

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

22. Jahrgang
November 2014
ISSN 1434-3460

21/2014

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 5a, 19 Abs. 5, 55 – Einlagenrückgewähr; Hin- und Herzahlen durch Tilgung eines Fremddarlehens des Gesellschafters; Sachkapitalerhöhung bei der UG (haftungsbeschränkt); Volleinzahlungsgrundsatz

BGB §§ 928, 823, 836 – Rechtsfolgen der Aufgabe des Eigentums an einem Grundstück mit Blick auf Verkehrssicherungspflichten und öffentlich-rechtliche Abgaben

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

HGB §§ 119, 161 Abs. 2 – Auslegung von Mehrheitsklauseln in Personengesellschaftsverträgen; Zustimmungsbeschluss bzgl. Abtretung eines Gesellschaftersanteils

AktG § 130 Abs. 1 S. 3 – Notarielle Niederschrift über sämtliche Beschlüsse bei Hauptversammlung einer nicht börsennotierten AG

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 5a, 19 Abs. 5, 55 Einlagenrückgewähr; Hin- und Herzahlen durch Tilgung eines Fremddarlehens des Gesellschafters; Sachkapitalerhöhung bei der UG (haftungsbeschränkt); Volleinzahlungsgrundsatz

I. Sachverhalt

Die X-UG (haftungsbeschränkt) hat ein Stammkapital von 3.000 € Gesellschafter sind A und B. Die beiden beabsichtigen, bei der Bank ein Darlehen aufzunehmen und mit dem ausgezahlten Geld das Stammkapital der UG (haftungsbeschränkt) auf 25.000 € zu erhöhen. A und B möchten, dass die Gesellschaft den Kredit nach erfolgter Kapitalerhöhung bei der Bank tilgt oder das zur Tilgung des Darlehens benötigte Geld an die Gesellschafter zurückzahlt.

II. Fragen

1. Ist die geplante Barkapitalerhöhung möglich?
2. Liegt ein Hin- und Herzahlen i. S. e. Einlagenrückgewähr vor?

III. Zur Rechtslage

1. Schädliche Einlagenrückgewähr durch Hin- und Herzahlen

a) Ausgangslage

Fließt die an eine GmbH oder UG (haftungsbeschränkt) ge-

leistete bare Einlage bei der Gründung oder Kapitalerhöhung aufgrund einer im Vorfeld getroffenen Abrede als Darlehen oder in vergleichbarer Weise an den Inferenten zurück, **erfüllt** diese Leistung nach ständiger Rechtsprechung des BGH vor Inkrafttreten des MoMiG die **Einlagepflicht nicht** (s. etwa DNotZ 2003, 223 = ZNotP 2003, 107; DNotZ 2006, 218 = DNotI-Report 2006, 33; GroßkommGmbHG/Casper, 2. Aufl. 2013, § 19 Rn. 176; vgl. dazu auch Heidinger, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 3. Aufl. 2013, § 11 Rn. 65 ff.). Zur Begründung wurde angeführt, dass die Einlage in diesen Fällen nicht zur freien Verfügung der Geschäftsführung überlassen sei.

b) Tilgung einer Fremdverbindlichkeit des Gesellschafters

Ob die Gesellschaft die bare Einlage an den Gesellschafter **zurücküberweist** und dieser sie sodann zur Tilgung seines Darlehens bei der Bank verwendet **oder** ob die Gesellschaft das Darlehen bei der Bank als **Fremdverbindlichkeit** des Gesellschafters **direkt tilgt** (so der Fall des OLG Nürnberg DZWIR 2011, 167; aus anderen Gründen aufgehoben durch BGH ZNotP 2012, 428 = MittBayNot 2013, 69 = NZG 2012, 1067), macht u. E. für die Einordnung als Einlagenrückgewähr **keinen Unterschied** (s. auch Heidinger, § 11 Rn. 91b). Auch die Tilgung eines Fremddarlehens des Gesellschafters stellt für diesen nämlich wirtschaftlich einen Rückfluss der Einlageleistung dar.

Insofern ist die Rechtslage **vergleichbar mit der verbotenen Auszahlung nach § 30 GmbHG** unter Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsregeln. Diesbezüglich ist allgemein anerkannt, dass die Erfüllung einer Verbindlichkeit des

Gesellschafter durch die Gesellschaft wie eine Zahlung an den Gesellschafter selbst zu bewerten ist (Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 30 Rn. 8; Michalski/Heidinger, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 30 Rn. 108; Schmolke, Kapitalerhaltung in der GmbH nach dem MoMiG, 2009, § 30 Rn. 136). Letztlich ist nicht entscheidend, ob sich die Auszahlung als **mittelbare oder unmittelbare Zuwendung an den Gesellschafter** darstellt.

c) Rechtsgrund der Rückzahlung

Auf den Rechtsgrund für den Rückfluss der Einlage, wie er zwischen Gesellschaft und Gesellschafter vereinbart wurde, **kommt es** u. E. nach der Rechtsprechung des BGH **grundsätzlich nicht an**. *Benz* (Verdeckte Sacheinlage und Einlagenrückzahlung im reformierten GmbH-Recht [MoMiG], 2010, S. 267) erwähnt sogar die Möglichkeit der rechtsgrundlosen Rückzahlung an den Inferenten. Der Rechtsgrund (Treuhandvereinbarung, Schenkung, Darlehen, ungerechtfertigte Bereicherung usw.) ist bereits deshalb unbeachtlich, weil laut BGH eine diesbezügliche Vereinbarung infolge der Einlagenrückgewähr unwirksam ist. Beim Hin- und Herzahlen eines Bareinlagebetrags i. S. d. Einlagenrückgewähr leistet der Inferent unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung nichts (BGH DNotZ 2006, 218; Heidinger, in: Heckschen Heidinger, § 11 Rn. 67). Daher entstehen auch **keine bereicherungsrechtlichen Ansprüche** (Benz, S. 273). Der BGH geht hinsichtlich der Rechtsfolgen für das zugrunde liegende Darlehen über eine „Unwirksamkeit“ oder Nichtigkeit i. S. d. § 134 BGB hinaus, indem er das Hin- und Herzahlen wirtschaftlich als einen einheitlichen, sich selbst neutralisierenden Vorgang beschreibt, „*bei dem der Inferent zunächst nichts geleistet, sondern den Einlagebetrag in seinem Vermögen behalten hat*“ (DNotZ 2006, 536, 538).

