

Aufsatz ZR

Prof. Dr. Florian Möslin, Dipl.-Kfm., LL.M. (London)*

Rechtsgeschäfte unter Abwesenden: Vertragsschluss und Beschlussfassung trotz »Social Distancing«

<https://doi.org/10.1515/jura-2020-2611>

Stichwörter: Rechtsgeschäftslehre; Vertragsschluss; Beschlussfassung; Abwesenheit; gleichzeitige Anwesenheit; Beschränkung physischer und sozialer Kontakte; Covid19; Privatautonomie

Abstract: Der Beitrag behandelt Rechtsgeschäfte unter Abwesenden, die angesichts der pandemiebedingten Beschränkung sozialer und räumlicher Kontakte erheblich an Bedeutung gewinnen. Dass Rechtsgeschäfte auch unter Abwesenden erfolgen können, erkennt das Privatrecht seit jeher an. Es setzt solchen Geschäften jedoch umgekehrt auch Grenzen, indem es bestimmte Präsenz- und Anwesenheitserfordernisse statuiert. Die systematische Durchsicht dieser Erfordernisse zeigt, dass sie den Abschluss von Verträgen nur sehr punktuell, die Fassung von (Mehrheits-)Beschlüssen dagegen breitflächig betreffen. Die betreffenden vereins- und gesellschaftsrechtlichen Anforderungen stehen im Konflikt zu pandemiebedingten Kontakt- und Versammlungsverboten. Um Beschlussfassung dennoch zu ermöglichen, hat der Gesetzgeber Covid19-Sonderregeln erlassen, die jene Anforderungen vorübergehend suspendieren. In Zeiten der digitalen Transformation steht jedoch grundlegender in Frage, ob Präsenz- und Anwesenheitserfordernisse unter dem Blickwinkel der Privatautonomie nach wie vor erforderlich und verhältnismäßig sind, um Informations-, Auskunfts- und sonstige Beteiligungsrechte zu verbürgen. Die grundrechtlich gewährleistete Privatautonomie umfasst schließlich auch die Befugnis, durch Abgabe von Willenserklärungen Rechtsfolgen auch ohne physischen Kontakt herbeizuführen.

***Kontaktperson:** Florian Möslin, Universitätsprofessor an der Philipps-Universität Marburg. Der Autor ist dort Gründungsdirektor des Instituts für das Recht der Digitalisierung, Direktor des Instituts für Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht sowie Inhaber der Professur für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht.

I. Problemstellung

Die Eindämmung der Covid19-Pandemie hat Abstandsgebote, Ausgangsbeschränkungen und Quarantäneanordnungen sowie Kontakt- und Versammlungsverbote auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes erforderlich gemacht.¹ Die Intensität dieser Maßnahmen variiert länderspezifisch und in Abhängigkeit vom Infektionsgeschehen.² Im Grundsatz beanspruchen die entsprechenden Regelungen jedoch weiterhin Geltung, nachdem sich Bund und Länder am 22. März 2020 auf Leitlinien zur Beschränkung sozialer Kontakte geeinigt haben (sog. »Social Distancing«).³ Tatsächlich betreffen die Beschränkungen primär den körperlichen, physischen Kontakt (daher wohl besser: »Physical Distancing«), während soziale und auch rechtliche Kontakte dank bewährter oder modernerer, digitaler Möglichkeiten der Telekommunikation im Grundsatz weiterhin möglich bleiben und auch bleiben sollen.⁴

¹ Überblicksweise zu den einzelnen Maßnahmen etwa *Giesberts/Gayger/Weyand* NVwZ 2020, 417, 418-420.

² Zum Sachstand in den Bundesländern (Ausgangsverbote vs. Kontaktsperren) *Schmitt* NJW 2020, 1626; zur Relevanz des Infektionsgeschehens im Rahmen der Verhältnismäßigkeitskontrolle vgl. nur *VerfGH Saarland* NVwZ-RR 2020, 514, 517 (bes. Rn. 35).

³ Beschluss von Bundeskanzlerin und die Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder vom 22. 3. 2020, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/besprechung-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-1733248>.

⁴ Dass sozialer Kontakt nicht völlig ohne physische Nähe auskommen kann, gilt allerdings auch neurowissenschaftlich als erwiesen, vgl. etwa *Böhme* Human Touch: Warum körperliche Nähe so wichtig ist, 2019. Entsprechend wurde beispielsweise für den Freistaat Bayern verordnet: »Jeder wird angehalten, die *physischen und sozialen Kontakte* zu anderen Menschen außerhalb der Angehörigen des eigenen Haushalts auf ein absolut nötiges Minimum zu reduzieren. Wo immer möglich, ist ein Mindestabstand zwischen zwei Personen von 1,5 m einzuhalten.« (§ 1 Abs. 1 S. 2 Bayerische Verordnung über eine vorläufige Ausgangsbeschränkung anlässlich der Corona-Pandemie vom 24. 3. 2020, Hervorh. d. Verf.).

Um ökonomische Einbußen und negative konjunkturelle Folgen so gering wie möglich zu halten, müssen nämlich auch in Zeiten der Pandemie Markttransaktionen ebenso wie unternehmensinterne Entscheidungen auf sicherer rechtlicher Grundlage, d. h. in Form von Verträgen und Beschlüssen erfolgen können.

Dass Rechtsgeschäfte auch unter Abwesenden erfolgen können, erkennt das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) schon seit jeher an. Es statuiert spezifische Vorschriften wie § 130 BGB zum Wirksamwerden der Willenserklärung unter Abwesenden und § 147 BGB zur Annahme(frist) von Willenserklärungen auch unter Abwesenden. Von einer geringfügigen Änderung abgesehen gelten beide Regelungen bereits seit Inkrafttreten des BGB am 1. Januar 1900.⁵ Gleichwohl setzt das geltende Privatrecht Rechtsgeschäften unter Abwesenden durchaus auch Grenzen, indem es bestimmte Rechtsgeschäfte Präsenz- und Anwesenheitsanforderungen unterwirft. Diese Anforderungen sind teils ausdrücklich geregelt, teils ungeschriebener Natur. Ihre systematische Durchsicht zeigt, dass sie den Abschluss von Verträgen nur punktuell, die Fassung von Beschlüssen dagegen breitflächiger betreffen (dazu ausführlich unter II. und III.). In Zeiten physischer bzw. sozialer Kontaktbeschränkungen erweisen sich solche Anforderungen als kontraproduktives Hindernis, das dem Abschluss entsprechender Rechtsgeschäfte entgegensteht. Um »Legal Distancing« mit negativen ökonomischen Folgen zu vermeiden, hat der Gesetzgeber eine Reihe pandemiebedingter Sonderregeln geschaffen, die solche Präsenz- und Anwesenheitsanforderungen zumindest teilweise, allerdings auch nur vorübergehend aufheben.⁶ Angesichts der digitalen Transformation, die persönliche Kontakte nicht in jeder, aber doch in vieler Hinsicht entbehrlich macht, folgt daraus die grundlegendere Frage, ob, unter welchen Voraussetzungen und aus welchen Gründen sich rechtsgeschäftliche Präsenz- und Anwesenheitsanforderungen überhaupt rechtfertigen lassen. Das geltende Privatrecht erlaubt Rechtsgeschäfte unter Abwesenden nicht zuletzt deshalb, weil Privatautonomie auch die Befugnis verbürgt, durch Abga-

be von Willenserklärungen Rechtsfolgen auch ohne physischen Kontakt herbeizuführen (dazu unter IV.).⁷

II. Vertragsschluss unter Abwesenden

1. Allgemeine Rechtsgeschäftslehre

In der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre beziehen sich zwei Vorschriften ausdrücklich auf Rechtsgeschäfte unter Abwesenden, nämlich § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zum Wirksamwerden von Willenserklärungen und § 147 Abs. 2 BGB zur Rechtzeitigkeit von deren Annahme. Beide Vorschriften belegen nicht nur die Offenheit des BGB für Rechtsgeschäfte unter Abwesenden, sondern offenbaren auch einen bemerkenswerten Gleichlauf: Die Rechtsgeschäftslehre differenziert nämlich wertungsmäßig nicht nach räumlicher Distanz – sie erweist sich dadurch als erstaunlich »pandemiefest«.

a) Wirksamwerden von Willenserklärungen unter Abwesenden, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB

Die Vorschrift des § 130 BGB sieht in Abs. 1 S. 1 vor, dass eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, in dem Zeitpunkt wirksam wird, in welchem sie diesem zugeht – wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird. Mit diesem letztgenannten Halbsatz setzt die Norm, die im Übrigen die Übermittlungsrisiken verteilt, ausdrücklich voraus, dass die Abgabe empfangsbedürftiger Willenserklärungen trotz räumlicher Distanz möglich ist, dass es also einer gleichzeitigen Anwesenheit von Erklärendem und Empfänger grundsätzlich nicht bedarf.⁸ Sie bringt somit den allgemeinen Grundsatz zum Ausdruck, dass Rechtsgeschäfte auch unter Abwesenden möglich sind.

Klärungsbedürftig schien dem historischen Gesetzgeber jedoch, wer unter Abwesenden das Risiko der Über-

⁵ Einfügung der Wörter »oder einer sonstigen technischen Einrichtung« durch das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 13. 7. 2001, BGBl. 2001 I 1542; vgl. näher BeckOGK/Möslin § 147 Rn. 6.

⁶ Vgl. vor allem Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27. 3. 2020, BGBl. 2020 I, 569, dort Artikel 2 (»Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie«).

