

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 177537
letzte Aktualisierung: 06. Mai 2020

Bitte beachten Sie zur Thematik auch die Entscheidung des OLG Karlsruhe (Beschl. v. 26.3.2021 – 1 W 4/21 (Wx), BeckRS 2021, 9260 – nicht rechtskräftig, Rechtsbeschwerde anhängig beim BGH unter Az. II ZB 7/21).

**GenG § 43; MaßnG-GesR § 3; UmwG § 13 Abs. 1 S. 2
Elektronische Teilnahme an einer Generalversammlung; virtuelle Generalversammlung;
Präsenzgebot**

I. Sachverhalt und Frage

Ist insbesondere vor dem Hintergrund des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG eine „virtuelle Generalversammlung“ bzw. elektronische Teilnahme nach § 3 Abs. 1 MaßnG-GesR im Falle der Verschmelzung von zwei Genossenschaften zulässig?

II. Zur Rechtslage

1. Vorbemerkung

Am 25.3.2020 hat der Bundestag ein umfangreiches Maßnahmenpaket beschlossen, um die Folgen der COVID-19-Pandemie abzumildern. Am 27.3.2020 wurden die entsprechenden Gesetze nach Zustimmung durch den Bundesrat im Bundesgesetzblatt verkündet. Ziel des gesamten Maßnahmenpakets ist es, die Handlungsfähigkeit der Gesellschaften zu erhalten, auch wenn die Möglichkeiten zur Durchführung von Präsenzversammlungen eingeschränkt sind. Von Interesse für die notarielle Praxis sind vor allem das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht (COVID-19-G, BGBl. I vom 27.3.2020, S. 569) und das Gesetz zur Errichtung eines Wirtschaftsstabilisierungsfonds (WStFG, BGBl. I vom 27.3.2020, S. 543). Das COVID-19-G enthält in Art. 2 das für die notarielle Praxis besonders relevante Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (im Folgenden kurz: MaßnG-GesR).

Zu den gesellschaftsrechtlichen/genossenschaftsrechtlichen Modifizierungen aufgrund des MaßnG-GesR fehlt es noch nahezu völlig an erläuternder Literatur oder praktischen Erkenntnissen. Vor diesem Hintergrund bitten wir zu berücksichtigen, dass diesbezügliche Einschätzungen nur sehr eingeschränkt möglich sind und unter dem Vorbehalt weiterer Rechtsentwicklung stehen.

2. Modifikation des GenG durch das MaßnG-GesR

Gem. § 3 Abs. 1 MaßnG-GesR können Beschlüsse der Mitglieder in Abweichung von § 43 Abs. 7 S. 1 GenG auch dann schriftlich oder elektronisch gefasst werden, wenn dies in der Satzung nicht ausdrücklich zugelassen ist. § 43 Abs. 7 S. 1 GenG wird also dahingehend modifiziert, dass es für die elektronische oder schriftliche Beschlussfassung **keiner Satzungsgrundlage** mehr bedarf. Im Übrigen werden die Modalitäten des § 43 Abs. 7 S. 1 GenG nicht erweitert oder modifiziert (im Gegensatz bspw. zur Aktiengesellschaft). Es stellt sich also die Frage, ob schon unter dem jetzigen § 43 Abs. 7 S. 1 GenG eine elektronische Teilnahme an einer Generalversammlung möglich ist. Dies wird in der Literatur unterschiedlich bewertet. Nach einer Auffassung soll eine elektronische Teilnahme an einer Generalversammlung nicht möglich sein (Henssler/Strohn/Geibel, GesR, 4. Aufl. 2019, § 43 GenG Rn. 6; Pöhlmann/Fandrich/Bloehs/Fandrich, GenG, 4. Aufl. 2012, § 43 Rn. 60). Nach wohl überwiegender Auffassung – die u. E. überzeugen kann – ist die Abhaltung einer Generalversammlung unter elektronischer Teilnahme der Mitglieder bereits jetzt möglich (Beck, RNotZ 2014, 160, 167; Geschwandtner/Helios, NZG 2006, 691, 692; Lang/Weidmüller/Holthaus/Lehnhoff, GenG, 39. Aufl. 2018, § 43 Rn. 114b; Bauer, Genossenschaftshandbuch, Lfg. 3/13 – VII.13, § 43 Rn. 206). Diese Auffassung kann sich maßgeblich auf die Gesetzgebungsmaterialien zu § 43 Abs. 7 S. 1 GenG stützen. Dort heißt es wörtlich:

„Mit dem neuen Abs. 7 wird in S. 1 die Regelung des Art. 58 Abs. 4 der SCE-Verordnung aufgegriffen. Danach können künftig Beschlüsse der Generalversammlung auch schriftlich oder elektronisch gefasst werden, sofern die Satzung dies vorsieht. Sie muss durch ein entsprechendes Regelwerk sicherstellen, dass die Rechte aller Mitglieder gewahrt bleiben und die Ordnungsmäßigkeit der Stimmabgabe gewährleistet ist. Unter diesen Voraussetzungen ist auch die Durchführung einer virtuellen Generalversammlung per Internet denkbar; in der Praxis wird dies aber derzeit nur in seltenen Ausnahmefällen, z. B. bei einer Genossenschaft aus dem IT-Bereich, in Betracht kommen.“

(BT-Drucks. 16/1025, S. 87)

Dieser eindeutige gesetzgeberische Wille wird in der Literatur teilweise deswegen als unbeachtlich angesehen, weil der Gesetzeswortlaut des § 43 Abs. 7 S. 1 GenG lediglich von der Beschlussfassung spricht, nicht aber von der elektronischen Teilnahme, wie bspw. § 118 Abs. 1 S. 2 AktG (Pöhlmann/Fandrich/Bloehs/Fandrich, § 43 Rn. 60). Diese Argumentation kann u. E. jedoch nicht überzeugen. Der Wortlaut der Norm ist mit „elektronische Form“ denkbar weit gefasst. Hierunter lässt sich auch die elektronische Abstimmung im Rahmen einer Präsenzversammlung fassen, auch wenn diese Möglichkeit bspw. in § 118 Abs. 1 S. 2 AktG differenzierter und deutlicher zum Ausdruck kommt. Der Wortlaut der Norm („elektronische Form“) geht auf den Wortlaut der Art. 58 Abs. 4 SCE-Verordnung zurück (EU VO 1435/2003). Dieser Wortlaut wurde in das Genossenschaftsgesetz übernommen. Ein Präjudiz dahingehend, dass der Gesetzgeber hier nur die Beschlussfassung im Rahmen eines schriftlichen/elektronischen Umlaufverfahrens regeln wollte, halten wir für eher fernliegend. Deutlich wird dies auch durch einen Vergleich mit der englischen Fassung der SCE-Verordnung. Dort heist es in Art. 58 Abs. 4 „*The statutes may permit **postal voting** or **electronic voting** in which case they shall lay down the necessary procedures*“. Hieraus wurde in der

deutschen Fassung der Richtlinie „Abstimmungen auf schriftlichem Wege oder in elektronischer Form“.

Zusammenfassend halten wir deshalb schon nach dem jetzigen § 43 Abs. 7 S. 1 GenG die elektronische Teilnahme an einer Generalversammlung ebenso für zulässig wie die vorherige Abstimmung im Rahmen einer schriftlichen Stimmabgabe (Briefwahl). Dass der Gesetzgeber dies im Rahmen des § 3 MaßnG-GesR nicht nochmal explizit klargestellt hat, hindert u. E. eine solche Interpretation nicht.

3. Verhältnis zu § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG

Gem. § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG kann der Beschluss zur Zustimmung zu einer Verschmelzung nur **in einer Versammlung** der Anteilshaber gefasst werden. Es herrscht sog. **Versammlungszwang** (BeckOGK-UmwG/Rieckers/Cloppenburg, Std.: 1.7.2019, § 13 Rn. 40). Eine Beschlussfassung im Umlaufverfahren durch Beurkundung sämtlicher Einzelstimmen scheidet schon aus diesem Grund aus.

Versteht man die „schriftliche“ und „elektronische“ Beschlussfassung in Übereinstimmung mit dem Wortlaut der SCE-Verordnung nicht als schriftliches Umlaufverfahren, sondern als schriftliche Stimmabgabe i. S. e. Briefwahl/elektronischer Teilnahme, so dürfte dies nicht gegen § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG verstoßen. Eine solche schriftliche Stimmabgabe im Vorfeld einer Versammlung, bei der die Stimme in der Versammlung gezählt und durch den Versammlungsleiter festgestellt wird, ist bereits jetzt bei der AG möglich und verstößt nach h. M. auch nicht gegen § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG (BeckOGK-UmwG/Rieckers/Cloppenburg, § 13 Rn. 42; Semler/Stengel/Gehling, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 13 Rn. 14; MHdB-GesR/Ghassemi-Tabar, Band 8, 5. Aufl. 2018, § 11 Rn. 13; Schöne/Arens, WM 2012, 381, 387; einschränkend nur auf die AG Lutter/Drygala, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 13 Rn. 12). Um dem Formerfordernis des § 13 Abs. 3 S. 1 UmwG gerecht zu werden, müsste also jedenfalls – analog zur Protokollierung der Versammlung einer Aktiengesellschaft – ein notarielles Protokoll über die Versammlung unter Anwesenheit des Versammlungsleiters und des Notars erstellt werden.