Das gilt **auch** – aber nicht nur –, **wenn die Rückzahlung der Einlage als „Darlehensgewährung“** deklariert wird. Anderenfalls ließe sich die prinzipiell unverzichtbare Einlageforderung – ohne deren endgültige Erfüllung – durch eine schwächere Darlehensforderung ersetzen, was ebenfalls dem Sinn und Zweck des § 19 Abs. 2 S. 1 GmbHG widerspräche (BGH DNotZ 2003, 223). Der Darlehensfall ist freilich nur eine Variante des schädlichen Hin- und Herzahlens. Nicht misszuverstehen ist daher u. E. die Formulierung des BGH (ZNotP 2012, 428), dass eine gegenläufige Überweisung mangels Entstehung eines (darlehensähnlichen) Anspruchs der GmbH gar keine „schädliche“ Einlagenrückgewähr sein könne. Es eröffnet sich in diesem Fall u. E. lediglich keine Möglichkeit zur ordentlichen Einlagenrückgewähr nach § 19 Abs. 5 GmbHG (s. dazu sogleich).

Im Übrigen hat der BGH die Grundsätze des schädlichen Hin- und Herzahlens schon mehrfach zu Recht **unabhängig von einer Darlehensabrede** angewandt. Zu einer **Treuhandkonstruktion** hat er ausgeführt (DNotZ 2006, 536, 537): Es sei maßgeblich, dass der Einlagebetrag – anders als bei endgültiger Einzahlung auf ein Konto der Gesellschaft – dem Zugriff des Inferenten im Verhältnis zu der sein Konto führenden Bank ausgesetzt bleibe und dies der Annahme einer Barleistung zu freier Verfügung der Gesellschaft entgegenstehe. Ein weiteres Urteil des BGH betrifft den Fall der Rücküberweisung der Einlageleistung auf das Konto der Gesellschafterin **ohne genauere Absprache** des Rechtsgrunds (BGH ZNotP 2001, 486 = MittBayNot 2001, 576 = DNotI-Report 2001, 190).

d) Zwischenergebnis

Würde die Kapitalerhöhung wie geplant durchgeführt, läge darin u. E. grundsätzlich eine **schädliche Einlagenrückgewähr i. S. d. Hin- und Herzahlens**. Die Einlagen würden nur scheinbar endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführung geleistet. Tatsächlich flössen sie absprachegemäß zeitnah wieder zurück an die Inferenten. Ein solches Hin- und Herzahlen des Einlagebetrags in geringem zeitlichem Abstand enthält **keine Leistung zur freien Verfügung** der Gesellschaft und tilgt daher die Einlageschuld nicht (BGH DNotZ 2006, 218). Als Konsequenz ist auch die **Versicherung des Geschäftsführers** nach § 57 Abs. 2 S. 1 GmbHG **unrichtig**, sodass sich der Geschäftsführer evtl. nach § 82 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG strafbar macht.

2. Ordentliche Einlagenrückgewähr nach § 19 Abs. 5 GmbHG

a) Ausgangslage

Seit Inkrafttreten des MoMiG besteht nach § 19 Abs. 5 GmbHG die Möglichkeit, die eben beschriebene Einlagenrückgewähr **in zulässiger Weise, also mit schuldtilgender Wirkung** durchzuführen. Werden allerdings die Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 GmbHG n. F. nicht erfüllt, finden die herkömmlichen Rechtsprechungsregeln zur Einlagenrückgewähr Anwendung (MünchKommGmbHG/Märtens, 2010, § 19 Rn. 317; Heidinger, § 11 Rn. 97).

b) Voraussetzungen

Voraussetzung einer schuldtilgenden Einlageleistung zur freien Verfügung des Geschäftsführers nach § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG ist ein **vollwertiger Rückgewähranspruch**, der **jederzeit fällig** ist oder durch fristlose Kündigung der Gesellschaft fällig werden kann. Insofern wäre vorliegend eine Vereinbarung zu treffen, die einen solchen liquiden Rückgewähranspruch schafft, und es wäre dessen **Vollwertigkeit dem Handelsregister nachzuweisen**. Dabei kommt es nicht auf die **Bonität** der GmbH, sondern **des betroffenen Inferenten** an, dem gegenüber der Rückgewähranspruch besteht.

Der Rückgewähranspruch muss bei der GmbH eine **bilanziell zu 100 % aktivierungsfähige Forderung** sein (Heidinger, § 11 Rn. 96; Scholz/Veil, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 19 Rn. 182; GroßkommGmbHG/Casper, § 19 Rn. 187). Zur Vollwertigkeit gehört nach h. M. auch eine **angemessene Verzinsung** (Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 19 Rn. 115; Herrler, DStR 2011, 2255, 2259; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 19 Rn. 32a). Für die **Bewertung** im Rahmen des § 253 HGB ist in erster Linie auf das **Ausfallrisiko des Inferenten** abzustellen, daneben auf das Wechselkursrisiko, das Risiko der Zinsänderung sowie das Beitreibungsrisiko (Scholz/Veil, § 19 Rn. 182). Sind **Sicherheiten** bestellt, wird auch deren Verwertbarkeit mit einbezogen (GroßkommGmbHG/Casper, § 19 Rn. 187; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 19 Rn. 115). Nach Stimmen in der Literatur soll dabei auch die Liquidität der Sicherheit i. S. v. § 19 Abs. 5 GmbHG erforderlich sein (Benz, S. 344; Herrler, DStR 2011, 2255, 2259). Aber auch eine unbesicherte Forderung kann bei entsprechender Kreditwürdigkeit des Schuldners vollumfänglich zu aktivieren und daher vollwertig sein (Scholz/Veil, § 19 Rn. 182). In schwierig gelagerten Fällen kann sogar das **Gutachten eines Sachverständigen**, z. B. des Steuerberaters, zum Nachweis der Vollwertigkeit erforderlich werden. Einzelheiten sind insoweit noch nicht abschließend geklärt. In der Praxis scheidet die ordnungsgemäße Einlagenrückgewähr mitunter an diesem Wertnachweis (s. etwa die Fälle OLG Schleswig GmbHR 2012, 908 = FGPrax 2012, 214 und

OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.5.2012 – 16 U 39/11 [juris]; s. andererseits aber OLG München MittBayNot 2011, 331 = RNotZ 2011, 312).

