

DR. THOMAS HEIDEL

Referat zum 72. Deutschen Juristentag 2018

Abteilung Wirtschaftsrecht

Empfiehl sich eine Reform des Beschlussmängelrechts im Gesellschaftsrecht?

Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren,

ich bedanke mich für die Gelegenheit, Ihnen meine Gedanken zur Frage der Reform des Beschlussmängelrechts vorzutragen. Ich bedanke mich insb. auch für zahlreiche Hinweise, die ich aus Ihrem Kreise und von vielen Dritten bekommen habe, insb. auch aus der Richterschaft¹.

Jens Koch beginnt sein Gutachten mit den Worten, „Das deutsche Beschlussmängelrecht ist in keinem guten Zustand.“² Ich muss dagegen halten:

Erstens: Es ist eine gute Grundlage für Beschlusskontrolle in ihren zwei Funktionen – Instrument des Individualschutzes und „Funktionärsklage mit polizeilichem Einschlag“ mit der Aufgabe, präventiv auf Einhaltung von Gesetz und Satzung hinzuwirken und rechtswidrige Beschlüsse zu verhindern.³ In den gut hundert Jahren seiner Entwicklung hat es je nach Gesellschaftsform (eine „Institutionenbildung“ braucht die Praxis nicht!) gefunden, was richtig ist:

eine angemessene Balance zwischen (einerseits) dem erforderlichen effektiven Rechtsschutz gegen rechtswidriges Verhalten der Mehrheit und (andererseits) Rechtssicherheit.

Zweitens: Änderungen braucht das Beschlussmängelrecht nur in Nuancen. Deren wichtigste betrifft das aktienrechtliche Freigabeverfahren: In einäugigem Blick auf (angeblich⁴) missbräuchliche Klagen einiger weniger Aktionäre⁵ ist es systemwidrig ausgeübt;

¹ Der damalige VorsRi LG (München I), *Puszkajler*, rügte beim 63. DJT, als es auch um Gesellschafterklagen ging, mit Recht, dass anders als in anderen Abteilungen kein Richter auf dem Podium sitzt, zit. nach Verhdlg. 63. DJT, Bd. II/2 Sitzungsberichte, O 108.

² *Koch*, Gutachten F zum 72. DJT, F 9 (eine nachfolgend nicht zitierte Kurzfassung des Gutachtens veröffentlicht in NJW-Beil 2018, 50)..

³ Vgl. statt aller *Habersack/Stilz* ZGR 2010, 710, 713 (dort heißt es, „... rechtswidrige Beschlüsse zu vernichten“, was auch meiner Sicht entspricht; auf die vom Gutachter favorisierte Durchlöcherung des Kassationsprinzips („zu vernichten“) gehe ich im Abschnitt I.5.e. näher ein). Vgl. auch den viel zitierten Spruch von *Julius Flechtheim* in FS Zitelmann 1913, S. 3, 5, wonach der Aktionär der geborene Anwalt der beleidigten Interessen aller und jedes einzelnen Aktionärs sei. Vgl. auch *K. Schmidt*, Referat 63. DJT, O 11, 13, 35, dass eine Revision von Klagemöglichkeiten auf deren Effektivität der Kontrolle zielen müsse; dies habe nichts mit einer Totalverrechtlichung der Unternehmenspraxis zu tun, sondern mit Effizienz der Binnenkontrolle im Aktienrecht; diese lasse sich nicht an der Zahl der Klagen und Prozesse ablesen, sondern aus ihrem Beitrag zu einer wirtschaftlich und rechtlich geordneten Unternehmenspraxis, m.a.W aus der Präventionswirkung des Klagesystems.

⁴ In der Lit. wird zwar vielfach der Vorwurf des Missbrauchs erhoben, im selben Atemzug aber konstatiert, konkreter Missbrauch lasse sich regelmäßig nicht nachweisen, vgl. *Koch*, Gutachten F zum 72. DJT, F 26.

von dem gebotenen effektiven Rechtsschutz ist da kaum noch etwas übrig geblieben. Der Gesetzgeber muss dort wieder ein ausgewogenes Verhältnis herstellen zwischen der jetzt völlig überbetonten Rechtssicherheit und dem effektiven Eigentumsschutz.

Drittens: Ich gehe einen Schritt weiter: Entgegen der Sicht des Gutachters ist der Zustand des Beschlussmängelrechts nicht nur im Großen und Ganzen o.k. Vielmehr würde die Umsetzung der Thesen des Gutachters und der Beschlussvorschläge des Abteilungsvorstands das Beschlussmängelrecht in große Un-Ordnung bringen. Sie würde es verschlimmbessern.

Mein Referat umfasst das gesamte Beschlussmängelrecht. Ich trage Ihnen den Kern meiner Gedanken in den folgenden 20 Minuten vor. Dabei werde ich mich auf meine Thesen beziehen. Mein Vortrag ist auf das aller-nötigste gerafft; die Schriftfassung ist um einiges ausführlicher, sie liegt hier in einigen Exemplaren aus; wenn Sie mir Ihre Visitenkarte geben, kann ich Ihnen den Text vielleicht in der Mittagspause noch mailen. Bei Vortrag und schriftlichem Referat geht es mir genau so wie Prof. Dr. *Karsten Schmidt*, der vor 18 Jahren in Leipzig Referent des DJT war:

„Die Schwierigkeit und Komplexität unserer Aufgabe macht es einem Referenten schwer, in der vorgegebenen Zeit guten Gewissens Stellung zu nehmen. Die Dramaturgie der Abteilung wird mich zwingen, dem Referat ein apodiktisches Gesicht zu geben und es bei der Versicherung zu belassen, das gewaltige, nicht immer zitierte, Material sei nach Kräften verarbeitet, jedes Pro und Contra wirklich mitbedacht.“⁶

I.⁷ Aktienrecht

1. Grundlegung

a) Das auf die *ex tunc*-Kassation rechtswidriger Beschlüsse gerichtete Beschlussmängelrecht hat sich im Grundsatz bis heute bewährt – vom Kaiserreich über die Weimarer Republik und die NS-Diktatur bis in die Zeit der Bonner Republik und des rheinischen Kapitalismus.

b) Es bedarf keiner grundlegenden Reformen. Solche hat der Gesetzgeber des (geltenden) Aktiengesetzes 1965 mit Recht abgelehnt, auch im Hinblick auf schon damals diskutierte Missbrauchsfälle. Zur Begründung hieß es, der Entwurf „sieht namentlich davon ab, das Anfechtungsrecht des Aktionärs zu erschweren. Dieses Recht ist die wirksamste Waffe des Aktionärs.“⁸ Die kassatorische Klage kann insb. nicht durch deklaratorische Feststellungen der Rechtswidrigkeit von Beschlüssen oder Schadensersatzansprüche von Aktionären⁹ ersetzt werden.

⁵ Leider hat der Gesetzgeber die Warnung von *Bork*, ZGR 1983, 343, 360, nicht hinreichend beachtet: „Es ist aber davor zu warnen, komplexe Verfahrensmechanismen ganz auf den Mißbrauchsfall, hier also auf die ‚räuberischen Aktionäre‘ zuzuschneiden, dabei den Normalfall aus dem Auge zu verlieren und vielleicht sogar eine unbillige, jedenfalls nicht systemgerechte, unstimmige ‚Lösung‘ zu etablieren.“

⁶ *K. Schmidt*, Referat 63. DJT, O 11, 12.

⁷ Gliederung entspricht in den römischen und arabischen Gliederungspunkten den Thesen.

⁸ Regierungsbegründung, abgedruckt bei *Kropff*, Aktiengesetz (1965), S. 332.

⁹ *Noack/Zetsche* vertreten in Kölner Kommentar AktG, 3. Aufl., Vor § 241, Rn. 48 ff., 57 ff.; § 243 Rn. 250 ff., 326 ff. bereits *de lege lata* den Grundsatz Kompensation statt Kassation, ablehnend (demnächst) *Heidel* in *Heidel*, Aktienrecht, 5. Aufl., § 243 AktG Rn. 34 sowie in FS Seibert (demnächst 2019).

aa) Gelegentlicher Rechtsmissbrauch des Klagerechts durch einzelne Aktionäre¹⁰ erfordert keine grundlegende Reform des Beschlussmängelrechts; er ist allenfalls ein Vorwand für Beschränkung von seit jeher anerkannten Rechtsschutzmöglichkeiten der Aktionäre.¹¹ Die Missbrauchsanfälligkeit ist spätestens seit der Aktienrechtsnovelle von 1884 bekannt.¹² Und dennoch hat der Gesetzgeber zu Recht nichts Entscheidendes an den Prinzipien des Beschlussmängelrechts geändert. Auch in Beschlussmängelstreitigkeiten erfahrene Richter, die der Einäugigkeit zu Gunsten von Aktionären unverdächtig sind, betonen (ebenso wie bekannte Syndicii¹³), dass das Beschlussmängelrecht trotz gelegentlichen Missbrauchs eine effektive Kontrolle über das HV-Beschlusswesen ausübe.¹⁴ Es kann nicht überzeugen, wenn der Arbeitskreis Beschlussmängelrecht – und ähnlich auch der Gutachter¹⁵ – Rechtsmissbrauch Einzelner als Grundlage für seinen umfassenden „Vorschlag zur Neufassung der Vorschriften des Aktiengesetzes über Beschlussmän-

¹⁰ Nicht nachvollziehbar ist die Rechtsprechung des BGH (BGHZ 206, 143 = NZG 2015, 1227, Rn. 45 ff. in Sachen *ecolutions*), wonach Rechtsmissbrauch des klagenden Vorstands (*in concreto* Komplementärin einer KGaA) weder zu Unbegründetheit noch Unzulässigkeit der Klage führen soll, mit Recht Rechtsmissbrauch bejahend *Schüppen/Tretter*, ZIP 2015, 2097, 2103; *Cziupka/Kraack*, DNotZ 2016, 15, 27 ff.; *Lieder*, NZG 2015, 81, 88 ff.; *Hüffer/Koch*, 13. Aufl., § 245 Rn. 36; *Heidel in Heidel*, Aktienrecht, 5. Aufl. (demnächst), § 245 AktG Rn. 24; ähnlich *Hirte* NJW 2016, 1216, 1217.

¹¹ *Habersack/Stilz* ZGR 2010, 710, 713, 726 meinen, das Verbot des Rechtsmissbrauchs vermöge „eine effektive Filterfunktion nicht zu entfalten“ und könne „nur in Ausnahmefällen für Abhilfe sorgen“; die entschiedenen Fälle würden aufmerksam zur Kenntnis genommen und das zugrundeliegende Klägerverhalten werde sich deshalb mit größter Wahrscheinlichkeit nicht wiederholen oder jedenfalls nicht nachweisen lassen, daher sei die „konzeptionelle Neuorientierung“ geboten. Den Autoren geht es also offensichtlich um einen *Filter* gegen berechnete Klagen.

¹² Das Anfechtungsrecht habe sich als ein „zweischneidiges Mittel“ erwiesen, welches „Chikanen und Erpressungen Thür und Thor öffnet“, Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes für die KGaA und AG (1884), abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 4, 1985, S. 467.

¹³ *Hemeling*, ZHR 17 (2008), 379, 382 („Trotz des ... Missbrauchs gibt es genügend Beispiele dafür, dass Kläger mit sehr geringem Anteilsbesitz ... die Durchsetzung rechtswidriger Beschlüsse verhindert haben.“).

¹⁴ Der damalige Vorsitzende des BGH-Gesellschaftsrechts-Senats *Wulf Goette* meinte in DStR 2009, 51, 55, man müsse „... – auch wenn man das Abstoßende des Vorgehens mancher gegen Hauptversammlungsbeschlüsse vorgehenden Minderheitsaktionäre nicht aus dem Auge verlieren darf – doch bedenken, dass die Ausübung der Polizeifunktion eines einzelnen Aktionärs, mag er auch Dunkles im Schilde führen, für die Kultur des Aktienrechts gleichwohl segensreich wirken kann. Denn es geht bei diesen Verfahren auch um den Schutz der Minderheit vor Allmachtbestrebungen der Mehrheit und der von ihr berufenen Organmitglieder“. Vgl. auch die Zitate der in aktienrechtlichen Streitigkeiten äußerst erfahrenen Vorsitzenden Richter am LG München I und LG Frankfurt, Dr. *Helmut Krenek* und Dr. *Martin Müller*: „Die Erfahrung aus einer Vielzahl von Anfechtungsprozessen zeigt zudem, dass das Handeln der Gesellschaften nicht immer über jeden Zweifel erhaben und daher die Möglichkeit der Anfechtungsklage ein sinnvolles Kontrollinstrument ist“ (Krenek); die sog. Berufskläger „treiben das Aktienrecht voran. Wenn es diese Beteiligten nicht gäbe, würden Hauptversammlungen oft noch viel schlampiger vorbereitet und durchgeführt, als das schon der Fall ist“ (Müller), zitiert nach *Heidel in Heidel*, Aktienrecht, 4. Aufl., § 245 AktG Rn. 36.- Selbst *Bayer* (der sonst schnell dabei ist, klagende Kleinaktionäre unter Namensnennung als „Räuber“ zu bezeichnen, *Bayer*, in 50 Jahre Aktiengesetz, ZGR-Sonderheft 19, 2016, S. 199, 204, unter Verweis auf *Bayer/Hoffmann*, ZIP 2013, 1193) räumte unter Hinweis auf die BGHZ-Fallstatistik unlängst ein, dass „häufig auch aus dem Kreis der Berufskläger ein wertvoller Beitrag zur Disziplinierung von Verwaltung und Mehrheitsmacht sowie zur Rechtsfortbildung im Aktienrecht geleistet worden war“ (*Bayer*, aaO, S. 199, 203, auch mit Verweis auf *Pinner.*, Verh. d. 34. DJT 1926, Abteilung für Wirtschafts- und Steuerrecht, S. 611, 630, „daß schon die Tatsache, daß jeder Akt der Anfechtung unterliegt, ein sehr wertvoller Zwang für die Organe ist, nicht durch gesetz- oder satzungswidrige Anträge Anfechtungsgründe zu geben. Jeder, der die Verwaltung von Aktiengesellschaften kennt, weiß, wie jeder Beschluß sorgsam auf seine Anfechtbarkeit geprüft wird, und so sorgt das Recht der Anfechtung auch hier für die Solidität der Gesellschaft.“ *Bayer*, aaO, erläutert nicht, warum er den Plusquamperfekt („geleistet worden war“) verwendet und warum das nunmehr nicht mehr der Fall sein soll (S. 221), sieht man ab von der vom Gesetzgeber gezielt herbeigeführten Verminderung der Zahl der Beschlussmängelklagen.

¹⁵ *Koch*, Gutachten F zum 72. DJT, F 10, 11, 15, 18, 19, 24, 25, 26, 27, 29, 34, 36, 40.

gel“ macht¹⁶, aber die von ihm gesehene Kausalität *zwischen Missbrauch und dem (angeblich) nicht funktionsfähigen Rahmen für Rechtmäßigkeitskontrolle* nirgends erläutert. Der vermeintliche Befund widerspricht den vorgenannten Einschätzungen aus der Richterschaft. Eine Veranlassung für eine generelle Beschränkung der effektiven Beschlussmängelkontrolle darf deren Missbrauchsmöglichkeit nicht sein, und sie braucht es angesichts eines alternativen Instrumentariums nicht zu sein.

bb) Einen Missbrauch des Klagerechts muss und kann man da bekämpfen, wo er konkret auftritt:

(1) Es gibt *de lege lata* zB die Möglichkeit der Abweisung rechtsmissbräuchlicher Klagen als unbegründet¹⁷ und des Schadensersatzanspruchs nach § 826 BGB¹⁸. Marcus Lutter hatte schon 1978 herausgearbeitet, dass Zahlungen an Aktionäre zur Abwehr von Beschlussmängelklagen Einlagenrückgewähr sein können.¹⁹

(2) *De lege ferenda* gibt es weitere Möglichkeiten: (i) Zum „Auskaufen“ des Anfechtungsrechts gehören immer zwei Parteien – der Verkäufer und Käufer.²⁰ Allzu häufig dient

¹⁶ Der Arbeitskreis (AG 2008, 617, 619) schreibt zum „Ausgangspunkt“ seines Vorschlags, das Beschlussmängelrecht in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung „ist anfällig für Missbrauch und bietet daher keinen funktionsfähigen Rahmen für die Rechtmäßigkeitskontrolle von Hauptversammlungsbeschlüssen“.

¹⁷ BGH ZIP 1992, 1391 = AG 1992, 448 = WM 1992, 1404; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 243 Rn. 30; Heidel in Heidel, Aktienrecht, 4. Aufl., § 243 AktG Rn. 32.

¹⁸ Vgl. OLG Frankfurt AG 2009, 201 = ZIP 2009, 271 (ebenso Vorinstanz LG Frankfurt NZG 2007, 949 = AG 2007, 824). Den speziellen aktienrechtlichen Schadensersatzanspruch nebst Anspruch der AG auf Sicherheitsleistung des Klägers nach § 200 Abs. 2, § 199 Abs. 4 AktG 1937 hat das AktG 1965 mit gutem Grund beseitigt, vgl. Heidel in Heidel, Aktienrecht, 4. Aufl., § 245 AktG Rn. 29 ff. K. Schmidt, Referat 63. DJT, O 11, 23, 37 hält mit Recht Wiedereinführung für falsch und verweist statt dessen auf § 826 BGB bzw. mitgliedschaftliche Treuepflichthaftung; Zöllner ZGR Sonderheft 12, 1994, S. 148, 161, verlangt als Voraussetzung für Schadensersatz ein Verhalten, „das beinahe die Vermutung für Vorsatz begründet“.

¹⁹ Lutter ZGR 1978, 347, 353 ff. (dort auch Erwägungen dazu, dass andere Aktionäre aktive Gleichbehandlung nach § 53a AktG fordern können); vgl. aus der jüngeren Lit., jeweils mwN Hüffer/Koch, AktG 13. Aufl., § 57 Rn. 13, Heidel in Heidel, Aktienrecht, 4. Aufl., § 245 AktG Rn. 33 sowie Drinhausen in Heidel, Aktienrecht, 4. Aufl., § 57 AktG Rn. 7.

²⁰ Der Regierungsentwurf des AktG 1965 sah eine Strafbarkeit für Klagerechte abkaufende Organmitglieder und der Bereitschaft der Kläger zum Verkauf der Anfechtungsrechte vor, vgl. § 389 RegE AktG 1965, BT-Drucks. IV/171 S. 89, 262 (die Regierungsbegründung stellte darauf ab, dass Aktionäre, die im Vertrauen auf eine von einem anderen Aktionär angekündigte oder anhängig gemachte Klage von ihrem eigenen Anfechtungsrecht keinen Gebrauch gemacht haben, davor geschützt werden müssten, dass die Durchführung oder Fortführung des Anfechtungsprozesses deshalb unterbleibe, weil dem Anfechtungskläger besondere Vorteile für das Nicht-Erheben oder die Zurücknahme der Anfechtungsklage gewährt werden). Die Regelung wurde im Gesetzgebungsverfahren verworfen: Strafwürdige Fälle des Abkaufs konnten mit den allgemeinen Strafbestimmungen der Nötigung und Erpressung erfasst werden; für einen aktienrechtlichen Sonderstrafatbestand bestehe kein Bedürfnis; eine Strafvorschrift habe den Nachteil, dass sie auch Vergleiche der AG mit dem Anfechtungskläger ausschließe; vgl. Kropff, Aktiengesetz, 1965, S. 262. Kropff – einer der Väter des AktG 1965 – bezweifelte 25 Jahre später die Weisheit der Entscheidung des Gesetzgebers (in Lutter, Hrsg., 25 Jahre Aktiengesetz, 1991, S. 19, 40 f.): „Dem Mißbrauch von Anfechtungs- und Antragsrechten wollte der Regierungsentwurf dadurch begegnen, daß er das Fordern, aber auch das Gewähren von Vorteilen für den Verzicht unter Strafe stellte. Die Strafandrohung ist in den Ausschußberatungen gestrichen worden, nachdem die Spitzenverbände der Wirtschaft eingewandt hatten, daß sie auch pflichtmäßig im Interesse der Gesellschaft handelnde Vorstandsmitglieder treffen und den Abschluß von Vergleichen unmöglich machen würde. Ob das weise war, erscheint mir fraglich. Die auf den ersten Blick brutal erscheinende Lösung, auch das zahlende Opfer einer Erpressung mit Strafe zu bedrohen, hätte jedenfalls die Rechtslage gegenüber räuberischen Aktionären deutlich gemacht: Soweit derartige Zahlungen über den im Vergleichsfall möglichen Ersatz von Anwendungen hinausgehen, sind sie als unerlaubte Rückgewähr von Einlagen in keinem Falle zulässig. Sie können auch nicht ausnahmsweise mit besonderen Interessen der Gesellschaft legitimiert werden. Denn jeder gelungene Coup findet Nachahmer. Das im Einzelfall vielleicht für Nachgeben sprechende Interesse der Ge-

das Auskaufen mit den Mitteln der AG nur dazu, dass Vorstand und Aufsichtsrat eigene Fehler verdecken. Man darf es nicht vergessen, 30 Jahre nach dem Fall Kapitalerhöhung AMB²¹: Es ging damals um das Abkaufen einer begründeten Anfechtung. (ii) Wer eine (angebliche?) Praxis der „Gebührenteilung“ zwischen Anwälten und Anfechtungsklägern als Instrument für Rechtsmissbrauch sieht, der muss nicht bloß standesrechtlich gegen Teilung vorgehen, sondern ein effektives gesetzliches Verbot einer solchen Teilung für den Aktienprozess fordern.²² (iii) Wer Mehrwerte bei Vergleichen für überzogen und für einen Ansatzpunkt für Missbrauch hält, der muss die Streitwertvorschriften von GKG und RVG ändern, ein Streitwert-Sonderrecht für Aktienrechtsprozesse schaffen und/oder ausschließliche Streitwertfestlegung durch das Prozessgericht oder dessen Billigung der vereinbarten Kostenregelungen normieren. (iv) Verbote der Umgehung der *de lege ferenda* möglichen Regelungen nach (i) bis (iii) könnten normiert werden, auch durch ausdrückliche Haftungsregeln nach §§ 93, 116 AktG bei unangemessenen Vergleichen auf Kosten der AG.

(3) Die Gefahr von Rechtsmissbrauch durch Anfechtungskläger kann weder die Umsetzung der Thesen des Gutachters noch der Forderungen des Arbeitskreises Beschlussmängelrecht verhindern; Barbara Grunewald hat mit Recht darauf hingewiesen, dass Normierungen nach dem Modell des Arbeitskreises Beschlussmängelrecht den Anreiz für das Abkaufen von Anfechtungsrechten sogar noch erhöhen.²³ Das Gleiche gilt für das Modell des Gutachters.

2. Freigabeverfahren dringend reformbedürftig zum Schutz des Aktieneigentums und zum Erhalt der präventiven Funktion der Beschlussmängelklage

Ein dringend reformbedürftiger Aspekt des Beschlussmängelrechts ist das Freigabeverfahren.²⁴ Der Koalitionsvertrag der GroKo mahnt mit Recht die Reform an; die Koalitionsparteien wollen „im Interesse des Minderheitenschutzes und der Rechtssicherheit Brüche und Wertungswidersprüche beseitigen“²⁵. Dies zielt zutreffend auf eine Modifizierung zugunsten effektiver Rechtsmäßigkeitkontrolle.

sellschaft muß hinter das Gesamtinteresse an der Bekämpfung derartiger Mißbräuche im Aktienwesen zurücktreten. Der Spuk würde schnell enden, wenn die Erpresser wüßten, daß nichts zu holen ist.“

²¹ BGH AG 1992, 317 = NJW 1992, 2821 = WM 1992, 1184 = ZIP 1992, 1081.

²² So bereits *Heidel* BB 2007, 2526, 2527.

²³ *Grunewald*, NZG 2009, 967, 968.

²⁴ §§ 246a, 319 Abs. 6 AktG, § 16 Abs. 3 UmwG. Nachfolgend zitiere ich nur die Regelungen nach § 246a, nicht die entsprechenden Regelungen der anderen Vorschriften. Vgl. zur Entwicklung hin zum Freigabeverfahren, die verbunden war mit einer breit gefächerten Reduzierung des materiellen Anfechtungsrechts, *Habersack/Stilz* ZGR 2010, 710, 713 ff.- *Noack* JZ 2018, 824, 826 weist auf die generelle Möglichkeit der Einschlägigkeit von Vorgaben des EU-Rechts hin: Dieses mache Vorgaben für die HV-Zuständigkeit und Beteiligung an ihr, lasse aber offen, was eine Missachtung bedeute; das Gebot effektiver Umsetzung von Richtlinien dringe darauf, „Mängel der Beschlussfassung mit hinreichender Sanktion zu versehen. Es geht nicht an, die Kompetenz und die Teilhabe der Aktionäre zu postulieren, aber Säumnis und Hinderung geschehen lassen.“ Vgl. auch *Schön*, zit. nach Verhdg. 63. DJT, Bd. II/2 Sitzungsberichte, O 141, der ebenso auf die europarechtliche Fundierung der Mitwirkungsrechte der Aktionäre verwies und auf die etablierte Rspr des EuGH, der den effizienten prozessualen Rechtsschutz für die Mitwirkungsposition den nationalen Gesetzgebern und Gerichten auferlege. Vgl. zu den EU-rechtlichen Anforderungen auch *Florstedt* ZIP 2018, 1661, 1666 f. Diesen EU- und EMRK-rechtlichen Fragen kann hierin ebensowenig nachgegangen werden wie den detaillierten grundgesetzlichen Anforderungen (insbesondere Eigentumsgarantie und effektiver Rechtsschutz) an ein GG-konformes Beschlussmängelrecht, vgl. dazu grundlegend Schoppe, *Aktieneigentum* 2011.

