

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG § 53 – GmbH: Beurkundungsbedürftigkeit des Zustimmungsbeschlusses zu Gesamtvermögensgeschäften

BGB § 164; BNotO § 9; GBO § 29 – Nachweis der Verbindung zur gemeinsamen Berufsausübung

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

HGB § 18 Abs. 1 u. 2; GmbHG §§ 9c, 3 Abs. 1 Nr. 1 u. 2, 4, 11 – Ersteintragung der GmbH: Firmenbestandteil „Holding“ erfordert keine Holdingstruktur im Stadium der Vorgesellschaft

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### GmbHG § 53

#### GmbH: Beurkundungsbedürftigkeit des Zustimmungsbeschlusses zu Gesamtvermögensgeschäften

##### I. Sachverhalt

Die Geschäftsführer einer GmbH wollen ein Grundstück verkaufen, das den einzigen wertvollen Gegenstand im Vermögen der Gesellschaft darstellt. Die Gesellschafter sind mit dem Verkauf einverstanden und wollen einen entsprechenden Zustimmungsbeschluss fassen.

##### II. Fragen

Muss der Zustimmungsbeschluss trotz der Entscheidung des BGH vom 8.1.2019 (NJW 2019, 1512) analog § 53 Abs. 2 GmbHG beurkundet werden, weil ein Holzmüller/Gelatine-Fall vorliegt?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Rechtlicher Ausgangspunkt

Mit Urteil vom 8.1.2019 hat der BGH (NJW 2019, 1512) entschieden, dass § 179a AktG auf Gesamtvermögensgeschäfte einer GmbH nicht anzuwenden ist. Nach dieser Norm bedarf das Gesamtvermögensgeschäft einer Aktiengesellschaft der Zustimmung der Hauptversammlung, wobei der Zustimmungsbeschluss Wirksamkeitserfordernis des schuldrechtlichen Veräußerungsvertrags ist (Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 179a Rn. 13). Gilt dies auch für die GmbH nicht, so bleibt hier dennoch ein **Beschluss im Innenverhältnis erforderlich** (vgl. 2. Ls.), dessen Fehlen nach den Grundsätzen zum Missbrauch der Vertretungsmacht ins Außenverhältnis durchschlagen kann (vgl. 3. Ls.).

Vom Gesamtvermögensgeschäft i. S. d. § 179a AktG zu unterscheiden sind Geschäfte i. S. d. sog. **Holzmüller/Gelatine-Rechtsprechung** (vgl. BGH NJW 1982, 1703; DNotZ 2004, 872). Die Holzmüller-Rechtsprechung macht deutlich, dass auch gewichtige Rechtsgeschäfte unterhalb der Schwelle des Gesamtvermögensgeschäfts eine ungeschriebene Zuständigkeit der Hauptversammlung auslösen können (vgl. dazu

Heckschen, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 8 Rn. 234 ff.). Allerdings ist noch nicht abschließend geklärt, inwieweit „einfache“ Übertragungsgeschäfte ohne Mediatisierungseffekt darunterfallen (vgl. BGH NZG 2007, 234). Die Holzmüller-Grundsätze sollen auf die GmbH anzuwenden sein (Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 46 Rn. 90; Decker, NZG 2018, 447, 449) und sichern damit unabhängig von § 179a AktG die Mitwirkungsbezugnis der Gesellschafterversammlung durch einen **Zustimmungsbeschluss**.

## 2. Beurkundungsbedürftigkeit des Zustimmungsbeschlusses

Mit der Entscheidung des BGH gegen § 179a AktG ist daher der Zustimmungsbeschluss in der GmbH bei gewichtigen Geschäften nicht obsolet geworden. Damit stellt sich zugleich weiterhin die Frage nach der notwendigen Form. Diese Frage ist wiederum zu unterscheiden von derjenigen nach den Konsequenzen einer fehlenden (unterstellt: erforderlichen) Beurkundung im Außenverhältnis.