Darüber hinaus verlangt § 19 Abs. 5 S. 2 GmbHG die **Offenlegung** des Hin- und Herzählens gegenüber dem Registergericht, also entsprechende Angaben in der Anmeldung der Kapitalerhöhung gem. § 57 GmbHG. Nach Auffassung der Rechtsprechung tritt die **Erfüllungswirkung** nur ein, wenn die Einlage im Rahmen der Anmeldung offengelegt wird (BGH DNotZ 2009, 766, 769 Tz. 16 [obiter dictum] – Qivive; a. A. Herrler, DStR 2011, 2255, 2257; Roth, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 19 Rn. 113).

3. Anwendung des § 19 Abs. 5 GmbHG auf die UG (haftungsbeschränkt)

a) Ausgangslage

Die Frage, ob die Sonderregelung des § 19 Abs. 5 GmbHG über die ordentliche Einlagenrückgewähr auf die betroffene UG (haftungsbeschränkt) Anwendung findet, ist mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung noch **nicht abschließend geklärt**. Verneinte man dies, bliebe es bei den Grundsätzen der BGH-Rechtsprechung zur schädlichen Einlagenrückgewähr, sodass keine schuldtilgende Leistung zur freien Verfügung der Geschäftsführung möglich wäre.

b) Ansicht in der Literatur

Die **h. M. will** § 19 Abs. 5 GmbHG auch **auf die UG (haftungsbeschränkt) anwenden** (Heckschen, § 5 Rn. 51 m. w. N. in Fn. 94; Heidinger, § 11 Rn. 96b ff.; Michalski/Miras, § 5a Rn. 50; Miras, Die neue Unternehmersgesellschaft, 2. Aufl. 2011, Rn. 353; Roth, § 5a Rn. 22; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 5a Rn. 12; MünchKommGmbHG/Rieder, § 5a Rn. 24).

Grundsätzlich ist die UG (haftungsbeschränkt) eine GmbH, auf die **sämtliche Regelungen des GmbHG anwendbar** sind, soweit sich nicht Sonderregeln in § 5a GmbHG finden. So sind nach § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG **Sacheinlagen ausgeschlossen** und verlangt § 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG die **Volleinzahlung der Bareinlage**. Diese Einschränkungen stehen nach h. M. aber der Anwendung des § 19 Abs. 5 GmbHG nicht entgegen. § 19 Abs. 5 GmbHG ermöglicht nämlich die Erfüllung der Bareinlageverpflichtung des Gesellschafters trotz Einlagenrückgewähr. Der Gesetzgeber **fingiert diesen Vorgang als Bareinlage**, indem er die so geschaffene Forderung der Gesellschaft gegen den Gesellschafter der Erfüllung einer Bareinlageverpflichtung gleichstellt. Handelt es sich aber um eine Bareinlage, ist diese Einlageform auch der UG (haftungsbeschränkt) als Möglichkeit der Kapitalaufbringung eröffnet (Heidinger, § 11 Rn. 96c; Priester, FS Roth, 2011, S. 573, 578). In **Abgrenzung zur verdeckten Sacheinlage** nach § 19 Abs. 4 GmbHG ist kein bei der UG (haftungsbeschränkt) evtl. unzulässiger Sacheinlagevorgang gegeben (str. bzgl. der verdeckten Sacheinlage; h. M. für analoge Anwendung des Sacheinlageverbots in § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG oder teleologische Reduktion des § 19 Abs. 4 S. 2 GmbHG, s. MünchKommGmbHG/Märtens, § 19 Rn. 172; Michalski/Miras, § 5a Rn. 43; Lutz, notar 2014, 210, 212). Im vorliegenden Fall der **Kapitalerhöhung auf 25.000 €** und damit einhergehenden „Umwandlung“ in eine GmbH (§ 5a Abs. 5 GmbHG) **gestattet der BGH** (DNotZ 2011, 705 = DNotI-Report 2011, 86) entgegen § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG allerdings sogar der **UG (haftungsbeschränkt) die offene Sacheinlage**.

Die Gegner der Anwendung des § 19 Abs. 5 GmbHG äußern **Bedenken wegen des Volleinzahlungsgebots** (Scholz/

Westermann, § 5a Rn. 17; Rezori, RNotZ 2011, 125, 148): Sehe man in der Regelung des § 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG auch eine **Vorkehrung für eine Mindestliquidität der Gesellschaft** i. S. d. Einlageversprechens, so sei selbst ein jederzeit fälliger und werthaltiger Anspruch gegen den Inferenten kein Äquivalent für die effektive Einzahlung. Daher sei es vorzuziehen, diese Art der Einlageleistung als unvereinbar mit § 5a Abs. 2 GmbHG anzusehen (so auch Bormann/Urlichs, GmbHR, Sonderheft Oktober 2008, 37, 42; Weber, BB 2009, 842, 845; i. E. ebenso Wicke, § 5a Rn. 7; ausdrücklich a. A.: Roth, § 5a Rn. 22: Die rechtliche Behandlung der Einlagenrückzahlung einschließlich der Privilegierung in § 19 Abs. 5 GmbHG habe mit einer Unterscheidung zwischen Voll- und Mindesteinzahlung nichts zu tun).

Aber selbst wenn man die Bedenken gegen die Anwendung des § 19 Abs. 5 GmbHG wegen des Volleinzahlungsverbots teilt, könnten sie im vorliegenden Fall u. E. nicht durchgreifen. Denn die inzwischen h. M. in der Literatur (Roth, § 5a Rn. 15 f.; Scholz/Westermann, § 5a Rn. 18; Miras, Die neue Unternehmersgesellschaft, Rn. 162 ff.; krit. weiterhin Heckschen, § 5 Rn. 44 ff., 72) und obergerichtlichen Rechtsprechung (OLG Hamm RNotZ 2011, 439 = FGPrax 2011, 248; OLG Stuttgart DNotZ 2012, 228; OLG München NJW 2012, 1453 = notar 2012, 137) geht bei einer **Kapitalerhöhung auf 25.000 €** oder darüber davon aus, dass das **Volleinzahlungsgebot nach § 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG ebenso wenig gilt wie das Sacheinlageverbot**. Höchstrichterlich bestätigt ist diese Ansicht jedoch noch nicht (krit. daher weiterhin Heidinger, § 11 Rn. 65-69).

c) Vorliegender Fall

Entscheidend für die schuldtilgende bare Einlageleistung ist nach oben Gesagtem, dass ein vollwertiger und sofort fälliger oder durch Kündigung jederzeit fällig zu stellender Anspruch der UG (haftungsbeschränkt) gegen ihre Gesellschafter A und B entsteht. Dies bedarf insbesondere dann, wenn die Gesellschaft den Kredit unmittelbar bei der Bank tilgt, einer **geeigneten Vereinbarung** mit den Gesellschaftern. Denkbar wäre sogar, dass der bare Einlagebetrag bei entsprechender Bonität des Rückgewähranspruchs gegen den Gesellschafter und Offenlegung gegenüber dem Register von vornherein durch ein **vorgelagertes Darlehen der UG (haftungsbeschränkt) direkt an den Inferenten** finanziert würde (Heidinger, § 11 Rn. 96d). So könnte die UG (haftungsbeschränkt) liquiditätsschonend für den Gesellschafter in eine GmbH „umgewandelt“ werden.