²⁵ Rn. 6191 f. Vgl. auch das Rechtspolitische Programm des Bundesarbeitskreises christlich-demokratischer Juristen zur Bundestagswahl 2017, in dem es unter V.2. hieß: „Wo insbesondere Kleinaktionäre nicht in das

a) Zur Kritik des Freigabeverfahrens: Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner *Feldmühle*-Entscheidung verlangt, dass ein von der Mehrheit durchgesetzter zwangsweiser Verlust der Mitgliedschaft zweierlei voraussetzt; diese Grundsätze sind mE zu übertragen auf alle Fälle der Freigabeverfahren:

- sowohl „wirksame Rechtsbehelfe“ der zum Ausscheiden gezwungenen Minderheit gegen einen Missbrauch der wirtschaftlichen Macht
- als auch eine volle Entschädigung der Minderheitsaktionäre für den Verlust ihrer Rechtsposition.²⁶

Von *wirksamen Rechtsbehelfen* kann zumal angesichts der von der hM im Anschluss an die Regierungsbegründung zum ARUG (vgl. sogleich im Abschnitt b.dd.) vertretenen Auslegung des Begriffs der *besonderen Schwere des Rechtsverstoßes*, der dem Wirksamwerden einer solchen Maßnahme entgegensteht, nicht mehr die Rede sein; es genügt also nach dem BVerfG gerade nicht, im Spruchverfahren nur die Vermögensinteressen der Aktionäre zu sichern.²⁷ Die Kritik am Freigabeverfahren ist in der Lit. praktisch einhelliger Konsens, unterschiedlich ist nur die Massivität der Kritik: *Ulrich Noack* konstatiert zutreffend die „seltsame Zweispurigkeit der geltenden Bestimmungen, die einerseits die Anfechtung recht großzügig ermöglicht, andererseits sie im Folgenden per Freigabeverfahren ins Leere laufen lässt“.²⁸ *Mathias Habersack* und *Eberhard Stilz* sehen das Freigabeverfahren in einer „konzeptionellen Sackgasse“, da es die Anfechtungsbefugnis als solche zwar unberührt lasse, die Anfechtungswirkungen indes in einer Weise beschneide, die ein versteckter Ausschluss des Anfechtungsrechts sei und der „Polizeifunktion“ der Beschlussmängelklage nicht hinreichend Rechnung trage.²⁹ *Eberhard Stilz* bezeichnet den Ausspruch endgültiger Bestandskraft im Eilverfahren durch *eine* gerichtliche Instanz und daran anschließend die Entscheidung über die Nichtigkeit des Beschlusses im Hauptsacheverfahren als eine „widersinnige Zumutung“.³⁰ *Heribert Hirte* kritisiert, das Freigabeverfahren reduziere „die Kontrollfunktion der Anfechtungsklage über Gebühr und

operative Geschäft eines Unternehmens eingreifen können, müssen sie vor missbräuchlichen und rechtswidrigen Entscheidungen von Geschäftsführern und Vorständen geschützt werden. Dazu ist das bestehende langwierige und teure Spruchverfahrens- und Beschlussmängelrecht unter besonderer Berücksichtigung der Interessen von Minderheitsaktionären und Kleinanlegern zu reformieren.“ Vgl. auch das Papier „Gemeinsame Positionen und Wahlprüfsteine zum Anlegerschutz für die Bundestagswahl 2017“ der Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger und anderer Anlegerschutzorganisationen, http://www.vzfk.de/fileadmin/content/pdf/Sonstiges/2017-07-05_Gemeinsame_Positionen_BuWahl_2017_SdK_Vzfk_final__002_.pdf, zuletzt aufgerufen 19.09.2018

²⁶ BVerfGE 14, 263, 283.

²⁷ Vgl. *Florstedt*, ZIP 2018, 1661, 1667 f. Vgl. auch *Schön*, zit. nach Verhdlg. 63. DJT, Bd. II/2 Sitzungsberichte, O 139 f., der in Frage stellte, dass es möglich ist, eine ausreichende Qualitätssicherung der Rechtsgewährung im Eilverfahren zu garantieren; er zog zudem in Zweifel, ob die Elemente, die die Gerichte prüfen müssen, tatsächlich in dem Schnell-Verfahren binnen kurzer Zeit bewältigt werden konnten; zu Rechtsfragen habe man zwar schnell ein Meinungsbild, es sei aber typischerweise erst der BGH, der endgültige und klare Auffassungen garantiere.

²⁸ Handelsblatt Rechtsboard 05.03.2018; vgl. *Noack* JZ 2018, 824, 826, mit dem berechtigten Hinweis, der effektive Rechtsschutz auch eines namhaft beteiligten Aktionärs sei oft ausgeschlossen, weil das Gesetz auf eine individuelle Nützlichkeitsabwägung setze (§ 246a Abs. 2 Nr. 3 AktG), worin ein Wertungswiderspruch liege, den es aufzulösen gelte; die Abwägung nach § 242a Abs. 2 Nr. 3 wirke „überschießend“, da lediglich der besonders schwere Rechtsverstoß die Rechtsordnung ins Spiel bringe. Vgl. auch *Noack/Zetsche* in *Kölner Komm AktG*, 3. Aufl., § 246a Rn. 9 (das Freigabeverfahren ändere im Ergebnis das materielle Beschlussmängelrecht) sowie Rn. 13 ff.

²⁹ *Habersack/Stilz* ZGR 2010, 710, 714.

³⁰ *Stilz* FS Hommelhoff 2012, S. 1181, 1190.

stärkt das Management in nicht zu rechtfertigender Weise³¹. *Walter Bayer* beklagt, dass der Rechtsschutz gegenüber vermögensmindernden Kapital- bzw. Strukturmaßnahmen höchst defizitär ist.³² Für *Carsten Schäfer* sind Freigabeverfahren und Bestandskraft rechtlich höchst angreifbare Instrumente.³³ *Michael Nietsch* stellte fest, das Verfahren lasse vom effektiven Rechtsschutz wenig übrig, die Abwägungslösung sei ein Irrweg.³⁴ *Matthias Schatz* empfindet es rechtspolitisch unerträglich, dass gerade bei den von den Freigabeverfahren erfassten bedeutsamen Maßnahmen die Verletzung materiellen Rechts aufgrund rein ökonomischer Erwägungen sanktionslos bleibe und die effektive Sanktionierung von Beschlussmängeln fehle.³⁵ Ein Landgericht bezeichnete das Verfahren kritisch als „vorläufig vollstreckbares Todesurteil“³⁶. Selbst ein Oberlandesgericht hob mahndend den Zeigefinger, es sei der Entwertung des Anfechtungsrechts durch die „verfahrensrechtliche Hintertür“ zu begegnen.³⁷ *Wolfgang Zöllner* kritisierte es (seine Abwägungsvariante in § 246a Abs. 2 Nr. 3 AktG) zusammenfassend als „legislatives Unrecht“³⁸. Das Freigabeverfahren erlaubt derzeit nach der Gerichtspraxis beispielsweise, dass der Mehrheitsaktionär rechtsmissbräuchlich Strukturmaßnahmen vorschiebt, um seine ganz anders gearteten eigennützigen und für den Vermögensschutz der AG feindlichen Interessen dauerhaft wirksam werden zu lassen.³⁹ *Seibert/Bulgrin* favorisieren (trotz der von ihnen in bemerkenswerter Klarheit diagnostizierten Beschränkungen des effektiven Rechtsschutzes durch das Verfahren⁴⁰!) nach dem Wortlaut ihres Beitrags⁴¹ die massive Ausweitung des Verfahrens auf zahlreiche weitere Anwendungsbereiche⁴².

³¹ FS Meilicke 2010, S. 201 ff., 221.

³² *Bayer/Möller*, NZG 2018, 801, 803.

³³ *Schäfer* FS K. Schmidt, 2009, S. 1389, 1410.

³⁴ *Nietsch*, Freigabeverfahren, 2013, S. 547 ff.

³⁵ *Schatz* in Heidel, Aktienrecht, 4. Aufl., § 246a AktG Rn. 3; vgl. auch *Schatz*, Der Missbrauch der Anfechtungsbefugnis durch den Aktionär und die Reform des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts, 2012, S. 105 ff., 211 ff.

³⁶ LG Wiesbaden AG 1997, 274, 275.

³⁷ OLG Jena AG 2007, 31, 32.

³⁸ *Zöllner* in FS Westermann 2008, 1631, 1640 ff., 1646; *Habersack/Stilz* ZGR 2010, 710, 719 bezeichnen die Kritik *Zöllners* als „ebenso scharf wie treffend“, wobei die Inkonsistenz der Regelung des Freigabeverfahrens „durch das ARUG ... eine neue ‚Qualität‘ erhalten“ habe.

³⁹ OLG Köln ZIP 2017, 2468 = AG 2018, 126 = NZG 2018, 459 = juris Rn. 32 ff. in Sachen STRABAG.

⁴⁰ FS Marsch-Barner 2018, S. 525, 526 ff.: (1) Die Interessenabwägung nach § 246a Abs. 2 Nr. 3 AktG etc. habe sich seit dem Inkrafttreten des ARUG ausschließlich an wirtschaftlichen Kriterien zu orientieren: Der klagende Aktionär könne in der Regel ausschließlich seine eigenen wirtschaftlichen Interessen in die Waagschale werfen, nicht die anderer Aktionäre. Daher sei ein Überwiegen der (lediglich plausibel gemachten) AG-Interessen der gesetzlich gewollte Regelfall. Ein Ausgang der Abwägung zu Gunsten klagender Aktionäre sei praktisch nur bei erheblichem Anteilsbesitz (Großaktionär) denkbar. (2) Der kleine Aktionär verliere durch das Freigabeverfahren die Rolle als Polizist im Interesse der Mit-Aktionäre. (3) Besonders schwerer Rechtsverstoß nach § 246 Abs. 2 Nr. 3 AktG setze „ganz gravierende Rechtsverstöße“ voraus, die eine Eintragung mangelhafter Beschlüsse in das Register für die Rechtsordnung „unerträglich erscheinen ließen“. Dafür trage der Kläger die Beweislast. (4) Mit den „Vorteilen des Freigabeverfahrens“ gingen gleichzeitig gewichtige Nachteile für die Aktionäre einher, „deren Rechtsschutzmöglichkeiten empfindlich eingeschränkt sind“: Da das Verfahren wesentlich auf wirtschaftliche Aspekte und damit auf Wertungen abstelle, die keinen Bezug zu den Beschlussmängeln selbst hätten, stelle die Schwelle des besonders schweren Rechtsverstoßes das letzte Rechtsschutz-Residuum dar, die Eintragung eines rechtswidrigen Beschlusses zu verhindern. Die Schadensersatzansprüche nach § 246a Abs. 4 S. 1 AktG seien für den Kleinaktionär regelmäßig sehr geringfügig und ohne Interesse. Sie könnten daher „kaum noch eine“ ökonomische Rechtfertigung für den mit einer Beschlussmängelklage verbundenen Aufwand liefern. Das Freigabeverfahren verkürze auf ein Minimum sowohl den mitgliedschaftlichen Individualrechtsschutz als auch die über-individuelle präventive Sicherstellung der

b) Im Grundsatz ist die Normierung eines Verfahrens berechtigt und erforderlich, das der AG erlaubt, die (faktische) Sperrwirkung der Beschlussmängelklage wegen der Eilbedürftigkeit der Wirksamkeit einer von der HV beschlossenen Maßnahme von zentraler Bedeutung zu überwinden. Diese *Maßnahmen von zentraler Bedeutung* müssen aber auf den bisherigen Katalog von Strukturmaßnahmen beschränkt bleiben.⁴³ Auch sonst gibt es im (Zivil-)Recht mit Recht die Möglichkeit vorläufigen Rechtsschutzes. Geboten ist es aber, entsprechend allgemeinen Grundsätzen des Zivilprozesses eine Vorwegnahme der Hauptsache (dauerhafter Bestandsschutz der eingetragenen Maßnahme trotz Rechtsmängeln) nur bei ausreichenden Schutzmechanismen zugunsten der (außenstehenden) Aktionäre vorzusehen. Das heißt:

aa) Freigabeverfahren nur bei Aktiengesellschaften mit Börsennotierung oder mit Kapitalmarktorientierung etc. iSd § 100 Abs. 5 AktG.

bb) Satzung kann Möglichkeit der Freigabe ausschließen.

cc) Voraussetzung für Freigabe ist effektive Sicherung der außenstehenden Aktionäre durch Spruchverfahren⁴⁴ – d.h. keine Freigabe wie *de lege lata* bei Kapitalmaßnahmen.

dd) Bei besonderer Schwere des Rechtsverstoßes (vgl. § 246a Abs. 2 Nr. 3 aE AktG) überhaupt keine Freigabe: Auslegung des Begriffs „besondere Schwere“ ist weit über die Gesetzesbegründung des ARUG⁴⁵ hinaus geboten. Nichtigkeit des HV-Beschlusses begründet immer besondere Schwere des Rechtsverstoßes, die der Freigabe der Eintragung entgegensteht.⁴⁶ Gleiches gilt für rechtsmissbräuchliche HV-Beschlüsse.⁴⁷ Meiner

Einhaltung von Gesetz und Satzung („Polizeifunktion“ der Beschlussmängelklage). (5) Mit der Einschränkung des Rechtsschutzes steige „gleichzeitig der Anreiz für opportunistisches Verhalten kontrollierender Aktionäre“. Ähnlich auch *Seibert/Hartmann* FS Stilz 2014, S. 585, 589: „Dank des Freigabeverfahrens wird die Bestandskraft fehlerhafter Beschlüsse ... zum Regelfall.“

⁴¹ In der Einführung des Beitrags heißt es allerdings, Juristentag 2018 und GroKo-Koalitionsvertrag gäben „Anlass, die in der Lit. vorgebrachten Reformüberlegungen zu einem möglichen Regelungsthema zusammenzustellen“. Seibert hat gegenüber dem Referenten zum Ausdruck gebracht, im Beitrag würden vielfach nur Meinungsstände wiedergegeben.

⁴² FS Marsch-Barner 2018, S. 525, 531 ff.: Satzungsänderungen; Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft in Sanierungskonstellationen; Holzmüller/Gelatine-Beschlüsse, möglicherweise sämtliche Beschlüsse nach § 119 Abs. 2 AktG; Verkauf des gesamten Gesellschaftsvermögens; Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern; Wahl des Abschlussprüfers; nicht aber Entlastungsbeschluss. *Grigoleit* AG 2018, 645, 661 (Zusammenfassung) favorisiert Erweiterung auf Beschlüsse zur Übertragung des gesamten Vermögens, zur Auflösung bzw. Fortsetzung sowie HV-Zustimmungen nach der Holzmüller-Doktrin.

⁴³ Gegen Ausweitung zB auch *Pentz*, AnwBlatt Online 2018, 712, 717; einen eigenständigen Ansatz zur Überwindung von Problemen angefochtener AR-Bestellung entwickelte *Illner*, Die fehlerhafte Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern in der Aktiengesellschaft, 2017.

⁴⁴ Vgl. *K. Schmidt*, Referat 63. DJT, O 11, 18 ff., 36, wonach eine Beschränkung der Klagebefugnis von Aktionären nur zu empfehlen sei, wo sie durch Nachteilsausgleich und Kontrolle im Spruchstellenverfahren kompensiert werde.

⁴⁵ BT-Drucks. 16/11642, insbes. S. 41.

⁴⁶ Entgegen hM (vgl. zu jener Hüffer/*Koch*, AktG, 13. Aufl., § 246a Rn. 22; *Schatz* in Heidel, Aktienrecht, 4. Aufl., § 246a AktG Rn. 73). Die hM geht zurück auf Begründung RegE zum ARUG, BT-Dr. 16/11642 S. 41. *Noack* JZ 2018, 824, 830 kritisiert mit Recht, dass der BGH über die Auslegung des Begriffs *besondere Schwere* nicht entscheiden könne.

⁴⁷ Vgl. *Florstedt*, ZIP 2018, 1661, 1666 ff. mit zutreffenden Hinweisen auf das Verbot des Rechtsmissbrauchs durch die AG als „seit einigen Jahren vielleicht unterschätzte Schranke der Gestaltungsfreiheit beim Squeeze out“; eine strategische Einwahl in das Ausschlussverfahren widerspreche dem Willen des Gesetzgebers. *Grigoleit* AG 2018, 645, 661 (Zusammenfassung) will Freigabe nur dann nicht zulassen, wenn der HV-Beschluss auf einer offensichtlichen Rechtsverletzung beruht; das Evidenzkriterium stelle ein „gewisses

Meinung nach ist auch heute noch das überzeugend, was *Ulrich Noack* 2000 geschrieben hat, hier zitiert in den Worten von *Wolfgang Zöllner*, der sich ihm wortgewaltig anschloss:

„Ist eine Klage ... offensichtlich begründet, wäre es selbstverständlich nicht angängig, im Freigabeverfahren ersteinmal die Eintragung freizugeben.“⁴⁸

Verwaltungsorgane und Mehrheit könnten sich sonst willkürlich über alle minderheitsschützenden und sonstigen zwingenden aktienrechtlichen Regelungen hinwegsetzen. Auch Hinweis auf Schadensersatzansprüche der Antragsgegner/Aktionäre⁴⁹ oder Gewährung angemessener Abfindung zugunsten der außenstehenden Aktionäre legitimiert Freigabe nicht,⁵⁰ insb. auch nicht, soweit die Antragsgegner keinen Aktienbesitz über dem sogenannten Bagatellquorum⁵¹ des § 246a Abs. 2 Nr. 2 AktG nachweisen können.

ee) Eingangszuständigkeit beim Landgericht, zweite Instanz Oberlandesgericht. Rechtsbeschwerde zum BGH aufgrund gesetzlicher Zulassung nach § 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO (falls Zulassungsbeschwerde nach § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO ist jedenfalls Nichtzulassungsbeschwerde zu ermöglichen).⁵²

ff) Schiedsfähigkeit ist auszuschließen.⁵³

Maß an Prävention“ sicher und trage dem Problem der Entwertung zwingenden Rechts ausreichend Rechnung.

⁴⁸ *Zöllner* FS Westermann (2008), S. 1631, 1644; *Noack*, ZHR 164 (2000), 274, 283 („Im summarischen Verfahren darf keine Entscheidung zu Gunsten der Gesellschaft fallen, die nach gegenwärtiger Überzeugung des Gerichts in der Hauptsache zu ihren Lasten ausgehen wird. Diese klare Linie erweckt Bedenken, weil damit ein ... geringfügiger Anfechtungsmangel, z.B. die Verletzung bestimmter Informationspflichten, das Wirksam- und Bestandskräftig-Werden der Umwandlungsmaßnahme gehindert. Indessen ist die richtige Adresse für das Ausblenden unstreitig vorhandener ‚geringfügige‘ Mängel nicht das Freigabeverfahren – die Entscheidung zwischen anfechtungsrelevanten und nicht anfechtungsrelevanten Informationspflichten muss im materiellen Recht fallen.“), vgl. demgegenüber jetzt

⁴⁹ Nach hM ist diese auf die Prozesskosten beschränkt, vgl. Hüffer/*Koch*, AktG, 13. Aufl., § 246a Rn. 26, was erkennbar keinen zureichenden Schutz der Kläger bietet; zutreffend weisen *Seibert/Bulgrin*, FS Marsch-Barnier 2018, S. 521, 528, darauf hin, dass die Schadensersatzansprüche für Kleinaktionäre regelmäßig ohne Interesse sind. Kritisch bzgl. der hM deshalb *Schatz* in *Heidel*, Aktienrecht, 4. Aufl., § 246a AktG Rn. 93 f.

⁵⁰ So aber OLG Köln in Sachen STRABAG (ZIP 2017, 2468 = AG 2018, 126 = NZG 2018, 459 = juris Rn. 57) unter Verweis auf Regierungsbegründung zum ARUG, BT-Drucksache 16/11642, insbes. S. 41; vgl. demgegenüber zutreffend K. Schmidt/Lutter/*Schwab*, AktG 3. Aufl., § 246a Rn. 33: „Das materielle Recht lässt die Kompensation von Rechtsverstößen durch Ausgleichszahlungen gerade nicht zu; § 243 Abs. 2 Satz 2 AktG ist auf § 243 Abs. 1 AktG nicht anwendbar. Dann darf auch die Freigabe bei schwerer Rechtsverletzung nicht mit der Begründung verfügt werden, jene Verletzung werde durch den Schadensersatzanspruch nach § 246a Abs. 4 Satz 1 AktG ausreichend kompensiert ...“. Zutreffende Kritik auch bei *Florstedt*, ZIP 2018, 1661, 1666 ff.

⁵¹ Nach dem RegE zum ARUG sollten lediglich „Kleinstaktionäre“ mit einer Beteiligung bis nominal € 100 die Eintragung nicht verhindern können, was idR Börsenwerten bis € 2.000 entspreche, vgl. BT-Drucks. 16/11642, S. 42. Gesetz wurde ein zehnfach höheres Quorum. Ich habe im Gesetzgebungsverfahren erfolglos darauf hingewiesen, dass das Quorum die Stoßrichtung „Kleinstaktionär“ verfehlt und in der Praxis sehr leicht Börsenwerte von bis zu € 1 Mio. erreichen kann, *Heidel*, Status: Recht 06/2008, S. 188.

⁵² Vgl. (allerdings idR ohne ausdrückliche Bezugnahme auf die für die Wahrung der Rechtseinheitlichkeit und effektiven Rechtsschutz zentrale Frage, ob BGH in jedem Falle zu befassen ist, ggf. durch Nichtzulassungsbeschwerde) *Bayer/Möller*, NZG 2018, 801, 805; *Bayer*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion, Jahrestagung VGR 1999, 2000, S. 35, 51; aus dem Gesetzgebungsvorschlag bei *Bayer/Fiebelkorn*, ZIP 2012, 2181, 2191 (Verweis auf § 70 Abs. 2 FamFG) dürfte indes folgen, dass Rechtsbeschwerde ohne Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde gewollt ist; der *Arbeitskreis Beschlussmängelrecht*, vgl. AG 2008, 617, 626 sowie Gesetzesvorschlag § D Abs. 3 S. 2, will den BGH bewusst ausgeschaltet sehen.

⁵³ *De lege lata* ist Schiedsverfahren jedenfalls ausgeschlossen, weil das Freigabeverfahren zu den so genannten Fürsorgeverfahren des FamFG zählt und daher als solches nicht schiedsfähig ist, *Benedict/Gehle/U. Schmidt*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 7, 5. Aufl., § 146 Rn. 40.

