

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

AktG §§ 130, 241 Nr. 2; BeurkG §§ 8 ff. – Anforderungen an die Protokollierung einer Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft; Beurkundung von Willenserklärungen; Feststellung des Beschlussergebnisses

WEG § 26; MaßnG-GesR § 6 – Wiederaufleben der Verwalterbestellung; Rückwirkung; COVID-19-Gesetz

Gtachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 917 – Kein gewohnheitsrechtliches Wegerecht aufgrund Duldung durch den Nachbarn

Aktuelles

Legalisation / Apostille im Vereinigten Königreich

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

AktG §§ 130, 241 Nr. 2; BeurkG §§ 8 ff. Anforderungen an die Protokollierung einer Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft; Beurkundung von Willenserklärungen; Fest- stellung des Beschlussergebnisses

I. Sachverhalt

Ein Notar hatte die Hauptversammlung einer (nicht börsennotierten) Mehrpersonen-AG nach den Vorschriften der §§ 8 ff. BeurkG beurkundet und in der Niederschrift weder die Art der Stimmabgabe noch die Feststellung des (jeweils einstimmigen) Abstimmungsergebnisses ausgewiesen.

II. Frage

Müssen bei der Beurkundung einer Hauptversammlung die Vorgaben des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG zwingend im

Protokoll verlautbart werden, wenn eine Vollversammlung mit einstimmigen Beschlüssen im Verfahren nach den §§ 8 ff. BeurkG beurkundet wird?

III. Zur Rechtslage

1. Zulässige Beurkundungsformen für die Niederschrift über die Hauptversammlung

Nach § 130 Abs. 1 AktG sind die Beschlüsse der Hauptversammlung regelmäßig durch eine „notariell aufgenommene Niederschrift“ zu beurkunden.

a) Tatsachenprotokoll oder Niederschrift über Willenserklärungen

Die ganz h. M. (OLG München DNotZ 2011, 142, 146; LG Stuttgart, Beschl. v. 11.10.2007 – 34 T 5/07 – abrufbar über <https://www.dnoti-online-plus.de>; Wicke, in: Spindler/Stilz/Wicke, AktG, 4. Aufl. 2019, § 130 Rn. 15; Grigoleit/Herrler, AktG, 1. Aufl. 2013, § 130 Rn. 14; Heidel/Terbrack/Lohr, Aktienrecht, 5. Aufl. 2019, § 130 Rn. 15; Röll, DNotZ 1979, 644, 650; aus der beurkundungsrechtlichen Literatur Limmer, in: Eylmann/Vaasen, 4. Aufl. 2016, § 130 Rn. 1; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, Vorb. § 36

Rn. 15) geht davon aus, dass die Niederschrift auch nach den Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen (§ 8 ff. BeurkG) errichtet werden kann, mithin nicht nur die Errichtung eines Tatsachenprotokolls nach den §§ 36 f. BeurkG den Formvorgaben des § 130 Abs. 1 AktG entspricht.

Einzig *Ziemons* (in: K. Schmidt/Lutter AktG, 3. Aufl. 2015, § 130 Rn. 57) ist der Auffassung, eine Beurkundung nach Maßgabe der §§ 8 ff. BeurkG scheide aus praktischen Gründen aus. „Theoretisch“ sei zwar eine Beurkundung nach den Vorschriften über Willenserklärungen zulässig, jedoch setze dies voraus, dass der bzw. die Erschienenen exakt jene Erklärungen zur Niederschrift abgeben, die im Falle einer Tatsachenbeurkundung gem. § 130 AktG protokolliert werden. Nach der Auffassung *Ziemons* „gleiche das Protokoll dann mehr einem Drehbuch“. Unklar ist jedoch, welche Konsequenzen die Autorin im Einzelnen daraus ziehen will.