4. Ergebnis

Ob bei der UG (haftungsbeschränkt) eine ordnungsgemäße Einlagenrückgewähr nach § 19 Abs. 5 GmbHG zulässig ist, erscheint mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung noch **nicht abschließend geklärt**. Die ganz h. M. in der Literatur bejaht dies jedoch. Hiernach ist die ordnungsgemäße Einlagenrückgewähr möglich, wenn der Rückgewähranspruch vollwertig und liquide ist und das Vorgehen bei der Anmeldung zum Handelsregister offengelegt wird.

BGB §§ 928, 823, 836

Rechtsfolgen der Aufgabe des Eigentums an einem Grundstück mit Blick auf Verkehrssicherungspflichten und öffentlich-rechtliche Abgaben

I. Sachverhalt

E ist Eigentümer und Besitzer eines im Freistaat Thüringen belegenen Grundstücks. E will das Eigentum an dem Grundstück aufgeben. Der Freistaat Thüringen wird von seinem Aneignungsrecht keinen Gebrauch machen.

II. Fragen

1. Wie wirkt sich die Eigentums- und Besitzaufgabe auf etwaige Verkehrssicherungspflichten aus?

2. Wie wirkt sich die Eigentumsaufgabe auf öffentlich-rechtliche Verpflichtungen, insbesondere die Grundsteuer und Kommunalabgaben, aus?

III. Zur Rechtslage

1. Dereliktion

Nach § 928 Abs. 1 BGB kann der Eigentümer das Eigentum an einem Grundstück dadurch aufgeben, dass er gegenüber dem Grundbuchamt den **Verzicht** auf das Eigentum erklärt und der Verzicht in das Grundbuch eingetragen wird. Materiell-rechtlich bedarf die Erklärung keiner Form. Die Bewilligung des Verzichts muss jedoch in öffentlich beglaubigter Form vorliegen, damit eine Grundbucheintragung erfolgen kann (§ 29 Abs. 1 S. 1 GBO). Beschränkte dingliche Rechte (z. B. Erbbaurechte oder Grundpfandrechte) bleiben von der Eigentumsaufgabe unberührt. Die Zustimmung der jeweiligen Rechtsinhaber ist zur Eigentumsaufgabe nicht erforderlich (Staudinger/Pfeifer, BGB, Neubearb. 2011, § 928 Rn. 15, 27).

Nach der Eigentumsaufgabe ist das Grundstück **herrenlos**. **An den persönlichen Verpflichtungen** des (früheren) Grundstückseigentümers **ändert sich** infolge der Aufgabe jedoch **grundsätzlich nichts** (Erman/Artz, BGB, 14. Aufl. 2014, § 928 Rn. 8; MünchKommBGB/Kanzleiter, 6. Aufl. 2013, § 928 Rn. 11; Palandt/Bassenge, BGB, 73. Aufl. 2014, § 928 Rn. 3).

Ein Recht zur Aneignung steht gem. § 928 Abs. 2 S. 1 BGB dem Fiskus desjenigen Bundeslandes zu, in dem das Grundstück belegen ist. Sollte der vorliegend betroffene Freistaat Thüringen von seinem Aneignungsrecht keinen Gebrauch machen, bliebe das Grundstück dauerhaft herrenlos.

2. Verkehrssicherungspflichten nach Dereliktion

Grundsätzlich treffen den Eigentümer und Besitzer eines Grundstücks **weitreichende Verkehrssicherungspflichten** (vgl. BeckOK-BGB/Spindler, Std.: 1.11.2013, § 823 Rn. 282 ff.). Derjenige, der in seinem Verantwortungsbereich eine **Gefahrenlage** schafft oder andauern lässt, hat zumutbare Maßnahmen zu treffen, um die Schädigung Dritter möglichst zu verhindern (vgl. nur BGH NJW 2013, 48; Palandt/Sprau, § 823 Rn. 46 m. w. N.). Zweifelhaft ist, wie sich die Eigentumsaufgabe auf diese Verkehrssicherungspflichten auswirkt.

a) Zivilrecht

Im Zivilrecht wird diese Frage nur vereinzelt erörtert. Die **Literatur** verweist teilweise darauf, dass **bereits entstandene Verkehrssicherungspflichten** weiter **bestehen bleiben**, geht aber nicht näher darauf ein (MünchKommBGB/Oechsler, 6. Aufl. 2013, § 959 Rn. 9). Zum Teil wird danach differenziert, ob die Gefahr **bei Aufgabe des Eigentums bereits bekannt** war. In diesem Fall soll die Verkehrssicherungspflicht fortbestehen, im Übrigen dagegen erlöschen (jurisPK-BGB/Benning, 7. Aufl. 2014, §§ 928 Rn. 25).

Die **Rechtsprechung** ist bislang **nicht eindeutig**. Das OLG Jena meint, dass die Verkehrssicherungspflichten nach der Eigentumsaufgabe nicht fort dauern (OLG Jena OLGR 2006, 933, 934). Das VG Gießen nimmt demgegenüber ohne nähere Begründung an, dass diese Pflichten weiter gelten (Urt. v. 1.8.2013 – 8 K 4599/11.GI, Tz. 22 [juris]).

Parallelen ergeben sich **zur Haftung nach § 1004 BGB**. Nach Ansicht der **Rechtsprechung** kann sich der Eigentümer seiner Haftung als **Zustandsstörer** gem. § 1004 Abs. 1 BGB **nicht** durch Verzicht auf sein Eigentum **entziehen** (vgl. BGH NJW 2007, 2182 = DNotI-Report 2007, 111; BGHZ 41, 393, 397 = NJW 1964, 1794; NJW 2005, 1366, 1367). Dahinter steht der Gedanke, dass sich der Eigentümer seiner Verantwortlichkeit nicht durch eine Eigentumsaufgabe soll entledigen können.