- gg)** Die Geltung der Grundsätze des § 247 AktG sollte normiert werden.
- hh)** Die Möglichkeit für sämtliche Aktionäre der AG zur Beteiligung an den Verfahren sollte durch Regelungen entsprechend § 246 Abs. 4 S. 1 AktG sichergestellt werden.
- ii)** Die mit These I.4.(vi) *de lege ferenda* für den Anfechtungsprozess geforderte Regelung zum frühestmöglichen Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung und Entscheidung müsste entsprechend für die Freigabeentscheidungen gelten.⁵⁴
- c)** Erwägenswert ist die Wiedereinführung der Trennung der Freigabe der Handelsregistereintragung und deren dauernden Bestandskraft (Modell von § 327e Abs. 2 iVm § 319 Abs. 5, Abs. 6 AktG aF⁵⁵).⁵⁶
- d)** Erwägenswert ist nach dem Modell von *Heribert Hirte* die Normierung von zwei Freigabemöglichkeiten: zum einen bloße Freigabe der Handelsregistereintragung („Eintragungsfreigabe“), zum anderen ausnahmsweise Freigabe mit dauernder Bestandskraft der Eintragung („Bestandskraft-Freigabe“).⁵⁷
- aa)** Eintragungs-Freigabe über § 246a Abs. 1 AktG hinaus auch bei Satzungsänderung⁵⁸ mit geringeren materiellen Anforderungen als *de lege lata*. Aufhebung der Registereintragung aufgrund Beschlussmängelklage mit *ex nunc*-Wirkung. Effektiv abgesicherter (Modell § 327b Abs. 3 AktG) Schadensersatzanspruch zu Gunsten der Beschlussmängel-Kläger nach dem Modell des § 945 ZPO sowie aller Aktionäre, die gegen den

⁵⁴ *Zöllner* FS Westermann (2008), S. 1631, 1633 bemerkt mit Recht, dass die Feststellung der Bestandskraft des HV-Beschlusses für und gegen jedermann „eigenartig genug (ist) angesichts der Verfahrensregelung: die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung ergehen und die Einleitung des summarischen Verfahrens braucht nicht publiziert zu werden, so dass kein von der Entscheidung Betroffener von ihm Kenntnis zu erhalten braucht. Dass den Anforderungen an die Gewährleistung rechtlichen Gehörs genügt, ist mehr als zweifelhaft, aber nur eine von mehreren Bedenklichkeiten des Freigabeverfahrens. Angesichts der Verfahrensdefizite keinesfalls angängig ist es, dass das Verfahren nur mit dem Ziel der Sicherung der Eintragungswirkungen betrieben wird, also auch noch nach bereits stattgefundener Eintragung beantragt werden kann ...“

⁵⁵ (5) „¹Bei der Anmeldung nach Absatz 4 hat der Vorstand zu erklären, daß eine Klage gegen die Wirksamkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses nicht oder nicht fristgemäß erhoben oder eine solche Klage rechtskräftig abgewiesen oder zurückgenommen worden ist; hierüber hat der Vorstand dem Registergericht auch nach der Anmeldung Mitteilung zu machen. ²Liegt die Erklärung nicht vor, so darf die Eingliederung nicht eingetragen werden, es sei denn, daß die klageberechtigten Aktionäre durch notariell beurkundete Verzichtserklärung auf die Klage gegen die Wirksamkeit des Hauptversammlungsbeschlusses verzichten.“

(6) „¹Der Erklärung nach Absatz 5 Satz 1 steht es gleich, wenn nach Erhebung einer Klage gegen die Wirksamkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses das für diese Klage zuständige Landgericht auf Antrag der Gesellschaft, gegen deren Hauptversammlungsbeschuß sich die Klage richtet, durch rechtskräftigen Beschluß festgestellt hat, daß die Erhebung der Klage der Eintragung nicht entgegensteht. ²Der Beschluß nach Satz 1 darf nur ergehen, wenn die Klage gegen die Wirksamkeit des Hauptversammlungsbeschlusses unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist oder wenn das alsbaldige Wirksamwerden der Eingliederung nach freier Überzeugung des Gerichts unter Berücksichtigung der Schwere der mit der Klage geltend gemachten Rechtsverletzungen zur Abwendung der vom Antragsteller dargelegten wesentlichen Nachteile für die Gesellschaft und ihre Aktionäre vorrangig erscheint. ³Der Beschluß kann in dringenden Fällen ohne mündliche Verhandlung ergehen. ⁴Die vorgebrachten Tatsachen, aufgrund derer der Beschluß nach Satz 2 ergehen kann, sind glaubhaft zu machen. ⁵Gegen den Beschluß findet die sofortige Beschwerde statt. ⁶Erweist sich die Klage als begründet, so ist die Gesellschaft, die den Beschluß erwirkt hat, verpflichtet, dem Antragsgegner den Schaden zu ersetzen, der ihm aus einer auf dem Beschluß beruhenden Eintragung der Eingliederung entstanden ist.“

⁵⁶ *Hirte* FS Meilicke (2010), S. 201, 216 f.; vgl. auch *Zöllner* FS Westermann (2008), S. 1631, 1634.

⁵⁷ *Hirte* FS Meilicke (2010), S. 201, 216 f. (vgl. dazu *Stilz* FS Hommelhoff 2012, 1181, 1189 ff.); vgl. auch *Zöllner* FS Westermann (2008), S. 1631, 1634.

⁵⁸ Erhebliche Bedenken gegen Freigabe bei „mehr oder minder belanglose(n) Satzungsänderungen“ bei *Lutter*, JZ 2000, 837, 840, gegen das Gutachten F von *Baums* zum 63. DJT, 2000, F 169 ff.

HV-Beschluss gestimmt oder Widerspruch eingelegt haben; Definition eines Mindestschadens. Kodifizierung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft für die Zeit der Eintragung der später aufgehobenen Maßnahme.

bb) Bestandskraft-Freigabe nur in besonderen Ausnahmefällen⁵⁹: (i) Unzulässige oder offensichtlich unbegründete Klage; oder (ii) für die Gesellschaft unzumutbare Unsicherheit über den dauerhaften Bestand der Eintragung, weil ihr durch die Verzögerung schwere Nachteile drohen, und ihr Interesse an der raschen Bestandskraft des Hauptversammlungsbeschlusses das Interesse der Antragsgegner sowie der durch die Rechtsverletzung benachteiligten Aktionäre an der Beseitigung der Rechtsverletzung wesentlich überwiegt; Vorstehendes ist ausgeschlossen, falls Nichtigkeitsgrund nach § 241 AktG oder sonst eine besondere Schwere des Rechtsmangels vorliegt oder falls die Antragsgegner kumuliert mehr als ein Prozent oder mehr als nominal € 100.000 des Grundkapitals halten; und (iii) Bestandskraft verletzt allenfalls unerheblich die Interessen der am Rechtsstreit nicht beteiligten oder zukünftigen Aktionäre und der Öffentlichkeit.

3. Gebotene Änderungen in Details des materiellen Beschlussmängelrechts

a) Der Anfechtungsausschluss gem. § 243 Abs. 4 S. 2 AktG bei Bewertungsthemen ist systemwidrig und zu streichen. Gegen den Ausschluss spricht insb. (1) der in der (älteren) Rechtsprechung des BGH mit Recht hervorgehobene Grundsatz, dass Informationspflichten den Aktionär in die Lage versetzen müssen, eine informierte Entscheidung über Strukturmaßnahmen zu treffen,⁶⁰ sowie (2) die Darlegungslast der Aktionäre im Spruchverfahren⁶¹, der sie ohne sanktionierte Informationspflicht⁶² über die Grundlagen der Abfindung etc. nicht nachkommen können.

Der Wiederbelebung der Informationspflichten über Bewertungsfragen widerspricht auch nicht das Bedürfnis nach rascher Klarheit über die dauerhafte Wirksamkeit von Strukturmaßnahmen, da das Freigabegericht über nicht schwere Informationspflichtverletzungen hinweghelfen kann (vgl. § 246a Abs. 2 Nr. 3 AktG).

b) Ein kardinaler Webfehler ist die Heilung gemäß § 242 Abs. 2 S. 1 AktG von nach § 241 Nr. 3 und 4 AktG (Verstoß gegen Wesen der AG oder gute Sitten, Gläubiger- und öffentliche Interessen) nichtigen Hauptversammlungsbeschlüssen, die seit drei Jahren in das Handelsregister eingetragen sind.⁶³ Die Vorschrift ist zu streichen.⁶⁴

⁵⁹ Hirte FS Meilicke (2010), S. 201, 216 f.

⁶⁰ BGH ZIP 1995, 1256, 1258; BGHZ 122, 211, 238; BGH ZIP 1990, 168, 169; vgl. Henze, ZIP 2002, 97, 103.

⁶¹ § 4 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 SpruchG, vgl. dazu Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 4 SpruchG Rn. 8; Weingärtner in Heidel, Aktienrecht, 4. Aufl., § 4 SpruchG Rn. 16.

⁶² Nach hM besteht zB für den gesqueezezten Aktionär kein Antragsrecht mehr nach § 132 AktG, vgl. Hüffer/Koch, AktG 13. Aufl., § 132 Rn. 4a, aA Heidel in Heidel, Aktienrecht, 4. Aufl., § 132 AktG Rn. 5a. Vgl. allg. Zöllner in AG 2000, 145, 149: „Es gibt natürlich heute eine sich mehrende Zahl von Juristen, die in dem sich allenthalben entwickelnden Turbo-Kapitalismus es nicht so schlimm finden, wenn Mehrheitsmacht sich ungestörter entfalten kann als bisher. Indessen entspricht das nicht den Prinzipien einer guten Ordnung. Dies darf nicht dahin missverstanden werden, daß ich das vielfach zu beobachtende Auskunftserteilungstheater auf Hauptversammlungen gut finde, bei dem von schmierigenkomödiantischen Akteuren versucht wird, den Vorstand in die Rolle des Kasperls zu zwingen. Diesem Problem muss man auf andere Weise beikommen, nicht dadurch, daß man der Auskunftspflicht weithin die Sanktion wegnimmt.“

⁶³ Zöllner kritisiert mit Recht, dass so Bestimmungen wirksam werden können, die „zwingendem Gesetzesrecht widersprechen oder inhaltlich gegen die guten Sitten verstoßen. Letztlich führt dies dazu, dass Satzungsrecht stärker zu wirken vermag als zwingendes Recht“ (DNotZ 2001, 872, 874), was untragbar erscheint.

c) Zu normieren ist effektiver Rechtsschutz gegen Entscheidungen von Vorstand und Aufsichtsrat bei der Ausübung der Ermächtigung zur Durchführung von Kapitalerhöhungen (unter Bezugsrechtsausschluss) beim genehmigten Kapital.⁶⁵ Grundvoraussetzung ist, dass der Gesetzgeber die vom BGH gekippten Informationspflichten vor der Ausnutzung⁶⁶ ausdrücklich normiert.

d) Systemwidrig sind bloß deklaratorische und nicht anfechtbare HV-Beschlüsse, wie sie zB § 120 Abs. 4 AktG bei der Entscheidung zum Vergütungssystem vorsieht. Das ist bei der anstehenden Novelle aufgrund der Aktionärsrechterichtlinie („Say on Pay“⁶⁷) zu beachten und eine bindende HV-Beschlussfassung mit Anfechtungsmöglichkeit vorzusehen.

4. Gebotene Änderungen in Details des Prozessrechts

Im Anfechtungsprozess sind Reformen an den folgenden Stellen geboten:

a) Das Nachschieben von Anfechtungsgründen muss hinausgehend über die bislang hM⁶⁸ bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz möglich sein: Zweck der Anfechtungsfrist nach § 246 Abs. 1 AktG ist, dass die Gesellschaft innerhalb einer sehr knappen Frist weiß, ob ein HV-Beschluss auf den Prüfstand eines Gerichts gestellt wird. Die Anfechtungsfrist dient nicht dazu, versteckte Anfechtungsmängel (etwa solche, die besonders perfide verdeckt werden und erst nach Ablauf der Anfechtungsfrist im Prozess bekannt werden) der gerichtlichen Kontrolle zu entheben.

b) Anfechtungsbefugnis des Aufsichtsrats ist zu normieren.

c) Vorstand und Aufsichtsrat (s.o.) sind bei für die Hauptversammlung unentdeckbaren Fehlern zur Anfechtung verpflichtet.

d) § 246 Abs. 3 S. 4 AktG ist unzulänglich. Danach findet mündliche Verhandlung nicht vor Ende der Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG statt. Richtigerweise dürfen mündliche Verhandlung und Urteil erst einen Monat nach Nachweis der Bekanntmachung der Klagerhebung (§ 246 Abs. 4 S. 1 AktG) stattfinden; bis dahin muss zumal für Aktionäre ausreichende Möglichkeit zur Wahrung des rechtlichen Gehörs besehen.

⁶⁴ Koch, Gutachten F zum 72. DJT, F 54; *Grigoleit* AG 2018, 645, 662 (Zusammenfassung).

⁶⁵ Vgl. die Commerzbank-/Mangusta II-Rspr., BGHZ 164, 249; vgl. zur Kritik *Heidel* in *Heidel*, Aktienrecht, 4. Aufl., § 246 AktG Rn. 64a ff., vgl. zu den beschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten Hüffer/Koch, AktG 13. Aufl., § 203 Rn. 38 f.; *Groß/Fischer* in *Heidel*, Aktienrecht, 4. Aufl., § 203 AktG Rn. 122 ff., *Schürnbrand* ZHR 171 (2007), 731, 739 ff. hält Rückabwicklung für möglich; *Hirte* in *Großkommentar AktG* 4. Aufl., § 203 Rn. 10 favorisiert *de lege ferenda* Einführung eines Spruchverfahrens nebst Freigabeverfahren. Vgl. zum Rechtsschutz *de lege lata* jüngst BGH NZG 2018, 1019 Rn. 20 ff.

⁶⁶ Vgl. *Meilicke/Heidel*, DB 2000, 2358; *Lutter*, BB 1981, 863; *Hüffer*, AktG, 4. Aufl., § 203 Rn. 36 (später aufgegeben nach einem Gutachtauftrag der Commerzbank); *Bayer*, ZHR 168 (2004), 132, 155; *Bayer*, MünchKomm AktG 2. Aufl. § 203 Rn. 161 (differenzierend 4. Aufl., Rn. 155 ff.); aA BGHZ 164, 241 = juris Rn. 8 ff. (Commerzbank – Mangusta I).

⁶⁷ Richtlinie (EU) 2017/828 vom 17. Mai 2017, zu „Say on Pay“ s. Art. 9a & 9b.

⁶⁸ Zuletzt BGHZ 189, 32 = ZIP 2011, 1055 = NZG 2011, 669 (Rn. 13) entgegen erfreulicher Rechtsprechungswende in BGHZ 152, 1 = ZIP 2002, 1684 = NJW 2002, 3465; für großzügige Möglichkeit des Nachschiebens von Anfechtungsgründen grundlegend *Zöllner* in *Kölner Komm AktG*, 1. Aufl., § 246 Rn. 17 ff., 47 ff., 56; entsprechend *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. I, 1980, § 8 IV. 2. b, S. 467, *Heidel* in *Heidel* Aktienrecht, 4. Aufl., § 246 AktG Rn. 21; nunmehr auch *Noack/Zetsche* in *Kölner Komm AktG*, 3. Aufl., § 246 Rn. 33 ff.

- e)** „Sind die Aktionäre der Gesellschaft namentlich bekannt“ (§ 121 Abs. 4 S. 2 AktG sind Bekanntmachungen nach § 246 Abs. 4 S. 1 AktG zur Erhebung der Beschlussmängelklage auf dem Wege des § 121 Abs. 3 S. 2 AktG vorzunehmen.
- f)** Die Bekanntmachungen zur Anfechtungsklage nach § 248a AktG sollten auf nicht-börsennotierte Gesellschaften erweitert werden. Als Weg der Bekanntmachung darf bei diesen nur ein Veröffentlichungsweg entsprechend vorstehendem lit. verwendet werden.
- g)** Geboten ist die Normierung von effektivem Rechtsschutz für Fälle, in denen sich Versammlungsleiter (rechtswidrig) weigern, Beschlussanträge zu einem TOP zur Abstimmung zu stellen. ME ist zwar bereits *de lege lata* Rechtsschutz auf dem Wege der positiven Beschlussfeststellungsklage zu erreichen, deren Anwendungsbereich über den herkömmlich allgemein akzeptierten Bereich hinaus zu erweitern ist.⁶⁹ Effektiver Rechtsschutz ist in solchen Konstellationen aber dringlich; denn das geltende Recht sieht in der Auslegung der hM selbst in evidenten Fällen keine effektive Möglichkeit vor, einer rechtswidrigen Verweigerung der Abstimmung durch den Versammlungsleiter zu begegnen.⁷⁰
- h)** Rechtssystematisch nicht überzeugend (und der hL der zivilprozessualen Lit. widersprechend) ist die aktienrechtliche hM, dass Nebenintervenienten (zumal Aktionäre) an Vergleichen in Beschlussmängelprozessen nicht zu beteiligen sind.⁷¹
- i)** Möglichkeit des Ablaufs der Anfechtungsfrist nach § 246 Abs. 1 AktG vor Vorlage des HV-Protokolls an das Handelsregister nach § 130 Abs. 5 AktG kann nicht überzeugen und lädt zu missbräuchlich verzögerter Vorlage durch den Vorstand ein.
- j)** Die mehrfache Entstehung von Gerichtskosten bei Klageerhebung mehrerer Kläger trotz Pflicht zur sofortigen Prozessverbindung (§ 246 Abs. 3 S. 6 AktG) widerspricht dem Grundsatz des § 247 AktG zur angemessenen Deckelung des Prozesskostenrisikos.
- k)** Die gerichtliche Abwicklung von Anfechtungsprozessen ist zu optimieren.
- aa)** Mit Recht wird gefordert, die Rechtsordnung müsse durch ein personell und sachlich qualifiziert ausgestattetes Justizsystem schnelle qualifizierte Entscheidungen ermöglichen; rechtspolitische Aufgabe sei es, dass man die „Ursachen der ‚missbräuchlichen Aktionärsklagen‘ in Form langer Prozesse beseitigt“, nicht aber die Rechte der Aktionäre verkürzt.⁷²
- bb)** Ob die Organisation der Kammern für Handelssachen mit zwei Handelsrichtern und einem Berufsrichter angemessen ist, ist schwer zu beurteilen. Bei aktienrechtlichen Prozessen stehen häufig die harten, gleichermaßen komplexen wie komplizierten Rechtsfragen im Vordergrund. Bei erfahrenen Kammervorsitzenden (und 2 Handelsrichtern) ist eine solche Klage sehr gut aufgehoben. Es gibt aber Kammervorsitzende, die mit aktienrechtlichen Fragen äußerst selten zu tun haben. Erwägenswert erscheint die Schaffung von Spezialkammern mit drei Berufsrichtern und zwei Handelsrichtern mit besonderer Erfahrung im Bereich Gesellschaftsrecht.

⁶⁹ Vgl. *Heidel* in *Heidel*, Aktienrecht, 4. Aufl., § 246 AktG Rn. 12a; aA zB jüngst OLG Köln ZIP 2017, 1211 = NZG 2017, 1344 = AG 2017, 351 = juris Rn. 398 ff. – STRABAG.

⁷⁰ Vgl. zu sonstigen Rechtsfolgen eines solchen Verhaltens von Versammlungsleitern jüngst OLG Köln ZIP 2017, 1211 = NZG 2017, 1344 = AG 2017, 351 = juris Rn. 398 ff. – STRABAG.

⁷¹ Vgl. *Heidel*, Aktienrecht, 4. Aufl., § 246 AktG Rn. 9; vgl. aus der zivilprozessualen Literatur Zöller/*Vollkommer*, ZPO, § 91 a Rn. 58, Stichwort „Streitgenossenschaft“; Baumbach/*Lauterbach/Hartmann*, ZPO, § 91 a Rn. 78; Musielak/*Lackmann*, ZPO, § 91 a Rn. 58.

⁷² *Hirte*, FS Meilicke (2010), S. 201, 203; *Pentz*, AnwBlatt Online 2018, 712, 717.

cc) Jedenfalls ist gesetzlich vorzusehen, dass nach den Geschäftsverteilungsplänen dieselben Handelsrichter an allen Terminen eines Prozesses teilzunehmen haben.

dd) Innerhalb der Geschäftsverteilungspläne sollten aktienrechtliche Streitigkeiten auf eine (bzw. einzelne) Kammern konzentriert werden, wofür ggf. erforderliche gesetzliche Grundlagen zu schaffen sind.⁷³

ee) Auch bei den OLG sollte ein Spezialsenat für Beschlussmängelstreitigkeiten geschaffen werden, wofür ggf. erforderliche gesetzliche Grundlagen zu schaffen sind.

ff) Innerhalb der Bundesländer sollte die Zuständigkeit (je nach Größe des Landes) auf ein oder allenfalls zwei erst- und zweitinstanzlicher Gerichte konzentriert werden, um richterliche Fachkompetenz zu konzentrieren.

gg) Möglichkeiten der Konzentration der gerichtlichen Zuständigkeit über Ländergrenzen hinweg sollten geprüft werden.

5. Abzulehnende Reform-Forderungen

a) Bevor man in eine große Reformdiskussion mit dem erklärten Ziel der Beschneidung der Beschlussmängelklage oder der Beschränkung ihrer Wirkung bei Erfolg (!) eintritt, sollte man sich einmal die Zahlen der Beschlussmängelklagen anschauen:⁷⁴ 2017 gaben nur 46 AG, KGaA und SE die Erhebung von Beschlussmängelklagen bekannt; damit waren lediglich ca. 0,3 Prozent sämtlicher Gesellschaften von Klagen betroffen.⁷⁵ 2018, bis zum 20. September, waren es nur noch 26 Gesellschaften; d.h. nur noch ca. 0,15 Prozent. Das bestätigt, was der zuständige Referatsleiter im Justizministerium, Prof. Dr. *Ulrich Seibert*, jüngst in Frageform gekleidet feststellte: Die ARUG- und UMAG-Reformen hätten zu einem massiven Rückgang der Klagen um 80 % geführt; die Freigabeverfahren hätten sich deutlich beschleunigt, auf im Schnitt 75 Tage; man müsse sich angesichts dessen fragen, ob man wirklich „noch mehr tun müsse“; vielmehr dränge sich die Frage auf, „ob man nicht schon zu weit gegangen sei“.⁷⁶ Ein Massenphänom Beschlussmängelklage gibt es somit nicht.⁷⁷

b) Die *ex tunc*-Wirkung der Nichtigerklärung / die Kassation mangelhafter Beschlüsse ist beizubehalten. Sonst liefe die Schutzfunktion der Beschlussmängelklage leer.

aa) Es gibt keine mit dem Eigentumsschutz der Aktionäre und dem effektiven Rechtsschutz vereinbare Begründung dafür, warum es ein berechtigtes Interesse der AG (d.h. faktisch der Mehrheit und der von ihr beherrschten Organmitglieder) an der Aufrechterhal-

⁷³ Vgl. allg. Forderung nach Spezialkammern etc. *Pentz*, AnwBlatt Online 2018, 712, 717; *Puszkajler*, zit. nach Verhdlg. 63. DJT, Bd. II/2 Sitzungsberichte, O 109.

⁷⁴ Letzte veröffentlichte Zahlen für 2015/16 bei *Bayer/Hoffmann*, AG 2017, R 155 ff: 2015 und 2016 hätten pro Jahr insg. weniger als 100 nach § 246 AktG bekannt gemachte Klagen 46 AG/KGaA und SE (0,3 Prozent aller AG etc.) betroffen; in der sog. „Hochphase“ vor Inkrafttreten des ARUG seien „150 und mehr“ AG etc. betroffen gewesen; schaut man sich die dort zitierte Zählung von *Bayer/Hoffmann* in ZIP 2012, 1193, 1200, an, sieht man tatsächlich folgende Zahlen von betroffenen Gesellschaften in den Jahren 2007 bis 2012: 150, 164, 93, 70, 58, 55.

⁷⁵ So die Zählung einer Mitarbeiterin. Das Institut für Rechtstatsachenforschung zum Deutschen und Europäischen Unternehmensrecht an der Uni Jena (Prof. Dr. *Bayer*) zählte für 2017 insg. 72 Bekanntmachungen; ich bin der Frage nicht nachgegangen, wer richtig gezählt hat.

⁷⁶ *Seibert/Hartmann* FS Stilz 2014, 586; ähnlich *Noack* JZ 2018, 824, 825 („Allerdings stellt sich jetzt die Frage, ob das Kind nicht mit dem Bade ausgeschüttet wurde.“).

⁷⁷ Soweit *Noack* JZ 2018, 824, 825 schreibt, es sei „eine veritable Klageindustrie in den letzten drei Jahrzehnten nachgewiesen worden“, übergeht er den rapiden Rückgang seit 2009.

tung rechtswidriger Beschlüsse geben soll, die Gegenstand einer Klage sind. Im deutschen Gesellschaftsrecht und speziell dem Aktienrecht gilt vielmehr der Grundsatz, den der BGH in Sachen *Holzmüller* so formuliert hat:

„... jeder Aktionär hat ... einen verbandsrechtlichen Anspruch darauf, daß die Gesellschaft seine Mitgliedsrechte achtet und alles unterläßt, was sie über das durch Gesetz und Satzung gedeckte Maß hinaus beeinträchtigt.“⁷⁸

bb) Es gibt auch keinen überzeugenden Beleg dafür, dass angedachte alternative Konzepte⁷⁹ zB der bloßen Feststellung der Rechtswidrigkeit einschließlich der Begründung von Schadenersatzansprüchen der Aktionäre⁸⁰ sowie des Öffentlich-Machens des Fehlers⁸¹ ähnlich effektiv wie das bisherige System der Beschlusskassation für rechtmäßige Verhältnisse in der Aktiengesellschaft sorgen. Der zuständige Referatsleiter im Bundesjustizministerium Prof. *Seibert* hat das gut beobachtet und in feiner Diktion in Hinblick auf das Freigabeverfahren beschrieben:

- Die Einschränkung des Rechtsschutzes verkürze auf ein Minimum sowohl den mitgliedschaftlichen Individualrechtsschutz als auch die über-individuelle, die präventive Funktion der Anfechtung. Die Einhaltung von Gesetz und Satzung sicherzustellen, die „Polizeifunktion“ der Beschlussmängelklage sei dahin. Es gebe keinen ökonomischen Anreiz mehr zur Klageerhebung.
- Damit steige „gleichzeitig der Anreiz für opportunistisches Verhalten kontrollierender Aktionäre“.⁸²

Walter Bayer hat 1999 auch heute noch zutreffend beschrieben, warum auf die *ex tunc*-Kassation als regelmäßige Folge von rechtswidrigen Beschlüssen nicht verzichtet werden darf⁸³ (heute vertritt er allerdings die entgegengesetzte Meinung⁸⁴):

⁷⁸ BGHZ 83, 122, 133; vgl. auch zuvor RGZ 3, 123, 126, wonach der Aktionär ein Recht darauf hat, dass die Gesellschaftsorgane den gesetzlichen Bestimmungen und dass er „zur Realisierung dieses Rechts die richterliche Hilfe anrufen“ könne. In dieselbe Richtung ging die vorherige Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts, das das Recht des Aktionärs anerkannte, „um der Gesellschaft und seiner Mitgliedschaft willen zu verlangen, daß der Gesellschaftswille sich entsprechend den Gesetzen und statutarischen Bestimmungen bethätige“, ROHG 23, 273, 275. Wenn man diesen Grundsatz ernst nimmt, dann kann die Rechtsfolge der Verletzung des verbandsrechtlichen Anspruchs des Aktionärs nur sein, dass die diesen Anspruch verletzenden HV-Beschlüsse nicht wirksam werden bzw. (nach dem im bisherigen Umfange etablierten Modell der Anfechtung) gerichtlich zu kassieren sind.