⁷ Allgemein zu den unterschiedlichen Dimensionen der Privatautonomie (Abschluss-, Inhalts- und Formfreiheit): BeckOGK/Möslin § 145 Rn. 32–37; MünchKomm-BGB/Busche Rn. 10 vor § 145; ferner etwa Laufke Vertragsfreiheit und Grundgesetz, FS Lehmann, Bd I, 1956, S. 145, 146.

⁸ Wie umgekehrt eine Willenserklärung unter Anwesenden wirksam wird, lässt das BGB hingegen unregelt (selbstverständlich jedoch, ohne diese Möglichkeit auszuschließen), vgl. Medicus/Petersen Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 258; MünchKomm-BGB/Einsele § 130 Rn. 1.

mittlung tragen soll.⁹ § 130 Abs. 1 S. 1 BGB setzt bei der Wirksamkeit empfangsbedürftiger Willenserklärungen an, deren Zeitpunkt nicht (wie unter Anwesenden) an Abgabe und Vernehmung, sondern an Abgabe und Zugang geknüpft wird.¹⁰ Damit gab der Gesetzgeber der sog. *Empfangstheorie* den Vorzug und erteilte umgekehrt der sog. *Übermittlungstheorie*, die auf den Zeitpunkt der Absendung abstellen wollte, eine klare Absage.¹¹ Unter Anwesenden gilt andererseits die (*eingeschränkte*) *Vernehmungstheorie*, die grundsätzlich auf den Zeitpunkt abstellt, in dem der Empfänger eine mündliche Willenserklärung akustisch richtig versteht, die jedoch insofern Einschränkungen erfährt, als sie auch im Falle falsch verstandener Erklärungen deren Wirksamkeit bejaht, sofern der Erklärende von richtigem Verständnis seitens des Empfängers ausgehen durfte.¹² Unter Abwesenden findet diese Einschränkung eine Parallele, weil Zugang ebenfalls nicht zwingend voraussetzt, dass der Empfänger die Erklärung tatsächlich zur Kenntnis genommen (gelesen) hat, sondern bereits ausreicht, dass die – i. d. R. schriftliche – Erklärung in verkehrsüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt (den »Machtbereich«, d. h. den Briefkasten, das Faxgerät oder die Mailbox) des Empfängers gelangt ist und unter gewöhnlichen Verhältnissen mit dessen Kenntnisnahme zu rechnen ist.¹³ Die Rechtsgeschäftslehre gelangt somit trotz unterschiedlich lautender Theorien im Ergebnis zu einer Risikoverteilung zwischen Erklärendem und Empfänger, die unter An- und Abwesenden genau die gleiche Wertung zum Ausdruck bringt, weil zwar grundsätzlich der Erklärende für die Übermittlung verantwortlich ist, individuelle Empfangs- und Verständnisschwierigkeiten, mit denen gewöhnlich nicht zu rechnen ist (z. B. Überhören oder verspätete Briefkastenleerung), aber in beiden Fällen dem Empfänger zugewiesen werden.

Der Gleichlauf zeigt, dass die Lehre der Willenserklärungen zwar nach dem Wortlaut, nicht jedoch in ihrer Wertung nach räumlicher Distanz unterscheidet. Der Gesetzgeber hat jene Risikoverteilung in § 130 BGB nur für

Rechtsgeschäfte unter Abwesenden angedeutet.¹⁴ Anders als der Wortlaut vermuten lässt, hängt die Anwendbarkeit dieser Vorschrift nicht vom Kriterium räumlicher Distanz ab, sondern von der (fehlenden) Möglichkeit unmittelbarer Verständigung.¹⁵ Diese Möglichkeit kann unter Abwesenden dank der Telekommunikation (etwa Telefon, Videokonferenz, Chat) ebenso bestehen wie sie umgekehrt durchaus auch unter Anwesenden fehlen kann (etwa wenn trotz Anwesenheit im gleichen Raum verschlossene Schriftstücke ausgetauscht werden).¹⁶

b) Annahmefrist unter Abwesenden, § 147 Abs. 2 BGB

Die zweite Regelung, die sich ausdrücklich auf Rechtsgeschäfte unter Abwesenden bezieht, findet sich im Abschnitt zum Vertrag (Titel 3, §§ 145 ff. BGB). Sie gilt daher unmittelbar nur für Vertragsangebote.¹⁷ Die Vorschrift setzt der Annahmefrist zeitliche Grenzen und beschränkt damit die in § 145 BGB statuierte Bindung des Antragenden an seinen Antrag.¹⁸ Zwar begrenzt bereits § 146 BGB diese Bindungswirkung in Abhängigkeit bestimmter Handlungen des Angebotsempfängers (Ablehnung, nicht rechtzeitige Annahme). Für den Fall, dass der Erklärende selbst keine Annahmefrist gem. § 148 BGB setzt, bedarf es aber einer gesetzlichen Regelung, die der Bindungswirkung von Anträgen zeitliche Grenzen setzt.¹⁹ Ebendiese Annahmefristen bestimmt die Regelung des § 147 BGB, die zwischen Anträgen unter Anwesenden, die gem. Abs. 1 sofort angenommen werden müssen, und Anträgen unter Abwesenden differenziert, für die Abs. 2 gilt.

Der Anwendungsbereich von § 147 BGB ähnelt der skizzierten Interpretation des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB insofern, als für die Anwendbarkeit der beiden Absätze das Kriterium räumlicher Distanz wiederum nicht entscheidend ist. Zwar lässt der Wortlaut wiederum anderes vermuten, indem er zwischen »Anwesenden« (Abs. 1) und »Abwesenden« (Abs. 2) unterscheidet, unter denen jeweils

⁹ Ähnlich etwa BeckOGK/*Gomille* § 130 Rn. 1.

¹⁰ Illustrativ hierzu bspw. *Leipold* BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2019, § 12 Rn. 1f.

¹¹ *Mugdán* Materialien zum Entwurf des BGB, Bd I, 1899, S. 438; vgl. ferner MünchKomm-BGB/*Einsele* § 130 Rn. 9; *Wertenbruch* JuS 2020, 481.

¹² Näher etwa *Wertenbruch* JuS 2020, 481, 486 f.; MünchKomm-BGB/*Einsele* § 130 Rn. 28; *Spindler/Schuster/Spindler* Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 130 Rn. 2.

¹³ S. nur BGHZ NJW 1998, 976, 977; BGH NJW 2014, 1010 Rn. 8; so auch die heute hL: *Medicus/Petersen* Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 270, 274; *Brinkmann* Der Zugang von Willenserklärungen, 1984, S. 49; *Palandt/Ellenberger* § 130 Rn. 5.

¹⁴ Vgl. nochmals Fn. 8.

¹⁵ Ebenso bspw. *Weiler* JuS 2005, 788, 790; *Leipold* BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2019, § 12 Rn. 5; ähnlich *Medicus/Petersen* Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 291.

¹⁶ S. einerseits etwa *Spindler/Schuster/Spindler* Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 130 Rn. 2 f, 22; andererseits BGH NJW 2012, 3372 Rn. 8; BeckOGK/*Gomille* § 130 Rn. 32.

¹⁷ Näher etwa BeckOGK/*Möslin* § 147 Rn. 12f.

¹⁸ Hierzu ausführlich bspw. *Möslin* JURA 2020, 122.

¹⁹ Näher zum Normzweck: MünchKomm-BGB/*Busche* § 147 Rn. 1; *Spindler/Schuster/Spindler* Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 147 Rn. 1; BeckOGK/*Möslin* § 147 Rn. 4f.

ein Antrag gemacht wird.²⁰ Jedoch stellt § 147 Abs. 1 S. 2 BGB ausdrücklich klar, dass auch ein Antrag, der »mittels Fernsprecher oder einer sonstigen technischen Einrichtung von Person zu Person« gemacht wird, trotz räumlicher Distanz als Antrag unter Anwesenden gilt. Deshalb ist nicht physische Anwesenheit entscheidend, sondern die Möglichkeit der unmittelbaren Kenntnisnahme des Antrags durch den Antragsempfänger.²¹

Dieses Differenzierungskriterium sorgt nicht nur systematisch für einen Gleichlauf mit § 130 Abs. 1 S. 1 BGB, der diese Differenzierung zwar nicht ausdrücklich statuiert, aber nach dem Gesagten überwiegend im gleichen Sinne verstanden wird. Auch teleologisch überzeugt diese Differenzierung, weil sich die Rechtsfolgen der beiden Absätze des § 147 BGB vor allem insofern unterscheiden, als die Annahmefrist neben der reinen Überlegungsfrist »unter Abwesenden« zusätzlich noch Transportfristen für Angebot und Annahmeerklärungen umfasst.²² Die Bemessung dieser Fristen hängt von ganz unterschiedlichen Einflussfaktoren (»regelmäßige Umstände«) ab, insbesondere von branchenspezifischen Gebräuchen und Gepflogenheiten der Beteiligten.²³ Sie braucht hier nicht im Einzelnen erläutert zu werden.²⁴ Notwendig sind zusätzliche Transportfristen jedenfalls nur, wenn ein Transport der Erklärungen erforderlich ist und tatsächlich Zeit in Anspruch nimmt, nicht jedoch, wenn unmittelbare Kenntnisnahme ohne entsprechenden Zeitverlust möglich ist, etwa am Telefon.²⁵ Insgesamt zeigt deshalb auch § 147 BGB, dass der Gesetzgeber nicht stärker als nötig zwischen Rechtsgeschäften unter Abwesenden und Rechtsgeschäften unter Anwesenden differenziert: Zwar verlängert § 147 Abs. 2 BGB bei fehlender Möglichkeit unmittelbarer Kenntnisnahme die Annahmefrist, allerdings nur »minimalinvasiv«, um der Besonderheit längerdauernden Transports Rechnung zu tragen. Rechtsgeschäfte unter Abwesenden sind daher im Ergebnis weder besser noch schlechter ge-

stellt als Rechtsgeschäfte unter Anwesenden. Die allgemeine Rechtsgeschäftslehre steht der pandemiebedingten Notwendigkeit, »die physischen und sozialen Kontakte zu anderen Menschen [...] auf ein absolut nötiges Minimum zu reduzieren«,²⁶ somit keineswegs entgegen, sondern bewährt sich auch in Zeiten von Covid19.