Teilweise wird sogar vertreten, dass eine Dereliktion **sittenwidrig und nichtig sei (§ 138 Abs. 1 BGB)**, wenn sie darauf abziele, Haftungsfolgen auf die Allgemeinheit abzuwälzen (vgl. VGH Mannheim VBIBW 1998, 312; BeckRS 2011, 49105; zum Ganzen NK-BGB/Grziwotz, 3. Aufl. 2013, § 928 Rn. 8 m. w. N.). Die wohl **überwiegende Ansicht lehnt** diese Auffassung jedoch **ab** (BayObLGZ 1983, 85 = Rpfleger 1983, 308; Palandt/Bassenge, § 928 Rn. 1; Huhn, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 9. Aufl. 2014, § 928 Rn. 3). Dies ist u. E. überzeugend. Der rechtsmissbräuchlichen Eigentumsaufgabe lässt sich nämlich grundsätzlich dadurch begegnen, dass die gesetzlichen Pflichten fortbestehen; die Fortdauer der Eigentümerstellung muss damit nicht zwangsläufig verknüpft sein (vgl. MünchKommBGB/Kanzleiter, § 928 Rn. 11; Staudinger/Pfeifer, § 928 Rn. 33). Aus diesem Grund ist die Eigentumsaufgabe auch nicht unter Umgehungsgesichtspunkten als nichtig gem. § 134 BGB anzusehen (vgl. Sliwiok-Born, NJW 2014, 1047, 1050 m. w. N.).

b) Polizei- und Ordnungsrecht

Die Rechtsfolgen einer Eigentumsaufgabe sind auch im Polizei- und Ordnungsrecht problematisch, wenn es um die Frage geht, ob der vormalige Eigentümer einer herrenlosen Sache als Störer in Anspruch genommen werden kann.

Die **Gesetze der meisten Bundesländer** sehen vor, dass **sich der Grundstückseigentümer von seiner Zustandsverantwortlichkeit nicht durch Aufgabe des Eigentums befreien kann** (so z. B. § 8 Abs. 3 ThürPAG, § 5 Abs. 3 POG RP, Art. 8 Abs. 3 BayPAG, § 6 Abs. 3 POG Bbg; § 18 Abs. 3 OBG NRW; vgl. Sanden, NVwZ 2014, 1329, 1330). Eine entsprechende Bestimmung enthält § 4 Abs. 3 S. 4 Var. 2 BBodSchG, wonach der vormalige Eigentümer eines herrenlosen Grundstücks zur Sanierung verpflichtet ist. Nicht abschließend geklärt ist dabei jedoch, ob diese Normen einen allgemeinen ordnungsrechtlichen Grundsatz zum Ausdruck bringen (dagegen zu § 5 SächsPolG: OVG Bautzen BeckRS 2009, 35042; dafür zu Art. 7 BayLStVG: VGH München BeckRS 1997, 25034).

Soweit die öffentlich-rechtlichen Gefahrenabwehrvorschriften eine Zustandsverantwortlichkeit des vormaligen Eigentümers der herrenlosen Sache erfassen, ist noch **nicht geklärt, ob** die Verantwortlichkeit nur für bereits bestehende oder **auch für künftige Gefahren** gilt. Die Rechtsprechung steht zum Teil auf dem Standpunkt, dass die Verantwortlichkeit nur solche Gefahren betrifft, die bereits vor der Aufgabe des Eigentums von der Sache ausgegangen sind (VG Würzburg BeckRS 2006, 32782;

so auch zu § 4 Abs. 3 BBodSchG BR-Drucks. 422/197, S. 7 – Aufgabe eines bereits kontaminierten Grundstücks). Ausreichend sei eine hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts im konkreten Einzelfall. Dass die Gefahr „unmittelbar“ bevorsteht, soll jedoch nicht erforderlich sein (vgl. VG Würzburg BeckRS 2006, 32782 unter Verw. auf BVerwGE 28, 310).

Laut OVG Münster (NJW 2010, 1988, 1989) ist nach dem Sinn und Zweck der ordnungsrechtlichen Regelungen zur Dereliktion eigentlich nur die Lücke für den Fall zu schließen, dass eine Eigentumsaufgabe erfolgt, nachdem eine Zustandsverantwortlichkeit begründet worden ist. Im Ergebnis hat das OVG die Frage aber offengelassen und sich für eine strenge Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgebots ausgesprochen. Das öffentlich-rechtliche Schrifttum steht demgegenüber teilweise auf dem Standpunkt, dass der Eigentümer generell als Zustandsstörer auch für künftig neu auftretende Gefahren einzustehen habe und nur in Ausnahmefällen Erwägungen der Verhältnismäßigkeit eine Inanspruchnahme des vormaligen Eigentümers als rechtswidrig erscheinen ließen (Sanden, NVwZ 2014, 1329, 1333).

c) Stellungnahme

Hat der Eigentümer eine von seinem Grundeigentum ausgehende **Gefahrenquelle für Dritte geschaffen**, kann er sich u. E. den **Verkehrssicherungspflichten nicht** dadurch **entziehen**, dass er das Eigentum aufgibt. Der Eigentümer hat die während seiner Zeit als Eigentümer entstandenen Gefahren zu verantworten. Dieser Verantwortung kann er sich nicht durch Dereliktion entledigen. Die zivilrechtliche deliktische Haftung nach den §§ 823 Abs. 1, 836, 838 BGB greift daher u. E. weiterhin, sofern im Zeitpunkt der Eigentumsaufgabe eine hinreichend konkrete Gefahr besteht.

Anders wird man die Lage bei Gefahren zu beurteilen haben, die **nicht hinreichend konkret** oder vom Eintritt ungewisser künftiger Ereignisse abhängig sind. Das Gesetz räumt dem Eigentümer in § 928 BGB die Möglichkeit ein, auf sein Eigentum an einem Grundstück zu verzichten und die rechtliche Herrschaftsmacht aufzugeben. Dann müssen aber auch die an die Eigentümerstellung anknüpfenden **künftigen Verkehrssicherungspflichten entfallen**. So spricht z. B. viel dafür, dass die künftigen Verkehrssicherungspflichten bzgl. des Räumens und Streuens von Gehwegen nicht mehr den vormaligen Eigentümer treffen.

