



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 181/14

Verkündet am:

19. Mai 2015

Stoll

Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

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 Rechtsmittel der Beklagten wird unter Zurückweisung ihrer weitergehenden Rechtsmittel das Urteil des 2. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 16. April 2014 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Nichtigkeit der Beschlüsse der Hauptversammlung der Beklagten vom 28. August 2009 mit Ausnahme der Beschlüsse zu den Tagesordnungspunkten 6 und 7 festgestellt ist, und das Urteil des Landgerichts Mühlhausen vom 20. Juni 2013 wie folgt abgeändert:

Es wird festgestellt, dass die Beschlüsse der Hauptversammlung der Beklagten vom 28. August 2009 über die Ermächtigung des Vorstands zum Erwerb eigener Aktien (Punkt 6 der Tagesordnung) und über die Zustimmung zum Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags (Punkt 7 der Tagesordnung) nichtig sind.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 45% und die Beklagte 55%.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ist Aktionärin der nicht börsennotierten beklagten Aktiengesellschaft und wendet sich mit der Nichtigkeitsfeststellungsklage gegen die Beschlüsse der Hauptversammlung der Beklagten vom 28. August 2009 über die Gewinnverwendung (Tagesordnungspunkt 3), die Entlastung des Vorstands (Tagesordnungspunkt 4), die Wahl des Abschlussprüfers (Tagesordnungspunkt 5), die Ermächtigung zum Erwerb eigener Aktien (Tagesordnungspunkt 6), den Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags mit der Landschafts- und Grünanlagenbau M. GmbH als beherrschter Gesellschaft (Tagesordnungspunkt 7), die Entlastung des Aufsichtsrats (Tagesordnungspunkt 8) und die Neuwahl des Aufsichtsrats (Tagesordnungspunkt 9). Die Niederschrift über die Versammlung wurde vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats unterzeichnet.
- 2 Das Landgericht hat der Nichtigkeitsfeststellungsklage stattgegeben. Gegen die Zurückweisung ihrer Berufung richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

- 3 Die Revision hat teilweise Erfolg und führt mit Ausnahme der Beschlüsse zu Tagesordnungspunkt 6 (Ermächtigung des Vorstands zum Erwerb eigener Aktien) und zu Tagesordnungspunkt 7 (Zustimmung zum Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags) zur Abweisung der Nichtigkeitsfeststellungsklage.
- 4 I. Das Berufungsgericht (OLG Jena, Urteil vom 16. April 2014 - 2 U 609/13, juris) hat ausgeführt, die Beschlüsse der Hauptversammlung sei-

en nach § 241 Nr. 2 AktG nichtig, weil sie entgegen § 130 Abs. 1 Satz 1 AktG nicht ordnungsgemäß notariell beurkundet worden seien. Die Beschlussfassung zu Tagesordnungspunkt 7, mit dem die Hauptversammlung dem Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages zwischen der Beklagten als dem herrschenden Unternehmen und ihrer hundertprozentigen Tochtergesellschaft als dem abhängigen Unternehmen zugestimmt habe, habe nach § 293 Abs. 2, Abs. 1 Satz 2 AktG einer Mehrheit bedurft, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals umfasse. Dass auf der Hauptversammlung somit ein Beschluss gefasst worden sei, der nicht § 130 Absatz 1 Satz 3 AktG unterfalle, führe dazu, dass die gesamte Niederschrift über die Hauptversammlung zur Beurkundung der Beschlussfassung notariell aufzunehmen gewesen sei.

5 II. Das Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung mit Ausnahme der Feststellung der Nichtigkeit des Zustimmungsbeschlusses zum Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages (Tagesordnungspunkt 7) nicht stand.

6 1. Die Beschlüsse zu den Tagesordnungspunkten 3 bis 6, 8 und 9 sind, anders als der Beschluss zu Tagesordnungspunkt 7, 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 wie der Beklagten 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). Zur Protokollierung der Beschlüsse zu den Tagesordnungspunkten 3 bis 6, 8

und 9 genügte die durch den Aufsichtsratsvorsitzenden unterzeichnete Niederschrift, weil nur für den Beschluss zu Tagesordnungspunkt 7 eine Dreiviertelmehrheit erforderlich war. 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.

- 7 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 MünchKomm AktG/Kubis, 3. Aufl., § 130 Rn. 30; Hüffer/Koch, AktG, 11. Aufl., § 130 Rn. 14c; Hölter/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).

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

9 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.

10 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.

11 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 „Be-

schlüsse, 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.

12

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

- 13 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 Vorsitzenden 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.

- 14 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.
- 15 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).
- 16 (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/Zetzsche 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.