2. Präsenz- und Anwesenheitserfordernisse

In Ausnahmefällen schränkt das BGB Rechtsgeschäfte unter Abwesenden jedoch ein, indem es Präsenz oder Anwesenheit verlangt. Die Regelungen zu Fernabsatzverträgen gem. § 312c BGB, die mit dem Tatbestandsmerkmal der ausschließlichen Verwendung von Fernkommunikationsmitteln passgenau auf (bestimmte) Rechtsgeschäfte unter Abwesenden zugeschnitten sind, statuieren indessen keine solchen Erfordernisse, sondern ausschließlich Informationspflichten und Widerrufsrechte, um Informationsdefiziten, die bei solchen Verträgen infolge verringerter Möglichkeiten von Rückfrage und Inaugenscheinnahme drohen, entgegenzuwirken.²⁷ Das Vertragsrecht begegnet den spezifischen Risiken, die Rechtsgeschäfte unter Abwesenden bergen, in §§ 312c-312h BGB durch Einräumung zusätzlicher bzw. alternativer Informationsmöglichkeiten, nicht durch Präsenz- und Anwesenheitserfordernisse.

Solche Erfordernisse mag man aber als Folge von Formvorschriften vermuten. Selbst die strengsten Formerfordernisse, nämlich notarielle Beurkundung gem. § 128 BGB und öffentliche Beglaubigung gem. § 129 Abs. 1 BGB, erfordern allerdings lediglich die *Anwesenheit beim Notar*, weil sie »in dessen Gegenwart« erfolgen muss oder zumindest soll (vgl. § 13 Abs. 1 S. 1 bzw. § 40 Abs. 1 S. 1 BeurkG).²⁸ Die gleichzeitige *Anwesenheit beider Parteien* hingegen ist zur Einhaltung der Formvorgaben nicht erforderlich, weil selbst für die Beurkundung gem. § 128 BGB genügt, »wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme des Antrags von einem Notar beurkundet wird«. ²⁹ Im Fall der Beglaubigung bestätigt der Notar ohnehin nur, dass die Unterschrift des Erklärenden vor ihm geleistet wurde, bedarf es also ebenfalls nicht der Anwesenheit beider Vertragspartei-

²⁰ BeckOGK/Möslin § 147 Rn. 2.

²¹ Ebenso MünchKomm-BGB/Busche § 147 Rn. 26; BeckOGK/Möslin § 147 Rn. 15; ähnlich Staudinger/Bork § 147 Rn. 2 (unmittelbarer Kontakt); Erman/Armbrüster § 147 Rn. 16 (ebenso); NK-BGB/Schulze § 147 Rn. 11 (Möglichkeit der wechselseitig unmittelbaren Kommunikation ohne nennenswerten Zeitverlust).

²² BeckOGK/Möslin § 147 Rn. 15.

²³ S. etwa OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1986, 329; OLG München, NJW-RR 2018, 244; MünchKomm-BGB/Busche § 147 Rn. 32; BeckOGK/Möslin § 147 Rn. 29; vgl. ferner Müller-Graff Auswirkungen einer laufenden Geschäftsverbindung im amerikanischen und deutschen Recht, 1974, S. 134f.

²⁴ Ausführlich etwa BeckOGK/Möslin § 147 Rn. 30–32; illustrativ außerdem BGH NJW 2010, 2873, 2874; BGH NJW 2016, 1441, Rn. 20 u. 31.

²⁵ BeckOGK/Möslin § 147 Rn. 15.

²⁶ Vgl. oben Fn. 4.

²⁷ Zu den Gefahren ausf. BGH NJW-RR 2004, 1058, 1059; vgl. außerdem MünchKomm-BGB/Wendehorst § 312c Rn. 3f.; Martinek NJW 1998, 207.

²⁸ Im Einzelnen zu diesem Präsenzerfordernis: Kindler Heckschen/Herrler/Münch (Hrsg) Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 31 Rn. 273–282.

²⁹ Sog. sukzessive Vertragsbeurkundung, hierzu näher MünchKomm-BGB/Einsele § 128 Rn. 6f.; BeckOGK/Cziupka § 128 Rn. 16–31.1.

en.³⁰ Soweit diese Formerfordernisse Präsenz beim Notar erfordern, können zwar auch sie mit pandemiebedingten Kontaktverboten kollidieren. Die Ersetzung dieser Präsenz durch digitale Interaktion (etwa: Verlesen am Bildschirm), zu der die notarielle Praxis zunehmend tendiert, steht nämlich vorerst noch nicht im Einklang mit dem geltenden Recht, genauer: der Muss-Vorschrift des § 13 BeurkG.³¹ Rechtsgeschäften unter Abwesenden stehen aber selbst diese Formerfordernisse nicht entgegen, weil sie zumindest keine gleichzeitige Präsenz beim Notar erfordern.

Es gibt jedoch einige wenige, sehr spezifische Vorschriften im BGB, die »gleichzeitige Anwesenheit« beider Vertragsparteien zwingend voraussetzen. Ein solches Erfordernis gilt insbesondere für die dingliche Einigung über die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück (Auflassung, § 925 Abs. 1 S. 1 BGB), für die Erklärung der Eheschließenden, die Ehe miteinander eingehen zu wollen (§ 1311 S. 1 BGB), für den Abschluss eines Ehevertrags (§ 1410 BGB) sowie für den Abschluss eines Erbvertrags (§ 2276 Abs. 1 S. 1 BGB). Selbst die meisten dieser Vorschriften schließen nicht aus, dass sich die Vertragsparteien vertreten lassen und somit zumindest ohne direkten persönlichen Kontakt, also in Abwesenheit miteinander kontrahieren können.³² Lediglich für die Eingehung der Ehe (§ 1311 S. 1 BGB: »persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit«) sowie für den Erblasser (vgl. § 2274 BGB) ist persönliche Anwesenheit zwingend vorgeschrieben.³³ In jedem Fall können pandemiebedingte Kontaktverbote der gleichzeitigen Anwesenheit – der beiden Parteien oder jedenfalls ihrer Vertreter –, die jene genannten, eng begrenzten Vorschriften verlangen, vorübergehend entgegenstehen.

3. Covid19-Sonderregeln

Da der Vertragsschluss unter Abwesenden somit grundsätzlich möglich und nur in den genannten, eng begrenzten Ausnahmefällen ausgeschlossen ist, überrascht nicht, dass Covid19-Sonderregeln fehlen, die Verträge unter Abwesenden ermöglichen. Für solche Sondervorschriften

gibt es im Regelfall schlicht keinen Bedarf. Lediglich in den wenigen Fällen, in denen das BGB »gleichzeitige Anwesenheit« verlangt, kann der Vertragsschluss an pandemiebedingten Kontaktverboten scheitern. Der Gesetzgeber hat gleichwohl davon abgesehen, die entsprechenden Anforderungen des BGB während der Pandemie vorübergehend außer Kraft zu setzen. Stattdessen statuier(t)en die landesgesetzlichen Covid19-Verordnungen teils umgekehrt Ausnahmen, die namentlich standesamtliche Eheschließungen oder die Wahrnehmung von Notarterminen betreffen.³⁴ Gilt keine Kontaktbeschränkung, können die Anwesenheitserfordernisse erfüllt und Verträge selbst unter entsprechenden Voraussetzungen geschlossen werden.

III. Beschlussfassung unter Abwesenden

Während sich Verträge demnach fast flächendeckend auch auf die Ferne – ohne den sprichwörtlichen Handschlag – schließen lassen, stehen der Fassung bestimmter Beschlüsse unter Abwesenden durchaus rechtliche Hindernisse entgegen. Obwohl der Beschluss ebenso wie der Vertrag als Rechtsgeschäft zu qualifizieren ist, gelten rechtsformspezifische Anforderungen, die teils Präsenz bzw. Anwesenheit der jeweils Stimmberechtigten verlangen. Entsprechend größer ist das Konfliktpotenzial mit pandemiebedingten Kontakt- und Versammlungsverboten, zumal an Beschlüssen typischerweise nicht nur zwei, sondern (viel) mehr Personen beteiligt sind. Um Beschlüsse gleichwohl auch in Zeiten der Pandemie zu ermöglichen, hat der Gesetzgeber zahlreiche Covid19-Sonderregeln erlassen, die jene Präsenz- und Anwesenheitserfordernisse ausnahmsweise suspendieren und somit Beschlussfassung auch unter Abwesenden ermöglichen.

³⁰ Zum Verfahren vgl. etwa *Malzer* DNotZ 2000, 169, 174-176; MünchKomm-BGB/*Einsele* § 129 Rn. 3f.; BeckOGK/*Cziupka* § 129 Rn. 26.

³¹ Ausführlich zu entsprechenden Reformtendenzen und rechtlichen Grenzen zuletzt *Limmer* DNotZ 2020, 419.

