



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 176/14

Verkündet am:
19. Mai 2015
Stoll
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: _____ ja

AktG §§ 130, 241 Nr. 2; BGB § 139

- a) Wenn auf einer Hauptversammlung ein Beschluss gefasst wird, für den das Gesetz eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt und der damit stets durch eine notariell aufgenommene Niederschrift zu beurkunden ist, muss ein anderer, nicht diesen Mehrheitserfordernissen unterliegender Beschluss nicht in der vom Notar aufgenommenen Niederschrift beurkundet sein, sondern genügt dafür eine vom Aufsichtsratsvorsitzenden unterzeichnete Niederschrift.
- b) Werden in einem Beschluss mehrere Satzungsänderungen zusammengefasst und ist eine der Satzungsänderungen nichtig, sind die weiteren Satzungsänderungen ebenfalls nichtig, wenn ein innerer Zusammenhang zwischen den Änderungen gegeben ist.

BGH, Urteil vom 19. Mai 2015 - II ZR 176/14 - OLG Jena
LG Mühlhausen

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Mai 2015 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann, die Richterinnen Caliebe und Dr. Reichart sowie die Richter Dr. Drescher und Born

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und unter Zurückweisung ihrer weitergehenden Revision wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 16. April 2014 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Nichtigkeit der auf der Hauptversammlung der Beklagten gefassten Beschlüsse vom 29. August 2008 mit Ausnahme des Beschlusses zur Änderung der Satzung (Punkt 4 der Tagesordnung) in § 7 (Ermächtigung zur Kapitalerhöhung) und des Beschlusses über die Ermächtigung des Vorstandes zum Erwerb eigener Aktien (Punkt 8 der Tagesordnung) festgestellt wurde.

Auf die Berufung der Beklagten wird unter Zurückweisung ihrer weitergehenden Berufung das Urteil des Landgerichts Mühlhausen vom 20. Juni 2013 wie folgt abgeändert:

Es wird festgestellt, dass die Beschlüsse der Hauptversammlung der Beklagten vom 29. August 2008 über die Änderung der Satzung (Punkt 4 der Tagesordnung), soweit die Satzung in § 7 geändert wird, und über die Ermächtigung des Vorstands zum Erwerb eigener Aktien (Punkt 8 der Tagesordnung) nichtig sind.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits in erster und zweiter Instanz tragen die Klägerin 62%, die Beklagte 38%, von den Kosten des Revisionsverfahrens tragen die Klägerin 76%, die Beklagte 24%.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Hauptversammlung der beklagten nichtbörsennotierten Aktiengesellschaft fasste am 29. August 2008 einstimmig Beschlüsse über die Verwendung des Bilanzgewinns 2007 (Tagesordnungspunkt 3), über die Änderung der Satzung (Tagesordnungspunkt 4), über die Entlastung des Vorstands für das Geschäftsjahr 2007 (Tagesordnungspunkt 5), über die Entlastung des Aufsichtsrats (Tagesordnungspunkt 6), über die Wahl des Abschlussprüfers (Tagesordnungspunkt 7) und über eine Ermächtigung zum Erwerb eigener Aktien (Tagesordnungspunkt 8).

- 2 Der Beschluss über die Änderung der Satzung (Tagesordnungspunkt 4) betraf in § 7 der Satzung die Ermächtigung des Vorstands zur Kapitalerhöhung und in § 2 eine Erweiterung des Unternehmensgegenstands um „Wohnungswirtschaft, Wohnungsbau, Vermietung und Verpachtung“. Außerdem wurden in § 4 - Grundkapital - und § 9 - Stimmrecht - DM-Beträge auf Euro umgestellt, wurde in § 6 a) geregelt, dass der Ankauf und der Verkauf der Namensaktien nur an Anteilseigner der Gesellschaft mit vorheriger Zustimmung des Vorstands

zum Nennwert erfolgen kann, § 25 - Gründungskosten - gestrichen und § 26 - Inkrafttreten - zu § 25 gemacht.

3 Der Beschluss über die Ermächtigung des Vorstands zum Erwerb eigener Aktien (Tagesordnungspunkt 8) ist wie folgt protokolliert:

„Die Hauptversammlung nimmt diese Information zur Kenntnis und ermächtigt den Vorstand gemäß § 71 Abs. 2 und 8 (AktG) i.V.m. § 5 der Satzung zum Erwerb eigener Aktien, auf die der Ausgabebetrag voll geleistet ist.“

4 Bis zur Beschlussfassung zu Tagesordnungspunkt 4 war ein Notar anwesend, fertigte eine Niederschrift und unterzeichnete sie. Eine weitere Niederschrift über die gesamte Hauptversammlung wurde vom Aufsichtsratsvorsitzenden, der die Versammlung leitete, gefertigt und unterzeichnet.

5 Der Beschluss zu Tagesordnungspunkt 4 mit den Satzungsänderungen wurde am 19. Mai 2009 in das Handelsregister eingetragen. Die Klägerin, die Aktionärin der Beklagten ist, reichte am 10. Mai 2012 eine Nichtigkeitsklage ein. Das Landgericht setzte am 4. Juli 2012 den Streitwert vorläufig fest und forderte am 5. Juli 2012 den aus diesem Streitwert berechneten Kostenvorschuss bei der Klägerin an. Diese zahlte ihn am 11. Juli 2012 ein. Am 20. Juli 2012 wurde die Klage der Beklagten zugestellt.