3. Haftung für den Einsturz eines Gebäudes

Hinsichtlich der Haftung für Gebäude ist die Spezialregelung in **§ 836 Abs. 2 BGB** zu beachten. Hiernach ist der frühere Besitzer des Grundstücks für einen Schaden deliktisch verantwortlich, wenn der Einsturz oder die Ablösung eines Gebäudeteils **innerhalb eines Jahres** nach Beendigung des Besitzes eintritt, es sei denn, dass er während seines Besitzes die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder ein späterer Besitzer durch Beobachtung dieser Sorgfalt die Gefahr hätte abwenden können. Die Vorschrift soll verhindern, dass sich der Besitzer eines Gebäudes durch Besitzaufgabe einer drohenden Verantwortlichkeit entzieht (vgl. MünchKommBGB/Wagner, 6. Aufl. 2013, § 836 Rn. 30). § 836 BGB gilt zwar nur für den Gebäudebesitzer und nicht für den Eigentümer. Eigentümer fallen aber in den meisten Fällen in den Anwendungsbereich der Norm, da dieser auch den mittelbaren Eigenbesitz umfasst (vgl. BGH NJW 1985, 1076, 1077). Hat der Eigentümer die erforderliche Sorgfalt beachtet, solange er Eigentümer und Besitzer war, dürfte daher weder eine Haftung nach § 823

Abs. 1 BGB noch nach § 836 Abs. 2 BGB in Betracht kommen. Ist das Gebäude im Zeitpunkt der Eigentumsaufgabe bereits baufällig und die Gefahr eines Schadens hinreichend konkret, fragt sich, ob eine Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB auch nach Ablauf eines Jahres in Betracht kommt. § 836 BGB ist eine deliktsrechtliche Spezialnorm mit besonderer Beweislastverteilung, schließt aber die Anwendbarkeit von § 823 Abs. 1 BGB nicht aus (MünchKommBGB/Wagner, § 836 Rn. 2, 33). Die zeitliche Haftungsbegrenzung des § 836 Abs. 2 trägt dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit Rechnung (Mugdan, Bd. 2, Prot. II, S. 1152). Andererseits erschiene es unbillig, wenn sich der vormalige Eigentümer bzw. Besitzer darauf berufen könnte, dass sich die im Zeitpunkt der Eigentumsaufgabe bereits hinreichend konkrete Gefahr zufällig erst nach einem Jahr realisiert habe. Dies spricht dafür, in § 836 Abs. 2 BGB keine abschließende Spezialregelung zu sehen.

4. Öffentlich-rechtliche Pflichten

Ob öffentlich-rechtliche Verpflichtungen weiter bestehen, entscheidet sich nach der jeweiligen Norm, aus der die Pflicht folgt (MünchKommBGB/Kanzleiter, § 928 Rn. 11).

Soweit die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen bereits vor der Dereliktion begründet worden sind, gelten sie fort. **Rückständige Grundsteuern und Kommunalabgaben erlöschen daher nicht** (Grziwotz, KommJur 2009, 175, 176).

Knüpfen die öffentlich-rechtlichen Zahlungspflichten an die Eigentümerstellung an, besteht **keine Pflicht** des bisherigen Eigentümers **zu Steuern und Beitragspflichten, die nach der Eigentumsaufgabe entstehen** (vgl. Sliwiok-Born, NJW 2014, 1047). Beiträge nach dem Kommunalabgabenrecht können nur von Grundstückseigentümern und Erbbauberechtigten verlangt werden (vgl. § 7 Abs. 1 S. 1 ThürKAG; Art. 5 Abs. 1 S. 1 BayKAG). Den vormaligen Eigentümer eines herrenlosen Grundstücks treffen daher keine Beitragspflichten (vgl. Driehaus, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, 50. EL März 2014, § 8 Rn. 391; OVG Weimar BeckRS 2012, 59318). Entsprechendes gilt für die Grundsteuer; sie schuldet gem. § 10 Abs. 1 GrStG nur derjenige, dem der Steuergegenstand bei der Feststellung des Einheitswertes zugerechnet werden kann. Steuerschuldner ist daher nicht der vormalige Eigentümer eines herrenlosen Grundstücks (vgl. OFD Chemnitz, Verfügung v. 11.12.2006, S 3106-46/1 – St 23, BeckVerw 087709; Troll/Eisele, GrStG, 11. Aufl. 2014, § 10 Rn. 2a).

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

GBO § 23 Abs. 2; BGB §§ 1113, 1163, 1184

Löschungserleichterungsklausel bei durch Sicherungshypothek gesicherter auflösend bedingter Forderung bei Vorlage einer Sterbeurkunde

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

HGB §§ 119, 161 Abs. 2

Auslegung von Mehrheitsklauseln in Personengesellschaftsverträgen; Zustimmungsbeschluss bzgl. Abtretung eines Gesellschaftersanteils

a) Die formelle Legitimation einer auf eine Mehrheitsklausel im Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft gestützten Mehrheitsentscheidung ist auch bei einem Beschluss, mit dem die nach dem Gesellschaftsvertrag vorgesehene Einwilligung der Gesellschafterversammlung zur Abtretung eines Gesellschaftersanteils erklärt wird, bereits dann gegeben, wenn die Auslegung des Gesellschaftsvertrags nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen ergibt, dass dieser Beschlussgegenstand einer Mehrheitsentscheidung unterworfen sein soll.

b) Dem früheren Bestimmtheitsgrundsatz kommt für die formelle Legitimation einer Mehrheitsentscheidung keine Bedeutung mehr zu. Er ist bei der Auslegung auch nicht in Gestalt einer Auslegungsregel des Inhalts zu berücksichtigen, dass eine allgemeine Mehrheitsklausel restriktiv auszulegen ist oder sie jedenfalls dann, wenn sie außerhalb eines konkreten Anlasses vereinbart wurde, Beschlussgegenstände, die die Grundlagen der Gesellschaft betreffen oder ungewöhnliche Geschäfte beinhalten, regelmäßig nicht erfasst (Fortführung von BGH, Urteil vom 15. Januar 2007 – II ZR 245/05, BGHZ 170, 283 – OTTO; Urteil vom 24. November 2008 – II ZR 116/08, BGHZ 179, 13 – Schutzgemeinschaftsvertrag II).