⁷⁹ ZB vom Gutachter oder vom *Arbeitskreis Beschlussmängelrecht*, vgl. AG 2008, 617.

⁸⁰ *Noack* JZ 2018, 824, 828 meint mE zu Unrecht, den Vorstand schrecke die Haftungsgefahr „wohl“ weit mehr als der Anfechtungsprozess auf Kosten der AG. Es ist nicht ersichtlich, ob und ggf. auf welche Empirie *Noack* diese Erwartung stützt. Jedenfalls erscheint seine Einschätzung nicht zuzutreffen: Die persönliche Haftung der Vorstandsmitglieder wird in 99,9 % der Fälle durch eine D&O-Versicherung abgedeckt sein (wobei sogar der Selbstbehalt nach § 93 Abs. 2 S. 3 AktG nach hM versichert werden darf, vgl. *U. Schmidt* in *Heidel*, Aktienrecht, 4. Aufl., § 93 AktG Rn. 196; *Hüffer/Koch*, AktG, 13. Aufl., § 93 Rn. 59. Gerade auch das von *Noack* angeführte Beispiel, mit der er seine Sicht illustrieren will, dass Feststellung der Rechtswidrigkeit als Sanktion genüge, illustriert mE gerade die Unzulänglichkeit des Konzepts. *Noacks* Beispiel geht so: Der Vorstand ordne vor der HV eine übertriebene Eingangskontrolle an; das Gericht sehe diese als Verletzung des Teilnahmerechts der Aktionäre an. Dann stehe „in der Regel zu erwarten, dass diese Maßnahme zukünftig unterbleibt“. Worauf *Noack* diese Erwartung stützt, ist nicht ersichtlich. Nicht ersichtlich ist auch, warum der gleichwohl gefasste HV-Beschluss wirksam sein soll, zB über einen Bezugsrechtsausschluss, wenn die Taschenkontrollen (natürlich rein zufällig) den Paketaktionär mit einer Sperrminorität getroffen haben, der daraufhin nicht in die HV hineingelassen wurde.

⁸¹ Vgl. das Gutachten, F 30 ff. (insbes. F 38 f.), F 50 ff., sowie *Arbeitskreis Beschlussmängelrecht*, AG 2008, 617, 618, 622.

⁸² *Seibert/Bulgrin*, FS Marsch-Barner 2018, S. 521, 528.

Rechtsfolge der erfolgreichen Anfechtungsklage sei die Beschlussnichtigkeit. Sanktion und Prävention ständen in unmittelbarem Zusammenhang. Daher habe das Risiko der Beschlussvernichtung eine starke präventive Wirkung. Eine seriöse Verwaltung werde bestrebt sein, keinen Anlass für eine Beschlussanfechtung zu geben. Einschränkungen der Anfechtung und Beschlussvernichtung wie alternative Rechtsschutzmodelle, die auch im Falle vorhandener Beschlussmängel die Beschlussnichtigkeit vermeiden, böten diese Präventionswirkung der *lex lata* nicht. Sie ließen daher die unerwünschte Folge erwarten, dass Verwaltung und Mehrheit Gesetz und Satzung weniger sorgfältig als unter Geltung des Konzepts der *ex tunc*-Kassation von HV-Beschlüssen beachten.⁸⁵

Zusammengefasst: Die ökonomische Bedeutung von Aktiengesellschaften ist zu groß, als dass sie sich als Experimentierfeld in einem Bereich eignet, der zentral für die Wahrung der Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens und den Anlegerschutz ist. Ich sehe vielmehr die Wahrscheinlichkeit, dass die angedachte alternative Sanktionierung von Fehlern gerade ein Einfallstor für Missbrauch der Klage und Pressure zum Abkaufen des Anfechtungsrechts ist. Denn aus Sicht manch eines Klägers liegt die Spekulation nahe, dass sich die AG zur Vermeidung der öffentlichkeitswirksamen Diskussion über Verfehlungen und Missmanagement durch Zahlungen aus der Gesellschaftskasse entziehen wird.⁸⁶ Eine Klage ohne effektive Sanktion bei Erfolg ist folgenlos und für die Kläger damit nutzlos. Sie wird daher kaum einmal erhoben werden – außer mit dem Ziel, sie sich abkaufen zu lassen.

⁸³ Gesellschaftsrecht in der Diskussion, Jahrestagung VGR 1999, 2000, S. 35, 38 f.

⁸⁴ Bayer/Möller, NZG 2018, 801, 805.

⁸⁵ Bayer verweist u.a. auf Hommelhoff, ZGR 1990, 447, 454, wo dieser Folgendes festgehalten hat, was auch heute noch zutrifft: Kompetenzen und Informationsrechte der Gesellschafter seien zu respektieren; das gewähre neben Urteilen wie BGHZ 83, 122 (Holzmüller) die Anfechtungsbefugnis der Aktionäre und die Drohung mit ihr; eben will jeder Aktionär unabhängig von der Größe seines Anteilsbesitzes Informationen beanspruchen und Anfechtungsklage erheben könne, seien Verwaltungsorgane in der Praxis penibel darum bemüht, sich im Verhältnis zur HV und zu den Aktionären „stets und überall rechtmäßig zu verhalten, insbesondere die notwendigen Informationen zu geben.– Ob das auch noch dann noch so wäre, wenn das Individualrecht „Anfechtungsklage“ in ein bloßes Minderheitsrecht verwandelt würde, wird man füglich bezweifeln können.“ Vgl. auch Grigoleit AG 2018, 645, 660 (Zusammenfassung), der mit Recht darauf hinweist, die nach geltender Rechtslage bereits verfügbaren Alternativen zur Invalidierung (Feststellungsurteil; Schadensersatzanspruch) gingen zwar nicht gänzlich ins Leere, hätten aber „keine systematisch relevante Präventionswirkung“. Habersack/Stilz ZGR 2010, 710, 721 weisen mit Recht darauf hin, wenn – wie nach dem Muster des Freigabeverfahrens – Beschlüsse zur Eintragung freigegeben, also nicht kassiert werden, „gerade bei diesen besonders wichtigen Beschlüssen ... in vielen Fällen eine Rechtskontrolle ... nicht mehr erfolgen oder aber praktisch folgenlos bleiben“ wird.- Habersack, Bucerius Law Journal 2009, 31, 32, stellt mit Recht fest, dass das Hauptverfahren der Anfechtungsklage nur noch „von eher theoretischer Bedeutung“ ist, nachdem das Gericht den Freigabebeschluss erlassen hat – eine *praktische Bedeutung* für die Verhaltenssteuerung der AG (ihrer Mehrheit und Verwaltungsorgane) hat der Prozess nämlich nicht mehr, wenn im Freigabeverfahren der HV-Beschluss ungeachtet seiner Rechtswidrigkeit durchgesetzt wurde.- Pentz, AnwBlatt Online 2018, 712, 717, bemerkt in Frageform gekleidet mit Recht, er frage sich, ob Gerichte wirklich die richtige Stelle sind, über auf den Einzelfall bezogene Rechtsfolgen zu entscheiden, oder ob dies nicht vielmehr mit den Gesellschaftern in der Hand derer bleiben sollte, deren Rechtsgeschäft der Beschluss und deren wirtschaftliche Veranstaltung die Gesellschaft darstelle; gegenüber dem staatlichen Eingriff in privatautonome Rechtsgeschäfte und deren Rechtsfolgen sei Vorsicht angezeigt; zudem sei mit der vom Gutachter favorisierten gerichtlichen Gestaltungsmöglichkeit Rechtsunsicherheit verbunden, die für die Beteiligten – jedenfalls für die gegen den Beschlusswirkung vorgehenden Kläger – unzumutbar wäre; schließlich seien Beschlüsse Rechtsgeschäfte, weshalb die vom Gutachter angedachte Rechtsfolge Gefahr laufe, eine von den am Rechtsgeschäft Beteiligten gar nicht gewollte Rechtsfolge zu erzeugen, was mit den sonst geltenden rechtsgeschäftlichen Grundsätzen (§ 140 BGB) „kaum zu vereinbaren wäre“; soweit tatsächlich ein Interesse an einem rechtswidrig zustande gekommenen Beschluss bestehe, genüge das Instrument der Bestätigung nach § 244 AktG.

⁸⁶ So auch die Erwartung von Grunewald, NZG 2009, 967, 968.

cc) Die gebotene Aufrechterhaltung der *ex tunc*-Kassation bedeutet für die Praxis keine ernsthafte Beeinträchtigung der Abläufe der AG. Wichtige Strukturmaßnahmen können im Wege des Freigabeverfahrens bestandskräftig werden. Mit Augenmaß kann und muss man die Rechtsfolgen nichtiger / nichtig erklärter Beschlüsse auf Folgegeschäfte beschränken. BGHZ 196, 195 ff. zur nichtigen Aufsichtsratswahl bietet hierfür gute Ansatzpunkte.⁸⁷ Im Vordergrund steht dabei der Vertrauensschutz Dritter. Dafür bietet das etablierte Aktienrecht hinreichend gut funktionierende Instrumente (z.B. Grundsätze fehlerhafter Gesellschaft⁸⁸, fehlerhaft bestellter Organe⁸⁹, Anfechtung des Beschlusses über die Verwendung des Bilanzgewinns nach § 254 AktG nur, wenn Anteile der klagenden Aktionäre zusammen 1/20 des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von € 500.000 erreichen, Nichtigkeit des vom Vorstand und Aufsichtsrat festgestellten Jahresabschlusses kann bei nicht ordnungsgemäßer Mitwirkung dieser Organe gemäß § 256 Abs. 6 AktG nicht mehr geltend gemacht werden, wenn seit Bekanntgabe des Abschlusses sechs Monate vergangen sind).

dd) Nicht überzeugen können auch Forderungen nach bloßer *ex nunc*-Nichtigkeit.⁹⁰ Die dafür angeführten Begründungen konzentrieren sich idR auf die Schwierigkeit der Rückabwicklung.⁹¹ Das kann aus drei Gründen nicht überzeugen:

(1) Den zentralen Grund hat BGHZ 196, 195 ff. zur rechtswidrigen AR-Wahl *de lege lata* herausgearbeitet.⁹² Die Normierung einer bloß *ex nunc*-Wirkung eine extreme Ausweitung der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft / des fehlerhaften Organs bedeuten. Angesichts der langen Dauer von Prozessen bis zur Rechtskraft wäre in der Zwischenzeit der rechtswidrige Zustand ein nicht rückgängig zu machender Dauerzustand.

(2) Erfahrungen mit Rückabwicklung hat man im Zivilrecht in großem Umfange. BGHZ 196, 195 ff. weist für eine so komplexe Thematik wie einen nichtig bestellten AR auf gute *Lösungsmöglichkeiten* hin. Ggf. könnte man weitere Grundsätze der angemessenen Rückabwicklung normieren, statt ein Alles-Oder-Nichts zu normieren.

(3) Wie wenig die Sicht von der *ex nunc*-Wirkung überzeugen kann, zeigt sich am folgenden Beispiel: Der grob rechtswidrig gewählte AR (alle Instanzen gehen von der Rechtswidrigkeit aus) bestellt im Jahr 05 nach seiner Bestellung, gezielt unmittelbar vor Rechtskraft der BGH-Entscheidung, die die (nach den Forderungen *ex nunc*-) Rechtswidrigkeit der AR-Wahl ausspricht, einen vielköpfigen Vorstand neu. Die AG hat den Prozess erfolgreich in die Länge gezogen. Die Vorstandsmitglieder sind überbezahlt und knapp unter

⁸⁷ Dem BGH zustimmend *Schatz/Schödel* EWiR 2013, 333; vgl. auch *Heidel* in *Heidel*, Aktienrecht, 4. Aufl., § 250 AktG Rn. 9 ff.

⁸⁸ S. etwa *Arnold*, in: *Kölner Komm AktG*, 3. Aufl., § 23 Rn. 160; *Pentz*, in: *MünchKomm AktG*, 4. Aufl., § 23 Rn. 175; *Heidel/Lochner* in *Dauner-Lieb/Heidel/Ring*, NK-BGB, 3. Aufl., Vor §§ 21 ff. Rn. 28 ff.

⁸⁹ Vgl. BGH ZIP 2011, 2195; BGHZ 41, 282, 286 ff.; BGHZ 168, 188 Rn. 14.

⁹⁰ Vgl. zB der *Arbeitskreis Beschlussmängelrecht* in seinem Gesetzgebungsvorschlag § B Abs. 1, 2, und 3, AG 2008, 617, 618, 621 f. (Begründung); *Koch*, Gutachten F zum 72. DJT, F 38, 40, 92 (zur GmbH) sowie 102, 105 (sogar für Organbeschlüsse); *Noack*, JZ 2018, 824, 830.

⁹¹ *Koch*, Gutachten F zum 72. DJT, F 102.

⁹² Rn. 20: „Das Aufsichtsratsmitglied, dessen Wahl nichtig ist oder für nichtig erklärt wird, ist für die Stimmabgabe und Beschlussfassung wie ein Nichtmitglied zu behandeln. Würde der nichtig oder anfechtbar gewählte Aufsichtsrat in allen Fällen wie ein wirksam bestelltes Organ behandelt, wirkte eine erfolgreiche Wahlanfechtung insgesamt nur *ex nunc*; auch die Nichtigkeit eines Wahlbeschlusses würde erst ab gerichtlicher Feststellung Wirkungen entfalten. Das lässt sich mit § 250 Abs. 1 AktG, wonach Wahlbeschlüsse von Anfang an nichtig sein können, und mit der Verweisung in § 250 Abs. 1 AktG auf § 241 Abs. 5 AktG, wonach der Wahlbeschluss *ex tunc* nichtig ist, wenn er für nichtig erklärt wird, nicht in Einklang bringen.“

der Schwelle des wichtigen Grundes nach § 84 Abs. 3 AktG inkompetent; ihre wesentliche Qualifikation: Sie sind Spezies der AR-Mitglieder.⁹³ Die Bestellung eines solchen Vorstands durch einem zwar rechtswidrig gewählten, aber (nach den *de lege ferenda* aufgestellten Forderungen) lediglich *ex nunc* gesamt-nichtigen AR hatte dauerhaft Bestand.

Es ist kein Grund ersichtlich, warum die gesamt-nichtig bestellten AR-Mitglieder bzw. die sie tragende damalige HV-Mehrheit in der AG praktisch dauerhaft ihren Willen durchsetzen kann. *Ex tunc*-Nichtigkeit und angemessene Anwendung des Grundsatzes von Vertrauensschutz / Bestandsschutz nach dem Modell des BGH lösen diesen Konflikt deutlich überzeugender.

Eine hinreichende Sicherung rechtmäßiger Verhältnisse bietet es auch nicht, dass nach dem Modell des Gutachters⁹⁴ das erstinstanzliche Gericht bald nach der Klage in einer Zwischenentscheidung (die nach Sicht des Gutachters nicht revisibel ist⁹⁵) die Möglichkeit der Kassation bejahen kann. ME kann es aber nicht auf die Sicht des ersten mit der Sache befassten Richters im Schnellverfahren (der Zwischenentscheidung) ankommen, ob ein Beschluss *ex tunc* kassiert wird. Die Bedeutung der rechtskräftigen Entscheidung des BGH würde in entscheidender Hinsicht entwertet, wenn dieser zur Frage der zentralen Rechtsfolge eines mit Mängeln behafteten Beschlusses (d.h. Kassation) überhaupt nichts mehr zu sagen hätte.⁹⁶

c) Abzulehnen ist die vom Gutachter favorisierte Einführung einer flächendeckenden Verhältnismäßigkeitsprüfung (diese ist entgegen seiner Sicht keineswegs „weitgehend konsentiert“⁹⁷) als Voraussetzung für die Beschlusskassation⁹⁸ - sowohl hinsichtlich des

⁹³ Nach dem Modell des Gutachters zu Beschlussmängeln von Organbeschlüssen (*Koch*, Gutachten F zum 72. DJT, F 96 ff.) wären auch aus anderen Gründen als der Mitwirkung rechtswidrig Besteller inhaltlich rechtswidrige Beschlüsse des AR lediglich anfechtbar – und entsprechende Anfechtungsfristen idR abgelau- fen.

⁹⁴ *Koch*, Gutachten F zum 72. DJT, F 43 f., aufsetzend auf den *Arbeitskreis Beschlussmängelrecht*, AG 2008, 617, 618 § D Abs. 3.

⁹⁵ *Koch*, Gutachten F zum 72. DJT, F 47 im Anschluss an *Arbeitskreis Beschlussmängelrecht* AG 2008, 617, 618, § D Abs. 2, Abs. 3 S. 3, 624 f.

⁹⁶ Vgl. auch die zutreffende gemeinsame Beobachtung durch einen prominenten Richter und einen ebenso prominenten Gesellschaftsrechtler, dass nach Freigabe einer Eintragung der Fortgang des Hauptprozesses nur noch *von theoretischer Bedeutung* bzw. *praktisch folgenlos* sein werde, *Habersack/Stilz* ZGR 2010, 710, 721 sowie *Habersack*, *Bucerius Law Journal* 2009, 31, 32.

⁹⁷ *Koch*, Gutachten F zum 72. DJT, F 13; demgegenüber zutreffend *Mülbert*, *NJW* 2018, 2771, 2772 („überoptimistisch“, „Verhältnismäßigkeitsprüfung [ist] der schärfsten Kritik ausgesetzt“).

⁹⁸ *Mülbert*, *NJW* 2018, 2771, 2773, 2774. Vgl. zu Zweifeln allg. *Zöllner*, AG 2000, 145, 149; *Zöllner* verhehlt nicht, er „liebe an sich diesen Grundsatz“ und habe seine Anwendung auf die Anfechtungsklage schon bejaht (zB *Kölner Kommentar/Zöllner*, 1. Aufl., § 243 Rn. 104; *Zöllner* ZGR Sonderheft 12, 1994, S. 148, 158 f.), und zwar wenn „der dem Kläger aus der Durchführung der Klage entstehende Vorteil gänzlich außer Verhältnis steht zu dem Schaden, den die Beschlussvernichtung für die Gesellschaft anrichtet, aber immer nur abstrakt, sobald man versuche, konkrete Fälle zu bilden, gerate man in Schwierigkeiten. *Zöllner* nennt dann drei Modelle: (1) Je schwerer der Rechtsverstoß der AG, desto eher müsse sie einen schweren Nachteil aus der Anfechtung in Kauf nehmen. Man stehe dann aber vor der Schwierigkeit, wie Rechtsverstöße zu gewichten seien. (2) Man könne auch erwägen, den Nutzen der Anfechtung in Beziehung zu setzen zum Nachteil/Schaden für die AG, dabei entstehe aber das Problem, dass ein vermögensmäßiger Nutzen des Anfechtungsklägers nicht vorliegen werde, wenn die erfolgreiche Anfechtung der AG Schaden zufügt. (3) Keinesfalls dürfe man bei der Bestimmung des Nutzens der Anfechtung einfach an die Höhe der Beteiligung des Klägers anknüpfen. Solche Überlegungen hätten seine anfänglichen Erwartungen an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Mittel zur Bekämpfung von Anfechtungsübeln stark gedämpft, er schließe aber „abstrakt“ die Anwendungsmöglichkeiten nicht aus. Vgl. auch *Grigoleit* AG 2018, 645, 660 (Zusammenfassung), der den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit folgender Begründung ablehnt: Das Kriterium würde die zwingenden Voraussetzungen von HV-Beschlüssen pauschal unter einen Vorbehalt der Wirtschaftlichkeit aus Sicht der Mehrheitsinteressen stellen;

sog. beschlussbezogenen Filters (dazu unten unter bb) als auch des sog. klägerbezogenen Filters (dazu unten unter cc): Bagatellfehlern versagt die Rechtsprechung schon heute regelmäßig die Relevanz für das Beschlussergebnis und verneint so die Rechtswidrigkeit des Beschlusses⁹⁹; das entspricht dem guten Grundsatz *minima non curat praetor*.¹⁰⁰

aa) Der Gutachter begründet seine Forderung nach Einführung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (nicht nur für Strukturmaßnahmen, sondern generell bei HV-Beschlüssen¹⁰¹ und tendenziell bei Gesellschafterbeschlüssen in allen anderen Gesellschaftsformen incl. Verein¹⁰² sowie wohl sogar auch Organbeschlüssen¹⁰³) mit zwei Gründen: (1) Missbrauchsgefahr der Beschlussmängelklage und (2) Fehleranfälligkeit des Gesellschafterbeschlusses.¹⁰⁴ Keiner der Gründe kann überzeugen.

(1) Missbrauchsanfälligkeit: Diese ist seit 130 Jahren ein bekanntes Thema (Klagemöglichkeit öffnet „Chikane Thür und Thor“, hieß es schon in der Gesetzesbegründung 1884)¹⁰⁵. Aber was schadet es, wenn ein Rechtsinstitut missbraucht werden kann? Begegnet man dem, indem man das Rechtsinstitut beschränkt? Nein, mE muss man den Missbrauch im Einzelfall da abwehren, wo er auftritt (vgl. oben im Abschnitt I.1.b.aa., bb.) – aber nicht das (an sich als gut befundene) Rechtsinstitut als solches entwerten. Es schadet nichts, wenn ein Beschlussmängelkläger, der eine berechtigte Klage erhebt, an sich Böses im Schilde führt.¹⁰⁶ Erfolg mit seinem Missbrauchsversuch kann er nur haben, wenn sich die andere Seite darauf einlässt und die berechtigte (oder die unberechtigte) Klage auf Kosten der AG oder des Großaktionärs abkauft. Das verhindert den gebotenen Rechtsschutz, idR aus eigensüchtigen Motiven der Organmitglieder oder ihres Großaktionärs.

(2) Fehleranfälligkeit des Gesellschafterbeschlusses: Diesen Aspekt empfinde ich geradezu als Kapitulation. Vielleicht ist die eine oder andere materiell-rechtliche Vorschrift zu kompliziert geraten. Dann mag man diese vereinfachen (freilich sagt mir meine Erfahrung,

es bestehe die Gefahr, zwingende Vorschriften weitgehend sanktionsfrei zu stellen und damit zu entwerten; auch eine Verknüpfung der wirtschaftlichen Verhältnismäßigkeitsperspektive mit einem normativen Schwerevorbehalt löse das Spannungsverhältnis nicht; denn es gebe keine überzeugenden Maßstäbe für die Disposition über zwingendes Recht; die Einführung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sei „sowohl aus der Perspektive der Gewaltenteilung als auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsstaatlichkeit abzulehnen“.

⁹⁹ Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 243 Rn. 13 mit Verweis auf BGHZ 149, 158, 163 ff. = NJW 2002, 1128; BGHZ 160, 253, 255 f. = NJW 2004, 3561; BGH ZIP 2017, 2245 Rn. 74 f.; vgl. auch *Heidel* in *Heidel*, Aktienrecht, 4. Aufl., § 243 AktG Rn. 10

¹⁰⁰ Vgl. *Köln* Kommentar/Zöllner, 1. Aufl., § 243 Rn. 104 zur Möglichkeit der Einschränkung der Anfechtbarkeit bei geringfügigen Fehlern.

¹⁰¹ Koch, Gutachten F zum 72. DJT, F 14 ff., F 20 ff. F 44 ff.

¹⁰² Koch, Gutachten F zum 72. DJT, F 14 ff., F 89 ff., 93 f.

¹⁰³ Koch, Gutachten F zum 72. DJT, F 14 ff., F 104 f.