6 Das Landgericht hat die Nichtigkeit der Beschlüsse festgestellt. Gegen die Zurückweisung ihrer Berufung richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie mit Ausnahme der Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses zu Tagesordnungspunkt 4 hinsichtlich der Änderung von § 7 der Satzung (Ermächtigung zur Kapitalerhöhung) den Antrag auf Klageabweisung weiter verfolgt.

Entscheidungsgründe:

- 7 Die Revision hat überwiegend Erfolg. Sie führt im Umfang der Anfechtung mit Ausnahme der Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses zu Tagesordnungspunkt 8 (Ermächtigung des Vorstands zum Erwerb eigener Aktien) zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abweisung der Klage.
- 8 I. Das Berufungsgericht (OLG Jena, ZIP 2014, 2136) hat ausgeführt, die in der Hauptversammlung vom 29. August 2008 gefassten Beschlüsse seien gemäß § 241 Nr. 2 AktG nichtig, weil sie entgegen § 130 Abs. 1 AktG nicht sämtlich durch eine über die Hauptversammlung notariell aufgenommene Niederschrift beurkundet worden seien, der Beschluss zu Tagesordnungspunkt 4 sei darüber hinaus deshalb nichtig, weil die Ermächtigung des Vorstands zur Kapitalerhöhung (genehmigtes Kapital) keine Befristung enthalte. Da der Beschluss zu Tagesordnungspunkt 4 eine Mehrheit erfordere, die mindestens $\frac{3}{4}$ des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals umfasse, sei nach § 130 Abs. 1 Satz 3 AktG eine notarielle Beurkundung auch der anderen Beschlüsse erforderlich. Das ergebe sich einerseits aus dem Wortlaut, aber andererseits auch daraus, dass ein beurkundungsbedürftiger Sachbeschluss nicht sinnvoll von einem zu diesem gehörigen, ebenfalls beurkundungsbedürftigen Verfahrensbeschluss getrennt werden könne, ebenso wenig wie von einer Beurkundung nach § 131 Abs. 5 AktG und der Beurkundung eines Widerspruchs gemäß § 245 Nr. 1 AktG. Die Hauptversammlung bilde deshalb eine Einheit, die entweder insgesamt notariell oder, soweit zulässig, insgesamt privatschriftlich zu protokollieren sei. Die Anwendung des Grundsatzes der Unteilbarkeit des Protokolls führe zu dem Ergebnis, dass auch die Beschlüsse, die zum Gegenstand des notariell beurkundeten Protokollteils geworden seien, nicht der notwendigen Form genügten und nichtig seien.

9 Der Formmangel des Beschlusses zu Tagesordnungspunkt 4 sei zwar nach § 242 Abs. 1 AktG geheilt, da der Beschluss am 19. Mai 2009 ins Handelsregister eingetragen worden sei. Er sei aber nach § 241 Nr. 3 AktG nichtig, weil der Vorstand neuerlich im Sinn von § 202 Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 AktG ermächtigt worden sei, ohne dass für die Ausübung der Ermächtigung eine Befristung enthalten sei, und weil der Nennbetrag des genehmigten Kapitals von 666.980,25 € die Hälfte des zur Zeit der Beschlussfassung vorhandenen Grundkapitals der Gesellschaft von 766.937,82 € übersteige (Verstoß gegen § 202 Abs. 3 Satz 1 AktG). Die Nichtigkeit des Beschlusses nach § 241 Nr. 3 AktG über das genehmigte Kapital führe auch zur Nichtigkeit des Beschlusses über die Änderung des Unternehmensgegenstandes. Da sich nicht feststellen lasse, dass die Hauptversammlung den Satzungsänderungsbeschluss zu Tagesordnungspunkt 4 auch ohne den nichtigen Teil gefasst haben würde, sei der gesamte Beschluss nichtig (§ 139 BGB). Die verschiedenen Änderungen und die Entscheidung über die Neufassung der Satzung seien von vornherein nur einheitlich zur Abstimmung gestellt worden, es lasse sich daher nicht feststellen, dass die Aktionäre den Willen gehabt hätten, fehlerfreie Teile des Beschlusses ohne den fehlerhaften Teil zu beschließen.

10 Die Geltendmachung der Nichtigkeit des Beschlusses sei nicht nach § 242 Abs. 2 Satz 1 AktG ausgeschlossen. Zwar sei die Drei-Jahres-Frist mit dem 19. Mai 2012 abgelaufen, weil die Eintragung am 19. Mai 2009 erfolgt sei. Die Klägerin habe die Nichtigkeitsklage aber bereits am 10. Mai 2012 anhängig gemacht. Die Zustellung am 20. Juli 2012 wirke als demnächst im Sinne von § 167 ZPO auf den Eingang der Klage zurück. Die Verzögerung der Zustellung beruhe ausschließlich auf dem Zeitablauf infolge des Antrags der Klägerin auf Streitwertspaltung. Nach der vorläufigen Streitwertfestsetzung und der Anforderung des Kostenvorschusses habe die Klägerin ihn unverzüglich eingezahlt.