³² S. etwa MünchKomm-BGB/*Ruhwinkel* § 925 Rn. 19 bzw. BeckOGK/*Reetz* § 1410 Rn. 10.

³³ Zur sog. Eheschließungsform BeckOGK/*Kriewald* § 1311 Rn. 5; MünchKomm-BGB/*Wellenhofer* § 1311 Rn. 2–5; vgl. außerdem MünchKomm-BGB/*Musiak* § 2274 Rn. 2f.

³⁴ Vgl. etwa § 5 Abs. 4 Nrn. 6 und 7 der Verordnung über Maßnahmen zur Eindämmung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 und COVID-19 in Brandenburg (SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung – SARS-CoV-2-EindV) vom 8. Mai 2020 (seit 15. 6. 2020 außer Kraft); § 3 Abs. 1 Nrn. 11 und 15a der Niedersächsische Verordnung über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Corona-Virus (Nieders. Covid-19-Infektionsschutz-Verordnung) vom 8. Mai 2020 (seit 13. 7. 2020 außer Kraft); allgemein sowie zum Spannungsfeld mit der notariellen Urkundsgewährungspflicht: *Heinemann* Notarielle Amtstätigkeit während einer Epidemie, *Kroiß* (Hrsg) Rechtsprobleme durch COVID-19, bes. Rn. 17–19.

1. Beschluss als Rechtsgeschäft

Der Beschluss bildet ein »geordnetes Verfahren zur Festlegung eines Willens vieler«. ³⁵ Er ermöglicht im Vereins- und Gesellschaftsrecht die interne Willensbildung, etwa der Mitgliederversammlung oder des mehrgliedrigen Leitungsorgans: So regelt beispielsweise § 32 Abs. 1 BGB, dass die Angelegenheiten des Vereins grundsätzlich durch Beschlussfassung in einer Versammlung der Mitglieder geordnet werden (S. 1), und dass bei der Beschlussfassung die Mehrheit der abgegebenen Stimmen entscheidet (S. 3). ³⁶ Im Gegensatz zum Vertrag (§§ 145–157 BGB) findet sich im Abschnitt des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Rechtsgeschäftslehre zwar kein eigener Titel zum Beschluss. Gleichwohl bestehen keine Zweifel, dass die Abgabe zumindest der einzelnen Ja- oder Nein-Stimme jeweils eine empfangsbedürftige Willenserklärung darstellt, auf die rechtsgeschäftliche Regelungen wie §§ 104 ff., 119 ff., 130 BGB grundsätzlich (wenngleich mit Modifikationen) Anwendung finden. ³⁷ Im Gegensatz zur Enthaltung beinhalten solche Stimmen nämlich die Äußerung eines privaten Willens, der unmittelbar auf Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet ist. ³⁸ Ein mehrheitlich gefasster Beschluss kann, wie § 32 Abs. 1 S. 3 BGB zeigt, auch gegenüber denjenigen Mitgliedern oder Gesellschaftern, die nicht mit Ja gestimmt haben, Wirkung entfalten. Weil – und soweit – er eigenständige Rechtsfolgen zeitigt, ist ein Beschluss nicht lediglich eine Bündelung mehrerer gleichlautender Willenserklärungen, sondern mit der heute h.M. als Rechtsgeschäft zu qualifizieren. ³⁹ Die Einordnung als »Sozialakt der körperschaftlichen Willens-

bildung durch Mehrheitsentscheid«, die in Anknüpfung an *Otto v. Gierkes* Lehre von der realen Verbandspersönlichkeit ⁴⁰ für körperschaftsrechtliche Beschlüsse früher vorherrschte, ⁴¹ gilt heute dagegen zu Recht als überholt. ⁴²

Dass der Beschluss im Vergleich zu sonstigen Rechtsgeschäften und besonders zu Verträgen Besonderheiten aufweist, steht seiner Qualifikation als Rechtsgeschäft nicht entgegen, sondern hat lediglich zur Folge, dass einzelne rechtsgeschäftliche Regelungen nicht unverändert Anwendung finden können. ⁴³ Zunächst ist der Beschluss regelmäßig kein zwei-, sondern ein mehrseitiges Rechtsgeschäft, das von einer größeren Zahl von Willenserklärungen getragen wird. ⁴⁴ Verträge können zwar ebenfalls auf mehr als zwei Willenserklärungen beruhen. ⁴⁵ Solche mehrseitigen Verträge sind aber untypisch – ebenso wie umgekehrt Beschlüsse nicht notwendiger-, aber typischerweise auf mehr als zwei Willenserklärungen basieren. Dass der Beschluss überdies auch Personen binden kann, die ihm nicht zugestimmt haben, gilt zwar nur – aber immerhin – in denjenigen Fällen, in denen ein Mehrheitsbeschluss ausreicht, also nicht bei Einstimmigkeitserfordernissen, wie sie im Personengesellschaftsrecht die Regel sind. Diese mehrheitliche Bindung unterscheidet den Beschluss aber ebenfalls typischerweise vom Vertrag. ⁴⁶ Die wirklich charakteristische Besonderheit besteht freilich darin, dass die einzelnen Willenserklärungen nicht wie beim Vertrag in ihrem Inhalt spiegelbildlich miteinander korrespondieren, sondern beim Beschluss gleichgerichtet sind, und dass sie nicht wie beim Vertrag an die anderen Erklärenden, sondern beim Beschluss das jeweilige Gremium adressiert sind. ⁴⁷ Modifika-

³⁵ GroßKomm/Grundmann § 133 Rn. 2; mit Hinweis auf *Luhmann* Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2008, 101; *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl. 1921/1972, S. 423 f. Vgl. außerdem *Kumpan* Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014, S. 508 f.

³⁶ Näher etwa *Medicus/Petersen* Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 1125 ff.

³⁷ BGH NJW 1952, 98, 99; BGHZ 14, 264, 167 = NJW 1954, 1563; s. außerdem *Hüffer/Koch* § 133 Rn. 18 f.; *MünchKomm-AktG/Arnold* § 133 Rn. 3; *Baltzer* Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, 1965, S. 152; *Busche* FS Säcker, 2011, S. 45, 47; *Zöllner* FS Lutter, 2000, S. 821, 824.

³⁸ Vgl. nochmals BGH NJW 1952, 98, 99; BGHZ 14, 264, 267 = NJW 1954, 1563; ferner auch BGH BB 1967, 975, 976 f.; *Bartholomeyczik* Die Stimmabgabe im System unserer Rechtshandlungen, 1934, S. 25–35; *Hüffer/Koch* § 133 Rn. 18; *KKAktG/Tröger* § 133 Rn. 55. Dagegen ist die Enthaltung nicht darauf ausgerichtet, die Willensbildung mitzugestalten, auch wenn sie mittelbar den Erfolgswert der abgegebenen Stimmen beeinflusst, vgl. nur BGHZ 129, 136, 153 = NJW 1995, 1739 (Girmes); GroßKomm/Grundmann § 133 Rn. 67; *MünchKomm-AktG/Arnold* § 133 Rn. 23 f.; a. A. jedoch *Ulmer* FS Niederländer, 1991, S. 415, 419.

³⁹ So etwa *Busche* FS Säcker, 2011, S. 45, 46–53; *Leipold* BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2019, § 10 Rn. 8; a. A. *Ernst* FS Leenen, 2012, S. 1, 39 ff. (einseitiger, vom Versammlungsleiter festgestell-

ter Rechtsakt der Versammlung); hierzu krit. *Koppensteiner* JBl. 2017, 273.

⁴⁰ *Otto v. Gierke* Genossenschaftstheorie, 1887, bes. S. 5 ff.

⁴¹ IdS vor allem RGZ 122, 367, 369; auch noch BGHZ 52, 316, 318 = NJW 1970, 33; offen gelassen dann in BGHZ 124, 111, 122 = NJW 1994, 520; BGHZ 129, 136, 153 = NJW 1995, 1739 (Girmes).

⁴² S. etwa *Grigoleit/Herrler* § 133 Rn. 2; *Hüffer/Koch* § 133 Rn. 3; *KKAktG/Tröger* § 133 Rn. 38 ff.; *MünchKomm-AktG/Arnold* § 133 Rn. 3; GroßKomm/Grundmann § 133 Rn. 40 f.; *Baltzer* Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, 1965, S. 177 f.; *Wiedemann* JZ 1970, 291, 292; s. auch *Busche* FS Säcker, 2011, S. 45, 46 ff.

⁴³ Ähnlich GroßKomm/Grundmann § 133 Rn. 41 (mit Tendenz zur Qualifikation als Vertrag).

⁴⁴ Zur Kategorienbildung *Möslin* Dispositives Recht, 2011, 227 f.; vgl. außerdem *Thiele* Die Zustimmungen in der Lehre vom Rechtsgeschäft, 1966, S. 100; ferner *Bachmann* Private Ordnung, 2006, S. 259.

⁴⁵ Ausf. *Zwanzger* Der mehrseitige Vertrag, 2013.

⁴⁶ S. etwa *Medicus/Petersen* Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 205.