### a) Aussagen der BGH-Entscheidung vom 8.1.2019

Den bisherigen literarischen Reaktionen auf die Grundsatzentscheidung des BGH v. 8.1.2019 ist eine wohl allgemein geteilte Prämisse zu entnehmen, nämlich: Der BGH hat zwar wegen des Grundlagencharakters des Gesamtvermögensgeschäfts einen internen Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung für nötig gehalten (richtig: Scholz/Priester/Tebben, GmbHG, 12. Aufl. 2020, § 53 Rn. 176; Zustimmungsnötigkeit ergibt sich für das Innenverhältnis schon daraus, dass es sich um eine ungewöhnliche Maßnahme handelt – dies ist durch die Diskussion um § 179a AktG ein wenig in den Hintergrund gerückt), er hat indes **keinerlei Aussage zu den formalen Beschlussanforderungen** getroffen. Insbesondere hat er sich nicht zur Qualität des Zustimmungsbeschlusses geäußert, etwa dazu, ob er womöglich einen zustandsbegründenden satzungsdurchbrechenden Charakter hat und bereits deshalb nur unter Wahrung der §§ 53 f. GmbHG wirksam werden kann. Weitgehend geklärt dürfte sein, dass je nach Zerschneidung des Unternehmensgegenstands (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG) eine Gesamtvermögensveräußerung zumindest im Nachgang Satzungsanpassungen erforderlich machen kann.

### b) Denkbare Lösungsansätze

Unseres Erachtens dürfte im Rahmen einer ersten **Differenzierung** danach zu unterscheiden sein, ob (1) eine Holding- oder Zweckgesellschaft das von ihr gehaltene Vermögen (etwa eine Immobilie) veräußert und diese Gesellschaft sodann liquidiert werden soll (dann:

keine Beurkundungsbedürftigkeit, vgl. § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG zum Auflösungsbeschluss: nur Dreiviertelmehrheit erforderlich, aber keine notarielle Beurkundung), ob (2) die Gesellschaft mit dem erzielten Erlös künftig einen anderen Unternehmensgegenstand verfolgen soll (dann: **Änderung des Unternehmensgegenstands** erforderlich, schon um eine Unter- oder Überschreitung des Unternehmensgegenstands zu vermeiden und dem „Wahrheitsgebot“ bei der Festsetzung des Unternehmensgegenstands zu entsprechen) oder aber, ob (3) eine vermögensverwaltende Gesellschaft in Rede steht, bei der der „Austausch“ des Vermögens (also die Des- und Reinvestition) von vornherein vom Unternehmensgegenstand gedeckt ist (dann: keine Satzungsänderung).

Es ließe sich erwägen, dieser Differenzierung **keine unmittelbare Außenwirkung** beizumessen: So könnte man argumentieren, dass die Satzung zwar evtl. im Nachgang zur Gesamtvermögensveräußerung oder vorweg (bedingt auf das Wirksamwerden der Gesamtvermögensveräußerung oder auf den Zeitpunkt, zu dem „Transaktionssicherheit“ besteht) zu ändern ist (technisch umzusetzen durch eine Anweisung an den Geschäftsführer zur Einreichung der Handelsregisteranmeldung der bereits beschlossenen Satzungsänderung zum „richtigen“ Zeitpunkt). Nicht aber müsste daraus zwingend herzuleiten sein, dass der Zustimmungsbeschluss zum Gesamtvermögensgeschäft zu beurkunden sei (wohl in diesem Sinne K. J. Müller, NZG 2019, 807, 812; diese Differenzierung nicht hinreichend beachtend Pfeiffer, BB 2019, 1107, der bei engem Unternehmensgegenstand daher den Zustimmungsbeschluss wegen Satzungsdurchbrechung für beurkundungsbedürftig hält).