11 II. Das Berufungsurteil hält im Umfang der Anfechtung der revisionsrechtlichen Nachprüfung bis auf die Feststellung der Nichtigkeit von Tagesordnungspunkt 8 (Ermächtigung des Vorstands zum Erwerb eigener Aktien) nicht stand.

12 1. Die Beschlüsse zu den Tagesordnungspunkten 3, 5 bis 8 sind nicht nach § 241 Nr. 2 AktG nichtig. Nach § 241 Nr. 2 AktG ist ein Beschluss der Hauptversammlung nur dann nichtig, wenn er nicht nach § 130 Abs. 1 und 2 Satz 1 und Abs. 4 AktG beurkundet ist. Nach § 130 Abs. 1 Satz 1 AktG ist jeder Beschluss der Hauptversammlung durch eine über die Verhandlung notariell aufgenommene Niederschrift zu beurkunden. Bei nichtbörsennotierten Gesellschaften reicht eine vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats zu unterzeichnende Niederschrift aus, soweit keine Beschlüsse gefasst werden, für die das Gesetz eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt (§ 130 Abs. 1 Satz 3 AktG). Wenn auf einer Hauptversammlung ein Beschluss gefasst wird, für den das Gesetz eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt und der damit stets durch eine notariell aufgenommene Niederschrift zu beurkunden ist, muss ein anderer, nicht diesen Mehrheitserfordernissen unterliegender Beschluss nicht in der vom Notar aufgenommenen Niederschrift beurkundet sein, sondern genügt dafür eine vom Aufsichtsratsvorsitzenden unterzeichnete Niederschrift.

13 a) Es ist streitig, ob bei nichtbörsennotierten Aktiengesellschaften nach § 130 Abs. 1 AktG dann, wenn in der Hauptversammlung ein Beschluss gefasst wird, der nach dem Gesetz eine qualifizierte Mehrheit voraussetzt, die gesamte Niederschrift von einem Notar beurkundet werden muss (so MünchKommAktG/Kubis, 3. Aufl., § 130 Rn. 30; Hüffer/Koch, AktG, 11. Aufl., § 130 Rn. 14c; Hölters/Drinhausen, AktG, 2. Aufl., § 130 Rn. 24; Grigoleit/Herrler, AktG, § 130 Rn. 29; Liebscher in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 130 AktG Rn. 12; Wachter, AktG, 2. Aufl., § 130 Rn. 29; Wicke in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 130 Rn. 40; Ziemons in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 130

Rn. 37; Reger in Bürgers/Körper, AktG, 3. Aufl., § 130 Rn. 33; Flick, NJW 2010, 20, 21; Fassbender, RheinNotZ 2009, 425, 428 f.) oder ob die Niederschrift in notariell beurkundete und in vom Aufsichtsratsvorsitzenden unterzeichnete Abschnitte teilbar ist (so Noack/Zetsche in KK-AktG, 3. Aufl., § 130 Rn. 153 ff.; Würthwein in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 241 Rn. 190; Reul in Gärtner/Rose/Reul, Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe im Aktienrecht, 2. Aufl., Teil B Rn. 742; Seibert/Köster/Kiem, Die kleine AG, 3. Aufl., Rn. 165; Blanke, BB 1995, 681, 682; Lutter, AG 1994, 429, 440; Reul/Zetsche, AG 2007, 561, 566).

14 b) Die Auslegung des Gesetzes ergibt, dass die Niederschrift im Sinne der letztgenannten Ansicht teilbar ist.

15 aa) Teilbarkeit des Hauptversammlungsprotokolls legt zunächst der Wortlaut von § 130 Abs. 1 AktG nahe. Satz 1 ist allerdings nicht eindeutig. Danach muss jeder Beschluss durch eine über die Verhandlung aufgenommene Niederschrift beurkundet werden. Wird betont, dass „jeder Beschluss“ beurkundet werden muss, spricht das für Teilbarkeit. Wird hervorgehoben, dass über die Verhandlung eine Niederschrift aufgenommen werden soll, liegen eine einheitliche Protokollierung und das Verständnis von „eine“ als Zahlwort nahe.

16 Der Wortlaut von § 130 Abs. 1 Satz 3 AktG, dass eine privatschriftliche Niederschrift ausreicht, soweit keine Beschlüsse gefasst werden, für die das Gesetz eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt, belegt aber, dass die Niederschrift durch den Aufsichtsratsvorsitzenden sich auf den einzelnen Beschluss bezieht, weil es andernfalls „sofern“ heißen müsste.