⁴⁷ Vgl. nochmals *Medicus/Petersen* Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 205; ferner auch *Leipold* BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2019, § 10 Rn. 8.

tionsbedarf bedeutet diese Eigenheit insbesondere für die beiden zentralen Vorschriften, die Rechtsgeschäfte unter Abwesenden betreffen, nämlich § 130 Abs. 1 S. 1 BGB und § 147 Abs. 2 BGB. Beide Vorschriften setzen voraus, dass die fraglichen Willenserklärungen »einem anderen gegenüber« abzugeben, also empfangsbedürftig sind. Für Zugangsfragen (§ 130 BGB) ist insoweit zu berücksichtigen, dass beim Beschluss die Stimme gegenüber Verein oder Gesellschaft abzugeben ist, nicht etwa gegenüber den anderen Stimmberechtigten.⁴⁸ Im Rahmen von § 147 BGB drohen aufgrund der Mehrzahl der Willenserklärungen divergierende Fristen, besonders wenn Erklärungen teils in Anwesenheit, teils in Abwesenheit erfolgen. Weil solche Divergenzen die Rechtssicherheit, auf die diese Norm zielt, konterkarieren würden, erfordert die Normanwendung Anpassungen, beispielsweise indem man für die Fristberechnung auf den Zeitpunkt abstellt, zu dem der Versammlungsleiter als Vertreter des Vereins oder der Gesellschaft die *letzte* erforderliche Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf.⁴⁹

2. Präsenz- und Anwesenheitserfordernisse

Fraglich ist jedoch, ob diese Besonderheiten auch rechtfertigen, dass Beschlüsse – im Gegensatz zu Verträgen – zum Teil Präsenz- oder Anwesenheitserfordernissen unterworfen werden. Beschlussfassung unter Abwesenden wird in Körperschaften – anders als in Personengesellschaften – in der Tat nur unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig gehalten; im Regelfall bedarf es einer Präsenzversammlung sowie der Teilnahme der Stimmberechtigten vor Ort.

Im Recht der Personengesellschaften gilt – im Gleichklang mit allgemeiner Rechtsgeschäftslehre und entsprechend den Regeln zum Vertragsschluss – die Beschlussfassung unter Abwesenden mangels ausdrücklicher gesetzlicher Anforderungen an das Beschlussverfahren als zulässig: Die Stimmabgabe kann in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), der offenen Handelsgesellschaft (oHG) und auch der Kommanditgesellschaft (KG) in jeder beliebigen Form erfolgen, auch schriftlich, fernmündlich, telegraphisch und mittels E-Mail.⁵⁰ Umlaufbeschlüsse hält man

ohne Weiteres für zulässig, weil grundsätzlich weder die Abhaltung von Gesellschafterversammlungen noch die gleichzeitige Stimmabgabe aller Gesellschafter notwendig ist.⁵¹ Die Abhaltung einer Präsenzversammlung gilt lediglich als erforderlich, soweit Aufklärungs- und Informationsbedarf besteht, der nur auf diese Weise behebbar ist.⁵² Angenommen wird ein solcher Fall namentlich dann, wenn laut Gesellschaftsvertrag Beschlüsse auch mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst werden können.⁵³ Im personengesellschaftsrechtlichen Regelfall der Einstimmigkeit jedoch sind Rechtsgeschäfte, die per Beschlussfassung getätigt werden, auch unter Abwesenden möglich.

Im Recht der Körperschaften – in deren Mitgliederversammlungen als Grundsatz das Mehrheitsprinzip gilt (vgl. nur § 32 Abs. 1 S. 3 BGB) – stellt sich die Rechtslage diametral anders dar, weil eine Beschlussfassung unter Abwesenden nur unter bestimmten, teils sehr engen Voraussetzungen zulässig ist. So sieht das Vereinsrecht in § 32 Abs. 2 BGB die Beschlussfassung ohne Versammlung ausdrücklich nur als Ausnahme vor, die eine schriftlich erklärte Zustimmung aller Mitglieder erfordert.⁵⁴ Ganz ähnlich statuiert § 48 Abs. 2 Alt. 2 GmbHG, dass es in Gesellschaften mit beschränkter Haftung der Abhaltung einer (Präsenz-)Versammlung lediglich dann nicht bedarf, »wenn sämtliche Gesellschafter in Textform [...] mit der schriftlichen Abgabe der Stimmen sich einverstanden erklären«.⁵⁵ Zum Teil wird darüber hinaus vertreten, dass GmbH-Gesellschafter »auch ohne Satzungsregelung form- und präsenzlos – etwa im Rahmen einer Telefonkonferenz – beschließen können, sofern Übereinstimmung unter ihnen über diese Vorgehensweise besteht«.⁵⁶ Bestimmte Beschlüsse jedenfalls, insbesondere zu Umwandlungsmaßnahmen wie Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel dürfen aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Vorgabe (vgl. §§ 13 Abs. 1 S. 2, 125 und 193 Abs. 1 S. 2 UmwG) überhaupt nicht im Umlaufverfahren, sondern ausschließlich in einer Gesellschafterversammlung getrof-

⁴⁸ GroßKomm/Grundmann § 133 Rn. 44; vgl. außerdem Messer FS Fleck, 1988, S. 221, 227.

⁴⁹ Vgl. BGH NJW-RR 1990, 798, 799 f.; ähnlich, jedoch zu mehrseitigen Verträgen BeckOGK/Möslin § 147 Rn. 13; außerdem Zwanzger Der mehrseitige Vertrag, 2013, S. 158 f.; Merle ZWE 2005, 412, 419 (für mehrseitige WEG-rechtliche Vereinbarungen).

⁵⁰ BGH NJW-RR 1990, 798, 799; zur GbR außerdem BGH DStR 1994, 1543, 1544; MünchKomm-BGB/Schäfer § 709 Rn. 71; BeckOGK/Geibel

§ 709 Rn. 118; zur oHG MünchKomm-HGB/Enzinger § 119 Rn. 40; Baumbach/Hopt/Roth § 119 Rn. 27; zur KG BGH NZG 2012, 393, 396.

⁵¹ RGZ 163, 385, 392; RGZ 138, 172, 176; BGH NJW-RR 1990, 798, 799; BGH NZG 2011, 1142; OLG München DB 2001, 1408; OLG Dresden NZG 2000, 782.

⁵² MünchKomm-HGB/Enzinger § 119 Rn. 40 (zur oHG, m. w. N.).

⁵³ IdS MünchKomm-BGB/Schäfer § 709 Rn. 50 aE, 71, 73; vgl. außerdem BGH DStR 1994, 1543, 1544; Schneider AG 1979, 57, 68.

⁵⁴ Näher BeckOGK/Notz § 32 Rn. 196 ff.; MünchKomm-BGB/Leuschner § 32 Rn. 66 f.

⁵⁵ Vgl. dazu BGH NZG 2019, 979 Rn. 33; OLG Düsseldorf, ZIP 1989, 1554; ausführlich etwa MünchKomm-GmbHG/Liebscher § 48 Rn. 141 ff.

⁵⁶ MünchKomm-GmbHG/Liebscher § 48 Rn. 141, 173 f.

fen werden.⁵⁷ Im Aktienrecht schließlich gilt gem. § 118 Abs. 1 S. 1 AktG die sog. Konzentrationsregel, nach der die Aktionäre ihre Rechte in den Angelegenheiten der Gesellschaft in der Hauptversammlung ausüben.⁵⁸ Obwohl die Vorschrift lediglich die Rechtsausübung auf diese Versammlung bündelt, ohne etwas über deren physische oder virtuelle Form zu besagen, liest man sie im Einklang mit dem Vereins- und GmbH-Recht ganz überwiegend als Pflicht zur Präsenzversammlung.⁵⁹ Ausnahmen setzen nach dem Wortlaut sowie aufgrund des zwingenden Charakters des Aktienrechts gem. § 23 Abs. 5 AktG eine gesetzliche Bestimmung voraus, können von den Aktionären also – im Gegensatz zu Vereins- und GmbH-Recht – nicht, auch nicht einstimmig entschieden werden.⁶⁰ Eine entsprechende Bestimmung sieht das geltende Aktienrecht lediglich hinsichtlich der Teilnahme der Aktionäre, nicht jedoch hinsichtlich der Versammlung selbst vor:⁶¹ § 118 Abs. 1 S. 2 AktG erlaubt Satzungsgestaltungen, die den Aktionären eine Teilnahme auch ohne Anwesenheit vor Ort sowie die Ausübung ihrer Aktionärsrechte im Wege elektronischer Kommunikation ermöglicht.⁶² Die Satzung kann einzelnen Aktionären mithin die Stimmabgabe in Abwesenheit erlauben, aber sie kann das aktienrechtliche Erfordernis einer Präsenzversammlung nicht abbedingen. Insgesamt gilt im Recht der Körperschaften somit der Grundsatz, dass Beschlussfassung unter Abwesenden nur sehr eingeschränkt möglich ist und jedenfalls allseitige Zustimmung bzw. entsprechende Satzungsgestaltung erfordert.

