gesellschaften über Jahre hinweg regelmäßig ohne Diskussionen „durchgewunken“ werden (wie etwa häufig die Feststellung des jeweiligen Jahresabschlusses oder die Entlastung der Geschäftsführung), durchaus auch zum Gegenstand heftiger Konflikte unter den Gesellschaftern werden können. Je (potenziell) konfliktreicher ein Beschlussgegenstand dabei ist, desto sinnvoller wird es regelmäßig sein, hierfür eine Befassung in einer Präsenzesellschafterversammlung vorzusehen bzw. zumindest dafür zu sorgen, dass der Tagesordnungspunkt nur in einer per Videokommunikation durchgeführten Gesellschafterversammlung abgehandelt werden kann, wenn kein Gesellschafter widerspricht.

3. Satzungsregelungen zum automatischen Wechsel des Versammlungsformats

Zulässig dürfte auch eine Satzungsregelung sein, wonach eine als Versammlung i.S.v. § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG einberufene Versammlung automatisch als Präsenzversammlung am Sitz der Gesellschaft in den Geschäftsräumen der Gesellschaft stattfindet, falls nicht sämtliche Gesellschafter gegenüber sämtlichen anderen Mitgesellschaftern innerhalb einer näher definierten, angemessenen Frist in Textform erklären, mit der Durchführung der Gesellschafterversammlung als Videokonferenz einverstanden zu sein. Entsprechende Satzungsregelungen müssen dabei so gestaltet werden, dass zwischen dem Tag, ab dem sich eine ursprünglich als Videokonferenz einberufene Versammlung in eine Präsenzesellschafterversammlung wandelt, eine angemessene Frist liegt. Auch muss die Klausel sicherstellen, dass sämtliche Gesellschafter einen etwaigen Wechsel des Durchführungsformats sicher erkennen können.

4. Individuelle Zuschaltungsansprüche

Auch individuelle Zuschaltungsansprüche bestimmter Gesellschafter können in der Satzung begründet werden. Die Interes-

senlage jedes einzelnen Gesellschafters geht dabei regelmäßig dahin, dass möglichst immer dann, wenn er dies wünscht, eine Gesellschafterversammlung bzw. zumindest seine individuelle Teilnahme hieran auch per Videokommunikation erfolgen kann, während ihm umgekehrt eine solche präsenzlose Versammlung nicht gegen seinen Willen soll aufgezwungen werden können. Dies durchzusetzen mag solchen Gesellschaftern gelingen, die bei Gründung der Gesellschaft mit Mehrheit oder mit satzungsändernder Mehrheit beteiligt sind. Vereinzelt mag es sogar gelingen, ein entsprechendes gesellschafterliches Sonderrecht (§ 35 BGB) durchzusetzen. In den meisten Fällen wird jedoch eine Satzungsregelung, die es einem Gesellschafter ermöglicht, seine nicht an das Einverständnis anderer gebundene Zuschaltung durchzusetzen, nur um den Preis eines eigenen Verzichts auf eine Vetoposition gegen individuelle Zuschaltungsansprüche seiner Mitgesellschafter zu haben sein. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch, ob und welche Beschlussfähigkeitsquoten die Satzung enthält: Wer eine so hohe Beteiligungsquote hat, dass ohnehin auf der ersten Gesellschafterversammlung keine Beschlüsse ohne ihn gefasst werden können, wird sich eher auf eine Einschränkung bzw. komplette Abschaffung des Individualzustimmungserfordernisses des § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG einlassen können als Gesellschafter, deren Nicht-Vertreten-Sein auf der Gesellschafterversammlung nicht zu Beschlussunfähigkeit führt. Denkbar ist dabei auch, die Regelungen zur Beschlussfähigkeit mit denjenigen zum Versammlungsformat der Folgeversammlung zu einer nicht beschlussfähigen Erstversammlung zu verknüpfen.⁶⁵

5. Satzungsregelungen betreffend die Einverständniserklärung

Es gibt regelmäßig gute Gründe, die gesetzlich vorgesehene Opt-in-Regelung betreffend die Durchführung der Gesellschafterversammlung per Videokommunikation durch eine Widerspruchslösung zu ersetzen. In Fällen, in denen ein solcher Opt-out-Mechanismus nicht gewünscht ist, sind aber auch Regelungen betreffend die Art und Weise der Einverständniserklärung möglich. Es kann nicht nur die Empfangszuständigkeit geregelt werden. Es können auch Vorgaben hinsichtlich der Form in der Satzung verankert werden, in der die Zustimmung erteilt werden kann. Insbesondere ist es zulässig, statutarisch eine rein mündliche Zustimmungserteilung vorzusehen.