17 bb) Für Trennbarkeit der Niederschrift in notariell beurkundungsbedürftige Beschlüsse und in Beschlüsse, bei denen die Niederschrift durch den Aufsichtsratsvorsitzenden genügt, und gegen eine einheitliche Protokollierung der

gesamten Hauptversammlung spricht die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Sie bezeugt den Willen des Gesetzgebers, das Erfordernis der notariellen Beurkundung bei der nichtbörsennotierten Gesellschaft auf einzelne Beschlüsse zu beschränken. Der Entwurf eines Gesetzes für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts sah zunächst vor, dass eine privatschriftliche Niederschrift des Vorstands bei nichtbörsennotierten Gesellschaften ausreicht, „sofern“ keine Grundlagenbeschlüsse gefasst werden (BT-Drucks. 12/6721, S. 3). In der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses wurden die Wörter „sofern“ durch „soweit“ und „Grundlagenbeschlüsse“ durch „Beschlüsse, für die das Gesetz keine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt“ ersetzt (BT-Drucks. 12/7848 S. 5). Diese Änderung wurde in der Beschlussempfehlung S. 9 wie folgt begründet: „Der Rechtsausschuss hat die Befreiung von der notariellen Beurkundung jetzt ausdrücklich auf Beschlüsse beschränkt, für die das Gesetz keine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt. Die Begründung des Entwurfs führt diese Grundlagenbeschlüsse im Einzelnen auf. Im Übrigen bleibt es auch der nichtbörsennotierten Aktiengesellschaft immer unbenommen, die Hauptversammlung insgesamt von einem Notar protokollieren zu lassen. „Schon durch den Ersatz von „sofern“ durch „soweit“, aber erst recht durch den Hinweis, dass die Befreiung von der notariellen Beurkundung auf bestimmte Beschlüsse beschränkt werde, wird klargestellt, dass die Protokollierungsform auf die jeweiligen Beschlüsse, nicht auf die gesamte Hauptversammlung bezogen ist. Wenn weiter ausgeführt wird, dass auch die nichtbörsennotierte Aktiengesellschaft frei sei, die Hauptversammlung insgesamt von einem Notar protokollieren zu lassen, wird zudem vorausgesetzt, dass sie auch nur teilweise von einem Notar protokolliert werden kann.“

- 18 Dass der Gesetzgeber mit der Gesetzesänderung die kleine Aktiengesellschaft durch Erleichterungen und Deregulierung für mittelständische Unternehmen attraktiv machen, auf Formalitäten wie bei den großen Publikumsge-

sellschaften verzichten sowie Kosten senken wollte, besagt dagegen nichts dazu, ob eine gemischte Protokollierung möglich oder ausgeschlossen ist. Die Notarkosten sinken durch eine partielle Beurkundung nicht wesentlich (Hüffer/Koch, AktG, 11. Aufl., § 130 Rn. 14c). Dass der Gesetzgeber die kleine Aktiengesellschaft dem GmbH-Recht angleichen wollte (BT-Drucks. 12/6721 S. 5 f., S. 9) und bei der GmbH grundsätzlich keine notarielle Beurkundung der Gesellschafterbeschlüsse erforderlich ist, lässt keine Rückschlüsse zu. Auch bei der kleinen Aktiengesellschaft ist grundsätzlich eine notarielle Beurkundung nicht erforderlich. Allerdings spricht eine beabsichtigte Angleichung an das GmbH-Recht für eine Trennbarkeit in notariell beurkundete und nicht notariell beurkundete Beschlüsse, die bei der GmbH allgemein anerkannt ist, wenn auch wegen der weniger aufwändigen Einladung und des überschaubaren Gesellschafterkreises häufig mehrere Versammlungen abgehalten werden. Dass es bei der Aktiengesellschaft gekünstelt wäre, wenn zwei Hauptversammlungen abgehalten würden, eine mit und eine ohne notarielle Beurkundung, und dies zudem wegen der doppelten Einladung kostenintensiver als eine Hauptversammlung insgesamt mit notariellem Protokoll wäre, ist kein Argument gegen eine einheitliche Protokollierung.

- 19 cc) Systematisch kann für eine Beschränkung der Pflicht zur notariellen Beurkundung auf die einzelnen Beschlüsse, für die das Gesetz eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt, angeführt werden, dass Satz 3 zunächst generell die privatschriftliche Niederschrift erlaubt und es sich bei der notariellen Protokollierung von Beschlüssen mit qualifizierter Mehrheit daher innerhalb der Regelung des Satzes 3 zur nichtbörsennotierten Aktiengesellschaft um eine Ausnahme handelt. § 130 Abs. 5 AktG spricht nicht eindeutig dafür, dass die gesamte Hauptversammlung einheitlich beurkundet werden muss. Zwar sieht Absatz 5 als Regelfall die Einreichung einer öffentlich beglaubigten Abschrift der Niederschrift vor, während nur im Fall des Absatzes 1 Satz 3 eine vom Vor-

sitzenden des Aufsichtsrats unterzeichnete Abschrift genügt. Wenn eine gemischte Protokollierung durch Notar und Aufsichtsratsvorsitzenden möglich ist, lässt sich das aber auch dahin verstehen, dass eine öffentlich beglaubigte Abschrift einzureichen ist, soweit notariell beurkundet ist, und im Übrigen, nämlich für alle Beschlüsse, die von Absatz 1 Satz 3 erfasst werden, eine vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats unterzeichnete Abschrift. Dass insgesamt nur eine Abschrift der Niederschrift einzureichen ist, „eine“ also als Zahlwort und nicht als unbestimmter Artikel zu verstehen ist, lässt sich § 130 Abs. 5 AktG nicht entnehmen.