¹⁰⁴ Koch, Gutachten F zum 72. DJT, F 14 („Schwerfälligkeit und Fehleranfälligkeit der Beschlussfassung“); F 15 („erhöhte Gefahr, dass diese Fehler gerichtlich beanstandet werden“, da Beschluss „auch die überstimmten Mitglieder bindet“; regelmäßig hohe wirtschaftliche Bedeutung von Strukturakten, „die eine Rückabwicklung erschwert und zugleich das Erpressungspotenzial für missbräuchliche Blockade erhöht“); F 25 („Schwierigkeiten einer in vielerlei Hinsicht durchnormierten kollektiven Entscheidungsfindung“, im „Licht der weitreichenden Fehlerfolgen sollen geringfügige Mängel die Kassation nicht auslösen“ .

¹⁰⁵ Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes für die KGaA und AG (1884), abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 4, 1985, S. 467.

¹⁰⁶ Vgl. das in Fn. von Abschnitt I.1.a.aa. wiedergegebene Zitat des vormaligen Vorsitzenden des BGH-Gesellschaftsrechtssenats *Goette*.

die meisten erfolgreichen Beschlussmängelklagen beruhen darauf, dass AG-Verwaltung und Großaktionär ganz bewusst die Grenzen der Belastbarkeit des Rechts ausgetestet). Aber die Wirksamkeit von (ggf. zu komplizierten) Vorschriften dadurch zu relativieren, dass man die Rechtsfolgen nachjustiert? Eine Rechtsfolgendifferenzierung anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist dem Privatrecht an sich fremd. Das räumt der Gutachter selbst ein.¹⁰⁷

In der Literatur ist es *Alexander Schall*, der die fehlende Systemgerechtigkeit, an den Rechtsfolgen zu drehen, in Hinblick auf die Abwägungsvariante des Freigabeverfahrens klar und zutreffend auf den Punkt gebracht hat:¹⁰⁸ Der Gesetzgeber laufe

„Gefahr, grundlegende Prinzipien des Verhältnisses zwischen materiellem Recht und Prozessrecht zu verletzen. Das Dilemma ist relativ einfach zu beschreiben. Der Gesetzgeber hat versucht, mit dem Freigabeverfahren auf prozessualen Wege eine materiell-rechtliche Beschränkung der missbrauchsanfälligen Anfechtungsklagen zu implementieren. Aus Sicht des Art. 14 GG wäre das als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Aktieneigentums sicherlich in Ordnung. **Doch reibt sich die prozessuale Lösung mit dem effektiven Rechtsschutz. Wo der Gesetzgeber ein subjektives Recht einräumt, muss dieses auch effektiv durchgesetzt werden können.** Wo das subjektive Recht in der Sache zu weit geht, muss also dieses selbst begrenzt, nicht seine Durchsetzung partiell verhindert werden.“

Das Common Law umschreibt den Grundsatz so: „Where there is no remedy, there is no right.“ Die Lateiner unter uns sagen: „Ubi jus ibi remedium“.¹⁰⁹

bb) Zunächst zum beschlussbezogenen Filter: Der Gutachter will Nützlichkeit abwägen mit Rechtmäßigkeit. Ich bin nicht überzeugt, dass das hinreichend rechtmäßige Verhältnisse garantiert, dass das der objektiven Funktion des Beschlussmängelrechts gerecht wird.¹¹⁰ Recht hinter bloße Nützlichkeitsabwägungen zurückzustellen ist kein systematisch stimmiges Petitum. Auch der Gutachter räumt das im Prinzip ein:

„Wenn der Verstoß aber zu eklatante Formen annimmt, setzt sich die Rechtsordnung zu sich selbst in Widerspruch, wenn sie seine Wirksamkeit akzeptiert. Es ist schon generell ein gewöhnungsbedürftiger Gedanke, dass das Recht hinter Nützlichkeitsabwägungen zurückgestellt werden kann.“¹¹¹

Warum dieser richtige Gedanke des Gutachters nur einsetzen soll, „wenn der Verstoß ... zu eklatante Formen annimmt“, leuchtet nicht ein.

Solche Gedanken, wie sie der Gutachter in den Raum stellt, haben 1923 bereits das Reichsgericht befasst, es hat sie verworfen – in der Sache Deutsch-Böhmische Kohlen- und Brikettwerke AG:

„Die Verträge sind auch nicht um deswillen rechtsgültig, weil sie angeblich durch eine wirtschaftliche Notwendigkeit geboten waren. Verstöße gegen zwingende gesetzliche Vorschriften können nicht mit Erwägungen wirtschaftlicher Art gerechtfertigt werden. Was gesetzwidrig ist, kann nicht dadurch zulässig werden, dass es wirtschaftlich nützlich oder geboten erscheint.“¹¹²

¹⁰⁷ Koch, Gutachten F zum 72. DJT, F14.

¹⁰⁸ Schall/Habbe/Wiegand, NJW 2010, 1789, 1792.

¹⁰⁹ Noack JZ 2018, 824, 828 weist mit Recht darauf hin, dass die Schaffung von *leges imperfectae* früher oder später den Ruf nach behördlicher Aufsicht provoziere (ebenso zB Lutter und Habersack/Stilz, wie im Abschnitt I.5.c.cc.(3) in einer Fn. zitiert). Eine weitere Folge wäre mutmaßlich eine verschärfte Aktivität von Strafverfolgungsbehörden.

¹¹⁰ Ablehnend auch Mülbart NJW 2018, 2771, 2773; Noack JZ 2018, 824, 829 f. stellt mit Recht fest, die „Gutachter-Abwägung zwischen Rechtsverstoß und Nachteil muss sich gefallen lassen, inkomparable Größen und damit Unsicherheit ins Spiel zu bringen“.

¹¹¹ Koch, Gutachten F zum 72. DJT, F32.

¹¹² RGZ 107, 161, 169.

Marcus Lutter brachte den Rechtsgrundsatz so auf den Punkt (in Auseinandersetzung mit *Carl Hans Barz*, der das von Lutter abgelehnte Auskaufen von Anfechtungsklagen mit der Erwägung rechtfertigte, die Durchführung einer Anfechtungsklage in einer besonders wichtigen Angelegenheit wirke verzögernd, es drohe die Gefahr eines schweren Schadens für die AG, diese könne die Klage daher auskaufen):¹¹³

„Ist aber die Klage begründet, so läuft die Argumentation ... darauf hinaus, daß richtig ist, was der Gesellschaft (angeblich) nützt. Dieser Sicht soll jedoch gerade durch das Anfechtungsrecht des Aktionärs entgegengewirkt werden. **Was gesetzwidrig ist, kann nicht dadurch zulässig werden, daß es wirtschaftlich nützlich erscheint.** ... Schaden ist ein normativ-wertender Begriff; er dient nicht der Perpetuierung gesetzwidriger Zustände, sondern deren Beseitigung. Viel eher lässt sich daher unter rechtlichen Aspekten der fehlerhafte Beschluß als der eigentliche Schaden, seine Beseitigung durch Anfechtungsklage als Schadensbereinigung qualifizieren.“¹¹⁴

Der im Freigabeverfahren normierte und vom Gutachter in anderem Gewande geforderte beschlussbezogene Filter ist auch verfassungsrechtlich höchst bedenklich: Das BVerfG hat die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit des Freigabeverfahrens bislang nur beim regulären Squeeze-out bejaht;¹¹⁵ die Entscheidung beruhte maßgeblich auf der damals gesetzlich noch vorgesehen Berücksichtigung der Erfolgsaussichten der Klage in der Hauptsache auch im Freigabeverfahren.¹¹⁶

cc) Nun zum klägerbezogenen Filter: Die Forderung des Gutachters nach einem sog. klägerbezogenen Kassationsquorum¹¹⁷ ist nicht mit dem Prinzip des effektiven Rechtsschutzes zu vereinbaren.

(1) Der Gutachter begründet seine Forderung im Wesentlichen so: Gerichte könnten nicht allein auf Grundlage des § 826 BGB „den würdigen vom unwürdigen Kläger scheiden“. Im „Lichte rechtspolitischer Gegebenheiten“ sollte das Quorum nicht mehr als 0,5 % des Grundkapitals bzw. den anteiligen Betrag von € 50.000 betragen, wobei die Beteiligungen der Kläger zusammengezählt werden sollen.¹¹⁸ Der Gutachter stützt sich zur rich-

¹¹³ *Barz* in Großkommentar zum AktG, 3. Aufl., § 71 Rn. 7,

¹¹⁴ *Lutter* ZGR 1978, 347, 359; vgl. auch zum aktuellen § 246a AktG K. Schmidt/Lutter/Schwab, AktG 3. Aufl., § 246a Rn. 33: „Das materielle Recht weiß nichts davon, dass der Kläger selbst rechtswidrige Beschlüsse soll hinnehmen müssen, wenn sie nur im wirtschaftlichen Interesse der Gesellschaft liegen.“

¹¹⁵ In seiner Entscheidung zum Sonderfall der Finanzmarkt-Stabilisierung brauchte sich das BVerfG nicht mit der Frage der Bedeutung der (Un-) Rechtmäßigkeit der angegriffenen Maßnahme für eine Registereintragung zu befassen, BVerfG Nichtannahmebeschluss 8.9.2014, 1 BvR 1565/11 – n.v. juris Rn. 16.

¹¹⁶ Vgl. BVerfG, NJW 2007, 3271 Rn. 33.

¹¹⁷ *Koch*, Gutachten F zum 72. DJT, F 25 ff., 35 ff.

¹¹⁸ *Koch*, Gutachten F zum 72. DJT, F 35. In der Literatur gibt oder gab es Forderungen nach weit höheren Werten als Schwelle für die Anfechtungsbefugnis: *Krieger*, Referat zum 67. DJT, N 41, 48, sprach sich für ein Quorum aus, legte sich aber innerhalb der von ihm für denkbar gehaltenen Spannbreite zwischen einem Prozent / nominal € 100.000 und fünf Prozent / € 500.000 nicht fest, beschränkte die Forderung aber auf börsennotierte AG, unklar in Hinblick auf Freiverkehr, N 42; *Noack*, BB 2007, Heft 32, Die erste Seite, forderte gleichfalls Mindestbeteiligung von einem Prozent; *Schiessl* AG 1999, 442, 446, wollte 5 % oder € 500.000 einführen; besonders weit ging *Hommelhoff*, ZGR1990, 447, 453, man könne an 10 % und maximal DM 500.000 nominal denken – was er dann jedoch ablehnte; jüngst forderte *Grigoleit* AG 2018, 645, 661 (Zusammenfassung) erneut ein Quorum „im Hinblick auf das Problem des Klagemissbrauchs“; Aktionäre mit Bagatellbeteiligung hätten keinen schutzwürdigen und systematisch relevanten Anreiz zur Beschlussanfechtung, sie erfüllten keine sinnvolle Polizeifunktion; die Justierung des Quorums müsse dafür sorgen, dass auch bei Publikumsgesellschaften/Streubesitz die Beschlussanfechtung durch Minderheitsaktionäre „realistisch möglich bleibt, gleichzeitig aber eine effektive Missbrauchsschwelle aufgebaut wird“; eine sachgerechte Seriositätsschwelle könne bei nominal € 10.000 liegen, alternativ eine bei kleineren Gesellschaften relevante Beteiligung von 1 %. *Marsch-Barner*, votierte als Referent beim 63. DJT für ein Quorum von € 1.000 nominal, Referat zum 63. DJT, O 70.

tigen Bemessung des Quorums auf *Matthias Schatz*.¹¹⁹ Schatz verlangt, das Quorum so anzusetzen, „dass es eine wirksame objektive Rechtskontrolle durch Aktionärsanfechtungsklagen zulässt und auch deren präventiv-verhaltenssteuernde Wirkung nicht über Gebühr beeinträchtigt“. Eine rückwirkende Beschlussvernichtung müsse für einen hinreichend großen Klägerkreis praktisch möglich bleiben; HV-Mehrheit und Verwaltung müssten realistischerweise mit dem Eintritt dieser Folgen einer Klageerhebung rechnen.¹²⁰

(2) Offenbar haben weder der Gutachter noch *Matthias Schatz*¹²¹ ausgerechnet, was die von ihnen geforderten Quoren in der Praxis bedeuten. Ich habe das getan. Nach den Börsenwerten vom 11. September 2018 beträgt das erforderliche Mindest-Investment bei einem DAX-Unternehmen beim Quorum des Gutachters im Schnitt € 2,7 Mio.¹²², bei einem S-DAX-Unternehmen im Schnitt € 2,3 Mio.¹²³, bei einem M-DAX-Unternehmen im Schnitt € 2,2 Mio.¹²⁴ bei einem Tec-DAX-Unternehmen im Schnitt € 3,0 Mio.¹²⁵. Und, um ein weiteres Beispiel eines Unternehmens zu nennen, bei dem man jüngst über Unregelmäßigkeiten lesen konnte: Das Investment bei Audi müsste höher sein als € 14 Mio.

Als *Ulrich Noack* vor elf Jahren eine Mindestschwelle von einem Prozent forderte¹²⁶, habe ich ihm geantwortet mit einem Aufsatz im Betriebs-Berater unter der Überschrift:

„Aktienrecht nicht nur für Multimillionäre und Hedge Fonds“.¹²⁷

Etwas weniger plakativ formuliert: Beteiligungs-Quoren als Voraussetzung für Kassation in der Höhe, wie vom Gutachter favorisiert, lassen keine wirksame objektive Rechtskontrolle durch Aktionärsanfechtungsklagen zu; sie beeinträchtigen über Gebühr deren präventiv-verhaltenssteuernde Wirkung; die rückwirkende Beschluss-Vernichtung wäre nicht mehr für einen hinreichend großen Klägerkreis praktisch möglich; HV-Mehrheit und Verwaltung bräuchten bei Normierung der Quoten des Gutachters nicht mehr mit der Beschluss-Vernichtung aufgrund Klage zu rechnen.

(3) Ohnehin halte ich den klägerbezogenen Kassationsfilter in Wirklichkeit für ein verkapptes (auch vom Gutachter zunächst abgelehntes¹²⁸) Anfechtungsquorum¹²⁹ – und das zudem mit einer enorm hohen Beteiligungsschwelle. Gegen das Kassationsquorum spre-

¹¹⁹ *Schatz*, Der Missbrauch der Anfechtungsbefugnis durch den Aktionär und die Reform des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts, 2012, S. 325 ff. (*Schatz* präferiert maßvoller als Gutachter Schwellenwert von 0,25 % des Grundkapitals bzw. den anteiligen Betrag von € 25.000 als Anfechtungsquorum).

¹²⁰ *Schatz*, aaO, S. 327 f.

¹²¹ Gutachter nennt überhaupt keine Werte; *Schatz*, aaO, S. 330, wirft in den Raum, ein Quorum von einem Prozent / € 100.000 könne Börsenwert von mehreren 100.000 Euro, ggf. von über € 1 Mio. bedeuten.

¹²² Spannweite zwischen ca. € 10,3 Mio. bei Adidas und ca. € 0,185 Mio. bei der Deutschen Bank.

¹²³ Spannweite zwischen ca. € 34 Mio. bei Rational und ca. € 0,045 Mio. bei Heidelberger Druckmaschinen.

¹²⁴ Spannweite zwischen ca. € 9,3 Mio. bei MTU und ca. € 0,125 Mio. bei Ceconomy.

¹²⁵ Spannweite zwischen ca. € 16 Mio. bei Xing und ca. € 0,176 Mio. bei Telefonica.

¹²⁶ *Noack*, BB 2007, Heft 32, Die erste Seite.

¹²⁷ BB 2007, 2526.

¹²⁸ *Koch*, Gutachten F zum 72. DJT, F 16 f.

¹²⁹ Ähnlich auch *Zöllner*, AG 2000, 145, 149; vgl. auch *Zöllner* ZGR Sonderheft 12, 1994, S. 148, 159, der unter Hinweis auf ein Diskussionsbeitrag von *Barbara Grunewald* unterstreicht, es dürfe aus einer minimalen Beteiligung des Klägers keinesfalls auf eine Unverhältnismäßigkeit einer Klage geschlossen werden..

chen die Gründe, die *Walter Bayer* vor bald 20 Jahren geradezu mustergültig zusammengefasst hat (heute vertritt er allerdings die entgegengesetzte Meinung¹³⁰):

Es gibt keine Rechtfertigung für die Forderung, Kleinaktionären das Anfechtungsrecht generell zu verweigern. Die Einführung einer Beteiligungsquote wäre systemwidrig. Das würde das in der Mitgliedschaft des Aktionärs verwurzelte individuelle Schutzrecht durch ein Minderheiten-Kontrollrecht ersetzen. Solches überzeuge auch in der Sache nicht: Warum solle sich ein Kleinaktionär wohl einem auf unrechtmäßige Weise zustande gekommenen Mehrheitswillen unterordnen müssen, der Paketaktionär dagegen zur Anfechtung berechtigt sein?! Die Argumentation, der Kleinaktionär sei wirtschaftlich betrachtet Investor und nicht Gesellschafter, verwische die Unterschiede zwischen einer mitgliedschaftlichen Beteiligung durch Aktienwerb und einer lediglich finanziellen Beteiligung etwa durch den Erwerb von Options- oder Genusscheinen oder einer nur mittelbaren Beteiligung durch den Erwerb von Fondsanteilen.¹³¹ Solange jeder Aktionär mit dem Erwerb einer Aktie individuelle Mitgliedsrechte habe (Teilnahme-, Stimm-, Information- und Bezugsrechte), müsse das Gesetz auch für den Fall von Beeinträchtigungen dieser materiell-rechtlichen Stellung individuellen Rechtsschutz gewähren. Jede andere Lösung stelle das aktienrechtliche System grundlegend in Frage.¹³²

¹³⁰ *Bayer/Fiebelkorn*, ZIP 2012, 2181, 2185 f.; *Bayer/Möller*, NZG 2018, 801, 803 ff. (diese räumen zwar ein, das Gegenargument gegen die Schaffung eines Quorums sei der Wegfall der Präventivfunktion der Klage durch Kleinaktionäre; das sei aber nicht so schlimm: Die Autoren sehen den Schutz der Präventivfunktion in der Hand von Paketaktionären für gut gesichert). Das allerdings auffällig mit den Feststellungen von *Bayer*, 50 Jahre AktG, ZGR Sonderheft 19 (2016), S. 199, 204, dass als Kläger in aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen regelmäßig nur Kleinaktionäre auftreten, gelegentlich Aktionärsschutzvereinigungen, aber nur ganz vereinzelt Paketaktionäre. Wie typischerweise nicht klagende Paketaktionäre die Präventivfunktion sicherstellen sollen, erläutern *Bayer/Möller* nicht. Nicht einschlägig ist auch die von *Bayer/Möller*, NZG 2018, 801, 804, aus dem Freigabeverfahren abgeleitete Behauptung, die historische Vorstellung sei überholt, dass auch der Kleinaktionäre berufen ist, die Einhaltung von Gesetz und Satzung bei der AG sicherzustellen. Der Gesetzgeber hat das Freigabeverfahren nämlich ganz bewusst eingeführt beschränkt wegen der Eilbedürftigkeit der endgültigen Rechtssicherheit bei besonders wichtigen Strukturmaßnahmen. Die grundsätzliche Konstruktion der Anfechtungsbefugnis als „Jedermanns“-Recht hat er gerade nicht geändert.

¹³¹ Vgl. demgegenüber *Bayer*, 50 Jahre AktG, ZGR Sonderheft 19 (2016), S. 199, 207 („... der Kleinaktionär ist zwar rechtlich Mitglied der AG, indes wirtschaftlich Kapitalanleger“).

¹³² Gesellschaftsrecht in der Diskussion, Jahrestagung VGR 1999, 2000, S. 35, 40 f. Gegen Quorum zB auch *Baums*, Gutachten F zum 63. DJT, 2000, F 102 ff. (bei Fn. 245 f. m.w.N., auch zur Gegenseite); *K. Schmidt*, Referat 63. DJT, O 19 f.; *Hemeling*, ZHR 172 (2008), 379, 382; *Hommelhoff* ZGR 1990, 447, 453 f.; *Bork* ZGR 1993, 343, 360 (Quorum würde „manche berechnete Klage verhindern, deren Erfolgsaussicht nur ein einzelner Anteilsinhaber richtig einschätzt. Nicht selten hat erst der von einem hartnäckigen Opponenten geführte Prozess zur Rechtsbewährung geführt. Und wenn und solange die Klagebefugnis (auch) dem Rechtsschutz des einzelnen Gesellschafters dient, kann dieser Rechtsschutz nicht davon abhängen, daß sich andere seiner Klage anschließen. Wer in seinen eigenen Rechten verletzt ist, muß dafür auch die Gerichte in Anspruch nehmen können, ohne von der Schützenhilfe Dritter abhängig zu sein. Etwas anderes wäre mit dem aus dem Rechtsstaatsprinzip resultierenden Justizanspruch kaum zu vereinbaren.“ *Habersack/Stilz* ZGR 2010, 710, 725 („Die Anfechtungsklage wäre ihrer Kontrollfunktion beraubt, was die Frage nach sich zöge, wer anstelle der Aktionäre das Beschlussgeschehen zu überwachen hätte. Will man nicht einem staatlichen ‚Aktienamt‘ das Wort reden, so sollte der Vorschlag eines hinreichend effektiven Aktienquorums nicht weiterverfolgt werden. Dies gilt auch insoweit, als vorgeschlagen wird, die Einführung eines Anfechtungsquorums dem Satzungsgeber zu überlassen, mithin ... Satzungsautonomie anzuerkennen.“ (den Vorschlag Satzungsautonomie entwickelt *Grunewald* NZG 2009, 967, 970). Zutreffend gegen Quorum auch *Lutter*, zit. nach Verhdg. 63. DJT, Bd. II/2 Sitzungsberichte, O 129: Auf Stellungnahmen beim 63. DJT, wonach in den großen Gesellschaften der Aktionär nicht zu allgemeinen Rechtskontrolle aufgerufen sei, erwiderte er nachdrücklich, er sei dezidiert anderer Auffassung, ohne eine solche Rechtskontrolle gehe es nicht, die Alternative sei die Eingriffsbefugnis eines Aufsichtsamtes.

d) Die Unterscheidung in dauerhaft nichtige und nur auf Anfechtung für nichtig zu erklärende Beschlüsse ist beizubehalten und keinesfalls substantiell zugunsten bloßer Anfechtbarkeit auszudehnen.¹³³

e) Die seit Jahrzehnten etablierten (in der Praxis zwar nur eine marginale Rolle spielenden, für die Systematik des Beschlussmängelrechts aber unverzichtbaren) Grundsätze zur Nichtigkeit sind grundsätzlich aufrechtzuerhalten. Bei der Detail-Gestaltung der Regelungen sind nur geringfügige Modifizierungen sinnvoll.

aa) Dass jeder Einberufungsmangel nach § 241 Nr. 1 AktG zur Nichtigkeit führt, ist nicht erforderlich.¹³⁴ Häufig dürfte bei nicht gravierenden Mängeln Anfechtbarkeit genügen – z.B. bei der Einberufung einer Hauptversammlung durch den Aufsichtsrat statt durch den Vorstand (§ 121 Abs. 2 S. 1 AktG), bei rechtswidrigem Einberufungsbeschluss des einberufenden Organs (§ 121 Abs. 1 S. 1 HS. 2 AktG¹³⁵) oder bei irrelevanten Ungenauigkeiten der Angaben nach § 121 Abs. 3 S. 1 AktG hinsichtlich Firma oder Sitz der AG bzw. Zeit und Ort der Hauptversammlung.

bb) Gleichfalls nicht erforderlich ist, dass alle in § 241 Nr. 2 AktG genannten Protokollierungsmängel zur Nichtigkeit führen. Streichen kann man, dass das Fehlen der eigenen Angaben der Urkundsperson zu „Art und ... Ergebnis der Abstimmung“ zur Nichtigkeit führt.¹³⁶ Wenn so etwas im (notariellen) Protokoll fehlt, dann mag man anfechten (wobei es regelmäßig an der Relevanz des Fehlers für das Beschlussergebnis fehlen wird). Entscheidend ist, welchen Beschluss der Versammlungsleiter feststellt. Das muss das Protokoll klar (und auch Jahre später noch verständlich) angeben; wenn das fehlt, ist der Beschluss nichtig. Nicht zu folgen ist der Sicht des Gutachters, Nichtigkeit nur anzunehmen,

¹³³ Vgl. zur Kritik am Konzept der Anfechtung statt Nichtigkeit *Wiedemann* Gesellschaftsrecht Bd. I, 1980, § 3 I 2 b: „Der Umfang, in dem die gerichtliche Kontrolle von Hauptversammlungsbeschlüssen in Deutschland zugelassen wird, ist bedenklich eng. Die meisten ausländischen Rechtsordnungen kennen eine derartige Anfechtungsklage nicht: Ebenso wie im deutschen Vereinsrecht und im Recht der Personenhandelsgesellschaften ist es dort zulässig, die Rechtswidrigkeiten eines Beschlusses im Prozess – sei es durch Klage oder Einrede – unbeschränkt geltend zu machen, soweit diese Befugnis nicht durch spätere Zustimmung verloren ging. Das nährt den Verdacht, daß im Aktienrecht die Rechtssicherheit mit dem Interesse der Mehrheit oder der Verwaltung an „Ruhe und Ordnung“ verwechselt wurde, denn das – bestehende und anerkennenswerte – Bedürfnis nach Rechtssicherheit kann und muß ohne Verkürzung des rechtsstaatlichen Anspruchs des Aktionärs auf gerichtliche Kontrolle erfüllt werden. Es ist richtig, daß die unbegrenzte Geltendmachung von Mängeln eines Hauptversammlungsbeschlusses, insbes. einer Satzungsänderung, die Gesellschaft und ihr Unternehmen schwer schädigen kann. Der Konflikt zwischen dem Interesse an Rechtsklarheit einerseits und dem Interesse des einzelnen Aktionärs an einer Überprüfung von Hauptversammlungsbeschlüssen andererseits darf jedoch nicht generell zugunsten der die Gesellschaft beherrschenden Kräfte gelöst werden.“

¹³⁴ Deutlich weitergehende Forderungen stellt der Gutachter, vgl. *Koch*, Gutachten F zum 72. DJT, F 50 f., es spreche „im Ergebnis mehr für die vollständige Streichung“, selbst bei einer Geheimversammlung; alle Fehler sollen der Anfechtung überantwortet werden, bei der Geheim-HV flankiert durch eine kenntnisabhängige Sonderregelung zur Anfechtungsfrist; ähnlich *Bayer/Fiebelkorn*, ZIP 2012, 2181, 2190 f.; weniger weitgehend *Arbeitskreis Beschlussmängelrecht*, AG 2008, 617, 620 sowie Gesetzesvorschlag § A Abs. 3 Nr. 1 (nichtig nur, wenn die Einberufung nach § 121 AktG AG, Zeit oder Ort der HV „nicht hinreichend deutlich erkennen“ lasse. Vgl. demgegenüber für im Wesentlichen Beibehaltung der bisherigen Kriterien *Pentz*, AnwBlatt Online 2018, 712, 717 mit zutreffendem Hinweis darauf, bei Erwägungen zur Änderung müsse der Charakter der AG als Publikumsgesellschaft berücksichtigt werden, mit dem es unverträglich sei, den durch eine fehlerhaft eingeladenen HV zustande gekommen Beschluss vorläufig wirksam werden zu lassen. HV-Beschlüssen fehle die erforderliche Legitimationsgrundlage, bei denen unklar ist, ob die Einberufung auf einen dazu Berechtigten zurückzuführen ist, auf welche Gesellschaft sie sich bezieht, wann und wo die HV stattfindet und bei der nicht sichergestellt ist, dass jeder Aktionär von der HV erfahren kann.