BGH, Urt. v. 21.10.2014 – II ZR 84/13

Problem

Zwei Brüder sind Kommanditisten einer GmbH & Co. KG. Der eine (Kläger) ist Minderheitsgesellschafter, der andere (Beklagter) Mehrheitsgesellschafter. Laut Gesellschaftsvertrag werden Beschlüsse mit einfacher Mehrheit gefasst, soweit nichts anderes bestimmt ist (§ 6 Abs. 5). Änderungen des Gesellschaftsvertrags unterliegen einem Einstimmigkeitsvorbehalt (§ 6 Abs. 6). Die Abtretung von Gesellschaftersanteilen bedarf der Einwilligung der Gesellschafterversammlung (§ 10 Abs. 1). Ein bestimmtes Mehrheitserfordernis ist insoweit nicht ausdrücklich geregelt. Der Gesellschaftsvertrag enthält an anderen Stellen spezielle Mehrheitsklauseln (Entnahmen aus dem Rücklagenkonto, Rücklagenzuweisung, Abtretung des Darlehenskontos).

Mit den Stimmen des Mehrheitsgesellschafter hat die Gesellschafterversammlung einen Beschluss gefasst, dass der Übertragung der Kommanditanteile sowohl des Mehrheits- als auch des Minderheitsgesellschafter auf eine Stiftung zugestimmt werde. Der Minderheitsgesellschafter

meint, der Beschluss sei wegen fehlender Einstimmigkeit nichtig. Das Berufungsgericht ist dieser Ansicht gefolgt.

Entscheidung

Die Revision hat Erfolg. Der BGH hält den mit einfacher Mehrheit gefassten Beschluss für wirksam und die Mehrheitsklausel als Beschlussgrundlage für ausreichend.

Im Personengesellschaftsrecht gelte zwar das **Einstimmigkeitsprinzip** (§ 709 Abs. 1 BGB, § 119 Abs. 1 HGB). Der Gesellschaftsvertrag könne jedoch – so wie im vorliegenden Fall – von diesem Prinzip abweichen und eine **Mehrheitsklausel** vorsehen.

Der BGH fasst seine bisherige Rechtsprechung zu Mehrheitsklauseln in Personengesellschaftsverträgen zusammen (insbes. BGHZ 170, 283 – OTTO = DNotZ 2007, 629; BGHZ 179, 13 – Schutzgemeinschaftsvertrag II = DNotZ 2009, 392) und entwickelt diese fort: Es genüge, dass sich dem Gesellschaftsvertrag durch **Auslegung** entnehmen lasse, dass der infrage stehende Beschlussgegenstand einer Mehrheitsentscheidung unterworfen sei. Ob der Gesellschaftsvertrag die Mehrheitsentscheidung zulasse, sei eine durch Auslegung zu beantwortende Frage der **formellen Legitimation**. Hiervon zu unterscheiden sei eine zweite Stufe, diejenige der **inhaltlichen Wirksamkeitsprüfung** (sog. **materielle Legitimation**).

Dem sog. **Bestimmtheitsgrundsatz** komme keine Bedeutung für die formelle Legitimation zu. Es gebe keine Auslegungsregel, dass allgemeine Mehrheitsklauseln restriktiv auszulegen seien und keine Grundlagengeschäfte, sondern nur gewöhnliche Geschäfte erfassen könnten. Auch eine minutiöse **Auflistung der zulässigen Mehrheitsentscheidungen** sei **nicht erforderlich**.

Die Unterscheidung zwischen formeller und materieller Legitimation gelte für **alle Beschlussgegenstände** und damit ebenso für sog. **Grundlagengeschäfte** bzw. Eingriffe in den **Kernbereich** der Mitgliedschaft bzw. in absolut oder relativ unentziehbare Rechte. In den Fällen der absolut oder relativ unentziehbaren Rechte sei jedoch regelmäßig eine **treupflichtwidrige Ausübung der Mehrheitsmacht** anzunehmen, während in den sonstigen Fällen die Minderheit den Nachweis einer treupflichtwidrigen Mehrheitsentscheidung zu führen habe. Der Kreis der nicht ohne Weiteres durch Mehrheitsbeschluss zu entziehenden Rechte (sog. Kernbereich) lasse sich nicht abstrakt bestimmen. Es komme bei Eingriffen in die individuelle (rechtliche und vermögensmäßige) Position des Gesellschafters darauf an, ob der **Eingriff** im Interesse der Gesellschaft **geboten** und dem Gesellschafter **zumutbar** sei.

Auf der ersten Stufe der formellen Legitimation spiele es auch keine Rolle, ob bestimmte Beschlüsse wie etwa solche über nachträgliche **Beitragserhöhungen** (vgl. § 707 BGB) gegenüber dem einzelnen Gesellschafter nur mit dessen Zustimmung wirksam würden. Die aus der **fehlenden Zustimmung** des einzelnen Gesellschafters ihm gegenüber folgende (**relative**) **Unwirksamkeit eines Beschlusses ändere nichts daran, dass er formell wirksam gefasst** sei, solange der Gesellschaftsvertrag für diesen Beschlussgegenstand eine Mehrheitsentscheidung vorsehe. Soweit die Rechtsprechung für nachträgliche Beitragserhöhungen eine eindeutige Regelung im Gesellschaftsvertrag fordere, die Ausmaß und Umfang einer möglichen zusätzlichen Belastung der Gesellschafter

erkennen lasse, gehe es nicht um die formelle Legitimation des Beschlusses. Die fehlende Zustimmung zur Beitragserhöhung stelle eine besondere, nur gegenüber dem betroffenen Minderheitsgesellschafter wirkende Kategorie des Beschlussmangels dar.

Für den konkret in Rede stehenden Beschluss der Gesellschafterversammlung zur Einwilligung in die Abtretung eines Gesellschaftsanteils gelte nichts anderes. Die **Übertragung der Mitgliedschaft** setze zwar die Zustimmung der übrigen Gesellschafter voraus. Die Zustimmung könne aber bereits im Gesellschaftsvertrag erklärt oder von der Zustimmung (nur) der Mehrheit der Gesellschafter abhängig gemacht werden. Ob ein Mehrheitsbeschluss statthaft sei, richte sich nach der Auslegung des Gesellschaftsvertrags. Ein **etwaiges Zustimmungserfordernis des einzelnen Gesellschafters betreffe nur die zweite Stufe der materiellen Wirksamkeit** des Beschlusses einzelnen Gesellschaftern gegenüber, soweit dieses Erfordernis aus einem Eingriff in den sog. Kernbereich hergeleitet werde.