20 dd) Der Zweck der notariellen Niederschrift, bei Beschlüssen mit qualifizierter Mehrheit für eine erhöhte Rechtssicherheit zu sorgen, sagt ebenfalls wenig darüber aus, ob eine einheitliche Beurkundung erforderlich ist oder nicht. Es gibt keinen Grund, auch die „einfachen“ Beschlüsse von der erhöhten Rechtssicherheit der notariellen Niederschrift profitieren zu lassen, nur weil sie in derselben Hauptversammlung gefasst werden.

21 ee) Die durch eine doppelte Protokollierung möglicherweise auftretenden Schwierigkeiten sind in der Regel überwindbar und können genauso bei der Beurkundung durch einen oder mehrere Notare auftreten. Es gibt kein Verbot, eine Hauptversammlung mehrfach zu beurkunden (BGH, Urteil vom 16. Februar 2009 - II ZR 185/07, BGHZ 180, 9 Rn. 8 - Kirch/Deutsche Bank).

22 (1) Wenn erst nach der Beschlussfeststellung Widersprüche „gesammelt“ werden, ist zwar grundsätzlich eine Zuordnung von Erklärungen bzw. Widersprüchen zum Beschlussgegenstand erforderlich. Das führt aber nicht dazu, dass Erklärungen und Widersprüche auch in derselben Form wie der dazugehörige Beschluss protokolliert sein müssen. Die Protokollierung eines - grundsätzlich an keine Form gebundenen (vgl. Noack/Zetsche in KK-AktG,

3. Aufl., § 130 Rn. 247 mwN) - Widerspruchs kann ebenso wie die von Fragen bzw. Auskunftsverweigerungsgründen auch der privatschriftlichen Niederschrift des Aufsichtsratsvorsitzenden überlassen bleiben, weil es sich nicht um die Beschlussfassung im engeren Sinn handelt. Auch eine nur vom Aufsichtsratsvorsitzenden unterzeichnete Niederschrift muss Fragen, Auskunftsverweigerungsgründe und Widersprüche dokumentieren; es ist kein Grund ersichtlich, warum er sie nicht auch dann protokollieren kann, wenn der Beschluss, auf den sich die Frage oder der Widerspruch bezieht, notariell beurkundet werden muss.

23 Wenn aus der Niederschrift selbst der Tagesordnungspunkt nicht erkennbar ist, zu dem eine Frage oder ein Widerspruch aufgenommen ist, kann eine Zuordnung erschwert oder verhindert werden. Solche Zuordnungsprobleme können sich aber auch in ausschließlich vom Notar gefertigten Protokollen stellen. Sie sind keine Folge der getrennten Protokollierung, sondern einer unzureichenden Protokollierung. Die möglicherweise höhere Gefahr einer mangelhaften Protokollführung bei Niederschriften, die nur vom Aufsichtsratsvorsitzenden unterzeichnet werden, hat der Gesetzgeber mit der Öffnung der Beurkundung für die nicht speziell dafür ausgebildeten Aufsichtsratsvorsitzenden in Kauf genommen.

24 (2) Auch bei der Protokollierung von Verfahrensbeschlüssen wie der Absetzung oder Vertagung von Tagesordnungspunkten oder über einen Debatenschluss entstehen keine besonderen Schwierigkeiten durch eine gemischte Niederschrift. Verfahrensbeschlüsse bedürfen grundsätzlich nicht derselben (qualifizierten) Mehrheit wie Sachbeschlüsse, auf die sie sich beziehen, sondern können mit einfacher Mehrheit gefasst werden (Rieckers in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 133 Rn. 32; MünchKommAktG/Schröer, 3. Aufl., § 133 Rn. 31). Sie sind daher nicht schon deshalb notariell zu protokollieren, weil sie einem Beschluss zuzuordnen sind, für den eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit

vorgeschrieben ist. Wenn wegen der verschiedenen Urkunden eine eindeutige Zuordnung der Verfahrensbeschlüsse nicht mehr sinnvoll möglich ist, liegt dies nicht an der Beurkundung durch verschiedene Personen, sondern an einer unklaren Beschlussfeststellung durch den Versammlungsleiter oder einer unklaren Protokollierung.