b) Stellungnahme

Insbesondere vor dem Hintergrund der überzeugenden Entscheidung des OLG München (DNotZ 2011, 142, 146) ist nach unserer Auffassung von der **Zulässigkeit einer Beurkundung nach Maßgabe der §§ 8 ff. BeurkG** auszugehen (vgl. bereits Gutachten DNotI-Report 1997, 228, 229). Zutreffend ist die Aussage des Gerichts, der Notar habe die **Wahl**, ob er über die Hauptversammlung eine Niederschrift nach den §§ 36 f. BeurkG oder nach den Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen (§ 8 ff. BeurkG) aufnehmen wolle. § 130 AktG schließt vom Wortlaut her, aber auch nach Sinn und Zweck ein Vorgehen nach den §§ 8 ff. BeurkG nicht aus. Ein solches Vorgehen wird sich zwar nur bei der **Einpersonen-AG** oder einer Gesellschaft mit wenigen Aktionären und (zu erwartender) **Einstimmigkeit** anbieten, kommt in diesen Fällen aber in der Praxis durchaus vor. Auch steht aus unserer Sicht diesem Ergebnis nicht die BGH-Entscheidung zur Berichtigung des notariellen Protokolls einer Hauptversammlung entgegen (DNotZ 2018, 382). Dort führt der BGH zwar aus, dass „das notarielle Hauptversammlungsprotokoll gem. § 130 Abs. 1 AktG den Charakter eines Berichts des Notars über seine Wahrnehmungen habe und damit eine Tatsachenurkunde sei“ (BGH DNotZ 2018, 382, 384 Rz. 26). Aus dieser Entscheidung lässt sich jedoch nicht entnehmen, dass die Niederschrift nach § 130 Abs. 1 AktG zwingend stets nach den § 36 f. BeurkG zu errichten sei. Vielmehr befasst sich die BGH-Entscheidung mit Feststellungen für den Fall, dass eine Niederschrift nach § 130 Abs. 1 AktG gerade in der Form der §§ 36 f. BeurkG errichtet wurde (aufgrund dieser Entscheidung empfehlen bspw. Heckschen/Kreußlein, NZG 2018,

401, 416, dass der Notar eine Niederschrift grundsätzlich nur als Tatsachenprotokoll errichten solle, um auf die Möglichkeiten des § 44a BeurkG ohne Weiteres und ohne Wiederholung der Versammlung zurückgreifen zu können).

2. Notwendigkeit der Einhaltung der Anforderungen des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG bei Beurkundung der Hauptversammlung nach den Vorschriften über Willenserklärungen

Gelangt man mit der h. M. zur Zulässigkeit der Beurkundung einer Hauptversammlung nach den Vorschriften über Willenserklärungen, so stellt sich weiter die Frage, ob die Vorgaben des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG zwingend (im Sinne einer ausdrücklichen Angabe) in der Niederschrift enthalten sein müssen.

a) Regelung zu Förmlichkeiten der Niederschrift

Nach § 130 Abs. 2 S. 1 AktG sind in der Hauptversammlungsniederschrift u. a. auch die **Feststellungen des Vorsitzenden über die Beschlussfassung** anzugeben. Enthält ein notarielles Hauptversammlungsprotokoll diese Feststellungen nicht, ist grundsätzlich die **Nichtigkeit** der in der Hauptversammlung gefassten Beschlüsse die Folge (§ 241 Nr. 2 AktG). Die h. L. geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass selbst bei einer Vollversammlung nur im Falle einer Einpersonengesellschaft auf einen Hauptversammlungsleiter verzichtet werden könne (vgl. MünchKommAktG/Kubis, 4. Aufl. 2018, § 119 Rn. 105 m. w. N.; Wicke, in: Spindler/Stilz, Anhang zu § 118-120 Rn. 1), weil es (nur) dort keine Beschlüsse, sondern lediglich Willenserklärungen des Alleinaktionärs gebe, die den Beschluss als solchen zustande bringen. Nur wenige Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung setzen sich allerdings mit der Frage auseinander, ob auch bei einer Niederschrift nach den §§ 8 ff. BeurkG die Förmlichkeiten des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG in dem Sinne zwingend zu beachten sind, dass die Nichtbeachtung zur Nichtigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses führt.