3. Covid19-Sonderregeln

Diese vereins- und gesellschaftsrechtlichen Präsenz- bzw. Anwesenheitserfordernisse stehen im Konflikt zu pandemiebedingten Kontakt- und Versammlungsverboten, so-

weit auf entsprechenden Versammlungen mehr Mitglieder vertreten sind, als sich selbst nach den abgemilderten Verbotregeln derzeit (wieder) maximal versammeln dürfen.⁶³ Anders als bei Verträgen, deren Abschluss ausnahmsweise »gleichzeitige Anwesenheit« erfordert, sind angesichts der typischerweise hohen Teilnehmerzahlen aus Infektionsschutzgründen Ausnahmen von jenen Verboten für die körperschaftliche Beschlussfassung nicht sinnvoll. Um diese Beschlussfassung unabhängig von Infektionsgeschehen und dadurch schwankenden Personenobergrenzen zu ermöglichen, hat der Bundesgesetzgeber Covid19-Sonderregeln erlassen, die jene gesellschaftsrechtlichen Präsenz- und Anwesenheitserfordernisse ausnahmsweise suspendieren. Ende März verabschiedete er mit dem sog. COVID-19-Pandemie-Gesetz (COVID-19-PandG) eine befristete Sonderregelung, die insbesondere in Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung und eingetragenen Vereinen, aber etwa auch in Genossenschaften, Stiftungen und Wohnungseigentümergeinschaften vorübergehend die Beschlussfassung auch unter Abwesenden erlaubt.⁶⁴

a) Verein und GmbH

Während die gesetzlichen Sonderregeln schwerpunktmäßig die Hauptversammlung von Aktiengesellschaften betreffen, erfährt das Recht der Gesellschafts- bzw. Mitgliederversammlungen von GmbH und Verein nur sehr punktuelle, aber dennoch wirkungsvolle Modifikationen.⁶⁵ So sieht Art. 2 § 5 Abs. 2 COVID-19-PandG in Abweichung von § 32 Abs. 1 BGB vor, dass der Vorstand Vereinsmitgliedern auch ohne Satzungsermächtigung ermöglichen kann, Mitgliedsrechte in Abwesenheit im Wege elektronischer Kom-

⁵⁷ Mangels gesetzlicher Vorgabe kann dagegen über Satzungsänderung und selbst über Auflösung im Umlaufverfahren entschieden werden, vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack § 48 Rn. 28; MünchKomm-GmbHG/Liebscher § 48 Rn. 145 m. w. N.

⁵⁸ Hüffer/Koch § 118 Rn. 1; Grigoleit/Herrler § 118 AktG Rn. 4; MünchKomm-AktG/Kubis § 118 Rn. 32.

⁵⁹ So zuletzt Tröger BB 2020, 1091, 1091; ausführlich KKAktG/ders., 3. Aufl. 2020, § 118 Rn. 26 ff.; ähnlich ferner Spindler/Stilz/Hoffmann § 118 Rn. 7; Krennek/Pluta Heidel (Hrsg) Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2020, § 118 Rn. 1.

⁶⁰ MünchKomm-AktG/Kubis § 118 Rn. 32 (auch nicht »bei allseitigem Einverständnis«).

⁶¹ Zu dieser Möglichkeit etwa Lieder FS E. Vetter, 2019, S. 419, 429-431; Spindler ZGR 2018, 17, 25 ff.; Teichmann ZfPW 2019, 247, 261 ff.

⁶² Ausführlich Hüffer/Koch § 118 Rn. 10 ff.; Grigoleit/Herrler § 118 Rn. 6 ff.; Spindler/Stilz/Hoffmann § 118 Rn. 35 ff.

⁶³ Die Personenobergrenzen unterscheiden sich je nach Bundesland und im Zeitverlauf, vgl. etwa § 5 Abs. 2 bzw. § 14 a Nr. 2 Sechste Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (in geschlossenen Räumen maximal 100 Teilnehmer) sowie § 6 Abs. 2 Berliner Covid-19-Infektionsschutzverordnung (in geschlossenen Räumen bis 31. Juli 2020 maximal 300 zeitgleich Anwesende, bis 31. August 2020 maximal 500 zeitgleich Anwesende, bis 30. September 2020 maximal 500 zeitgleich Anwesende, bis 24. Oktober 2020 maximal 1000 zeitgleich Anwesende).

⁶⁴ Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht v. 27. 3. 2020, BGBl. 2020 I, S. 569, dort Artikel 2 (»Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie«).

⁶⁵ Aus den zahlreichen Beiträgen zu den Sonderregelungen vgl. insbesondere rechtsformübergreifend: Engel ZStV 2020, 110; Gottschalk/Ulmer GWR 2020, 133; Lieder ZIP 2020, 837; Otte/Dietlein BB 2020, 1163; Vetter/Tielmann NJW 2020, 1175; Wolf/Eckert/Denz/Geking/Holze/Künnen/Kurth JA 2020, 401, 410 f.

munikation auszuüben oder die Stimme vorab schriftlich abzugeben. Art. 2 § 5 Abs. 3 COVID-19-PandG erleichtert zudem die Voraussetzungen des § 32 Abs. 2 BGB, indem er an Stelle der schriftlichen Zustimmung aller Mitglieder für die Gültigkeit von Beschlüssen ohne Versammlung ausreichen lässt, dass alle Mitglieder beteiligt wurden, mindestens die Hälfte der Mitglieder ihre Stimme fristgerecht in Textform abgegeben haben und der Beschluss mit der erforderlichen Mehrheit gefasst wurde.⁶⁶ Für die GmbH statuiert Art. 2 § 2 COVID-19-PandG noch bündiger, dass Gesellschafterbeschlüsse in Textform oder durch schriftliche Stimmabgabe gefasst werden können, selbst wenn das gem. § 48 Abs. 2 GmbH erforderliche Einverständnis sämtlicher Gesellschafter nicht besteht.⁶⁷ Ungeklärt ist vorerst, ob diese Vorschrift analog auf Personengesellschaften Anwendung findet, deren Satzungen Mehrheitsbeschlüsse erlauben und für die deshalb Präsenzerfordernisse ähnlich wie im GmbH-Recht gelten sollen.⁶⁸ Innerhalb ihres Anwendungsbereichs schließen die Covid19-Sonderregeln jedenfalls die ansonsten bestehende Möglichkeit einzelner Mitglieder bzw. Gesellschafter aus, gegen Beschlussfassung unter Abwesenden Veto einzulegen. Dieser Ausschluss gilt jedoch nur temporär, da sich diese Regeln gem. Art. 2 § 7 Abs. 2 und 5 COVID-19-PandG auf Versammlungen und Beschlüsse beschränken, die im Jahr 2020 stattfinden. Wenn es aufgrund fortbestehender Auswirkungen der Covid19-Pandemie geboten erscheint, ermächtigt Art. 2 § 8 COVID-19-PandG das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, die Geltung der Sondervorschriften immerhin bis Ende 2021 zu verlängern.⁶⁹

b) Aktiengesellschaft

Gleichermaßen zeitlich beschränkt, aber in ihrem Regelungsgehalt ungleich detailreicher sind die aktienrechtlich relevanten Vorschriften in Art. 2 § 1 Abs. 1 bis Abs. 7 des COVID-19-PandG.⁷⁰ Abgesehen von Vorschriften zum Auf-

schub der Hauptversammlung und Abschlagszahlungen (Abs. 4 und 5) und zu übergreifende Fragen zu Zustimmungskompetenzen des Aufsichtsrats sowie zur Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen (Abs. 6 und 7) ermöglicht die Neuregelung die Online-Teilnahme an der Hauptversammlung auch ohne Satzungsermächtigung (Abs. 1) und erlaubt darüber hinaus erstmals sog. virtuelle Hauptversammlungen, an denen Aktionäre und ihre Vertreter ausschließlich digital teilnehmen und ihre Rechte wahrnehmen können (Abs. 2 und 3). Das COVID-19-PandG stellt für die Durchführung der Hauptversammlung somit eine kleine und eine große Lösung zur Wahl.⁷¹ Die kleine Lösung baut auf den Möglichkeiten zur Online-Teilnahme auf, die das geltende Aktienrecht mit § 118 AktG bereits bietet.⁷² Während diese Möglichkeiten jedoch unter dem Vorbehalt stehen, dass Satzung bzw. Geschäftsordnung sie entweder selbst zulassen oder den Vorstand zu deren Einführung ermächtigen, erlaubt die Neuregelung des Art. 2 § 1 Abs. 1 COVID-19-PandG dem Vorstand, »auch ohne Ermächtigung durch die Satzung oder eine Geschäftsordnung« zu entscheiden, von jenen Möglichkeiten Gebrauch zu machen.⁷³ Gem. Art. 2 § 1 Abs. 6 S. 1 COVID-19-PandG ist lediglich (aber immerhin) die Zustimmung des Aufsichtsrats erforderlich, dem S. 2 freilich gestattet, abweichend von § 108 Abs. 4 AktG ohne physische Anwesenheit seiner Mitglieder zu beschließen, nämlich »schriftlich, fernmündlich oder in vergleichbarer Weise«.⁷⁴ Ungeachtet dieser Erleichterungen erschien die Online-Teilnahme zumindest in derjenigen Phase der Pandemie, in der besonders strenge Versammlungs- und Kontaktverbote galten, als nicht ausreichend. Einen Verzicht auf Präsenzversammlungen erlaubt § 118 AktG nämlich nicht:⁷⁵ Den Aktionären steht trotz Ermöglichung der elek-

⁶⁶ Näher speziell zu den vereinsrechtlichen Sonderregeln: *Fisch* NZG 2020, 512, 513; *Schwenn/Blacher* npoR 2020, 154; *Segna* npoR 2020, 148, 149-152.

⁶⁷ Hierzu näher *Wicke* NZG 2020, 501, 501f.

⁶⁸ S. dazu oben bei Fn. 53; für eine Analogie *Otte/Dietlein* BB 2020, 1163, 1167f.

⁶⁹ *Mayer/Jenne* BB 2020, 835, 844; *Noack/Zetzsche* AG 2020, 265, 266; *Wicke* DStR 2020, 885, 885; missverständlich verkürzt hingegen *Herb/Merkelbach* DStR 2020, 811.