25 (3) Etwaige durch eine einander widersprechende Protokollierung von Fragen bzw. Antwortverweigerungsgründen oder eines Widerspruchs im Falle verschiedener Niederschriften des Notars und des Aufsichtsratsvorsitzenden entstehende Beweisprobleme sind lösbar. Sie können auch bei der vollständigen Protokollierung in notarieller Form auftreten, ohne dass dabei die Wirksamkeit der Protokollierung in Frage gestellt ist. Die Protokollierung der Fragen und Antwortverweigerung bei § 131 Abs. 5 AktG und des Widerspruchs bei § 245 Nr. 1 AktG dient Beweis Zwecken und ist nicht Voraussetzung für die Rechtsfolgen, die sich aus der Nichtbeantwortung einer vom Aktionär gestellten Frage ergeben (Hüffer/Koch, AktG, 11. Aufl., § 131 Rn. 43), oder für die Wirksamkeit eines Widerspruchs (MünchKommAktG/Hüffer, 3. Aufl., § 245 Rn. 39 mwN; vgl. RGZ 53, 291, 293). Zwar ist die Beweiswirkung der eingereichten Niederschriften eingeschränkt, wenn zwei Protokolle gefertigt werden und in einem Protokoll eine Frage oder ein Widerspruch enthalten sind, im anderen aber nicht. Aber auch bei einem ausschließlich von einem Notar gefertigten Protokoll kann der Aktionär beweisen, dass entgegen dem Schweigen der Niederschrift eine Frage gestellt oder ein Widerspruch zur Niederschrift erklärt, aber nicht aufgenommen worden ist (vgl. MünchKommAktG/Hüffer, 3. Aufl., § 245 Rn. 39 mwN; Dörr in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 245 Rn. 29). Insoweit erleichtert es dem Aktionär sogar den Beweis des zu Protokoll erklärten Widerspruchs oder der gestellten und nicht beantworteten Frage, wenn sie in einer Niederschrift bei Schweigen des anderen Protokolls enthalten sind.

- 26 (4) Unterschiedliche Feststellungen zu den gefassten Beschlüssen und eine unterschiedliche Wiedergabe des Inhalts der Belege über die Einberufung nach § 130 Abs. 3 AktG führen ebenfalls nicht zu unüberwindbaren Schwierigkeiten bei der Beweisführung. Dem notariellen Protokoll kommt nach § 415 Abs. 1 ZPO besondere Beweiskraft zu (BGH, Urteil vom 16. Februar 2009 - II ZR 185/07, BGHZ 180, 9 Rn. 12 - Kirch/Deutsche Bank), während das privatschriftliche Protokoll durch den Aufsichtsratsvorsitzenden grundsätzlich der freien Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO unterliegt (Wicke in Spindler/ Stilz, AktG, 2. Aufl., § 130 Rn. 1), so dass mit einem anderen Inhalt der privatschriftlichen Niederschrift allein kein Gegenbeweis gegen den Inhalt der vom Notar gefertigten Niederschrift geführt ist (§ 415 Abs. 2 ZPO). Eine Beweiswürdigung zum Beschlussinhalt kann auch bei einem ausschließlich notariell geführten Protokoll einer Hauptversammlung erforderlich werden, wenn - wie nicht selten - neben dem notariellen Protokoll eine privatschriftliche Aufzeichnung gefertigt wird.
- 27 2. Erfolg hat die Revision ferner mit den Angriffen gegen die Feststellung der Nichtigkeit der Satzungsänderungen in Tagesordnungspunkt 4, soweit sie über die nicht angegriffene Feststellung der Nichtigkeit der Änderung des genehmigten Kapitals (§ 7 der Satzung) hinausgeht.
- 28 a) Die Revision ist insoweit zulässig. Das Berufungsgericht hat die Zulassung nicht auf die Tagesordnungspunkte 3, 5 bis 8 beschränkt, sondern die Revision unbeschränkt zugelassen. Die Entscheidungsformel des Berufungsurteils enthält keinen Zusatz, der die dort ausgesprochene Zulassung der Revision einschränkt, und aus den Entscheidungsgründen ergibt sich keine eindeutige Beschränkung. Mit der Begründung der Revisionszulassung, dass es sich um eine klärungsbedürftige Frage handle, deren Auftreten in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen zu erwarten und die für die Organisation der Hauptver-

sammlungen von nicht börsennotierten Aktiengesellschaften von Bedeutung sei, ist nicht hinreichend deutlich ausgesprochen, dass die Möglichkeit einer gemischten Protokollierung die vom Berufungsgericht als allein zulassungsrelevant angesehene Frage ist.

29 b) Die Nichtigkeit der Satzungsänderung zur Ermächtigung des Vorstands zur Kapitalerhöhung in § 7 der Satzung, deren Feststellung die Revision nicht angreift, führt nicht zur Nichtigkeit der weiteren Satzungsänderungen.

30 aa) Werden in einem Beschluss mehrere Satzungsänderungen zusammengefasst und ist eine der Satzungsänderungen nichtig, sind die weiteren Satzungsänderungen ebenfalls nichtig, wenn ein innerer Zusammenhang zwischen den Änderungen gegeben ist. Wenn in einem Antrag zu einem Tagesordnungspunkt wie bei verschiedenen Änderungen der Satzung mehrere Beschlussgegenstände zusammengefasst werden, beurteilt sich die Gesamtnichtigkeit des Beschlusses bei der Nichtigkeit eines Teils entsprechend § 139 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 25. Januar 1988 - II ZR 148/87, ZIP 1988, 432; Urteil vom 15. November 1993 - II ZR 235/92, BGHZ 124, 111, 122). Danach ist der ganze Beschluss nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne den nichtigen Teil gefasst worden wäre. Insoweit kommt es auf den mutmaßlichen Willen der Hauptversammlung an, der grundsätzlich durch Auslegung des Beschlusses zu ermitteln ist (K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 241 Rn. 27; Münch KommAktG/Hüffer, 3. Aufl., § 241 Rn. 91).