b) Keine Differenzierung im Wortlaut des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG

Vertreten wird, dass der Notar auch bei einer Beurkundung der Hauptversammlung nach Maßgabe der §§ 8 ff. BeurkG **zwingend (als Wirksamkeitsvoraussetzung) die Förmlichkeiten des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG** in seiner Niederschrift **einzuhalten** habe (Heidel/Terbrack/Lohr, § 130 Rn. 15; so auch *Ziemons*, § 130 Rn. 57 für den „theoretischen Fall“ einer Beurkundung nach den Vorschriften über Willenserklärungen; in diesem Sinne [wohl auch, allerdings ohne auf die Spezifika des gewählten Beurkundungsverfahrens einzugehen] LG München I NZG 2012, 1310, 1311 f. in Bezug auf die durch § 130 Abs. 2 S. 1 AktG ge-

forderte Angabe der Verfahrensart [Additions- oder Subtraktionsmethode]; Winkler, § 37 Rn. 25 unter Verweis auf Röll, DNotZ 1979, 644, 650, der aber zu der Frage des § 130 Abs. 2 AktG keine Stellung bezieht; ähnlich auch noch DNotI-Report 1997, 228, 229). Eine Gestaltung der Niederschrift bspw. nach dem Vorbild typischer Formulierungen bei GmbH-Gesellschafterversammlungen wäre danach unzulässig (Heidel/Terbrack/Lohr, § 130 Rn. 15). Dafür spricht in der Tat der **Wortlaut** des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG, der **keine Einschränkungen** je nach Art des Beurkundungsverfahrens vorsieht.

c) Teleologische Reduktion des § 130 Abs. 2 AktG

aa) LG Stuttgart

Das LG Stuttgart (Az.: 34 T 5/07 – abrufbar über <https://www.dnoti-online-plus.de>) sieht dagegen die **fehlende Einhaltung der Vorgaben des § 130 Abs. 2 AktG** bei Wahl der Beurkundungsform der §§ 8 ff. BeurkG im Ergebnis als **unschädlich** an. In dem dort zu entscheidenden Fall fehlten in der Niederschrift Angaben über den Versammlungsleiter sowie über Art und Ergebnis der Abstimmung. Das Registergericht erachtete die Beschlussfassung wegen Verstoßes gegen § 241 Abs. 1 Nr. 2 AktG i. V. m. § 130 Abs. 2 AktG für nichtig. Der von der Gesellschaft eingelegten Beschwerde gab das Landgericht statt. Nach Ansicht des Beschwerdegerichts solle die Feststellung des Hauptversammlungsleiters über den Inhalt eines Beschlusses und die dafür notwendige Mehrheit die Rechtslage klarstellen und den Beteiligten damit eine sichere Unterlage für eine etwaige Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage geben. Wenn jedoch diese Feststellung zu einer **bloßen Formalität** herabsinke, nämlich dann, wenn nach den Umständen durch die sich aus der Urkunde ergebenden Stimmverhältnisse allein schon die **Annahme des Beschlusses „unzweifelhaft klar“** sei, könne auf diese Feststellung verzichtet werden.