Ebenso kann gesellschaftsvertraglich geregelt werden, dass die jeweilige Zustimmung zur Durchführung einer Gesellschafterversammlung als Videokonferenz als erteilt gilt, wenn der Gesellschafter nicht innerhalb einer bestimmten Frist ab dem Bewirken der Ladung der Durchführung per Videokommunikation gegenüber dem Einladenden oder gegenüber den Mitgesellschaftern oder gegenüber einem etwaigen Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung widerspricht.

6. Mehrheitserfordernis

Zum Mehrheitserfordernis für Satzungsänderungen bezüglich Gesellschafterversammlungen per Videokommunikation enthält die Gesetzgebung zum DiREG keine Aussagen. Soweit die Frage im Schrifttum überhaupt behandelt wird, wird überwiegend vertreten, dass die Individualzustimmung

⁶⁵ Z.B. indem vorgesehen wird, dass die Folgeversammlung nur in Form einer Präsenzversammlung durchgeführt werden darf.

aller Gesellschafter notwendig ist, um Satzungsregelungen einzuführen, wonach Gesellschafterversammlungen auch ohne Einverständnis sämtlicher Gesellschafter mittels Videokommunikation möglich sind.⁶⁶ Dem ist zuzustimmen. Zwar handelt es sich nicht um eine Leistungsvermehrung i.S.v. § 53 Abs. 3 GmbHG. Das Individualzustimmungserfordernis ergibt sich aber aus einem Erst-Recht-Schluss aus § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG: Wenn schon im Einzelfall für die Durchführung einer Gesellschafterversammlung per Videokommunikation das Einverständnis jedes einzelnen Gesellschafters erforderlich ist, dann ist es das für die generelle Abschaffung des Einverständniserfordernisses erst recht. Entscheidend ist, dass bei Gesellschafterversammlungen in Konferenzschaltungen die Vertraulichkeit sowie die Möglichkeit der Einflussnahme auf das Abstimmungsverhalten der Mitgesellschafter tendenziell eingeschränkt sind. Der gedachte gesetzliche Normalfall einer Gesellschafterversammlung ist auch nach der Neudefinition des Versammlungsbegriffs im DiREG, wie oben dargestellt, ein rein physisches Treffen. Wird hiervon abgewichen, so beeinträchtigt das das Teilnahmerecht der Gesellschafter zwar nicht unzumutbar, aber doch immerhin so stark, dass nach § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG für diese Durchführungsform die Individualzustimmung jedes Betroffenen erforderlich ist. Die fehlende Funktionsäquivalenz von Präsenz- und virtueller Gesellschafterversammlung, die in der Norm zum Ausdruck kommt, muss auch dann berücksichtigt werden, wenn per Satzungsänderung ganz generell die Möglichkeit geschaffen werden soll, einem Gesellschafter das virtuelle Format auch gegen seinen Willen aufzuzwingen.

X. Zusammenfassung

Nach § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG sind nicht nur Präsenzzesellschafterversammlungen, sondern auch fernmündlich oder per Videokommunikation stattfindende Gesellschafterversammlungen „Versammlungen“ i.S.d. GmbHG. Dabei ist die Präsenzzesellschafterversammlung der gesetzlich gedachte Regelfall, die virtuelle Gesellschafterversammlung hingegen die nur unter zusätzlichen Voraussetzungen (nach dem gesetzlichen, satzungsdispositiven Konzept: Einverständniserklärung sämtlicher Gesellschafter in Textform) mögliche Ausnahme. Bei Einhaltung der Voraussetzungen des § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG kann auch die Beschlussfassung in einer fernmündlich bzw. mittels Videokommunikation stattfindenden GmbH-Gesellschafterversammlung erfolgen. Die Beschlussfassung per Videokommunikation führt gemäß § 16a BeurkG jedoch nur zu einem wirksamen Gesellschafterbeschluss, soweit bei beurkundungsbedürftigen Beschlüssen eine Online-Beurkundung zulässig ist. Ab dem 01.08.2023 ist dies für einstimmige satzungsändernde und in diesem Zug einstimmig gefasste, nicht beurkundungsbedürftige Beschlüsse der Fall.

Auch eine Hybrid-Versammlung, bei der ein Teil der Gesellschafter am Tagungsort der Gesellschafterversammlung persönlich anwesend ist, während andere telefonisch oder audiovisuell zugeschaltet sind, ist eine Versammlung mittels Videokommunikation i.S.v. § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG.