¹³⁵ *De lege lata* in Details streitig, vgl. Hüffer/*Koch*, AktG, 13. Aufl., § 241 Rn. 10; *Heidel* in *Heidel*, Aktienrecht, 4. Aufl., § 241 Rn. 6; *K. Schmidt/Lutter/Schwab*, 3. Aufl., § 241 Rn. 7.

¹³⁶ Vgl. jüngst BGH NJW 2009, 2207, 2209, Rn. 16 (Kirch/Deutsche Bank).

wenn aufgrund eines Beurkundungsmangels der vom Versammlungsleiter festgestellte Beschlussinhalt nicht klar ermittelt werden kann¹³⁷, und erst recht nicht den noch weitergehenden Forderungen des Arbeitskreises Beschlussmängelrecht¹³⁸. Was sie fordern, das wäre mE ein zu konturloser Nichtigkeitstatbestand, der zu offen wäre für Wertungen.¹³⁹

cc) Entgegen Forderungen des Gutachters¹⁴⁰ verbieten sich mE Änderungen bei den Nichtigkeitsgründen nach § 241 Nr. 3 und Nr. 4 AktG (Unvereinbarkeit mit Wesen der AG, Verstoß gegen Gläubigerschutz, öffentliches Interesse oder gute Sitten).¹⁴¹

dd) Die fehlende Fristbindung der Nichtigkeitsklage nach § 249 AktG ist (entgegen ehemaligen Reformüberlegungen auch des Gesetzgebers¹⁴²) aufrechtzuerhalten.¹⁴³ Trittbrettfahrerei bei Anfechtungsklagen durch nachgeschobene Nichtigkeitsklagen¹⁴⁴ muss und kann man anders begegnen als mit einer Fristbindung der Nichtigkeitsklage. Eine

¹³⁷ Koch in „Beurkundungsfehler als Nichtigkeitsgrund nach § 241 Nr. 2 AktG“, FS 50 Jahre Deutsches Notarinstitut (demnächst 2018); ähnlich Koch, Gutachten F zum 72. DJT, F 51 f.

¹³⁸ Der Arbeitskreis *Beschlussmängelrecht* tritt für eine radikale Reform ein, AG 2008, 617, 620, ähnlich dessen Mitglied Noack, FS Baums (2017), S. 854, 863 f.; Noack JZ 2018, 824, 831. So weit geht der Gutachter ganz zu Recht nicht. Nach § A Abs. 3 Nr. 2 des Arbeitskreis-Entwurfs soll der HV-Beschluss nur dann nichtig sein, wenn er „entgegen § 130 Abs. 1 [AktG] nicht in einer notariellen Niederschrift aufgenommen ist“. Der Arbeitskreis meint zur Begründung seiner Sicht, „(...) nur die Unterlassung der Hinzuziehung eines Notars sei unmittelbar der Verwaltung vorzuwerfen, während Fehler in der Niederschrift eine Pflichtverletzung des Notars darstellen“. M.E. ist die Begrifflichkeit der „Pflichtverletzung“ der Verwaltung bzw. des Notars schief, wenn es um die Beschlussnichtigkeit geht. Es geht nicht um die Frage, ob und ggf. wem eine unzureichende Protokollierung vorzuwerfen ist. Allein entscheidend ist, dass der Beschluss nicht klar (notariell) protokolliert ist.

¹³⁹ Hier noch einige ergänzende Erwägungen: Es kann meiner Meinung nach nicht darum gehen, dass *Krethi und Plethi* aus irgendwelchen Unterlagen erst einmal *ermitteln* müssen, welcher Beschluss gefasst ist. Vielmehr muss der Beschluss mit seinem konkreten Inhalt aus Gründen der Rechtssicherheit klar in dem (notariellen) Protokoll festgehalten sein. Daher bedarf nach hM zB auch der HV-Beschluss eines Alleinaktionärs der (notariellen) Protokollierung. Worin der Beschlussinhalt besteht, muss die dem Handelsregister nach § 130 Abs. 5 AktG einzureichende Unterlage ergeben, eben (nur) das (notarielle) Protokoll. Etwas anderes als das, was im (notariellen) Protokoll steht, kann nicht gelten, daraus kann man den Beschlussinhalt nicht herleiten müssen. Die Rechtssicherheit gebietet gerade bei der Aktiengesellschaft die klaren Verhältnisse. Beschlussinhalte sollen für jedermann klar sein – auch noch viele Jahre nach der Beschlussfassung. Sie sind für jedermann einsehbar (vgl. den § 130 Abs. 5 AktG). Das Protokoll muss der Vorstand (nicht der Notar) zur Einsicht für jedermann zum Handelsregister einreichen. Dann muss auch einzig und allein diese Urkunde den Beschlussinhalt belegen. Anderes kann nicht als Beschluss gelten. Ähnlich *Pentz*, AnwBlatt Online 2018, 712, 717: Vorläufige Wirksamkeit des HV Beschlusses sei nicht sachgerecht, wenn mangels Beurkundung unklar sei, ob und mit welchem Inhalt die HV Beschluss gefasst habe oder wenn nicht feststehe, auf welche Art Stimmen abzugeben seien; wer „einmal derartige Unklarheiten bei der Beschlussfassung von HV in größeren AG erlebt hat, dürfte dies bestätigen können. Die Situation ist in derartigen Veranstaltungen viel zu unübersichtlich, als dass von einer (vorläufigen) Richtigkeitsgewähr von Beschlüssen ausgegangen werden könnte.“

¹⁴⁰ Vgl. Gutachten F 52 f.; vgl. auch Koch, ZHR demnächst; Noack JZ 2018, 824, 831; Harbarth, AG 2018, 637, 639 f.

¹⁴¹ Allerdings darf entgegen mitunter vertretenen Auffassungen (vgl. jüngst LG Heidelberg ZIP 2017, 1160, 1161 f. und OLG Karlsruhe ZIP 2018, 627, 631 ff. (Gelita zum Beschluss nach § 147 Abs. 1 S. 1 AktG) zB nicht jede minimale Überschreitung von Kompetenzen eines Organs (zB marginal zu weitgehender Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG) Nichtigkeit begründen; Nichtigkeit schützt gegen gravierende Verstöße gegen das Wesen etc. AG-Wesen etc. darf nicht in *zu kleiner Münze* interpretiert werden.

¹⁴² RegBegr. BT-Drs. 18/4349, 30 ff.

¹⁴³ So auch Koch, Gutachten F zum 72. DJT, F 54.

¹⁴⁴ Vgl. auch Gutachter, F 54.

solche widerspricht dem Prinzip der (abgesehen von der Heilung nach § 242 AktG) dauerhaften Nichtigkeit.

ee) Gemäß § 249 Abs. 1 S. 2 AktG ist nicht ausgeschlossen, die Nichtigkeit auf andere Weise als durch Erhebung der Nichtigkeitsklage geltend zu machen.¹⁴⁵ Es fehlt – insb. für die Aktionärsmehrheit, die den Beschluss herbeigeführt hat – eine Möglichkeit, mit Wirkung für und gegen jedermann feststellen zu lassen, dass der HV-Beschluss wirksam ist. Zum Schutz der Aktionäre ist eine solche Klagemöglichkeit einzuführen.

ff) Der These des Referenten *Marc Löbbe* ist zuzustimmen, „Verstöße gegen den Deutschen Corporate Governance Kodex sollten nicht zur Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen führen können“¹⁴⁶ – wobei freilich nicht ersichtlich ist, dass eine andere Forderung überhaupt erhoben wird.

Nicht zu folgen ist der weiteren These von *Marc Löbbe*, dass „die Sanktionierung einer falschen Entsprechungserklärung nicht durch die Gerichte, sondern durch den Kapitalmarkt erfolgen“ sollte.¹⁴⁷ Vielmehr sollte der Gesetzgeber die wohlbegründete Rechtsprechung des BGH zur Anfechtbarkeit von HV-Beschlüssen aufgrund falscher etc. Entsprechungserklärungen nach § 161 AktG¹⁴⁸ nicht durch gesetzgeberische Akte konterkarieren.

gg) Beizubehalten ist entgegen verbreiteten Forderungen¹⁴⁹ das Verfahren über drei Instanzen für Beschlussmängelklagen.¹⁵⁰

6. Schiedsverfahren bei weder börsennotierten noch kapitalmarktorientierten AG denkbar

Zwar ist kein Bedürfnis für die (*de lege lata* nach fast allg. Meinung ausgeschlossene¹⁵¹) Ermöglichung von Entscheidungen von Beschlussmängelklagen durch Schiedsgerichte ersichtlich. Die gesetzgeberische Zulassung wäre indes nicht systemwidrig. *De lege ferenda* kann Satzung von AG, die weder börsennotiert (über die Grenzen von § 3 Abs. 2

¹⁴⁵ Aktueller Fall LG Heidelberg, ZIP 2017, 1160, 1161 ff., und OLG Karlsruhe, ZIP 2018, 627, 631 ff. (Gelita), wo Vorstandsmitglieder sich im Schadensersatzprozess nach §§ 93, 116 AktG gegen sie im Laufe des Prozesses auf die vermeintliche Nichtigkeit eines (nicht angefochtenen) HV-Beschlusses nach § 147 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 AktG beriefen.

¹⁴⁶ These I.8. Das entspricht auch der wohl einhelligen Meinung *de lege lata*, vgl. Hüffer/Koch, AktG 13. Aufl., § 161 Rn. 25, 31 f.; *Heidel* in *Heidel, Aktienrecht*, 4. Aufl., § 243 AktG Rn. 7a.

¹⁴⁷ These I.8.

¹⁴⁸ Grundlegend BGHZ 180, 9 sowie BGHZ 182, 272; vgl. zur Thematik *Heidel* in *Heidel, Aktienrecht*, 4. Aufl., § 243 AktG Rn. 7a ff., und Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 161 Rn. 31 f.

¹⁴⁹ Gutachter, F. 39 f.; *Arbeitskreis Beschlussmängelrecht*, AG 2008, 617, 618 (623); jüngst *Bayer/Möller*, NZG 2018, 801, 805; *Bayer/Fiebelkorn*, ZIP 2012, 2181, 2191; *Habersack/Stilz*, ZGR 2010, 710, 730; vgl. dazu *Stilz* FS Hommelhoff 2012, 1181, 1196 ff. (mit Zweifeln an der Kompetenz der Richter am Landgericht und zutreffendem Hinweis darauf, dass auf die Berufungsinstanz im Allgemeinen nicht verzichtet werden könne, ohne aber nachzuweisen, warum das im Beschlussmängelprozess anders sein soll); *Harbarth*, AG 2018, 637, 643 f.; *Grigoleit* AG 2018, 645, 662 (Zusammenfassung); dagegen zutreffende Einwendungen der Bundesregierung in BT-Drucks. 16/9020, S. 22 gegen den Gesetzentwurf des Bundesrates BT-Drucks. 16/9020, S. 1 ff.; *Florstedt*, AG 2009, 464, 468 f.

¹⁵⁰ Nachdrücklich gegen erstinstanzliche OLG-Zuständigkeit 2005 der Deutsche Anwaltverein (www.anwaltverein.de/03/05/2005/50-05.pdf); ebenso *Krenek*, ZRP 2006, 78; *Pentz*, AnwBlatt Online 2018, 712, 717.

¹⁵¹ Hüffer/Koch, AktG 13. Aufl., § 246 AktG Rn. 18; *Heidel* in *Heidel, Aktienrecht*, 4. Aufl., § 246 AktG Rn. 14.

AktG hinaus auch kein Freiverkehr)¹⁵² noch kapitalmarktorientiert etc. iSd § 100 Abs. 5 AktG sind, Schiedsverfahren vorsehen. Hinausgehend über die generell *de lege lata* gebotenen verfahrensrechtlichen Anforderungen für die Entscheidung von Beschlussmängelstreitigkeiten durch Schiedsgerichte¹⁵³ ist Folgendes zu gewährleisten:

- (1) Satzung hat für den Fall, dass sie nicht die Entscheidung aufgrund der Schiedsordnung einer anerkannten Schiedsorganisationen vorsieht (z.B. DIS), Schiedsordnung zu enthalten.
- (2) Fristwahrung nach § 246 AktG durch Übersendung eines das Schiedsverfahren einleitenden Schriftsatzes an die Beklagte (vertreten nach § 246 Abs. 2 AktG) nur unter deren Geschäftsanschrift (Textform genügt), der den Anforderungen von § 1044 ZPO sowie § 246 Abs. 1 AktG genügt.¹⁵⁴
- (3) Beteiligungsmöglichkeiten als Nebenintervenient wie im ZPO-Prozess.
- (4) Schiedsrichter müssen Befähigung zum Richteramt haben.
- (5) Kommt bei Schiedsgerichten mit mehreren Schiedsrichtern auf Kläger- oder Beklagtenseite eine Einigung auf „ihren“ Schiedsrichter nicht zustande, hat in Satzung vorsehende neutrale Stelle sowohl für die Kläger- als auch für die Beklagtenseite den/die Schiedsrichter auszuwählen und zu bestellen.¹⁵⁵ Die von der Referentin *Jessica Schmidt* vorgeschlagene Bestellung von Schiedsrichtern jeder Seite durch Beschluss mit einfacher Mehrheit (These III.12. § XXX Abs. 4 S. 1) öffnet Missbräuchen Tür und Tor, zB die Klägerseite durch „U-Boote“ als Kläger zu manipulieren.
- (6) Beklagte AG trägt Kosten des Schiedsgerichts (incl. eventueller Kosten nach § 1050 ZPO). Sie ist verpflichtet, Vorschüsse zu zahlen. Säumnis bei Vorschusszahlung führt zur automatischen Nichtigkeitserklärung/-feststellung des streitgegenständlichen Beschlusses. Im Innenverhältnis hat AG Kostenerstattungsanspruch in Höhe der Gerichtskosten, die im ZPO-Prozess in der 1. Instanz entstünden.
- (7) Schiedsklauseln können nur einstimmig in die Satzung aufgenommen werden.¹⁵⁶

¹⁵² Ebenso *K. Schmidt*, Referat 63. DJT, O 11, 24, 37; *Bayer/Möller*, NZG 2018, 801, 806; *Bayer*, Gutachten zum 67. DJT, E 108. Demgegenüber forderte *Vetter* DB 2000, 705, 709 Ausdehnung auf Publikumsgesellschaften, ebenso *Benedict/Gehle/U. Schmidt*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 7, 5. Aufl., § 146 Rn. 6 ff. 39; so nun auch die Referentin *J. Schmidt* in These III.9.

¹⁵³ Vgl. zuletzt zur Personengesellschaft BGH ZIP 2017, 1024 „Schiedsfähigkeit III“ sowie zum Verein BGH 9. Mai 2018 – I ZB 53/17, n.v. juris. Dazu gehört auch, dass zur Sicherung deren *inter omnes*-Wirkung der Entscheidung die Verfahrenskonzentration gemäß § 246 Abs. 3 S. 6 AktG sichergestellt wird.

¹⁵⁴ *K. Schmidt* in Großkommentar AktG 4. Aufl., § 246 Rn. 123 hält (zum alten Schiedsrecht) in Anlehnung an § 270 Abs. 3 ZPO aF / § 167 ZPO nF die rechtzeitige Überreichung der Klageschrift an die beklagte AG und Benennung eines Schiedsrichters ausreichend für die Fristwahrung, sofern sich das Schiedsgericht „demnächst“ konstituiert, d.h. die Klägerseite dies gebotenen nachhaltig betreibt.

¹⁵⁵ Vgl. Art. 8.3 der Ergänzenden Regeln der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. DIS für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten („DIS-ERGeS“). *K. Schmidt*, Referat 63. DJT, O 11, 24, 37 gleichfalls mit Forderung nach neutraler Besetzung des Schiedsgerichts durch entsprechende Ergänzung des § 1035 ZPO. Vgl. auch *Vetter* DB 2000, 705, 707, wonach es geboten ist, die Bestellung des gesamten Schiedsgerichts einer neutralen Instanz zu überlassen. BGH 9. Mai 2018 – I ZB 53/17, n.v. juris Rn. 12 verlangt, die Streitbeteiligten müssten paritätisch Einfluss auf die Besetzung eines Schiedsgerichts nehmen.

¹⁵⁶ Ebenso *Bork* ZHR 160 (1996), 374, 384; Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, Stellungnahme Nr. 18/1997 S. 4 (zit. nach *Vetter*, DB 2000, 705, 708); vgl. auch BGHZ 180, 221 Rn. 10 (Schiedsfähigkeit II – dort wird auf eine einstimmige Schiedsvereinbarung abgestellt); HaA *Vetter* DB 2000, 705, 708.

- (8) Pflicht des Schiedsgerichts, zur Wahrung des rechtlichen Gehörs¹⁵⁷ die gerichtliche Unterstützung nach § 1050 ZPO in Anspruch zu nehmen, wenn nach ZPO-Grundsätzen staatliche Gerichte zu den dortigen Mitteln greifen müssten.¹⁵⁸
- (9) Rechtskraft des Schiedsspruchs entgegen § 1055 ZPO erst nach Vollstreckbarerklärung (§ 1064 ZPO).¹⁵⁹
- (10) Unzulässigkeit des Schiedsvergleichs über die Beschlussunwirksamkeit¹⁶⁰
- (11) Pflicht zur Kostentragung der unterlegenen Partei entsprechend § 91 ZPO nur in Höhe der Kosten, die im staatlichen Gerichtsverfahren 1. Instanz entstanden wären; insbesondere keine Erstattungspflicht hinausgehend über die Grenzen, die nach § 247 AktG gelten würden.
- (12) Veröffentlichung des Schiedsspruchs in neutralisierter Form durch Schiedsgericht, um die Herausbildung eines durch Schiedsgerichte geprägten „Neben-Aktienrechts“ ohne Kontrollmöglichkeit des BGH zu verhindern, u.a. wegen der Leitbildfunktion des Aktienrechts generell für das Gesellschaftsrecht.

II. GmbH

7. AG-Beschlussmängelrecht Modell für gebotene Normierung

Das aktienrechtliche Beschlussmängelrecht ist Modell für die GmbH¹⁶¹. Dort ist es gesetzlich zu normieren.

8. Keine Institutionenbildung um des Prinzips willen, sondern Normierung unter Beachtung der typischen Unterschiede zur AG

Bei der Normierung sind die typischen Unterschiede zwischen AG und GmbH und insbesondere deren typischerweise eher personalistische Struktur und informellere Beschlussabläufe zu berücksichtigen. Dazu gehören folgende Aspekte:

- a) Das Beschlussmängelrecht gilt entsprechend § 45 Abs. 2 GmbHG nur „in Ermangelung besonderer Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages“.

¹⁵⁷ Vetter DB 2000, 705, 707 verlangt mit Recht, die Öffentlichkeit des Verfahrens jedenfalls für alle Aktionäre müsse gewahrt sein und die Teilnahme an den Verhandlungen dürfe nicht über Gebühr erschwert werden (z.B. durch Vereinbarung einer unzumutbaren Verfahrenssprache oder eines abgelegenen Orts des schiedsrichterlichen Verfahrens).

¹⁵⁸ Vgl. zur Möglichkeit, dem Schiedsgericht die Nutzung der Möglichkeit des § 1050 ZPO vorzugeben, Münch in MüKo ZPO 5. Aufl., § 1050 Rn. 12.

¹⁵⁹ Ebenso *de lege lata* (zum alten Schiedsrecht) K. Schmidt ZGR 1988, 523, 536; AG 1995, 551, 554; K. Schmidt in Großkommentar AktG 4. Aufl., § 246 Rn. 125; a.A. die wohl h.M., Musielak/Voit, ZPO 15. Aufl. § 1060, Rn. 2 m.w.N.; Berger, ZHR 164 (2000), 295, 319 stellt für den Eintritt der Gestaltungswirkung auf den Fristablauf für Aufhebungsantrag ab.

¹⁶⁰ AA *de lege lata* (zum alten Schiedsrecht) K. Schmidt, Großkommentar AktG 4. Aufl., § 246 Rn. 124 („als zulässig anzusehen“), differenzierend K. Schmidt AG 1995, 551, 554 („Frage, die man ... bei geschäftserfahrenen Aktionären wohl von Fall zu Fall bejahen kann“). Vgl. auch K. Schmidt, Verhdlg. 63. DJT, Bd. II/2 Sitzungsberichte, O 158 f. Vgl. allg. zur Unzulässigkeit eines Vergleichs im Prozess vor dem staatlichen Gericht, in dem die Parteien vereinbaren, dass Beschluss aufgehoben wird oder als aufgehoben gilt, Heidel in Heidel, Aktienrecht, 4. Aufl., § 246 AktG Rn. 37, dort auch zu zulässigen Regelungsmöglichkeiten durch Vergleich.

¹⁶¹ Vgl. zum Beschlussmängelrecht bei der GmbH *de lege lata* meinen Überblick in Heidel/Pauly, AnwaltFormulare, 9. Aufl., § 14 Rn. 148 sowie umfassend Rensen, Beschlussmängelstreitigkeiten in der GmbH, 2014.

- b)** Die förmliche Funktion eines Versammlungsleiters mit der (alleinigen) Kompetenz zur Beschlussfeststellung nach dem Modell von § 130 Abs. 2 S. 1 AktG¹⁶² ist nicht einzuführen. Die Fassung eines Beschlusses kann auch auf sonstige Weise nachgewiesen werden, beispielsweise durch den Konsens aller Gesellschafter oder ein förmliches Protokoll.
- c)** Für den Fall, dass es keinen von einem Versammlungsleiter festgestellten oder sonst feststehenden Beschluss gibt, ist gesetzlich vorzusehen, dass der Beschlussinhalt durch (Gestaltungs-)Klage gegen die GmbH mit Wirkung für und gegen alle Gesellschafter sowie sonst entsprechend § 248 AktG im Falle der positiven Feststellungsklage festgestellt wird.
- d)** Statt der starren Klagefrist des § 246 Abs. 1 AktG sollte das Gesetz eine Frist von drei Monaten vorsehen mit der Möglichkeit für die Gesellschafter, die Frist zu verlängern.
- e)** Kein Freigabeverfahren.
- f)** Es bleibt auch bei der GmbH bei der etablierten Unterscheidung zwischen anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen.