31 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt es nicht entscheidend darauf an, ob in der Tagesordnung eine einheitliche Beschlussvorlage angekündigt ist und einheitlich abgestimmt wird. Allein aus dem Umstand, dass mehrere Beschlussgegenstände in einem Beschluss gemeinsam zur Abstimmung gestellt werden, lässt sich nicht schließen, dass im Fall der Nichtig-

keit eines Gegenstandes auch der andere Gegenstand nach dem Willen der Aktionäre nichtig sein soll. Wenn die einheitliche Abstimmung maßgeblich sein soll, wird nicht der Inhalt des Beschlusses der Auslegung zugrunde gelegt, sondern ein äußerer Umstand als Abgrenzungsmerkmal genommen. Dieser äußere Umstand ist als Abgrenzungsmerkmal untauglich. Die Fassung eines einheitlichen Beschlusses ist gerade Voraussetzung dafür, dass die Gesamtnichtigkeit des Beschlusses nach § 139 BGB in Frage steht. Für den Fall mehrerer, rechtlich oder sachlich zusammenhängender Beschlüsse gilt § 139 BGB nicht (Hüffer/Koch, AktG, 11. Aufl., § 241 Rn. 33).

32 Da es nicht auf die subjektiven Vorstellungen des einzelnen Aktionärs, sondern auf die Auslegung des Beschlusses ankommt, ist nicht deshalb grundsätzlich von Gesamtnichtigkeit auszugehen, weil bei Satzungsänderungen ein Aktionär möglicherweise gerade wegen der nichtigen, geänderten, aber gewünschten Bestimmung trotz Bedenken gegen einen anderen Teil der Änderungen für den Beschlussantrag gestimmt hat (so jedoch Würthwein in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 241 Rn. 77). In solchen Fällen bestünde das hypothetisch folgerichtige Verhalten außerdem eher darin, ähnlich wie bei Blockabstimmungen (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juli 2003 - II ZR 109/02, BGHZ 156, 38, 41) gegen den einheitlichen Beschlussantrag zu stimmen.

33 Maßgebliches Auslegungskriterium für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens ist vielmehr, ob nach dem Beschlussinhalt ein innerer Zusammenhang zwischen den Beschlussgegenständen besteht oder hergestellt ist (vgl. OLG München, AG 2008, 864, 869; MünchKommAktG/Hüffer, 3. Aufl., § 241 Rn. 92). In der Rechtsprechung ist deshalb beispielsweise bei der Kapitalerhöhung der nichtige Bezugsrechtsausschluss nicht auf die Billigung des genehmigten Kapitals erstreckt worden (BGH, Urteil vom 19. April 1982 - II ZR 55/81, ZIP 1982, 689, 692) oder im Schrifttum die Umstellung von Nennbetrags- auf Stückaktien

nicht auf die Änderung des Unternehmensgegenstands (MünchKommAktG/Hüffer, 3. Aufl., § 241 Rn. 92).

34 bb) Danach sind die Satzungsänderungen, die nicht aus in ihrer Beschlussfassung selbst liegenden Gründen nichtig sind, von der Nichtigkeit der Satzungsänderung bezüglich der Ermächtigung des Vorstands zur Kapitalerhöhung nicht berührt. Die Änderung des Unternehmensgegenstands, die Umstellung von DM-Beträgen auf Euro-Beträge, die Änderung der Bestimmungen zur Vinkulierung und die Aufhebung der Vorschrift zu den Gründungskosten haben mit der Ermächtigung zur Kapitalerhöhung nichts zu tun.

35 c) Der Beschluss zur Satzungsänderung ist auch nicht aus anderen Gründen nichtig. Die Bestimmungen in § 10 Abs. 2 (Bevollmächtigung), § 16 Abs. 1 Satz 3 (stellvertretende Aufsichtsratsmitglieder) und 21 Abs. 3 der Satzung (Einberufungsbefugnis), deren Nichtigkeit die Klägerin geltend macht, waren wortgleich bereits in der ersten Satzung der Beklagten vom 19. Juni 1995 enthalten und sind nicht Gegenstand des Beschlusses zu Tagesordnungspunkt 4, dessen Nichtigkeit die Klägerin festgestellt haben will. In der notariellen Niederschrift ist übereinstimmend mit der Niederschrift des Aufsichtsratsvorsitzenden als Beschlussinhalt die Änderung von einzelnen Satzungsbestimmungen und die Neufassung der Satzung unter Berücksichtigung dieser Änderungen festgehalten; es ist danach kein Neubeschluss der gesamten Satzung gefasst worden, die in den Niederschriften über die Versammlung auch nicht im Wortlaut enthalten ist. Die nach § 181 Abs. 1 Satz 2 AktG erforderliche Herstellung eines vollständigen Satzungstextes zur Anmeldung zur Eintragung im Handelsregister ist redaktioneller Natur und nicht Sache der Hauptversammlung (MünchKommAktG/Stein, 3. Aufl., § 181 Rn. 24; Wiedemann in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 181 Rn. 16). Sie führt jedenfalls dann, wenn wie hier die Änderungen im Beschluss im Einzelnen bezeichnet werden, nicht dazu, dass sämtli-