Zuschaltungen von Gesellschaftern sind daher seit 01.08.2022, vorbehaltlich abweichender gesellschaftsvertraglicher Regelungen, nur noch bei Einverständnis aller Gesellschafter möglich. Einen Zuschaltungsanspruch kraft Treuepflicht haben nicht persönlich anwesende Gesellschafter allenfalls in eng beschränkten Ausnahmefällen.

Erteilen die Gesellschafter die Einverständniserklärung zur Gesellschafterversammlung mittels Videokommunikation nicht, so sind per Videokommunikation gefasste Beschlüsse nichtig. Erteilen die Gesellschafter die notwendige Zustimmung statt in Textform nur mündlich, so ist der Beschluss anfechtbar. Die Anfechtbarkeit scheidet aber aus, wenn sämtliche Gesellschafter sich trotz fehlender Einverständniserklärung in Textform rügelos auf die Gesellschafterversammlung per Videokommunikation eingelassen haben. Zuständig für die Entgegennahme der Einverständniserklärung ist nicht nur jeder Geschäftsführer, sondern analog § 46 GmbHG auch jeder Gesellschafter.

Für Gesellschafterversammlungen per Videokommunikation gelten die gesetzlichen bzw. gesellschaftsvertraglichen Ladungsvoraussetzungen, mithin auch die Ladungsfrist. Jedenfalls in Fällen, in denen das allseitige Einverständniserfordernis nicht in der Satzung abbedungen wurde, spielt die einschlägige Einberufungsfrist faktisch jedoch kaum noch eine Rolle. Die entscheidende Weichenstellung ist dann vielmehr, ob alle Gesellschafter dem Versammlungsformat Videokonferenz im konkreten Fall zustimmen und sich damit trotz etwaigen Ladungsmangels (durch Nicht-Einhaltung der Ladungsfrist) rügelos auf die Gesellschafterversammlung einlassen.

Es ist möglich, zu demselben Tagesordnungspunkt sowohl eine Gesellschafterversammlung mittels Videokommunikation als auch eine Gesellschafterversammlung in Präsenz einzuberufen. Die Ladungen müssen dann jew. unabhängig voneinander erfolgen und aus beiden Ladungen dürfen weder rechtliche noch faktische Teilnahmeschwierigkeiten resultieren. Zur Reduzierung eines Anfechtungsrisikos wegen Ladungsmängeln empfiehlt es sich, zu zwei Versammlungen in unterschiedlichen Durchführungsformaten einzuladen und erforderlichenfalls eine hiervon noch rechtzeitig abzusagen.

Abweichende gesellschaftsvertragliche Regelungen betreffend § 48 Abs. 1 Satz 2 GmbHG im Allgemeinen und bezüglich des Einverständniserfordernisses im Besonderen sind möglich und sinnvoll. Es empfehlen sich insb. Satzungsgestaltungen, die statt der Notwendigkeit eines aktiven Einverständnisses aller Gesellschafter mit der Durchführung einer fernmündlich oder per Videokommunikation stattfindenden Gesellschafterversammlung solche virtuellen Versammlungen für den Fall gestatten, dass kein Gesellschafter (bzw. in größeren Gesellschaften: kein Quorum von Gesellschaftern) innerhalb einer angemessenen Überlegungsfrist widerspricht.

Die gesetzlichen Regelungen zu Gesellschafterversammlungen mittels Videokommunikation sind satzungsdispositiv. Für nachträgliche Satzungsänderungen zur Erleichterung von Beschlussfassungen per Videokommunikation ist die Individualzustimmung sämtlicher Gesellschafter erforderlich.

Redaktionelle Hinweise:

Vgl. zum Thema DiREG u.a. auch:

- Radke, Digitalisierung des Gesellschaftsrechts durch das DiRUG und DiREG, DB 2022 S. 2018 = DB1414932;
- Keller/Schümmer, Der RegE zum DiREG: Mehr Digitalisierung für das Gesellschaftsrecht, DB 2022 S. 1179 = DB1405952.

66 Bochmann, NZG 2022 S. 531 (534); Wicke, DStR 2022 S. 498 (505); Leinekugel, a.a.O. (Fn. 10), Anh § 47 Rn. 120.3; a.A. Beck, GmbHR 2021 S. 901 (905). Zur alten Rechtslage differenzierend, aber im Ergebnis weitgehend ähnlich wie hier Schindler/Schaffner, a.a.O. (Fn. 10), § 3 Rn. 531: Einführung einer Satzungsklausel, die die Möglichkeit einer Präsenzversammlung entweder zur Ausnahme macht oder in die Hand der Geschäftsführung oder einer Gesellschaftermehrheit legt, bedarf der Zustimmung aller Gesellschafter.