⁷⁰ Hierzu besonders zahlreiche Beiträge, etwa *Atta* WM 2020, 1047; *Bücker/Kulenkamp/Schwarz/Seibt/von Bonin* DB 2020, 775; *Daghles/Haßler* BB 2020, 1032; *Götze/Roßkopf* DB 2020, 768; *Herb/Merkelbach* DStR 2020, 811; *Mayer/Jenne* BB 2020, 835; *Noack/Zetzsche* AG 2020,

265; *diess*. DB 2020, 658; *Rapp* DStR 2020, 806; *Schäfer* NZG 2020, 481; *Simons/Hauser* NZG 2020, 488; *Tröger* BB 2020, 1091; *Unmuth* NZG 2020, 448; *Wicke* DStR 2020, 885.

⁷¹ *Bochmann/Ullrich* DB 2020, M4.

⁷² Zu dieser Regelung näher *Bachmann*, FS Roth, 2011, 37; *Förster* AG 2011, 362; *Holten/Bauernfeind* AG 2015, 489; *Noack* WM 2009, 2289.

⁷³ S. dazu etwa *Götze/Roßkopf* DB 2020, 768; *Mayer/Jenne* BB 2020, 835, 840f.; *Rapp* DStR 2020, 806, 809; *Schäfer* NZG 2020, 481, 482 f. (»minimalinvasive[r] Eingriff in das geltende Recht«).

⁷⁴ *Herb/Merkelbach* DStR 2020, 811, 811; *Wälzholz/Bayer* DNotZ 2020, 285, 289; *Wicke* DStR 2020, 885. Die Zustimmungspflicht soll laut Gesetzesbegründung möglichen Missbrauch verhindern und die Überwachungskompetenz des Aufsichtsrats gewährleisten, vgl. BT-Drs. 19/18110, 27.

⁷⁵ In der Begründung zu § 118 AktG heißt es deutlich, die Norm diene nicht der »Einführung der sog. virtuellen Hauptversammlung, also der Versammlung, die in keinem physischen Raum mehr stattfindet und deren Versammlungsort der Cyberspace ist, denn eine Präsenzhauptversammlung ist zunächst immer noch als die Basis gedacht, an der

tronischen Teilnahme nach dieser Vorschrift immer noch das Recht zur Präsenzteilnahme zu (sog. »Hybrid-Hauptversammlung«).⁷⁶ Zudem unterliegen neben Versammlungsleiter und Notar nach der Sollvorschrift des § 118 Abs. 3 S. 1 AktG grundsätzlich auch die (sonstigen) Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat der Pflicht zur Präsenz vor Ort.⁷⁷ Je nach Größenordnung der Versammlung kann bereits diese Pflicht mit pandemiebedingten Versammlungs- und Kontaktverboten kollidieren.⁷⁸

Als alternative, große Lösung sieht das COVID-19-PandG daher in Art. 2 § 1 Abs. 2 S. 1 die Möglichkeit vor, »die Versammlung ohne physische Präsenz der Aktionäre oder ihrer Bevollmächtigten als virtuelle Hauptversammlung« abzuhalten. Die Vorschrift erlaubt erstmals Hauptversammlungen, an denen vor Ort keine Aktionäre anwesend sind und sein dürfen.⁷⁹ Weil das Teilnahmerecht als zentrales Aktionärsrecht gilt, statuiert die Regelung eine Reihe von Kautelen, die Aktionären auch in Abwesenheit hinreichende Beteiligungsmöglichkeiten sichern sollen: Insbesondere muss eine Bild- und Tonübertragung der gesamten Versammlung erfolgen (Nr. 1), die Stimmrechtsausübung der Aktionäre muss über elektronische Kommunikation sowie Vollmachtserteilung möglich sein (Nr. 2) und den Aktionären muss eine Fragemöglichkeit im Wege elektronischer Kommunikation eingeräumt werden (Nr. 3); zudem bekommen sie unter Verzicht auf das Erfordernis des Erscheinens in der Hauptversammlung die Möglichkeit zum Widerspruch gegen Beschlüsse der Hauptversammlung eingeräumt (Nr. 4).⁸⁰ Besonders strittig ist, ob die Fragemöglichkeit, die den Aktionären zu eröffnen ist, deren Informationsbedürfnissen gleichermaßen zu dienen geeignet ist wie das »schneidige Auskunftsrecht des in der Hauptversammlung anwesenden Aktionärs nach § 131 AktG«.⁸¹ Gewisse Abstriche statuiert Art. 2 § 1 Abs. 2 S. 2

COVID-19-PandG selbst, der den Vorstand nach »pflichtgemäßem, freien Ermessen« entscheiden lässt, welche Fragen er wie beantwortet«, und ihm zusätzlich die Möglichkeit einräumt, zu verlangen, dass die Fragen bis spätestens zwei Tage vor der Versammlung elektronisch einzureichen sind.⁸² In der systematischen Gegenüberstellung zum Vertragsrecht, das den spezifischen Risiken von Rechtsgeschäften unter Abwesenden in §§ 312c-312h BGB durch Einräumung zusätzlicher Informationsmöglichkeiten begegnet,⁸³ wecken solche Abstriche Befremden, gerade weil Präsenzerfordernisse gesteigertem Aufklärungs- und Informationsbedarf Rechnung tragen:⁸⁴ Diese Erfordernisse zu suspendieren, ohne jenem Bedarf verstärkt oder zumindest gleichwertig Rechnung zu tragen, erscheint rechtspolitisch überaus fragwürdig.

Die Entscheidung, die Hauptversammlung in virtueller Form und damit »unter Abwesenden« abzuhalten, obliegt ebenfalls dem Vorstand. Ein Initiativrecht oder einen Zustimmungsvorbehalt der Aktionäre gibt es wiederum nicht, erforderlich ist jedoch auch für diese Vorstandsentscheidung die Zustimmung des Aufsichtsrats, über die indessen ebenfalls ohne physische Anwesenheit entschieden werden kann. Fraglich ist vor allem, wie weit das Ermessen des Vorstands zur Ausübung des Wahlrechts der Versammlungsform reicht.⁸⁵ Soweit Präsenzveranstaltungen wegen pandemiebedingter Kontaktbeschränkungen schlicht nicht durchgeführt werden dürfen, ist das Ermessen offenkundig begrenzt, bleibt dem Vorstand aber zumindest vorübergehend die Alternative, die Hauptversammlung gem. Art. 2 § 1 Abs. 5 COVID-19-PandG aufzuschieben. Soweit bei geringer Aktionärszahl die Durchführung einer Präsenzversammlung im Rahmen der geltenden Personenobergrenzen möglich ist, sprechen umgekehrt die Informationsinteressen der Aktionäre für eine gegenläufige Ermessensbindung des Vorstands, sind aber andererseits auch

Aktionäre online zugeschaltet teilnehmen«, vgl. BT-Drs. 16/11642, 27; ferner MünchKomm-AktG/*Kubis* § 118 Rn 17; Spindler/Stilz/*Hoffmann* AktG § 118 Rn. 41.

⁷⁶ S. etwa *Rapp* DStR 2020, 806, 809; *Vetter/Tielmann* NJW 2020, 1175, 1176.

⁷⁷ Näher *Wicke* DStR 2020, 885, 885 f.; vgl. außerdem Hüffer/*Koch* AktG § 118 Rn. 21.

⁷⁸ Ausführlicher *Schäfer* NZG 2020, 481, 482.

⁷⁹ Bereits lange zuvor zu entsprechenden rechtspolitischen Petita: *Noack* BB 1998, 2533; *ders.* NZG 2001, 1057, 1058; *Habersack* ZHR 165 (2001), 172, 195–197; *Hirte* Liber amicorum Buxbaum 2000, 283, 288; vgl. außerdem monographisch *Pielke* Die virtuelle Hauptversammlung, 2009; *Seeger* Die Online-Hauptversammlung, 2002; sowie die Beiträge in *Zetsche* (Hrsg) Die virtuelle Hauptversammlung, 2002.

⁸⁰ Zu diesem Katalog vgl. etwa *Lieder* ZIP 2020, 837, 840 f.; *Tröger* BB 2020, 1091, 1093 f.

⁸¹ *Noack* Schmidt (Hrsg) COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 9 Rn. 78; s. außerdem *Atta* WM 2020, 1047, 1052; *Schäfer* NZG

2020, 481, 483 f.; *Tröger* BB 2020, 1091, 1095 f.; vgl. ferner zum Auskunftsrecht bei elektronischer Teilnahme *Kersting* NZG 2010, 130.

⁸² *Noack/Zetsche* AG 2020, 265, 272 sehen in dieser Möglichkeit nicht weniger als eine »Revolution«; vgl. ferner etwa *Simons/Hauser* NZG 2020, 488, 495 f.; *Wicke* DStR 2020, 885, 887.

⁸³ Dazu oben, bei Fn. 27.

⁸⁴ Vgl. Fn. 52f.