che bisherigen Satzungs Vorschriften Gegenstand des Änderungsbeschlusses werden, selbst wenn der Niederschrift über die Hauptversammlung - wie hier - ein neuer Wortlaut der gesamten Satzung als Anlage beigefügt wird und eine „Neufassung“ beschlossen wird. Der Wille der Versammlung geht in einem solchen Fall schon nach dem Wortlaut des Beschlusses dahin, die Satzung nur in den im einzelnen bestimmten Punkten zu ändern und den Text unter Berücksichtigung der Änderungen neu zu fassen, sie aber nicht insgesamt inhaltlich neu zu beschließen. Das gilt auch, wenn - wie hier - der Notar in den vollständigen Satzungstext unter „Inkrafttreten“ aufnimmt, dass die Satzung neu beschlossen worden sei, obwohl ein solcher Beschluss nicht gefasst wurde.

36 3. Der Beschluss zu Tagesordnungspunkt 8 (Ermächtigung des Vorstands zum Erwerb eigener Aktien) ist dagegen aus anderen Gründen, nämlich nach § 241 Nr. 3 AktG nichtig. Ein Ermächtigungsbeschluss der Hauptversammlung nach § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG muss eine Frist zur Geltungsdauer der Ermächtigung festlegen. Ein Ermächtigungsbeschluss, der keine konkrete Frist enthält, ist nach § 241 Nr. 3 AktG nichtig, weil die Vorschrift des § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG dem Gläubigerschutz dient (Hüffer/Koch, AktG, 11. Aufl., § 71 Rn. 19e; Grigoleit/Rachlitz, AktG, § 71 Rn. 61; Cahn in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 71 Rn. 107; MünchKommAktG/Oechsler, 3. Aufl., § 71 Rn. 197; Drygala in KK-AktG, 3. Aufl., § 71 Rn. 137).

37 Im Beschluss zu Tagesordnungspunkt 8, mit dem der Vorstand zum Erwerb eigener Aktien der Beklagten nach § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG ermächtigt wurde, ist keine Frist bestimmt. Der Beschluss zu Tagesordnungspunkt 8 nennt zwar nach der Niederschrift als Bezugsvorschrift § 71 Abs. 2 und 8 AktG. Darin liegt aber ersichtlich, da § 71 AktG keinen Absatz 8 enthält, ein Schreibversehen. Eine Frist über die Geltungsdauer lässt sich dem Beschluss auch nicht durch Auslegung entnehmen. Zwar können Vorstandsberichte, die den Aktionä-

ren bei Einberufung der Hauptversammlung ihrem wesentlichen Inhalt nach bekanntgemacht wurden, bei der Auslegung von Hauptversammlungsbeschlüssen herangezogen werden, wenn sie gemäß § 130 Abs. 3 AktG der Niederschrift als Anlage beigefügt oder inhaltlich in die Niederschrift aufgenommen worden sind (BGH, Beschluss vom 30. Januar 1995 - II ZR 132/93, ZIP 1995, 372, 373; Urteil vom 16. Dezember 1991 - II ZR 58/91, BGHZ 116, 359, 366). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben. Aus dem in der Niederschrift festgehaltenen Vortrag des Vorstandsvorsitzenden in der Hauptversammlung zur Ermächtigung ergibt sich nichts zu einer Frist. In dem von der Beklagten während des Rechtsstreits vorgelegten Beschlussvorschlag des Vorstands zu Tagesordnungspunkt 8 ist zwar eine Frist genannt. Dass der Wortlaut dieses Beschlussvorschlages der Hauptversammlung bei der Einberufung bekanntgegeben und der Vorschlag als Anlage zur Niederschrift genommen wurde, ist aber nicht ersichtlich. Beschlussvorschläge, die in einer Anlage zur Einladung zur Hauptversammlung bekanntgemacht worden sind, betreffen ausschließlich andere Tagesordnungspunkte. Zu Tagesordnungspunkt 8 enthält die Anlage zur Einladung keinen Beschlussvorschlag, sondern nur einen Bericht über den seitherigen Erwerb eigener Aktien, und somit auch keinen Hinweis auf eine Befristung der Geltungsdauer der Ermächtigung zum Erwerb eigener Aktien.

38 Die Klägerin hat ihr Recht, die Nichtigkeit dieses Beschlusses geltend zu machen, auch nicht verwirkt. Die Verwirkung setzt voraus, dass ein Recht über eine längere Zeitspanne nicht geltend gemacht wird und Umstände vorliegen, die es aufgrund einer Gesamtbetrachtung der Interessenlage als geboten erscheinen lassen, dem Anspruchsinhaber die Inanspruchnahme seines Rechts zu verwehren (BGH, Urteil vom 7. Juni 1999 - II ZR 278/98, ZIP 1999, 1391,

1392). Solche Umstände über den Zeitablauf hinaus sind nicht ersichtlich.

Bergmann

Caliebe

Reichart

Drescher

Born

Vorinstanzen:

LG Mühlhausen, Entscheidung vom 20.06.2013 - 1 HKO 67/12 -

OLG Jena, Entscheidung vom 16.04.2014 - 2 U 608/13 -