bb) Literatur

Gewichtige Stimmen in der Literatur (teilweise unter Bezugnahme auf die referierte Entscheidung des LG Stuttgart) sprechen sich für eine **teleologische Reduktion** des konstitutiven Beschlussfeststellungserfordernisses und der sonstigen Formalitäten des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG im Fall der Beurkundung einer Hauptversammlung nach den §§ 8 ff. BeurkG aus (Grigoleit/Herrler, § 130 Rn. 14 u. Rn. 39; zweifelnd auch Wicke, § 130 Rn. 15; KölnKommAktG/Noack/Zetzsche, 3. Aufl. 2011, § 130 Rn. 220 [Eigenfeststellung durch teilnehmende Aktionäre entspricht funktional der Feststellung durch Vorsitzenden]; Noack, FS für Happ (2006), 201, 207 [für privatschriftliches Protokoll]). Der Verzicht auf die Feststellungen des § 130 Abs. 2 AktG wird unter Hinweis auf die genaue Proto-

kolierung der jeweiligen Erklärungen, die verlesen und durch Unterschrift aller Beteiligten genehmigt würden, begründet. Vor diesem Hintergrund sei in diesem Fall eine Feststellung i. S. v. § 130 Abs. 2 S. 1 AktG obsolet. Gleichwohl rät Herrler (in: Grigoleit, § 130 Rn. 29) angesichts der insoweit umstrittenen Rechtslage und der im Raum stehenden Nichtigkeitssanktion (§ 241 Nr. 2 AktG) zur Beachtung aller Vorgaben des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG.

d) Stellungnahme

Nach unserer Auffassung ist eine Einhaltung der Vorgaben des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG bei der Protokollierung einer Hauptversammlung nach den Vorschriften über Willenserklärungen jedenfalls bei einstimmiger Beschlussfassung **keine Wirksamkeitsvoraussetzung**. Vielmehr ist in diesem Fall die Vorschrift teleologisch zu reduzieren.

Zwar unterscheidet der **Wortlaut** des § 130 Abs. 1 AktG nicht zwischen den beiden Arten der möglichen Niederschriftenformen des notariellen Protokolls. Daher ist bei entsprechender Wortlautanwendung auch der Abs. 2 S. 1 AktG bei Niederschriften nach den §§ 8 ff. BeurkG zu beachten. Eine Anwendung ist aber in diesem Fall nach **Sinn und Zweck der Norm** nicht geboten. Die Vorschrift verfolgt vor allem den Zweck, die für etwaige Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen rechtserheblichen Tatsachen der Beschlussfassung in einer mit Beweiskraft (§ 415 ZPO) ausgestatteten Urkunde festzuhalten und Klarheit darüber zu schaffen, ob Beschlussanträge abgelehnt oder angenommen wurden. Es soll aus Gründen der **Rechtssicherheit und Transparenz** – im Interesse der (künftigen) Aktionäre, der Gesellschaftsgläubiger und der Öffentlichkeit – klar sein, ob und welche Beschlüsse – ungeachtet der Frage nach ihrer Wirksamkeit und Rechtmäßigkeit – zu Stande gekommen sind (BGH DNotZ 2018, 382).

Auch der BGH (DNotZ 2018, 382, 394 Rz. 62) lässt die Tendenz erkennen, dass bei Erkennbarkeit des Ergebnisses der Hauptversammlung eine zu strenge Förmeli nicht dem Zweck des Beurkundungsverfahrens entspricht:

„[...] ist der mit der Beurkundung verfolgte Zweck, die Willensbildung der Gesellschaft zweifelsfrei und in streit ausschließender Weise zu dokumentieren, trotz der Mängel der Niederschrift erreicht. Wegen der Eindeutigkeit des Ergebnisses, das in der Niederschrift nachvollziehbar festgehalten ist, wäre es bloßer Formalismus, trotz der Zweckerreichung an der strengen Nichtigkeitsfolge festzuhalten. Zu einer Abschwächung des Beurkundungserfordernisses führt die Berücksichtigung der Zweckerreichung nicht, weil nicht die Beurkundungspflicht eingeschränkt

wird, sondern die Rechtsfolgen einer fehlerhaften Beurkundung beschränkt werden, wenn der Beurkundungszweck erreicht worden ist. Die Rechtssicherheit ist davon nicht berührt.“

(BGH DNotZ 2018, 382, 394 Rz. 62)

Die von § 130 Abs. 2 S. 1 AktG geforderten Merkmale (Ort und der Tag der Verhandlung, der Name des Notars sowie die Art und das Ergebnis der Abstimmung und die Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlussfassung) lassen sich auch zweifelsfrei für den Rechtsverkehr aus einer Niederschrift über Willenserklärungen entnehmen. So sind Ort und der Tag der Verhandlung sowie der Name des Notars bereits im Rubrum der Niederschrift enthalten (vgl. § 9 Abs. 2 BeurkG).