Unseres Erachtens spricht viel dafür, zwischen dem internen Zustimmungsbeschluss betreffend die Geschäftsführungsmaßnahme und der Satzungsänderung zu unterscheiden. Es ließe sich anführen, dass **nicht eigentlich der interne Zustimmungsakts** der Gesellschafterversammlung **den satzungswidrigen Zustand herbeiführt** (und zwar selbst dann nicht, wenn er als Weisungsbeschluss gefasst wird), sondern (bei mangelnder vorheriger Änderung des Unternehmensgegenstands) erst der außenwirksame Geschäftsführungsakt (insoweit ist zuweilen auch von einem sog. „faktischen Verstoß“ die Rede, vgl. etwa Marquardt, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 5. Aufl. 2018, § 22 Rn. 84). Allerdings soll nach h. L. bereits der faktische Verstoß bei entsprechendem Weisungsbeschluss der Gesellschafterversammlung zu einer Satzungsdurchbrechung führen (so etwa Lawall, DStR 1996, 1169, 1170 m. w. N.). Dies ist u. E. zwar im Grundsatz richtig, im konkreten Fall aber nicht zwingend.

Denn im Zeitpunkt des Zustimmungsbeschlusses wird häufig noch gar nicht gesichert sein, ob die Gesamtvermögensveräußerung tatsächlich gelingt – nur für diesen Fall aber wird die Gesellschaft regelmäßig gewillt sein, den evtl. erforderlichen Satzungsänderungsbeschluss in Bezug auf den Unternehmensgegenstand zu fassen. Es ist also durchaus vorstellbar, dass die Gesellschaft dem Geschäftsführer ihre Zustimmung erteilen will, sich aber zugleich vorbehalten will, das Gelingen der Gesamtvermögensveräußerung abzuwarten und nur in diesem Fall die Satzung nachträglich zu ändern. Möglich ist es freilich auch, dass die Satzung im Vorfeld geändert und – gerade umgekehrt – die Gesamtvermögensveräußerung unter einen Rücktrittsvorbehalt für den Fall des Scheiterns der Satzungsänderung gestellt wird. Überwiegend wird offenbar nur dieser Weg für geeignet gehalten, um den Geschäftsführer vom Vorwurf satzungswidrigen Handelns zu befreien (vgl. etwa zur AG MünchKommAktG/Stein, 4. Aufl. 2016, § 179 Rn. 35, 105; Binge/Thölke, in: Münchener Anwalts-handbuch Aktienrecht, 3. Aufl. 2018, § 25 Rn. 97 ff.). Konsequenterweise leitet man daraus ab, dass die spätere Nachholung der Satzungsänderung (bei vorherigem Wirksamwerden des Gesamtvermögensgeschäfts) nicht geeignet sei, die Pflichtwidrigkeit des gegen die Satzung verstoßenden Geschäftsführerhandelns zu beseitigen (so MünchKommGmbHG/Liebscher, 3. Aufl. 2018, Anh. § 13 Rn. 1080). Folgte man diesem Standpunkt, wäre ein interner Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung zum bevorstehenden Gesamtvermögensgeschäft ohne Satzungsänderung wegen Satzungsverstoßes zumindest anfechtbar.

#### c) Tendenz in der aktuellen Literatur

Anders als zunächst erwartet scheint sich in der aktuellen Kommentarliteratur die Ansicht, dass der interne Zustimmungsbeschluss grds. beurkundungsfrei sei, nicht durchzusetzen. Vielmehr hält es etwa *Bayer* (in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 53 Rn. 3) für „zweifelhaft“, ob der Beschluss „in Abweichung zur Regel“ keiner Beurkundung bedürfe. *Bayer* scheint damit für ein grundsätzliches Beurkundungserfordernis einzutreten, was wohl – wie sich aus den Verweisen in der Fußnote erahnen lässt – seinen Grund im „faktisch“ satzungsändernden Charakter hat. Denn *Bayer* verweist u. a. auf *Marquardt* (§ 22 Rn. 114), der bei einem nachhaltigen Eingriff in die Grundlagen der Gesellschaft (auch bei Veräußerung des Gesellschaftsvermögens *in toto*) die §§ 53 f. GmbHG analog heranziehen will. Die weiteren von *Bayer* angeführten Belege, etwa *Harbarth* (in: MünchKommGmbHG, 3. Aufl. 2018, § 53 Rn. 229) oder *Weber* (DNotZ 2018, 96, 121), tauen insoweit dagegen nur bedingt zur Stützung seiner Position; diese leiten die Beurkundungsbedürftigkeit noch aus § 179a AktG her, wenn sie auch den Beschluss,