U. E. genügt entsprechend eine nach § 3 MaßnG-GesR i. V. m. § 43 Abs. 7 S. 1 GenG durchgeführte Versammlung den Anforderungen des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG, wenn zumindest Notar und Versammlungsleiter vor Ort anwesend sind. Zwar hat das OLG Hamm für die Mitgliederversammlung eines eingetragenen Vereins entschieden, dass auch beim Verein, der in seiner Satzung eine virtuelle Teilnahme an der Mitgliederversammlung vorsieht, im Falle von Umwandlungsbeschlüssen eine physische Präsenz erforderlich ist (OLG Hamm NJW 2012, 940, 941). Diese Rechtsprechung ist jedoch u. E. durch die aktuellen gesetzgeberischen Maßnahmen überholt. Denn ebenso wie für die AG anerkannt ist, dass die Abstimmung mittels Briefwahl oder elektronischer Teilnahme bei gleichzeitiger Durchführung einer Versammlung nicht gegen § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG verstößt (vgl. oben), muss dies bei entsprechender gesetzlicher Grundlage auch bei der Genossenschaft gelten. Denn § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG fordert nach seinem Wortlaut her die **Durchführung einer Versammlung**, aber nicht zwingend **physische Präsenz**. § 3 MaßnG-GesR verweist aber gerade auf § 43 Abs. 7 S. 1 GenG verwiesen, der die Modalitäten der Abhaltung einer *Generalversammlung* betrifft.

Sinn und Zweck des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG ist zwar, dass den Anteilshabern ermöglicht wird, sich über den Verschmelzungsvertrag auszutauschen und ihn gegebenenfalls mit der Verwaltung zu diskutieren (BeckOGK-UmwG/Rieckers/Cloppenburg, Std.: 1.7.2019, § 13

Rn. 40). Bereits vor Inkrafttreten des MaßnG-GesR war jedoch anerkannt, dass es sich hierbei nicht zwingend um eine Präsenzversammlung handeln muss, wenn dies nicht nach den gesetzlichen Bestimmungen für die jeweilige Rechtsform erforderlich ist (Henssler/Strohn/Heidinger, § 13 UmwG Rn. 11). In den Fällen, in denen Satzung oder Gesetz es zulassen (wie bspw. bei der AG in § 118 Abs. 1 S. 2 AktG) war also auch bisher schon keine körperliche Präsenz erforderlich. Mit dem MaßnG-GesR wird der Kreis der Rechtsformen erweitert, bei denen eine elektronische Teilnahme zugelassen werden soll, so dass diese Form der Versammlung auch den Anforderungen des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG genügen muss. Eine andere Interpretation würde offensichtlich dem Willen des Gesetzgebers widersprechen, der auch im Rahmen der COVID-19-Pandemie die Handlungsfähigkeit der Gesellschaften sicherstellen wollte. Ein gesetzgeberischer Wille dahingehend, dass die Erleichterungen für umwandlungsrechtliche Maßnahmen nicht gelten sollen, lässt sich nicht feststellen.

4. Fazit

Wir halten eine elektronische Teilnahme oder eine Abstimmung im Vorfeld per Briefwahl bereits unter dem jetzigen § 43 Abs. 7 S. 1 GenG für zulässig. § 3 Abs. 1 MaßnG-GesR modifiziert dieses Verfahren lediglich dahingehend, dass keine Satzungsgrundlage erforderlich ist. Den Anforderungen des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG kann u. E. dadurch genüge getan werden, dass eine Versammlung unter Präsenz des Versammlungsleiters und des Notars abgehalten wird und die Mitglieder elektronisch zugeschaltet werden oder per Briefwahl ihre Stimme im Vorfeld der Versammlung abgeben. Aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit unter der Neuregelung des § 3 MaßnG-GesR empfiehlt sich ggf. vorab eine Abstimmung mit dem Registergericht, ob es diese Rechtsauffassung teilt.