III. Personengesellschaften

9. Normierung ohne Institutionenbildung

- a)** Das Beschlussmängelrecht der Personengesellschaften sollte normiert werden.¹⁶³

Auch hier gilt wie bei der GmbH: keine Normierung im Sinne einer Institutionenbildung, sondern entsprechend den Bedürfnissen der Gesellschaftsform. Die Verhältnisse von Personengesellschaften weichen viel zu sehr von der AG ab, und ihre Erscheinungsformen sind viel zu divers – von kleinsten Gelegenheitsgesellschaften bis hin zu größten Unternehmen.¹⁶⁴ Eine Ausrichtung des gesetzlichen Regelmodell am Vorbild der AG verbietet sich angesichts dieser riesigen Spannweite und der erheblichen Unterschiede zur AG.¹⁶⁵

- b)** Die Normierung sollte nur eingreifen, soweit die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag nichts anderes vereinbaren.

10. Normierung anknüpfend an bewährte Tradition

- a)** Bei der Normierung ist an dem etablierten Grundsatz des Beschlussmängelrechts der Personengesellschaften festzuhalten, dass alle rechtswidrigen Beschlüsse nichtig sind.¹⁶⁶

¹⁶² Vgl. zum geltenden Recht die Kontroverse zwischen *W. Ernst*, Liber Amicorum Leenen, 2012, S. 1, 13 ff.; *Altmeyden*, NJW 2016, 2833, 2837 und *Noack*, GmbHR 2017, 792 ff.

¹⁶³ AA *Schäfer* Gutachten E zum 71. DJT 2016, S. 109 ff.

¹⁶⁴ Vgl. den Überblick bei *Heidel* in Dauner-Lieb/Heidel/Ring, NK-BGB, 3. Aufl., § 705 Rn. 38 ff.

¹⁶⁵ Im Ergebnis ebenso *Mülbert* NJW 2018, 2771, 2774; aA *Koch*, Gutachten F zum 72. DJT, F 74 ff.; *Bay-er/Möller*, NZG 2018, 801, 808.

¹⁶⁶ *Heidel* in Dauner-Lieb/Heidel/Ring, NK-BGB, 3. Aufl., § 709 Rn. 64; *Psaroudakis* in Heidel/Schall, HGB, 2. Aufl., § 119 Rn. 8 f.

aa) Die Einführung einer Unterscheidung Anfechtbarkeit / Nichtigkeit ist entgegen Forderungen¹⁶⁷ auch bei Mehrheitsbeschlüssen¹⁶⁸ weder geboten noch sinnvoll.¹⁶⁹ Es besteht weder Veranlassung noch Rechtfertigung, Personengesellschafter in eine gerichtliche Auseinandersetzung über die Wirksamkeit von Beschlüssen ihrer Gesellschaft zu zwingen. Gegen diese Sichtweise spricht auch nicht das Bild der GmbH & Co. KG, bei der sich der Beschlussmängelstreit bei der Komplementär-GmbH nach aktienrechtlichem Vorbild richte, bei der Kommanditgesellschaft aber nach personengesellschaftsrechtlichen Grundsätzen.¹⁷⁰ Es gehört vielmehr zu den Aufgaben der Kautelar-Jurisprudenz, angemessene Regelungen für solche hybriden Gestaltungen zu schaffen. Die fehlende Stichhaltigkeit des aus der GmbH & Co. KG abgeleiteten Arguments zeigt sich spätestens, wenn man entsprechend der hM akzeptiert, dass als Komplementär-Gesellschaft auch ausländische Gesellschaften in Betracht kommen¹⁷¹; man wird nicht dafür plädieren wollen, zB das KG-Beschlussmängelrecht nach dem Leitbild der englischen Ltd. zu vereinheitlichen.

bb) Der Gutachter arbeitet mit Recht einen (von ihm allerdings verworfenen) weiteren Aspekt heraus, warum die Übertragung des Modells Nichtigkeit / Anfechtbarkeit ausgeschlossen ist: Die persönliche Haftung des Personengesellschafters lasse es nicht zu, ihn mit den Folgen eines rechtswidrigen Beschlusses zu belasten.¹⁷² Der Gutachter führte diesen Gedanken an, um ihm zugleich zu verwerfen: Er greife nicht, weil die Herstellung von Rechtssicherheit dazu dienen solle, von den Gesellschaftern die Belastungen abzuwenden, die sich aus einer Rückabwicklung von Strukturentscheidungen ergeben können; dem Gesellschafter würde der rechtswidrige Eingriff auch keinesfalls aufgezwungen, sondern er müsse ihn lediglich innerhalb einer bestimmten Frist beanstanden. Das übersieht aber, dass die Personengesellschaft und ihre Gesellschafter bei der Implementierung des Anfechtungsmodells an den rechtswidrigen Beschluss erst einmal (und nach der Gerichtspraxis typischerweise bis zu einem halben Jahrzehnt) gebunden sind, bis er aufgrund eines rechtskräftigen Urteils wieder (*de lege lata: ex tunc*, was freilich nach dem Gutachter auch nicht mehr ohne Weiteres gelten soll) aus der Welt geschafft wird. Die vom Gutachter angeführten Empfehlungen in Formularbüchern für das, was man gesellschaftsvertraglich regeln kann, können anders als man bei ihm den Eindruck haben kann,¹⁷³ gerade nicht legitimieren, was *de lege ferenda* die richtige Lösung ist.

¹⁶⁷ Vgl. demgegenüber Koch, Gutachten F zum 72. DJT, F 74 f.; ihm zustimmend Bayer/Möller, NZG 2018, 801, 808.

¹⁶⁸ Auf solche Beschlüsse bezog sich die ursprüngliche Forderung von Karsten Schmidt zur Übertragung der Kategorien Anfechtung und Nichtigkeit auf Personengesellschaften, FS Stimpel, 1985, S. 217 ff.

¹⁶⁹ Vgl. Noack, Fehlerhafte Beschlüsse in Vereinen und Gesellschaften 1989, S. 103 ff., 169 ff., 179 (Zusammenfassung): „Die Übernahme des Erfordernisses einer Anfechtungsklage aus dem Aktienrecht in das übrige Verbandsrecht ist abzulehnen, weil dort für diese Einschränkung der mitgliedschaftlichen Rechtsstellung keine überragenden Rechtssicherheitsgründe bestehen.“ Im Ergebnis so auch Pentz, AnwBlatt Online 2018, 712, 718.

¹⁷⁰ Gummert in Münchener Hdb d. GesR, Bd. 2, 4. Aufl., § 50 Rn. 101; Liebscher in Reichert, GmbH & Co. KG, 7. Aufl., § 18 Rn. 8 ff. Vgl. auch BGH ZIP 2011, 806 (insbes. Rn. 19).

¹⁷¹ Vgl. Schall in Heidel/Schall, HGB, 2. Aufl., Anh. Int. Personengesellschaftsrecht Rn. 102, und Bergmann in Heidel/Schall, HGB, 2. Aufl., Anh. GmbH & Co. KG Rn. 15.

¹⁷² Koch, Gutachten F zum 72. DJT, F 74.

¹⁷³ Koch, Gutachten F zum 72. DJT, F 75.

b) Man wird bei der Normierung der Klagemöglichkeiten nicht umhin kommen, zwischen der rechtsfähigen Personengesellschaft (dazu unten im Abschnitt 11.) und der nicht-rechtsfähigen Personengesellschaft (dazu unten im Abschnitt 12.) zu unterscheiden.

11. Klage gegen rechtsfähige Gesellschaft mit *erga omnes*-Wirkung

a) Modell der Regelungen zur Beschlussmängelklage rechtsfähigen Gesellschaft sollten die Regelungen zur Nichtigkeitsklage bei der Aktiengesellschaft sein.

b) Die Klage ist gegen die Gesellschaft zu richten. Das klagestattgebende Urteil hat Wirkung für und gegen jeden Gesellschafter und auch sonst umfassende *Erga omnes*-Wirkung entsprechend § 249 Abs. 1 S. 1 iVm § 248 AktG.¹⁷⁴

12. Auch bei nicht-rechtsfähiger Gesellschaft Bindung aller Gesellschafter an Beschlussmängelurteil geboten

a) Bei der nicht-rechtsfähigen Gesellschaft scheint es unvermeidlich, am herkömmlichen Modell der Feststellung der Nichtigkeit der Gesellschafterbeschlüsse auf Basis einer allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO¹⁷⁵ gegen (mE alle) Gesellschafter festzuhalten.¹⁷⁶

b) Sicherzustellen ist die Feststellungswirkung des Urteils entsprechend § 249 Abs. 1 S. 1 iVm § 248 AktG gegenüber allen Gesellschaftern.¹⁷⁷ Denn es macht keinen Sinn, demselben Gesellschafterbeschluss zwischen verschiedenen Beteiligten rechtskräftig einen unterschiedlichen Inhalt zu geben. Ein einfacher Weg der Normierung dieses Grundsatzes wäre, dass das Feststellungsinteresse nach § 256 ZPO die Beteiligung sämtlicher Gesellschafter am Rechtsstreit voraussetzt oder verbindliche Erklärungen der Gesellschafter, dass sie dem angestrebten Feststellungsurteil mit dem bestimmten Klageantrag unwiderruflich zustimmen. Modell hierfür könnten die Grundsätze der hM zur Klage nach § 140 HGB sein¹⁷⁸.

IV. Verein

13. Nicht-wirtschaftlicher Verein

Beim nicht-wirtschaftlichen Verein (§ 21 BGB) ist auch *de lege ferenda* an dem Grundsatz der ganz hM¹⁷⁹ festzuhalten, dass fehlerhafte Beschlüsse der Mitgliederversammlung *ipso*

¹⁷⁴ So auch Koch, Gutachten F zum 72. DJT, F 87; Bayer/Möller, NZG 2018, 801, 808; Pentz, AnwBlatt Online 2018, 712, 718.

¹⁷⁵ Vgl. statt aller Heidel in Dauner-Lieb/Heidel/Ring, NK-BGB, 3. Aufl., § 709 Rn. 66.

¹⁷⁶ Koch, Gutachten F zum 72. DJT, F 75 f.

¹⁷⁷ Bayer/Möller, NZG 2018, 801, 808, halten die Gesellschafter unter Verweis auf Herrchen, Gesellschaftsrecht in der Diskussion, Jahrestagung VGR 2016, 2017, S. 83, 115 (*de lege lata?*) für notwendige Streitgenossen gemäß § 62 Abs. 1 ZPO.

¹⁷⁸ Vgl. Heidel in Heidel/Schall, HGB, 2. Aufl., § 140 Rn. 31 ff.

¹⁷⁹ Vgl. statt aller Heidel/Lochner in Dauner-Lieb/Heidel/Ring, NK-BGB, 3. Aufl., § 32 Rn. 24 ff. Vgl. bereits die Kommission für die zweite Lesung des BGB. Dieser lag ein Regelungsentwurf vor, in dem es hieß: „Ein verfassungswidriger Beschluss der Mitgliederversammlung ist auf die Klage eines Mitglieds durch Urteil für ungültig zu erklären.“ Die Kommission lehnte den Entwurf ab. Die Regelung sei zu kompliziert, die dadurch bewirkte Einschränkung der Mitgliederrechte setze sich mit dem Rechtsgefühl in Widerspruch, und den Vereinen fehle es an vermögensrechtlicher Bedeutung. Vgl. Mugdan, Bd. I, S. 626 f. Grundlegend BGHZ 59, 369, 371 ff. Demgegenüber bereits *de lege lata* für Unterscheidung Nichtigkeit/Anfechtbarkeit sowie Erfordernis der

iure rechtswidrig und grundsätzlich nichtig/unwirksam sind.¹⁸⁰ Bei dieser Vereinsgattung steht der ideelle Zweck der Organisation und der Beteiligung im Vordergrund. Mitglieder treten dem Verein wegen dessen ideellen Zwecks bei (auch die durch die jüngere Rechtsprechung recht großzügige Auslegung dessen, was noch ein nicht-wirtschaftlicher Zweck ist,¹⁸¹ ändert daran nichts Grundlegendes). Die Etablierung einer Kategorie der anfechtbaren (d.h. mit Zeitablauf trotz Rechtswidrigkeit automatisch rechtsbeständig werdender Beschlüsse) würde den Rechtsschutz der Mitglieder gegen rechtswidrige Akte des Vereins erheblich einschränken, ohne dass aus Vereinssicht für den Bestand rechtswidriger Beschlüsse ein legitimes Bedürfnis besteht. Automatisch eintretende Bestandskraft von rechtswidrigen Beschlüssen verträgt sich nicht damit, in einer Organisation, der man aus ideellen Gründen beigetreten ist, kämpferisch für die Einhaltung der Rechtmäßigkeit des Vereinsgebarens durch Klageerhebung sorgen zu müssen. Eine im Ansatz erwägenswerte Unterscheidung nach Vereinsklassen¹⁸² kann den Einwand nicht entkräften, warum die Art und Weise Rechtskontrolle völlig unterschiedlich danach sein soll, ob ein Verein (z.B.) 1.000 oder 1.001 Mitglieder hat. Demgegenüber führt die von der hM *de lege lata* vertretene Sichtweise: rechtswidriger Beschluss = dem Grunde nach immer nichtiger Beschluss¹⁸³, zumal in Verbindung mit Verwirkungsgesichtspunkten zu angemessenen Ergebnissen.

14. Wirtschaftlicher Verein

Für den wirtschaftlichen Verein (§ 22 BGB) kann wegen dessen struktureller Ähnlichkeit zu AG, GmbH und Genossenschaft *de lege ferenda* das aktienrechtliche Anfechtungsmodell übernommen werden.¹⁸⁴

Beschlussanfechtungsklage nach aktienrechtlichem Vorbild K. Schmidt, FS Stimpel (1985), S. 217 ff.; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 15 II 1-3, § 24 III 3 e-f. Ähnlich Grunewald, Der Ausschluss aus Gesellschaft und Verein, 1987, S. 267 ff.; MüKo BGB/Reuter, 6. Aufl., § 32 Rn. 61 ff. (nunmehr praktisch wortgleich MüKo BGB/Arnold, 7. Aufl., § 32 Rn. 53 ff.). Dagegen Noack, Fehlerhafte Beschlüsse in Vereinen und Gesellschaften 1989, S. 103 ff., 157 ff., 179, 183 sowie jüngst Fluck, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, 2017, S. 55 ff.

¹⁸⁰ Mülbart NJW 2018, 2771, 2774 f.

¹⁸¹ BGH NJW 2017, 1943 (insbes. Rn. 18 f.) = NZG 2017, 705 – Kindertagesstätte; vgl. zur Rechtslage vor dieser Wende der Rspr. Heidel/Lochner in Dauner-Lieb/Heidel/Ring, NK-BGB, 3. Aufl., § 21 Rn. 15 ff.

¹⁸² Etwa Mitgliederzahl, gestufte Vereinsstruktur und/oder „Bilanzsumme“, Mitarbeiterzahl und Beitragsaufkommen und sonstige Vergütungen/Einnahmen, einschließlich der in Tochtergesellschaften; viele dieser Grenzen sind – auch kumuliert – bei der Rechtsanwendung zweifelhaft, da keine Veröffentlichungspflichten bestehen. Vgl. §§ 267 f. und 293 HGB zu den Größenklassen im Bilanzrecht, wo zB bei Erfüllung von „zwei aus drei“ Kriterien die nächste Klasse erreicht wird. BGHZ 59, 369, 372 erschien mit Recht Differenzierung nach „besonderer wirtschaftlicher oder sonstiger Bedeutung ... wegen der Rechtsunsicherheit, die mit jeder derartigen Differenzierung verbunden wäre, nicht vertretbar“.

¹⁸³ Vgl. zu Differenzierungen etwa in Hinblick auf Kausalität/Relevanz des Fehlers für das Beschlussergebnis BGHZ 59, 369, 372 ff., 375 ff., Schwere des Fehlers MüKo BGB/Reuter, 6. Aufl., § 32 Rn. 55 ff. mwN (praktisch wortgleich MüKo BGB/Arnold, 7. Aufl., § 32 Rn. 52.) sowie Rügepflichten Palandt/Ellenberger, BGB, 77. Aufl., § 32 Rn. 10; vgl. auch Heidel/Lochner in Dauner-Lieb/Heidel/Ring, NK-BGB, 3. Aufl., § 32 Rn. 24 ff.

¹⁸⁴ Vgl. Fluck, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, 2017, S. 65 ff.

V. Spruchverfahren

15. Effektivität des Spruchverfahrens erhalten

a) Da die Effektivität des Rechtsschutzes im Spruchverfahren nach der Rechtsprechung des BVerfG¹⁸⁵ die verfassungsrechtliche Rechtfertigung für die Zulässigkeit des Eingriffs in Aktionärsrechte bildet, darf man diesen Rechtsschutz nicht weiter entwerten.

b) Eine solche Entwertung wäre es zB, wenn der Gesetzgeber bei börsennotierten Gesellschaften *per se* den Börsenkurs als maßgeblich für die angemessene Abfindung bestimmen würde¹⁸⁶. Solches widerspräche den seit BVerfGE 14, 263, 284 etablierten verfassungsrechtlichen Grundsätzen. Entsprechende Forderungen sind daher abzulehnen.

16. Vorstand und Aufsichtsrat zur Wahrung des Eigentumsinteresses der außenstehender Aktionäre verpflichtet

Normiert werden sollte die Pflicht von Vorstand und Aufsichtsrat, bei der Beschlussempfehlung an die HV (§ 124 Abs. 3 AktG) und bei der Berichterstattung über die angemessene Höhe von Abfindung / Ausgleich entsprechend ihrer Stellung als deren Sachwalter der Interessen der (außenstehenden) Aktionäre zu wahren, mit Schadensersatzpflichten gegenüber dem einzelnen Aktionär bei Pflichtverletzung.¹⁸⁷

17. Gesetzlich klarstellen: Ersatzansprüche gehören zum maßgebenden Unternehmenswert

Zur Bemessungsgrundlage des Anspruchs auf angemessene Abfindung außenstehender Aktionäre gehören nach Art. 14 Abs. 1 GG auch Ersatzansprüche ihrer Gesellschaft zumal gegen das herrschende Unternehmen etwa nach §§ 117, 317 AktG;¹⁸⁸ das ist allerdings streitig.¹⁸⁹ Die Berücksichtigung solcher Ansprüche bei der Bemessung ist gesetzlich festzuschreiben. Dabei ist auch sicherzustellen, dass sich zB das herrschende Unternehmen als Abfindungsschuldner nicht auf die Verjährung der (zuvor geheim gehaltenen) Ansprüche berufen kann.

18. Insolvenzversicherung von Abfindungsansprüchen zum Eigentumsschutz geboten

Dringlich ist die Insolvenzversicherung für Abfindung, gerichtlich festgesetzte Abfindungserhöhung und Zinsen.¹⁹⁰

19. Abzulehnende Forderungen nach Reformen

a) Die Bestimmung des anteiligen Unternehmenswerts darf sich nicht allein an der Bewertung des Vertragsprüfers bzw. des gerichtlich bestellten sog. unabhängigen Prüfers

¹⁸⁵ Grundlegend BVerfG ZIP 2007, 1261 = AG 2007, 544 (insbes. Rn. 24).

¹⁸⁶ So zB die Forderung von *Löbbe*, These II.12.

¹⁸⁷ Vgl. zum Unternehmensvertrag *Meilicke/Kleinertz* in Heidel, Aktienrecht, 4. Aufl., vor § 291 AktG Rn. 64.

¹⁸⁸ Vgl. *Meilicke/Heidel* AG 1989, 117.

¹⁸⁹ Vgl. die Nachweise bei OLG Köln ZIP 2017, 2468 = AG 2018, 126 (Rn. 39) – STRABAG.

¹⁹⁰ Vgl. *Heidel/Lochner* in Heidel, Aktienrecht, 4. Aufl., § 327b AktG Rn. 14 ff. zu der entsprechenden Frage bei der Barabfindung beim Squeeze-out.

orientieren.¹⁹¹ Das Spruchgericht darf nicht darin beschränkt sein, ggf. eine Neubewertung zu veranlassen. Denn nach der Rechtsprechung zum Spruchverfahren¹⁹² braucht der gerichtlich bestellte unabhängige Prüfer lediglich das Parteigutachten des Abfindungsschuldners auf Plausibilität zu prüfen, er bewertet also gerade nicht eigenständig neutral.

b) Die Einführung einer OLG-Eingangszuständigkeit ist abzulehnen, sie wäre nicht sinnvoll. Solche Erwägungen sind bei der Aktienrechtsnovelle 2012/2013 mit Recht gescheitert.¹⁹³ Eine Zuweisung als Tatsacheninstanz an die OLG würde die über viele Jahre an den Landgerichten aufgebaute Expertise entwerten und zugleich die OLG sowohl personell als auch sachlich überfordern, die bislang nur als Rechtsmittelinstanz tätig sind. Es ist aber in allen Bundesländern eine weitere Konzentration bei spezialisierten Kammern/Senaten vorzusehen (möglichst auch länderübergreifend, vgl. These I.4.xi). Der Weg der Nichtzulassungsbeschwerde ist zu eröffnen.

c) Mitunter geforderte Zwangsvergleiche¹⁹⁴ sind ein Irrweg:

aa) Verfassungsrechtlich gebotener individueller Rechtsschutz darf nicht zur Disposition der – ohnehin leicht manipulierbaren¹⁹⁵ – Mehrheitsentscheidung anderer stehen. Dies gilt zumal im Spruchverfahren. Es darf keinen Fehlanreiz geben, Antragstellern (mit häufig relativ geringem Anteilsbesitz) ohne wirkliches Interesse an angemessener Bestimmung (Erhöhung) der Abfindung die Zustimmung zu einem Vergleich durch persönliche Kostenerstattungen (zB durch Festlegung hoher Vergleichsmehrwerte) „abzukaufen“. ¹⁹⁶ Ein solcher Mehrheits-/Zwangsvergleich wäre ein unzulässiger Vergleich zu Lasten am Verfahren nicht beteiligter Dritter.

bb) Zwangsvergleiche sind auch unvereinbar mit dem Ziel des Spruchverfahrens, die angemessene Abfindung für und gegen alle Aktionäre zu bestimmen, was das Institut des Gemeinsamen Vertreters symbolisiert. Dieses Prinzip darf nicht durch eine zwangsweise Festlegung der angeblichen Angemessenheit durch Mehrheitsbeschluss unterlaufen werden.¹⁹⁷

¹⁹¹ Entgegen *Löbbe*, These II.12; ähnlich zuvor *de lege lata Puzskaljer* ZIP 2013, 518, 521; *Drescher* in Spindler/Stilz 3. Aufl., § 11 SpruchG Rn. 7. Zutreffend demgegenüber OLG Düsseldorf ZIP 2013, 1816 mit zustimmender Anm. *Schödel/Schatz* EWIR 2013, 703; ebenso OLG Düsseldorf AG 2013, 807; *Krenek* in Heidel, Aktienrecht, 4. Aufl., § 11 SpruchG Rn. 11; *Hüffer/Koch*, AktG 13. Aufl., § 11 SpruchG.

¹⁹² Vgl. nur OLG Düsseldorf AG 2017, 584, 586 f. m.w.N.

¹⁹³ Vgl. *Ziemons*, GWR 2013, 283, 286.

¹⁹⁴ Vgl. *Puzskaljer*, ZIP 2003, 518, 521; so auch *Löbbe*, These II.15. Vgl. demgegenüber zutreffend OLG Düsseldorf ZIP 2013, 1816 mit Anm. *Schatz/Schödel*, EWIR 2013, 703; das OLG stellte im Hinblick auf den als „mehrheitskonsensuale Schätzung“ verbrämten Zwangsvergleich der Vorinstanz fest, dass das Spruchverfahren das verfassungsrechtlich garantierte Recht der außenstehenden Aktionäre umsetze, effektiven Rechtsschutz hinsichtlich der ihnen geschuldeten Kompensationen zu erhalten, d.h. Abfindung und Ausgleich zum wahren Wert ihrer Beteiligung. Daher müsse der Ermittlung der Kompensation ein objektiver, nach einer anerkannten Methode ermittelter Unternehmenswert zugrunde gelegt werden; der Mehrheitsvergleich schränke unzulässig das verfassungsrechtlich verbürgte Recht der Aktionäre ein, die Angemessenheit der Leistung gerichtlich überprüfen zu lassen.

¹⁹⁵ Der Abfindungsschuldner könnte zB „U-Boote“ als Antragsteller auftreten lassen.

¹⁹⁶ Vgl. OLG Düsseldorf ZIP 2013, 1816, 1819, wonach der erstinstanzliche Zwangsvergleich eine Kostenregelung enthielt, die solche Antragsteller, die den Besitz etwa nur einer Aktie hätten nachweisen können, gegenüber dem Erstattungsanspruch auf Basis einer gerichtlichen Entscheidung um etwa € 18.000 begünstigte.