der die Vermögensübertragung im Innenverhältnis legitimiert, letztlich als einer Satzungsänderung gleichwertig betrachten. Insoweit dürfte aber der BGH diesem Ansatz gerade nicht gefolgt sein. Die Frage, ob – wie *Marquardt* und *Bayer* annehmen – auch prinzipiell bei hinreichend nachhaltigen Eingriffen in die Grundlagen der Gesellschaft eine Beschlussfassung entsprechend §§ 53 f. GmbHG vonnöten ist, hat der BGH freilich nicht erörtert.

#### d) Anwendung der Holzmüller/Gelatine-Grundsätze?

Unseres Erachtens kann man die Frage nach der Beurkundungsbedürftigkeit nicht mithilfe der **Holzmüller/Gelatine-Grundsätze** (BGH NJW 1982, 1703; DNotZ 2004, 872; vgl. Ziff. 1) beantworten. Dieser Rechtsprechung ist bereits im Ausgangspunkt **keinerlei Aussage** darüber zu entnehmen, ob der Zustimmungsbeschluss für sich genommen zwingend zu beurkunden ist, und schon gar nicht darüber, ob er bei einer (damals nicht entschiedenen) entsprechenden Anwendung auf die GmbH wegen einer „faktischen“ Satzungsänderung beurkundungsbedürftig gem. § 53 Abs. 2 GmbHG ist (s. auch Decker, NZG 2018, 447, 449: über die Beurkundungspflicht entsprechender Gesellschafterbeschlüsse bei der GmbH treffe diese Rechtsprechung keine Aussage). Diese Frage stellt sich im Aktienrecht nicht, da dort – unabhängig von einer Satzungsänderung – jeder Beschluss der Hauptversammlung nach Maßgabe des § 130 Abs. 1 S. 1 AktG zu beurkunden ist. Eine analoge Anwendung dieser aktienrechtlichen Bestimmung im GmbH-Recht wird aber nirgends vertreten – auch nicht, soweit es um die entsprechende Anwendung der Holzmüller/Gelatine-Grundsätze geht. Wer jedoch das Beurkundungserfordernis auf eine Analogie zu § 179a AktG stützen möchte, dürfte dafür angesichts der eingangs genannten BGH-Entscheidung die Grundlage verloren haben.

Nicht gut zu begründen ist u. E. der abweichende Ansatz von *Hoffmann/Bartlitz* (DB 2019, 1833, 1835). Die Autoren gelangen unter Heranziehung teleologischer Kriterien in Holzmüller/Gelatine-Konstellationen zu einer „analogen“ Anwendung des § 53 Abs. 2 GmbHG und daher „jedenfalls“ zu einer qualifizierten Mehrheit und „richtigerweise“ auch zur notariellen Beurkundung (warum hier eine „analoge“ Anwendung befürwortet wird, erschließt sich uns nicht; wenn man einen satzungsüberlagernden Charakter annimmt, erscheint eine direkte Anwendung konsequenter). Zu Recht konstatieren die Autoren – ohne dass dies allerdings entscheidend wäre –, dass in den Satzungswortlaut nicht eingegriffen werde. Daraus wollen sie indes herleiten (was die Schlüssigkeit der Argumentation bereits relativiert), dass die Beurkundung „nicht der Absicherung der Rich-