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.

18 (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/Schröder, 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.

19 (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.

20 (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 privatschriftli-

chen 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.

21 2. Der Beschluss zu Tagesordnungspunkt 7 (Zustimmung zum Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags mit der Landschafts- und Grünanlagenbau M. GmbH als beherrschter Gesellschaft) ist dagegen nach § 241 Nr. 2 AktG nichtig. Nach § 130 Abs. 1 Satz 3 AktG war er notariell zu beurkunden, weil das Gesetz für den Zustimmungsbeschluss der Aktiengesellschaft zu einem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag eine Dreiviertelmehrheit bestimmt. Nach § 293 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 AktG wird ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, wenn die herrschende Gesellschaft eine Aktiengesellschaft ist, nur wirksam, wenn die Hauptversammlung mit einer Mehrheit von mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals zustimmt.

22 3. Der Beschluss zu Tagesordnungspunkt 6 (Ermächtigung des Vorstands zum Erwerb eigener Aktien) ist nach § 241 Nr. 3 AktG und damit aus anderen Gründen 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).

23 Der Beschluss zu Tagesordnungspunkt 6, mit dem der Vorstand zum Erwerb eigener Aktien der Beklagten nach § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG ermächtigt wurde, enthält keine Frist. Eine Frist über die Geltungsdauer lässt sich dem Beschluss auch nicht durch Auslegung entnehmen. Zwar können Vorstandsberichte, die den Aktionären 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 zu Tagesordnungspunkt 6 ist zwar eine Frist enthalten. Dass der Wortlaut dieses Beschlussvorschlags der Hauptversammlung bei der Einberufung bekanntgegeben wurde und als Anlage zur Niederschrift genommen wurde, ist aber nicht ersichtlich.

24 4. Der Beschluss zu Tagesordnungspunkt 3 über die Gewinnverwendung ist entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht nach §§ 253, 241 Nr. 3 AktG wegen eines Verstoßes gegen die Bindung an den festgestellten Jahresabschluss nichtig. Allerdings ist die Hauptversammlung beim Beschluss über die Verwendung des Bilanzgewinns an den festgestellten Jahresabschluss gebunden (§ 174 Abs. 1 Satz 2 AktG). Wenn der Gewinnverwendungsbeschluss die Bindung an den Jahresabschluss nicht beherzigt, führt dies nach allgemeiner Auffassung zur Nichtigkeit nach § 241 Nr. 3 AktG (MünchKomm AktG/Hüffer, 3. Aufl., § 253 Rn. 7; K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 253 Rn. 2; Stilz in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 253 Rn. 8; Hüffer/Koch,

AktG, 11. Aufl., § 253 Rn. 3), insbesondere wenn ein anderer Betrag als der im Jahresabschluss ausgewiesene Bilanzgewinn verteilt wird (Stilz in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 253 Rn. 4 f.).

25 Aus dem Vortrag der Klägerin, nach dem Gewinnverwendungsbeschluss sei eine Einstellung in die Gewinnrücklagen in Höhe von insgesamt 2.744.201,61 € erfolgt, davon für eigene Anteile 17.128,48 € und für andere Gewinnrücklagen 2.727.073,12 €, somit liege eine Abweichung von einem Cent vor, ergibt sich eine Abweichung des Beschlusses über die Verwendung des Bilanzgewinns vom festgestellten Jahresabschluss, den die Klägerin nicht mitgeteilt hat, aber nicht. Soweit mit dem Gewinnverwendungsbeschluss gegen § 174 Abs. 2 AktG verstoßen worden sein sollte, wäre der Gewinnverwendungsbeschluss nur anfechtbar, aber nicht nichtig. Verstöße gegen § 174 Abs. 2 AktG bilden keinen Nichtigkeitsgrund, sondern können nur zur Anfechtbarkeit führen (MünchKommAktG/Hüffer, 3. Aufl., § 253 Rn. 7; K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 253 Rn. 6; Stilz in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 253 Rn. 7; Schwab in K. Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., § 253 Rn. 5; Hüffer/

Koch, AktG, 11. Aufl., § 253 Rn. 3). Die Klägerin hat ihre Beschlussmängelklage aber erst nach Ablauf der Anfechtungsfrist erhoben (§ 254 Abs. 2, § 246 Abs. 1 AktG).

Bergmann

Caliebe

Reichart

Drescher

Born

Vorinstanzen:

LG Mühlhausen, Entscheidung vom 20.06.2013 - 1 HKO 66/12 -

OLG Jena, Entscheidung vom 16.04.2014 - 2 U 609/13 -