⁸⁵ Vgl. dazu *Tröger* BB 2020, 1091, 1092: »Ermessensleitend muss dabei sowohl für das ›Ob‹ als auch das ›Wie‹ einer virtuellen Versammlung sein, dass die Maßnahmen zur Bekämpfung der Pandemie Abweichungen vom für den Normalfall für die Ausübung der Aktionärsrechte und der Organwillensbildung vorgesehenen Verfahren erfordern und prinzipiell auch im Aktionärsinteresse liegen, aber keine pauschale Verkürzung der Aktionärsrechte über das technisch bedingt erforderliche Maß hinaus rechtfertigen – was auch dem wohlverstandenen Gesellschaftsinteresse widerspräche«.

die Interessen derjenigen Aktionäre zu berücksichtigen, die ihre Rechte aus gesundheitlichen oder auch praktischen Gründen in Abwesenheit ausüben wollen.⁸⁶

IV. Privatautonomie als Freiheit der Abwesenheit

Der Kampf gegen das Coronavirus erfordert physischen Abstand. Die Rechtsgeschäftslehre ermöglicht solchen Abstand, indem sie Rechtsgeschäfte unter Abwesenden grundsätzlich erlaubt. Die systematische Durchsicht hat gezeigt, dass diese Möglichkeit im geltenden Privatrecht seit jeher, in weitreichendem Umfang, ja geradezu selbstverständlich Anerkennung findet: Sie findet vor allem in den rechtsgeschäftlichen Vorschriften von § 130 Abs. 1 S. 1 und § 147 Abs. 2 BGB Ausdruck, neuerdings aber beispielsweise auch in den Fernabsatzregeln der §§ 312c-312h BGB.

Die Privatautonomie als grundsätzliche Möglichkeit des Einzelnen, seine Rechtsverhältnisse nach dem eigenen Willen zu gestalten,⁸⁷ umfasst somit auch die Freiheit, Rechtsgeschäfte auf die Ferne, d. h. unter Abwesenden abzuschließen. Diese Ausprägung der Privatautonomie hat gegenüber den Ausübungsformen der Abschluss-, Inhalts- und Formfreiheit bislang wenig Beachtung gefunden.⁸⁸ Sie gewinnt aber in Zeiten der Pandemie erheblich an Bedeutung; zugleich erleichtert die digitale Transformation ihre Ausübung. Systematisch mag man diese »Freiheit der Abwesenheit« der Abschluss- oder auch der Formfreiheit zuordnen, weil sie einerseits die Wahl des Vertragspartners unabhängig von dessen räumlicher Nähe oder eben Distanz ermöglicht und andererseits von präsenzgebundenen Formalien wie dem sprichwörtlichen Handschlag oder der ortsgebundenen Versammlung befreit. Ähnlich wie die Privatautonomie insgesamt lässt sich auch die Freiheit der Abwesenheit auf deren grundrechtliche Verankerung in Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG zurückführen:⁸⁹ Dass die »Würde des Einzelnen und [seiner] Freiheit, zu tun und

zu lassen, was er will«,⁹⁰ auch die Möglichkeit erfordert, Rechtsgeschäfte unter Abwesenden abzuschließen, erweist sich gerade in Zeiten der Pandemie, in denen Präsenz- und Anwesenheitserfordernisse potentiell sogar die körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG tangieren.

Einschränkungen erfährt die Freiheit der Abwesenheit nicht nur bei höchstpersönlichen Rechtsgeschäften wie Eheschließung und Erbvertrag, sondern vor allem, um gesteigertem Aufklärungs- und Informationsbedarf Rechnung zu tragen. Während bei Verträgen das Fernabsatzrecht aus diesem Grund die eine, unternehmerische Vertragspartei Informationspflichten unterwirft sowie zu ihren Lasten Widerrufsmöglichkeiten zulässt und dadurch die vertragliche Bindungswirkung einschränkt, schließt das Vereins- und Gesellschaftsrecht bei Beschlüssen die Freiheit der Abwesenheit teilweise ganz aus, indem es Präsenz- und Anwesenheitserfordernisse statuiert. Solche Einschränkungen gelten aber nur, soweit Mehrheitsentscheidungen zulässig sind, d. h. im Recht der Körperschaften sowie ausnahmsweise bei Personengesellschaften mit entsprechender Satzungsgestaltung, nicht jedoch im Anwendungsbereich des Einstimmigkeitsgrundsatzes. Aus Perspektive der Rechtsgeschäftslehre weist der Mehrheitsbeschluss gegenüber dem einstimmigen Beschluss die Besonderheit auf, dass er nicht nur Selbst- sondern auch Fremdbindung zur Folge hat, indem er nicht nur diejenigen Mitglieder bzw. Gesellschafter verpflichtet, die diesem Beschluss zugestimmt haben, sondern auch diejenigen, die ihn abgelehnt haben (aber überstimmt worden sind).⁹¹ Zumindest mittelbar lässt sich der Mehrheitsbeschluss gleichwohl auf privatautonomen Konsens stützen, weil sich auch die überstimmt Mitglieder oder Gesellschafter durch ihren Beitritt im Vorhinein mit diesem Entscheidungsmechanismus einverstanden erklärt haben.⁹² Weil aber unmittelbarer Konsens fehlt, bedarf der Mehrheitsbeschluss zusätzlicher, nämlich verfahrensmäßiger Legitimation:⁹³ Informations-, Auskunfts- und sonstige Beteiligungsrechte sichern einem solchen Beschluss höhere Akzeptanz – auch seitens derer, die überstimmt worden

⁸⁶ LG München I, ZIP 2020, 1241 (für eine entsprechende Ermessensbindung), s. dazu Möslein JURA (JK) 2020, S. 1141 (in diesem Heft).

⁸⁷ So oder ähnlich Flume Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 1; Medicus/Petersen Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 174; Wolf/Neuner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht, 11. Aufl. 2016, § 2 Rn. 14; Bork Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. 2011, Rn. 99.

⁸⁸ Zu den Dimensionen der Vertragsfreiheit vgl. Nachw. Fn. 7.

⁸⁹ Vgl. hierzu statt aller Di Fabio in Maunz/Dürig GG, 90. EL, Februar 2020, Art. 2 GG Rn. 101 f.

⁹⁰ Riesenhuber ZfPW 2018, 352, 357.

⁹¹ S. etwa Hey Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken, 2004, 271; Möslein Dispositives Recht, 2011, 242ff.; zum Entscheidungsmechanismus selbst grundlegend: Haymann Die Mehrheitsentscheidung, 1926.

⁹² Möslein Dispositives Recht, 2011, 244; vgl. jedoch Wiedemann JZ 1968, 219, 219 (»Wer einem Verein beitrifft, begeistert sich für das gemeinsame Ziel, er wird spätere Spannungen noch weniger bedenken als bei einem Austauschvertrag«).

⁹³ Vgl. allgemein Luhmann Legitimation durch Verfahren, 1983, bes. 196 (der mehrheitliche Zustimmung als »Verlegenheitslösung« sieht).

sind.⁹⁴ Genau diesem Zweck sollen auch die Präsenz- und Anwesenheitserfordernisse dienen, die im Recht der Körperschaften gelten, weil Versammlungen vor Ort zumindest traditionell intensiveren Diskurs ermöglichen.⁹⁵ Ob dieser Zusammenhang auch in Zeiten der Digitalisierung noch besteht, und ob diese Erfordernisse unter dem Blickwinkel der grundrechtlich verbürgten Vertragsfreiheit mit hin nach wie vor erforderlich und verhältnismäßig sind, um Beteiligungsrechte zu verbürgen, erscheint jedoch keineswegs selbstverständlich, weil und soweit gesteigertem Aufklärungs- und Informationsbedarf mit Hilfe moderner

Telekommunikation auch anderweitig – weniger eingriffsintensiv – Rechnung getragen werden kann.⁹⁶ Die vorübergehende Suspendierung jener Erfordernisse durch das COVID-19-PandG macht hier die Probe aufs Exempel. Dass Information und Aufklärung der Aktionäre bei der virtuellen Hauptversammlung im Vergleich zur Präsenzversammlung durch Art. 2 § 1 Abs. 2 S. 2 COVID-19-PandG beschränkt statt ausgebaut werden, erscheint jedoch in Zusammenschau der Rechtsgeschäfte unter Abwesenden, insbesondere in Gegenüberstellung zum Fernabsatzrecht, system- und wertungswidrig.

94 Näher *Baltzer* Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organchaftlicher Funktion im Privatrecht, 1965, 97-100; *Noack* Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, 1989, 23-25; andererseits zur Beschlusskontrolle als zusätzliches Korrektiv: *Zöllner* Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, 287-357.

95 IdS etwa (zur Mitgliederversammlung eines Vereins) OLG Hamm, Urt. v. 20. 6. 2001 – 8 U 77/01, BeckRS 2001, 7069, unter 2.b.cc): »Der Begriff der Versammlung beinhaltet bereits nach seinem Wortsinn die Anwesenheit am Ort. [...] Nur so können die Mitglieder alle Vorgänge in der Versammlung umfassend mitbekommen und gleichberechtigt an stattfindenden Diskussionen teilnehmen, nur so kann umgekehrt der Versammlungsleiter Wortmeldungen durch Zeichen entgegennehmen (das Mitglied muss sich jederzeit zu Wort melden können) und feststellen, dass die Mitglieder bei Wahlen und Abstimmungen frei und unbeeinflusst ihre Stimme abgeben, nur so sind z. B. auch geheime Abstimmungen und Wahlen überhaupt möglich«.

96 Illustrativ zum Wandel der Anforderungen (bes. in Gegenüberstellung zu dem in der Vorn. genannten Urteil) OLG Hamm, NJW 2012, 940, 941: »Das Organ der Mitgliederversammlung wird durch die Schaffung eines virtuellen Verfahrens [...] nicht aufgegeben. [...] Soweit [...] die Ansicht vertreten wird, dass eine Versammlung eine räumliche Zusammenkunft erfordert [...], überzeugt dies nicht. Dies ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch der Systematik des Gesetzes«; vgl. außerdem *Erdmann* MMR 2000, 526; *Fleck* DNotZ 2008, 245 sowie zuletzt *Lieder* FS E. Vetter, 2019, S. 419, 436.