Des Weiteren wird auch den Anforderungen des BGH Genüge getan, der für die **Art der Abstimmung** verlangt, dass erkennbar ist, in welcher Weise (ob mündlich, schriftlich, durch Handerheben oder mittels welcher sonstigen Betätigung) abgestimmt wurde (BGH DNotZ 2018, 382, 384 Rz. 22). Denn dem Rubrum einer Niederschrift nach den §§ 8 ff. BeurkG lässt sich durch **Auslegung der notariellen Eingangsformel** entnehmen, dass Erklärungen der Erschienenen „mündlich“ abgegeben werden. Diese Erklärungen werden durch den Notar verlesen. Das **Ergebnis der Abstimmung** lässt sich auch unproblematisch aus der Niederschrift entnehmen, nämlich indem die einzelnen Erklärungen der Beteiligten betrachtet werden. Üblicherweise erfolgt dies bei einstimmigen Abstimmungsergebnissen durch Formulierungen wie: „beschließen einstimmig, x“. Allein die **Feststellung des Vorsitzenden** über die Beschlussfassung fehlt dann aber im zu begutachtenden Fall. Prinzipiell werden den Aktionären aber die Fassung des Beschlusses sowie dessen Inhalt durch Verlesen des Protokolls seitens des Notars nochmals mitgeteilt; ihre **Kenntnisnahme und Zustimmung** dokumentieren sie durch ihre **Unterschrift**. Daher würde eine Beschlussfeststellung durch den zu bestimmenden Versammlungsleiter keine darüber hinausgehende Funktion erfüllen und sich somit als bloße Förmlichkeit erweisen (Grigoleit/Herrler, § 130 Rn. 39). Auch das BayObLG ließ die Tendenz erkennen, dass, wenn den Umständen nach durch die Feststellung des Stimmverhältnisses allein schon die Annahme unzweifelhaft klar ist (z. B. bei der Einpersonengesellschaft oder bei Einstimmigkeit), eine besondere Feststellung des Vorsitzenden entbehrlich sein kann und diese Feststellung dann zu einer bloßen Formalität herabsinke (BayObLG NJW 1973, 250, 251). Folglich kann man auch im zu begutachtenden Fall eine Feststellung des Vorsitzenden als entbehrlich betrachten, denn Sinn und Zweck einer anfechtungssicheren Ergebnisfeststellung werden durch die Wahl

des Beurkundungsverfahrens (Niederschrift über die Willenserklärungen) erreicht. Ungeachtet dessen ist aber nach dem Gebot des sichersten Weges und der umstrittenen Rechtslage eine Beschlussfeststellung in der Niederschrift jedenfalls anzuraten.

3. Ergebnis

Wir gehen davon aus, dass bei einer Beurkundung eines **einstimmig gefassten Hauptversammlungsbeschlusses** im Wege der Beurkundung von Willenserklärungen die **Angaben des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG** für die Beschlusswirksamkeit **nicht erforderlich** sind. Nichtdestotrotz ist es – schon im Lichte einer fehlenden höchstrichterlichen Klärung – jedenfalls empfehlenswert, auch in diesem Fall diese Vorgaben zu beachten. Erst recht gilt dies, falls sich eine fehlende Einstimmigkeit der Beschlussfassung abzeichnen sollte, zumal in diesem Fall die Argumente für die aufgezeigte teleologische Reduktion zumindest an Überzeugungskraft verlieren.