¹⁹⁷ In der Lit. wurden gegen die generelle Vergleichsfähigkeit von Spruchverfahren Bedenken vorgetragen, vgl. *Meilicke* DB 1972, 663; dem zuneigend *Lutter* in ZGR 1978, 347, 352; *Kropff*, in Lutter, Hrsg., 25 Jahre Aktiengesetz, 1991, S. 19, 41, verlangte mit Recht, der Gemeinsame Vertreter der außenstehenden Aktionäre müsse abweichend von der Rspr. der OLG auch nach Rücknahme der Anträge durch die Antragsteller die

- d)** Die Höhe der Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins ist entgegen anderslautenden Stimmen¹⁹⁸ angemessen nicht nur angesichts des maßgeblichen Vergleichsmaßstabs Kapitalmarkt¹⁹⁹, sondern vor allem deshalb, weil die Nachzahlung Erträge abgelten soll, die mit einem viel höheren Kapitalisierungszins zuzüglich Zinseszinsen auf den Bewertungsstichtag abgezinst worden sind.
- e)** Entgegen Forderungen²⁰⁰ sollte die Anfechtbarkeit des HV-Beschlusses bei Sachkapitalerhöhungen nicht zugunsten Spruchverfahren ausgeschlossen werden.²⁰¹
- f)** Entgegen Forderungen²⁰² sollte die Anfechtbarkeit des HV-Beschlusses für die Gesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers nicht zugunsten Spruchverfahren ausgeschlossen werden; dagegen spricht insbesondere der Grundsatz des § 57 Abs. 3 AktG.²⁰³ Nicht einschlägig ist der Einwand, das greife im Falle einer gesetzlichen Regelung nicht durch, da dann die Ausgleichszahlung an die Anteilsinhaber des übernehmen-

Befugnis zur Fortführung des Verfahrens haben, so nunmehr auch § 6 Abs. 3 SpruchG, vgl. dazu *Weingärtner* in Heidelberg, Aktienrecht, 4. Aufl., § 6 SpruchG Rn. 16 f., was zwar eine angemessene Antwort auf das Ankaufen der Antragsteller ist, aber die nach den Erfahrungen der Referenten nicht bloß theoretische Frage offen lässt, was ist, wenn der Abfindungsschuldner den gemeinsamen Vertreter auskauft.

¹⁹⁸ Für Wieder-Einführung der 2-Prozent aber zB Deutsches Aktieninstitut, Evaluierung des Spruchverfahrens (6. August 2014, abrufbar auf der Homepage des DAI); Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, .NZG 2014, 1144 Rn. 28 („ungerechtfertigter Strafzins“).

¹⁹⁹ Vgl. die Rendite börsennotierter Aktien seit 2010, die nie unterhalb 5 Prozent lag, regelmäßig sogar im Bereich von 10 Prozent, die Veröffentlichung des DAI Deutsches Aktieninstitut zum Stand Dezember 2017, https://www.dai.de/files/dai_usercontent/dokumente/renditedreieck/2017-12-31%20DAX-Rendite-Dreieck%2050%20Jahre%20Web.pdf vgl.

²⁰⁰ Referent Löbbecke These III.15; *Bayer*, ZHR 163 (1999), 505, 544 ff.; *Bayer*, ZHR 168 (2004), 132, 160; *Bayer* ZHR 172 (2008), 24, 27 ff.; *Hüffer*, ZGR 2001, 833, 861 f.; *Hüffer*, ZHR 172 (2008), 8, 15 ff. und 572, 883 f.; *Spindler/Stilz/Stilz*, § 246 AktG Rn. 2; *Vetter*, ZHR 168 (2004), 8, 29; *Winter*, in: FS Ulmer, 2003, S. 699, 719 ff.; *Winter*, in: FS Happ, 2006, S. 363, 376 ff.; DAV-Handelsrechtsausschuss, NZG 2007, 497, 499 ff.; Beschluss des 63. DJT, Bd. II/12000, S. O 76; sogar OLG Jena ZIP 2006, 1989, 1995 appellierte an Gesetzgeber.

²⁰¹ *Heidel* in Heidelberg, Aktienrecht, 4. Aufl., § 255 AktG Rn. 1b. Ablehnend auch Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001, Rn. 152; *Lutter*, JZ 2000, 837, 839. *Zöllner*, AG 2000, 145, 151, hat mit allem Recht darauf hingewiesen, dass es nicht angängig wäre, die „Verwässerungsabfindung der Kapitalerhöhung“ aus dem Gesellschaftsvermögen zu bezahlen; aufkommen müsste für sie die Mehrheit, wobei Sicherheitsleistungen erforderlich seien; das sei allenfalls unter überschaubaren Verhältnissen praktikabel, namentlich in Konzernen oder bei Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss, bei dem der Übernehmer der Erhöhung feststehe; derartige Optionen für die beschlusstragende Mehrheit oder den Übernehmer einer Kapitalerhöhungstranche hätten viele „Haken und Ösen, aber umsonst lässt sich die Anfechtungsklage nicht reduzieren. Gerechtigkeitsverbürgende Modelle dieser Art (anstatt kostenlose Anfechtungsreduzierung) lassen die Wirtschaft eventuell leichter erkennen, daß sie mit dem gegenwärtigen System der Anfechtungsklage vielleicht gar nicht so schlecht fährt.“

²⁰² Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins NZG 2007, 497; *Bayer* ZHR 172 (2008), 24, und *Hüffer* ZHR 172 (2008), 8, *Henssler/Strohn/Junker* GesR, 3. Aufl. 2016, UmwG § 14 Rn. 3; KK-UmwG/*Simon* 1. Aufl., § 14 Rn. 48; *Zöllner* AG 2000, 145, 151; so auch der Referent *Löbbecke* These III.15, offenbar auch *Koch*, F 65 f..

²⁰³ Vgl. zur Vorläuferregelung der §§ 14 f. UmwG, § 352c AktG, *Grunewald* in: Geßler/Hefermehl/Eckard/Kropff, AktG, 1991, § 352c Rn. 8, wonach die uneingeschränkte Anfechtungsmöglichkeit für die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft zu Unrecht kritisiert werde; ein Spruchstellenverfahren könne für sie nicht durchgeführt werden, da es nicht möglich sei, was an die ehemaligen Aktionäre der übertragenden Gesellschaft zu viel erbracht worden sei, von ihnen zurückzuerlangen; den „Alt“-Aktionären der übernehmenden Gesellschaft eine Sonderzahlung aus deren Gesellschaftsvermögen zu gewähren, sei wegen § 58 Abs. 5 AktG (a.F., § 57 Abs. 3 AktG n.F.) nicht gangbar; hinzu komme, dass mit solchen Zahlungen verbundene Belastungen der übernehmenden Gesellschaft eine ganz erhebliche Höhe erreichen und daher unzulässig sein könnten.

den Rechtsträgers in dem gleichen Maße legitimiert sei wie durch § 15 UmwG an die Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers.²⁰⁴ Denn durch die Nachbesserung des Umtauschverhältnisses zu Gunsten der Gesellschafter des übernehmenden Unternehmens verlören die (ehemaligen) Anteilshaber des übertragenen Rechtsträgers etwas, was ihnen durch die Verschmelzung gerade gewährt ist. Sie würden damit nicht nur gezwungen, ihre Kapitalbeteiligung an ihrer Gesellschaft durch Mehrheitsentscheidung aufzugeben, sondern darüber hinaus für diese sogar noch weniger an wirtschaftlichem Wert zu erhalten, als ihnen bei der Verschmelzung als Gegenleistung für die Aufgabe ihrer Kapitalbeteiligung garantiert wurde.

g) Entgegen Forderungen, die Erfüllung des Nachteilsausgleichsanspruchs für ein unangemessenes Umtauschverhältnis im Spruchverfahren durch Gewährung von Anteilen zu ermöglichen²⁰⁵, ist an der Pflicht zur Gewährung von Barausgleich festzuhalten.²⁰⁶

VI. Organbeschlüsse

20. Rechtswidrige Organbeschlüsse müssen nichtig bleiben

Es ist entgegen Erwägungen des Gutachters²⁰⁷ an dem Grundsatz festzuhalten, dass rechtswidrige Beschlüsse von Gesellschaftsorganen nichtig sind.²⁰⁸

21. Klagemöglichkeiten

a) Die Nichtigkeit ist festzustellen mit einer Klage mit *erga omnes*-Wirkung für die (rechtsfähige) Gesellschaft und ihre Gesellschafter.

b) Klagebefugnis müsste zustehen (i) jedem Mitglied des Organs, um dessen Beschlussnichtigkeit es geht, (ii) dem jeweils anderen Organ bei einem Zwei-Board-System, (iii) jedem Gesellschafter bei eigener Rechtsverletzung sowie (iv) einer qualifizierten Gesellschafterminderheit nach dem Modell des § 148 AktG²⁰⁹.

²⁰⁴ KK-UmwG/Simon, 1. Aufl., § 14 Rn. 48.

²⁰⁵ ZB Maier-Reimer ZHR 164 (2000), 563, 574 ff., 587; Vetter ZHR 168 (2004), 42 ff., 52; Handelsrechtsausschusses des DAV WM 1993, Beilage 2 Rn. 53; NZG 2000, 802; 803; NZG 2003, Sonderbeil. zu Heft 9, S. 14; Regierungskommission Corporate Governance 2001, BT-Drucks. 14/7515 Rn. 151; Referent Löbbe These III.15.

²⁰⁶ Zutreffend Begründung RegEntwurf zu § 352c AktG a.F., BT-Drucks.9/1065, S. 21, unter Hinweis darauf, es „könnten Kursschwankungen zwischen dem für die Bewertung des Umtauschverhältnisses maßgeblichen Zeitpunkt („Verschmelzungstichtag“) und dem Tag der gerichtlichen Entscheidung zu Verzerrungen des Ausgleichs führen.“

²⁰⁷ Koch, Gutachten F zum 72. DJT, F 96 ff.; ihm wohl zustimmend (es ist nicht klar ersichtlich, ob Koch dort nur referiert, oder zustimmend referiert wird) Bayer/Möller, NZG 2018, 801, 810 f.

²⁰⁸ Vgl. Mülbart, NJW 2018, 2771, 2775; Pentz, AnwBlatt Online 2018, 712, 718.

²⁰⁹ Ähnlich Koch, Gutachten F zum 72. DJT, F 99 ff.;

DR. THOMAS HEIDEL**Empfiehl sich eine Reform des Beschlussmängelrechts im Gesellschaftsrecht?**

Thesen zum Referat beim 72. DJT 2018

I. Aktienrecht

1. Das auf (*ex tunc*-) Kassation rechtswidriger Beschlüsse gerichtete Beschlussmängelrecht bedarf keiner grundlegenden Reform. Kassation darf nicht durch deklaratorische Feststellungen der Rechtswidrigkeit, Schadensersatzansprüche, „Pranger“ o.ä. ersetzt werden. Angefochtene rechtswidrige Beschlüsse aufrechtzuerhalten verstößt gegen Interesse der AG und effektiven Eigentumsschutz der Aktionäre. Es besteht insb. kein berechtigtes Interesse, rechtswidriges Vorgehen der Mehrheit und der von ihr beherrschten Verwaltungsorgane zu tolerieren. Ökonomische Bedeutung der AG ist zu groß, als dass sie sich als Experimentierfeld in einem Bereich eignet, der zentral für Wahrung der Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens und Anlegerschutz ist. Möglichkeit des Klagemissbrauchs kann da bekämpft werden, wo er auftritt - legitimiert angesichts alternativen Instrumentariums keine Reform zu Lasten des effektiven etablierten Rechtsschutzes, sondern ist häufig Vorwand für Beschränkung gebotenen Rechtsschutzes.

2. Das (im Grundsatz erforderliche) Freigabeverfahren ist dringend reformbedürftig. Entsprechend dem GroKo-Koalitionsvertrag sind „im Interesse des Minderheitenschutzes und der Rechtssicherheit Brüche und Wertungswidersprüche (zu) beseitigen“ zugunsten effektiver Rechtmäßigkeitskontrolle: Dazu gehört, dass **(i)** Anwendungsbereich der Freigabe beschränkt wird auf AG mit Börsennotierung oder Kapitalmarktorientierung unter der **(ii)** Voraussetzung der Sicherung der Position der außenstehenden Aktionäre durch Spruchverfahren, wobei **(iii)** Satzung Freigabe ausschließen kann, **(iv)** bei besonderer Schwere des Rechtsverstoßes (immer gegeben bei nichtigem und bei rechtsmissbräuchlich herbeigeführtem Beschluss) Freigabe keinesfalls in Betracht kommt, **(v)** die Zwei-Instanzen-Zuständigkeit wiedereingeführt wird **(vi)** zuzüglich Rechtsbeschwerde zum BGH aufgrund Zulassung sowie Nichtzulassungsbeschwerde, schließlich sind **(vii)** Kostenregelung entsprechend § 247 AktG sowie **(vii)** Möglichkeit der Aktionärs-Nebenintervention zu normieren. **(viii)** Empfehlenswert ist die Wiedereinführung der Trennung von Freigabe der Eintragung und dauernder Bestandskraft der Maßnahme (Vorschlag Heribert Hirte).

3. Geboten ist auch außerhalb des Freigabeverfahrens eine Reihe von Änderungen im Detail in Hinblick auf Effektivität des Beschlussmängelrechts. So sind **(i)** der Anfechtungsausschluss in § 243 Abs. 4 S. 2 AktG **(ii)** sowie der gänzlich systemwidrige (§ 23 Abs. 5 AktG) § 242 Abs. 2 S. 1 AktG zur Heilung sogar gegen das Wesen der AG verstößender oder sittenwidriger nichtiger Beschlüsse zu streichen; zudem ist **(iii)** effektiver Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Verwaltung bei Ausübung der Ermächtigung zur Durchführung von Kapitalerhöhungen unter Bezugsrechtsausschluss beim genehmigten Kapital zu normieren und **(iv)** das „Say on Pay“ aufgrund der Novelle der Aktionärsrechte-richtlinie entgegen § 120 Abs. 4 AktG statt mit bloß deklaratorischem HV-Beschluss mit einem bindenden, anfechtbaren auszustatten.

4. Auch das Prozessrecht erfordert Änderungen: **(i)** Anfechtungsfristen dürfen nicht vor Vorlage des HV-Protokolls ablaufen und **(ii)** Gerichtskosten nicht mehrfach entstehen bei Klagen mehrerer Kläger; **(iii)** zumal verdeckte Anfechtungsgründe müssen entsprechend den Forderungen von Wolfgang Zöllner nachgeschoben werden können; **(iv)** dem AR muss Anfechtungsbefugnis zukommen; **(v)** die Verwaltungsorgane die ausdrückliche Pflicht zur Anfechtung bei für HV unentdeckbaren Fehlern haben; **(vi)** über § 246 Abs. 3 S. 4 AktG hinaus erfordern mündliche Verhandlung und Urteil einen rechtzeitig vorherigen Nachweis der Bekanntmachung der Klageerhebung; **(vii)** bei namentlich bekannten Aktionären besteht zur öffentlichen Bekanntmachung von Klageerhebung und Klagebeendigung entgegen § 246 Abs. 4 S. 1 und § 248a AktG keine Legitimation, solches ist nur auf dem Wege des § 121 Abs. 4 S. 2 AktG zu erledigen; **(viii)** Transparenz gebietet auch bei nicht-notierter AG bisher fehlende Bekanntmachung zur Verfahrensbeendigung; **(ix)** bislang fehlender effektiver Rechtsschutz gegen rechtswidrige Weigerung von Versammlungsleitern, Beschlussanträge zur Abstimmung zu stellen, ist (zB) durch positive Beschlussfeststellungsklage zu ermöglichen; **(x)** die Beteiligung von Nebenintervenienten an Vergleichen ist sicherzustellen und **(xi)** schließlich ist Effektivierung der Gerichtsorganisation geboten (jedenfalls Teilnahmepflicht derselben Handelsrichter an allen Terminen; weitere Konzentration auf einzelne Kammern / Senate, auch über Ländergrenzen hinweg).

5. Abzulehnen sind nicht nur Forderungen nach die Einschränkung der Kassation, sondern auch nach **(i)** Verhältnismäßigkeitsprüfung als Voraussetzung für Kassation, **(ii)** Konterkarieren der BGH-Rechtsprechung zum Corporate Governance Kodex, **(iii)** substantieller Aufweichung der Nichtigkeit zugunsten Anfechtbarkeit (gesetzgeberischer Spielraum besteht nur bei Einberufungs- sowie Protokollierungsmängeln), **(iv)** Einführung einer Fristbindung der Nichtigkeitsklage, **(v)** Eingangszuständigkeit bei OLG, **(vi)** Ausschluss der Anfechtbarkeit des HV-Beschlusses bei Sachkapitalerhöhungen und Bezugsrechtsausschluss zugunsten Spruchverfahren.

6. *De lege ferenda* kann Satzung Schiedsverfahren für Klagen nach §§ 246, 249 AktG vorsehen. Dabei sind *fair trial* und gebotener Schutz der Beteiligten (einschließlich aller Aktionäre) zu gewährleisten ist. Wichtig ist Folgendes: **(i)** Anwendungsbereich der Schiedsverfahren ist beschränkt auf nicht-kapitalmarktorientierte und nicht-notierte AG, **(ii)** wobei Schiedsklausel in Satzung nur einstimmig aufgenommen werden kann; **(iii)** Satzung muss die Schiedsordnung enthalten, falls sie keine Entscheidung durch anerkannte Schiedsorganisationen (z.B. DIS) vorsieht; **(iv)** für die Fristwahrung nach § 246 Abs. 1 AktG genügt Übersendung des einleitenden Schriftsatzes an AG unter deren Geschäftsanschrift in Textform; **(v)** die Schiedsrichter müssen Befähigung zum Richteramt haben; **(vi)** in Satzung vorzusehende neutrale Stelle wählt für Kläger- und Beklagenseite die Richter aus, falls sich eine Seite nicht auf „ihren“ Richter einigt (Vorbild DIS); **(vii)** AG trägt Kosten des Schiedsgerichts und zahlt Vorschüsse, ihre Säumnis bei Vorschusszahlung führt zur Erklärung / Feststellung der Nichtigkeit des HV-Beschlusses; im Innenverhältnis hat AG Erstattungsanspruch in Höhe der Gerichtskosten, die im ZPO-Prozess in der 1. Instanz entstünden; **(viii)** Schiedsgericht muss zur Sicherung eines der ZPO ähnlichen Rechtsschutzes gerichtliche Unterstützung nach § 1050 ZPO in Anspruch nehmen, wenn staatliche Gerichte zu den dortigen Mitteln greifen müssten; **(ix)** Rechtskraft des Schiedsspruchs erst nach Vollstreckbarerklärung (§ 1064 ZPO), **(x)** Unzulässigkeit eines Schiedsvergleichs über Beschlussunwirksamkeit; **(xi)** Kostentragung der unterlegenen Partei entsprechend § 91 ZPO nur in Höhe der Kosten, die im staatlichen Gerichtsverfahren 1. Instanz entstanden wären, und schließlich **(xi)** ist eine neutralisierte Veröffentlichung des Schiedsspruchs durch Schiedsgericht vorzusehen, um „Neben-Schieds-Aktienrecht“ ohne BGH-Kontrolle zu verhindern.

II. GmbH

7. Das aktienrechtliche Beschlussmängelrecht ist Modell für die gebotene satzungsdispositive Normierung.

8. Bei Normierung sind die typischen Unterschiede zur AG zu beachten, namentlich (i) besteht kein Erfordernis eines Versammlungsleiters mit der alleinigen Kompetenz zur Beschlussfeststellung; (ii) daher ist für den Fall, dass es keinen festgestellten oder sonst feststehenden Beschluss gibt, eine (Gestaltungs-)Klage gegen die GmbH mit Wirkung entsprechend § 248 AktG bei positiver Feststellungsklage vorzusehen; zudem (iii) ist die starre Klagfrist nach § 246 Abs. 1 AktG untunlich, stattdessen ist eine Frist von (zB) drei Monaten mit Möglichkeit einvernehmlicher Verlängerung vorzusehen.

III. Personengesellschaften

9. Beschlussmängelrecht sollte normiert werden, wobei abweichende Regelungen des Gesellschaftsvertrags Vorrang haben.

10. Dabei sollte es bei Nichtigkeit aller rechtswidrigen Beschlüsse bleiben.

11. Bei der rechtsfähigen Gesellschaft sollte Beschlussmängelklage nach dem Modell der AG-Nichtigkeitsklage normiert werden. Will man nicht so weit gehen, ist jedenfalls sicherzustellen, dass Klage gegen Gesellschaft (nicht ihre Gesellschafter) zu richten ist und ein klagestattgebendes Urteil *erga omnes*-Wirkung hat.

12. Bei der nicht-rechtsfähigen Gesellschaft scheint unvermeidlich, an Feststellung der Beschlussnichtigkeit mit ZPO-Feststellungsklage gegen - mE alle - Gesellschafter festzuhalten. Sicherzustellen ist Feststellungswirkung gegenüber allen Gesellschaftern, Modell könnten Grundsätze der hM zur Ausschließungsklage nach § 140 HGB sein.

IV. Verein

13. Beim nicht-wirtschaftlichen Verein ist daran festzuhalten, dass fehlerhafte Beschlüsse *ipso iure* rechtswidrig und grundsätzlich nichtig / unwirksam sind. Eine Kategorie anfechtbarer Beschlüsse ist nicht einzuführen. Die *erga omnes*-Wirkung des stattgebenden Beschlussmängelurteils sollte klarstellend normiert werden.

14. Beim wirtschaftlichen Verein kann wegen dessen struktureller Ähnlichkeit zu AG *de lege ferenda* aktienrechtliches Anfechtungsmodell übernommen werden.

V. Spruchverfahren

15. Die Effektivität des Rechtsschutzes im Spruchverfahren darf nicht weiter eingeschränkt werden. Dazu gehört insb, dass die Normierung des Börsenkurses als allein maßgeblich für angemessene Abfindung abzulehnen ist; sie widerspräche ohnehin Verfassungsrecht (BVerfGE 14, 263, 284).

16. Es ist gesetzlich ausdrücklich sicherzustellen, dass Vorstand und AR bei Beschlussempfehlung an HV und Bericht über die angemessene Abfindung / Ausgleich Inte-

ressen der außenstehenden Aktionäre wahren müssen, mit Schadensersatzpflichten gegenüber einzelner Aktionär bei Pflichtverletzung.

17. Klarzustellen ist, dass Ersatzansprüche zB nach §§ 117, 317 AktG zur Bemessungsgrundlage des Anspruchs auf angemessene Abfindung gehören und die Einrede der Verjährung gegen solche (zuvor geheim gehaltenen) Ansprüche ausscheidet.

18. Dringlich ist die Einführung einer Insolvenzversicherung für Abfindung, gerichtlich festgesetzte Abfindungserhöhung und Zinsen.

19. Bei folgenden Themen sollten keine Veränderungen vorgenommen werden: **(i)** Bemessung des Unternehmenswerts nicht allein orientiert an Bewertung des Vertragsprüfers / gerichtlich bestellten Prüfers, Spruchgericht darf vielmehr unbeschränkt Neubewertung veranlassen, **(ii)** LG-Eingangszuständigkeit (aber weitere Konzentration bei spezialisierten Kammern / Senaten sowie Einführung der Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH), **(iii)** Ausschluss von Zwangs- / Mehrheitsvergleich, **(iv)** Zins von 5 Prozent ist aus vielerlei Gründen geboten, jedenfalls keine Änderung nach unten, **(v)** kein Ausschluss der Anfechtbarkeit des HV-Beschlusses für die Gesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers zugunsten Spruchverfahren; **(vi)** Barausgleich für unangemessenes Umtauschverhältnis ist beizubehalten, Erfüllung des Nachteilsausgleichs durch Anteile ist abzulehnen.

VI. Organbeschlüsse

20. Am Grundsatz ist festzuhalten, dass rechtswidrige Beschlüsse nichtig sind.

21. Nichtigkeit rechtswidriger Beschlüsse kann *de lege ferenda* durch Klage mit *erga omnes*-Wirkung des stattgebenden Urteils festgestellt werden. Gesetzgeber sollte entscheiden, ob Klagegegner das Organ ist, um dessen Beschluss es geht, oder die Gesellschaft vertreten durch das Organ. Klagebefugnis sollte zustehen **(i)** jedem Mitglied des Organs, um dessen Beschluss es geht, **(ii)** jeweils anderem Organ bei Zwei-Board-System, **(iii)** jedem Organmitglied des jeweils anderen Organs, **(iv)** jedem Gesellschafter bei eigener Rechtsverletzung sowie **(v)** qualifizierter Gesellschafterminderheit.

Dr. Thomas Heidel

Rechtsanwalt | FA für Handels- und Gesellschaftsrecht | FA für Steuerrecht

Poppelsdorfer Allee 114 | 53115 Bonn

Tel +49 228 72 543 21 | Fax +49 228 72 543 20

heidel@meilicke-hoffmann.de | www.meilicke-hoffmann.de

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER
RECHTSANWÄLTE | STEUERBERATER