tigkeit des Handelsregisters dient“ (die Frage der Eintragungsbedürftigkeit oder -fähigkeit beleuchten sie nicht). Unabhängig davon soll es nach *Hoffmann/Bartlitz* entscheidend darauf ankommen, dass nur die notarielle Beurkundung und die mit ihr verbundene Warn- und Beweisfunktion Klarheit über den Beschlussinhalt und eine informierte Entscheidung der Gesellschafter sicherstellen könne. Das deckt sich zumindest im Ergebnis mit der wohl h. L. im GmbH-Recht, die in *Holzmüller/Gelatine-Konstellationen* eine Satzungsänderung verlangt (Zöllner/Noack, § 53 Rn. 30: Einengung des Unternehmensgegenstands durch Ausgliederung und Verlagerung wesentlicher Unternehmensteile auf Tochtergesellschaften bedarf grds. der Satzungsänderung; Schnorbus, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 53 Rn. 22: reduziere sich die Tätigkeit einer bislang operativen Obergesellschaft entgegen der Satzung auf reine Holdingfunktionen, so liege ein Aufgabetatbestand vor, der eine Satzungsänderung erfordere) – jedenfalls dann, wenn damit eine faktische Aufgabe des bisherigen Unternehmensgegenstands einhergeht (Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 53 Rn. 16).

Zumindest die letztgenannte Relativierung halten wir für bedeutend: Anknüpfungspunkt für eine **Satzungsänderung** bleibt die **Änderung des Unternehmensgegenstands**; sofern etwa die Verlagerung wesentlicher Unternehmensteile auf Tochtergesellschaften zu einer dauerhaften Unterschreitung des bisherigen Unternehmensgegenstands führt, verlangt dies eine Satzungsänderung. Wird dagegen der Geschäftsbetrieb mit der Gesamtvermögensveräußerung eingestellt, liegt darin meist ein impliziter Auflösungsbeschluss (Scholz/Cziupka, § 60 Rn. 21). Beide Varianten erfordern eine Dreiviertelmehrheit, nur im ersten Fall aber notarielle Beurkundung.

Mit Rücksicht auf die unsichere Rechtslage und die vorerwähnten Literaturstimmen wird zumindest in *Holzmüller/Gelatine-Fällen* im Innenverhältnis **vorsorglich** ein **notariell beurkundeter Zustimmungsbeschluss** zu empfehlen sein (vgl. Meyer, GmbHR 2019, 973, 976).

### 3. Auswirkungen im Außenverhältnis

Ganz gleich, wie man sich im oben (Ziff. 1) skizzierten Streit positioniert, dürfte wegen der eingangs genannten BGH-Entscheidung weitgehend unstreitig sein, dass ein fehlender Zustimmungsbeschluss allein **nach den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht** Außenwirkung entfaltet. Die Beurkundung oder Nichtbeurkundung ist dafür nur insoweit relevant, als der Geschäftspartner im Einzelfall weiß oder hätte wissen müssen, dass ein wirksamer Zustimmungsbeschluss im Innenverhältnis fehlt. Fordert man entgegen der

hier vertretenen Auffassung zumindest in *Holzmüller/Gelatine-Konstellationen* einen notariell beurkundeten Zustimmungsbeschluss und differenziert man zwischen der Zustimmung zur außergewöhnlichen Maßnahme und zur Satzungsanpassung, so dürfte ein Missbrauch der Vertretungsmacht auch dann anzunehmen sein, wenn der Geschäftspartner weiß oder hätte wissen müssen, dass der Beschluss mangels Beurkundung nichtig ist. Faktisch müsste er dafür freilich die Interna der Gesellschaft sehr genau kennen. Durch die Hintertür über die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht kann damit das von gewichtigen Stimmen postulierte Beurkundungsgebot von Fall zu Fall wieder im Außenverhältnis Bedeutung haben. Indes wird auch zu bedenken sein, dass angesichts der weiterhin ungeklärten Rechtslage wohl kaum das beim Vertragspartner notwendige subjektive Missbrauchselement gegeben ist, wenn dieser die Wirksamkeit des tatsächlich vorliegenden Zustimmungsbeschlusses „fälschlich“ annimmt, weil er nicht mit einem Beurkundungserfordernis rechnet. Wie dieser Rechtsirrtum zu beurteilen ist, ist aber bisher nicht diskutiert worden. Vor diesem Hintergrund wird der Praxis zur Vorsicht zu raten sein.