Im **vorliegenden Fall** hält der BGH die **formelle Legitimation** des Zustimmungsbeschlusses für **gegeben**. Grundlage des Beschlusses sei die Mehrheitsklausel (§ 6 Abs. 5). Für die Zustimmung zur Anteilsabtretung sei im Gesellschaftsvertrag **kein abweichendes Mehrheitserfordernis** normiert (§ 10 Abs. 1). Der Gesellschaftsvertrag enthalte ausdrücklich mehrere Gegenstände, für die eine qualifizierte Mehrheit gelte. Dem lasse sich im **Umkehrschluss** entnehmen, dass bei der Anteilsabtretung eine einfache Mehrheit genüge. Es liege auch **keine** dem Einstimmigkeitserfordernis unterliegende **Änderung des Gesellschaftsvertrags** vor (§ 6 Abs. 6), denn die Regelungen zur Zulässigkeit von Anteilsabtretungen und -verfügungen im Gesellschaftsvertrag würden nicht abgeändert. Ohne Belang sei zudem, dass die Gesellschafter in mehreren Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages namentlich bezeichnet würden.

Es lasse sich schließlich nicht feststellen, dass den Beschlüssen auf der zweiten Stufe die **materielle Legitimation** fehle. Der Mehrheitsgesellschafter habe seine **Mehrheitsmacht nicht in treuwidriger Weise** gegenüber der Minderheit **ausgeübt**. Hinsichtlich des Anteils des *Minderheitsgesellschafters* sei der Beschluss nicht treuwidrig, da eine Anteilsübertragung – sofern er nicht hierzu verpflichtet sei – im Belieben des Minderheitsgesellschafters stehe. Es sei auch nicht erkennbar, weshalb sich eine Übertragung des Gesellschaftsanteils des *Mehrheitsgesellschafters* auf die Stiftung als treuwidrige Ausübung der Mehrheitsmacht darstellen sollte.

Sonstige Unwirksamkeitsgründe seien nicht ersichtlich. Dem Gesellschaftsvertrag sei nicht zu entnehmen, dass neben einem Gesellschafterbeschluss auch die Zustimmung jedes Gesellschafters erforderlich sei.

AktG § 130 Abs. 1 S. 3 Notarielle Niederschrift über sämtliche Beschlüsse bei Hauptversammlung einer nicht börsennotierten AG

Eine nach § 130 Abs. 1 S. 3 AktG vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats zu unterzeichnende Niederschrift über die Hauptversammlung einer nicht börsennotierten

Aktiengesellschaft genügt nicht, wenn das Gesetz für einen von mehreren der auf der Hauptversammlung gefassten Beschlüsse eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt. In diesem Fall ist die gesamte Niederschrift über die Hauptversammlung zur Beurkundung der Beschlussfassung notariell aufzunehmen. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Jena, Urt. v. 16.4.2014 – 2 U 608/13

Problem

Nach § 130 Abs. 1 S. 1 AktG ist „jeder Beschluss der Hauptversammlung“ einer AG „durch eine über die Verhandlung notariell aufgenommene Niederschrift zu beurkunden.“ Bei nicht börsennotierten Gesellschaften genügt gem. § 130 Abs. 1 S. 3 AktG eine vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats zu unterzeichnende Niederschrift, „soweit keine Beschlüsse gefaßt werden, für die das Gesetz eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt.“

Vom OLG Jena war über einen Fall zu entscheiden, in dem eine nicht börsennotierte Aktiengesellschaft eine Hauptversammlung abgehalten hatte. Dort hatte man neben mehreren Beschlüssen mit einfachem Mehrheitserfordernis einen Satzungsänderungsbeschluss gefasst. Für die Satzungsänderung ist nach dem Gesetz eine Dreiviertelmehrheit erforderlich (§ 179 Abs. 2 S. 1 AktG). Eine notarielle Niederschrift war nur hinsichtlich der Satzungsänderung errichtet worden, die übrigen Beschlüsse hatte man privatschriftlich protokolliert. Zweifelhaft erschien, ob nicht sämtliche Beschlüsse der Hauptversammlung hätten beurkundet werden müssen.

Entscheidung

Die Formerleichterung des § 130 Abs. 1 S. 3 AktG findet keine Anwendung, soweit die **Satzungsänderung** betroffen ist; hinsichtlich der Satzungsänderung ist eine **notarielle Beurkundung stets erforderlich**. Nach Auffassung des **OLG Jena** ist jedoch nicht nur die Satzungsänderung, sondern die **Hauptversammlung insgesamt zu beurkunden**.

Werde **nur ein Beschluss gefasst, der nicht nach § 130 Abs. 1 S. 3 AktG privilegiert** sei, führe dies dazu, dass die gesamte Niederschrift über die Hauptverhandlung zur Beurkundung der Beschlussfassung notariell aufzunehmen sei. Die Formulierung des Gesetzes („soweit keine Beschlüsse“) lasse sich zwar evtl. so verstehen, dass die Beurkundungspflicht nur Beschlüsse mit qualifizierten Mehrheitserfordernissen betreffe. **Maßgeblich** komme es aber auf die **Gesamtheit der Verhandlung** an. Das **Hauptversammlungsprotokoll** sei **unteilbar**. § 130 Abs. 5 AktG setze voraus, dass nur *eine* Niederschrift über die Hauptversammlung gefertigt werde. Dafür spreche auch, dass ein beurkundungsbedürftiger Sachbeschluss nicht sinnvoll von einem zu diesem gehörenden, ebenfalls beurkundungsbedürftigen Verfahrensbeschluss getrennt werden könne. Außerdem dürfe ein Aktionär zu dem Dreiviertelmehrheits-Beschluss einen Widerspruch zur Niederschrift gem. § 245 Nr. 1 AktG während der gesamten Dauer der Hauptversammlung erklären. Die Hauptversammlung müsse daher **entweder** insgesamt notariell beurkundet **oder** privatschriftlich protokolliert werden.

Der Grundsatz der Unteilbarkeit des Protokolls habe zur Folge, dass **auch der beurkundete Beschluss** über die Satzungsänderung nicht der notwendigen Form genüge und gem. § 241 Nr. 2 AktG **nichtig** sei. Jedoch sei er gem. § 242 Abs. 1 AktG **mit der Eintragung** in das Handelsregister **geheilt**.

Literaturhinweise

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter
www.dnoti.de.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter: Notarassessor Dr. Johannes Weber

Redaktion: Dr. Simon Blath

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg