

Die Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen

Theodor Baums

Arbeitspapier Nr. 85 Vorwort

Das Arbeitspapier „Die Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen“ ist der Entwurf des Hauptteils meines Gutachtens für den diesjährigen Deutschen Juristentag. Es wird wie die früheren Arbeitspapiere Freunden und Förderern des Instituts, darüber hinaus aber auch interessierten Fachkollegen mit der Bitte übersandt, dem Verfasser Anmerkungen und Kritik mitzuteilen, die im Rahmen des Möglichen berücksichtigt werden sollen. Das überarbeitete und vollständige Gutachten wird vom DJT im C.H. Beck Verlag veröffentlicht werden.

Mit dem vorliegenden Arbeitspapier Nr. 85 endet die Reihe der vom Verfasser 1992, zusammen mit der Gründung des Instituts für Handels- und Wirtschaftsrecht, ins Leben gerufenen Arbeitspapiere. Sie spiegeln einen Teil der wissenschaftlichen Arbeit am Institut in den vergangenen Jahren wider. Einen umfassenden Bericht hierüber enthält das Arbeitspapier Nr. 50. Möge das Institut unter seiner neuen Leitung sich weiter entwickeln, blühen und gedeihen und die Unterstützung seiner Freunde und Förderer finden!

Osnabrück, 1. Febr. 2000

Theodor Baums

Gliederung

C. Die Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen	1
I. Einleitung.....	1
II. Grundlagen	2
1. Die gesetzliche Regelung	2
2. Erweiterung der Anfechtungsgründe durch die Rechtsprechung	3
3. Rechtsvergleichende Hinweise.....	4
a) Europäische Rechte.....	4
b) USA	5
c) Vergleich	8
4. Rechtstatsachen zur Beschlußkontrolle.....	10
a) Allgemeines	10
b) Analyse der gerichtlichen Verfahren im einzelnen	12
aa) Angefochtene Beschlüsse	12
bb) Anfechtungsgründe	13
cc) Klagen sog. Berufsaktionäre	14
dd) Verfahrensbeendigung.....	15
ee) Verfahrenskosten.....	16
ff) Verfahrensdauer	16
5. Zwischenergebnis	16
6. Beschlußanfechtung und Kapitalmarktaufsicht.....	17
7. Beschlußanfechtung und Haftung.....	18
8. Offene Fragen	19
III. Erleichterung der Anfechtung	20
1. Die Anfechtungsfrist des § 246 Abs.1 AktG.....	20
a) Materiellrechtliche Ausschlußfrist.....	20
b) Offene Beschlußmängel	22
c) Verdeckte Beschlußmängel	24
d) Antrag auf Prozeßkostenhilfe	25
e) Nichtbörsennotierte Aktiengesellschaften.....	26
2. Präsenz- und Widerspruchsobliegenheit des Aktionärs	27
3. Kausalität oder Relevanz von Verfahrensfehlern	30
4. Prozeßkosten.....	31
a) Gegenwärtige Regelung der Kostengrundentscheidung	31
b) Kritik	32
c) Alternativen	35
aa) Keine pauschale Kostenbefreiung	35
bb) Die US-amerikanische Lösung	35
cc) Summarisches Vorprüfungsverfahren	36
dd) Abweichung von § 91 ZPO	39
d) Kostenhöhe	40
aa) Der Regelstreitwert nach § 247 Abs. 1 AktG	40
bb) Der Teilstreitwert nach § 247 Abs. 2 AktG.....	42
e) Ergebnis.....	44
5. Zuständiges Gericht; Verfahren.....	45

a) Konzentration der Zuständigkeit	45
b) Verfahren.....	46
c) Schiedsfähigkeit.....	46
IV. Allgemeine Einschränkungen des Anfechtungsrechts	47
1. Einleitung	47
2. Individuelle Rechtsverletzung; Feststellungsinteresse.....	48
3. Mindestanteilsbesitz; Anlageaktien ohne Anfechtungsrecht	51
4. Pool-Lösung.....	53
5. Gemeinsamer Vertreter; ausschließliche Verbandsklage.....	54
6. Mindestbesitzzeit	54
7. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; vorrangiges Vollzugsinteresse.....	55
8. Rückbildung von Hauptversammlungskompetenzen; Abbau zwingenden Rechts	57
9. Alternative Rechtsbehelfe und Verfahren	58
a) Anfechtungsausschluß durch Nachteilsausgleich	59
b) Ausschließung von Aktionären	61
c) Austritt und Abfindung	62
d) Ausgleichszahlungen und Bewertungsrügen.....	64
aa) Aufnehmende Gesellschaft bei Verschmelzung	64
bb) Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluß	66
e) Informationsmängel und Spruchverfahren	68
10. Allgemeine Informationsmängel	71
a) Informationspflichtverletzungen als Anfechtungsgründe	71
b) Funktionen der Auskunfts- und Berichtspflichten.....	72
c) Auskunfterzwingungsverfahren.....	75
d) Kausalitätserfordernis; Aufhebung des § 243 Abs. 4 AktG.....	76
e) Sonstiges.....	77
11. Reformation statt Kassation	79
V. Der Mißbrauch des Anfechtungsrechts.....	83
1. Rechtshistorischer Überblick.....	83
2. Zum Begriff des „Mißbrauchs“ des Anfechtungsrechts	87
3. Das Szenario	89
4. Die Hebelwirkung der Anfechtungsklage	91
a) Verschmelzung, sonstige Umwandlungen und Eingliederung	91
b) Sonstige eintragungsbedürftige Maßnahmen	94
c) Nicht eintragungsbedürftige Beschlüsse	96
5. Rechtspolitische Vorschläge	97
a) Überwindung der Registersperre	98
aa) Eintragungsbedürftige Maßnahmen	98
(1) Einstweilige Verfügung des Prozeßgerichts.....	99
(2) Ausdehnung des Freigabeverfahrens des UmwG.....	101
(3) Freigabebeschluß auf Antrag des Anfechtungsklägers	102
bb) Insbesondere: Eingliederung und Umwandlung.....	108
(1) Aufhebung des bisherigen Freigabeverfahrens	108
(2) Modifikationen.....	109
b) Der Abfindungsvergleich	111
aa) Allgemeines.....	111
bb) Verbot von Abfindungsvergleichen	111
cc) Zustimmung des Prozeßgerichts	112

dd) Publizität.....	113
c) Ergänzende Maßnahmen	115
aa) Gesetzlicher Mißbrauchstatbestand.....	115
bb) Schadenersatzpflicht des Anfechtungsklägers.....	116
cc) Pflicht zur Sicherheitsleistung.....	116
VI. Sonstiges	118
1. „Anfechtung“ von Aufsichtsrats- und Vorstandsbeschlüssen.....	118
2. Positive Beschlußfeststellungsklage	120

C. Die Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen

I. Einleitung

Den Aktionären sind die grundlegenden Entscheidungen vorbehalten, die die Kontrolle der Verwaltung betreffen¹ oder die Grundlagen des Investments der Eigenkapitalgeber verändern². Einstimmigkeit ist hierfür nicht erforderlich. Die Hauptversammlung kann diese Entscheidungen vielmehr mit einfacher oder mit qualifizierter Mehrheit treffen (vgl. § 133 AktG), weil einzelnen Aktionären oder einer kleinen Minderheit nicht die Möglichkeit der Obstruktion eröffnet werden soll. Dieses Mehrheitsprinzip bietet nun aber wiederum dem Mehrheitsaktionär oder einer Mehrheit zusammenwirkender Aktionäre die Möglichkeit, Entscheidungen zu treffen, die nicht nur dem Willen der überstimmten Aktionäre zuwiderlaufen, sondern ihnen darüber hinaus Nachteile zufügen. Ähnlich kann sich in einer reinen Publikumsgesellschaft das Mehrheitsprinzip auswirken, nämlich wenn dort die Verwaltung und/oder nicht uneingeschränkt im Aktionärsinteresse handelnde Stimmrechtsvertreter über Ob und Inhalte der Beschlußfassung in der Hauptversammlung gebieten. Beschlüsse der Hauptversammlung kann der Aktionär mit der Anfechtungsklage angreifen (§ 243 AktG); sie ist Korrelat des Mehrheitsprinzips und als Korrektiv nachteiliger Wirkungen dieses Prinzips vorgesehen. Der folgende Abschnitt schildert zunächst knapp die Ausgestaltung dieser Aktionärsklage im geltenden Recht und die bedeutsame Erweiterung der Anfechtungsgründe durch die Rechtsprechung (II. 1., 2.). Besonderheiten und Beschränkungen werden insbesondere auch vor dem Hintergrund rechtsvergleichender Betrachtung deutlich (II. 3.). Es folgt ein Blick auf die Rechtstatsachen (II. 4.). Als Zwischenergebnis wird festzuhalten sein, daß die Anfechtungsklage als Rechtsbehelf unverzichtbar ist, das geltende Recht aber offenbar Defizite aufweist (II. 5. - 8.). Diesen Defiziten und vielfältigen Reformvorschlägen in der Literatur sind dann die weiteren Abschnitte (III: Erleichterung der Anfechtung; IV: Allgemeine Einschränkungen des Anfechtungsrechts; V: Der Mißbrauch des Anfechtungsrechts) gewidmet. Der letzte Abschnitt (VI.) befaßt sich mit fehlerhaften Aufsichtsrats- und Vorstandsbeschlüssen und mit der positiven Beschlußfeststellungsklage

¹ Insbesondere Wahl der Anteilseignervertreter in den Aufsichtsrat; Bestellung des Abschlußprüfers; Entlastungsbeschlüsse; Bestellung von Sonderprüfern.

² Insbesondere Satzungsänderungen; Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und Kapitalherabsetzung; Auflösung der Gesellschaft; sonstige strukturändernde Maßnahmen.

II. Grundlagen

1. Die gesetzliche Regelung

Das Aktiengesetz regelt die Beschlußkontrolle durch die Aktionäre in den §§ 241 ff. Das Grundprinzip formuliert § 243 Abs. 1 AktG: Ein Beschluß der Hauptversammlung kann wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung durch Klage angefochten werden. Zur Anfechtung ist jeder Aktionär befugt, der Widerspruch zu Protokoll erklärt hat oder gar nicht erst korrekt zur Hauptversammlung eingeladen worden war (§ 245 Nrn. 1, 2 AktG). Die Anfechtungsklage muß binnen Monatsfrist erhoben werden (§ 246 Abs. 1 AktG); nicht erfolgreich angefochtene Beschlüsse sind trotz Gesetzes- oder Satzungsverstoßes wirksam. Dieser Grundsatz, der es den Aktionären überläßt, ob sie den Beschluß anfechten oder unangefochten wirksam sein lassen wollen, gilt freilich nur mit Einschränkungen: Verstöße gegen Vorschriften, die dem Schutz der Gläubiger oder öffentlicher Interessen dienen, führen nicht lediglich zur Anfechtbarkeit, sondern zur Nichtigkeit des Beschlusses (§ 241 AktG). Die Nichtigkeit kann von jedermann und ohne Klage geltend gemacht werden (§ 249 Abs. 1 S. 2 AktG). Die §§ 250 – 257 AktG enthalten Sondervorschriften über die Anfechtung und Nichtigkeit spezieller Beschlüsse wie z.B. von Wahlen zum Aufsichtsrat usw.

Dieses hier in seinen Grundzügen skizzierte System ist im wesentlichen in den Aktienrechtsnovellen 1884 und 1937 geformt worden³. Es ist durch folgende rechtspolitische Entscheidungen gekennzeichnet:

- *Erstens*, die Kontrolle von Mehrheitsentscheidungen setzt (von den Fällen nichtiger Beschlüsse abgesehen) die Initiative eines einzelnen oder einzelner Aktionäre durch Klageerhebung voraus. Dies gilt auch für die börsennotierte Publikumsgesellschaft mit weit gestreutem Aktienbesitz. Eine aufsichtsbehördliche oder registergerichtliche Kontrolle anfechtbarer, aber von den Aktionären nicht angefochtener Beschlüsse auf Verstöße gegen Vorschriften zum Schutz der gegenwärtigen Aktionäre findet nicht statt⁴.
- *Zweitens*, die Anfechtungsklage setzt keinen Mindestanteilsbesitz voraus. Zur Anfechtung genügt eine einzige Aktie im Nennbetrag von einem Euro (vgl. § 8 Abs. 2 AktG).
- *Drittens*, der anfechtende Aktionär braucht außer seiner Anfechtungsbefugnis (§ 245 AktG) nicht darzutun, er sei persönlich durch den behaupteten Gesetzes- oder Satzungsverstoß in seinen Mitgliedschaftsrechten verletzt⁵. Es genügt sein allgemeines Interesse daran, daß Hauptversammlungsbeschlüsse mit Gesetz und Satzung im Einklang stehen⁶. Er wird insoweit als "Kontrollorgan" tätig⁷; die Aktionärsklage wird im Hinblick darauf auch als "Funktionärsklage" bezeichnet⁸. Dies gilt in einem doppelten Sinne: Zum einen kann der

³ Vgl. K. Schmidt, Die AG 1977, S. 243 ff.; U. Huber, in: Festschrift Coing Bd. 2, 1982, S. 167 ff.

⁴ Einzelheiten bei Hüffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 243 Rdz. 56.

⁵ BGHZ 43, 261, 265 f. m.Nachw.; BGHZ 70, 117, 118; Lutter, AcP 180 (1980), 84, 143; K. Schmidt, Großkomm. AktG, 4. Aufl., 6. Lief. 1996, § 245 Rdz. 4.

⁶ BGHZ 70, 117, 118; BGHZ 107, 296, 308.

⁷ Keuk-Knobbe, in: Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 239, 244; Lutter, ZGR 1978, 347, 349.

⁸ K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 5), § 245 Rdz. 4.

anfechtende Aktionär die Klage auf die Verletzung drittschützender Normen stützen, obwohl er davon in seinen individuellen Rechten nicht berührt ist. Zum anderen ist er selbst dann, wenn er die Verletzung aktionärschützender Vorschriften rügt, typischerweise nicht allein hiervon betroffen. Die Anfechtungsklage ist individueller Rechtsbehelf mit Gemeinschaftsbezug: Die anderen Aktionäre, zu deren Gunsten ein der Klage stattgebendes Urteil wirkt (§ 248 Abs. 1 AktG), ersparen eigene, persönliche Aufwendungen hierfür.

- *Viertens*, Beschlußinhalte und Prüfungsmaßstab der Beschlußkontrolle stehen nicht in direkter Beziehung zueinander. So ist bei Änderungen der Grundlagen des Investments der Eigenkapitalgeber Prüfungsmaßstab nicht etwa die Zweckmäßigkeit oder Vorteilhaftigkeit der beschlossenen Maßnahme. Ebensovienig kommt es nach der gesetzlichen Regel darauf an, ob sich die Mehrheit bei der Beschlußfassung mit Wirkung auch für die Minderheit ausschließlich am Unternehmenswohl orientiert hat; ob die Verwaltung die Entscheidung sorgfältig vorbereitet hat; ob vermeidbare Eingriffe in die Rechtsstellung der Minderheit erfolgt sind o.ä. Anfechtungsgrund und damit formaler Prüfungsmaßstab ist nach § 243 Abs. 1 AktG der Verstoß des Beschlusses gegen Gesetz oder Satzung. Dem hat das Aktiengesetz 1937 in § 243 Abs. 2 den Fall gleichgestellt, daß ein Aktionär mit der Ausübung des Stimmrechts für sich oder einen Dritten Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder der anderen Aktionäre zu erlangen suchte und der Beschluß geeignet ist, diesem Zweck zu dienen. Für die Minderheit nachteilige, illoyale oder grob sorgfaltswidrige Beschlüsse können danach nur dann angefochten werden, wenn und soweit entweder bestehendes Gesetzes- oder Satzungsrecht dem ausdrücklich entgegenstehen oder die engen Voraussetzungen des § 243 Abs. 2 AktG erfüllt sind. Die Rechtsprechung hat sich allerdings von dieser engen und formalen Begrenzung inzwischen gelöst, wie sogleich auszuführen sein wird⁹.
- *Fünftens*, das Anfechtungsrecht des Aktionärs ist nach der gesetzlichen Regelung auf die Beseitigung von Hauptversammlungsbeschlüssen beschränkt. Eine „Anfechtung“ von Beschlüssen oder Maßnahmen des Vorstands oder Aufsichtsrats sieht das Gesetz nicht vor.

2. Erweiterung der Anfechtungsgründe durch die Rechtsprechung

Die wohl bedeutsamste Korrektur der gesetzlichen Regelung des Anfechtungsrechts hat die Rechtsprechung im Bereich der Anfechtungsgründe vorgenommen. Die formale Begrenzung auf Verstöße gegen bestehendes Gesetzes- und Satzungsrecht (§ 243 Abs. 1 AktG) sowie auf Fälle des Erstrebens von Sondervorteilen (§ 243 Abs. 2 AktG¹⁰) ist inzwischen zugunsten einer weitergehenden „materiellen Beschlußkontrolle“ aufgegeben. Bahnbrechend war die *Kali+Salz*-Entscheidung des Bundesgerichtshofes, die ungeschriebene materielle Prüfkriterien für den Bezugsrechtsausschluß formuliert und deren Verletzung den Anfechtungsgründen des § 243 Abs. 1 AktG gleichgestellt hat¹¹. Neben diese spezielle Inhaltskontrolle, die nach der

⁹ Unten 2.

¹⁰ Zur geringen Bedeutung dieser Norm in der Entscheidungspraxis *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 243 Rdz. 31 m.Nachw.

¹¹ BGHZ 71, 40, 43, 49.

Rechtsprechung allerdings auf bestimmte Beschlüsse beschränkt ist¹², hat die Entscheidung des Bundesgerichtshofes im Linotype-Fall die Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen „entsprechend § 243 Abs. 2 AktG“ gestellt, wenn der Mehrheitsgesellschafter unter Verletzung seiner Treuepflicht abgestimmt hat¹³.

Die Reichweite dieser Inhalts- und Treuepflichtkontrolle ist zwar nach wie vor streitig¹⁴. Ungeklärt ist insbesondere, ob die Rechtsprechung zur Treuepflichtkontrolle auf Beschlüsse übertragen werden kann, die nicht vom Mehrheitsaktionär, sondern von der Verwaltung treuepflichtwidrig oder grob sorgfaltswidrig herbeigeführt worden sind, ohne daß ein Verstoß gegen ausdrückliche Gesetzes- oder Satzungsvorschriften vorläge. Die dargestellte Rechtsentwicklung rückgängig zu machen wird aber, soweit ersichtlich, von keiner Seite ernsthaft gefordert¹⁵. Ebenso wenig ist es Aufgabe des vorliegenden Gutachtens, eine überzeugende Formulierung eines Gesetzesvorschlags zu entwickeln, der die geschilderte, noch nicht vollends abgeschlossene Rechtsentwicklung einfangen und die Diskussion in diesem Punkt beenden könnte.

Entsprechendes gilt für den möglichen Anfechtungsgrund der „Vertragsverletzung“. Die Frage, ob der Grundsatz *pacta sunt servanda* als Rechtsvorschrift im Sinne des § 243 Abs. 1 AktG bei Verstößen – etwa eines Aktionärs gegen einen Stimmbindungsvertrag – zur Anfechtung berechtigt, wird im Schrifttum grundsätzlich verneint¹⁶, ist aber namentlich bei gesellschaftsbezogenen Konsortialabreden nicht unumstritten¹⁷. Auch die Klärung dieser Frage ist Rechtsprechung und Schrifttum zu überlassen.

3. Rechtsvergleichende Hinweise

Besonderheiten und Beschränkungen des nationalen Rechts werden insbesondere bei rechtsvergleichender Betrachtung deutlich. Im folgenden können dazu nur einige Hinweise gegeben werden.

a) Europäische Rechte

Soweit ersichtlich, wird nur in den vom deutschen Recht stärker beeinflussten Ländern Österreich und Schweiz der gerichtliche Rechtsschutz des Aktionärs in ähnlicher Weise von der Beschlußkontrollklage dominiert wie im deutschen Recht. Die einschlägigen Vorschriften

¹² Nachweise bei Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), Rdz. 25 ff.

¹³ BGHZ 103,184,193. In BGH WM 1999, 1767, 1768 wird dagegen die Verletzung der Treuepflicht als Anfechtungsgrund gemäß § 243 Abs. 1 AktG angeführt.

¹⁴ Umfangreiche Nachweise bei K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 5), § 243 Rdz. 45 ff.; Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 243 Rdz. 22 ff; aus der Rechtsprechung zuletzt BGHZ 138, 71 „Sachsenmilch“ und BGH WM 1999, 1767 „Hilgers AG“.

¹⁵ Vgl. Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), Rdz. 23: Im Prinzip einhellige Zustimmung des neueren Schrifttums.

¹⁶ Nachweise bei Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 243 Rdz. 6, 10 ff.

¹⁷ Aus dem GmbH-Recht dazu BGH NJW 1983, 1910, 1911; BGH NJW 1987, 1890, 1892; eingehend Noack, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, 1994, S. 156 ff., 168 f. m.w.Nachw.

sind den §§ 241 ff. AktG im wesentlichen vergleichbar¹⁸. Auch die übrigen EU-Staaten kennen jeweils ein spezielles gerichtliches Verfahren für die Rüge von Beschlußmängeln¹⁹. Unterschiede zum deutschen Recht bestehen hier – neben Abweichungen im Detail²⁰ – vor allem darin, daß die meisten EU-Staaten neben der Beschlußmängelklage Einzelklagbefugnisse der Aktionäre gegen die Verwaltung kennen²¹. Das Primat einer im Detail ausgeformten Beschlußkontrolle ist den meisten Rechtsordnungen eher fremd. Hinweise zu besonderen Lösungen einzelner Rechtsordnungen werden später, im jeweiligen Sachzusammenhang, gegeben werden.

b) USA

Für eingehendere Darstellungen des US-amerikanischen Rechts sei gleichfalls auf entsprechende jüngere Berichte hierüber verwiesen²². Das Gesellschaftsrecht der amerikanischen Bundesstaaten kennt keine den §§ 241 ff. AktG vergleichbare Regelung. Spezielle Vorschriften finden sich lediglich für Wahlanfechtungen²³. Selbstverständlich kann aber jeder Aktionär die Nichtigkeit von Beschlüssen der Hauptversammlung feststellen lassen²⁴. Das Recht der Beschlußanfechtung steht nur nicht im Zentrum der Rechtsbehelfe des Aktionärs. Der Aktionär kann statt dessen auch vorbeugenden Rechtsschutz gegen eine angekündigte Beschlußfassung fordern, wenn er geltend machen kann, daß der Beschluß seine Rechte als Aktionär verletzen würde²⁵. Er kann ohne voraufgehende oder gleichzeitige Anfechtungsklage oder Feststellungsklage gegen den Beschluß die Unterlassung der Ausführung desselben oder die Vernichtung

¹⁸ §§ 195 ff. öAktG; Artt. 706 ff. OR.

¹⁹ Vgl. hierzu die „Europastudie“ der DSW, Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V., Eine rechtsvergleichende Studie über Minderheitenrechte der Aktionäre sowie Stimmrechtsausübung und -vertretung in Europa, 1999. Hinweise dazu finden sich auch in einzelnen Länderberichten des Sammelbandes *Baums/Wymeersch* (Hrsg.), *Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States* (1999); zu Frankreich und Belgien auch *Planck*, Aktionärsklagen im französischen und deutschen Recht unter Einbeziehung der neueren Rechtsentwicklung in Belgien, 1995, S. 165 ff.; zu Frankreich und England *Kreß*, Gerichtliche Beschlußkontrolle im Kapitalgesellschaftsrecht, 1996, S. 39 ff.; 75 ff.; *Borgmann*, Der Organstreit im Kapitalgesellschaftsrecht, 1996, S. 118 ff.; 168 ff.

²⁰ Regelfall ist offenbar die Nichtigkeit oder „Ungültigkeit“ von Beschlüssen, die von jedermann geltend gemacht werden kann. Teilweise kennt man eine dem deutschen Recht vergleichbare „Anfechtbarkeit“ bei Verfahrensverstößen, während es bei inhaltlichen Beschlußmängeln beim Regelfall der Nichtigkeit verbleibt. Aber auch andere Differenzierungen sind anzutreffen. Das spanische Recht etwa sieht Nichtigkeit stets bei Gesetzesverletzungen vor, bei Satzungsverstößen dagegen Anfechtbarkeit. Teilweise, so in Finnland und in Frankreich, besteht die Möglichkeit der gerichtlichen Abänderung „angefochtener“ Beschlüsse.

²¹ So etwa Frankreich, Großbritannien, Italien, die Niederlande und Spanien.

²² *Becker*, Verwaltungskontrolle durch Gesellschafterrechte, 1995, S. 295 ff.; *Guntz*, Treubindungen von Minderheitsaktionären, Diss. 1997, S. 216 ff.; *Jarzembowski*, Fehlerhafte Organakte nach deutschem und amerikanischem Aktienrecht, 1982, S. 110 ff.

²³ Z.B. Delaware Gen. Corp. Law § 225; New York Bus. Corp. Law § 619; Cal. Corp. Code § 709. Zu den Gründen für diese speziellen Regelungen *Becker*, a.a.O., S. 314 ff.

²⁴ Nachweise aus der Entscheidungspraxis der Gerichte bei *Becker*, a.a.O., S. 296 ff.; vgl. auch die ausdrückliche Regelung in Del. Gen. Corp. Law § 225(b).

²⁵ Vgl. etwa *Lehrman v. Godchaux Sugars, Inc.*, 138 N.Y.S. 2d 163; *Eisenberg v. Central Zone Property Corp.*, 306 N.Y. 58.

eines hierauf beruhenden Vertrages verlangen²⁶. Genehmigt die Abstimmung eine Verschmelzung, so kommt auch deren Rückabwicklung in Betracht, sofern dies von den wirtschaftlichen Folgen her tragbar ist²⁷. Nichtigserklärung der Abstimmung und Verurteilung, die Ausführung rückgängig zu machen, können auch nebeneinander verlangt werden²⁸. Es kann auch Nichtigserklärung des alten Beschlusses und erneute Abstimmung angeordnet werden²⁹. Ohnedies ist der Richter nach amerikanischem Zivilprozeßrecht nicht an den gestellten Antrag gebunden, sondern er hat dem Kläger dasjenige zuzuerkennen, wonach dieser nach Sach- und Rechtslage einen Anspruch hat³⁰.

Insgesamt wird, wie die Entscheidungspraxis belegt, eine isolierte Anfechtungsklage oder Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Beschlusses nur in seltenen Fällen gewählt. Klageziel scheint bei ausführungsbedürftigen Beschlüssen eher zu sein, die Ausführung zu untersagen oder rückgängig zu machen. Bei nicht ausführungsbedürftigen Beschlüssen kommt als zusätzlicher und vielleicht praktisch vorrangiger Rechtsbehelf die vorbeugende Unterlassungsklage (*injunctive relief*) oder sogar eine einstweilige Verfügung (*temporary restraining order; preliminary injunction*)³¹ in Betracht. Eine Regel, die den Mehrheitsaktionär von seiner Haftung wegen Treuepflichtverletzung³² deshalb freistellen würde, weil dieser Treuepflichtverstoß sich durch Stimmrechtsausübung verwirklicht hat (vgl. § 117 Abs. 7 Nr. 1 AktG), ist dem amerikanischen Recht fremd.

Wird ein Beschluß angefochten, sei es isoliert oder in Verbindung mit weiteren Anträgen, so ist wichtiger Anfechtungsgrund die falsche Information der Aktionäre und hier insbesondere die Verletzung von Vorschriften über die Einwerbung von Stimmrechtsvollmachten (proxy). Bekanntlich läßt sich in den USA die Verwaltung von den Aktionären Stimmrechtsvollmachten erteilen, die sie dann auf der Anteilseignerversammlung ausübt. Wegen des deutlichen Interessenkonflikts ist das Einwerben von Stimmrechtsvollmachten eingehend reguliert und wird seitens der Kapitalmarktaufsicht (SEC) überwacht³³. Enthält das vom Management den Aktionären unterbreitete Informationsmaterial falsche, irreführende oder unvollständige Angaben bezüglich abstimmungserheblicher Punkte, so kann gegen den darauf beruhenden Beschluß ge-

²⁶ Vgl. *Mills v. Electric Auto – Lite Comp.*, 90 S.Ct. 616 (1970).

²⁷ "Balancing the hardships"; grundlegend *J.I. Case Comp. v. Borak*, 84 S.Ct. 1555 (1964).

²⁸ Vgl. *Reifsnyder v. Pittsburgh Outdoor Advertising Co.*, 405 Pa. 142, 173 A.2d 319 (1961); allgemein zur Verbindung mehrerer Anträge Fed. Rules of Civ. Procedure, Rule 8(a).

²⁹ *Gladwin v. Medfield Corp.*, 540 F.2d 1266 (1976).

³⁰ Fed. Rules of Civil Procedure, Rule 54(c).

³¹ Vgl. Fed. Rules of Civil Procedure, Rule 65. Zu den Unterschieden dieser Rechtsbehelfe etwa *Wright/Müller/Kane*, Federal Practice and Procedure, Vol. 11A, 1995, S. 32 f.

³² Zur Treuepflicht des Mehrheitsaktionärs und seiner Haftung wegen Treuepflichtverletzung nach amerikanischem Recht *Mestmäcker*, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 1958, S. 195 ff.; *Im-menga*, Die personalistische Kapitalgesellschaft, 1970, S. 180 ff., 261 f.

³³ S. dazu aus der deutschen Literatur eingehend *Wiethölter*, Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, 1960, S. 247 ff.; neuerer Bericht bei *Ruoff*, Stimmrechtsvertretung, Stimmrechtsermächtigung und Proxy-System: Stimmrechtsausübung durch Intermediäre in Aktionärsversammlungen – Deutschland, Schweiz und USA im Rechtsvergleich-, 1999, S. 177 ff.; aus der US-amerikanischen Literatur etwa *Jennings/Marsh/Coffee/Seligman*, Securities Regulation, 8. Ausg. 1998, S. 967 ff.

klagt werden³⁴. Konflikte aus dem „Innenverhältnis“ zwischen dem Aktionär und seinem Vertreter wirken sich so auch auf das Außenverhältnis, als Grund für die Anfechtung des in der Gesellschafterversammlung gefaßten Beschlusses, aus.

Die Anfechtungsklage wird von den Gerichten regelmäßig als *direct (individual) suit*, nicht als *derivative suit* behandelt³⁵. Der Aktionär klagt aus eigenem, nicht aus (von der Gesellschaft) abgeleitetem Recht³⁶. Die praktischen Unterschiede beider Klagen bestehen vor allem darin, daß bei der *individual suit* der Kläger nicht zuvor den innergesellschaftlichen „Rechtsweg“ ausgeschöpft haben muß, und daß er keine Sicherheit für die Prozeßkosten zu hinterlegen hat³⁷. Um einander widersprechende Entscheidungen zu vermeiden, kann die Klage auch auf Antrag der beklagten Gesellschaft als *class action* behandelt werden³⁸. Für die Prozeßkosten gilt folgendes: Nach der *American Rule* trägt der Kläger auch dann nicht die Kosten des Anwalts der Gegenseite, wenn er unterliegt. Die Gerichtskosten sind im Vergleich zu den Anwaltskosten vernachlässigbar. Mit seinem eigenen Anwalt kann der Kläger eine Honorarvereinbarung (*contingent fee*) treffen, so daß er im Unterliegensfalle auch diese Kosten nicht zu tragen hat. Im Obsiegensfall kann dem Aktionär nach der *substantial benefit-doctrine* ein Anspruch auf Ersatz seiner Anwaltskosten gegen die unterlegene Beklagte zustehen, weil die übrigen Aktionäre von seiner Klagerhebung profitiert haben³⁹. Insgesamt ist von einem deutlich stärkeren Anreiz zur Klagerhebung auszugehen als nach deutschem Recht.

³⁴ Dazu eingehender *Becker*, a.a.O. (Fn. 22), S. 310 ff. - Im einzelnen muß die Fehlinformation geeignet sein ("significant propensity"; eingehend zum sog. materiality-Test *Jennings u.a.*, a.a.O.), die Abstimmung zu beeinflussen. Der Anfechtungskläger braucht aber nicht darzutun und zu beweisen, daß bei korrekter Information das Abstimmungsergebnis anders ausgefallen wäre; dieser Beweis wäre in einer Publikumsgesellschaft kaum zu führen (*Mills v. Electric Auto – Lite Co.*, 396 U.S. 375, 90 S.Ct. 616 (1970)). Allerdings kann die beklagte Gesellschaft vorbringen, daß in jedem Falle eine genügende Mehrheit der Transaktion sowieso zugestimmt hätte; dann ist die Klage abzuweisen (*Virginia Bankshares, Inc. v. Sandberg*, 501 U.S. 1083, 1099 – 1108 [1991]). Letztere Regel schließt aber wiederum nicht aus, daß der Kläger dennoch erfolgreich Rechtsbehelfe ergreifen kann, wenn die Fehlinformation oder Täuschung gerade Anlaß dazu gegeben hat oder geben konnte, keine sonst gegebenen Rechtsbehelfe zu ergreifen (*Howing Co. v. Nationwide Corp.*, 972 F 2d 700, 709 – 710, cert. denied. In casu ging es darum, ob das proxy statement so unrichtig war, daß es die Kl. davon abhielt, das nach Einzelstaatenrecht gegebene Spruchverfahren wegen Unterbewertung im Rahmen einer Zwangseinzahlung von Aktien zu ergreifen).

³⁵ *Reifsnyder v. Pittsburgh Outdoor Advertising Co.*, 405 Pa. 142, 173 A. 2d 319 (1961); eingehende Erörterung anhand weiteren Fallmaterials bei *Choper/Coffee/Gilson*, Cases and Materials on Corporations, 4. Ausg. 1995, S. 850 ff. Die Abgrenzung ist nicht immer eindeutig. Wird durch Änderung der bylaws das Stimmrecht einer Klasse von Aktionären beschnitten, handelt es sich um eine individual suit. Sieht eine Änderung der bylaws dagegen vor, daß Geschäfte zwischen den directors und der Gesellschaft nur mehr ab einer bestimmten Höhe dem Board anzuzeigen sind, und geht ein Aktionär hiergegen vor, dürfte es sich eher um eine derivative suit handeln. Das Beispiel verdanke ich *Prof. John C. Coffee*, New York.

³⁶ Vgl. die Darstellung bei *Merkt*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 1991, S. 474 ff.

³⁷ S. *Merkt*, a.a.O., S. 485 ff.; S. 498 ff.

³⁸ Vgl. Federal Rules of Civil Procedure, Rule 23 (b)(1); allgemein zur class action oben B. ...

³⁹ *Bosch v. Meeker Cooperative Light and Power Ass'n.*, 101 N.W. 2d 423 (Minn.1962) betr. Annullierung satzungswidriger Abstimmungen; *Mills v. Electric Auto – Lite Co.*, 396 U.S. 375, 90 S.Ct. 616 (1970) betr. Ausgabe eines proxy statement unter Verstoß gegen Sec. 14(a) Securities Exchange Act.

c) Vergleich

Der knappe rechtsvergleichende Überblick läßt die Gemeinsamkeiten erkennen, aber auch die Besonderheiten des deutschen Rechts, und läßt einige rechtspolitische Grundentscheidungen deutlich hervortreten.

Gemeinsam ist den betrachteten Rechtsordnungen vor allem, daß der Verstoß gegen aktionärschützende Vorschriften oder Pflichten zuvörderst von den betroffenen Aktionären selbst zu rügen ist. Die Beanstandung durch eine Aufsichtsbehörde (S.E.C.⁴⁰; im deutschen Recht das Registergericht bei eintragungspflichtigen Beschlüssen) tritt allenfalls als weitere Vorkehrung neben die Privatklage.

Die *Unterschiede* zeigen sich vor allem in der hervorgehobenen Bedeutung, die das deutsche Recht der Beschlüßanfechtung beimißt. Als Grund hierfür mag man zunächst die unterschiedliche Anteilseignerstruktur in der Aktiengesellschaft und der *public corporation* anführen⁴¹. In der auf dem amerikanischen Kapitalmarkt häufigen *public corporation* mit Streubesitz geht es eher um den Antagonismus zwischen Investoren und Management der Gesellschaft und damit um geeignete Möglichkeiten der Verwaltungskontrolle. Die Beschlüßmängelkontrolle spielt hier nur eine untergeordnete Rolle. Dagegen geht es in der für den deutschen Kapitalmarkt typischen Aktiengesellschaft mit wenigen Aktionären oder Gesellschaften mit Minderheits- und Mehrheitsaktionären, insbesondere in konzernabhängigen Gesellschaften, vor allem um die Kontrolle der Mehrheitsmacht, die sich zwar nicht ausschließlich, aber eben auch in der Beschlüßfassung durch die Mehrheit auswirkt. Es verwundert daher nicht, daß beide Rechtsordnungen entsprechend der Realstruktur ihrer vorherrschenden Gesellschaftstypen ihr Hauptaugenmerk auf die Entwicklung geeigneter Kontrollmechanismen gelegt haben. Diese Beobachtung blendet freilich aus, daß sich auf beiden Märkten auch Gesellschaften des jeweils anderen Typs (*close corporations* in den USA; reine Publikumsgesellschaften in Deutschland) finden, für die keine besonderen Regeln entwickelt worden sind. Außerdem erklärt diese Beobachtung nicht die Beschränkungen, denen die Beschlüßmängelkontrolle gerade nach deutschem Recht unterworfen ist, insbesondere die kurze Anfechtungsfrist des § 246 Abs. 1 AktG und die Präsenz- und Widerspruchsobliegenheit des Aktionärs in der Hauptversammlung (§ 245 Nr.1 AktG). Beide Beschränkungen, die dem US-amerikanischen Recht fremd sind, werden daher auf den Prüfstand zu stellen sein⁴².

Praktisch wirkt sich die hervorgehobene Bedeutung der Beschlüßmängelkontrolle im deutschen Recht im Unterschied zum amerikanischen Recht vor allem im Sinne eines *Vorrangs* vor anderen Rechtsbehelfen aus:

⁴⁰ So kann die S.E.C. wie ein privater Kläger bei durch Täuschung erlangten Stimmrechtsvollmachten die Verletzung des § 14(a) Sec. Exchange Act mit der Klage rügen mit dem Ziel, den Beschlüß der Hauptversammlung aufheben zu lassen; vgl. *Mack v. Mishkin*, 172 F. Supp. 885.

⁴¹ S. dazu oben A. ...

⁴² Unten III.1., 2.

- *Erstens*, in der Praxis wird, anders als im US-amerikanischen Recht, eine vorbeugende Unterlassungsklage gegen bevorstehende Hauptversammlungsbeschlüsse nicht anerkannt, eben weil der Rechtsbehelf der Beschlußkontrolle nach §§ 241 ff. AktG zur Verfügung stehe⁴³.
- *Zweitens*. Hat ein Aktionär einen anfechtbaren Beschluß nicht angefochten, so kann er dessen Ausführung durch die Verwaltung auch nicht mit einer Unterlassungsklage verhindern oder einer Beseitigungsklage rückgängig machen⁴⁴. Nur wenn er Anfechtungsklage erhoben hat, kann er sich gegen die Ausführung (z.B. durch einstweilige Verfügung) wenden⁴⁵. Praktisch bedeutet dies, daß der Aktionär - anders als nach US-amerikanischem Recht – in der Hauptversammlung zu erscheinen, Widerspruch zu Protokoll zu erheben und binnen der Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG Anfechtungsklage zu erheben hat, wenn er sich gegen Maßnahmen der Verwaltung wenden will, die auf einem Beschluß der Hauptversammlung beruhen.
- *Drittens*. Darüber hinausgehend wurde in der älteren Rechtsprechung u.a. aus der gesetzlichen Regelung der Beschlußkontrolle sogar gelegentlich der Umkehrschluß gezogen, daß dem Aktionär Ansprüche oder Klagerechte gegen Eingriffe in seine Mitgliedschaftsrechte durch Verwaltungshandeln nicht zuständen⁴⁶.

Die Rechtsprechung zur Beschlußkontrolle als exklusivem Klagerecht des Aktionärs (soeben unter drittens) ist zwar inzwischen aufgegeben⁴⁷. Das gilt jedoch nicht für den Vorrang der Anfechtungsklage im übrigen (oben erstens und zweitens). Man mag die Reichweite dieses Prinzips in Frage stellen. So mag zum Beispiel der Ausschluß vorbeugenden Rechtsschutzes gegenüber nicht ausführungsbedürftigen Beschlüssen, die sofort mit Beschlußfassung wirksam werden, fragwürdig erscheinen. Insoweit ist die weitere Klärung aber Literatur und Rechtsprechung zu überlassen. Lediglich auf die rechtspolitisch überprüfungsbedürftigen, gesetzlich festgeschriebenen Auswirkungen dieses Prinzips – kurze Anfechtungsfrist und Widerspruchserfordernis – ist später zurückzukommen⁴⁸.

Ein weiterer ins Auge fallender Unterschied zwischen US-amerikanischem und deutschem Recht besteht, wie oben angedeutet, darin, daß das US-amerikanische Recht die Anfechtung auf Fehler in der Willensbildung und in der Stimmabgabe erstreckt, die aus dem Innenverhältnis zwischen Aktionär und seinem Stimmrechtsvertreter (der Verwaltung) herrühren. Das deutsche Recht hat sich gegen eine Berücksichtigung solcher aus dem „Innenverhältnis“ zwischen Aktionär und professionellem Stimmrechtsvertreter (Depotinstitute) stammender Mängel entschieden (§§ 243 Abs. 3, 135 Abs. 5 AktG). Ob dies überzeugt, muß hier offenbleiben. Die

⁴³ LG Berlin Die AG 1995, 41.

⁴⁴ Vgl. zur Ausführung nicht angefochtener Beschlüsse durch die Verwaltung Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 93 Rdz. 25 f. m.w.Nachw.; zum Ausschluß der Haftung gemäß § 117 Abs. 7 Nr. 1 AktG bei unterlassener Anfechtung BGHZ 129, 136, 160 f.

⁴⁵ Nachweise bei K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 5), § 246 Rdz. 128 ff.; Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 243 Rdz. 66. Eingehender dazu unten D.

⁴⁶ S. die Argumentation in RG JW 1927, 1677, 1678 f.; RGZ 142, 223, 227 f.

⁴⁷ BGHZ 83, 122, 127 „Holzmüller“; eingehend zur Unterlassungs- und Beseitigungsklage gegenüber Verwaltungsmaßnahmen unten Teil D.

⁴⁸ Unten III. 1., 2.

Reform des Vollmachtstimmrechts war Gegenstand der Beratungen des 61. Deutschen Juristentages und ist deshalb hier nicht erneut aufzugreifen⁴⁹.

Unterschiedlich sind schließlich die Anreize zur Klagerhebung, die sich aus den verschiedenen Prozeßkostensystemen ergeben. Darauf wird zurückzukommen sein⁵⁰.

4. Rechtstatsachen zur Beschlußkontrolle

Eine für den Zeitraum 1980 bis 1998 durchgeführte rechtstatsächliche Untersuchung zur Bedeutung der Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage und zu weiteren hiermit in Zusammenhang stehenden Einzelfragen hat die im folgenden in aller Kürze⁵¹ dargestellten Ergebnisse zu Tage gefördert:

a) Allgemeines

Im Untersuchungszeitraum wurden gegen Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien insgesamt 408 Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen erhoben⁵². Die Zahl der Klagen zu Beginn des Untersuchungszeitraums war verschwindend gering⁵³. 1981 etwa wurde nur eine einzige Klage erhoben. 1982 waren es ganze zwei Klagen. Zu einem ersten starken Anstieg kam es 1985 mit 20 Klagen. Ein langsamer, aber stetiger Zuwachs ist seit 1987 zu verzeichnen. Ein Vergleich der ersten fünf Jahre des Untersuchungszeitraums mit dem letzten Fünfjahreszeitraum ergibt nahezu eine Verzehnfachung der durchschnittlich pro Kalenderjahr erhobenen Klagen. 1998 wurden 39 Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen erhoben.

Soweit ersichtlich, wurden dabei im gesamten Untersuchungszeitraum von 19 Jahren nur zwei Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen nicht von Aktionären, sondern von Organmitgliedern, § 245 Nr. 4 und 5 AktG, anhängig gemacht. In beiden Fällen befand sich die beklagte Gesellschaft im Liquidationsstadium.

Die Zahl der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien selbst stieg im Untersuchungszeitraum in weitaus geringerem Umfang an als die Zahl der Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen. Sie hat sich nur wenig mehr als verdoppelt, nämlich von 2 147 Ende 1980 auf 4 756 Ende 1998. Ähnlich verlief die Entwicklung bei den börsennotierten Gesellschaften. Deren Anzahl betrug Ende 1980 459 und Ende 1998 883. Ein gewisser Gleichlauf mit der Entwicklung bei den Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen ist allenfalls für die Jahre 1980 bis 1986 festzustellen, in denen sowohl die Zahl der (börsennotierten und nichtbörsennotierten) Gesellschaften als auch die Zahl der erhobenen Klagen im wesentlichen konstant blieb. Bei den Klagen ist lediglich für 1985 ein „Ausreißer“ nach oben zu verzeichnen. Während 1984 noch

⁴⁹ Vgl. dazu *Mülbert*, Gutachten E für den 61. DJT, 1996; Referate und Beschlüsse des 61. DJT, 1996, S. N. 7 ff.

⁵⁰ Unten III. 4.

⁵¹ Einzelheiten, auch zum Gang der Untersuchung und den Quellen, werden in einer gesonderten Abhandlung veröffentlicht.

⁵² Diese Zahl ergibt sich aus den entsprechenden Mitteilungen im Bundesanzeiger, § 246 Abs. 4 AktG.

⁵³ Vgl. auch noch die Beobachtung von *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht Bd. 1, 1980, S. 467.

ganze drei Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen erhoben worden waren, waren es 1985 bereits 20. Allerdings gehen die 1985 erhobenen Klagen überwiegend auf das Konto einer einzigen Person⁵⁴.

Mit der durchschnittlichen Zahl der pro Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien gefaßten Beschlüsse vergrößerte sich gleichzeitig die Angriffsfläche für Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen. Wurden pro Hauptversammlung 1980 durchschnittlich 3,93 Beschlußgegenstände angekündigt, so waren es 1998 bereits ca. 5,5⁵⁵. Diese Tatsache, zusammen mit der Verdoppelung mit der Zahl der Gesellschaften während des Untersuchungszeitraums, vermag den Anstieg bei den Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen bis zu einem gewissen Grad zu erklären, kaum jedoch deren Verzehnfachung.

⁵⁴ Rechtsanwalt und Steuerberater *Arno Menzel*, Düsseldorf, Alleinvorstand der Aktionärsvereinigung „Petitus“ e.V., der allein 1985 bei mindestens zehn Aktiengesellschaften Wahlen zum Aufsichtsrat und/oder die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat angefochten hat.

⁵⁵ Ausgewertet wurden lediglich diejenigen Hauptversammlungen, zu denen durch Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern eingeladen wurde, § 121 Abs. 3 AktG. Diese Zahl stieg im Untersuchungszeitraum nur unwesentlich, d.h. von ca. 1 100 in 1980 auf ca. 1 350 in 1998. Die Steigerungsrate bei den Hauptversammlungen, zu denen in den Gesellschaftsblättern eingeladen wurde, blieb damit weit hinter der Steigerungsrate der Gesamtzahl der Gesellschaften zurück. Dies läßt den Schluß zu, daß sich der Zuwachs in erster Linie bei Gesellschaften mit Vollversammlung oder bei (seit 1994) „kleinen Aktiengesellschaften“, § 121 Abs. 4 AktG n.F., ausgewirkt hat.

Tabelle: Gesellschaften, Beschlußgegenstände und Anfechtungsklagen

Jahr	Anzahl AG/KGaA	davon börsennotiert (statist. Bundesamt/DAI)	Beschlußgegenstände pro Hauptversammlung	Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen
1980	2147	459/-	4,20	6
1981	2149	456/-	3,93	1
1982	2132	450/-	3,90	2
1983	2122	442/-	4,05	7
1984	2141	449/-	3,99	3
1985	2148	451/-	3,97	20
1986	2193	467/-	4,04	9
1987	2261	474/679	4,48	17
1988	2366	465/706	4,24	30
1989	2483	486/749	4,84	29
1990	2685	501/776	4,43	26
1991	2791	519/799	4,40	26
1992	2943	521/790	4,98	20
1993	3085	522/796	4,45	21
1994	3527	523/810	4,69	45
1995	3780	527/812	4,90	33
1996	4043	-/802	4,93	47
1997	4548	-/817	4,81	27
1998	4756	-/883	5,45	39

Quelle: Eigene Erhebungen

b) Analyse der gerichtlichen Verfahren im einzelnen

aa) Angefochtene Beschlüsse

Betrachtet man das jüngere Schrifttum zur Anfechtungsklage sowie insbesondere zu deren Mißbrauch, entsteht leicht der Eindruck, als ob in den letzten Jahren nahezu ausschließlich Verschmelzungsbeschlüsse Gegenstand von Anfechtungsklagen waren⁵⁶. Eine Einzelanalyse etwa der Hälfte⁵⁷ der von 1980 bis 1998 erhobenen Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen ergibt jedoch ein anderes Bild. Vielleicht haben sich gegen Verschmelzungsbeschlüsse gerichtete Kla-

⁵⁶ Vgl. nur die Dissertationen von *Kiem*, Die Eintragung der angefochtenen Verschmelzung - Aktienrechtliche und registerrechtliche Auswirkungen von Verschmelzungsblockaden, 1991; *Mack*, Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen unter besonderer Berücksichtigung des Verschmelzungsbeschlusses, 1993; *Möller*, Der aktienrechtliche Verschmelzungsbeschluß - Rechtsmäßigkeit voraussetzungen und Geltendmachung der Rechtswidrigkeit, 1991; *Rettmann*, Die Rechtsmäßigkeitkontrolle von Verschmelzungsbeschlüssen, 1998; *Schwirblat*, Der Mißbrauch des Anfechtungsrechts bei der Verschmelzung von Aktiengesellschaften, 1989. Vgl. ferner etwa *Heckschen*, ZIP 1989, 1168 ff.; *Heuer*, WM 1989, 1401 ff.; *Teichmann*, JuS 1990, 269 ff.; *Wardenbach*, BB 1991, 485 ff.

⁵⁷ Bisher wurden 199 von 408 Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen untersucht.

gen besonders eingepägt, weil sie, wie etwa die Fälle „Kochs-Adler“⁵⁸ und „DAT/Altana“⁵⁹, zu Beginn der „Mißbrauchswelle“ 1987 zu den ersten in großem Umfang, auch in der Tagespresse, publizierten Verfahren gehörten⁶⁰. Des weiteren mag dies auf der besonderen Mechanik des Verschmelzungsvorgangs beruhen, nämlich auf dem Erfordernis eines Negativtests über die fehlende Anhängigkeit einer Anfechtungsklage gemäß §§ 345 Abs. 2 AktG a.F., 16 Abs. 2 UmwG n.F. Diese Eintragungsvoraussetzung machte und macht die Verschmelzung in der Tat zum lohnenden Objekt für „räuberische Aktionäre“⁶¹. Um dem abzuwehren, hat der Gesetzgeber, namentlich unter dem Eindruck der Entscheidung „Hypothekenbank-Schwester“⁶², 1994 das Unbedenklichkeitsverfahren nach § 16 Abs. 3 UmwG⁶³ eingeführt⁶⁴. Dieses Verfahren hat sich jedoch in der Praxis, wie die bisherigen Erfahrungen zeigen, offensichtlich nicht in der erhofften Weise bewährt⁶⁵.

Die Spitzenplätze bei den angefochtenen Beschlüssen werden aber nicht von Verschmelzung und Eingliederung eingenommen, sondern von Kapitalmaßnahmen i.w.S. Häufig angefochten werden daneben die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat sowie Aufsichtsratswahlen. Bei den eintragungsbedürftigen Strukturbeschlüssen liegt der Schwerpunkt außer bei der Verschmelzung bei der Zustimmung zu Unternehmensverträgen und Ausgliederungen, sei es im Wege der Einzel- oder der Gesamtrechtsnachfolge⁶⁶. Auch die Ausgliederung im Wege der Einzelrechtsnachfolge bedarf faktisch regelmäßig der Eintragung. Denn vielfach ist hierfür eine Satzungsänderung (Konzernklausel) erforderlich. Insgesamt liegt das Schwergewicht aber auf Kapitalmaßnahmen i.w.S. Von 199 untersuchten Anfechtungsklagen richteten sich 63 gegen Kapitalmaßnahmen und dabei meist gegen die Schaffung genehmigten Kapitals mit Bezugsrechtsausschluß. Dem stehen lediglich neun angefochtene Verschmelzungsbeschlüsse gegenüber.

bb) Anfechtungsgründe

Was die von den Klägern vorgetragene Anfechtungsgründe anbelangt, so läßt sich kein Bild mit einfachen Konturen zeichnen. Naturgemäß richten sich die gerügten Rechtsverstöße vielfach nach dem angegriffenen Beschlußgegenstand. Zum Beispiel wird bei Wahlbeschlüssen oder einfachen Satzungsänderungen betreffend die Wahl oder die Zusammensetzung des Aufsichtsrats die Verletzung von Vorschriften über Wahl und Zusammensetzung dieses Gremiums gerügt. Ähnlich werden bei der Anfechtung von Entlastungsbeschlüssen vielfach Pflichtverlet-

⁵⁸ BGHZ 107, 296 ff.

⁵⁹ BGH, ZIP 1989, 1388 ff.

⁶⁰ Einzelheiten unten V. 1., 3. (S...).

⁶¹ Siehe im einzelnen unten V. 4. a) (S...).

⁶² BGHZ 112, 9 ff.

⁶³ Vgl. § 319 Abs. 6 AktG für die Eingliederung.

⁶⁴ Vgl. etwa *Bork*, ZGR 1993, 343 ff.; *Hirte*, DB 1993, 77 ff.; *Kiem*, AG 1992, 430 ff.; *Veil*, ZIP 1995, 1065 ff.

⁶⁵ Siehe dazu auch *Slabschi*, Die sogenannte rechtsmißbräuchliche Anfechtungsklage, Diss. 1997, S. 167 sowie unten V. 4. a) (S...).

⁶⁶ 63 von 199 Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen.

zungen des Vorstands oder des Aufsichtsrats behauptet. Häufig geht es hierbei um Verstöße gegen die aktienrechtliche Kompetenzordnung. Wie bei den angefochtenen Beschlußgegenständen Kapitalmaßnahmen den Schwerpunkt bilden, so dominieren bei den vorgetragenen Anfechtungsgründen Rügen der fehlenden sachlichen Rechtfertigung eines Bezugsrechtsausschlusses oder der Unzulänglichkeit des Vorstandsberichts, § 186 Abs. 4 S. 2 AktG. Zu nennen sind des weiteren Rügen von Verstößen gegen Berichtspflichten des Vorstands nach § 293 ff. AktG.

Verstöße gegen Berichts- und Informationspflichten sowie die Auskunftspflicht nach § 131 AktG werden - unabhängig vom jeweiligen Beschlußgegenstand - besonders häufig behauptet. Namentlich die Rüge der Verletzung der allgemeinen Auskunftspflicht wird dabei vielfach lediglich ergänzend oder flankierend zur Rüge spezifischer Rechtsverletzungen erhoben. Eine bedeutende Rolle spielen daneben Verstöße gegen formale Bestimmungen im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Einberufung von Hauptversammlungen sowie die Verletzung von Berichts- und Formvorschriften des Umwandlungsrechts, etwa des § 61 UmwG.

Eine eher untergeordnete Rolle spielen daneben materielle Anfechtungsgründe allgemeiner Art, wie etwa Treuepflichtverstöße oder das Streben nach Sondervorteilen (§ 243 Abs. 2 S. 1 AktG). Die Zahl der auf Formverstöße oder Auskunftspflichtverletzungen gestützten Anfechtungsklagen beträgt jeweils etwa das Dreifache. Werden eher materielle Rechtsverstöße gerügt, so fällt auf, daß nahezu in jedem Fall flankierend („hilfsweise“) Formverstöße oder Auskunftspflichtverletzungen zusätzlich geltend gemacht werden.

Im übrigen fand sich unter den untersuchten Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen nicht ein einziger Fall, in dem der oder die Kläger die Verletzung von Vorschriften der Satzung (vgl. § 243 Abs. 1 AktG) gerügt hätten.

cc) Klagen sog. „Berufsaktionäre“

Bestimmte Einzelpersonen, deren Namen auch aus der Wirtschaftspresse bekannt sind, traten im Untersuchungszeitraum besonders häufig als Opponenten gegen Hauptversammlungsbeschlüsse von Aktiengesellschaften auf. In erster Linie zu nennen ist hier Herr *Karl Walter Freitag*⁶⁷. Herr *Freitag* war entweder persönlich oder über die von ihm gehaltene *Metropol-Vermögensverwaltungs- und Grundstücksgesellschaft mbH* an mindestens 10 % der im Untersuchungszeitraum erhobenen Anfechtungsklagen beteiligt. Des weiteren sind hier zu nennen Herr *Norbert Kind*⁶⁸ und Frau *Christa Götz*, diese regelmäßig vertreten durch ihren Ehemann, Herrn *Hans Norbert Götz*. Weniger bekannt, aber nicht weniger aktiv ist der bereits erwähnte Herr *Arno Menzel*, der mindestens 10 % der im Untersuchungszeitraum erhobenen Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen erhoben hat. Von Herrn *Hans Norbert Götz* vertreten wurden des weiteren auch Herr *Veit Paas* sowie Frau *Karin Deger* und Frau *Gerlinde Ernst*. Diese traten stets zusammen mit Frau *Christa Götz* als Anfechtungskläger auf. Herr *Freitag* wurde daneben offensichtlich häufig unterstützt durch Herrn *Karsten Trippel*. Weitere in diesem Zu-

⁶⁷ Vgl. jüngst Handelsblatt Nr. 136 v. 19.07.1999, 11 und FAZ v. 17.07.1999.

⁶⁸ Vgl. etwa schon Der Spiegel Nr. 53/1987.

sammenhang zu nennende Namen sind Herr Prof. Dr. *Ekkehard Wenger*, Herr *Erich Götz* sowie die Familienmitglieder *Nold*.

Man wird davon ausgehen können, daß ca. 50 % aller im Untersuchungszeitraum anhängig gemachten Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen auf die genannte Personengruppe zurückzuführen sind. Dies betrifft namentlich die in den Jahren 1987/88 anhängig gemachten Klagen. Der Klarstellung halber sei angefügt, daß die Häufigkeit, mit welcher einzelne dieser Personen Klage erheben, nichts damit zu tun hat, ob die erhobenen Klagen berechtigt oder unberechtigt (insbesondere: mißbräuchlich; dazu gesondert unten V.) sind.

Bei Herrn *Freitag* wird der Schwerpunkt in der Auswahl der angefochtenen Beschlüsse von Kapitalmaßnahmen und Umwandlungsvorgängen, allerdings nicht beschränkt auf Verschmelzungen, gebildet. Diese Verfahren endeten häufig durch Vergleich. Das gleiche gilt für die Anfechtung der Zustimmung zum Abschluß oder zur Änderung von Unternehmensverträgen. Daneben erfassen die Aktivitäten von Herrn *Freitag* alle Arten von Hauptversammlungsbeschlüssen, und zwar nicht beschränkt auf eintragungsbedürftige Strukturmaßnahmen oder Satzungsänderungen. Bei Herrn *Kind* ist eine besondere „Spezialisierung“ auf bestimmte Hauptversammlungsbeschlüsse nicht erkennbar. Vorwiegend wurden von ihm jedoch eintragungsbedürftige Beschlüsse im Klagewege angegriffen. Herr *Menzel* konzentriert sich dagegen überwiegend auf Wahlen zum Aufsichtsrat und einfache Satzungsänderungen betreffend die Zusammensetzung des Aufsichtsrats sowie die Entlastung von Vorstand und/oder Aufsichtsrat (über 25 %). Unter den von Frau *Götz* angefochtenen Beschlüssen finden sich vorwiegend Kapitalmaßnahmen mit Bezugsrechtsausschluß.

Auf der *Beklagtenseite* sind eher Publikumsgesellschaften als kleine Gesellschaften betroffen. Es läßt sich nicht feststellen, daß bestimmte einzelne Gesellschaften besonders häufig das Ziel von Anfechtungsklagen sind. Auch wenn wir bisher nicht verlässlich über den jeweiligen Anteilsbesitz der Anfechtungskläger informiert sind, läßt unser Befund doch den Schluß zu, daß die These von der faktischen Bedeutungslosigkeit der Mitwirkungsrechte von Kleinaktionären, jedenfalls was das Recht zur Beschlußanfechtung angeht, nicht zutrifft.

dd) Verfahrensbeendigung

Von 106 bisher untersuchten Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen⁶⁹ endeten weniger als die Hälfte, nämlich 49, durch streitiges Endurteil in der Sache. Dabei wurde in nur 16 Fällen der Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage ganz oder teilweise stattgegeben. In 33 Fällen wurde die Klage vollständig abgewiesen. Wie im übrigen auch eine Auswertung der durch Veröffentlichung in Fachzeitschriften dokumentierten Verfahren ergab, neigen offensichtlich die unterin-

⁶⁹ Die Untersuchung wurde insofern beschränkt auf Verfahren, die nicht durch Veröffentlichung in Fachzeitschriften dokumentiert sind. Da in Fachzeitschriften regelmäßig nur Endurteile von Obergerichten veröffentlicht werden, hätte deren Einbeziehung das Bild verfälscht.

stanzlichen Landgerichte eher dazu, Anfechtungsklagen stattzugeben als die Oberlandesgerichte und der Bundesgerichtshof. 40 Verfahren endeten auf sonstige Weise, davon 10 durch gerichtlichen Vergleich, 18 durch außergerichtlichen Vergleich, 7 durch Versäumnisurteil gegen den Kläger und eines durch Anerkenntnisurteil. 17 Verfahren sind noch anhängig, wobei teilweise bereits Vergleichsverhandlungen geführt werden.

ee) Verfahrenskosten

Während die von den Gerichten im streitigen Anfechtungsprozeß festgesetzten Regelstreitwerte gem. § 247 Abs. 1 AktG selten einen Betrag von DM 100 000 übersteigen, gilt dies für gerichtlich protokollierte Vergleiche nicht. Anders als der gerichtliche Gebührenstreitwert ist der Vergleichswert von den Parteien frei aushandelbar und beträgt in Anfechtungsprozessen selten weniger als DM 1 000 000. Der, soweit ersichtlich, im Untersuchungszeitraum höchste vereinbarte Vergleichswert lag bei DM 17,5 Mio. Die Verfahrenskosten, die sich nach diesem Wert richten, tragen nach den untersuchten gerichtlichen Vergleichsprotokollen stets die beklagten Gesellschaften. Dabei wurden diesen stets zusätzlich auch die „Kosten des Korrespondenzanwaltes“ des Klägers auferlegt.

ff) Verfahrensdauer

Die durchschnittliche Dauer von 94 untersuchten Verfahren, die durch Streitiges Endurteil beendet wurden, betrug bei einer Instanz (37 Verfahren) 7,5 Monate, bei zwei Instanzen (34 Verfahren) 21 Monate und bei drei Instanzen (18 Verfahren) 35 Monate. In den Fällen, in denen der BGH an das jeweilige OLG und ggf. dieses an das zuständige LG zurückverwiesen hat (5 Verfahren), betrug die durchschnittliche Verfahrensdauer 69 Monate.

5. Zwischenergebnis

Der rechtsvergleichende und rechtstatsächliche Befund gibt zu einer Reihe von Fragen Anlaß, läßt aber auch erste Schlußfolgerungen zu.

Zuallererst ist festzuhalten, daß auf die Beschlußmängelklage als „wirksamste Waffe des Aktionärs“⁷⁰ nicht zu verzichten ist. Das gilt nicht nur für die personalistische Aktiengesellschaft, sondern auch für die Publikumsgesellschaft mit börsengehandelten Anteilen. Eingang ist bereits begründet worden, daß der „Austritt“ aus der Publikumsgesellschaft über den Kapitalmarkt keine gleichwertige Alternative zum Schutz durch Stimm- und Kontrollrechte darstellt⁷¹. Der rechtsvergleichende Bericht hat denn auch gezeigt, daß sämtliche betrachteten Rechtsordnungen ein entsprechendes Klagerecht des Aktionärs kennen, auch wenn es nicht überall den wichtigsten Rechtsbehelf darstellt. Das gilt auch für die USA, wo der Typ der rei-

⁷⁰ Begründung zum Regierungsentwurf, abgedruckt bei *Kropff*, Aktiengesetz, 1965, S. 332 f.

⁷¹ Vgl. oben A....

nen Publikumsgesellschaft sehr viel weiter verbreitet ist als in Deutschland. Gerade in Anbetracht der in Deutschland bisher noch anzutreffenden Anteilseignerstruktur und der relativ schwach ausgeprägten oder jedenfalls bisher kaum wahrgenommenen sonstigen Rechtsbehelfe⁷² ist der Rechtsschutz durch die Beschlußmängelklage um so weniger verzichtbar.

Auch die empirische Untersuchung (oben unter 4.) belegt die Bedeutung dieses Rechtsbehelfs. Da das bisher untersuchte *sample* (106 von 408 Klagen) klein ist, und wir die Erfolgsaussichten in den Fällen, in denen das Verfahren in anderer Weise als durch Endurteil geendet hat, nicht kennen⁷³, sind Schlüsse zwar nur mit aller Vorsicht zu ziehen. Immerhin hat aber doch der Kläger in 16 der 49 durch Endurteil entschiedenen Fälle, also einem knappen Drittel, ganz oder teilweise obsiegt. Dabei ist zu beachten, daß diese Zahlen keinen Aufschluß darüber geben, in wieviel Fällen eine Klage mit Aussicht auf Erfolg hätte erhoben werden können, aber z.B. wegen fehlender (oder negativer) Anreize zur Rechtsdurchsetzung nicht erhoben worden ist, und erst recht erfassen sie nicht die - rechtspolitisch bedeutsame - praeventive Wirkung, die sich aus dem Bestehen dieses Rechtsbehelfs ergibt.

6. Beschlußanfechtung und Kapitalmarktaufsicht

Der rechtsvergleichende Bericht hat des weiteren gezeigt, daß die Beschlußkontrollklage als privater Rechtsbehelf nirgends durch eine öffentlich-rechtliche Kapitalmarktaufsicht ersetzt worden ist. Zwar hat, wie oben ausgeführt, die S.E.C. eine beschränkte Anfechtungsbefugnis, wenn die Abstimmung durch fehlerhafte Informationen im *proxy statement* beeinflusst worden war⁷⁴. Dieses Anfechtungsrecht tritt aber neben das der Aktionäre, nicht an dessen Stelle. In der Tat wäre eine Regulierung, welche die private Aktionärsklage durch eine aufsichtsbehördliche oder registerrichterliche Prüfung ersetzen wollte, nur in Betracht zu ziehen, wenn von einem vollständigen Versagen privater Rechtsbehelfe im Sinne eines Marktversagens ausgegangen werden müßte⁷⁵. Ein solches Marktversagen wird aber durch die Anzahl der tatsächlich erhobenen Klagen widerlegt⁷⁶. Selbst für reine Publikumsgesellschaften kann ein solches Marktversagen nicht ohne weiteres unterstellt werden, wie das Beispiel der USA belegt. Allerdings erleichtert dort das Prozeßkostenrecht Aktionärsklagen in stärkerem Maße als in Deutschland. Darauf ist deshalb unten zurückzukommen⁷⁷.

Nach amerikanischem Vorbild zusätzlich, neben den Aktionären und Unternehmensorganen (vgl. § 245 AktG), einer Kapitalmarktaufsichtsbehörde, z.B. dem Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel, eine Klagebefugnis gegen fehlerhafte Beschlüsse einzuräumen ist ebenfalls

⁷² Vgl. unten Teile D – F.

⁷³ Insbesondere läßt die Kostentragungsvereinbarung in einem außergerichtlichen Vergleich keinen Schluß auf die Erfolgsaussichten der dadurch beendeten Klage zu.

⁷⁴ Oben 3.b).

⁷⁵ Allgemein zum Marktversagen und den Gründen für eine Regulierung *Cooter/Ulen*, Law and Economics, 2. Aufl. 1997, S. 38 ff.; *Pindyck/Rubinfeld*, Microeconomics, 2. Aufl. 1992, S. 608 ff.; *Kahn*, The Economics of Regulation, 1993.

⁷⁶ Auch wenn es sich dabei z.T. um „Mißbrauchsfälle“ handelt, in denen die Kläger private Vorteile für sich aushandeln, die der Anfechtungskläger normalerweise nicht erhält.

⁷⁷ Unten III. 4.

nicht zu empfehlen. Hier darf zunächst einmal nicht übersehen werden, daß das deutsche Recht bereits eine generelle „aufsichtsbehördliche“ Prüfung (durch das Registergericht) jedenfalls der eintragungsbedürftigen Beschlüsse auf Gesetzesverstöße kennt. Wird ein solcher Beschluß vom Registergericht beanstandet und demzufolge nicht eingetragen, so hat dies im Ergebnis die selbe Wirkung wie eine erfolgreiche Anfechtungsklage. Diese Kontrolle reicht sehr viel weiter als die entsprechende Prüfung nach US-amerikanischem Recht⁷⁸. Von dieser Prüfung werden lediglich die nicht eintragungsbedürftigen Beschlüsse, Verstöße gegen die Satzung und gegen solche gesetzlichen Vorschriften, die den Schutz der gegenwärtigen Aktionäre betreffen, nicht erfaßt⁷⁹. Wenn in solchen Fällen kein Aktionär anfecht, so ist dies nicht ohne weiteres als Beleg für das Versagen der den Aktionären zur Verfügung stehenden Kontrollinstrumente zu nehmen, sondern kann auf der wohlüberlegten Entscheidung beruhen, den betreffenden Beschlußmangel, z.B. einen Verfahrensfehler, nicht geltend zu machen. Zum anderen dürfen das Kosten-Nutzen-Verhältnis und die Effizienz einer entsprechenden flächendeckenden behördlichen oder registergerichtlichen Kontrolle nicht außer Betracht gelassen werden.

7. Beschlüßanfechtung und Haftung

Die Beschlußmängelklage läßt sich auch nicht durch eine praeventiv wirkende, auf schuldhaftes Verhalten beschränkte Haftungsandrohung erübrigen. Der Zusammenhang zwischen beiden Rechtsbehelfen darf aber nicht übersehen werden. Was die Haftung des Vorstands anbetrifft, so kann er sich nach allgemeiner Meinung sogar auf einen „gesetzmäßigen“ Beschluß (vgl. § 93 Abs. 4. S. 1 AktG) dann nicht berufen, wenn er den Beschluß pflichtwidrig, etwa durch unrichtige Information, selbst herbeigeführt hat⁸⁰. Nicht von ihm in dieser Weise herbeigeführte Beschlüsse soll er dennoch unter Umständen anfechten müssen, um seine Haftung nach § 93 AktG zu vermeiden⁸¹. Dagegen stellt § 117 Abs. 7 Nr. 1 AktG nicht nur die Verwaltung (§ 117 Abs. 2 AktG), sondern vor allem auch den (Mehrheits-)Aktionär sogar von einer Haftung für vorsätzliche Schadenszufügung (§ 117 Abs. 1 AktG) frei, wenn der Aktionär die Verwaltung zu der schädigenden Handlung durch Ausübung seines Stimmrechts in der Hauptversammlung bestimmt hat. Die Vorschrift beruht auf der Erwägung, es gehe nicht an, jeden Aktionär für die Ausübung des Stimmrechts haften zu lassen, da die Gesellschaft und die anderen Aktionäre gegen den Mißbrauch des Stimmrechts durch die Anfechtungsmöglichkeit nach § 243 Abs. 2 AktG hinreichend geschützt seien. In krassen Fällen komme daneben eine

⁷⁸ Das US-amerikanische Recht kennt neben den erwähnten Befugnissen der S.E.C. eine auf wenige Punkte beschränkte Kontrolle der „articles of incorporation“ einer Gesellschaft (einschließlich deren Änderung) durch den Secretary of State. Die bylaws der Gesellschaft werden hiervon aber nicht erfaßt. S. *Merkt*, a.a.O. (Fn. 34), S. 176, 194.

⁷⁹ Einzelheiten sind streitig; vgl. *Lutter*, NJW 1969, 1873 ff.; *Baums*, Eintragung und Löschung von Gesellschaftsbeschlüssen, 1981, S. 62 ff.; *Wiedemann*, Großkomm. AktG, 5. Lief., 4. Aufl. 1995, § 181 Rdz. 25; *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 243 Rdz. 51 ff.

⁸⁰ *Mertens*, Kölner Kommentar zum Aktienrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 1988, § 93 Rdz. 116; *Hopt*, in: Großkomm. AktG, 11. Lief., 4. Aufl. 1999, § 93 Rdz. 325; *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 93 Rdz. 26 m.w.Nachw.

⁸¹ Nachweise bei *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 93 Rdz. 25.

Haftung nach § 826 BGB in Betracht⁸². Die Rechtsprechung erstreckt dieses Haftungsprivileg folgerichtig auch auf die von ihr entwickelte Haftung wegen Treuepflichtverletzung⁸³. Sie schränkt im Anschluß an die Literatur⁸⁴ das Haftungsprivileg aber teleologisch wie folgt ein: § 117 Abs. 1 Nr. 7 AktG schließe eine Haftung aufgrund treupflichtwidriger Stimmrechtsausübung dann nicht aus, wenn der Eintritt des Schadens durch eine Anfechtungsklage nicht verhindert werden konnte⁸⁵. Das ist für Fälle nicht mehr rückgängig zu machender Entwicklungen ausgesprochen worden. Ob dies dagegen auch für die vielleicht bedeutsameren Fälle gelten kann, in denen die treupflichtwidrigen Umstände und damit der Anfechtungsgrund den übrigen Aktionären im Zeitpunkt der Hauptversammlung unbekannt waren und sie deshalb nicht widersprechen und anfechten konnten, ist zweifelhaft und jedenfalls bisher nicht geklärt. Selbst wenn diese Frage zu bejahen wäre, vermag die Freistellung von einer Haftung für *vorsätzliche* Nachteilszufügung rechtspolitisch nicht zu überzeugen⁸⁶. Würde der vorsätzlich handelnde Aktionär ausnahmsweise statt auf Geldersatz auf Naturalrestitution im Rahmen des ihm Möglichen (§ 251 BGB) in Anspruch genommen, d.h. auf Mitwirkung bei der Aufhebung des treuwidrig zustande gekommenen Beschlusses, so darf ihm eine Berufung auf den Ablauf der Anfechtungsfrist und die Bestandskraft des Beschlusses nicht gestattet sein. Für die Haftung des herrschenden Unternehmens (§§ 311, 317 AktG) gilt ein entsprechendes Haftungsprivileg nicht. Im GmbH-Recht hat das Fehlen eines entsprechenden Haftungsprivilegs ebenfalls bisher nicht zu Unzuträglichkeiten geführt. Rechtsvergleichend läßt es sich gleichfalls nicht rechtfertigen. Dem Gedanken, daß sich die geschädigten Aktionäre durch Erhebung der Anfechtungsklage vor Schaden hätten schützen können, ist nicht durch Anspruchsausschluß, sondern durch Anwendung des § 254 BGB Rechnung zu tragen⁸⁷.

8. Offene Fragen

Auf den Prüfstand zum Zweck genauerer Untersuchung gehört nach allem eine Reihe von Fragen, die im folgenden in drei großen Abschnitten (III. - V.) erörtert werden sollen. Unter „III. Erleichterung der Anfechtung“ werden einige bereits erwähnte Besonderheiten des deutschen Rechts erörtert, die die Ausübung dieser Aktionärsklage beschränken (kurze Anfechtungsfrist; Erscheinens- und Widerspruchsobliegenheit); ferner die Regelung der Prozeßkosten nach deutschem Recht, die vielleicht nicht die richtigen Anreize vermittelt. Die Teile IV. und

⁸² Kropff, a.a.O. (Fn. 70), S. 163 f.

⁸³ BGHZ 129, 136, 160 f.

⁸⁴ Zöllner/Winter, ZHR 158 (1994), 59, 74.

⁸⁵ BGHZ 129, 136, 160.

⁸⁶ Ebenso und eingehend Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 428 ff. m.Nachw. in Fn. 31; kritisch auch Wiedemann, a.a.O. (Fn. 53), S. 454 f.; Immenga, a.a.O. (Fn. 32), S. 280; Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 32), S. 271; Flume, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, I/2, 1983, S. 296; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 2. Aufl. 1992, S. 66; Timm, WM 1991, 481, 487; Dreher, ZIP 1993, 332, 336; weitere Nachweise bei Habersack, Die Mitgliedschaft - subjektives und „sonstiges“ Recht, 1996, S. 238.

⁸⁷ Marsch-Barner, ZHR 157 (1993), 172, 190 f.; zum GmbH-Recht Scholz/K. Schmidt, GmbHG, Bd. 2, 8. Aufl. 1995, § 47 Rdz. 33; ausführlicher Scholz/K. Schmidt, GmbHG, Bd. 2, 6. Aufl. 1978, § 47 Rdz. 30.

V. befassen sich dann mit Einschränkungen des Anfechtungsrechts und insbesondere mit der Darstellung und Bekämpfung des Mißbrauchs dieses Rechtsbehelfs.

III. Erleichterung der Anfechtung

Im Verbandsrecht gilt allgemein die Regel, daß mangelhafte Beschlüsse des Mitgliedergremiums von Anfang an keine Wirksamkeit entfalten und daß derjenige, der sich darauf berufen will, hierzu keine rechtlichen Schritte ergreifen muß. Bei den Kapitalgesellschaften und Genossenschaften wird dieser Grundsatz im Interesse der Rechtssicherheit durchbrochen. Hier wird die ipso iure eintretende Unwirksamkeit durch ein Anfechtungserfordernis ersetzt, das nur in besonders gravierenden Fällen entfällt⁸⁸. Rechtssicherheit und Verkehrsschutz, denen gerade das deutsche Aktienrecht eine hohe Bedeutung beimißt, wirken sich so zugunsten derjenigen aus, die ein Interesse am Bestand des mangelhaften Beschlusses haben, undbürden demjenigen die Last der Initiative oder Klage auf, der ihn nicht hinnehmen will. Hinzu kommen eine knapp bemessene Anfechtungsfrist und das Erfordernis, in der Hauptversammlung zu erscheinen und Widerspruch zu erheben (§§ 246 Abs. 1, 245 Nr. 1 AktG).

Diese im Interesse der Rechtssicherheit 1884 eingeführten und im Kern bis heute unveränderten Beschränkungen der Beschlußkontrolle sehen sich denn auch dem Einwand ausgesetzt, das Schwergewicht allzu sehr auf den Verkehrsschutz zu legen und den Konflikt zwischen Rechtssicherheit und materieller Kontrolle eher zugunsten der die Gesellschaft beherrschenden Kräfte zu lösen⁸⁹. Für diese Kritik wird auch auf ausländische Rechtsordnungen, insbesondere das US-amerikanische Recht verwiesen, die entsprechende Einschränkungen wie Anfechtungserfordernis, Anfechtungsfrist und Widerspruchserfordernis nicht kennen.

1. Die Anfechtungsfrist des § 246 Abs. 1 AktG

a) Materiellrechtliche Ausschlußfrist

Im Interesse von Verkehrsschutz und Rechtssicherheit kann eine Anfechtungsklage gemäß § 246 Abs. 1 AktG nur innerhalb eines Monats nach Beschlußfassung erhoben werden⁹⁰. Der

⁸⁸ Vgl. §§ 241, 249 Abs. 1 S. 2 AktG; 51 GenG.

⁸⁹ So etwa *Wiedemann*, a.a.O. (Fn. 53), S. 152 und ihm folgend *Becker*, a.a.O. (Fn. 22), S. 416 f. Dazu auch *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen, 1983, S. 110 ff.

⁹⁰ Die Wahrung der Frist erfordert grundsätzlich Zustellung der Klage innerhalb der Frist, §§ 246 Abs. 1 AktG, 253 Abs. 1 ZPO. Es genügt jedoch, wenn sie rechtzeitig eingereicht wird, sofern die Zustellung „demnächst“ erfolgt, § 270 Abs. 3 ZPO. Dieses Erfordernis ist gewahrt, wenn binnen angemessener Frist und ohne vom Kläger zu vertretende Verzögerung zugestellt werden kann, BGH, NJW 1988, 411, 413 und 1995, 2230, 2231. Zur Fristwahrung durch Klageerhebung bei unzuständigem Gericht vgl. *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 246 Rdz. 24 und *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), § 246, Rdz. 18. Nach h.A. genügt die Klageerhebung vor dem - sachlich oder örtlich - unzuständigen Gericht, obwohl § 246 Abs. 3 AktG einen ausschließlichen Gerichtsstand begründet und trotz des materiellrechtlichen Charakters der Ausschlußfrist. Diese solle gerade durch eine Prozeß-

möglicherweise in seinen Rechten beeinträchtigte Aktionär kann so in die Lage geraten, u.U. komplexe und schwierige Sach- und Rechtsfragen innerhalb dieser kurzen Frist beurteilen zu müssen. Für erst nach Ablauf der Frist entdeckte Beschlußmängel ist die Anfechtung ausgeschlossen. So sieht sich denn gerade auch die kurze Anfechtungsfrist dem Einwand ausgesetzt, Minderheitsaktionäre in unangemessener Weise zu benachteiligen⁹¹. Die Versäumung der kurzen Anfechtungsfrist läßt das Recht endgültig entfallen⁹². Die Anfechtungsfrist ist nicht eine die Zulässigkeit der Klage betreffende Klagfrist, sondern eine materiellrechtliche Ausschlußfrist⁹³. Es gelten weder die Vorschriften der ZPO über den Lauf und Ablauf von Fristen⁹⁴ noch die Regeln des BGB betreffend die Verjährung⁹⁵. Insbesondere kann der Kläger auch nicht bei schuldlosem Verstreichenlassen der Frist wieder in den vorigen Stand eingesetzt werden⁹⁶. Hemmung und Unterbrechung der Frist nach §§ 203 ff., 208 ff. BGB kommen nicht in Betracht⁹⁷. Das Anfechtungsrecht entfällt ohne weiteres, ohne daß es einer entsprechenden Rüge der beklagten Gesellschaft bedürfte. Die Prüfung erfolgt von Amts wegen⁹⁸. Die Frist ist zwingend. Sie kann weder durch die Satzung⁹⁹ noch von den Prozeßparteien¹⁰⁰ verlängert werden. Die rügelose Einlassung der beklagten Gesellschaft zur Hauptsache ist unerheblich.

Anders als etwa im Verwaltungsprozeßrecht genügt auch eine rein „fristwahrende“ Klageerhebung nicht. Vielmehr sind innerhalb der Anfechtungsfrist auch die Anfechtungsgründe in ihrem wesentlichen tatsächlichen Kern darzulegen¹⁰¹. Nachgeschobene Anfechtungsgründe sind unbeachtlich¹⁰², selbst wenn diese dem Aktionär erst nach Ablauf der Frist bekannt werden¹⁰³.

handlung gewahrt werden, so daß insofern auch prozessuale Grundsätze gelten müßten. A.A. *Henn*, AG 1989, 230, 232 f. für die Klage vor dem örtlich unzuständigen Gericht sowie *Heuer*, AG 1989, 234 ff.

⁹¹ So etwa *Wiedemann*, a.a.O. (Fn. 53), S. 152; *Zöllner*, a.a.O. (Fn. 86), S. 386 f.; *Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, S. 242 und jüngst *Becker*, a.a.O. (Fn. 22), S. 459 ff.

⁹² Bei Klageerhebung nach Fristablauf kann das Gericht der Klage allenfalls wegen eines Nichtigkeitsgrundes stattgeben; vgl. *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), § 246 Rdz. 13. Vgl. aber die abweichenden Regelungen in §§ 14 Abs. 1, 195 Abs. 1 UmwG, wonach bei Umwandlungsbeschlüssen auch Nichtigkeitsgründe nur innerhalb der Monatsfrist geltend gemacht werden können.

⁹³ RGZ 123, 204, 207; OLG Frankfurt, WM 1984, 209, 211: Liegt kein Nichtigkeitsgrund vor, so wird die Klage wegen Überschreitens der Anfechtungsfrist als unbegründet, nicht als unzulässig, abgewiesen.

⁹⁴ §§ 214 ff., 230 ff. ZPO.

⁹⁵ §§ 194 ff. BGB.

⁹⁶ RGZ 123, 204, 207; *Hüffer*, in: Geßler/Hefermehl, Aktiengesetz, Bd. 5, 1984, § 246 Rdz. 31. Vgl. dagegen zu Beschlüssen der Wohnungseigentümerversammlung BGHZ 54, 65, 70; OLG Hamm OLGZ 1985, 147, 149 ff.; BayObLGZ 1989, 13, 14 ff.

⁹⁷ *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 96). Eine Durchbrechung der starren Frist des § 246 Abs. 1 AktG ist auf verschiedenen Wegen versucht worden: OLG Frankfurt, NJW 1966, 838 will eine Hemmung der Frist in analoger Anwendung des § 203 Abs. 2 BGB zulassen. *Lüke* schlägt in einer Anmerkung zu dieser Entscheidung, a.a.O., eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand entsprechend § 233 ZPO vor; vgl. dazu noch unten d).

⁹⁸ *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 246 Rdz. 21 m.w.Nachw.; *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), Rdz. 14.

⁹⁹ § 23 Abs. 5 AktG.

¹⁰⁰ *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 96), § 246 Rdz. 33.

¹⁰¹ Die Reichweite der Substantiierungspflicht ist im einzelnen streitig; vgl. dazu etwa *Becker*, a.a.O. (Fn. 22), S. 462. Nicht erforderlich ist jedenfalls eine umfassende rechtliche Subsumtion. Vorzutragen sind die den Lebenssachverhalt bestimmenden Gründe in ihrem wesentlichen Tatsachenkern, ohne daß sie als Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgründe zu bezeichnen sind.

¹⁰² BGHZ 15, 177, 180 f.; 120, 141, 157.

¹⁰³ BGHZ 32, 318, 322 ff.

Der Zulassung einer „fristwahrenden“ Klage mit dem Vorbehalt einer späteren Begründung¹⁰⁴ steht § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO entgegen. Danach ist in der Klage der „Klagegrund“, d.h. der konkrete Sachverhalt, aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge ableitet, anzugeben. Nur Ergänzungen des Sachverhalts sind nach § 264 Nr. 1 ZPO ohne weiteres zulässig¹⁰⁵.

b) Offene Beschlußmängel

Auf den ersten Blick erscheinen die dargestellten Regeln außerordentlich rigoros, insbesondere wenn man in Betracht zieht, daß andere Rechtsordnungen entweder eine längere¹⁰⁶ oder gar keine Frist für die Klage gegen Beschlußmängel kennen. Bei näherem Zusehen ist dieser Eindruck jedoch zu korrigieren. Widerspruchserfordernis (§ 245 Nr. 1 AktG) und feste Einmonatsfrist (§ 246 Abs. 1 AktG) des deutschen Rechts führen nämlich dazu, daß häufig der Beschluß bis zum Ablauf dieser kurzen Frist vom Vorstand nicht ausgeführt¹⁰⁷ bzw. vom Registergericht nicht eingetragen wird¹⁰⁸. Fehlt dagegen eine feste Frist, wie z.B. im US-amerikanischen Recht, ganz, und gibt es auch keine konstitutive Wirkung von Eintragungen, dann muß der klagewillige Aktionär damit rechnen, daß unmittelbar nach Beschlußfassung mit der Umsetzung begonnen wird. In der Praxis führt dies dort denn auch offenbar dazu, daß entweder bereits vor Beschlußfassung vorbeugende Unterlassungsklage erhoben oder unmittelbar nach Beschlußfassung um (vorläufigen) Rechtsschutz nachgesucht wird¹⁰⁹. In beiden Fällen steht der Kläger gleichermaßen vor der Aufgabe, rechtzeitig nicht nur einen Antrag bei Gericht anzubringen, sondern diesen auch zu begründen. Im übrigen zeigt auch in Deutschland die Praxis, daß sich Meinungsbildung und Informationsbeschaffung des klagewilligen Aktionärs nicht selten bereits im Vorfeld der Hauptversammlung abspielen und dieser insofern lediglich die Funktion eines Startzeichens zukommt.

Die veröffentlichte Entscheidungspraxis bestätigt dieses Bild, wobei einzuräumen ist, daß die tatsächlich entschiedenen Fälle für unsere Frage nur eine beschränkte Aussagekraft besit-

¹⁰⁴ Vorgeschlagen etwa von *Becker*, a.a.O. (Fn. 22), S. 463.

¹⁰⁵ *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), § 246 Rdz. 23.

¹⁰⁶ Z.B. Art. 706a Abs. 1 OR: 2 Monate.

¹⁰⁷ Anfechtbare Beschlüsse muß der Vorstand nicht ausführen (*Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 243 Rdz. 50). Das Problem besteht freilich für den Vorstand häufig darin festzustellen, ob der Beschluß tatsächlich anfechtbar ist. Deshalb *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5) § 243 Rdz. 71: In Zweifelsfällen kann Aufschub bis zum Ablauf der Anfechtungsfrist geboten sein. Nimmt man hinzu, daß anfechtbare Beschlüsse „gesetzmäßige“ Beschlüsse im Sinne von § 93 Abs. 4 S. 1 AktG werden, wenn sie nicht mehr anfechtbar sind (*Hüffer*, § 93 Rdz. 25), so wird der Vorstand zumindest dann häufig von der sofortigen Durchführung absehen, wenn Widerspruch (§ 245 Nr. 1 AktG) erhoben worden ist und demzufolge eine Anfechtungsklage nicht ausgeschlossen erscheint.

¹⁰⁸ Von der Literatur erhält der Registerrichter verschiedene Handlungsempfehlungen; s. nur *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 243 Rdz. 52: Empfehlenswert sei in jedem Fall die Aussetzung; ähnlich *Zöllner*, Kölner Komm. z. AktG, Bd. 2, 1985, § 243 Rdz. 37; enger *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), § 243 Rdz. 72; eingehende Nachweise zur älteren Literatur bei *Baums*, a.a.O. (Fn. 79), S. 159 ff.; zur neueren Literatur unten Fn. 465.

¹⁰⁹ Vgl. die Hinweise oben II. 3. b) (S....).

zen. Nur in Einzelfällen wird die Monatsfrist schon für die Klage versäumt¹¹⁰. Fälle, in denen zunächst einmal die Klageschrift fristwährend eingereicht wird und dann verspätet die Klagebegründung erfolgt¹¹¹, dürften eher der Rechtsunkenntnis des Klägeranwalts als einer zu kurzen Klagfrist zuzurechnen sein. Die meisten Entscheidungen betreffen dagegen den Fall, daß zwar die Klage fristgemäß erhoben und auch begründet worden ist, daß aber später, nicht selten erst in der Berufungsbegründung, neue Anfechtungsgründe geltend gemacht, und hierzu bisher nicht vorgebrachte Tatsachen vorgetragen werden¹¹². Den veröffentlichten Entscheidungsgründen läßt sich jeweils kein Hinweis darauf entnehmen, daß dieser Tatsachenvortrag nicht schon früher, von Anfang an, hätte erfolgen können.

Im Hinblick auf diese zuletzt genannten, offenbar nicht seltenen Fälle könnte man erwägen, jedenfalls dem Kläger, der rechtzeitig Anfechtungsklage eingereicht hat, das Nachschieben weiterer Anfechtungsgründe zu gestatten. Eine solche Regel würde aber den Anreiz vermitteln, zunächst einmal Anfechtungsgründe ins Blaue hinein vorzutragen, nur um die Anfechtungsfrist zu wahren. Für eine Privilegierung des Anfechtungsklägers, der verspätet Anfechtungsgründe geltend macht, gegenüber dem Anfechtungskläger, der verspätet Anfechtungsklage erhoben hat, besteht überdies kein überzeugender Grund. Auch ein verspäteter Beitritt zur Klage entsprechend § 306 Abs. 3 S. 2 AktG sollte nicht zugelassen werden.

Zusammenfassend darf bisher festgehalten werden, daß die starre Ausschlußfrist des § 246 Abs. 1 AktG nicht grundsätzlich als zu kurz erscheint und nicht generell in unvertretbarer Weise den Rechtsschutz der zur Anfechtung berechtigten Aktionäre verkürzt. Das eigentliche rechtspolitische Problem der kurzen Anfechtungsfrist besteht vielmehr in den während dieser Frist nicht aufdeckbaren Beschlußmängeln; darauf ist unten zurückzukommen¹¹³.

Es bleibt die Frage, ob die kurze Frist des § 246 AktG im Hinblick darauf verlängert werden sollte, daß deutsche Aktien zunehmend auch von ausländischen Investoren erworben werden¹¹⁴. Hier kommen weitere Schwierigkeiten hinzu (Übersetzungen; weitere Kommunikationswege durch Einschaltung ausländischer Korrespondenzanwälte), die gleichfalls in der Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG bewältigt sein wollen¹¹⁵. Bisher handelt es sich bei dem ausländischen Aktienbesitz vornehmlich um institutionellen Besitz oder um größere Unternehmensbeteiligungen, die regelmäßig professionell verwaltet werden. Soweit diese Aktionäre sich in der Hauptversammlung vertreten lassen, dürfte ihnen auch die Wahrnehmung des Anfechtungsrechts binnen Monatsfrist möglich sein. In dem Maße allerdings, in dem zunehmend auch pri-

¹¹⁰ Soweit aus den veröffentlichten Entscheidungen ersichtlich, nur in den Fällen RGZ 123, 204 und BGH WM 1984, 209. In beiden Fällen war die Klageschrift zwar rechtzeitig eingereicht, aber aus vom Kläger zu vertretenden Gründen nicht rechtzeitig zugestellt worden.

¹¹¹ Vgl. BGHZ 15, 177 in einer Genossenschaftssache.

¹¹² S. nur RG JW 1927, 1367; RG JW 1929, 2361; RGZ 91, 316, 323 f.; RGZ 125, 143, 155; RGZ 131, 192, 195; RGZ 170, 83, 94 f.; BGH NJW 1966, 2055; BGH NJW 1987, 780; BGHZ 120, 141, 156 f.

¹¹³ Sogleich unter c).

¹¹⁴ Vgl. *Deutsches Aktieninstitut*, DAI-Factbook 1999, Frankfurt/Main 1999, Übersichten 08 – 1 – 3 ff; *Deutsche Bundesbank*, Wertpapierdepots (Statist. Sonderveröffentlichungen 9), 1999, S. 32.

¹¹⁵ Zur Erleichterung der Kommunikation mit ausländischen Investoren durch elektronische Medien *Noack*, ZGR 1998, 592, 596 ff.; *Seibert*, BB 1998, 2536 ff.; internationaler Erfahrungsbericht von *Arnold*, in: *Baums/Wymeersch*, a.a.O. (Fn. 19), S. 391 ff.

vate ausländische Kleinanleger unmittelbar in erheblichem Umfang in deutsche Aktien investieren, wird diese Frist dann doch zu überdenken sein. Dies in gewisser Weise vorwegnehmend sieht der Vorschlag einer Strukturrichtlinie (5. Richtlinie) eine Anfechtungsfrist von nicht weniger als 3 Monaten vor (Art. 44)¹¹⁶. Eine solche Ausdehnung der Anfechtungsfrist oder gar der Verzicht auf jede feste Anfechtungsfrist ist aber für das deutsche Recht nur zu erwägen, wenn zugleich sichergestellt wird, daß Beschlüsse, denen kein zur Nichtigkeit führender Mangel anhaftet, grundsätzlich auch vor Ablauf der Anfechtungsfrist vom Registergericht einzutragen sind, wenn nicht eine anderslautende einstweilige Entscheidung des Prozeßgerichts vorgelegt wird¹¹⁷. Eine Verlängerung der Anfechtungsfrist auf z.B. zwei Monate wäre dann hinnehmbar und hätte für die Gesellschaft den Vorteil, daß noch vor Erhebung der Klage ein Bestätigungsbeschluß (§ 244 AktG) gefaßt werden könnte, was nach der derzeitigen Rechtslage (vgl. §§ 123 Abs. 1, 246 Abs. 1 AktG) ausgeschlossen ist (vgl. dazu auch § 275 Abs. 2 AktG).

c) Verdeckte Beschlußmängel

Ein besonderes Problem stellen die Fälle dar, in denen Anfechtungsgründe, z.B. ein treupflichtwidriger Stimmrechtsgebrauch durch die Mehrheit, bewußt verborgen gehalten und deshalb nicht rechtzeitig vorgebracht werden können. Für solche Fälle mag auch eine Ausdehnung der Anfechtungsfrist auf z.B. zwei Monate nicht notwendig helfen. In einem geeigneten Einzelfall hat der Bundesgerichtshof ausgesprochen, daß abweichend von der allgemeinen Regel nachgeschobene Anfechtungsgründe dann zu berücksichtigen sind, wenn es sich dabei um den Vorwurf des Stimmrechtsmißbrauchs handelt und das Motiv hierfür erst nach Ablauf der Anfechtungsfrist deutlich wird. Denn „eigensüchtige gesellschaftsfremde Zwecke (können) nicht um so besser durchsetzbar sein (...), je mehr sie im Dunkel gehalten oder getarnt werden ...“¹¹⁸. Die Besonderheit des Falles lag darin, daß es sich um 2 verfeindete Gesellschaftergruppen handelte, und jedenfalls die Klage fristgerecht erhoben war. Auf andere Gestaltungen, insbesondere wenn weitere Aktionäre vorhanden sind, denen Treupflichtverletzungen nicht vorzuhalten sind, die sich aber auf den Bestand des Beschlusses inzwischen verlassen haben, wird sich dies nicht übertragen lassen. Die Anfechtungsfrist erst ab Kenntnis des Aktionärs vom Beschlußmangel einsetzen zu lassen kommt dann aus demselben Grund nicht in Betracht. Als Sanktion stehen dem Aktionär, der wegen Fristversäumnis Anfechtungsklage nicht mehr erheben kann, dann nur mehr, falls er einen Schaden erlitten hat, Schadensersatzansprüche gegen

¹¹⁶ Dritter geänderter Vorschlag einer fünften Richtlinie vom 20. Nov. 1991, Abl.EG Nr. C 321 v.12.12.1991 S. 9 ff.; Abdruck auch bei *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht, 4. Aufl. 1996, S. 176 ff. – In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, daß eine Anfechtungsfrist von 3 Monaten auch in dem 1882 vorgelegten Entwurf zu einer Aktienrechtsnovelle vorgesehen war (vgl. *Schubert/Hommelhoff*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 4, 1985, S. 278 zu Art. 222 des Entwurfs). Erst der Entwurf von 1884 und dann die Aktienrechtsnovelle verkürzten dies auf einen Monat (Artt. 190a, 222 ADGHB).

¹¹⁷ Dazu unten V. 5. a) (S...).

¹¹⁸ BGH WM 1966, 1132, 1134. Die Entscheidung betrifft eine GmbH, die Ausführungen zu den nachgeschobenen Anfechtungsgründen beziehen sich aber auf § 246 Abs. 1 AktG (analog).

die treupflichtig handelnden Aktionäre oder die Verwaltung zur Verfügung¹¹⁹. Ist Anfechtungsklage erhoben, kann der Anfechtungsgrund aber wegen Verspätung nicht mehr vorgebracht werden, dann sollte der Umstand, daß der Anfechtungskläger diesen Anfechtungsgrund erst nach Ablauf der Anfechtungsfrist erkennen konnte, bei der Kostenentscheidung berücksichtigt werden können (unten 4.e).

d) Antrag auf Prozeßkostenhilfe

Nach dem Wortlaut des § 246 Abs. 1 AktG wird die Frist nur durch die Anfechtungsklage selbst gewahrt. Nach herrschender Meinung genügt es nicht, in der Monatsfrist einen Antrag auf Prozeßkostenhilfe gemäß §§ 114 ff. ZPO einzureichen¹²⁰. Nach einer Entscheidung des OLG Frankfurt soll aber § 203 Abs. 2 BGB analog gelten¹²¹; vorgeschlagen wird auch, mit entsprechender Anwendung der §§ 233 ff ZPO zu helfen¹²². Nach der von *K. Schmidt* vertretenen Auffassung ist dagegen bei § 270 Abs. 3 ZPO anzusetzen: Danach genügt auch eine Klage nach Fristablauf, wenn sie entweder nach Bewilligung der fristgerecht unter Einreichung der Klageschrift beantragten Prozeßkostenhilfe erhoben wird oder, wenn Prozeßkostenhilfe versagt wird, sie binnen einer aus § 234 Abs. 1 ZPO abgeleiteten Zweiwochenfrist erfolgt¹²³. Freilich erfordert dies nicht nur eine großzügige Auslegung des „demnächst“ in § 270 Abs. 3 ZPO, sondern es fehlt bei diesem Verfahren auch an einer „Einreichung“ der Klage im Sinne des § 270 Abs. 3 ZPO. Der um Prozeßkostenhilfe nachsuchende Aktionär will sich ja jedenfalls für den Fall, daß sein Gesuch abgelehnt wird, vorbehalten, die Klage nicht einzureichen. Dennoch ist der zuletzt dargestellten Auffassung jedenfalls im Ergebnis beizupflichten. Es erscheint als fraglich, ob § 246 Abs. 1 AktG in der Auslegung der bisher herrschenden Meinung verfassungsrechtlicher Überprüfung standhielte¹²⁴. Aber auch eine verfassungskonforme Auslegung des § 246 Abs. 1 AktG hat die dieser Norm zugrundeliegenden Wertungen zu beachten. Diesem Gebot wäre nicht Rechnung getragen, wenn man sich auf die reduzierende Auslegung beschränken wollte, die Anfechtungsfrist des § 246 Abs. 1 AktG sei bereits dann gewahrt, wenn statt der Klage innerhalb der Monatsfrist ein Prozeßkostenhilfegesuch eingereicht werde. Letzten Endes fußt die Wertung des § 246 Abs. 1 AktG auf der Annahme besonderer Rücksichts- und Treuepflichten und -obliegenheiten des Aktionärs, die diesem kraft seiner Stellung

¹¹⁹ Zur Frage, ob insoweit das Haftungsprivileg des § 117 Abs. 7 Nr. 1 AktG eingreift, und zum Vorschlag, dieses Haftungsprivileg *de lege ferenda* aufzuheben, oben II. 7.

¹²⁰ *Baumbach/Hueck*, Aktiengesetz, 13. Aufl. 1968, § 246 Rdz. 3; *Schilling*, Großkommentar Aktiengesetz, 3. Aufl. 1973, § 246 Rdz. 3; *Zöllner*, a.a.O. (Fn. 108), § 246 Rdz. 15 f.; *Semler*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4. Die Aktiengesellschaft, 1988, § 41 Rdz. 70; *Henn* Die AG 1989, 230, 232. Trotz rechtspolitischer Bedenken auch *Hüffer*, in: Geßler/Hefermehl (Fn. 96) § 246, Rdz. 38; anders jetzt *ders.*, AktG (Fn. 4), § 246 Rdz. 25. Anders jedoch die h.M. im GmbH-Recht: Siehe *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 16. Aufl. 1996, Anh. § 47 Rdz. 79; *Raiser*, in: *Hachenburg*, GmbHG, 8. Aufl. 1991, Anh. § 47, Rdz. 183; *Scholz/K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 87), § 45 Rdz. 145.

¹²¹ OLG Frankfurt NJW 1966, 838 m. Anm. *Lüke*. Zustimmend *Becker*, a.a.O. (Fn. 22), S. 464 ff.

¹²² *Lüke*, a.a.O.

¹²³ *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), § 246 Rdz. 21; dem zustimmend *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 246 Rdz. 25.

¹²⁴ Vgl. die Überlegungen zu der sehr viel längeren materiellrechtlichen Ausschlußfrist des § 12 Abs. 3 Versicherungsvertragsgesetz in BGHZ 98, 295, 299 f.

als Mitglied eines Verbandes seinen Mitaktionären gegenüber auferlegt werden. Dieser Bewertung ist bei der verfassungskonformen (reduzierenden) Auslegung des § 246 Abs. 1 AktG Rechnung zu tragen. Wenn dem im Sinne des § 114 ZPO bedürftigen Aktionär aus übergeordneten, verfassungsrechtlichen Gründen nicht angesonnen werden darf, die starre und sehr kurze Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG zu wahren, dann bleibt doch die in dieser Vorschrift angenommene Treueobliegenheit zu beachten, aus der sich in einem solchen Fall dem angepaßte, spezielle Verhaltensanforderungen ergeben. Dies bedeutet jedenfalls, daß der Aktionär den fristgerecht eingereichten Prozeßkostenhilfeantrag mit zumutbarer Beschleunigung betreiben muß, und daß er nach Bewilligung oder auch nach Ablehnung des Prozeßkostenhilfeantrages, falls dennoch Klage erhoben werden soll, dies unverzüglich tun muß. Die feste Frist des § 246 Abs. 1 AktG legt auch hier die Annahme fester Fristen, etwa entsprechend § 234 Abs. 1 ZPO, nahe. Mit demselben Gedanken der Treueobliegenheit werden die Gerichte den Versuch tatsächlich nicht im Sinne des § 114 ZPO bedürftiger Aktionäre, mit Hilfe eines Prozeßkostenhilfeantrages die Erfolgsaussichten einer Klage kostenfrei unter Überschreitung der Anfechtungsfrist „anzutesten“, abwehren können. An dieser Stelle sind hierzu keine Einzelheiten auszubreiten. Für die Zwecke des vorliegenden Gutachtens genügt die Erwartung, daß sich auch ohne eine gesetzliche Änderung überzeugende Lösungen entwickeln werden.

e) Nichtbörsennotierte Aktiengesellschaften

Im GmbH-Recht sind die §§ 241 ff. AktG grundsätzlich entsprechend anzuwenden. Dies gilt jedoch nicht für die Klagefrist des § 246 Abs. 1 AktG. Nach ständiger Rechtsprechung müssen die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einer GmbH innerhalb einer den „Umständen des Einzelfalles angemessenen“ Frist angefochten werden¹²⁵. Die jeweils anzulegenden Kriterien beruhen auf dem Gedanken der Verwirkung¹²⁶. Der Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG kommt im Rahmen dieser flexiblen Regelung die Funktion einer Untergrenze zu¹²⁷. Die Obergrenze soll bei sechs Monaten liegen¹²⁸.

Die Vorteile, die die Regeln zur Klagefrist im GmbH-Recht auch für die „kleine“ oder „geschlossene“ Aktiengesellschaft interessant erscheinen lassen, liegen auf der Hand. Mit Rücksicht auf die häufig bestehenden persönlichen Beziehungen der Gesellschafter untereinander sollen diese bei Unstimmigkeiten nicht durch hohen Zeitdruck zu rechtlichen Schritten gedrängt werden. Die Flexibilität einer nicht fest umrissenen Frist läßt Raum für gütliche Einigungen durch „Reparatur“ des in Frage stehenden Beschlusses (vgl. demgegenüber §§ 123 Abs. 1, 246 Abs. 1, 244 AktG). Die Länge der Frist kann an der Komplexität des Sachverhaltes oder der Schwierigkeit der Rechtslage ausgerichtet werden. Der zugrundeliegende Verwirkungsgedanke läßt des weiteren Raum für die Berücksichtigung des Verhaltens der Parteien.

¹²⁵ Nachweise bei *Baumbach/Hueck/Zöllner*, a.a.O. (Fn. 120), Anh. § 47 Rdz. 78.

¹²⁶ Einzelheiten bei *Zöllner*, a.a.O. (Fn. 120), Rdz. 79 ff.

¹²⁷ BGHZ 104, 66 ff.

¹²⁸ BGH WM 1989, 63, 66. Eine Obergrenze von lediglich drei Monaten schlagen dagegen *Fischer/Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz, 14. Aufl. 1995, Anh. § 47, Rdz. 45 vor. Gegen eine feste Obergrenze *Zöllner*, a.a.O. (Fn. 120), Rdz. 79.

Fristverlängernd könnten sich etwa das bewußte Zurückhalten von Informationen durch den Mehrheitsgesellschafter oder die Verwaltung sowie die inhaltlich unzureichende Mitteilung der Tagesordnung auswirken. Der mit einer flexiblen Anfechtungsfrist zwangsläufig verbundene Nachteil der Rechtsunsicherheit läßt sich durch entsprechende Regelungen in der Satzung vermeiden.

Diese Erwägungen treffen in gleichem Maße auf den Typus der „Familien-AG“ und darüber hinaus auf die nichtbörsennotierte Aktiengesellschaft mit überschaubarem Aktionärskreis zu. Diese unterscheidet sich weniger von der typischen GmbH als von der börsennotierten Publikumsaktiengesellschaft. Die für die flexiblere Anfechtungsfrist des GmbH-Rechts angeführten Gründe können auch hier geltend gemacht werden. Den nichtbörsennotierten Aktiengesellschaften (vgl. § 3 Abs. 2 AktG) sollte deshalb freigestellt werden, durch Satzungsvorschrift von der festen Frist des § 246 Abs. 1 AktG abzuweichen.

2. Präsenz- und Widerspruchsobliegenheit des Aktionärs

Sieht man von den in § 245 Nr. 2 und 3 AktG enthaltenen Ausnahmen ab, so steht dem Aktionär die Anfechtungsbefugnis nur dann zu, wenn er in der beschließenden Hauptversammlung erschienen ist oder wirksam vertreten¹²⁹ wurde. Außerdem muß er gegen den betreffenden Beschluß Widerspruch zur Niederschrift des beurkundenden Notars erklärt haben, § 245 Nr. 1 AktG. Der Widerspruch berührt den Beschluß selbst nicht, sondern bewahrt den Aktionär lediglich vor dem Verlust seines Anfechtungsrechts.¹³⁰ Für die Anfechtung durch Organmitglieder bestehen diese Erfordernisse nicht, § 245 Nr. 4 und 5 AktG.¹³¹

Auf den ersten Blick handelt es sich bei der Präsenz- und Widerspruchsobliegenheit um eine sachgerechte und im übrigen leicht einzuhaltende Formalie, die zur Eindämmung unerwünschter Klagen ansonsten nicht an den Geschicken der Gesellschaft interessierter Aktionäre beiträgt. Gleichwohl wird die Vorschrift im Schrifttum kritisch betrachtet. So forderte bereits *Horrwitz*, das Widerspruchserfordernis, das die Nichtteilnahme an der General-(Haupt-)Versammlung mit „völliger Entmachtung“ bestrafe, ersatzlos zu streichen. Wer seine Aktien in der Versammlung unvertreten lasse, wolle zwar die Entscheidung über die angekündigten Beschlußgegenstände den erschienenen Aktionären überlassen, dies aber nur innerhalb der Grenzen von Gesetz und Satzung¹³². *Wiedemann* hält dem Widerspruchserfordernis entgegen, es schließe die ganz überwiegende Mehrheit der Publikumsaktionäre von der Anfechtungsklage aus. Denn diese könnten regelmäßig an der Hauptversammlung nicht teilnehmen, und die sie vertretenden Depotbanken pflegten keine Anfechtungsklagen zu erheben¹³³. Freilich könnte der Anleger sein Depotinstitut anweisen, Widerspruch zu erheben¹³⁴. *Becker* äußert sogar verfas-

¹²⁹ Der Gesetzeswortlaut ist insofern zu eng. Vgl., auch zur Anfechtung durch einen Legitimationsaktionär, *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 96), § 245 Rdz. 12 und *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), § 245 Rdz. 18.

¹³⁰ Zu Einzelheiten siehe *Noack*, Die AG 1989, 78 ff.

¹³¹ Kritisch dazu *Becker*, a.a.O. (Fn. 22), S. 447 f.

¹³² ZBH 1933, 86, 90 f.

¹³³ A.a.O. (Fn. 53), S. 467.

¹³⁴ *Barz*, Großkommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. I/2, 1973, § 128 Anm. 12.

sungsrechtliche Bedenken gegen § 245 Nr. 1 AktG, weil das Oppositionserfordernis nur für Aktionäre und nicht auch für den Vorstand oder Organmitglieder gilt¹³⁵.

Die Erscheins- und Widerspruchsobliegenheit des Aktionärs wurde durch die Aktienrechtsnovelle 1884 eingeführt. Die Motive zur Novelle beziehen sich auf eine Entscheidung des OAG Berlin. Darin hatte das Gericht einem Aktionär, der in der Hauptversammlung anwesend gewesen war und einen (auf einer Auslegung einer Satzungsbestimmung beruhenden) Einberufungsmangel dort hätte sofort rügen können, dies aber nicht getan hatte, verwehrt, den gefaßten Beschluß später unter Hinweis hierauf anzufechten¹³⁶. Diese Regel erscheint sinnvoll, da die Rüge des Einberufungsmangels sofort in der Hauptversammlung Gelegenheit geboten hätte, die Hauptversammlung alsbald einwandfrei einzuberufen und so die Dauer und Kosten eines Anfechtungsprozesses für die Gesellschaft zu vermeiden. Die Aktienrechtsnovelle 1884 führte demgegenüber eine völlig neue, sehr viel weiter gehende Regel ein, wonach ein Aktionär Anfechtungsklage nicht erheben kann, wenn er nicht in der Hauptversammlung erschienen ist und Widerspruch zu Protokoll erhoben hat. Begründet wird diese Beschränkung des Anfechtungsrechts mit mehreren Argumenten: Das Schweigen eines anwesenden Aktionärs müsse als Billigung des Beschlusses gelten. Ebenso müsse angenommen werden, daß ein nicht erschienener Aktionär sich im voraus den Beschlüssen der Hauptversammlung unterworfen und damit auf sein Anfechtungsrecht verzichtet habe. Ein unbeschränktes Anfechtungsrecht führe zu Ungewißheit über die Gültigkeit eines Beschlusses, zur Lähmung der Verwaltung, und öffne die Tür zu Schikanen und Erpressungen¹³⁷.

Was das Motiv der Vermeidung mißbräuchlicher Klagen angeht, so ist der Einwand berechtigt, das Widerspruchserfordernis sei kaum geeignet, diesen Zweck zu erreichen¹³⁸. Daß sich mißbräuchliche Aktionärsklagen, die zu dem Zweck erhoben werden, deren „Lästigkeitswert“ zu kommerzialisieren, durch Präsenz- und Widerspruchsobliegenheit nicht vermeiden lassen, hat die Entwicklung hinreichend deutlich gemacht¹³⁹. Gewerbliche Opponenten dürften sich durch die „psychologische Barriere“¹⁴⁰ der offenen Konfrontation mit der Hauptversammlungsmehrheit kaum abschrecken lassen. Mißbräuchlichen Anfechtungsklagen ist mit gezielteren Mitteln, zu wehren¹⁴¹.

Das Argument, der nicht erschienene Aktionär unterwerfe sich im voraus den Beschlüssen der Hauptversammlung und verzichte damit auf sein Anfechtungsrecht, fingiert ein Einverständnis des Aktionärs, von dem im Regelfall nicht die Rede sein kann. Als Regel des objektiven Rechts kann sich die Obliegenheit, in der Hauptversammlung zu erscheinen und Widerspruch zu erheben, sinnvoll nur auf solche Mängel beziehen, die in der Hauptversammlung überhaupt als solche, als Anfechtungsgründe erkennbar sind. Dementsprechend wird § 245

¹³⁵ A.a.O. (Fn. 22), S. 445 ff.

¹³⁶ OAG Berlin ZHR 15 (1870), 271, 273.

¹³⁷ Entwurf eines Gesetzes, betr. die KGaA und AG, Abdruck bei *Schubert/Hommelhoff*, a.a.O. (Fn. 116), S. 467.

¹³⁸ Vgl. *Horrwitz*, a.a.O. (Fn. 132).

¹³⁹ Siehe im Einzelnen unten V. 1., 3.

¹⁴⁰ *Becker*, a.a.O. (Fn. 22), S. 445.

¹⁴¹ S. unten V. 5.

Nr. 1 AktG heute einschränkend ausgelegt¹⁴². Die Gegenansicht müßte pauschale Widersprüche ins Blaue hinein fordern oder nicht erkennbare Mängel praktisch von der Anfechtung ausschließen. Gleichwohl wird dieser einschränkenden Auslegung widersprochen¹⁴³. Obwohl sich noch keine durch die Rechtsprechung abgesicherte feste Praxis gebildet hat, erscheint eine gesetzliche Klarstellung insoweit nicht als erforderlich.

Mit dieser einschränkenden Auslegung ist aber die Obliegenheit, in der Hauptversammlung zu erscheinen und Widerspruch zu erklären, als solche noch nicht gerechtfertigt. Das Widerspruchserfordernis wird heute mit dem Verbot des *venire contra factum proprium* oder dem Verwirkungsgedanken erklärt¹⁴⁴. Das mag für den erschienenen Aktionär überzeugen, der erkennbare Mängel nicht rügt, obwohl ihm dies ohne weiteres möglich gewesen wäre. Dem nicht erschienenen Aktionär, der Anfechtungsklage erhebt, können jedoch ohne weitere Annahme, nämlich einer Obliegenheit zu erscheinen, ein widersprüchliches Verhalten oder der Verwirkungsgedanke nicht entgegengehalten werden. Letzten Endes kann diese Obliegenheit nur auf seine gesellschaftliche Treuepflicht gestützt werden¹⁴⁵, wobei sich sogleich zumindest im Hinblick auf die Publikumsgesellschaft die Frage stellt, ob der Gesetzgeber 1884 diese Anforderungen nicht überdehnt hat.

Sicher kann jedenfalls dem erschienenen Aktionär angesonnen werden, zu diesem Zeitpunkt erkennbare Mängel zu rügen. Die Mehrheit und die Verwaltung erhalten so zum einen die Möglichkeit, vor gerichtlichen Auseinandersetzungen zunächst nach gesellschaftsinternen Lösungen zu suchen. Zum Beispiel kann eine unvollständige Auskunft (§ 131 AktG) auf Nachfrage ergänzt werden. Der angegriffene Beschluß kann fehlerfrei bestätigt (vgl. § 244 AktG) oder neu vorgenommen oder ersatzlos aufgehoben und dadurch ein Anfechtungsprozeß erübrigt werden. Zum anderen stellt das Unterbleiben des Widerspruchs, von den abgrenzbaren Fällen der §§ 245 Nrn. 2 und 3, 241 AktG abgesehen, klar, daß eine Anfechtung des Beschlusses von seiten des bzw. der Aktionäre nicht mehr zu erwarten ist. Der Beschluß kann dann sofort eingetragen und durchgeführt werden. Allerdings ist dieser Vorteil des Widerspruchserfordernisses dadurch in Frage gestellt, daß dieses sich nach neuerer Ansicht nur auf erkennbare Anfechtungsgründe bezieht¹⁴⁶. Richtig ist ferner, daß eine Regel, die dem erschienenen Aktionär die Anfechtungsbefugnis versagen würde, weil er keinen Widerspruch erhoben hat, dem nicht erschienenen Aktionär dagegen das Anfechtungsrecht vorbehalte, einen nicht wünschenswerten Anreiz vermitteln würde, gar nicht erst in der Hauptversammlung zu erscheinen und sich dort auch nicht vertreten zu lassen. Es kommt hinzu, daß das Widerspruchserfordernis des deutschen Rechts zusammen mit der kurzen Anfechtungsfrist durchaus auch einen unmittelbaren Aktionärsschutz insofern bewirkt, als der Widerspruch faktisch häufig bis zum Ablauf der Anfechtungsfrist die Vollziehung des angegriffenen Beschlusses durch Eintragung ins Handelsregister bzw. die sofortige Ausführung durch den Vorstand hemmen wird.

¹⁴² Zöllner, a.a.O. (Fn. 108), § 245 Rdz. 42, 57; Hüffer, a.a.O. (Fn. 96), § 245 Rdz. 32; ders., AktG (Fn. 4), § 245 Rdz. 16; K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 5), § 245 Rdz. 19; eingehend Noack, Die AG 1989, 78, 82.

¹⁴³ Semler, a.a.O. (Fn. 120), § 41 Rdz. 55.

¹⁴⁴ Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 245 Rdz. 13; K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 5), Rdz 19; Noack, Die AG 1989, 78, 81.

¹⁴⁵ BGHZ 103, 184; BGHZ 129, 136.

¹⁴⁶ Nachweise in Fn. 142.

Auf der anderen Seite ist einzuräumen, daß mit dem Erfordernis des Erscheinens in der Hauptversammlung (§ 245 Abs. 1 AktG) die Kontrolle fehlerhafter Beschlüsse durch dissentierende Aktionäre weiter verteuert und damit erschwert wird. Eine Reduzierung dieser mit dem Anwesenheits- und Widerspruchserfordernis verbundenen Kosten wäre bei Zulassung von Tele-Hauptversammlungen oder gar Stimmabgabe und Widerspruch ausschließlich auf elektronischem Wege zu erwarten¹⁴⁷. Insgesamt sollte nach dem derzeitigen Stand nur dann erwogen werden, die Vorschrift über die Widerspruchsobliegenheit des Aktionärs (§ 245 Nr. 1 AktG) aufzuheben, wenn gleichzeitig sichergestellt wird, daß Beschlüsse, denen kein zur Nichtigkeit führender Mangel anhaftet, grundsätzlich auch vor Ablauf der Anfechtungsfrist vom Registergericht einzutragen sind, sofern nicht eine anderslautende Entscheidung des Prozeßgerichts vorgelegt wird¹⁴⁸. Wird eine solche Regelung dagegen nicht eingeführt, dann würde sich entsprechend den oben unter 1.e. angestellten Erwägungen empfehlen, nichtbörsennotierten Gesellschaften durch Satzungsbestimmung zu gestatten, die Anfechtung in Abweichung von § 245 Nr. 1 AktG zu erleichtern. Für publikumsoffene, börsennotierte Gesellschaften dagegen spricht der Vorteil einer Standardisierung¹⁴⁹ dafür, es bei einer einheitlichen für alle börsennotierten Gesellschaften geltenden Regel zu belassen.

3. „Kausalität“ oder „Relevanz“ von Verfahrensfehlern

Hauptversammlungsbeschlüsse können wegen Verfahrensfehlern anfechtbar sein; gravierende Einberufungsmängel führen sogar zur Nichtigkeit (§ 241 Nr. 1 AktG). Als Beispiel für einen die Anfechtbarkeit begründenden Verfahrensmangel sei hier die Nichtbeachtung der Einberufungsfrist des § 123 AktG genannt¹⁵⁰. Allerdings führt nicht jeder Verfahrensfehler zur Anfechtbarkeit der betreffenden Hauptversammlungsbeschlüsse. Einigkeit besteht darin, daß der insofern zu weit gefaßte Wortlaut des § 243 Abs. 1 AktG einschränkend auszulegen ist: Verfahrensfehler, die auf das Beschlußergebnis keinerlei Einfluß gehabt haben, scheiden als Anfechtungsgründe aus. Uneinigkeit besteht allerdings über das insoweit maßgebliche Kriterium. Die Rechtsprechung fordert die Kausalität des Gesetz- oder Satzungsverstoßes für das konkrete Beschlußergebnis¹⁵¹. Die Darlegungs- und Beweislast soll jedoch die Gesellschaft tragen.

¹⁴⁷ S. dazu *Seibert* BB 1998, 2536 ff.; *Noack*, Entwicklungen im Aktienrecht 1999/2000, 1999, S. 36 ff. m.w.Nachw. - In den USA erhält heute der Aktionär häufig mit den Gesellschaftsunterlagen eine Identifikationsnummer. Er kann sich auf einer hierfür vorgesehenen Website eines professionellen Investor Communication Service (z.B. www.proxyvote.com) einloggen, mit der Kennnummer identifizieren und seine Stimme abgeben (oder Widerspruch erheben). In der Regel wird er erst auf die Homepage seiner Gesellschaft gehen, die ihn dann über ein link z.B. zu www.proxyvote.com leiten kann.

¹⁴⁸ S. dazu unten V. 5. a) (S...).

¹⁴⁹ Allgemein zu den für marktbezogene Gesellschaften bedeutsamen Vorteilen der Standardisierung durch Normen *Adams* JZ 1991, 941 ff.

¹⁵⁰ Weitere Beispiele bei *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 243 Rdz. 11 und 14 ff. sowie *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), § 243 Rdz. 26 ff.

¹⁵¹ Nachweise bei *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), § 243 Rdz. 22 Fn. 34 und *Hüffer*, in: *Geßler/Hefermehl*, a.a.O. (Fn. 96), § 243 Rdz. 25.

Sie muß die Möglichkeit eines Kausalzusammenhanges zwischen Verletzung und Beschlußergebnis ausräumen¹⁵². Das jüngere Schrifttum¹⁵³ fragt demgegenüber im Anschluß an *Zöllner*¹⁵⁴ nach der „Relevanz“ des Verfahrensverstößes für das Beschlußergebnis im Einzelfall. Entscheidend für die Abgrenzung ist der Zweck der verletzten Verfahrensbestimmung¹⁵⁵. Ähnlich wie im Fall des § 243 Abs. 4 AktG darf Gesellschaften mit einer etablierten Mehrheitsmacht nicht in jedem Fall, ohne Rücksicht auf die Bedeutung der verletzten Norm für die Mitgesellschafter und ohne Rücksicht auf das Fehlen sonstiger Sanktionen bei Verstößen, der Einwand gestattet sein, daß auch ohne den Verstoß der gleiche Beschluß mit einer ausreichenden Mehrheit gefaßt worden wäre. Welche Verfahrensnormen gleichwohl unabdingbar einzuhalten sind, kann nur für jede Vorschrift gesondert geprüft und entschieden werden. Eine gesetzgeberische Festlegung empfiehlt sich nicht. Die weitere Diskussion und Entwicklung sollte Rechtsprechung und Literatur überlassen bleiben.

4. Prozeßkosten

Prozeßrisiko und Höhe der Prozeßkosten bestimmen den wirtschaftlichen Wert eines Rechts. Hohe Kosten der Rechtsdurchsetzung können ein materielles Recht entwerten; unbedachte Kostenentlastungen können einen falschen Anreiz vermitteln, andere mit aussichtslosen, sozial nicht wünschenswerten Prozessen zu überziehen. Da sich das deutsche Prozeßkostenrecht für Anfechtungsklagen (§§ 91 ff. ZPO; 247 AktG) deutlich von anderen Rechten unterscheidet¹⁵⁶, ist es auf Änderungsbedarf zu überprüfen. Das gilt nicht nur für die spezielle Streitwertregelung des § 247 AktG, sondern auch für die Kostengrundentscheidung.

a) Gegenwärtige Regelung der Kostengrundentscheidung

Das Gesetz beläßt es für die Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, was die Verteilung der Prozeßkostenlast betrifft, bei den allgemeinen Regeln. Das bedeutet folgendes:

Nach § 91 ZPO hat die verklagte Gesellschaft, wenn sie im Anfechtungsprozeß unterliegt, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Hierzu gehören neben ihren eigenen Anwaltskosten die Gerichtskosten (§ 54 Nr. 1 GKG). Ferner sind die dem Anfechtungskläger erwachsenen Kosten zu erstatten, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren. Der Anfechtungskläger ist auch für die Zeitversäumnis zu entschädigen, die durch Reisen oder Terminswahrnehmung entstanden ist (§ 91 Abs. 1 S. 2 ZPO). Nicht erstattungsfähig ist aber z.B. der allgemeine Zeitaufwand des Anfechtungsklägers für die Prozeßvorbereitung wie das Durcharbeiten des Prozeßstoffs, auch nicht bei entgeltlicher Beauftragung Dritter, etwa mit der

¹⁵² *Zöllner* a.a.O. (Fn. 108), § 243 Rdz. 80 spricht deshalb von einer „potentiellen“ Kausalität.

¹⁵³ *Becker*, a.a.O. (Fn. 22), S. 429; *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 243 Rdz. 13 ff.; *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), Rdz. 24 ff.

¹⁵⁴ A.a.O. (Fn. 108), § 243 Rdz. 81 ff.

¹⁵⁵ Einzelheiten bei *K. Schmidt*, a.a.O. und *Zöllner*, a.a.O.

¹⁵⁶ Vgl. zum amerikanischen Recht oben Text zu Fn. 39; zum schweizerischen Recht unten c) dd) (S. ...).

Sammlung und Sichtung von Tatsachen- und Beweismaterial¹⁵⁷. Nicht erstattungsfähig sind ferner der Aufwand für Rechtsgutachten¹⁵⁸ sowie Zinsen und Kosten eines Kredits zur Finanzierung des Rechtsstreits¹⁵⁹. Insgesamt bedeutet dies, daß der Anfechtungskläger selbst im Obsiegensfall auf erheblichen eigenen Kosten „sitzen bleiben“ kann, da ihm hierfür regelmäßig kein materiellrechtlicher Ersatzanspruch gegen die Gesellschaft zustehen dürfte¹⁶⁰. Dies gilt freilich im Verhältnis zum Kläger auch für die beklagte Gesellschaft, falls sie obsiegt.

Verliert der Anfechtungskläger, so werden ihm die Kosten des Rechtsstreits auferlegt (§ 91 ZPO), und zwar auch dann, wenn die Rechtsverfolgung nicht von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet war.

b) Kritik

Es fragt sich, ob diese formale Gleichbehandlung von klagendem Aktionär und beklagter Gesellschaft in der Kostengrundentscheidung den Besonderheiten des Anfechtungsprozesses gerecht wird. Dies läßt sich aus mehreren Gründen in Zweifel ziehen.

Erstens handelt es sich bei dem Anfechtungsprozeß der Sache nach um einen Angriff des klagenden Aktionärs gegen einen von der Mehrheit gefaßten und von ihr verteidigten Beschluß. Verklagt wird, anders als in der Personengesellschaft¹⁶¹, in der Kapitalgesellschaft aus praktischen Gründen¹⁶² nicht die widersprechende, hinter dem Beschluß stehende Mehrheit, sondern die juristische Person. Diese sinnvolle technische Erleichterung hat freilich praktisch weitreichende Konsequenzen, die sich gerade bei der Verteilung der Kostenlast zeigen. Der Sache nach prozessiert die angegriffene Mehrheit immer für Rechnung des gemeinschaftlichen Vermögens, während der Kläger jedenfalls zunächst für eigene Rechnung streitet. Eine Rechtsschutzversicherung greift regelmäßig nicht ein¹⁶³. Rechtsgutachten, die der klagende Aktionär auch im Obsiegensfall aus der eigenen Tasche bezahlen muß, werden auf der Beklagtenseite aus dem Gesellschaftsvermögen finanziert. Dasselbe gilt für Honorarvereinbarungen mit einem

¹⁵⁷ Zöller/Hergel, ZPO, 20. Aufl. 1997, § 91 Rdz. 13 m.Nachw. sub „Allgemeiner Prozeßaufwand“.

¹⁵⁸ Zöller/Hergel a.a.O., sub „Privatgutachten“.

¹⁵⁹ Zöller/Hergel a.a.O., sub „Kreditkosten“ und „Zinsen“.

¹⁶⁰ Dazu Hommelhoff/Timm Die AG 1989, 168 ff.; für einen Aufwendungsersatzanspruch Becker, a.a.O. (Fn. 22), S. 477 f. Allgemein zur Ergänzung der prozessualen Kostentragungspflicht durch materiellrechtliche Ausgleichsansprüche Becker-Eberhard, Die Grundlagen der Kostenerstattung bei der Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche, 1985.

¹⁶¹ Herrschende Meinung; vgl. Schlegelberger/Martens, HGB, 5. Aufl., III/1., 1992, § 119 Rdz. 13 m.Nachw.

¹⁶² Sicher wird der Beschluß der Hauptversammlung der juristischen Person als eigener „zugerechnet“. Aber es geht im Anfechtungsprozeß ja gerade um den Streit zwischen Kläger und Mehrheit um die Frage, ob alle Aktionäre den Beschluß als verbindlich hinzunehmen haben.

¹⁶³ § 4 Abs. 1 Buchst. c. ARB. Der dort vorgesehene Risikoausschluß für den Bereich des „Rechts der Handelsgesellschaften“ bezieht sich auf die Wahrnehmung der im Gesellschaftsrecht wurzelnden, vom Gesellschaftsrecht geregelten Interessen. Vgl. Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 24. Aufl. 1998, ARB, § 4 Anm. 3.

Rechtsanwalt (§ 3 BRAGO)¹⁶⁴, was dazu führt, daß auf der Beklagtenseite jedenfalls bei den größeren Gesellschaften qualifizierter, auf das Gesellschaftsrecht spezialisierter Sachverstand anzutreffen ist, den sich Aktionäre mit kleinem Anteilsbesitz häufig nicht leisten können. Auch wenn die „Gesellschaft“ unterliegt, treffen die Kosten nicht die Mehrheit oder gar die Verwaltung, die den Beschluß gefaßt bzw. verteidigt hat, sondern das gemeinschaftliche Vermögen, an dem auch der obsiegende Kläger selbst beteiligt ist¹⁶⁵. In Ausnahmefällen mögen allerdings bei schuldhaftem Verhalten Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen den Mehrheitsaktionär¹⁶⁶ oder die Verwaltung in Betracht kommen. Unterliegt dagegen der klagende Aktionär, so trägt er sämtliche Kosten mit seinem Privatvermögen. Dies legt nahe, daß im Fall der Abweisung der Anfechtungsklage die Kosten gleichfalls der beklagten Gesellschaft auferlegt werden sollten, wenn die Klage im Zeitpunkt ihrer Erhebung hinreichende Aussicht auf Erfolg hatte, die Klageerhebung nicht mutwillig oder rechtsmißbräuchlich war, und der Kläger auch nicht leichtfertig Kosten verursacht hat.

Eine zweite Besonderheit des Anfechtungsprozesses ergibt sich aus dem Charakter der Kontrolle, hier: durch Anfechtungsklage, als „öffentlichem Gut“¹⁶⁷. Die Prozeßführung des Anfechtungsklägers, der einen Beschluß wegen Verletzung aktionärschützender Gesetzes- oder Satzungsbestimmungen angreift, kann zugleich den in derselben Lage befindlichen Aktionären nutzen, ohne daß diese aber Aufwendungen tätigen müßten, um die Aufhebung des für sie nachteiligen Beschlusses zu erreichen. Das der Anfechtungsklage stattgebende Urteil wirkt auch für die an der Anfechtungsklage nicht beteiligten Aktionäre (§ 248 Abs. 1 AktG). Obwohl sich die „Trittbrettfahrer“ in derselben Lage befinden wie der Anfechtungskläger, verlassen sie sich darauf, daß andere Zeit, Risiko und Kosten einer Rechtsverfolgung auf sich nehmen, die dann ohne weiteres auch ihnen zugute kommt. Wenn es in einer solchen Situation nicht zu derselben Reaktion aller und damit zu einem völligen Versagen von Kontrolle kommt (dazu sogleich), kann dies vor allem auf zwei Gründen beruhen: Erstens, der Anfechtungskläger mag über einen größeren Anteilsbesitz verfügen, so daß der von ihm erhoffte Vorteil aus der Aufhebung des Beschlusses seinen Aufwand hierfür übersteigt. Zugleich ist sein Nachteil aus der Nichtanfechtung größer als der Nachteil jedes Inhabers einer kleineren Beteiligung, so daß er die Initiative ergreift. Oder, zweitens, der Anfechtungskläger erhofft sich vom Anfechtungsprozeß private Sondervorteile, die seinen Aufwand übersteigen und deshalb die Klage für

¹⁶⁴ Zöller/Hergel, a.a. O. (Fn. 157), sub „Sondervergütung“- Die Honorarabrechnung auf der Grundlage der BRAGO entspricht in Anfechtungsprozessen kaum mehr der Realität. Üblich sind Honorarvereinbarungen auf der Grundlage des Zeitaufwands. Die tatsächlichen Anwaltskosten übersteigen daher regelmäßig die in der BRAGO vorgesehenen und gemäß § 91 ZPO erstattungsfähigen Sätze. Überdies erfolgen häufig Beratung und Ausarbeitung der Schriftsätze nicht durch den Prozeßanwalt, sondern den Korrespondenz- oder „Verkehrsanwalt“ (vgl. § 52 BRAGO). Zur Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Verkehrsanwalts s. § 91 Abs. 2 S. 1, 3 ZPO.

¹⁶⁵ Kritisch dazu bereits Flume, Grundfragen der Aktienrechtsreform, 1960, S. 21 f.; vgl. auch Becker, a.a.O. (Fn. 22), S. 476.

¹⁶⁶ Die Haftung wegen Treuepflichtverletzung oder aus § 117 AktG ist de lege lata freilich regelmäßig gerade ausgeschlossen, vgl. oben II. 7. (S...). Für eine Haftung analog § 147 Abs. 4 AktG Becker, a.a.O. (Fn. 22), S. 477.

¹⁶⁷ Eingehender dazu oben A....

ihn lohnend machen, z.B. eine hohe Abfindung in einem nur ihn betreffenden Vergleich¹⁶⁸. Die Frage ist, ob dieser Rolle des Anfechtungsklägers als „Funktionär“ oder Vertreter der gemeinschaftlichen Interessen der übrigen in gleicher Lage befindlichen Aktionäre bereits in der Kostengrundentscheidung Rechnung getragen werden sollte, z.B. indem auch im Unterliegensfalle die Prozeßkosten unter noch näher zu bestimmenden Voraussetzungen der Gesellschaft und damit allen Aktionären auferlegt werden können. Diese Frage stellt sich um so mehr, als private Sondervorteile aus der Erhebung von Anfechtungsklagen in Zukunft deutlich beschnitten werden sollten¹⁶⁹. Gleichwohl ist die Frage nicht zweifelsfrei zu bejahen, weil nicht sichergestellt ist, daß der Kläger tatsächlich im wohlverstandenen Interesse aller Betroffenen agiert, wie dies etwa von einem gemeinsamen Vertreter gemäß §§ 306 Abs. 4 AktG, 308 UmwG gefordert wird, der von der Gesellschaft über den Ersatz seines Aufwands hinaus sogar eine Vergütung für seine Tätigkeit fordern kann. Demgegenüber wird der anfechtende Aktionär im eigenen Interesse und aus eigenem Antrieb tätig, kann das Verfahren auch nach eigenem Gutdünken wieder beenden, und ist den mitbetroffenen Aktionären nicht für nachteilige Vertretung verantwortlich.

In Publikumsgesellschaften mit weit gestreutem Aktienbesitz kommt aber folgendes Problem hinzu: Der Aufwand, den ein Anfechtungskläger mit geringem Anteilsbesitz auf sich zu nehmen hätte, einschließlich des Risikos des Prozeßverlustes, wird hier vielfach den auf seinen Anteil entfallenden Vorteil bei erfolgreicher Klage übersteigen. Da dies für jeden einzelnen Aktionär in gleicher Weise gilt, kann dies dazu führen, daß in Gesellschaften mit weit gestreutem Anteilsbesitz Klagen trotz positiver Erfolgsaussicht nicht erhoben werden können, während bei einer Zusammenlegung des Splitterbesitzes zu einer größeren Beteiligung *ceteris paribus* wegen des gleichbleibenden Aufwands, aber größeren Vorteils für den Kläger die Anfechtungsklage einen auch wirtschaftlich vertretbaren Rechtsbehelf darstellen würde. Diesem Problem der „rationalen Apathie“ des Kleinaktionärs und dem daraus folgenden „Kontrollversagen“ in der Publikumsgesellschaft¹⁷⁰ kann nur durch eine geeignete Regulierung abgeholfen werden. Wiederum kommt insoweit, wie sogleich zu erörtern sein wird, in Betracht, daß bei Klagen mit Erfolgsaussicht die beklagte Gesellschaft ungeachtet des tatsächlichen Verfahrensausgangs die Prozeßkosten tragen sollte. Einzuzuräumen ist, daß damit das beschriebene Problem nicht vollends erledigt würde, weil die Senkung des Prozeßkostenrisikos für aussichtsreiche Klagen ja dem Kläger nicht seinen persönlichen, nach § 91 ZPO nicht erstattungsfähigen Aufwand ersetzen würde.

¹⁶⁸ S. dazu eingehend unten V. 3. (S...).

¹⁶⁹ Vgl. unten V. 5.

¹⁷⁰ Allgemein dazu oben A. ..

c) Alternativen

aa) Keine pauschale Kostenbefreiung

Bei der Erörterung von Alternativen zum geltenden Recht sind von vornherein alle Lösungen auszuschließen, die eine pauschale Prozeßkostenentlastung oder sogar eine Kostenfreiheit des Anfechtungsverfahrens vorsehen würden.

Kostenfreiheit des Verfahrens und Auslagenersatz für den Beschwerdeführer u.U. selbst dann, wenn er unterliegt, sehen etwa die §§ 34, 34a BVerfGG vor, und zwar im Hinblick darauf, daß der Beschwerdeführer auch im Interesse der Allgemeinheit, als öffentlicher Anwalt gewissermaßen, handelt. Nun läßt sich gewiß auch ein öffentliches Interesse an Funktion und Rechtsdurchsetzung in unseren Kapitalmarktinstitutionen nicht leugnen. Richtig ist ebenfalls, daß die Anfechtungsklage durch Private die Kosten einer öffentlichen Kapitalmarktaufsicht erspart. Im Hinblick darauf den privaten Kapitalmarktteilnehmern kostenlos die knappe Ressource staatlichen Rechtsschutzes zuzuwenden hieße aber, falsche Anreize zu setzen. Praktisch zeigt sich der verschwenderische Umgang mit „kostenlosen“ öffentlichen Gütern denn auch gerade an der großen Zahl erhobener, aber nicht zur Entscheidung angenommener Verfassungsbeschwerden.

Aus ähnlichen Gründen scheidet eine Regelung aus, in Anfechtungsprozessen unabhängig vom Verfahrensausgang abweichend von § 91 ZPO die Verfahrenskosten jeweils der beklagten Gesellschaft aufzuerlegen. Eine solche „symmetrische“ Kostenbelastung, die sowohl den Anfechtungskläger als auch die hinter dem Beschluß stehende Mehrheit auf Kosten des gemeinschaftlichen Vermögens prozessieren ließe, würde gleichfalls unerwünschte Anreize vermitteln, auch aussichtslose Klagen zu erheben. Dieser Anreiz würde um so stärker, je weniger der Kläger im Unterliegensfall an den vom gemeinschaftlichen Vermögen zu tragenden Kosten wirtschaftlich beteiligt wäre, und je mehr private Sondervorteile er sich von der Klageerhebung versprechen könnte¹⁷¹.

bb) Die US-amerikanische Lösung

Nach amerikanischem Recht gilt im Ausgangspunkt für die Anwaltskosten die „*American Rule*“. Danach trägt jede Partei die Kosten ihres Anwalts unabhängig vom Ausgang des Prozesses. Regelmäßig wird mit dem Anwalt ein Erfolgshonorar vereinbart, so daß der Kläger im Unterliegensfall nur die – nicht erheblich ins Gewicht fallenden – Gerichtskosten zu tragen hat. Im Fall des Obsiegens dagegen hätte der Kläger die Anwaltskosten zu tragen. Wäre die *American Rule* uneingeschränkt anwendbar, würde sie prohibitiv wirken. Die Rechtsprechung hat dem durch die Entwicklung der „*substantial benefit doctrine*“ abgeholfen. Dabei handelt es sich um eine Weiterentwicklung der sogenannten *common fund* – Theorie, die die Prozeßkostentragung im Fall von Schadensersatzklagen (*derivative suit*) einzelner Aktionäre gegen die

¹⁷¹ S. dazu noch gesondert unten V.

Verwaltung betrifft¹⁷². Aus dem für die Gesellschaft erstrittenen Schadensersatz („*common fund*“) werden dem Kläger Anwalts- und Prozeßkosten erstattet. Im Fall einer Klage gegen einen Beschluß erhält die Gesellschaft zwar keinen unmittelbaren Vorteil in Geld wie im Fall einer Schadensersatzklage. Dennoch kann die Prozeßführung des Klägers einen wesentlichen Vorteil für die Mitaktionäre („*substantial benefit*“) bedeuten, so daß dem Kläger die hierfür entstandenen Kosten aus der Gesellschaftskasse zu erstatten sind¹⁷³. Praktisch enden auch in den USA solche Klagen häufig durch Vergleich, in dem die Gesellschaft die Anwaltskosten des Klägers übernimmt.

Die US-amerikanische Regelung wird in der Literatur kritisiert¹⁷⁴ und empfiehlt sich nicht zur Übernahme. Die *American Rule* beläßt auch bei aussichtsreichen Klagen mit hoher Erfolgswahrscheinlichkeit den wesentlichen Teil der Kosten beim Kläger und belastet bei aussichtslosen Klagen dennoch den zu Unrecht Verklagten mit seinen Anwaltskosten. Erfolgshonorar¹⁷⁵ und *substantial benefit doctrine* korrigieren zwar, wie erwähnt, den Nachteil der *American Rule* für den Kläger bei erfolgreicher Klage. Entsprechendes gilt aber nicht für die beklagte Gesellschaft bei erfolglosen Klagen. Da die Beklagte ihre Anwaltskosten in jedem Falle, auch bei von vornherein aussichtslosen Klagen, trägt, und zudem „unternehmerische“ Anwälte sich vorzugsweise prominente Gesellschaften als Beklagte herausuchen, deren Reputation dann in den Medien in Frage gestellt wird, wirkt sich auf die beklagte Gesellschaft ein erhebliches Druckpotential aus, auf einen Vergleich einzugehen und in diesem Vergleich dann auch die Kosten des Klägeranwalts zu übernehmen. Eine überzeugende Lösung muß versuchen, von vornherein aussichtslose Klagen abzuschrecken, und sollte nicht den oder die Beklagte in jedem Falle mit Kosten der Rechtsverteidigung belasten.

cc) Summarisches Vorprüfungsverfahren

In Anlehnung an das Prozeßkostenhilfverfahren der §§ 114 ff. ZPO könnte man an eine Kostenbefreiung des klagebefugten Aktionärs nach summarischer Vorprüfung der Erfolgsaussichten einer Klage denken¹⁷⁶. Dem Kläger stände ein in einem besonderen summarischen Verfahren geltend zu machender Anspruch gegen die Gesellschaft auf Erstattung der Kosten einer Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage zu, wenn diese Klage hinreichend Aussicht auf Erfolg

¹⁷² Dazu unten F.

¹⁷³ *Bosch v. Meeker Cooperative Light and Power Ass'n.*, 101 N.W. 2d 423 (Minn. 1962) betr. Nichtigerklärung satzungswidriger Beschlüsse und Wahlen; *Mills v. Electric Auto – Lite Co.*, 396 U.S. 375 (1970) betr. die Ausgabe einer Stimmrechtsvollmacht unter Verstoß gegen Sec. 14 (a) Securities Exchange Act; vgl. dazu auch *Clark*, Corporate Law, 1986, S. 660 f.; *Merkt*, a.a.O. (Fn. 36), S. 515 f.

¹⁷⁴ Eingehend dazu *Hughes/Snyder*, Litigation and Settlement under the English and American Rules: Theory and Evidence, The Journal of Law and Economics Vol. 38, 1995, 225 ff.; *Adams*, Kostenersatzrecht – ein Prozeßordnungsvergleich aus ökonomischer Sicht, in: 100 Jahre ZPO, Wien 1998, S. 225, 235 ff.; *Schäfer*, Anreizwirkungen bei der Class Action und der Verbandsklage, in: Basedow u.a. (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß, 1999, S. 67, 77.

¹⁷⁵ Zur Unzulässigkeit eines Erfolgshonorars nach geltendem deutschem Recht § 49b Abs. 2 BRAO; dazu *Madert*, in: Gerold u.a., Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte, 14. Aufl. 1999, § 3 Rdz. 14.

¹⁷⁶ So der Vorschlag von *Rasch*, Verhandlungen des 42. DJT, Bd. 2, 1957, S. F 36; für eine Vorabentscheidung über die Kosten in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit *Flume*, a.a.O. (Fn. 165), S. 22.

böte und nicht mutwillig erschiene. Ein ähnliches, allerdings auf die Bestimmung des Gebührenstreitwertes beschränktes Verfahren sieht das geltende Recht in § 247 Abs. 2 und 3 AktG vor: Auf Antrag einer Partei, regelmäßig des Klägers, kann das Gericht eine Berechnung des für diese maßgeblichen Gebührenstreitwertes abweichend von dem nach § 247 Abs. 1 AktG zu ermittelnden Regelstreitwert anordnen. Diese Anordnung hängt allerdings nicht, wie die Prozeßkostenhilfe, davon ab, daß die Klage Aussicht auf Erfolg hat. Nur bei völlig mutwilliger und aussichtsloser Prozeßführung ist die Festsetzung eines Teilstreitwerts abzulehnen¹⁷⁷. Ein Verfahren mit summarischer Prüfung der Erfolgsaussichten einer Anfechtungsklage findet sich in den §§ 16 Abs. 3 UmwG, 319 Abs. 6 AktG. Gelangt das für die Anfechtungsklage zuständige Prozeßgericht nach summarischer Prüfung zu dem Ergebnis, daß die Klage gegen den Umwandlungs- bzw. Eingliederungsbeschluß unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist, so kann es durch Beschluß die Freigabe der Eintragung im Handelsregister anordnen.

Das Vorprüfungsverfahren hinsichtlich der Prozeßkostenlast würde auf Antrag eines klagebefugten Aktionärs vor dem Prozeßgericht der späteren Anfechtungsklage eingeleitet. Über die Kostenentlastung müßte in jeder Instanz neu entschieden werden¹⁷⁸. Die Gesellschaft wäre zu beteiligen, so daß das Vorprüfungsverfahren über die Kostenlast kontradiktorisch ausgestaltet wäre. Ein solches Verfahren würde sowohl dem Kläger als auch dem Beklagten frühzeitig signalisieren, ob die Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage Aussicht auf Erfolg hätte. Eine negative Entscheidung im Vorprüfungsverfahren über die Kostenlast hätte lediglich zur Folge, daß im Anfechtungsprozeß die allgemeinen Vorschriften der §§ 91 ff. ZPO anzuwenden wären, würde aber die Anfechtungsbefugnis selbst unberührt lassen. Der Aktionär hätte nur zu gewärtigen, im (nach summarischer Prüfung nicht unwahrscheinlichen) Unterliegensfall die Prozeßkosten in vollem Umfang selbst zu tragen. Eine Streitwertspaltung wäre nach negativer Vorprüfung der Erfolgsaussichten nicht mehr in Betracht zu ziehen, so daß das Verfahren gemäß § 247 Abs. 2, 3 AktG sich durch Einführung eines Vorprüfungsverfahrens erübrigen würde. Gleichzeitig erhielte bei abschlägiger Entscheidung der Vorstand ein eindeutiges Signal, daß der Beschluß vollzogen werden kann: Zwar wäre eine verbindliche Entscheidung über die Gesetzmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Beschlusses (vgl. § 93 Abs. 4 S. 1 AktG) noch nicht getroffen. Es dürfte aber regelmäßig an einem Verschulden im Sinne des § 93 Abs. 1 AktG fehlen, wenn ein Beschluß vollzogen wird, dem das Gericht, wenn auch nur nach summarischer Prüfung, Rechtmäßigkeit bestätigt hat.

Insgesamt scheint ein solches Verfahren die richtigen Anreize zu vermitteln: Der leichtfertige oder unredliche Aktionär muß von vornherein mit der vollen Kostenbelastung rechnen. Dieser Effekt würde verstärkt, wenn die Möglichkeit der Streitwertspaltung, § 247 Abs. 2 AktG, beseitigt würde. Dagegen hätte der redlich handelnde Aktionär, dessen Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit zumindest nicht von der Hand zu weisen sind, die Aussicht, den Anfechtungsprozeß unabhängig von seinem Ausgang kostenfrei führen zu können.

¹⁷⁷ Begründung RegE, *Kropff*, a.a.O. (Fn. 70), S. 335; BGH Die AG 1992, 59; OLG Düsseldorf WM 1994, 337, 347; OLG Hamm Die AG 1993, 93.

Bei näherem Hinsehen zeigt sich freilich eine Reihe von Schwierigkeiten und Nachteilen eines solchen summarischen Vorverfahrens zur Kostenlast. Zunächst einmal wäre zu verhindern, daß Aktionären ein kostenfreies Verfahren zur Verfügung gestellt wird, um die Erfolgsaussichten einer Klage „anzutesten“. Im Hinblick darauf müßte das Verfahren selbst kostenpflichtig ausgestaltet werden. Der nach § 3 ZPO zu ermittelnde Gegenstandswert des Vorprüfungsverfahrens würde sich auf die zu erwartenden Kosten des Hauptverfahrens beschränken, so daß sich zwar wieder prohibitive Wirkungen ergäben, die aber vielleicht zu vernachlässigen wären. Verstärkt würden diese prohibitiven Wirkungen freilich dadurch, daß der Kläger die Gerichtskosten und seine Anwaltskosten vorzulegen hätte, wenn man ihm keinen Anspruch auf einen Prozeßkostenvorschuß zubilligen wollte. Das Problem, daß § 91 ZPO nur eine Erstattung notwendiger Kosten vorsieht, nicht aber des regelmäßig zusätzlich anfallenden Aufwands¹⁷⁹, bliebe nach wie vor ungelöst. Des weiteren müßten Kosten, die der Kläger auch nach grundsätzlich gewährter Prozeßkostenentlastung im Laufe des Hauptverfahrens „leichtfertig“ verursacht, stets diesem auferlegt werden. Dies könnte einzelne Kostenpositionen, wie etwa unnötig verursachte Zeugen- oder Sachverständigenauslagen, betreffen, gegebenenfalls aber auch die Kosten des Hauptverfahrens insgesamt. Diese wären etwa dann dem Kläger aufzuerlegen, wenn er die Klage auf unrichtige Tatsachenbehauptungen gestützt und sich auf diese Weise bereits die Kostenfreistellung im Vorprüfungsverfahren erschlichen hätte. Eine Entscheidung über die „leichtfertige“ Verursachung von Kosten kann naturgemäß nur im nachhinein getroffen werden, so daß ein entsprechendes „Restrisiko“ insbesondere für mißbräuchlich handelnde Aktionäre bliebe. Zu regeln wäre ferner das Verhältnis von summarischem Vorverfahren und Hauptsache: Sollte der Antrag auf Prozeßkostenentlastung die Anfechtungsfrist (§ 246 Abs. 1 AktG) wahren? Da zu erwarten wäre, daß das summarische Vorprüfungsverfahren für beide Parteien faktisch häufig das Hauptsacheverfahren erübrigen würde (bei Abweisung des Antrags würde keine Klage mehr erhoben; bei Stattgeben würde der Beschluß bestätigt oder fehlerfrei wiederholt oder die Gesellschaft wäre vergleichsbereit), wäre mit einer entsprechenden Dauer zu rechnen. Im Hinblick darauf müßte der Antrag im Vorprüfungsverfahren den Ablauf der Anfechtungsfrist hemmen. Die Alternative wäre, daß der betreffende Aktionär vorsorglich in der Anfechtungsfrist Klage zu erheben hätte, die er gegebenenfalls, bei Mißerfolg im Vorprüfungsverfahren, kostenpflichtig zurücknehmen müßte¹⁸⁰. Die bis zur Klagerücknahme angefallenen Prozeßkosten abweichend von § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO der beklagten Gesellschaft aufzuerlegen geht nicht an, weil dies wiederum ein günstiges „Antesten“ der Erfolgsaussichten einer Anfechtungsklage ermöglichen würde.

Insgesamt mögen diese Bedenken und Schwierigkeiten mittels detaillierter Regelungen aus dem Wege zu räumen sein. Der Grundgedanke, von vornherein aussichtslose Klagen abzu-

¹⁷⁸ Vgl. § 119 ZPO für die Prozeßkostenhilfe und OLG Karlsruhe Die AG 1992, 33 ff. für die Streitwertspaltung nach § 247 Abs. 2 AktG.

¹⁷⁹ Vgl. oben unter 4.a) (Fn. 157 - 159).

¹⁸⁰ Die Klagerücknahme in einem frühen Prozeßstadium würde freilich den größten Teil der üblicherweise anfallenden Anwaltsgebühren ersparen (nämlich Verhandlungsgebühr oder Erörterungsgebühr und Beweisgebühr) und bei den Gerichtskosten zu einer nachträglichen Ermäßigung führen, § 11 Abs. 2 GKG i.V.m. Ziff. 1202 des Kostenverzeichnisses.

schrecken, die Kosten aussichtsreich erscheinender Klagen dagegen grundsätzlich auch dann dem gemeinschaftlichen Vermögen anzulasten, wenn im nachhinein anders entschieden wird, erscheint in Anbetracht der oben aufgezeigten Besonderheiten der Beschlußmängelklage überzeugend. Dem sollte jedoch einfach dadurch Rechnung getragen werden, daß dem Prozeßgericht gestattet wird, in seiner Kostenentscheidung in geeigneten Fällen von der Regel des § 91 ZPO abzuweichen (unten dd). Die Einführung eines gesonderten, detailliert geregelten Verfahrens mit einer – vielleicht später, in der endgültigen Kostenentscheidung doch wieder zu korrigierenden – Vorentscheidung über die Verteilung der Kostenlast empfiehlt sich nicht.

dd) Abweichung von § 91 ZPO

Nach Art. 706b Abs. 3 des schweizerischen Obligationenrechts¹⁸¹ verteilt der Richter bei Abweisung der Anfechtungsklage die Kosten nach seinem Ermessen auf die Gesellschaft und den Kläger. Dadurch soll die Hemmschwelle, die im Kostenrisiko der Anfechtungsklage liegt, herabgesetzt werden. Zugleich soll der Ermessensvorbehalt sicherstellen, daß mißbräuchlich handelnden Klägern die Kosten auferlegt werden können¹⁸². Ähnlich sehen § 306 Abs. 7, 8 AktG und § 312 Abs. 4 UmwG vor, daß die Kosten des Spruchverfahrens grundsätzlich von der Gesellschaft zu tragen sind, jedoch ganz oder zum Teil dem Antragsteller auferlegt werden können, wenn dies der Billigkeit entspricht. Übernimmt man diese Regelung in den Anfechtungsprozeß, dann bleibt es bei erfolgreicher Klage bei § 91 ZPO: Die Kosten des Klägers sind, allerdings mit Ausnahme des nach § 91 ZPO nicht erstattungsfähigen Privataufwands¹⁸³, von der Gesellschaft zu tragen. Wird die Klage dagegen abgewiesen, kann das Gericht nach seinem Ermessen von der Regel des § 91 ZPO abweichen und die Kosten ganz oder teilweise der Beklagten auferlegen. Als Ermessenskriterien sind dieselben Gesichtspunkte heranzuziehen, die auch in einem summarischen Vorprüfungsverfahren maßgeblich zu sein hätten: Hatte die Anfechtungsklage im Zeitpunkt der Klagerhebung hinreichende Aussicht auf Erfolg und war sie nicht mutwillig oder gar rechtsmißbräuchlich erhoben (vgl. § 114 ZPO), so trägt die beklagte Gesellschaft die Kosten. Ein bei der Ermessensausübung zu beachtender Gesichtspunkt wäre ferner, ob die Klage deshalb abzuweisen war, weil der Kläger wegen der kurzen Anfechtungsfrist (§ 246 Abs. 1 AktG) den Anfechtungsgrund nicht erkennen und vortragen konnte. Sofern der Kläger Kosten leichtfertig verursacht hat, sind sie ihm aufzuerlegen.

Der Unterschied zu einem Vorprüfungsverfahren besteht, wenn man diese Regelung in den Anfechtungsprozeß übernimmt, darin, daß das Prozeßgericht über die anfänglichen Erfolgsaussichten der Klage nicht bei Prozeßbeginn, sondern im nachhinein, im Rahmen der Kostenentscheidung, zu befinden hat. Auch bei dieser Lösung muß der Kläger freilich wie bisher die Gerichtskosten und erforderlichenfalls auch die Gebühren seines Anwalts vorfinanzieren, und ist der nach § 91 ZPO nicht erstattungsfähige Aufwand von ihm zu tragen. Im Hinblick darauf sollte an der bisherigen großzügigen Handhabung der Streitwertbemessung nach § 247 Abs. 1

¹⁸¹ In der seit dem 4. Okt. 1991 geltenden Fassung.

¹⁸² Böckli, Das neue Aktienrecht, 1992, S. 521.

¹⁸³ Text zu Fn. 157 - 159.

AktG festgehalten werden (dazu unten d). Die Möglichkeit des kostengünstigen „Antestens“ der Erfolgsaussichten einer Klage besteht dagegen von vornherein nicht. Begünstigt werden nur hinreichend erfolgversprechende Anfechtungsklagen. Das Argument, eine Prüfung der Erfolgsaussichten werde das Anfechtungsverfahren in unerwünschter Weise verzögern¹⁸⁴, steht hier nicht entgegen, weil die Kostenentscheidung zu einem Zeitpunkt getroffen wird, in dem das Gericht das Verfahren insgesamt überblickt.

d) *Kostenhöhe*

Die Höhe der erstattungsfähigen Kosten richtet sich nach dem Streitwert. § 247 Abs. 1 AktG sieht eine von der allgemeinen Regel des § 3 ZPO abweichende Bestimmung für die Bemessung des Streitwerts vor (dazu aa); § 247 Abs. 2 erlaubt im Interesse des Anfechtungsklägers eine Streitwertspaltung (unten bb).

aa) *Der Regelstreitwert nach § 247 Abs. 1 AktG*

Regelstreitwert ist der volle Streitwert des § 247 Abs. 1 AktG im Unterschied zum Teilstreitwert des § 247 Abs. 2 AktG. Bis 1937 enthielt das Aktienrecht keine besondere Bestimmung über die Berechnung des Streitwertes im Anfechtungsprozeß. Allgemeinen Grundsätzen folgend wurde hierfür allein das Interesse des Klägers zugrundegelegt¹⁸⁵. Weder das Interesse der beklagten Gesellschaft an der Durchführung der beschlossenen Maßnahme noch die Auswirkungen der Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage auf die übrigen Aktionäre fanden Berücksichtigung. Die von den Gerichten festgesetzten Streitwerte beschränkten sich der Höhe nach auf den Kurswert der von dem klagenden Aktionär gehaltenen Aktien¹⁸⁶. § 199 Abs. 6 AktG 1937 stellte dagegen primär auf das Interesse der Gesellschaft an der Aufrechterhaltung des angefochtenen Beschlusses ab, was zu einer wesentlichen Erhöhung der Streitwerte und damit zu einer abschreckenden Wirkung auf Kleinaktionäre führte¹⁸⁷. Das AktG 1965 geht einen Mittelweg. § 247 Abs. 1 AktG stellt die Bestimmung des Streitwerts grundsätzlich in das Ermessen des Gerichts. Dabei soll die Bedeutung der Sache für beide Seiten maßgeblich sein. Das Interesse des Klägers an der Nichtigklärung des Beschlusses ist wirtschaftlich zu be-

¹⁸⁴ So Begründung zum RegE bei *Kropff*, a.a.O. (Fn. 70), S. 335 (zu § 247 Abs. 2 AktG).

¹⁸⁵ Vgl. nur RG JW 1930, 2704, 2705 f.

¹⁸⁶ Gleichwohl konnte die seinerzeitige Praxis aber über Jahrzehnte mit diesem Rechtszustand leben. Dies mag daran gelegen haben, daß das Aktiennennkapital bei weitem nicht in dem Maße gestückelt war wie heute. Die Nennbeträge der einzelnen Aktien betragen ein Vielfaches des heute üblichen. § 180 HGB 1897 sah einen Mindestnennbetrag von RM 1 000 vor. Dieser Betrag entspricht unter Berücksichtigung der Geldwertveränderung heute mindestens dem Zehnfachen. Geht man des weiteren davon aus, daß die Kurswerte regelmäßig erheblich über den Nennwerten liegen, so ist man - entsprechend umgerechnet - von den heutigen Streitwerten so weit gar nicht entfernt.

¹⁸⁷ Siehe hierzu BVerfGE 14, 263, 284 – „Feldmühle“ sowie *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), § 247 Rdz. 1. Für eine Rückkehr zu § 199 Abs. 6 AktG 1937 *Schiessl*, Die Kontrollfunktion der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, in: *Gesellschaftsrecht in der Diskussion 1999, 2000*, S. 24; dagegen *Hüffer*, in: *Festschrift für Brandner*, 1996, S. 57, 65.

stimmen. Bei börsennotierten Aktien wird es durch deren Kurswert begrenzt¹⁸⁸. Für das Interesse der beklagte Gesellschaft daran, den angefochtenen Beschluß aufrechtzuerhalten, sind, je nach Beschlußgegenstand, die Bilanzsumme¹⁸⁹ oder das Kosteninteresse der Gesellschaft an der Wirksamkeit des Beschlusses, sofern bezifferbar¹⁹⁰, von Belang. Die Festsetzung nach billigem Ermessen führt nach Ermittlung des Interesses beider Parteien zur Bildung eines (arithmetischen) Mittelwertes¹⁹¹. Die Abweichung von der allgemeinen Regel des § 3 ZPO liegt in der Maßgeblichkeit auch der Beklagteninteressen. Das Gesetz will hiermit der besonderen Funktion der Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage bei der Bemessung des Regelstreitwerts Rechnung tragen. Die Begründung zum AktG 1965 führt dazu aus, das der Klage stattgebende Urteil wirke nicht nur zwischen den Parteien, sondern auch für und gegen alle Aktionäre sowie die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat. Dies erfordere einen Ausgleich zwischen den individuellen Interessen des Klägers und dem weiterreichenden Klag- und Urteilsgegenstand für die Gesellschaft und die übrigen Aktionäre¹⁹². Hieran ist festzuhalten. Die Ausrichtung des Streitwerts allein am pekuniären Interesse des klagenden Aktionärs kann, insbesondere angesichts der zunehmenden „Atomisierung“ des Aktiennennkapitals, kaum ernsthaft gewollt sein. Demgegenüber würde eine zu starke Ausrichtung am Beklagteninteresse Kleinaktionäre faktisch von der Beschlußkontrolle ausschließen.

Darüber hinaus wird in § 247 Abs. 1 S. 2 AktG die Höhe des Streitwerts grundsätzlich begrenzt auf ein Zehntel des Grundkapitals der beklagten Gesellschaft oder, wenn dieses mehr als zehn Millionen DM beträgt, auf eine Million DM. Im Interesse der Aktionäre soll diese Deckelung ein übermäßiges Ansteigen der Streitwerte bei großer Bedeutung der Angelegenheit für die beklagte Gesellschaft vermeiden¹⁹³. Auch hieran ist grundsätzlich festzuhalten. Allerdings ist der Höchstbetrag von einer Million DM seit 1965 nicht angehoben worden, weshalb vereinzelt eine Überprüfung angemahnt wird¹⁹⁴. Daß der Ermessensspielraum der Gerichte durch die Begrenzung des Streitwerts auf eine Million DM heute, etwa bei der Verschmelzung internationaler Großunternehmen, in nicht mehr sachgerechter Weise beschränkt würde, ist jedoch praktisch nicht belegt. Bei der bisherigen empirischen Überprüfung¹⁹⁵ hat sich, abgesehen von den vergleichsweise zwischen den Parteien verabredeten Streitwerten, kein Fall gezeigt, in dem ein gerichtlich festgesetzter Streitwert die Millionengrenze auch nur annähernd erreicht hätte. Überwiegend bewegen sich die Streitwerte weit unter DM 500 000.

¹⁸⁸ OLG Frankfurt DB 1984, 896; *Happ/Pfeifer*, ZGR 1991, 103, 106.

¹⁸⁹ Etwa bei Streitigkeiten über den Jahresabschluß oder die Entlastung, BGH NJW-RR 1992, 1122, sowie bei strukturändernden Beschlüssen *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), § 247 Rdz. 16.

¹⁹⁰ *K. Schmidt*, a.a.O.

¹⁹¹ Im Einzelnen streitig. Das OLG Hamm befürwortet in Die AG 1976, 19 einen „relativen Mittelwert“, d.h. einen Betrag, der sich bei Division des höheren Interesses (der Gesellschaft) durch die gleiche Zahl ergibt, mit der das niedrigere Interesse (des Klägers) multipliziert werden muß, um denselben Betrag zu erhalten. Zustimmung *Happ/Pfeifer*, a.a.O. (Fn. 188), 107; *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), Rdz. 18 mit Berechnungsbeispielen.

¹⁹² Begründung RegE, Abdruck bei *Kropff*, a.a.O. (Fn. 70), S. 334.

¹⁹³ Begründung RegE, a.a.O. Vgl. auch BVerfGE 14, 263, 283 - „Feldmühle“.

¹⁹⁴ Etwa von *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 247 Rdz. 1.

¹⁹⁵ Vgl. oben II. 4.

In diesem Zusammenhang sei auch auf folgendes hingewiesen: Die aktuelle Praxis einzelner Aktionäre, die systematisch Anfechtungsklagen erheben, um sich anschließend deren „Lästigkeitswert“ von der Gesellschaft abkaufen zu lassen, besteht darin, verdeckte Abfindungsvergleiche in Gestalt einer Prozeßkostenregelung abzuschließen¹⁹⁶. Um den Einwand des Rechtsmißbrauchs¹⁹⁷ zu vermeiden, werden nicht mehr direkte Abfindungszahlungen (gegen Klagerücknahme) gefordert. Vielmehr wird, regelmäßig zum Schein, eine Klaglosstellung, etwa in Gestalt der Erteilung mittlerweile überflüssiger Auskünfte, verlangt. Der eigentliche Vergleich liegt dann in der Vereinbarung über die (Prozeß-)Kosten. Diese trägt, neben den Kosten eines „Korrespondenzanwalts“, den regelmäßig hoch angesetzten Vergleichsgebühren und ggf. einer „Aufwandspauschale“, stets die beklagte Gesellschaft. Je höher der Streitwert, desto höher sind die vom klägerischen Anwalt eingestrichenen Gebühren. Zwar wird der Streitwert im Beschlußwege durch die erkennenden Gerichte festgesetzt. Diese folgen dabei jedoch erfahrungsgemäß häufig den übereinstimmenden Anregungen der Parteien, so daß die betreffenden Aktionäre oder ihre Anwälte vor Klagerücknahme eine entsprechende Absprache mit der beklagten Gesellschaft anstreben. Hier kommt es durchaus zur Festsetzung von Streitwerten in zweistelliger Millionenhöhe. An dieser Praxis wird deutlich, daß diese nach wie vor aktiven Berufsoponenten durchaus ein erhebliches Interesse gerade an hohen Streitwerten haben. Die verbreitete Annahme, hohe Streitwerte seien geeignet, mißbräuchliche Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen zu vermeiden¹⁹⁸, wird hierdurch zumindest in Frage gestellt. Prohibitive Wirkungen mögen von hohen Streitwerten und damit hohem Kostenrisiko auf redlich handelnde Aktionäre ausgehen, nicht jedoch auf die besagten Berufsaktionäre, die auch höhere Prozeßverluste in einem Fall mit Gewinnen aus erfolgreich abgeschlossenen Abfindungsvergleichen „quer-subventionieren“ können. Ersteres kann kaum gewollt sein, so daß im Ergebnis von einer Neu-regulierung des Prozeßkostenrechts mit dem Ziel der pauschalen Streitwerterhöhung abzusehen ist.

bb) Der Teilstreitwert nach § 247 Abs. 2 AktG

Die ebenfalls 1965 eingeführte Möglichkeit der Streitwertspaltung nach § 247 Abs. 2, 3 AktG bildet die eigentliche Besonderheit der Streitwertbestimmung der Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage. Vorbild war eine entsprechende Regelung im Patentrecht¹⁹⁹. Die Vorschrift ermöglicht, den nach § 247 Abs. 1 AktG ermittelten Regelstreitwert zugunsten der wirtschaftlich schwächeren Partei, d.h. regelmäßig des klagenden Aktionärs, zu ermäßigen. Auf Antrag ist ein niedrigerer, der wirtschaftlichen Situation der Partei angepaßter Streitwert zugrunde zu legen. Voraussetzung für die Anordnung eines Teilstreitwerts ist, wie bei der Prozeßkostenhilfe, die Bedürftigkeit der Partei. Die Anforderungen an die Bedürftigkeit im Sinne von § 247 Abs. 2 AktG sind aber andere als die des § 114 ZPO. § 247 Abs. 2 AktG setzt nur voraus, daß

¹⁹⁶ Siehe unten V. 3.

¹⁹⁷ Vgl. etwa BGHZ 107, 296, 308 - „Kochs-Adler“. Dazu unten V. 2.

¹⁹⁸ Vgl. etwa *Semler*, a.a.O. (Fn. 120), § 41 Rdz. 74.

„die Belastung mit den Prozeßkosten die wirtschaftliche Lage der antragstellenden Partei erheblich gefährden würde“. Anders als im Recht der Prozeßkostenhilfe werden vor einer Streitwertspaltung die Erfolgsaussichten der Klage grundsätzlich nicht geprüft. Die Streitwertspaltung soll nach den Motiven aber dann abgelehnt werden, wenn die Klage als völlig aussichtslos oder mutwillig erscheint²⁰⁰.

Die Wirkungen der Streitwertspaltung zugunsten des klagenden Aktionärs sind folgende: Die vor der Kostenentscheidung anfallenden und von ihm gemäß § 49 GKG geschuldeten Gerichtsgebühren werden nach dem Teilstreitwert (§ 247 Abs. 1. S. 1 AktG) berechnet. Die Differenz zu den Kosten nach dem vollen Gebührenstreitwert fällt also zumindest vorerst der Staatskasse zur Last. Ebenso berechnen sich die Gebühren seines Anwalts zunächst nach dem niedrigeren Teilstreitwert (§ 247 Abs. 2 S. 2 AktG). Wird nun eine Kostenentscheidung im Endurteil getroffen und obsiegt der Anfechtungskläger, so hat die beklagte Gesellschaft gemäß § 54 Nr. 1 GKG die noch nicht erhobenen Gerichtskosten nach dem vollen Streitwert des § 247 Abs. 1 AktG zu zahlen und dem Kläger die von ihm gezahlten Gerichtskosten sowie die ihm entstandenen außergerichtlichen Kosten im Rahmen des § 91 ZPO zu erstatten. Darüber hinausgehend kann der Anwalt des Klägers seine Gebühren von der in die Kosten verurteilten Beklagten nach dem vollen Streitwert des § 247 Abs. 1 AktG betreiben (§ 247 Abs. 2 S. 4 AktG); er erhält gewissermaßen ein Erfolgshonorar²⁰¹. Für die Gerichtsgebühren fehlt eine entsprechende Regelung. Da die beklagte Gesellschaft aber jetzt originäre Kostenschuldnerin ist (§ 54 Nr. 1 GKG) und die Streitwertspaltung des § 247 Abs. 2 AktG ihr nicht zugute kommt, sind die Gerichtsgebühren gleichfalls nach dem vollen Streitwert, nicht dem Teilstreitwert, zu berechnen²⁰². Unterliegt dagegen der Anfechtungskläger, so gilt folgendes: Was die Gerichtsgebühren angeht, bleibt er der einzige Kostenschuldner (§ 49 GKG), so daß in diesem Fall die Differenz der Gebühren zwischen Teil- und Vollstreitwert endgültig der Staatskasse zur Last fällt. Der Klägeranwalt erhält gleichfalls endgültig seine Gebühren nur auf der Basis des Teilstreitwerts (§ 247 Abs. 2 S. 2 AktG). Ebenso kann die verklagte Gesellschaft die ihr nach § 91 ZPO zu erstattenden Kosten einschließlich ihrer Anwaltskosten nur auf der Grundlage des Teilstreitwerts ersetzt verlangen, § 247 Abs. 2 S. 3 AktG.

Die Regelung des § 247 Abs. 2 AktG erscheint fragwürdig²⁰³. Sie vermittelt falsche Anreize, verfehlt jedenfalls teilweise die mit ihr verfolgten Ziele, und scheint überdies praktisch neben § 247 Abs. 1 AktG kaum eine Rolle zu spielen.

Unklar ist bereits die Motivation des § 247 Abs. 2 AktG. Die Begründung macht deutlich, daß es um eine Kostenentlastung für den „verhältnismäßig mittellosen Aktionär“ geht, der wegen der hohen Streitwerte von Anfechtungsklagen abgehalten werde²⁰⁴. Aspekte des Sozial-schutzes und gänzlich andere Erwägungen, die mit den oben analysierten Besonderheiten des

¹⁹⁹ § 53 PatG a.F., § 144 PatG n.F. Entsprechende Bestimmungen enthalten §§ 23b UWG, 142 MarkenG und 26 GebrMG.

²⁰⁰ S. Kropff, a.a.O. (Fn. 70), S. 335.

²⁰¹ Hüffer, a.a.O. (Fn. 96), § 247 Rdz. 27.

²⁰² Zöllner, a.a.O. (Fn. 108), § 247 Rdz. 26; a.A. Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 247 Rdz. 19.

²⁰³ Kritisch bereits Flume, a.a.O. (Fn. 165), S. 21 f.

²⁰⁴ S. Kropff, a.a.O. (Fn. 70), S. 334.

Anfechtungsprozesses²⁰⁵ zusammenhängen, werden miteinander verknüpft. Gesichtspunkte des Sozialschutzes und der Rechtsgewährung an wirtschaftlich Bedürftige sollten ausschließlich dem Prozeßkostenhilfeverfahren überlassen bleiben (§§ 114 ff. ZPO)²⁰⁶. Es besteht kein Grund, insoweit speziell für das Aktienrecht Sonderregeln einzuführen. Ein Rechtsstreit zwischen einem Aktionär, der nicht im Sinne des § 114 ZPO bedürftig ist, und seiner Gesellschaft sollte nicht auf Kosten der Staatskasse und des Anwalts des Klägers geführt werden können. Nicht wünschenswerte Anreize vermittelt § 247 Abs. 2 ZPO auch dadurch, daß die Kostenentlastung anders als eine Prozeßkostenhilfe ohne Rücksicht darauf gewährt werden soll, ob sich die Klage als von Anfang an aussichtslos erweist²⁰⁷. Die weitere Annahme in der Gesetzesbegründung, die Tatsache, daß die Partei in jedem Fall die ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Prozeßkosten aufwenden müsse, werde sie regelmäßig von einer mutwilligen und aussichtslosen Prozeßführung abhalten, ist durch die Rechtswirklichkeit widerlegt. Die Gerichte machen denn auch, soweit ersichtlich, von der Streitwertspaltung des § 247 Abs. 2 AktG nur sehr zurückhaltend Gebrauch. Regelmäßig steuern sie die Höhe des Streitwertes bereits über das ihnen in § 247 Abs. 1 AktG eingeräumte Ermessen. Der von § 247 Abs. 1 AktG eingeräumte Rahmen wird nicht nach oben ausgeschöpft. Die ganz überwiegende Anzahl der gerichtlich festgesetzten Streitwerte in Anfechtungsprozessen bewegt sich am unteren Rand, so daß kaum jemals ein Bedürfnis nach weiterer Ermäßigung durch Streitwertspaltung besteht. Freilich läuft auch diese Praxis der Gerichte notwendig auf eine Subventionierung von Anfechtungsprozessen durch Staatskasse und Klägeranwälte hinaus.

e) Ergebnis

Die bestehende gesetzliche Regelung (§§ 91 ZPO, 247 AktG) läßt der richterlichen Entscheidung nicht den erforderlichen Spielraum, die Kosten eines Anfechtungsprozesses so zu verteilen, wie es die Besonderheiten dieses Verfahrens erfordern. Es ist zu empfehlen, die Streitwertspaltung gemäß § 247 Abs. 2, 3 AktG zu beseitigen. Statt dessen sollte, entsprechend der Regelung des schweizerischen Rechts und entsprechend den §§ 306 Abs. 7 S. 8 AktG, 312 Abs. 4 S. 2 UmwG, dem Prozeßgericht die Möglichkeit eingeräumt werden, bei Abweisung der Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage abweichend von § 91 ZPO die Kosten nach seinem Ermessen ganz oder teilweise der beklagten Gesellschaft aufzuerlegen. Bei der Ermessensausübung zu beachtende Gesichtspunkte wären, ob die Klage im Zeitpunkt ihrer Erhebung Aussicht auf Erfolg hatte; ob die Klage rechtsmißbräuchlich oder mutwillig erhoben wurde (vgl. § 114 ZPO); ob die Klage deshalb abzuweisen war, weil der Kläger während der kurzen Anfechtungsfrist (§ 246 Abs. 1 AktG) den Anfechtungsgrund nicht erkennen und vortragen konnte; und ob der Kläger leichtfertig Kosten verursacht hat. Es erscheint nicht als erforderlich, diese oder weitere bei der Kostengrundentscheidung maßgebliche Gesichtspunkte

²⁰⁵ Oben 4. b).

²⁰⁶ Zur Anwendbarkeit der §§ 114 ff. ZPO neben der Streitwertspaltung gemäß § 247 Abs. 2 AktG K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 5), § 247 Rdz. 11 m.Nachw.

im Gesetzestext festzuhalten. Die Berechnung des Regelstreitwerts in § 247 Abs. 1 AktG sollte beibehalten werden.

5. Zuständiges Gericht; Verfahren

a) Konzentration der Zuständigkeit

Das Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat²⁰⁸, ist gemäß § 246 Abs. 3 S. 1 AktG für Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen sachlich und örtlich ausschließlich zuständig²⁰⁹. Der Anfechtungsprozeß ist Handelssache im Sinne von § 95 Abs. 2 GVG. Funktionell zuständig sind bei den Landgerichten die Kammern für Handelssachen. Gerade hieran wird vereinzelt Anstoß genommen²¹⁰. Namentlich bei den Handelsrichtern bestünden mitunter Zweifel an deren Unparteilichkeit, ständen diese doch, etwa als Inhaber örtlicher Zulieferbetriebe, häufig selbst in Geschäftsbeziehungen zu der beklagten Aktiengesellschaft²¹¹. Insofern ist jedoch auf die allgemeinen Vorschriften über die Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen wegen Befangenheit zu verweisen²¹².

Die Zuständigkeitsregelung des § 246 Abs. 3 S. 1 AktG zu modifizieren erscheint jedoch aus anderen Gründen erwägenswert. Ähnlich wie im Kartell- und Vergaberecht²¹³ bietet sich auch im Aktienrecht die Bündelung entsprechender Expertise bei einem Landgericht je OLG-Bezirk oder Bundesland sowie bei einem Oberlandesgericht je Bundesland an. Die Entscheidung, derartige Spezialzuständigkeiten vorzusehen, könnte, wie im Kartell- und Vergaberecht, den Bundesländern überlassen werden. Für die Zuständigkeit im Auskunfterzwingungsverfahren sieht das Aktienrecht in § 132 Abs. 1 S. 3 AktG bereits eine entsprechende Regelung vor. Erfahrungen aus der forensischen Praxis legen eine entsprechende Konzentration des juristischen Sachverständs nahe. In Anfechtungsprozessen sind oftmals Fragen des doch recht komplexen Umwandlungsrechts oder auch betriebswirtschaftliche Fragen zu beurteilen. Die Zu-

²⁰⁷ Vgl. die Begründung zum RegE bei *Kropff*, a.a.O. (Fn. 70), S. 335; zur Teilkorrektur durch die Praxis Nachweise bei *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 247 Rdz. 15.

²⁰⁸ § 5 AktG.

²⁰⁹ Dies gilt aufgrund Verweisung auch für alle, etwa in § 251 Abs. 3 AktG, speziell geregelten Fälle der Anfechtungsklage und gemäß § 249 Abs. 1 S. 1 AktG für die Nichtigkeitsklage sowie ebenfalls aufgrund Verweisung für die speziell geregelten Fälle der Nichtigkeitsklage, etwa in § 250 Abs. 3 AktG.

²¹⁰ So etwa von *Wenger/Knoll/Knoesel*, in: *Elschen u.a. (Hrsg.), Unternehmen und Besteuerung*. Festschrift für D. Schneider, 1995, S. 749, 767 f.

²¹¹ *Wenger/Knoll/Knoesel*, a.a.O., führen als Beispiel eine Anfechtungsklage gegen die BASF AG in Ludwigshafen an. Danach sollen im Jahre 1991 elf von zwölf am zuständigen Landgericht Frankenthal bestellten Handelsrichtern Geschäftsbeziehungen zur BASF unterhalten haben.

²¹² §§ 41 - 49 ZPO. Diese Vorschriften finden auch auf die ehrenamtlichen Beisitzer einer Kammer für Handelssachen Anwendung. Vgl. nur *Hartmann*, in: *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozeßordnung*, 57. Aufl., 1999, Übers. § 41 Rdz. 3.

²¹³ Vgl. §§ 89, 91, 116 Abs. 4 GWB.

ständigkeitsbündelung würde sich förderlich auf die Qualität vor allem der untergerichtlichen Entscheidungen auswirken²¹⁴.

b) Verfahren

Was das Verfahren anbetrifft, sollte man es wie bisher bei einem zivilprozessualen Streitverfahren belassen und die Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen nicht, etwa nach dem Vorbild der Spruchverfahren gemäß §§ 306 AktG, 305 ff. UmwG, zu einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit umgestalten. Vorteile eines solchen Verfahrens, etwa wegen des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 12 FGG), sind nicht ohne weiteres ersichtlich. Die Erfahrungen mit der Dauer der Spruchverfahren im Vergleich zu der eines Anfechtungsprozesses ermutigen nicht zu einem solchen Vorschlag. Außerdem ist im Interesse der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung und Fortentwicklung des Rechts auf die Möglichkeit der Revision zum Bundesgerichtshof nicht zu verzichten (s. § 546 ZPO im Vergleich zu § 28 Abs. 2 FGG).

c) Schiedsfähigkeit

Nach geltendem Recht kann die Satzung keine schiedsgerichtliche Entscheidung von Beschlüßmängelklagen vorsehen (§ 23 Abs. 5 AktG)²¹⁵. Gerade bei Auseinandersetzungen zwischen Gesellschaftern in personalistisch geprägten, geschlossenen Gesellschaften besteht aber ein besonderes Bedürfnis nach schneller und kompetenter Streitentscheidung im schiedsrichterlichen Verfahren, in dem die Chancen einer vergleichsweisen Erledigung komplexer Gesellschafterstreitigkeiten häufig als besser eingeschätzt werden als in Verfahren vor staatlichen Gerichten. Der Bundesgerichtshof hat sich allerdings in der bekannten Entscheidung vom 29.3.1996 außerstande gesehen, die Schiedsfähigkeit von Beschlüßmängelklagen im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung anzuerkennen, im wesentlichen aus folgenden Gründen:

Erstens erscheine es ausgeschlossen, die Rechtskrafterstreckung gemäß §§ 248, 249 AktG auch auf Schiedssprüche auszudehnen, wenn nicht zugleich divergierende Entscheidungen in verschiedenen Verfahren zuverlässig ausgeschlossen würden. Es muß daher für eine Konzentration sämtlicher Klagen, die sich gegen denselben Beschluß richten, vor *einem* Schiedsgericht gesorgt werden.

²¹⁴ Dies war bereits in der Reformdiskussion der Weimarer Republik angeregt, der Vorschlag dann aber nicht weiterverfolgt worden; vgl. Fragebogen IV des RJM von 1929 zur Reform des Aktienrechts sub (146), Abdruck in: *Schubert* (Hrsg.), Quellen zur Aktienrechtsreform der Weimarer Republik (1926 – 1931), Bd. 1, 1999, S. 252. Vgl. ferner *Romano*, *The Genius of American Corporate Law*, 1993, S. 40 ff. zur Bündelung des gesellschaftsrechtlichen Sachverstands bei den Gerichten des US-Staates Delaware, insbesondere dem dortigen *Chancery Court*.

²¹⁵ Herrschende Meinung; vgl. nur *K. Schmidt*, ZHR 162 (1998), 265, 282 m.Nachw.; *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 246 Rdz. 19; wohl auch BGHZ 132, 278, 282; a.A. *Lüke/Blenske*, ZGR 1998, 253, 257 ff.; *Vetter*, DB 2000, ...m.w.Nachw. in Fn. 14.

Zweitens schlieÙe das Prinzip der prozessualen Waffengleichheit und das „Grundrecht“ auf Mitwirkung an der Schiedsrichterbestellung aus, einem möglichen Anfechtungskläger denjenigen Schiedsrichter aufzuoktroyieren, den derjenige Kläger ausgewählt habe, der zeitlich als erster eine Anfechtungsklage erhoben habe²¹⁶.

Der Gesetzgeber hat dem in der Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts 1997²¹⁷ keine Rechnung getragen, sondern die Lösung der „vielschichtigen Problematik“ der Rechtsprechung überlassen²¹⁸ und damit den Ball sozusagen zurückgespielt. Die vom II. Zivilsenat angesprochenen Probleme lieÙen sich durch eine geeignete gesetzliche Regelung lösen. Hierzu liegt ein ausgearbeiteter Vorschlag des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins vor²¹⁹; darauf kann hier verwiesen werden. Die Regelung sollte auf nicht börsennotierte Gesellschaften (vgl. § 3 Abs. 2 AktG) beschränkt werden²²⁰. Ergänzend empfiehlt sich eine Klarstellung, daß zu den Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes (§ 1041 ZPO) auch Freigabebeschlüsse gemäß §§ 319 Abs. 6 AktG, 16 Abs. 3 UmwG rechnen²²¹.

IV. Allgemeine Einschränkungen des Anfechtungsrechts

1. Einleitung

Einschränkungen des Rechts zur BeschluÙanfechtung (die Nichtigkeitsklage ist immer mitumfaÙt) kommen aus mehreren Gründen in Betracht.

Zunächst einmal können Rechte Dritter auf dem angegriffenen BeschluÙ beruhen, oder die Rückabwicklung nach erfolgreicher Anfechtung kann außerordentliche praktische Schwierigkeiten bereiten. Gesetzgebung und Praxis haben eine Reihe verschiedener Lösungen entwickelt, um die widerstreitenden Interessen an Vernichtung oder Erhalt des Beschlusses zum Ausgleich zu bringen²²². Darauf ist an dieser Stelle nicht einzugehen.

Dafür, die BeschluÙanfechtung einzuschränken, lassen sich weitere Gründe anführen. Zunächst einmal handelt es sich um einen zeitlich aufwendigen und kostspieligen Mechanismus der Konfliktlösung, was sich zeigt, wenn man Aufwendungen und Kosten der Beteiligten ad-

²¹⁶ BGHZ 132, 278, 285 – 289 m. Anm. *Bork*, ZHR 160 (1996), 374 ff.

²¹⁷ Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz vom 22.12.1997, BGBl. I, 3224.

²¹⁸ Vgl. BT-Drucks. 13/5274 S. 35, li. Sp.

²¹⁹ Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins e.V. Nr. 18/1997 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 12.7.1996, S. 5 f.; vgl. auch den Vorschlag von *Vetter*, a.a.O., S. ...

²²⁰ Vgl. auch *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 246 Rdz. 19a: Beschränkung auf kleine Aktiengesellschaften; a.A. *Vetter*, a.a.O.

²²¹ Vgl. dazu auch *Trittmann*, ZGR 1999, 340, 349. Dasselbe würde auch für einen BeschluÙ gemäß § 128 Abs. 2 FGG n.F. zu gelten haben; vgl. zu diesem Vorschlag unten V. 5. a) aa) (S...).

²²² Hingewiesen sei nur auf die Heilungsvorschriften der §§ 242, 256 Abs. 6 AktG (dazu *Casper*, Die Heilung nichtiger Beschlüsse, 1998); die Wirkung der Eintragung einer fehlerhaften Verschmelzung oder Umwandlung (§ 20 Abs. 2 UmwG); die Diskussion um die Rückwirkung des Anfechtungsurteils und den Schutz Dritter (Nachweise bei *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 243 Rdz. 7) sowie die von Literatur und Rechtsprechung entwickelten Sonderregeln für fehlerhafte Kapitalerhöhungen (vgl. BGHZ 139, 225, 231 f.; ausführlich *Kort*, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturveränderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998).

diert und die Dauer solcher Verfahren betrachtet²²³. Außerdem ist die Beschlüßanfechtung ein grober und in bestimmten Lagen zielungenaue Rechtsbehelf, zu dem die Kläger deshalb greifen müssen, weil ein passenderer Behelf nicht zur Verfügung steht. Im Hinblick darauf wird im folgenden zu prüfen sein, ob Einschränkungen des Rechts der Beschlüßmängelrüge in Frage kommen, ohne den gebotenen Aktionärsschutz in unvertretbarer Weise zu verkürzen.

In der Literatur werden diese Einschränkungen häufig unter dem Eindruck mißbräuchlicher Klagen (dazu gesondert unten V.) behandelt, und einzelne Vorschläge sind deutlich von dem Bestreben geleitet, mißbräuchliche Klagen auszuschließen. Die in diesem Abschnitt (IV.) zu erörternden Fragen stellen sich aber auch dann, wenn der Anfechtungskläger die Klage nicht dazu einsetzt, um einen unangemessenen Sondervorteil zum Nachteil der Gesellschaft oder der übrigen Aktionäre für sich zu erlangen. Die Antworten auf die hier zu erörternden Fragen sind also nicht nur im Hinblick auf mißbräuchliche Klagen zu entwickeln und zu rechtfertigen.

2. Individuelle Rechtsverletzung; Feststellungsinteresse

Nach §§ 243 Abs. 1, 245 Nr. 1 AktG kann der Aktionär, der Widerspruch erhoben hat, jeden Hauptversammlungsbeschlüß wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung anfechten. Er muß nicht darlegen, daß der Beschlüß seine Rechte als Aktionär unter Verletzung von Gesetz oder Satzung entzieht oder beschränkt²²⁴. Das gilt nicht nur für die Anfechtungsklage, sondern auch für die Nichtigkeitsklage des Aktionärs; ein besonderes rechtliches Feststellungsinteresse ist nicht erforderlich²²⁵. Dies steht nicht nur im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen²²⁶. Der Verzicht auf eine Verletzung der Mitgliedschaft(srechte) des Klägers als Klagevoraussetzung unterscheidet Anfechtungsklagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse auch von der Aktionärsklage gegen Verwaltungsmaßnahmen²²⁷. Bereits das Reichsoberhandelsgericht hatte in recht allgemeiner Form „ein Recht jedes Aktionärs darauf, daß die Gesell-

²²³ Zu letzterem s. die Angaben oben unter II. 4. b) ff) (S...) „Verfahrensdauer“.

²²⁴ S. demgegenüber in Abweichung von der früheren, § 243 Abs. 1 AktG entsprechenden Regelung Art. 706 Abs. 2 Nr. 1 OR: „Anfechtbar sind insbesondere Beschlüsse, die...unter Verletzung von Gesetz oder Statuten Rechte von Aktionären entziehen oder beschränken“; aus der Lit. dazu Böckli, a.a.O. (Fn. 182), S. 519 f. – Das US-amerikanische Recht, das die Klage gegen Gesellschafterbeschlüsse durchweg als direct suit behandelt (oben II. 3. b), fordert hierfür eine „special injury“. Vgl. *American Law Institute* (ALI), Principles of Corporate Governance: Analysis and recommendations, Vol. 2, 1994, § 7.01(b): „A direct action may be brought in the name and right of a holder to redress an injury sustained by, or enforce a duty owed to, the holder“. Die Darlegung der individual oder special injury ist bedeutsam für die Abgrenzung zur derivative action. – Auch das französische Recht fordert Betroffensein des klagenden Aktionärs mit Ausnahme der Fälle absoluter Unwirksamkeit eines Beschlusses, Planck, a.a.O. (Fn. 19), S. 168; Borgmann, a.a.O. (Fn. 19), S. 131, 132.

²²⁵ K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 5), § 245 Rdz. 4; § 249 Rdz. 29. Die h.M., die die Nichtigkeitsklage des § 249 AktG als besonderen Fall einer Feststellungsklage begreift, bejaht ohne weiteres ein Feststellungsinteresse jedes Aktionärs (Hüffer, a.a.O. [Fn. 4], § 249 Rdz. 11 m. Nachw.).

²²⁶ Vgl. Fn. 224.

²²⁷ So jedenfalls nach den Formulierungen des BGH in der Holzmüller-Entscheidung: „Wie jeder Aktionär hat der Kläger 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“ (BGHZ 83, 122, 133). Vgl. auch S. 135 a.a.O.: „Die Klagebefugnis des Aktionärs beruht vielmehr darauf, daß er ... geltend macht, in seiner eigenen Mitgliedsstellung betroffen zu sein“ (Hervorhebungen d. Verf.).

schaft die gesetzlichen und statutarischen Vorschriften zur Geltung bringe und befolge“, anerkannt²²⁸. Reichsgericht²²⁹ und Bundesgerichtshof²³⁰ haben sich dem für Aktionärsklagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse in ständiger Rechtsprechung angeschlossen. Praktisch bedeutet das nicht nur, daß ein Aktionär Anfechtungsklage erheben kann, wenn ein anderer Aktionär zu Unrecht von der Abstimmung ausgeschlossen war und dies das Beschlußergebnis beeinflusst hat²³¹, weil dies in dem betreffenden Fall auch die Stimmkraft seiner Aktie beeinträchtigt hatte. Es bedeutet auch, daß ein Aktionär im Einvernehmen mit dem Vorstand die Wirksamkeit einer Satzungsänderung höchststrichterlich klären lassen kann, obwohl er persönlich nichts gegen sie einzuwenden hat²³². Er kann ferner die Verletzung gläubigerschützender Vorschriften rügen²³³. Seine Anfechtungsbefugnis hängt nicht davon ab, ob gesetzmäßiges Vorgehen bei der Beschlußfassung für ihn einen Vorteil gebracht hätte²³⁴, oder ob der unmittelbar betroffene Aktionär den Beschluß hingenommen hat²³⁵. Das Anfechtungsrecht steht nicht nur dem Aktionär zu, der vergeblich Auskunft (§ 131 AktG) begehrt hat, sondern jedem Aktionär, der Widerspruch zur Niederschrift erklärt hat²³⁶.

Zur Begründung für dieses weitgehende Anfechtungsrecht wird gelegentlich auf die Wirkung des Urteils für und gegen alle Gesellschafter verwiesen²³⁷. Beide Elemente, nämlich daß der klagende Aktionär auch die Verletzung drittschützender Normen rügen kann, und daß das von ihm erstrittene Urteil Drittwirkung hat, machen ihn zum „Kontrollorgan“²³⁸; Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage sind Individual- und Funktionärsklage zugleich²³⁹. In der Literatur wird diese weitgehende Klagebefugnis mitunter so umschrieben, dem Aktionär stehe nach deut-

²²⁸ ROHGE 23, 273, 275 (vgl. aber auch S. 279, wo im konkreten Fall das rechtliche Interesse an der Feststellung der Ungültigkeit verneint wird); ROHGE 25, 307, 310 f.; eingehende Analyse m.w.Nachw. bei *Habersack*, a.a.O. (Fn. 86), S. 285 ff.

²²⁹ RGZ 3, 123, 137 f.; RGZ 7, 32 ff.; RGZ 40, 80 ff.; RGZ 77, 255, 257; RGZ 107, 161, 169; RGZ 145, 336, 338; RGZ 146, 385, 395 (obiter).

²³⁰ BGHZ 43, 261, 265 f. (betr. GmbH); BGH WM 1964, 1188, 1191; BGHZ 70, 117, 118 f.; BGHZ 107, 296, 308.

²³¹ Vgl. RGZ 40, 80.

²³² RGZ 77, 255 ff.; kritisch dazu bereits *Flechtheim*, in: Festschrift für Zitelmann, 1913, S. 5 f.

²³³ RGZ 107, 161, 169.

²³⁴ Vgl. RGZ 145, 336, 338.

²³⁵ BGHZ 70, 117, 118 f. „Mannesmann“. Es ging um die Einführung eines Höchststimmrechts ab 5 %. In diesem Fall war freilich nicht nur der einzige Inhaber einer Beteiligung von mehr als 5 % betroffen, sondern jeder Aktionär, da die Einführung eines Höchststimmrechts in der Publikumsgesellschaft die Managementkontrolle beeinträchtigt; vgl. *Adams* Die AG 1990, 63, 67 f.; *Baums* Die AG 1990, 221 ff. S. dementsprechend jetzt für börsennotierte Gesellschaften das Verbot des § 134 Abs. 1 S. 2 AktG. Dieser Gesichtspunkt wird in der Entscheidung nicht erörtert.

²³⁶ BGHZ 119, 1, 13.

²³⁷ BGHZ 43, 261, 265.

²³⁸ *Keuk-Knobbe*, a.a.O. (Fn. 7), S. 244; *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 143.

²³⁹ *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), § 245 Rdz. 4; vgl. auch *Pflugradt*, Leistungsklagen zur Erzwingung rechtmäßigen Vorstandsverhaltens in der Aktiengesellschaft, 1990, S. 81 ff., 96: Prozeßführungsbefugnis des Aktionärs zur objektiven Rechtskontrolle.

schem Recht ein Anspruch auf gesetzes- und satzungsgemäßes Verhalten jedenfalls der Hauptversammlung zu²⁴⁰.

Rechtspolitisch versteht sich eine so weitgehende Klagebefugnis, wie der Blick auf andere Rechtsordnungen gezeigt hat²⁴¹, nicht von selbst. Sie ist auch in der Sache zweifelhaft²⁴². Bei der Nichtigkeitsklage (§§ 241, 249 AktG) wird der klagende Aktionär zwar in der Regel un schwer ein Feststellungsinteresse im Sinne von § 256 ZPO daran dartun können, daß verbindlich geklärt wird, ob ein bestimmter, von ihm angegriffener Beschluß nun wirksam ist oder nicht, auch wenn er sich dabei auf die Verletzung drittschützender Normen stützt. Anders liegt es dagegen bei der Anfechtungsklage (§ 243 AktG). Insoweit ist zwar gleichfalls einzuräumen, daß man dem Kläger nicht verwehren kann, im Rahmen der Anfechtungsklage auch Nichtigkeitsgründe im Sinne von § 241 AktG vorzutragen²⁴³. Damit setzt er allerdings, wie bereits bemerkt, nicht eigentlich drittschützende Normen durch, sondern betätigt primär sein Interesse an der verbindlichen Klärung, ob der angegriffene Beschluß nun gilt oder nicht. Dagegen sollte der Anfechtungskläger nicht ungeachtet dessen, ob in seine Mitgliedstellung eingegriffen wurde, die Verletzung jedweder Gesetzes- oder Satzungsvorschrift rügen können. So wäre etwa schwer zu begründen, weshalb ein Anfechtungskläger einen Bezugsrechtsausschluß sollte angreifen können, der nicht ihn, sondern ausschließlich andere Aktionäre (z.B. nur die Vorzugsaktionäre) betrifft. Entsprechendes gilt für die Verletzung der Gleichbehandlungspflicht oder der Treuepflicht, wenn nicht der Anfechtungskläger, sondern ausschließlich andere Aktionäre beschwert sind, die den Beschluß aber nicht angreifen. Auch praktisch gesehen liegt die Wahrnehmung der rechtlich geschützten Interessen Dritter nicht in den besten Händen, wenn es bei dem Kläger an der Beeinträchtigung eigener persönlicher Rechte fehlt. Einzuräumen ist, daß diese Einschränkung der Anfechtungsbefugnis nicht viele Anfechtungsklagen erübrigen dürfte. Einer Gesetzesänderung bedarf es hierfür nicht; die Rechtsprechung könnte § 243 Abs. 1 AktG, seinem Sinn und Zweck entsprechend, den einzelnen Aktionär vor gesetz- und satzungswidrigen Verletzungen seiner Mitgliedsrechte zu schützen, einschränkend auslegen. Diese Einschränkung würde keineswegs, wie angefügt werden mag, einen völligen Verzicht auf die drittschützende Wirkung der Anfechtungsklage, auf ihren „Gemeinschaftsbezug“, bedeuten. Denn zum einen bliebe die praeventive Drohung dieses Rechtsbehelfs erhalten, und zum anderen bliebe es auch dabei, daß das einer Klage stattgebende Urteil Wirkung auch zugunsten der übrigen in gleicher Lage befindlichen Aktionäre entfalten würde (§ 248 Abs. 1 AktG).

²⁴⁰ *Mestmäcker*, a.a.O. (Fn. 32), S. 7 ff.; *Keuk-Knobbe*, a.a.O. (Fn. 7), S. 246 ff.; *Noack*, a.a.O. (Fn. 89), S. 41 ff.; *Becker*, a.a.O. (Fn. 22), S. 75 ff.; kritisch *Zöllner*, ZGR 1988, 392, 421 ff.; *Habersack*, a.a.O. (Fn. 86), S. 285 ff., der sich aber für ein - auch deliktisch geschütztes - Recht des einzelnen Mitglieds „auf gesetz- und satzungsmäßige Beschlußfassung“ ausspricht (S. 296 f.).

²⁴¹ Vgl. oben Fn. 224.

²⁴² Kritisch auch *Zöllner*, in: Semler u.a. (Hrsg.), Reformbedarf im Aktienrecht, 1994, S. 156 ff.

²⁴³ A.A. insoweit *Kort*, a.a.O. (Fn. 222), S. 72 f.

3. Mindestanteilsbesitz; Anlageaktien ohne Anfechtungsrecht

Die Häufung von Anfechtungsklagen seit Mitte der achtziger Jahre, darunter auch zahlreicher mißbräuchlicher Klagen²⁴⁴, hat in der Literatur zur Forderung eines Mindestanteilsbesitzes für Anfechtungsklagen geführt²⁴⁵. Das Individualklagerecht würde damit in ein Minderheitenrecht, entsprechend z.B. den §§ 42 Abs. 2, 147 Abs. 2 AktG, umgestaltet. Durch ein entsprechend gewähltes Quorum hofft man, rechtsmißbräuchliche Klagen wenn nicht auszuschließen, so doch zu beschränken. Abgesehen davon stehe, wirtschaftlich gesehen, der Aktionär mit einer Splitterbeteiligung dem Gläubiger einer Gewinnschuldverschreibung näher als einem Gesellschafter. Er nehme nicht nur seine Rechte als Verbandsmitglied üblicherweise nicht wahr; es sei auch verfehlt, ihm diese in vollem Umfang zuzuerkennen. Verantwortungsbewußtes, am Schicksal der Gesellschaft interessiertes Handeln könne von ihm nicht eingefordert werden. Überdies erscheine es unverhältnismäßig, wenn - im Grenzfall - eine Aktie im Nennwert von nur einem Euro (vgl. § 8 Abs. 2 AktG) dazu berechtige, Anfechtungsklage zu erheben und z.B. die Durchführung strukturändernder Maßnahmen auf Jahre hinaus aufzuhalten.

Überwiegend wird die Einführung eines Mindestanteilsbesitzes für die Anfechtungsklage dagegen abgelehnt²⁴⁶. Dem ist zuzustimmen. Das verfassungsrechtlich geschützte Eigentumsrecht des Aktionärs erfordert nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedenfalls, daß er sich gegen schwerwiegende Beeinträchtigungen seiner Rechtsstellung zur Wehr setzen kann²⁴⁷. Er darf nicht ausschließlich auf den „Austritt“ über die Börse verwiesen werden (der bei nicht börsennotierten Gesellschaften versperrt wäre und im übrigen, wenn die nachteilige Maßnahme bereits im Kurs „verarbeitet“ ist, kein vollwertiges Äquivalent sein könnte). Nimmt man dem Aktionär mit Aktienbesitz unterhalb einer Mindestquote das Recht, gesetz- oder statutenwidrige Eingriffe in seine Rechtsstellung durch Anfechtungsklage abzuwehren,

²⁴⁴ Vgl. dazu gesondert unten V. 1.

²⁴⁵ *Schlaus*, Die AG 1988, 113, 117; *Wiesen*, ZGR 1990, 503, 507; *Boujong*, in: Festschrift für Kellermann, 1991, S. 1, 14; *Hüffer*, in: Festschrift Brandner, a.a.O. (Fn. 187), S. 57 ff.; *Wallenhorst*, Schranken der Anfechtungsbefugnis von Aktionären, 1996, S. 123 ff.; *Vollmann*, Minderheitenschutz im aktienrechtlichen Beschlußmängelrecht, 1997, S. 81 ff.; *Kort*, a.a.O. (Fn. 222), S. 58 ff.; *Krieger*, ZHR 163 (1999), 343, 361; *Schiessl*, Die Kontrollfunktion, a.a.O. (Fn. 187), S. 18. Die Forderung ist nicht neu; vgl. nur *Hachenburg*, JW 1917, 17; *Pinner*, Verhandlungen des 34. DJT, Bd. 2, 1927, S. 611, 630; *Geiler*, Die wirtschaftlichen Strukturwandlungen und die Reform des Aktienrechts, 1927, S. 31; *Horrwitz* ZBH 1933, 86, 90 f.; *Klausling*, Beratungen der Akademie für Deutsches Recht, in: Schubert/Schmid/Regge (Hrsg.), Akademie für Deutsches Recht 1933 – 1945, Protokolle der Ausschüsse, Bd. 1, 1986, Ausschuß für Aktienrecht, S. 257; *Oppenhoff*, in: Hengeler (Hrsg.), Beiträge zur Aktienrechtsreform, 1959, S. 147, 151 ff.

²⁴⁶ *Zöllner*, a.a.O. (Fn. 86), S. 389 f. (dagegen erwägt *Zöllner* die Einführung einer Mindestquote in Anbetracht der herabgesetzten Nominalwerte in: Reformbedarf, a. a. O. (Fn. 242), S. 147, 148 f.); *Ganske*, in: Lutter (Hrsg.), 25 Jahre Aktiengesetz, 1990, S. 171 f.; *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), § 245 Rdz. 11; *Hommelhoff*, ZGR 1990, 447, 451 ff.; *Bork*, ZGR 1993, 343, 360; *Bayer*, Die Kontrollfunktion der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 1999, 2000, S. ...Vgl. auch bereits *Heymann*, Verhandlungen des 34. DJT, 1926, S. 753; *Ludewig*, Hauptprobleme der Reform des Aktienrechts, 1929, S. 151 f.; s. ferner die Ausführungen *Schlegelbergers* vor der Akademie für Deutsches Recht mit dem Hinweis darauf, daß dem Aktionär, der das Stimmrecht habe, das Anfechtungsrecht nicht versagt werden könne (in: Schubert/Schmid/Regge, a.a.O., (Fn. 245), S. 259).

²⁴⁷ BVerfGE 14, 263, 283 ff.; BVerfG WM 1999, 433, 434; zum Auskunftsrecht des Aktionärs BVerfG ZIP 1999, 1798; ZIP 1999, 1801.

dann müssen ihm andere Rechtsbehelfe, insbesondere die (Nichtigkeits-)Feststellungsklage zustehen, jedenfalls bei (näher zu präzisierenden) schwerwiegenden Eingriffen²⁴⁸. Ein völliger Ausschluß des Rechtsschutzes gegen rechtswidrige Hauptversammlungsbeschlüsse für Anteilsbesitz unterhalb bestimmter Mindestquoten ist denn auch, soweit ersichtlich, anderen Rechtsordnungen nicht bekannt²⁴⁹. Bedeutet dies nun, daß Hauptversammlungsbeschlüsse, die die Rechte von Aktionären *oberhalb* der Mindestquote beeinträchtigen, anfechtbar, soweit sie aber Rechte von Aktionären *unterhalb* der Quote verletzen, nichtig oder unwirksam wären? Abgesehen von solchen kaum wünschenswerten und auch nicht handhabbaren Ergebnissen stellen sich weitere Fragen, insbesondere die nach dem richtigen Quorum²⁵⁰. Will man Anfechtungsklagen von Aktionären, die auf der Suche nach Anfechtungsmöglichkeiten Aktien erwerben, ausschalten, dann darf das Quorum nicht zu niedrig angesetzt werden. Eine Quote von z.B. 2 % - 5 %²⁵¹ würde aber in großen Publikumsgesellschaften nahezu jede Anfechtungsklage ausschließen²⁵² und kommt deshalb nicht in Betracht. Auch wenn man hier zu plausibleren Werten gelangt²⁵³, bleibt das Problem, daß eine feste Quote berechnete wie mißbräuchliche Klagen in gleicher Weise trifft.

Die Argumentation, es sei unverhältnismäßig, wenn bereits der Besitz einer Aktie mit einem Nennbetrag von nur einem Euro dazu berechtige, gegen den Willen aller übrigen Aktionäre weitreichende Strukturmaßnahmen aufzuhalten, blendet die Besonderheiten rationalen Anlegerverhaltens bei Splitterbesitz und die Wirkung eines Aufhebungsurteils für die übrigen Aktionäre aus. Bei Splitterbesitz kann nicht schlicht eine Zustimmung der Anleger zu gesetz- oder satzungswidrigen Maßnahmen daraus geschlossen werden, daß sie ihrem Depotinstitut keine Weisungen für die Abstimmung erteilt und selbst keine Anfechtungsklage erhoben haben. Es darf auch nicht ausschließlich auf den Anteilsbesitz des Klägers und seinen Vorteil gesehen werden, weil begründete Anfechtungsklagen nicht ausschließlich dem Anfechtungskläger, sondern allen in gleicher Lage befindlichen Anlegern zugute kommen. Im Hinblick darauf sind Anfechtungsklagen von Klägern mit geringem Aktienbesitz nicht „unverhältnismäßiger“ als Klagen von Aktionären mit einer größeren Beteiligung. Wegen der „rationalen Apathie“ von Anlegern mit Kleinstbeteiligungen sind insbesondere in reinen Publikumsgesellschaften, in denen es größeren Anteilsbesitz Einzelner nicht gibt, berechnete Klagen, auch wenn sie von einem Aktionär mit nur wenigen Aktien erhoben werden, eher zu ermöglichen als einzuschränken. Tunlichst ausgeschlossen werden sollte nur, daß der klagende Aktionär unberechtigte Sondervorteile zu Lasten der übrigen einstreicht²⁵⁴. Das ist aber nicht durch eine pauschale Be-

²⁴⁸ Vgl. auch die Diskussion um die Einräumung des Anfechtungsrechts gemäß § 243 AktG an Inhaber aktienähnlicher Genußscheine und deren sonstigen Rechtsschutz gegen Eingriffe seitens der Hauptversammlung; dazu m.w.Nachw. BGHZ 119, 305, 316 f.

²⁴⁹ Vgl. den Überblick in der DSW-Studie, a.a.O. (Fn. 19), S. 103 ff. (Anhang).

²⁵⁰ Dazu Hüffer, a.a.O. (Fn. 187), S. 57, 67 f.: 100 TDM Nennbetrag; Boujong, a.a.O. (Fn. 245), S. 1, 14: 2% - 5% des Grundkapitals; Schlaus, a.a.O. (Fn. 245), 113, 117: 2 % oder Nennbetrag von DM 500 TDM.

²⁵¹ Vgl. Boujong, a.a.O.

²⁵² So zu Recht H.P. Westermann, ZHR 156 (1992), 203, 221.

²⁵³ S. insbesondere den Vorschlag von Hüffer, a.a.O. (Fn. 250).

²⁵⁴ Dazu unten V.

schränkung des Anteilsbesitzes des Klägers zu erreichen, die berechnete wie unberechnete Klagen in gleicher Weise trifft.

Aus ökonomischer Sicht ist die Einführung eines Quorums gleichfalls fragwürdig: Ein effizienter Kapitalmarkt²⁵⁵ belegt die pauschale Beschneidung von Rechtsschutzmöglichkeiten, die sich gerade auf börsennotierte Publikumsgesellschaften auswirken würde, mit einer zusätzlichen Risikoprämie. Letzten Endes führt dies zu einer Einschränkung der Kapitalmarktliquidität und damit zu einer Erhöhung der Eigenkapitalkosten der Unternehmen. Ob diese Nachteile aufgewogen werden durch die Ersparnis von Kosten, die sich aus dem Wegfall unbegründeter Anfechtungsklagen ergibt, erscheint als sehr fraglich.

Statt an ein personenbezogenes Quorum – Anteilsbesitz des Anfechtungsklägers - anzuknüpfen, erscheint eher schon gangbar der Weg, nach dem Vorbild der stimmrechtslosen Vorzugsaktie (§§ 139 ff. AktG) eine weitere Aktiegattung zu schaffen, die zusätzlich bestimmte Verwaltungsrechte, wie eben z.B. das weitreichende Anfechtungsrecht gemäß § 243 AktG, nicht vermitteln würde²⁵⁶. Dem Anleger bliebe dann überlassen zu entscheiden, ob er solche Aktien erwerben will. Es fragt sich allerdings, ob am Kapitalmarkt für ein solches hybrides Finanzierungsinstrument zwischen stimmrechtsloser Vorzugsaktie und Genußschein hinreichender Bedarf bestände. Im übrigen müßte auch der Inhaber einer solchen reinen „Anlageaktie“ sich gegen Eingriffe in seine Rechtsstellung durch Hauptversammlungsbeschlüsse zur Wehr setzen können, auch wenn ihm die weitreichende Anfechtungsbefugnis gemäß § 243 AktG nicht zustände.

4. Pool-Lösung

Ähnliche Bedenken bestehen gegen eine Pool-Lösung, die nach dem Plädoyer ihrer Befürworter an die Stelle der Anfechtungsklage als Individualrecht treten soll²⁵⁷. Danach soll ein einzelner Aktionär zwar unabhängig von der Größe seines Anteilsbesitzes Widerspruch zu Protokoll erheben können. Dadurch soll aber nur eine Frist in Lauf gesetzt werden, in der andere Aktionäre sich, um das vorgeschriebene Quorum zu erreichen, der Anfechtung anschließen könnten. Anderenfalls bleibe eine Klage unzulässig. Auch eine solche Lösung könnte aber nicht darauf verzichten, bei näher zu präzisierenden schwerwiegenden Eingriffen in die Rechtsstellung des Einzelaktionärs doch wieder zu individuellen Rechtsbehelfen zu greifen. Es kommt hinzu, daß auf Anfechtungsklagen spezialisierte, kooperierende Berufsaktionäre sich von einer solchen Poollösung kaum abhalten lassen würden.

²⁵⁵ Zur Informationseffizienz von Kapitalmärkten *Brealey/Myers*, Principles of Corporate Finance, 5. Aufl. 1996, S. 329 ff.; *Drukarczyk*, Theorie und Politik der Finanzierung, 2. Aufl. 1993, S. 86.

²⁵⁶ Vgl. dazu auch *Hüffer*, in: Festschrift für Kropff, 1997, S. 127, 143.

²⁵⁷ *Schlaus*, Die AG 1988, 113, 117; *H.P. Westermann*, in: Lutter, a.a.O. (Fn. 245), S. 79, 104 f.; *ders.*, ZHR 156 (1992), 203, 221 f.

5. Gemeinsamer Vertreter; ausschließliche Verbandsklage

Dasselbe würde schließlich auch für die Bestellung eines gemeinsamen Zwangsvertreters oder eine ausschließende Verbandsklagebefugnis gelten²⁵⁸. Aktienrecht und Umwandlungsgesetz kennen den gemeinsamen Vertreter in den Abfindungsverfahren gemäß §§ 306 AktG, 305 ff. UmwG. Die Bestellung des gemeinsamen Vertreters schließt aber in diesen Verfahren nicht aus, daß der einzelne Aktionär selbst Anträge stellt und seine eigenen Interessen selbst wahrnimmt (§§ 306 Abs. 4 S. 1 AktG; 308 Abs. 1 S. 1 UmwG). Eine „Zwangsvertretung“ sieht demgegenüber das Schuldverschreibungsgesetz vor²⁵⁹. Die Gläubigerversammlung kann mit $\frac{3}{4}$ - Mehrheit einen gemeinsamen Vertreter bestellen und ihn ermächtigen, unter Ausschluß von Klagen einzelner Gläubiger, die Gläubigergesamtheit zu vertreten (§ 14 SchVG)²⁶⁰. Die detaillierten Vorschriften der §§ 11 - 13 SchVG über die Befugnisse eines solchen Zwangsvertreters mögen einen Eindruck davon vermitteln, wie eine solche - der im Vergleich zu einer Schuldverschreibung ungleich komplexeren Struktur der Aktie entsprechende - Regelung auszusehen hätte. Im übrigen schließt auch das Schuldverschreibungsgesetz nicht aus, daß sich der einzelne Gläubiger mit (unbefristeten!) Klagen gegen ihn rechtswidrig beeinträchtigende Beschlüsse der Gläubigerversammlung wenden kann²⁶¹.

6. Mindestbesitzzeit

Mehrfach ist vorgeschlagen worden, die Anfechtungsbefugnis an eine bestimmte Mindestbesitzzeit von beispielsweise drei Monaten zu knüpfen²⁶². Eine solche Mindestbesitzzeit sieht das Aktiengesetz für bestimmte Minderheitenrechte vor (§§ 142 Abs. 2 S. 2; 147 Abs. 1 S. 2, 258 Abs. 2 S. 4, 260 Abs. 1 S. 2, 265 Abs. 3 S. 2 AktG). Dadurch ließe sich verhindern, daß Aktien erst nach der Bekanntmachung der Tagesordnung (vgl. § 124 AktG) gekauft werden, um Anfechtungsklage erheben zu können. – Eine solche Regelung empfiehlt sich nicht²⁶³. Zunächst einmal dürfte planmäßig vorgehenden Anfechtungsklägern, gegen die eine solche Bestimmung vor allem zielt, unschwer möglich sein, z.B. ein Portfolio der DAX-Werte auch über diesen Zeitraum hinaus zu halten. Eine solche Regel hätte auch nachteilige Wirkungen für den Kapi-

²⁵⁸ Vgl. zu letzterem Mack, a.a.O. (Fn. 56), S. 163 m.w.Nachw.; Wallenhorst, a.a.O. (Fn. 245), S. 142 ff.; Krieger, ZHR 163 (1999), 343, 361. - Eine andere Frage ist, ob Aktionärsvereinigungen *zusätzlich* zur Klagebefugnis einzelner Aktionäre eine Anfechtungsbefugnis eingeräumt werden sollte; dazu (verneinend) bereits oben B

²⁵⁹ Gesetz betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4.12.1899, BGBl. III 4134 – 1.

²⁶⁰ Eingehend dazu Vogel, Die Vergemeinschaftung der Anleihegläubiger nach dem Schuldverschreibungsgesetz, 1999, S. 185 ff.

²⁶¹ Vogel, a.a.O., S. 173 f.

²⁶² Nachweise zur älteren Literatur bei Wallenhorst, a.a.O. (Fn. 245), S. 153 Fn. 923; Hüffer, a.a.O. (Fn. 187), S. 70; zuletzt Krieger, ZHR 163 (1999), 343, 361 und Schiessl, Die Kontrollfunktion, a.a.O. (Fn. 187), S. 18 f. Der Vorschlag ist gleichfalls nicht neu; vgl. Fragebogen IV. des RJM von 1929 zur Reform des Aktienrechts (Frage 141), in: Schubert, a.a.O. (Fn. 214), S. 251. Der Vorschlag ist damals in den eingegangenen Antworten überwiegend verworfen worden.

²⁶³ Wie hier Zöllner, a.a.O. (Fn. 87), S. 390; Wallenhorst, a.a.O. (Fn. 245), S. 153 f.

talmarkt: Man müßte von einem Aktienerwerb innerhalb der Karenzzeit vor einer Hauptversammlung abraten, weil ohne Möglichkeit der Gegenwehr in damit verbundene Rechte eingegriffen werden könnte. In kleineren Gesellschaften wäre die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, daß die Mehrheit nach einem Verkauf von Aktien durch einen Mitaktionär an einen Dritten vor Ablauf der Dreimonatsfrist gezielt gegen den Erwerber gerichtete nachteilige Maßnahmen ins Werk setzen könnte, die vom Erwerber nicht zu verhindern wären oder – bei schwerwiegenden Eingriffen – doch wieder angegriffen werden könnten.

Die erörterten Bedenken zeigen, daß die Rechtsschutzverweigerung, die mit den erwähnten Quoten, Schwellen und Zeitschranken verbunden wäre, sich nicht halten ließe. Die Anfechtungsklage als der allgemeine, gegen Rechtsverletzungen durch die Hauptversammlung gewährte individuelle Rechtsbehelf jedes einzelnen Aktionärs läßt sich nicht mit den speziellen Minderheitsrechten, mit denen primär gemeinschaftliche Interessen verfolgt werden, auf eine Stufe stellen. Die Anfechtungsklage hat eben einen Doppelcharakter: Sie schützt gemeinschaftliche Interessen; zuallererst aber ist sie Instrument individuellen Rechtsschutzes. Die individuelle Komponente, die ermöglicht, die durch den Aktienerwerb erlangte Rechtsstellung gegen rechts- und satzungswidrige Eingriffe zu verteidigen, darf und kann nicht in einer generellen Form vollends beseitigt werden, auch nicht für Kleinstantbesitz. Beseitigt man die Anfechtungsklage, dann tritt an ihre Stelle die (Nichtigkeits-)Feststellungsklage. Der Gewinn an Rechtssicherheit, den man zu erlangen hoffte, wäre damit wieder verspielt.

7. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; vorrangiges Vollzugsinteresse

In der neueren Literatur wird befürwortet, die Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen durch Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips einzuschränken²⁶⁴. Das Anfechtungsrecht stehe unter dem Gebot der Treuepflicht gegenüber Gesellschaft und Mitaktionären. Bei unverhältnismäßiger Ausübung des Anfechtungsrechts werde diese Treuepflicht verletzt. Insbesondere wenn der angefochtene Beschluß für die Gesellschaft vorteilhaft sei, und der Kläger aus der Kassation dieses Beschlusses nichts oder fast nichts gewinne, sei eine Beschlufanfechtung unverhältnismäßig und damit treuepflichtwidrig²⁶⁵. Einzelheiten dieses einleuchtenden Prinzips und der zu berücksichtigenden Umstände (Einbeziehung der Interessen der Anleger, die sich in der gleichen Lage befinden wie der Kläger; Erfolgsaussichten der Klage; Nachteile der Beschlufvernichtung für wen; Art der Beschlufmängel (Inhalts-/Verfahrensfehler); Schwere der Rechtsverletzung und der Verletzungsfolgen; sonstige Sanktionen) sind bisher noch nicht ausgearbeitet und sind auch an dieser Stelle nicht zu entwickeln, da so-

²⁶⁴ Werner, in: Festschrift für Semler, 1993, S. 419, 427 f.; Zöllner, Reformbedarf (Fn. 242), S. 158 f.; Bayer, a.a.O. (Fn. 246), S. ...; vgl. auch Mertens, Die AG 1990, 49, 55; Vollmann, a.a.O. (Fn. 245), S. 83 ff.; Kort, a.a.O. (Fn. 222), S. 73 f.; kritisch m.w.Nachw. Rettmann, a.a.O. (Fn. 56), S. 73 ff.; Hüffer, a.a.O. (Fn. 187), S. 66; vgl. aber für Auskunftspflichtverletzungen dens., AktG, a.a.O. (Fn. 4), § 243 Rdz. 17. Allgemein zur Rechtsausübung mit weitreichenden Rechtsfolgen trotz nur geringfügiger Interessenverletzung Palandt/Heinrichs, BGB, 59. Aufl. 2000, § 242 Rdz. 53 m.Nachw.

²⁶⁵ S. demgegenüber noch RGZ 40, 33, 35: „Aber was statuten- oder gesetzwidrig ist, wird dadurch nicht zulässig, daß es nützlich und sittlich oder sozial geboten ist“.

wohl die Entscheidung über die Anerkennung dieses Grundsatzes als auch die Entfaltung der Einzelheiten Rechtsprechung und Literatur überlassen werden sollten.

Ein ähnlicher, im Ergebnis freilich viel weiter reichender Vorschlag will die in § 16 Abs. 3 S. 2 UmwG vorgesehene Abwägung in den Anfechtungsprozeß übernehmen²⁶⁶. Nach § 16 Abs. 3 S. 2 UmwG kann das Prozeßgericht trotz erhobener Anfechtungsklage den Weg für die Eintragung einer Verschmelzung oder sonstigen Umwandlung in das Handelsregister und damit für das Wirksamwerden der Umwandlung freiräumen, wenn ein vorrangiges Eintragungsinteresse besteht. Die Übernahme dieser Regelung in den Anfechtungsprozeß würde bedeuten, daß bei vorrangigem Vollzugsinteresse die Anfechtungsklage trotz Gesetzes- oder Satzungsverstoßes unbegründet wäre²⁶⁷. Dieser Vorschlag ist rechtspolitisch nicht zu befürworten. Der Freigabebeschuß des Gerichts gemäß § 16 Abs. 3 UmwG und die nachfolgende Eintragung führen nicht zur Unbegründetheit der Anfechtungsklage gegen den Umwandlungsbeschluß. Dem Umwandlungsgesetz läßt sich also keinesfalls die Wertung entnehmen, daß das Anfechtungsrecht des Aktionärs wegen Gesetzes- oder Satzungsverstößen dem vorrangigen Vollzugsinteresse der Gesellschaft und ihrer anderen Aktionäre zu weichen hätte. Richtig ist nur, daß die Eintragung in diesen Fällen ein *fait accompli* schafft, und daß nach erfolgter Eintragung die Verschmelzungs- oder Umwandlungswirkungen trotz u.U. erfolgreicher Anfechtung nicht mehr beseitigt werden können und sollen (§§ 20 Abs. 2, 131 Abs. 2, 202 Abs. 3 UmwG). Als Ausgleich hierfür gibt das Gesetz dem Anfechtungskläger einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch gegen die Gesellschaft (§ 16 Abs. 3 S. 6 AktG). Es käme also allenfalls in Betracht, daß dem Anfechtungskläger, dessen Klage an sich zulässig und begründet wäre, der aber wegen des vorrangigen Vollzugsinteresses die Abweisung der Anfechtungsklage und damit einen individuellen Nachteil hinzunehmen hätte, gewissermaßen mit Hilfe eines Rechtsfortwirkungsanspruchs dieser Nachteil ausgeglichen würde. Eine solche Regulierung hätte aber zur Folge, daß in Fällen, in denen ein individueller Schadensersatzanspruch nicht in Betracht käme oder wegen seiner Geringfügigkeit nicht ins Gewicht fiel²⁶⁸, Gesetzes- und Satzungsverstöße praktisch häufig ohne jede Sanktion blieben. Deshalb ist einem vorrangigen Vollzugsinteresse der Gesellschaft nicht durch pauschalen Ausschluß der Anfechtungsbefugnis, sondern durch Berücksichtigung im Rahmen des Registerrechts Rechnung zu tragen²⁶⁹. Wird nach dieser hier bevorzugten „registerrechtlichen“ Lösung z.B. eine anfechtbare Satzungsänderung wegen des vorrangigen Vollzugsinteresses der Gesellschaft trotz möglicher oder bereits erhobener Anfechtungsklage eingetragen und damit immerhin zumindest vorerst wirksam, dann kann sie dennoch nach wie vor auf die Klage hin für nichtig erklärt (§§ 248 Abs. 1, 241 Nr. 5 AktG) und dies im Handelsregister eingetragen werden (§ 248 Abs. 1 S. 3 AktG). Demgegenüber ließe die hier abgelehnte „materiellrechtliche“ Lösung bei vorrangigem Vollzugsinteresse die Anfechtungsbefugnis des klagenden Aktionärs entfallen mit der Folge, daß die Anfechtungsklage trotz Vorliegens von Beschlußmängeln kostenpflichtig abzuweisen wäre und damit

²⁶⁶ *Schiessl*, Die AG 1999, 442, 447.

²⁶⁷ So *Schiessl*, a.a.O.

²⁶⁸ Vgl. auch *Bork*, in: Lutter (Hrsg.), UmwG, 1996, § 16 Rdz. 34, der den Schadensersatzanspruch gemäß § 16 Abs. 3 S. 6 als „relativ wertlos“ bezeichnet.

²⁶⁹ Einzelheiten dazu unten V. 5. a) (S...).

Gesetz- und Satzungsverstöße jedenfalls dann ohne jede Sanktion blieben, wenn ein individueller Schaden nicht geltend gemacht werden könnte.

8. Rückbildung von Hauptversammlungskompetenzen; Abbau zwingenden Gesetzesrechts

Wie die rechtstatsächliche Übersicht über die Jahre 1980 – 1998 gezeigt hat, ist die Zahl der erhobenen Anfechtungsklagen mit der Anzahl der Beschlußgegenstände pro Hauptversammlung gestiegen²⁷⁰. Eine Rückbildung von Hauptversammlungskompetenzen ließe deshalb auch einen Rückgang von Anfechtungsklagen erwarten. Das deutsche Aktienrecht sieht unterschiedslos für die börsennotierte wie die nicht börsennotierte Gesellschaft weitgehende Zuständigkeiten der Hauptversammlung vor, die wegen der weithin zwingenden Vorschriften des Aktiengesetzes (§ 23 Abs. 5 AktG) durch die Satzung kaum verändert werden können. Hinzu kommen ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten, deren Reichweite bisher nicht abschließend geklärt ist²⁷¹. Der mit der *Holz Müller*-Doktrin verbundenen Unsicherheit versuchen die Gesellschaften nicht selten durch vorsorgliche Einschaltung der Hauptversammlung zu begegnen, dadurch die Aktionäre klaglos zu stellen²⁷² und den Haftungsausschluß nach § 93 Abs. 4 S. 1 AktG zu erreichen²⁷³. Freilich wird die so gewonnene Rechtssicherheit mit einem nicht unerheblichen Anfechtungsrisiko erkauf²⁷⁴. Entsprechendes gilt für die Lehre vom „Gesamtplan“ der Verwaltung²⁷⁵.

Die Abgrenzung der Zuständigkeiten von Hauptversammlung und Verwaltung sollte grundsätzlich neu überdacht werden, und zwar getrennt für die „geschlossene“ und die publikums-offene, börsennotierte Gesellschaft. Dabei sollten rechtsvergleichende Erfahrungen einbezogen werden. Dies geht über den gegenwärtigen Gutachtenauftrag hinaus. Was die geschlossene Aktiengesellschaft angeht, so spricht alles dafür, die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Hauptversammlung weitestgehend der Satzungsfreiheit zu überlassen, die sie dann einschränken oder ausdehnen mag. Dagegen erscheint der stetige Ausbau von Hauptversammlungszuständigkeiten in der Publikumsgesellschaft im deutschen Recht als eine Fehlentwicklung. So überzeugend die *Holz Müller*-Rechtsprechung für die geschlossene, GmbH-ähnliche Aktiengesellschaft zumindest rechtspolitisch erscheinen mag, so fragwürdig ist sie für die börsennotierte Publikumsgesellschaft. Kapitalmarktorientierte Gesellschaftsrechtssysteme überlassen hier sehr viel mehr Entscheidungsbefugnisse der Verwaltung²⁷⁶, die dann freilich durch Einzelklagbefug-

²⁷⁰ Oben II. 4. b) aa) (S. ...).

²⁷¹ Vgl. BGHZ 83, 122 „Holz Müller“; vgl. auch BGHZ 82, 188, 196 „Hoesch/Hoogovens“ zur Zustimmungsbedürftigkeit von „Gesamtplänen“ der Verwaltung.

²⁷² Dazu *Mertens*, a.a.O. (Fn. 80), § 76 Rdz. 53.

²⁷³ Vgl. *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 119 Rdz. 15.

²⁷⁴ *Groß*, Die AG 1996, 111.

²⁷⁵ *Baums*, in: Festschrift für Zöllner, Bd. 1, 1998, S. 65, 74 ff. m.w.Nachw.

²⁷⁶ Für die USA s. *Clark*, a.a.O. (Fn. 173), S. 94; für Großbritannien *Davies*, in: *Gower's Principles of Modern Company Law*, 6. Aufl. 1997, S. 562 ff. Z.B. kann sich in den USA die Zuständigkeit des board beziehen auf Änderungen der bylaws, short form mergers (wie § 62 UmwG), Verschmelzungsbeschlüsse in der aufnehmenden Gesellschaft bis zu einem bestimmten Umfang, Aktienemissionen im Rahmen des durch die articles of incorporation gestatteten Umfangs und Aktienrückkaufprogramme. Zu den Begründungen in der deutschen

nisse der Aktionäre (*individual* oder *derivative suit*) und vor allem durch den Kapitalmarkt selbst kontrolliert wird. Der Abbau von Anfechtungsbefugnissen durch Einschränkung zwingender Hauptversammlungskompetenzen würde also nicht mit einem Abbau des Rechtsschutzes für die Aktionäre gleichzusetzen sein.

Ähnliches gilt auch für den wünschenswerten Abbau sonstigen zwingenden Gesetzesrechts (vgl. § 23 Abs. 5 AktG), dessen Verletzung die Anfechtbarkeit, u.U. sogar die Nichtigkeit begründet (§§ 243 Abs. 1, 241 Nr. 3 AktG). Insbesondere der geschlossenen, nicht börsennotierten Gesellschaft, aber auch der publikumsoffenen, börsennotierten Gesellschaft sollte mehr Gestaltungsfreiraum eingeräumt werden²⁷⁷. Die dann stärker zur Gestaltung zugelassene Satzung mag sich den konkreten Gegebenheiten besser anpassen und dadurch Konflikte vermeiden helfen. Die Satzung könnte auch festlegen, daß und inwieweit ein Verstoß gegen einzelne ihrer Vorschriften nicht die Anfechtbarkeit des Hauptversammlungsbeschlusses begründen soll²⁷⁸.

9. Alternative Rechtsbehelfe und Verfahren

a) Anfechtungsausschluß durch Nachteilsausgleich

Nach § 243 Abs. 2 S. 1 AktG kann die Anfechtung auch darauf gestützt werden, daß ein Aktionär mit der Ausübung des Stimmrechts für sich oder einen Dritten Sondervorteile zu erlangen suchte und der Beschluß geeignet ist, diesem Zweck zu dienen. Dies gilt nach § 243 Abs. 2 S. 2 AktG aber nicht, wenn der Beschluß den anderen Aktionären einen angemessenen Ausgleich für ihren Schaden gewährt. Die Mehrheit soll sich in den von § 243 Abs. 2 S. 1 AktG gemeinten Fällen gegen die Minderheit durchsetzen und die Anfechtung ausschließen können, wenn die Minderheit für ihren Schaden einen angemessenen vermögensmäßigen Ausgleich erhält. Nach h.M. ist diese Ausgleichsregelung mißlungen, weil sie den Gläubigerschutz mißachte (bei verdeckter Gewinnausschüttung aus dem Gesellschaftsvermögen an den Mehrheitsaktionär genüge es nicht, den Reflexschaden der Minderheitsaktionäre durch Zahlung an diese auszugleichen). Rechtspolitisch verfehlt sei auch, daß die Mehrheit Sondervorteile zu ihren Gunsten durchsetzen und der Minderheit ihr Anfechtungsrecht auch gegen deren Willen

Literatur, warum bei „Strukturänderungen“ eine Beteiligung der Hauptversammlung erfolgen soll, *Lutter*, in: Festschrift für Fleck, 1988, S. 169, 174 m.Nachw.; *Hirte*, Bezugsrechtsausschluß und Konzernbildung, 1986, S. 155 ff.; *Timm*, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze, 1980, S. 61 ff., 152 f.; *Koppensteiner*, Kölner Kommentar AktG, Bd. 6, 2. Aufl., 1. Lief. 1987, Vorb. § 291 Rdz. 21, 36 ff.; *Mülbert*, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 2. Aufl. 1996, S. 160 ff., 360 ff.; *Joost* ZHR 163 (1999), 164, 166 ff.; *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 119 Rdz. 16 ff. m.w.Nachw.

²⁷⁷ Aus der umfangreichen Literatur s. vor allem *Lutter/Wiedemann* (Hrsg.), Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht (ZGR-Sonderheft 13), 1998; seither *Röhrich*, in: Großkomm. AktG, 4. Aufl., 7. Lief., 1997, § 23 Rdz. 167; *Spindler*, Die AG 1998, 53 ff.; *Baums*, Journal of Institutional and Theoretical Economics 155 (1999), 119 ff.; *Bendfeld*, Die Satzungsstrenge im Aktienrecht und ihre Bedeutung für die Rechtssicherheit, 1999; aus der US-amerikanischen Literatur insbesondere *Eisenberg*, „The Structure of Corporation Law“, Columbia Law Review 89 (1989), 1461 ff.; *Romano*, a.a.O. (Fn. 214).

²⁷⁸ *Zöllner*, in: Reformbedarf, a.a.O. (Fn. 242), S. 147, 150.

abkaufen könne²⁷⁹. Der Anwendungsbereich der Ausgleichsklausel wird denn auch in der praktischen Handhabung sehr beschränkt. Die Anwendungsfälle der Anfechtung wegen Erstrebens von Sondervorteilen, auf die sich die Ausgleichsklausel bezieht, stellen heute zugleich Verstöße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 53a AktG) und die Treuepflicht des Mehrheitsaktionärs dar. Beide Fälle werden aber als Gesetzesverstöße im Sinne des § 243 Abs. 1 AktG behandelt²⁸⁰, auf den die Ausgleichsklausel nicht anzuwenden ist. Außerdem wird die Ausgleichsklausel bei Schädigung der Gesellschaft aus Gründen des vorrangigen Gläubigerschutzes restriktiv so ausgelegt, daß ein Nachteilsausgleich nur durch Zahlung in das Gesellschaftsvermögen erfolgen kann²⁸¹. Im Hinblick darauf kann man sogar fragen, ob § 243 Abs. 2 AktG ganz gestrichen werden sollte²⁸².

Gegen die Einschränkung der Ausgleichsklausel durch die h.M. hat sich *Mülbert* gewandt²⁸³. § 243 Abs. 2 S. 2 AktG gilt ihm als Beleg für die These, das Aktiengesetz suche allein die Vermögensposition des Aktionärs gegen Beeinträchtigungen abzusichern. Allerdings komme diese Beschränkung des Aktionärsschutzes nur für den „Kapitalanleger“ in Betracht, der weniger als 25 % der Anteile halte. Infolgedessen sei die Ausgleichsklausel einerseits auf Beschlüsse zu beschränken, für die eine qualifizierte Kapitalmehrheit gefordert werde. In solchen Fällen sei sie andererseits aber auch analog auf die Anfechtung gemäß § 243 Abs. 1 AktG anzuwenden. Mache also die Minderheit mit der Anfechtungsklage Verstöße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 53a AktG) oder Loyalitäts- und Rücksichtspflichten, die als Anfechtungsgründe im Sinne von § 243 Abs. 1 AktG zu werten seien, geltend, so könne die Anfechtung entsprechend § 243 Abs. 2 S. 2 AktG durch Ausgleichszahlung ausgeschlossen werden.

Ob sich die These vom bloßen Vermögensschutz des Anleger-Aktionärs nach geltendem Recht halten läßt, ist an dieser Stelle nicht zu beurteilen²⁸⁴. Als rechtspolitisches Postulat ist sie jedenfalls zu erwägen. Insoweit darf gegenüber der Kritik der h.M. am Ausschluß der Anfechtung wegen Strebens nach Sondervorteilen durch Ausgleichszahlungen immerhin auf die spezielle Regelung für Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge verwiesen werden. Auch in diesen Fällen verschafft sich der Mehrheitsaktionär, der zugunsten des Vertrages mit sich selbst abstimmt, einen Sondervorteil, den die Minderheit gegen Ausgleichszahlungen bzw. Abfindung hinzunehmen hat (vgl. § 304 Abs. 3 S. 2 AktG)²⁸⁵. Der Hinweis auf das Vertragskonzernrecht enthüllt aber auch bereits ein praktisches Defizit des Ausgleichsmodells nach § 243 Abs. 2 S. 2 AktG: Während im Konzernrecht der Streit um die Angemessenheit des Ausgleichs bzw. der Abfindung in das Spruchstellenverfahren verwiesen ist (§§ 304 Abs. 3 S. 3, 305 Abs. 5 S. 2

²⁷⁹ Umfangreiche Nachweise bei *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 243 Rdz. 37; ferner *Flume*, a.a.O. (Fn. 86), S. 211 Fn. 86: „skandalöse Regelung“; *Wilhelm*, a.a.O. (Fn. 91), S. 240; andere Bewertung freilich bei *Gefßler*, in: Festschrift für Barz, 1974, S. 97 ff.

²⁸⁰ Zur Treuepflicht jetzt auch BGH WM 1999, 1767, 1768; anders noch BGHZ 103, 184, 193: „Anfechtbarkeit entsprechend § 243 Abs. 2 AktG“.

²⁸¹ *Zöllner*, a.a.O. (Fn. 108), § 243 Rdz. 242; *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 243 Rdz. 40; je m.Nachw.

²⁸² Vgl. auch *Zöllner*, Reformbedarf, a.a.O. (Fn. 242), S. 148, 164.

²⁸³ *Mülbert*, a.a.O. (Fn. 276), S. 260 f., 347 ff.

²⁸⁴ Ablehnend *Hüffer*, in: Festschrift für Kropff, 1997, S. 127 ff.; *Habersack*, a.a.O. (Fn. 86), S. 264; *Bayer*, ZHR 163 (1999), 505, 531.

²⁸⁵ Entsprechendes gilt für die Eingliederung, § 320b Abs. 2 S. 1 AktG.

AktG), kann im Fall des § 243 Abs. 2 S. 2 AktG der Anfechtungsprozeß mit der Begründung fortgeführt werden, der Ausgleich sei nicht angemessen²⁸⁶. Wollte man den Ausschluß der Anfechtung durch Ausgleichszahlung über den heute praktisch weithin bedeutungslosen Fall des § 243 Abs. 2 S. 1 AktG hinaus rechtspolitisch aufwerten, dann müßte wegen des Streits um die Angemessenheit ein Spruchstellenverfahren vorgesehen werden. Ein weiteres Problem besteht in der fehlenden Erzwingbarkeit eines Ausgleichsangebots. § 243 Abs. 2 S. 2 AktG stellt es dem begünstigten Aktionär oder Dritten frei, ob er einen Ausgleich anbietet, während ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag ohne Ausgleichsangebot nichtig ist (§ 304 Abs. 3 S. 1 AktG). Es besteht in den Fällen des § 243 Abs. 2 S. 2 AktG vielmehr regelmäßig sogar ein Anreiz, ein Ausgleichsangebot nicht bereits im Hauptversammlungsbeschluß zu unterbreiten, sondern die Anfechtung abzuwarten und dann nur mit dem Anfechtungskläger in Vergleichsverhandlungen zu treten. Eine Haftung den übrigen Aktionären gegenüber besteht in diesem Falle nicht²⁸⁷. Ob der Wegfall des Haftungsprivilegs gemäß § 117 Abs. 7 Nr. 1 AktG²⁸⁸ hieran etwas ändern könnte, ist fraglich.

Sodann wäre der sehr begrenzte Anwendungsbereich einer solchen Ausgleichsregelung zu beachten. Träger der Ausgleichsverpflichtung darf aus Gläubigerschutzgründen nicht die Gesellschaft, sondern kann nur der begünstigte Aktionär oder ein begünstigter Dritter sein.²⁸⁹ Für den besonders wichtigen Fall der Publikumsgesellschaft, in der Anleger mit Kleinstbesitz Anfechtungsklage erheben können, scheidet eine Abwendung der Anfechtungsklage durch Nachteilsausgleich damit praktisch weitgehend aus. Es bleiben demnach im wesentlichen nur Fälle, in denen ein Mehrheitsaktionär oder mehrere Großaktionäre zum Nachteil der Minderheit zusammenwirken. Hier würden diejenigen zur Anfechtbarkeit führenden Beschlußmängel vom Anfechtungsausschluß durch Nachteilsausgleich auszunehmen sein, die für sich genommen nicht zu einem vorab bewertbaren und ausgleichsfähigen Nachteil führen. Hierzu gehören regelmäßig Verfahrensmängel²⁹⁰. Als Anwendungsbeispiel käme dagegen etwa in Betracht, daß ein Mehrheitsaktionär mit seinen Stimmen einen Kapitalerhöhungsbeschluß gegen Bareinlage faßt und das Bezugsrecht zu seinen Gunsten ausschließt. Wollte man in diesem Fall einen Anfechtungsausschluß gegen Nachteilsausgleich befürworten, dann könnte der Mehrheitsaktionär der Minderheit die ihr bisher zustehenden Minderheitenrechte nehmen, insbesondere die Rechte gemäß §§ 142 Abs. 2, 147 Abs. 1, 3 AktG, die sie vielleicht mit Bedacht erworben bzw. beim Verkauf an die Mehrheit behalten hat. Insoweit (bei einem Anteilsbesitz oberhalb der Schwellen für Minderheitenrechte) generell von einem bloß vermögensmäßig interessierten Anleger zu sprechen, dem gegen Zahlung eines Ausgleichs die Minderheitenrechte von der Mehrheit ohne weiteres entzogen werden können, überzeugt nicht. Zwar sollte *de lege ferenda* ein *freeze out* ermöglicht werden²⁹¹. Die Gründe hierfür sind aber andere; er führt zum völligen Ausscheiden

²⁸⁶ So auch Mülberr, a.a.O. (Fn. 276), S. 351.

²⁸⁷ § 117 Abs. 7 Nr. 1 AktG; zur Geltung dieses Haftungsprivilegs auch für die Haftung wegen Treupflichtverletzung oben II. 7. (S....).

²⁸⁸ Dazu oben II. 7. (S...).

²⁸⁹ K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 5), § 243 Rdz. 61.

²⁹⁰ So auch Mülberr, a.a.O. (Fn. 276), S. 348, der seinen Vorschlag auf inhaltliche Verstöße beschränkt.

²⁹¹ S. dazu sogleich unter b).

der Minderheit; und jedenfalls nach bisher allgemeiner Auffassung erschiene ein Schwellenwert von nahezu 25 % als erheblich zu hoch. Ein anderes Prinzip liegt auch der *Abfindung* dissentierender Aktionäre zugrunde²⁹²: Sie kompensiert den Aktionär nicht für von ihm hinzunehmende Treupflichtverletzungen und sonstige Nachteile, sondern ihm steht in diesen Fällen das Recht zum Austritt gegen Abfindung wegen Veränderung der Grundlagen seines Investments zu. *Ausgleichszahlungen* kommen dagegen nur in eng umrissenen Einzelfällen in Betracht²⁹³. Eine allgemeine Erstreckung des § 243 Abs. 2 S. 2 AktG auf inhaltliche Beschlußmängel im Sinne von § 243 Abs. 1 AktG empfiehlt sich dagegen nicht.

b) *Ausschließung von Aktionären*

Zustimmung verdienen Vorschläge, die im Anschluß an internationale Vorbilder ein Recht der Mehrheit zum Auskauf von Restbeteiligungen fordern. So befürwortet der Handelsrechtsausschuß des Deutschen Anwaltvereins (DAV)²⁹⁴ in einer Stellungnahme zu entsprechenden Anregungen des Bundesverbandes der Deutschen Industrie und der Börsensachverständigenkommission²⁹⁵, dem „Hauptaktionär“, dem 95 % oder mehr des Grundkapitals gehören, das Recht einzuräumen, die Aktien der Minderheit gegen Barabfindung zu erwerben. Diese Forderung wird auch in der wissenschaftlichen Literatur unterstützt²⁹⁶. Eines der Hauptargumente für ein solches Auskaufsrecht besteht gerade darin, den „Minderheitsaufwand“, der auch bei kleinstem Restbesitz außenstehender Aktionäre noch anfällt, reduzieren zu können, ohne daß der Minderheit gestattet wird, diese Sperrposition in unangemessener Höhe für sich auszunutzen. Zu diesem Minderheitsaufwand gehört nicht nur die Beachtung der entsprechenden aktionärschützenden Vorschriften, sondern auch der Aufwand aus unberechtigten Anfechtungsklagen, soweit dieser nicht auf den anfechtenden Aktionär abgewälzt werden kann²⁹⁷. Als Allheilmittel gegen unbegründete, insbesondere mißbräuchliche Anfechtungsklagen kann dieses Auskaufsrecht freilich schon deshalb nicht gesehen werden, weil es nach den vorliegenden Vorschlägen auf Gesellschaften beschränkt sein soll, deren Aktien nahezu ausschließlich einem einzigen „Hauptaktionär“ gehören. Auch wenn der Schwellenwert deutlich unter 95 % herabgesetzt werden würde, wäre damit insbesondere für Publikumsgesellschaften kein Schutz vor unberechtigten Klagen geschaffen.

Ausdrücklich festzuhalten ist an dieser Stelle, daß ein solches Auskaufsrecht, wenn es besteht, einen mangelfreien, zumindest nicht mehr anfechtbaren Beschluß über den Auskauf voraussetzen würde. Es läßt sich aus einer solchen Ausschlußlösung also nicht etwa der Schluß

²⁹² Dazu unten c).

²⁹³ S. im einzelnen unten d).

²⁹⁴ Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins e.V. zur Ergänzung des Aktiengesetzes durch einen Titel „Aktienerwerb durch den Hauptaktionär“, Bonn 1999.

²⁹⁵ *Börsensachverständigenkommission* beim Bundesministerium der Finanzen, „Standpunkte der Börsensachverständigenkommission zur künftigen Regelung von Unternehmensübernahmen“, Bonn 1999, S. 26.

²⁹⁶ *Than*, in: Festschrift für Claussen, 1997, S. 405 ff.; *Doralt u.a.*, Konzernrecht für Europa, ZGR 1998, 672, 732 ff.; *Baums*, in: von Rosen/Seifert (Hrsg.), Die Übernahme börsennotierter Unternehmen, 1999, S. 165, 181 f.; *Schiessl*, Die AG 1999, 442, 451 f.

²⁹⁷ *Baums*, a.a.O., S. 182; eingehend zu Für und Wider von *freeze outs* *Clark*, a.a.O. (Fn. 173), S. 499 ff.

ziehen, daß mit Verfahrens- oder Inhaltsmängeln behaftete Hauptversammlungsbeschlüsse jedenfalls dann hingenommen werden müßten, wenn nur eine ausreichend hohe (90 % des vertretenen Grundkapitals z.B.) Hauptversammlungsmehrheit einen solchen fehlerhaften Beschluß gefaßt hat und zugleich oder später der widersprechenden Minderheit anbietet, sie abzufinden.

c) Austritt und Abfindung

Das Mehrheitsprinzip bringt es mit sich, daß die Hauptversammlung Maßnahmen beschließt, die sie im Interesse der Gesellschaft für notwendig oder jedenfalls für sinnvoll hält, die von den dissentierenden Aktionären aber abgelehnt werden. Handelt es sich dabei um Veränderungen der Grundlagen des Investments der Aktionäre, dann besteht eine Möglichkeit, den Konflikt zwischen Mehrheit und Minderheit zu lösen, darin, die Minderheit gegen Abfindung ausscheiden zu lassen. Dieser Austritt ermöglicht dem betreffenden Aktionär, über sein Investment neu, in seinem Sinne, zu verfügen, und kann den regelmäßig mit Hilfe von Anfechtungsklagen ausgetragenen Konflikt zwischen Mehrheit und Minderheit entschärfen. Da der „Austritt“ über die Börse auch bei börsennotierten Unternehmen regelmäßig keinen gleichwertigen Ausweg bietet, weil die geplante Maßnahme häufig bereits im Kurs verarbeitet sein wird, erfolgt der Austritt in diesen Fällen regelmäßig mittels Übernahme der Aktien seitens des Mitaktionärs, der ein Interesse an der von ihm durchgesetzten Maßnahme hat, oder auch durch Abfindung seitens der Gesellschaft, wobei dieser letztere Weg natürlich Fragen des Gläubigerschutzes aufwirft²⁹⁸.

Im US-amerikanischen Recht wird – in den Einzelstaaten variierend – dem Aktionär ein Abfindungsrecht (*appraisal right*) eingeräumt bei Verschmelzungen, bei Veräußerung wesentlicher Teile des Gesellschaftsvermögens, bei erzwungenem Aktienumtausch im Rahmen eines *stock swap*, bei tiefgreifenden Satzungsänderungen zum Nachteil bestimmter Aktiengattungen oder aller Aktionäre, in einzelnen Bundesstaaten auch bei Wechsel der Kontrollmehrheit in einer Gesellschaft²⁹⁹. Von besonderem Interesse im vorliegenden Zusammenhang ist dabei die Lehre von der Exklusivität dieses Rechtsbehelfs³⁰⁰: Ein *appraisal remedy* schließt Einwendungen, die sich gegen Ob und Inhalt der beschlossenen Maßnahmen wenden, weitgehend aus. Verfahrensmängel oder arglistige Täuschung bei der Beschlußfassung können dagegen vorgebracht werden.

Im deutschen Aktienrecht findet sich das Austrittsrecht gegen Abfindung bisher nur in beschränktem Umfang: In § 305 AktG bei Abschluß eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages, in § 320b AktG für die Eingliederung, in besonderen Fällen der Verschmelzung (§ 29 UmwG), bei der Auf- und Abspaltung (§ 125 UmwG), bei der Vermögensübertragung gemäß §§ 176 ff. UmwG sowie bei der formwechselnden Umwandlung (§ 207 UmwG). Nur in

²⁹⁸ S. zur Lösung des UmwG insoweit *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, a.a.O. (Fn. 268), § 29 Rdz. 24 ff.; *Marsch-Barner*, in: Kallmeyer (Hrsg.), UmwG, 1997, § 29 Rdz. 26 f.

²⁹⁹ Eingehende Regelung im R.M.B.C.A. (Revised Model Business Corporation Act) §§ 13.01 ff.; dazu *Clark*, a.a.O. (Fn. 173), S. 443 ff.; aus der deutschen Literatur *Wiedemann*, a.a.O. (Fn. 53), S. 469 f.; *Merkt*, a.a.O. (Fn. 36), S. 552 ff.

³⁰⁰ Einzelheiten dazu bei *Cary/Eisenberg*, *Cases and Materials on Corporations*, 1988, S. 1166 ff.; *Merkt*, a.a.O. (Fn. 36), S. 566 f.

den im Umwandlungsgesetz vorgesehenen Fällen ist zwingend ein Barangebot zu unterbreiten. Bei Erwerb einer kontrollierenden Beteiligung soll dem Erwerber demnächst ein Gesamtübernahmeangebot zur Pflicht gemacht werden³⁰¹. Nicht vorgesehen ist dagegen bisher ein Austritts- und Abfindungsrecht bei der Vermögensübertragung gemäß § 179a AktG³⁰², bei der „Umwandlung“ einer börsennotierten in eine nichtbörsennotierte Gesellschaft auf Veranlassung des Mehrheitsaktionärs³⁰³ oder bei ähnlich weitreichenden Struktur- und Satzungsänderungen. In den bisher geregelten Fällen gilt, ähnlich dem amerikanischen Recht, das *Prinzip des (eingeschränkten) Vorrangs* dieses Rechtsbehelfs: Im Vertragskonzern und bei Eingliederung kann der dissentierende Aktionär nicht mit der Anfechtungsklage geltend machen, daß der Abschluß des Vertrages dem Mehrheitsaktionär einen Sondervorteil beschert (§§ 304 Abs. 3 S. 2, 320b Abs. 2 S. 1 AktG); Einwendungen gegen die Angemessenheit der Abfindung sind nicht durch Anfechtungsklage, sondern in einem besonderen Spruchstellenverfahren (§§ 305 Abs. 5, 306, 320b Abs. 2 AktG) zu erheben. Ebenso sieht das Umwandlungsgesetz ein besonderes Spruchverfahren zur Bestimmung einer angemessenen Abfindung vor; die Anfechtungsklage ist insoweit ausgeschlossen (§§ 32, 34, 210, 212, 305 ff. UmwG).

Die Vorteile dieser Technik liegen auf der Hand: Der dissentierende Aktionär, dem ein solcher Rechtsbehelf nicht zur Verfügung steht, muß versuchen, den betreffenden Hauptversammlungsbeschluß mit der Anfechtungsklage zu Fall zu bringen und sich dann u.U. seine Beteiligung im Vergleichswege abkaufen zu lassen. Die Anfechtungsklage wird funktionswidrig eingesetzt, um ein anderes Ziel zu erreichen. Die betreffende Gesellschaft sieht sich dadurch vor das Problem gestellt, daß als notwendig oder sinnvoll erkannte Maßnahmen u.U. auf Jahre hinaus durch Anfechtungsklagen blockiert oder zumindest in Frage gestellt werden. Die Einrichtung des Spruchverfahrens trennt den Streit um die Abfindung von der Frage der Wirksamkeit der beschlossenen Maßnahme, gibt dem dissentierenden Aktionär einen zielgenaueren Rechtsbehelf, und stellt für die Gesellschaft die Wirksamkeit des Beschlusses außer Frage, soweit und solange nicht auch dieser aus weiteren Gründen angefochten worden ist. Hinzu kommt, daß im Spruchverfahren, anders als beim Vergleich des Anfechtungsklägers mit der Gesellschaft, die Vertretung der nicht am Verfahren beteiligten Aktionäre am Verfahren und am Ergebnis durch die Bestellung des gemeinsamen Vertreters (§§ 306 Abs. 4 S. 2, 308 UmwG) sichergestellt ist³⁰⁴. Dies spricht dafür, in geeigneten Fällen diesen Rechtsbehelf an die

³⁰¹ Vgl. Baums, a.a.O. (Fn. 296), S. 165, 169 ff. Derzeit ist aber u.U. der im Wege der freiwilligen Anerkennung geltende Übernahmekodex der Börsensachverständigenkommission zu beachten, dort Art. 16.

³⁰² BayObIGZ 1998, 211, 214 ff.; Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 179a Rdz. 12a; für eine analoge Anwendung umwandlungsrechtlicher Vorschriften, insbesondere der §§ 305 ff. UmwG zum Spruchverfahren, Lutter/Leinekugel, ZIP 1999, 261 ff.; dazu auch Wiedemann, ZGR 1999, 857 ff. Der amerikanische R.M.B.C.A. (Fn. 292) sieht freilich bei Vermögensübertragung mit anschließender Auflösung kein appraisal right vor; dazu Merkt, a.a.O. (Fn. 36), S. 555.

³⁰³ Baums/Vogel, in: Lutter/Scheffler/Schneider (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, 1998, S. 247, 286 f.; für einen Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft bereits *de lege lata* Vollmer/Grupp, ZGR 1995, 459, 475 f.; Grupp, Börseneintritt und Börsenaustritt, 1995, S. 183 f., 201 ff. Allerdings widerruft z.B. nach § 52a der Börsenordnung für die Frankfurter Wertpapierbörse die Zulassungsstelle die Zulassung zur amtlichen Notierung nur, wenn den Aktionären ein Kaufangebot unterbreitet wird.

³⁰⁴ Kritik an der Einrichtung eines „gemeinsamen Vertreters“ allerdings bei Hoffmann-Becking, ZGR 1990, 482, 500 und bei Wiesen, ZGR 1990, 503, 509.

Stelle der Anfechtungsklage zu setzen³⁰⁵. Die an den Spruchverfahren geübte Kritik³⁰⁶ sollte dort zu weiteren Verbesserungen Anlaß geben, kann aber die Vorteile und Notwendigkeit des in diesem Verfahren geltend zu machenden Rechtsbehelfs nicht grundsätzlich in Frage stellen.

Über diese allgemeine Empfehlung hinaus ist im vorliegenden Zusammenhang die weitere Frage zu stellen, ob die Exklusivität dieses Rechtsbehelfs weiter als bisher ausgedehnt werden kann. Die Rüge von Informations- und Auskunftsmängeln, die bisher als Anfechtungsgründe gelten und behandelt werden, sollte, soweit sie sich auf die Abfindung beziehen, künftig nur mehr im Spruchverfahren erhoben werden können. Darauf ist unten zurückzukommen³⁰⁷.

d) Ausgleichszahlungen und Bewertungsrügen

Das geltende Recht setzt den vorrangigen Rechtsbehelf des Spruchverfahrens außer in den genannten Abfindungsfällen auch dort ein, wo Aktionäre Ausgleich für hinzunehmende Nachteile fordern können (§§ 304, 306 AktG; 15 Abs. 1, 125, 196 UmwG); ferner, wenn sie bei einer Verschmelzung oder sonstigen Umwandlung geltend machen, daß das Umtauschverhältnis ihrer Anteile zu niedrig bemessen sei (§§ 15, 196 UmwG). Auch in diesen Fällen ist die Anfechtungsklage insoweit, wie das Spruchverfahren zur Verfügung steht, ausgeschlossen (§§ 304 Abs. 3 S. 2 AktG, 14 Abs. 2, 195 Abs. 2 UmwG).

aa) Aufnehmende Gesellschaft bei Verschmelzung

Nahezu allgemein bemängelt wird allerdings, daß der Gesetzgeber das Spruchverfahren bei der Verschmelzung nur für die Aktionäre der übertragenden, nicht der aufnehmenden Gesellschaft vorsieht (§§ 14 Abs. 2, 15 Abs. 1 UmwG)³⁰⁸. Angesichts der eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers ist eine analoge Anwendung des § 14 Abs. 2 UmwG auf die aufnehmende Gesellschaft *de lege lata* ausgeschlossen³⁰⁹. Praktisch bedeutet dies folgendes: Die Aktionäre der aufnehmenden Gesellschaft können wegen eines unangemessenen Umtauschverhältnisses nur versuchen, die Verschmelzung insgesamt zu Fall zu bringen, auch wenn die Verschmelzung

³⁰⁵ Ebenso *Zöllner*, Reformbedarf (Fn. 242), S. 150; eingehende Nachweise zur Literatur hierzu bei *Rebmann*, Die Ausweitung des aktienrechtlichen Spruchstellenverfahrens, 1995.

³⁰⁶ Vgl. *Emmerich/Sonnenschein*, Konzernrecht, 6. Aufl. 1997, S. 308 ff.; *Wenger/Hecker*, Übernahme- und Abfindungsregeln am deutschen Kapitalmarkt, ifo Studien, 47. Jg., 1/1995 S. 51 ff.; *Wenger/Hecker/Knoesel*, Abfindungsregeln und Minderheitenschutz bei börsennotierten Kapitalgesellschaften, in: *Gahlen/Hesse/Ramser* (Hrsg.), Finanzmärkte, 1997, S. 93 ff. S. dazu jetzt BVerfG WM 1999, 1666 (Berücksichtigung des Börsenkurses bei Ausgleich und Abfindung) sowie BVerfG Die AG 1999, 370 (zur Dauer der Spruchstellenverfahren).

³⁰⁷ Unten e).

³⁰⁸ *Marsch-Barner*, a.a.O. (Fn. 298), § 16 Rdz. 16 („rechtspolitisch verfehlt“); *Bayer*, ZHR 163 (1999), 505, 547; *Schiessl*, Die AG 1999, 442, 446; zum RefE *Bork*, ZGR 1993, 343, 354; *Hommelhoff*, ZGR 1993, 452, 470; *Röhrich*, in: *IdW* (Hrsg.), Reform des Umwandlungsrechts, 1993, S. 70, 71; zum Diskussionsentwurf *Hoffmann-Becking*, ZGR 1990, 482, 484 ff.; zur entsprechenden Vorschrift des AktG (§ 352c AktG a.F.) bereits *Timm*, JZ 1982, 403, 410 f.; *Priester*, NJW 1983, 1458, 1463; *Hoffmann-Becking*, in: *Festschrift für Fleck*, 1988, S. 105, 123 f.; *Bayer*, Die AG 1988, 323, 324 f.; *Boujong*, a.a.O. (Fn. 245), S. 1, 14; a.A. aber *Wiesen*, ZGR 1990, 503, 507.

³⁰⁹ BGHZ 112, 9, 19 (zur entsprechenden Vorschrift des § 352c AktG a.F.).

von ihnen gewollt ist, und nur das Umtauschverhältnis bemängelt wird³¹⁰. Dafür steht ihnen dann nur die kurze Anfechtungsfrist des § 246 Abs. 1 AktG zur Verfügung, während den Aktionären der übertragenden Gesellschaft für ihre Bewertungsrüge zwei Monate nach Bekanntmachung der Eintragung verbleiben³¹¹. Es kommen die Kostennachteile des Anfechtungsprozesses im Vergleich mit dem Spruchverfahren hinzu. Für die aufnehmende Gesellschaft selbst ist die Regelung gleichfalls mißlich. Im Prinzip kann zwar die übliche Registerblockade mittels Anfechtungsklage hier durch einen Unbedenklichkeitsbeschluß beendet werden (§ 16 Abs. 3 UmwG)³¹². Das Unbedenklichkeitsverfahren ist freilich gerade hier oft wenig hilfreich, weil bei einer vom Aktionär der übernehmenden Gesellschaft im Wege der Anfechtungsklage erhobenen Bewertungsrüge so gut wie niemals ohne langwierige Sachverständigengutachten festgestellt werden kann, daß die Rüge „offensichtlich unbegründet“ ist. Es kommt dann auf das vorrangige Eintragsinteresse der Gesellschaft an (vgl. § 16 Abs. 3 S. 3 UmwG), eine Abwägung, deren Ergebnis kaum im vorhinein einzuschätzen ist. Außerdem ist die nicht unerhebliche Dauer solcher Verfahren in Rechnung zu stellen. Wird dann die Verschmelzung eingetragen, und erweist sich die Anfechtungsklage später als begründet, dann steht nur dem Anfechtungskläger ein Anspruch auf Ausgleich seines Nachteils zu (§ 16 Abs. 3 S. 6 UmwG), denn anders als im Spruchverfahren sind die übrigen Aktionäre im Anfechtungsprozeß mit begleitendem Unbedenklichkeitsverfahren nicht vertreten. Letzteres mag zwar durchaus im Interesse der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft liegen³¹³, läuft aber auf eine Ungleichbehandlung der Aktionäre der aufnehmenden Gesellschaft hinaus und eröffnet Möglichkeiten strategischen Verhaltens je nachdem, welche Folgen von den Verwaltungen bzw. dem Mehrheitsaktionär bevorzugt werden³¹⁴.

Insgesamt sind diese Folgen der Ungleichbehandlung der Aktionäre der übertragenden und der aufnehmenden Gesellschaft mißlich und sollten korrigiert werden. Die bei einem Barausgleich zugunsten der Aktionäre der aufnehmenden Gesellschaft sich ergebenden Konflikte mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 57 Abs. 1 AktG) sind lösbar. Der Gesellschaft könnte z.B. nachgelassen werden, den geschuldeten Ausgleich durch Ausgabe von Anteilen aus Gesellschaftsmitteln zu erfüllen³¹⁵. Auf die in der Literatur bereits eingehend behandelten Einzel-

³¹⁰ Nach OLG Hamm WM 1988, 1164, 1169 und LG Frankfurt/M. WM 1990, 952, 954 f. (zu § 352c AktG a.F.) soll der Verschmelzungsbeschluß von den Aktionären der aufnehmenden Gesellschaft jedenfalls dann nicht mit der Bewertungsrüge angegriffen werden können, wenn der für die Durchführung der Verschmelzung erforderliche Kapitalerhöhungsbeschluß (vgl. § 69 UmwG) nicht angefochten worden war. Dagegen etwa *Marsch-Barner*, a.a.O. (Fn. 298), § 14 Rdz. 15.

³¹¹ Allerdings hätte auch die Zweimonatsfrist den Aktionären der aufnehmenden Gesellschaft im Fall der Verschmelzung der beiden bayerischen Großbanken nicht geholfen.

³¹² Für analoge Anwendung des § 16 Abs. 3 UmwG auf verschmelzungsbedingten Kapitalerhöhungsbeschluß *Marsch-Barner*, a.a.O. (Fn. 298), § 16 Rdz. 55; *Grunewald*, in: Lutter, UmwG (Fn. 268), § 69 Rdz. 22.

³¹³ Vgl. *Schiessl*, Die AG 1999, 442, 446 f.

³¹⁴ *Upstream statt downstream merger* und umgekehrt oder auch die Einschaltung einer NewCo, auf die dann beide Gesellschaften als übertragende Rechtsträger verschmolzen werden; vgl. *Baums*, in: Festschrift für *Zöllner*, a.a.O. (Fn. 275), S. 83 f.

³¹⁵ So Handelsrechtsausschuß des DAV, Stellungnahme zum Entwurf eines Umwandlungsgesetzes, WM 1993, Sonderbeilage 2, S. 11 Rdz. 53.

heiten ist an dieser Stelle nicht einzugehen³¹⁶. Folgerichtig muß dann auch eine Anfechtungsklage gegen den Kapitalerhöhungsbeschluß, der zwecks Durchführung der Verschmelzung gefaßt wird (§ 69 UmwG), soweit sie auf § 255 Abs. 2 AktG gestützt wird, ausgeschlossen und insoweit auf das Spruchverfahren verwiesen werden³¹⁷.

bb) Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluß

Damit stellt sich die Frage, ob generell, bei jeder Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluß, die Anfechtung gemäß § 255 Abs. 2 AktG durch ein Spruchverfahren ersetzt werden sollte³¹⁸. Der rechtstatsächliche Überblick hat gezeigt, daß Kapitalmaßnahmen und darunter Kapitalerhöhungen mit Bezugsrechtsausschluß die Spitzenplätze unter den angefochtenen Beschlüssen einnehmen³¹⁹. Die Ausdehnung des Spruchverfahrens auf Kapitalerhöhungen mit Bezugsrechtsausschluß wäre zur Lösung der damit verbundenen Probleme aber nur wenig geeignet.

Zunächst einmal dürfte, vom Ergebnis her betrachtet, der Vorschlag, im Spruchverfahren den Ausgabebetrag zum Nachteil der Zeichner (oder der jeweiligen Aktieninhaber?) neu festzusetzen³²⁰, jedenfalls bei börsennotierten Unternehmen aus praktischen Gründen ausscheiden. Die zeichnenden Kreditinstitute würden ihre Ausgleichspflicht entweder weiterreichen oder einen entsprechenden Risikoabschlag vom Emittenten fordern müssen. Sollte aber, wie bei nicht voll eingezahlten Aktien (§§ 54, 65 AktG), jeder spätere Aktienerwerber auf den Ausgleich haften, dann müßte der Kapitalmarkt über die u.U. entstehende Ausgleichspflicht aufgeklärt werden³²¹ und würde dies mit entsprechenden Abschlägen bewerten. Durchsetzen ließe sich die Haftung auf den Ausgleich bei Inhaberaktien wohl nur in der Weise, daß gegen Dividendenanprüche aufgerechnet werden würde. Eine Zuzahlungspflicht über den festgesetzten Ausgabebetrag hinaus würde überdies dem Grundsatz des § 54 Abs. 1 AktG widersprechen. Nach allem käme also wohl nur in Betracht, daß die vom Bezugsrecht ausgeschlossenen Aktionäre von der Gesellschaft selbst einen Ausgleich für die von ihnen erlittenen Nachteile erhielten. Bei einer Barkapitalerhöhung würde ein Barausgleich aber, selbst wenn ausreichend freie Mittel hierfür zur Verfügung ständen, geradezu dem soeben betätigten Interesse des Unternehmens an der Zufuhr neuer barer Eigenmittel widersprechen. Vorrangig wäre deshalb ein Ausgleich durch Anteilsausgabe aus Gesellschaftsmitteln ausschließlich an die vom Bezugsrecht ausgeschlossenen Aktionäre in Betracht zu ziehen³²².

Regelmäßig dürfte damit aber dem Anliegen der Anfechtungskläger bei Barkapitalerhöhungen mit Bezugsrechtsausschluß nicht hinreichend Rechnung zu tragen sein. Denn in diesen

³¹⁶ Eingehend mit Nachweisen dazu *Rebmann*, a.a.O. (Fn. 306), S. 38 ff.; zuletzt *Bayer*, ZHR 163 (1999), 505, 548 ff.

³¹⁷ So bereits der Handelsrechtsausschuß des DAV, a.a.O (Fn. 315), S. 10 Rdz. 52.

³¹⁸ Dafür *Hirte*, Die AG 1990, 373, 375; *ders.*, ZIP 1994, 356, 360; *Schiessl*, Die AG 1999, 442, 446; eingehend jetzt *Bayer*, ZHR 163 (1999), 505, 544 ff.

³¹⁹ Oben II. 4. b) aa) (S. ...).

³²⁰ So *Hirte*, Die AG 1990, 373, 375.

³²¹ Vgl. §§ 5 Abs. 2 Nr. 1, 13, 15 Abs. 1 Nr. 8 Börsenzulassungs-VO.

Fällen richtet sich der Angriff regelmäßig nicht nur und häufig nicht einmal primär gegen den Ausgabekurs und die damit verbundene Vermögensverwässerung, sondern gegen den Bezugsrechtsausschluß überhaupt. Ferner entfällt ein Angriff gegen den Kapitalerhöhungsbeschluß durch Anfechtungsklage unter dem Gesichtspunkt der Vermögensverwässerung ohnehin, wenn der Beschluß keinen festen Ausgabebetrag, sondern z.B. bestmögliche Verwertung vorsieht³²³. Da im übrigen ein Nachteilsausgleich für die Altaktionäre den Bestand der Kapitalerhöhung voraussetzt, käme das Spruchverfahren nur in den wohl eher seltenen Fällen zum Zuge, in denen die Altaktionäre sich nicht gegen die Barkapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluß als solche, sondern ausschließlich gegen einen im Beschluß selbst festgelegten Ausgabekurs wenden würden. In allen anderen Fällen hätte es dagegen dabei zu bleiben, daß die beiden Einwendungen (Unzulässigkeit des Bezugsrechtsausschlusses und damit verbundene Quotenverschiebung einerseits und Unangemessenheit des Ausgabekurses und damit verbundene Vermögensverwässerung andererseits) nebeneinander im Anfechtungsprozeß erhoben werden können.

Bei der Sachkapitalerhöhung läßt sich dagegen auf den ersten Blick die Nähe zur Verschmelzung nicht leugnen; die mit einer Aktienemission verbundene Verschmelzung stellt gewissermaßen einen qualifizierten Fall einer Sacheinlage gegen Aktien der aufnehmenden Gesellschaft dar. Dennoch läßt sich die für die Verschmelzung zu befürwortende Trennung von Anfechtungs- und Spruchverfahren nicht ohne weiteres auf die Sachkapitalerhöhung übertragen. Bei letzterer wird ebenfalls erfahrungsgemäß neben der Bewertungsrüge regelmäßig, wenn nicht vorrangig, die Rüge erhoben, der Bezugsrechtsausschluß sei sachlich nicht gerechtfertigt³²⁴. Für die Verschmelzung dagegen ist jedenfalls bisher von der Rechtsprechung eine solche Inhaltskontrolle nicht anerkannt; in der Literatur ist sie umstritten³²⁵. Demnach würde, wie bei der Barkapitalerhöhung, auch bei der Sachkapitalerhöhung die Einrichtung eines Spruchverfahrens, in dem die Bewertungsrüge ausschließlich geltend zu machen wäre, wahrscheinlich nicht in erheblichem Ausmaß Anfechtungsklagen gegen den Bezugsrechtsausschluß erübrigen.

Wie oben ausgeführt, besteht bei der Verschmelzung das rechtspolitische Problem vor allem darin, daß die Aktionäre der aufnehmenden Gesellschaft die Festsetzung des Umtauschverhältnisses auch dann mit dem an sich ungeeigneten, weil zu breitflächigen Rechtsbehelf der Anfechtungsklage angreifen müssen, wenn sie gegen die Verschmelzung als solche nichts einzuwenden haben. Bei Bar- und Sachkapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluß, die eben ohnehin gerade im Hinblick auf den Bezugsrechtsausschluß angefochten werden, besteht das drängendere rechtspolitische Problem demgegenüber darin, daß die Anfechtungsklage regelmäßig zur Blockade der beschlossenen Maßnahme führt, weil schwierige Bewertungsfragen anstehen, und der Registerrichter im Hinblick darauf das Eintragungsverfahren aussetzt, solange eine Anfechtungsklage droht oder anhängig ist. Die Praxis versucht diesem Problem in geeigneten

³²² So auch *Bayer*, ZHR 163 (1999), 505, 551.

³²³ Vgl. nur *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 255 Rdz. 8.

³²⁴ Grundlegend BGHZ 71, 40 „Kali+Salz“; eingehend dazu *Lutter*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 5/1, 2. Aufl. 1995, § 186 Rdz. 58 ff.; *Wiedemann*, in: Großkommentar zum AktG, 4. Aufl., 5. Lief. 1995, § 186 Rdz. 134 ff.

³²⁵ *Lutter*, UmwG, a.a.O. (Fn. 268), § 13 Rdz. 31 ff.; *Kort*, a.a.O. (Fn. 222), S. 259 ff.; je m.Nachw.

Fällen auszuweichen, indem z.B. die Sachkapitalerhöhung in einer Tochter oder in einer neutralen Gesellschaft ohne anfechtungsberechtigte Minderheitsgesellschafter vorgenommen wird. Diese wird dann anschließend mit der eigentlich an der Sacheinlage interessierten Gesellschaft verschmolzen³²⁶. Derlei Umwege sind nicht nur teuer, sondern auch mit dem Vorwurf der Umgehung und Verletzung von Vorstandspflichten belastet. Eine überzeugende gesetzliche Lösung kann hier nur darin liegen, die Aussetzung der Registereintragung gemäß § 127 FGG bei Anfechtungsklagen ohne Erfolgsaussicht baldmöglichst zu beenden³²⁷.

Die Rechtsfolgen einer im Handelsregister eingetragenen, auf einem für nichtig erklärten Kapitalerhöhungsbeschluß beruhenden Kapitalerhöhung sind umstritten³²⁸. Selbst eine Rückabwicklung mit Wirkung ex nunc erscheint bei börsennotierten Gesellschaften mit großem Streubesitz kaum durchführbar. Für diese Fälle könnte entsprechend §§ 20 Abs. 2, 131 Abs. 2, 202 Abs. 3 UmwG festgelegt werden, daß Mängel der Kapitalerhöhung die Wirkungen der Eintragung (Entstehen der neuen Mitgliedschaften; Erhöhung der Kapitalziffer) unberührt lassen. Ergänzend wäre dann entsprechend § 16 Abs. 3 S. 6 UmwG festzulegen, daß der Anfechtungskläger bei Erfolg der Anfechtungsklage nicht mehr Naturalrestitution, sondern nur mehr Ersatz des Schadens fordern kann, der ihm aus der vor der Entscheidung über seine Anfechtungsklage auf Betreiben des Vorstands eingetragenen Kapitalerhöhung entstanden ist. Der Nachteil dieser Lösung läge freilich darin, daß sie nur dem Anfechtungskläger helfen würde, nicht den übrigen in gleicher Lage befindlichen Aktionären, die keine Anfechtungsklage erhoben haben.

Hat der Vorstand bei einer genehmigten Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluß die jungen Aktien zu einem unangemessen niedrigen Betrag ausgegeben, dann kann dieses pflichtwidrige Verhalten des Vorstands zum Gegenstand einer Unterlassungsklage (soweit noch möglich) oder einer Feststellungsklage gegen die Gesellschaft gemacht werden und darüber hinaus zu Schadenersatzklagen gegen den Vorstand Anlaß geben (unten D.-F.).

e) Informationsmängel und Spruchverfahren

Die Vorschriften über Abfindung oder Ausgleich durch Spruchverfahren (oben c, d) schließen die Anfechtung, soweit sie auf andere Gründe als die dort ausdrücklich genannten gestützt wird, nicht aus. Der Ausschluß der Anfechtung läßt sich deshalb einfach umgehen, nämlich indem die Verletzung von Informations-, Auskunfts- oder Berichtspflichten im Zusammenhang mit Ausgleichs- und Abfindungsansprüchen oder der Berechnung des Umtauschverhältnisses gerügt wird. Auf diesem Wege läßt sich die an sich ausgeschlossene Anfechtbarkeit leicht wieder herstellen. Die Klage gegen einen Verschmelzungsbeschluß z.B. kann etwa damit begründet werden, das Umtauschverhältnis oder die vorgesehene Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger seien im Verschmelzungsbericht, § 8 UmwG, nicht hinreichend begrün-

³²⁶ Vgl. Baums, Festschrift für Zöllner, a.a.O. (Fn. 275), S. 68 f.

³²⁷ Dazu unten V. 5. a) (S. ...).

det oder erläutert worden. Die Rechtsprechung läßt dies zu³²⁹. Im Schrifttum, das der Rechtsprechung *de lege lata* zustimmt³³⁰, wird dies als rechtspolitisch unschlüssig bezeichnet³³¹. Letztlich erweist sich das Prinzip des (eingeschränkten) Vorrangs des Spruchverfahrens als weitgehend unwirksam, solange Anfechtungsklagen mit entsprechenden Informationspflichtverletzungen begründet werden können.

Richtig ist zwar, daß die Information über die Bewertung der Unternehmen und die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses regelmäßig auch die Entscheidung darüber beeinflussen dürften, ob ein Aktionär der Verschmelzung zustimmt. Wäre ihm die betreffende Auskunft richtig erteilt oder die fehlende Information im Vorstandsbericht gegeben worden, dann hätten er und weitere Aktionäre vielleicht gegen den Verschmelzungsschluß gestimmt, weil der fachunkundige Laie bei seiner Entscheidung häufig nicht die grundsätzliche Zustimmung zur Verschmelzung von der Frage der Annahme oder Ablehnung des Umtauschverhältnisses trennen wird. Wie aber allgemein bei einer Informations- oder Auskunftspflichtverletzung nicht darauf abgestellt wird, ob die Mehrheit den Beschluß bei richtiger Auskunft gleichwohl gefaßt hätte, sondern nach einem objektiven Maßstab geurteilt, nämlich danach gefragt wird, wie ein objektiv urteilender, informierter Aktionär abgestimmt haben würde, wenn die Auskunft ordnungsgemäß erteilt worden wäre³³², sollte auch hier auf eine objektive Beurteilung abgestellt werden. Wenn ein objektiv urteilender Aktionär zu dem Ergebnis gelangt wäre, daß die fehlende oder falsche Information ihn nicht von der Zustimmung zur Verschmelzung abzuhalten brauchte, weil seinen Interessen durch Korrektur des Umtauschverhältnisses hinreichend Rechnung getragen werden könne, sollte nur das Spruchverfahren, nicht dagegen eine hierauf gestützte Anfechtungsklage in Betracht kommen. Angesichts der Häufigkeit, mit der in Anfechtungsklagen die Verletzung von Berichts- und Auskunftspflichten gerügt wird³³³, ließe eine solche Regel eine erhebliche Entlastung namentlich beim Abschluß von Unternehmensverträgen und Umwandlungsvorgängen aller Art erwarten.

Gegen eine solche Regel ließe sich zunächst einwenden, daß eine solche nachträgliche Beurteilung die Gerichte überfordere und überdies für den rechtsuchenden Aktionär zu Abgren-

³²⁸ Vgl. *Zöllner*, Die AG 1993, 68 ff.; *Krieger*, ZHR 158 (1994), 35, 47 ff.; *Zöllner/Winter*, ZHR 158 (1994), 59 ff.; *U. Huber*, in: Festschrift für Claussen, 1997, S. 147 ff.; *Kort*, a.a.O. (Fn. 222), S. 193 ff.; *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 248 Rdz. 7a.

³²⁹ BGH ZIP 1990, 168, 170 (zu § 352c AktG a.F.); BGHZ 122, 211, 238 (zu § 304 Abs. 3 S. 2 AktG); BGH Die AG 1995, 462, 463 (zu § 305 Abs. 5 S. 1 AktG); OLG Düsseldorf NZG 1999, 565, 568 (zu § 14 UmwG); weitere Nachweise bei *Marsch-Barner*, a.a.O. (Fn. 298), § 14 Rdz. 14.

³³⁰ *Bork*, in: Lutter, UmwG, a.a.O. (Fn. 268), § 14 Rdz. 15; *Marsch-Barner*, a.a.O. (Fn. 298), § 14 Rdz. 14.

³³¹ *Bork*, ZGR 1993, 343, 354; *Boujong*, a.a.O. (Fn. 245), S. 1, 14; *Hommelhoff*, ZGR 1993, 452, 471; *Röhricht*, a.a.O. (Fn. 308), S. 68; *Zöllner*, Reformbedarf, a.a.O. (Fn. 242), S. 155; *H.P. Westermann*, ZHR 156 (1992), 203, 225 (sämtlich zum Entwurf des UmwG); zum geltenden Recht *Engelmann*, Die Spaltung von Aktiengesellschaften nach dem neuen Umwandlungsrecht, 1995, S. 445 ff.; *Rebmann*, a.a.O. (Fn. 305), S. 91 ff.; *Marsch-Barner*, a.a.O. (Fn. 298), § 14 Rdz. 14; *Heckschen*, in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Loseblattsammlung, Bd. 2, 44. Lief. 1998, § 14 Rdz. 42; a.A. *Bayer*, ZGR 1995, 613, 617 f.; *ders.*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion, a.a.O. (Fn. 246), S. ...; *Lutter*, UmwG, a.a.O. (Fn. 268), § 8 Rdz. 52.

³³² BGHZ 119, 1, 18 f. und BGHZ 122, 211, 238 ff. (zur Auskunftspflichtverletzung); BGHZ 107, 296, 306 ff. (zum fehlerhaften Verschmelzungsbericht); weitere Nachweise bei *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 243 Rdz. 17 f.

³³³ S. oben II. 4. b) bb) (S. ...).

zungsschwierigkeiten führe, da nicht mehr eindeutig zu bestimmen sei, welches Rechtsmittel (Anfechtungsklage oder Spruchverfahren) gegeben sei. Dem wäre entgegenzuhalten, daß die Gerichte auch sonst die Anfechtbarkeit wegen Informationspflichtverletzungen (ex post) aus der Sicht eines „objektiv urteilenden Aktionärs“, der Kenntnis von allen für die Beurteilung maßgebenden Umständen hatte, bejahen bzw. verneinen und damit über den Erfolg der Anfechtungsklage befinden. Praktisch wird sich für den rechtsuchenden Aktionär kein Rechtsschutzproblem ergeben. Rügt er z.B. mit der Anfechtungsklage neben der Verletzung von Informationspflichten, die sich auf die Wirtschaftlichkeit der Verschmelzung und damit auf ihr „Ob“ beziehen, auch die Verletzung von Informationspflichten, die sich auf die Höhe des Umtauschverhältnisses beziehen, ist die Anfechtungsklage insoweit unbegründet, da die letztere Information, wäre sie rechtzeitig, richtig und vollständig erteilt worden, einen objektiv urteilenden Aktionär regelmäßig nicht von der Zustimmung zur Verschmelzung abgehalten, sondern allenfalls Anlaß gegeben hätte, das Spruchverfahren zu beschreiten. Erhebt der Aktionär dagegen von vornherein nicht die Anfechtungsklage, sondern beantragt er das Spruchverfahren, dann stellt sich die Frage, ob die Erteilung einer falschen oder unvollständigen Information einen Anfechtungsgrund darstellt oder nicht, und damit das angedeutete Abgrenzungsproblem ohnehin nicht.

Ferner könnte man einwenden, daß z.B. der Verschmelzungsbericht dem Aktionär auch die Entscheidung erleichtern solle, ob ein Spruchverfahren wegen der Festsetzung des Umtauschverhältnisses überhaupt aussichtsreich erscheine. Dieser Zweck werde aber verfehlt, wenn insoweit Angaben fehlten oder sogar falsche Angaben gemacht würden. Eine solche ex post-Betrachtung trifft aber nicht den richtigen Punkt. Sicher ist der Zweck der Informationspflicht verfehlt, wenn die erforderlichen Angaben fehlen oder sogar falsche Angaben gemacht werden. Entscheidend kommt es aber nicht darauf, sondern auf die Praeventivwirkung der angedrohten Sanktion an. Von daher betrachtet stellt die Drohung mit der Anfechtbarkeit zweifellos eine scharfe Waffe dar, während es sich bei dem Spruchverfahren nicht eigentlich um eine unmittelbare Sanktion für fehlerhafte Information, sondern für unrichtige Bemessung des Umtauschverhältnisses (oder einer Abfindung oder eines geschuldeten Ausgleichs) handelt. Die Sanktion für die Verletzung von Informationspflichten, die sich auf Abfindung, Ausgleich bzw. ein Umtauschverhältnis beziehen, besteht vor allem in der in Betracht kommenden Schadensersatzhaftung der Verwaltungsorgane, wenn der Aktionär durch eine schuldhaft falsche oder unvollständige Auskunft davon abgehalten worden ist, rechtzeitig Erhöhung des Umtauschverhältnisses, Abfindung bzw. Ausgleich zu beantragen³³⁴. Davon abgesehen kann das Gericht im Spruchverfahren, in dem das Amtsermittlungsprinzip gilt (§ 12 FGG), die für den geltend gemachten Anspruch erforderlichen Tatsachen feststellen. Der Aktionär bzw. der gemeinsame Vertreter braucht nicht von vornherein einen bezifferten Antrag zu stellen³³⁵. Die Kosten hat insbesondere bei Informationsmängeln die Antragsgegnerin auch dann zu tragen, wenn sich der Antrag im nachhinein als unbegründet erweist, z.B. weil die zur Antragsbegrün-

³³⁴ Für die übertragende Gesellschaft s. § 25 UmwG; im übrigen zur unmittelbaren Haftung der Verwaltungsmitglieder Aktionären gegenüber unten E.

³³⁵ *Meister/Klöcker*, in: Kallmeyer, a.a.O. (Fn. 298), § 307 Rdz. 6.

derung erforderlichen Tatsachen nicht bekannt waren (§§ 307 Abs. 7 S. 7 AktG; 312 Abs. 4 S. 1 UmwG). Nach allem erscheint der Rechtsschutz des Aktionärs hinreichend sichergestellt, wenn die Informationspflichten der Verwaltung funktionsbezogen unterschieden werden, und ihre Verletzung dementsprechend unterschiedlich sanktioniert wird.

Es bleibt die Frage, ob insoweit der Gesetzgeber tätig werden sollte, oder ob auf eine Änderung der Rechtsprechung gesetzt werden kann. Bei der Beratung des Umwandlungsgesetzes hatte der Bundesrat vorgeschlagen, in § 14 Abs. 2 UmwG nach den Wörtern „zu niedrig bemessen“ die Wörter „oder das Umtauschverhältnis nicht hinreichend erläutert worden“ einzufügen³³⁶. In ihrer Gegenäußerung hat die Bundesregierung diesen Vorschlag abgelehnt mit der Begründung, das Spruchverfahren biete keinen ausreichenden Schutz, da im konkreten Fall nicht sicher sei, daß dieses Verfahren im Ergebnis zu einer Verbesserung des Umtauschverhältnisses führe³³⁷. Im Hinblick darauf ist der Vorschlag des Bundesrates nicht ins Gesetz aufgenommen worden. Das Bedenken der Bundesregierung, daß das Umtauschverhältnis betreffende Informationspflichtverletzungen u.U. ohne jede Sanktion bleiben und damit in größerem Umfang als bisher mißachtet werden könnten, ist, wie ausgeführt, nicht begründet. Wegen der eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers sind aber die Gerichte gehindert, von sich aus ihre Rechtsprechung in dem vorgeschlagenen Sinne zu ändern. Es wird daher eine entsprechende gesetzliche Regelung empfohlen.

10. Allgemeine Informationsmängel

Die vorstehenden Erwägungen leiten zu der allgemeineren Frage über, ob statt der Anfechtungsklage andere, von der Rechtsfolge her angemessenere Sanktionen für Auskunfts- und Informationspflichtverletzungen vorgesehen werden können. *Zöllner* hat 1994 festgestellt, Informationspflichtverletzungen hätten in den Anfechtungsprozessen der letzten 10 Jahre nicht nur im klägerischen Vorbringen, sondern auch in den Urteilsgründen eine zentrale Rolle gespielt³³⁸. Unsere rechtstatsächliche Erhebung hat dies in vollem Umfang bestätigt³³⁹. Überlegungen zur Reform der Anfechtungsklage haben sich daher vor allem auch hiermit zu beschäftigen.

a) Informationspflichtverletzungen als Anfechtungsgründe

Auskunftspflichtverletzungen sind leicht zu behaupten und im übrigen durch entsprechende Ausübung des Fragerechts auch einfach zu provozieren. Demgemäß spielen sie im klägerischen Vorbringen in Anfechtungsprozessen eine wesentliche Rolle. Die Gerichte sehen in der Verletzung von Auskunftsrechten häufig den tragenden Anfechtungsgrund. Gerügt werden Verletzungen des allgemeinen Auskunftsanspruchs nach § 131 AktG, wonach jedem Aktionär auf

³³⁶ Vgl. *Ganske*, Umwandlungsrecht, 2. Aufl. 1995, S. 64.

³³⁷ Vgl. *Ganske*, a.a.O., S. 65.

³³⁸ *Zöllner*, Reformbedarf, a.a.O. (Fn. 242), S. 151.

³³⁹ Oben II. 4. b) bb) (S. ...).

Verlangen in der Hauptversammlung vom Vorstand Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben ist, soweit sie zur sachgerechten Beurteilung von Gegenständen der Tagesordnung erforderlich sind. Bei unberechtigter Verweigerung und Erteilung falscher oder unvollständiger Auskünfte ist der betreffende Hauptversammlungsbeschluß nach geltendem Recht stets anfechtbar³⁴⁰.

In vielen Fällen stellt das Gesetz im Zusammenhang mit grundlegenden Maßnahmen zusätzlich umfassende Berichtspflichten auf. Dies betrifft namentlich Umstrukturierungen nach dem Umwandlungsgesetz. Hier sind etwa die Pflicht zur Aufstellung von Verschmelzungs- und Verschmelzungsprüfungsbericht gemäß §§ 8, 12 UmwG sowie die Bekanntmachungs- und Auslegungspflichten nach §§ 61, 63 UmwG eine erhebliche Fehlerquelle. § 186 Abs. 4 S. 2 AktG verlangt einen Bericht zur Begründung eines Bezugsrechtsausschlusses und des vorgesehenen Ausgabebetrages. §§ 293a und e AktG fordern die Aufstellung eines Berichtes über einen Unternehmensvertrag sowie einen entsprechenden Prüfungsbericht. Berichts- und Auslegungspflichten bestehen daneben etwa nach § 175 Abs. 2 AktG im Zusammenhang mit der Erläuterung des Jahresabschlusses. Verletzungen der genannten Vorschriften begründen die Anfechtbarkeit³⁴¹. Eine Heilung fehlerhafter Berichte durch mündliche Erläuterungen in der Hauptversammlung kommt nach h.M. nur in ganz engen Grenzen in Betracht³⁴². In diesen Fällen, insbesondere bei der Verschmelzung, werden Anfechtungsklagen in erster Linie auf die Verletzung der speziellen Berichtspflichten gestützt und flankierend auf die Verletzung der allgemeinen Auskunftspflicht. Entsprechende Rügen sind vor allem bei „Berufsaktionären“ beliebt.

b) Funktionen der Auskunfts- und Berichtspflichten

Zum Für und Wider des Inhalts der erwähnten Informationspflichten im einzelnen und damit zu der Frage, ob Anfechtungsklagen durch Einschränkungen einzelner materieller Auskunftspflicht oder Berichtspflichten erübrigt werden können³⁴³, ist hier nicht Stellung zu nehmen. Hier geht es lediglich um die Frage, ob die Anfechtung wegen Informationspflichtverletzung durch einen anderen Rechtsbehelf zu ersetzen oder sonst in genereller Weise einzuschränken ist. Dabei ist im Auge zu behalten, daß das Recht des Aktionärs, über seine Gesellschaft Informationen zu erhalten, zum verfassungsrechtlich geschützten Kern seiner Mitgliedschaft gehört³⁴⁴. Umgekehrt rechnet hierzu freilich auch, daß die Gerichte einer mißbräuchlichen Handhabung des Fragerechts durch einzelne Aktionäre entgegentreten³⁴⁵. Jede Äußerung hierzu hat sich zu-

³⁴⁰ S. nur Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 131 Rdz. 44.

³⁴¹ Vgl. nur Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 243 Rdz. 18; Lutter, UmwG, a.a.O. (Fn. 268), § 8 Rdz. 51; § 12 Rdz. 16; Marsch-Barnert, a.a.O. (Fn. 298), § 8 Rdz. 33; § 61 Rdz. 3; § 63 Rdz. 9; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktienkonzernrecht, 1998, § 293a Rdz. 25.

³⁴² Nachweise bei Preisenberger, Die Heilbarkeit fehlerhafter Vorstandsberichte nach Aktien- und Umwandlungsrecht. Jur. Diss. Tübingen 1999, S. 118 ff.

³⁴³ Dazu Zöllner, Reformbedarf (Fn. 242), S. 152.

³⁴⁴ BVerfG ZIP 1999, 1978; BVerfG ZIP 1999, 1801.

³⁴⁵ BVerfG ZIP 1999, 1798.

nächst der Funktionen der Auskunfts- und Berichtspflichten zu vergewissern. Anderenfalls droht die Gefahr, daß rechtspolitische Vorschläge zu kurz greifen.

Drei Funktionen lassen sich insoweit unterscheiden:

Erstens, Auskunfts- und Berichtspflichten der Verwaltung den Aktionären gegenüber sollen diesen ermöglichen, die Tagesordnungspunkte, über die zu beschließen ist, sachgemäß beurteilen zu können (vgl. § 131 Abs. 1 AktG). Die Hauptversammlung soll sachgerechte Beschlüsse auf der Grundlage der notwendigen Informationen fassen können. Diese Funktion zielt auf die Zustimmung zum Beschluß und auf seinen Inhalt ab.

Zweitens. Die zweite Funktion ist in ihrer Bedeutung vor allem auch von der Rechtsprechung immer wieder hervorgehoben worden und hat zu der Regelung des § 243 Abs. 4 AktG Anlaß gegeben. Für deutsche Aktiengesellschaften nicht untypisch ist, daß die einfache und häufig auch die für Satzungsänderungen und andere Strukturmaßnahmen erforderliche qualifizierte Mehrheit an Stimmen und Kapital einem Großaktionär, meist einem herrschenden Unternehmen, zustehen. Dieser Mehrheitsaktionär ist nicht auf die gesetzlichen Auskunfts- und Berichtspflichten der Verwaltung in der im Gesetz vorgesehenen Form angewiesen. Selbst wenn die von der Verwaltung vor oder in der Hauptversammlung gegebenen Informationen unvollständig oder falsch sein sollten, wird er regelmäßig zutreffend informiert sein. Die oben zuerst angeführte Funktion der Information durch die Verwaltung ist hier im wesentlichen bedeutungslos, weil der Mehrheitsaktionär hierauf nicht angewiesen ist oder vielleicht sogar dabei mitgewirkt hat, daß die veröffentlichten Angaben unvollständig oder irreführend sind. Für den oder die Minderheitsaktionäre aber, für die die Information an sich erforderlich wäre, um eine sachgerechte Entscheidung treffen zu können, ist diese auf das Zustandekommen des Beschlusses und seinen Inhalt abzielende Funktion faktisch gleichfalls ohne Bedeutung, weil sie ohnedies den Beschluß regelmäßig weder inhaltlich verändern noch durch Stimmabgabe zu Fall bringen können. Ein Informationsmangel ist bei einer solchen Anteilseignerstruktur nicht "kausal" für den Beschluß, weil auch bei vollständiger oder richtiger oder rechtzeitiger Information nicht anders abgestimmt worden wäre. Dennoch ist es für eine Anfechtung, die auf die Verweigerung einer Auskunft (§ 131 AktG) gestützt wird, unerheblich, daß der Mehrheitsaktionär erklärt, die Verweigerung der Auskunft habe seine Beschlußfassung nicht beeinflusst (§ 243 Abs. 4 AktG); vielmehr hätte er auch bei richtig erteilter Auskunft ebenso abgestimmt. Die Funktion der Informationspflichten der Verwaltung besteht in einem solchen Falle eben nicht so sehr darin sicherzustellen, daß die Aktionäre eine sachgerechte Entscheidung auf informierter Grundlage treffen können. Ihre Aufgabe ist hier vielmehr, der Minderheit die Tragweite der von der Mehrheit zu treffenden Entscheidung deutlich zu machen, und damit den Boden für eigene Entscheidungen und Maßnahmen zu legen³⁴⁶. Dazu gehören die Ausübung sämtlicher Individual- und Minderheitenrechte einschließlich des Rechts zur Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses bei Eingriffen in die Position der Minderheit (§ 243 AktG), ein Antrag auf Sonderprüfung (§ 142 AktG), ein Schadenersatzbegehren (§ 147 Abs. 1, 3 AktG), oder auch die Rechte auf Abfindung bzw. Aufbesserung eines Umtauschverhältnisses in den dafür

³⁴⁶ S. dazu auch *Zöllner*, Reformbedarf, a.a.O. (Fn. 242), S. 152 f.

vorgesehenen Fällen³⁴⁷. Über diese Rechte der Minderheit und die hierfür erforderliche Information darf natürlich die Mehrheit nicht befinden, und aus diesem Grund soll es auch gleichgültig sein, ob der Mehrheitsaktionär erklärt, die Informationspflichtverletzung sei für ihn ohne Bedeutung gewesen³⁴⁸.

In beiden Fällen kann nun aus praktischen Gründen nicht in Betracht kommen, daß jede auch noch so unbedeutende Informationspflichtverletzung, die vernünftigerweise weder auf das Zustandekommen des Beschlusses und seinen Inhalt Einfluß haben (1. Funktion) noch der Minderheit Anlaß zu rechtswahrenden Maßnahmen (2. Funktion) geben konnte, als Sanktion die Anfechtbarkeit des Beschlusses nach sich zieht. Es darf, anders formuliert, nicht ausgeschlossen erscheinen, daß die Information, wäre sie richtig und vollständig gegeben worden, entweder den Beschlußinhalt oder das Beschlußergebnis beeinflusst oder der Minderheit zu rechtswahrenden Maßnahmen Anlaß gegeben hätte³⁴⁹. Die Rechtsprechung stellt, um solche unerheblichen Informationsmängel auszugrenzen, darauf ab, wie ein objektiv urteilender Aktionär sich verhalten hätte, wenn ihm zur Zeit der Beschlußfassung die geforderten Informationen bekanntgewesen wären³⁵⁰. Freilich läßt diese Formulierung den notwendigen Bezug auf die erörterten verschiedenen Funktionen der Informationspflicht nicht hinreichend deutlich werden. In der Literatur werden z.T. andere Kriterien verwendet; in den praktischen Ergebnissen unterscheiden sich die Auffassungen kaum³⁵¹.

Die *dritte* Funktion der Informationspflicht der Verwaltung bezieht sich auf börsennotierte Unternehmen. Insbesondere die schriftlichen Berichte dienen Analysten und institutionellen Investoren als Grundlage für ihre Entscheidungen. Sie werden ergänzt durch zahlreiche weitere Publizitätspflichten (Jahresabschluß, Zwischenberichte, Meldungen und Ad hoc-Mitteilungen nach WphG, Emissionsprospekte) und tragen mit diesen zusammen zur Informationseffizienz des Kapitalmarktes bei.

Die Anfechtungsklage als Sanktion für Informationspflichtverletzungen zielt vor allem auf die beiden erstgenannten Funktionen ab. Das Ziel der Kapitalmarktinformation und -effizienz dagegen kann nicht, jedenfalls nicht ausschließlich, privater Aktionärsinitiative durch Anfech-

³⁴⁷ Zu letzterem s. allerdings den Vorschlag *de lege ferenda* oben sub 9. e) (S.).

³⁴⁸ Grundlegend BGHZ 36, 121, 139 m. Anm. *Rob. Fischer* LM § 112 AktG 1937 Nr. 2/3/4. § 243 Abs. 4 AktG geht auf diese Entscheidung zurück.

³⁴⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang auch den „materiality“-Test der amerikanischen Judikatur bei falschen oder unvollständigen Angaben im proxy statement; Nachweise oben in Fn. 34.

³⁵⁰ Grundlegend BGHZ 36, 121, 140 im Anschluß an *Klauss*, BB 1957, 732, 735; s. ferner BGHZ 86, 1, 3; BGHZ 103, 184, 186; BGHZ 107, 296, 306 f.; BGH WM 1990, 140, 143; BGHZ 119, 1, 19; BGHZ 122, 211, 239; BGH Die AG 1995, 462, 463 r.Sp.

³⁵¹ Die Informationspflichtverletzung braucht sich nicht auf das Ergebnis oder den Beschlußinhalt auszuwirken zu haben, vielmehr genügt die Verletzung solcher Informationspflichten, die Partizipationsinteressen des Aktionärs schützen. Die Informationspflichtverletzung muß insoweit aber „Relevanz“ oder „Erheblichkeit“ aufweisen. Grundlegend *Zöllner*, Kölner Komm., a.a.O. (Fn. 108), § 243 Rdz. 137; eingehend *ders.*, Kölner Komm. zum AktG, Bd. 1, 1970, § 131 Rdz. 93 ff.; *ders.*, Reformbedarf, a.a.O. (Fn. 242), S. 153; *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), § 243 Rdz. 36 m.Nachw.; *Kort*, a.a.O. (Fn. 222), S. 63 ff. Abweichend *Hüffer*, in: Geßler/ Hefermehl, a.a. O. (Fn. 96), § 243 Rdz. 32; *ders.*, AktG, a.a.O. (Fn. 4), § 243 Rdz. 17: Informationspflichtverletzung ist grundsätzlich Anfechtungsgrund, wenn nicht ausnahmsweise vom Standpunkt eines vernünftigen Beurteilers zwischen dem Gesetzesverstoß und der Vernichtung des Beschlusses als Sanktion kein angemessenes Verhältnis besteht.

tungsklage überantwortet bleiben, wird aber doch, gewissermaßen als Nebenwirkung, mitgeschützt. Reformvorschläge sind vor allem daran zu messen, ob sie den beiden erstgenannten Zielen gerecht werden.

c) *Auskunfterzwingungsverfahren*

Der Anspruch des Aktionärs auf Auskunft (§ 131 AktG) ist nach § 132 AktG in einem besonderen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, dem Auskunfterzwingungsverfahren, durchzusetzen. Es entspricht heute der herrschenden Meinung und Gerichtspraxis, daß ein Aktionär einen Hauptversammlungsbeschluß auch dann mit der Begründung anfechten kann, der Vorstand habe in der Hauptversammlung eine Auskunft zu Unrecht verweigert, wenn er zuvor kein Auskunfterzwingungsverfahren nach § 132 AktG eingeleitet hat³⁵². Man könnte überlegen, das Auskunfterzwingungsverfahren entweder als ausschließlichen Rechtsbehelf bei Informationspflichtverletzungen, also Berichts- wie Auskunftspflichtverletzungen, vorzusehen oder ihm doch den Vorrang vor einer Anfechtungsklage einzuräumen.

Das *Auskunfterzwingungsverfahren als ausschließlichen Rechtsbehelf* vorzusehen, also die Anfechtungsklage bei Auskunft- und Berichtspflichtverletzungen grundsätzlich auszuschließen³⁵³, empfiehlt sich nicht. In Gesellschaften ohne ohnedies informierte Aktionäre (Publikumsgesellschaft) wäre dann nicht mehr sichergestellt, daß vor der Beschlußfassung jedenfalls die Möglichkeit bestände, die zur sachgemäßen Beurteilung der Beschlußanträge erforderlichen Tatsachen zur Kenntnis zu nehmen. Dies mag für den Kleinanleger zwar ohnehin häufig eine Überforderung sein, erübrigt die Informationsaufbereitung und -verbreitung dennoch auch für die Publikumsgesellschaft nicht, weil hier institutionelle Anleger und der Kapitalmarkt insgesamt die betreffenden Informationen aufnehmen und in Empfehlungen und Maßnahmen umsetzen. Für Gesellschaften mit informierten Aktionären, die auch über die erforderliche Mehrheit verfügen, ist die Minderheit gleichfalls nicht ausschließlich auf das Auskunfterzwingungsverfahren zu verweisen. Denn hier sollen die für die Minderheit bedeutsamen Informationen dieser ermöglichen zu beurteilen, ob sie im Hinblick darauf Maßnahmen ergreifen, z.B. Anfechtungsklage wegen einer materiellen, sie beeinträchtigenden Rechtsverletzung erheben, ein Spruchverfahren betreiben³⁵⁴, oder z.B. eine Sonderprüfung beantragen oder sonstige rechtswahrende Maßnahmen ergreifen will. Wenn die scharfe Sanktion der Anfechtbarkeit wegen Informationspflichtverletzung und damit der Druck zu sorgfältiger Berichterstattung und richtigen, vollständigen Auskünften entfielen, würden die für die angedeuteten Maßnahmen erforderlichen Informationen häufiger als bisher erst im Laufe des Auskunfterzwingungsverfahrens und damit vielfach zu spät aufgedeckt werden, um noch in der gewünschten Weise reagieren zu können.

³⁵² Grundlegend BGHZ 86, 1 ff.; Nachweise zur Literatur s. Fn. 355.

³⁵³ Dafür *Schiessl*, Die Kontrollfunktion, a.a.O. (Fn. 187), S. 14 ff.

³⁵⁴ Allerdings ist *de lege ferenda* eine Einschränkung der Beschlußanfechtung wegen Informationsmängeln, die den Gegenstand eines Spruchverfahrens betreffen, zu befürworten, oben 9. e) (S. ...).

Auch ein *Vorrang des Auskunfterzwingungsverfahrens* (§ 132 AktG) gegenüber der Anfechtungsklage in der Weise, daß die Anfechtungsklage auf eine Informationspflichtverletzung nur gestützt werden kann, wenn der Anfechtungskläger vorher oder gleichzeitig ein Auskunfterzwingungsverfahren betreibt³⁵⁵, kommt aus praktischen Gründen auch *de lege ferenda* nicht in Betracht³⁵⁶. Dies würde den Aktionär, der einen Hauptversammlungsbeschluß wegen Verletzung der Informationspflichten der Verwaltung angreifen will, zwingen, zwei getrennte Verfahren einzuleiten, nämlich das Auskunfterzwingungsverfahren und die Anfechtungsklage, die binnen Monatsfrist erhoben werden muß (§ 246 Abs. 1 AktG), obwohl der Kläger doch zu diesem Zeitpunkt nicht wissen kann, wie in dem anderen Verfahren über seinen Auskunftsanspruch entschieden werden wird. Würde die Auskunft im Erzwingungsverfahren erteilt, so wäre der Anfechtungsklage insoweit der Boden entzogen, und sie wäre nur mehr kostenpflichtig zurückzunehmen; materielle Anfechtungsgründe könnten nach Ablauf der Anfechtungsfrist nicht mehr nachgeschoben werden. Der Gesellschaft, die ein Interesse daran hat, Anfechtungsprozesse zu erübrigen oder doch rasch zu erledigen, wäre gleichfalls nicht geholfen, weil das Prozeßgericht im Interesse der Entscheidungsharmonie regelmäßig aussetzen würde (§ 148 ZPO)³⁵⁷.

d) Kausalitätserfordernis; Aufhebung des § 243 Abs. 4 AktG

Messer hat sich dafür ausgesprochen, zum Kausalitätserfordernis zurückzukehren und die Anfechtbarkeit jedenfalls bei Verschmelzungsbeschlüssen, die ein Großaktionär kraft der Höhe seiner eigenen Beteiligung allein fassen kann, zu verneinen³⁵⁸. Für den Minderheitsaktionär stellen das Spruchverfahren nach § 352c AktG (a.F.; jetzt § 14 UmwG) und das Auskunfterzwingungsverfahren nach § 132 AktG ausreichende Rechtsbehelfe bei Verletzung von Informationspflichten zur Verfügung. Der Vorteil einer solchen Regel für die betroffene Gesellschaft läge darin, daß Spruchverfahren und Auskunfterzwingungsverfahren, anders als die Anfechtungsklage, keine Registersperre (vgl. § 16 Abs. 2 UmwG) zur Folge hätten.

Messer ist jedenfalls darin beizupflichten, daß Informationsmängel, die ausschließlich den Gegenstand eines möglichen Spruchverfahrens betreffen, nicht mehr zur Beschlufanfechtung berechtigen sollten³⁵⁹. Dagegen ist die Rückkehr zur Kausalitätsprüfung in dem von *Messer* gemeinten Sinne nicht zu befürworten. Der Einwand der beklagten Gesellschaft, der Verschmelzungsbeschluß wäre auch bei vollständiger und richtiger Information gefaßt worden, ist

³⁵⁵ So die ältere Auffassung im Schrifttum, die sich insoweit auf die Gesetzesmaterialien stützen konnte; vgl. *Eckardt*, in: Geßler u.a., AktG, Bd. 2, 1973/74, § 132 Rdz. 8 ff.; *Werner*, in: Festschrift für Barz, 1974, S. 293 ff. m.w.Nachw.; *ders.*, in: Festschrift für Heinsius, 1991, S. 911, 918 ff.; *Kollhosser*, Die AG 1977, 118 ff.

³⁵⁶ Dagegen bereits *de lege lata* BGHZ 68, 1 ff.; *Zöllner*, Kölner Komm., Bd. 1 (Fn. 351), § 132 Rdz. 98; *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), § 243 Rdz. 34; *Hüffer*, a.a.O., (Fn. 4), § 132 Rdz. 2; *Lüke*, ZGR 1990, 657, 659 ff.; *Quack*, in: Festschrift für Beusch, 1993, S. 663, 668.

³⁵⁷ Zur Bindung des Prozeßgerichts an eine Entscheidung des Gerichts im Verfahren nach § 132 AktG und zur Aussetzung gemäß § 148 ZPO *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 132 Rdz. 2 m.Nachw.

³⁵⁸ *Messer*, in: Festschrift für Quack, 1991, S. 321 ff.; zustimmend *Krieger*, ZHR 163 (1999), 361 f.

³⁵⁹ Oben 9. e) (S. ..).

zwar nicht ausgeschlossen³⁶⁰, nämlich dann nicht, wenn die Informationspflichtverletzung vernünftigerweise weder auf das Zustandekommen des Beschlusses und seinen Inhalt Einfluß haben noch der Minderheit Anlaß zu rechtswahrenden Maßnahmen geben konnte³⁶¹. Hierüber sollte aber nicht hinausgegangen und der Einwand der Gesellschaft zugelassen werden, der Verschmelzungsbeschluß wäre auch bei vollständiger und richtiger Information deshalb gefaßt worden, weil der Mehrheitsaktionär selbst über die erforderlichen Informationen verfügte und deshalb nicht anders abgestimmt hätte als tatsächlich geschehen. Praktisches Ergebnis einer solchen Regel wäre nämlich, daß Auskünfte und Berichte möglichst nichtssagend ausfielen, um der Minderheit keine Angriffsfläche zu umgehenden weiteren Maßnahmen, namentlich einer Beschlufanfechtung wegen materieller Rechtsverstöße, einem Antrag auf Sonderprüfung oder sonstigen rechtswahrenden Maßnahmen zu bieten. Die Minderheit müßte sich dann häufig erst über ein nachträgliches Auskunfterzwingungsverfahren an Informationen heranarbeiten, die ihr im Zeitpunkt der Hauptversammlung zur Verfügung stehen sollten³⁶². Die mit der Beschlufanfechtung wegen Informationsmängeln einhergehende Registersperre (§ 16 Abs. 2 UmwG) kann von der verklagten Gesellschaft beseitigt werden, freilich nur, wenn die Voraussetzungen für den Erlaß eines Unbedenklichkeitsbeschlusses erfüllt sind (§ 16 Abs. 3 UmwG).

e) Sonstiges

Es sind weitere Vorschläge unterbreitet worden, die Beschlufanfechtung wegen Informationsmängeln einzuschränken. So spricht sich *Hüffer* dafür aus, bei der Frage, welche Informationsmängel zur Anfechtung berechtigten, auf das angemessene Verhältnis zwischen dem Gesetzesverstoß einerseits und der Beschlufvernichtung als Sanktion andererseits abzustellen³⁶³. Der Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit der Beschlufvernichtung liegt ein allgemeiner Gedanke zugrunde, der auch für andere Beschlufmängel zu erwägen ist³⁶⁴. Gegenüber der hier bevorzugten Ausgrenzung unmaßgeblicher Informationspflichtverletzungen³⁶⁵ dürften sich praktisch keine erheblichen Unterschiede ergeben.

Die Formel dagegen, die Anfechtbarkeit wegen Informationspflichtverletzung sollte entfallen, „es sei denn, die Antwort wäre eine solche Sensation, daß bei realistischer Würdigung ernsthaft mit einer abweichenden Beschlufassung hätte gerechnet werden müssen“³⁶⁶, berücksichtigt nicht hinreichend, daß die Funktionen der Informationspflichten sich nicht darin erschöpfen, das Beschlufergebnis zu beeinflussen³⁶⁷.

³⁶⁰ Vgl. auch BGHZ 107, 296, 307.

³⁶¹ Vgl. Text zu Fn. 349.

³⁶² Wie hier *Zöllner*, Reformbedarf, a.a.O. (Fn. 242), S. 155.

³⁶³ *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 243 Rdz. 17; *ders.*, in: Geßler/Hefermehl, a.a.O. (Rdz. 96), § 243 Rdz. 32; ebenso *Raiser*, in: Hachenburg, GmbHG, a.a.O. (Fn. 120), Anh. § 47 GmbHG Rdz. 110.

³⁶⁴ S. oben 7. (S. ...).

³⁶⁵ Text zu Fn. 349.

³⁶⁶ *Krieger*, ZHR 163 (1999), 343, 362; *Schiessl*, Die AG 1999, 442, 447.

³⁶⁷ Eingehend zu den verschiedenen Funktionen der Berichts- und Auskunftspflichten oben b).

Vorgeschlagen wird ferner, die Prüfung der schriftlichen Berichte, die bei Grundlagenbeschlüssen wie Zustimmung zur Verschmelzung, zu einer sonstigen Umwandlung, zu einem Unternehmensvertrag oder zu einem Bezugsrechtsausschluß vorzulegen sind, ausschließlich einer Behörde, etwa dem Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel, zu übertragen und die Anfechtung insoweit auszuschließen³⁶⁸. Das ist nicht zu empfehlen. Zunächst einmal läge es vielleicht näher, mit einer solchen Prüfung das Registergericht zu betrauen, dem in der Regel diese Unterlagen ohnedies einzureichen sind, und das diese Unterlagen auch bisher schon zumindest in einem formalen Sinne prüft³⁶⁹. Der Nachteil einer eingehenden materiellen Prüfung der z.T. sehr umfangreichen und komplexen Unterlagen durch eine Behörde oder das Registergericht läge in den mit einer solchen generellen, in jedem Fall anfallenden Kosten. Ob diese in jedem Fall anfallenden Kosten wirklich aufgewogen würden durch im Einzelfall wegfallende oder verkürzte Anfechtungsklagen, ist zweifelhaft. Außerdem könnten zu den für sich genommen nicht mehr angreifbaren schriftlichen Berichten mündliche Erläuterungen verlangt werden (§ 131 AktG), auf deren vermeintliche oder tatsächliche Lücken oder Fehler dann die Anfechtungsklage gestützt werden könnte. Der Anfechtungsausschluß aufgrund behördlicher Prüfung wäre leicht zu umgehen.

Zöllner plädiert dafür, daß Mängel schriftlicher Berichte nur dann die Anfechtbarkeit begründen sollten, wenn insoweit in der Hauptversammlung vergeblich Nachbesserung gefordert worden sei³⁷⁰. Dem ist für ohne Schwierigkeiten erkennbare Berichtsmängel zuzustimmen und kann dann auch bereits de lege lata Rechnung getragen werden, nämlich bei der Ausgrenzung offenbar unmaßgeblicher Informationsmängel³⁷¹.

In Frankreich haben die Aktionäre das Recht, nach Einberufung der Hauptversammlung dem Vorstand schriftliche Fragen zu den Tagesordnungspunkten einzureichen, die dann in der Hauptversammlung beantwortet werden müssen³⁷². Diese Vorschrift wird damit gerechtfertigt, sie lasse dem Vorstand mehr Zeit zur Vorbereitung. Bemängelt wird aber, daß dieses Recht durch neben der Sache liegende Fragen mißbraucht werde, und das Verlesen der Antworten in der Hauptversammlung ermüdend erscheine³⁷³. Deshalb wird daran gedacht, auch schriftliche Antworten zuzulassen und die Fragen durch Einschaltung eines unabhängigen Prüfers auf ihre Berechtigung vorzufiltern³⁷⁴. Deutsche Aktiengesellschaften könnten bereits nach geltendem Recht in ihren Satzungen vorsehen, daß Aktionäre nach Übermittlung der Tagesordnung schriftliche Fragen einreichen können, die dann schriftlich vom Vorstand beantwortet werden. Fragen und Antworten könnten auf die Web-Seite der Gesellschaft eingestellt werden, um die Information der übrigen Aktionäre zu gewährleisten. Im Hinblick darauf sollte § 131 Abs. 4 S. 1 AktG ergänzt werden. Nach § 131 Abs. 4 S. 1 AktG ist, wenn einem Aktionär wegen seiner Eigenschaft als Aktionär eine Auskunft außerhalb der Hauptversammlung gegeben worden

³⁶⁸ *Schiessl*, Die AG 1999, 442, 448.

³⁶⁹ Vgl. *Keidel/Schmatz/Stöber*, Registerrecht, 5. Aufl. 1991, passim.

³⁷⁰ Reformbedarf, a.a.O. (Fn. 242), S. 156.

³⁷¹ S. dazu Fn. 349, 350 und den dazu gehörenden Text.

³⁷² *Guyon*, Droit des affaires, Bd. 1, 10. Aufl. 1998, S. 297 f., 471 f.

³⁷³ *Guyon*, a.a.O., S. 471 f.

³⁷⁴ *Guyon*, in: Baums/Wymeersch, a.a.O. (Fn. 19), S. 101 f.

ist, diese Auskunft jedem anderen Aktionär auf dessen Verlangen in der Hauptversammlung zu geben, auch wenn sie zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung nicht erforderlich ist. Die Ergänzung sollte vorsehen, daß eine Auskunft in der Hauptversammlung entbehrlich ist, wenn sie rechtzeitig in ein von der Satzung hierfür vorgesehenes (vgl. § 23 Abs. 4 AktG) elektronisches Medium eingestellt worden und zur Zeit der nächsten Hauptversammlung dort noch abrufbar ist. Desgleichen sollte der Vorstand die Antwort auf eine mündliche, in der Hauptversammlung gestellte Frage verweigern dürfen, wenn die Frage bereits vorher schriftlich gestellt und rechtzeitig beantwortet, und die Antwort noch abrufbar ist (Ergänzung von § 131 Abs. 3 AktG). Dagegen erscheint es nicht als vertretbar, grundsätzlich nur mehr schriftliche Fragen zuzulassen (die Anfechtung nur mehr bei Nichtbeantwortung schriftlicher Fragen oder Fehlern in der schriftlichen Antwort zuzulassen). Auch das französische Recht geht nicht so weit. In jedem Fall müßte eine Ausnahme von einer solchen Regel für den Fall vorgesehen werden, daß die Frage aus von den Aktionären nicht zu vertretenden Gründen nicht vor der Hauptversammlung gestellt werden konnte, z.B. weil sie sich erst aus der schriftlichen Antwort des Vorstands als „Anschlußfrage“ ergab.

Schließlich ist auch an Schadenersatz³⁷⁵ und Bußgelder³⁷⁶ als Sanktionen für fehlerhafte Berichte und Auskünfte zu denken. Sie kämen aber immer nur bei schuldhaftem Verhalten in Betracht. Außerdem führen Auskunftspflichtverletzungen nicht jedesmal zu einem feststellbaren Vermögensschaden der Gesellschaft oder eines Aktionärs. Solche Sanktionen können die Anfechtbarkeit der Hauptversammlungsbeschlüsse als Folge erheblicher Informationspflichtverletzungen daher nicht ersetzen.

11. Reformation statt Kassation

Hält das Gericht eine Anfechtungsklage für begründet, so erklärt es den Beschluß mit gestaltender Wirkung für nichtig (§§ 248 Abs. 1, 241 Nr. 5 AktG). Das ist nicht zwingend. So erlauben etwa die Aktienrechte Frankreichs und Finnlands alternativ zur Kassation des angefochtenen Beschlusses seine unhaltliche Sanierung: Während in Finnland die Klage alternativ auf Feststellung der Unwirksamkeit oder auf Abänderung des Beschlusses gerichtet werden kann, soll das entscheidende Gericht in Frankreich Beschlüsse u.U. von sich aus abändern und damit seine Entscheidung an die Stelle des Willens der Hauptversammlung setzen können, wenn es formale oder inhaltliche Mängel feststellt³⁷⁷. Für das deutsche Recht ist die Frage, ob

³⁷⁵ Typischerweise ist in den betreffenden Fällen nicht das Vermögen der Gesellschaft, sondern unmittelbar das der Aktionäre betroffen. Zur Direkthaftung des Vorstands den Aktionären gegenüber unten E.

³⁷⁶ Erweiterung der §§ 405 AktG, 39 WphG.

³⁷⁷ Vgl. die DSW-Studie, a.a.O. (Fn. 19), S. 30 und 34; zu Frankreich *Jura Europae*, Bd. 2, 1994, 30.10, S. 49, Nr. 100. Angeführt wird eine Entscheidung der *Cour de Cassation*, die freilich einen besonders gelagerten Fall betraf. Der Gesellschaftsvertrag einer S.A.R.L. sah Festsetzung der Geschäftsführervergütung durch Gesellschafterbeschuß vor. Die Gesellschafterversammlung hatte dem klagenden Geschäftsführer, der 30 Monatsgehälter à 5000 FF geltend machte, nur den unangemessenen Betrag von 1000 FF pro Monat bewilligt. Der Kassationshof betont, daß die Zivilgerichte in einem solchen Falle nicht darauf beschränkt seien, den Beschluß der Gesellschafterversammlung z.B. wegen Mehrheitsmißbrauchs zu annullieren (*Recueil Dalloz Sirey*, 1972, 559 ff.).- Daneben kennt das französische Recht die „régularisation“, eine der Bestätigung (§ 244

dem Gericht die Befugnis gegeben werden sollte, an die Stelle des angefochtenen Beschlusses konstitutiv einen neuen zu setzen, in der Reformdiskussion der Weimarer Republik erörtert und dort verneint worden³⁷⁸. Eine solche weitreichende richterliche Gestaltungsbefugnis käme allenfalls dann in Betracht, wenn der Inhalt der gerichtlichen Entscheidung diejenige Lösung wäre, auf die der Anfechtungskläger einen Anspruch hat. Für solche Fälle bedarf es aber keiner originären Gestaltungsbefugnis des Gerichts. Hat z.B. in einer Zweimanngesellschaft der Anfechtungskläger aufgrund einer Konsortialabrede oder der Treuepflicht oder der Schadensersatzpflicht seines Mitaktionärs einen Anspruch darauf, daß ein Beschluß mit einem bestimmten Inhalt gefaßt wird, dann kann er diesen Anspruch neben der Anfechtung klageweise geltend machen. Ferner kann das zuständige Gericht bei fehlerhafter Ergebnisfeststellung durch den Vorsitzenden der Hauptversammlung mit Wirkung für und gegen jedermann das wahre Beschlußergebnis feststellen. Hierfür bedarf es eines Antrages des Anfechtungsklägers³⁷⁹. In diesem besonderen Fall darf der klagende Aktionär auf eine erneute Beschlußfassung nicht verwiesen werden, weil nicht ausgemacht ist, daß die Mehrheit für den ja tatsächlich bereits angenommenen Antrag ein zweites Mal zustande kommt. Für weitergehende richterliche Gestaltungsbefugnisse ist kein Raum.

In eine andere Richtung zielt ein Vorschlag, den *Hommelhoff* unterbreitet hat: Das Gericht der Anfechtungsklage soll sich darauf beschränken können, den Beschlußmangel zunächst festzustellen, ohne den angefochtenen Beschluß sogleich für nichtig zu erklären. Die Beteiligten könnten so im Interesse der Verfahrensbeschleunigung in die Lage versetzt werden, den mangelhaften Beschluß soweit wie erforderlich nachzubessern. Prozessuale Folge dieses Vorschlags wäre eine Zweiteilung des Anfechtungsprozesses: Primäres Ziel wäre die gerichtliche Feststellung des gerügten Fehlers, nicht jedoch die Kassation des Beschlusses. Den rechtsgestaltenden Ausspruch der Beschlußnichtigkeit könnte sich das Gericht für den Fall vorbehalten, daß der festgestellte Mangel nicht innerhalb einer bestimmten Frist beseitigt würde. Erforderlich wäre die Einführung eines besonderen Feststellungsurteils innerhalb des Anfechtungsverfahrens. Auf Antrag des Klägers oder der beklagten Gesellschaft müßte das Gericht das vorgezogene Feststellungsurteil erlassen, in dem das Bestehen oder Nichtbestehen des behaupteten Mangels festgestellt würde. Der Beschluß würde erst im zweiten Urteil, nach fruchtlosem Ablauf der im Feststellungsurteil gesetzten „Nachbesserungsfrist“, für nichtig erklärt³⁸⁰.

Hommelhoff's Überlegungen setzen vor allem bei der Verschmelzung aufgrund anfechtbaren oder angefochtenen Verschmelzungsbeschlusses an. Hier werden die Unternehmen auf einen von den beteiligten Gesellschaften festgelegten Stichtag bewertet, und es wird für diesen Stichtag das Umtauschverhältnis berechnet. Hierauf beziehen sich sodann die Verschmelzungsprüfung und der Bericht der Verschmelzungsprüfer. Ferner sind von der Einberufung der

AktG) vergleichbare Heilung vernichtbarer Beschlüsse. Das Handelsgericht hat im Hinblick darauf Fristen zu beachten und kann auch von sich aus eine Frist für einen Heilungsbeschluß setzen; *Borgmann*, a.a.O. (Fn. 19), S. 135 ff.

³⁷⁸ Vgl. Fragebogen IV. des RJM von 1929 zur Reform des Aktienrechts Nr. (149), Abdruck in: *Schubert*, a.a.O. (Fn. 214), S. 252; vgl. auch die spätere Spezialregelung in § 58 Abs. 4 DM-Bilanz-Gesetz.

³⁷⁹ S. unten VI. 2.

Hauptversammlung an u.a. die Jahresabschlüsse und die Lageberichte der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger für die letzten drei Geschäftsjahre vorzulegen (§ 63 Abs. 1 Nr. 2 UmwG). Bei der Anmeldung zum Handelsregister sind die Schlußbilanzen der übertragenden Rechtsträger vorzulegen; sie dürfen auf einen höchstens acht Monate vor der Anmeldung liegenden Stichtag aufgestellt worden sein (§ 17 Abs. 2. S. 2 UmwG). Da nun die Dauer eines Anfechtungsprozesses sich über den Ablauf eines Geschäftsjahres hinaus erstrecken könne, sei ein Bestätigungsbeschluß (§ 244 AktG) nicht mehr möglich, da dieser nur *ex nunc* wirke. Dies bedeute aber, daß nicht nur neue Unterlagen (neuere Jahresabschlüsse, Schlußbilanzen usw.) vorgelegt werden müßten, sondern es müßten demzufolge auch neue Beschlüsse in den anderen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaft(en) gefaßt werden. Infolgedessen sei der ganze Verschmelzungsvorgang auf neuer Basis zu einem ganz anderen Verschmelzungstichtag vorzunehmen. Vorzugswürdig sei demgegenüber eine Reparatur des Mangels durch heilenden Beschluß, nachdem das Gericht diesen Anfechtungsgrund durch Urteil festgestellt habe.

Das rechtspolitische Anliegen ist nicht von der Hand zu weisen. Eine praktisch bedeutsame Rolle würde ein solches Verfahren vor allem für solche Fälle einnehmen können, in denen der Registerrichter die angemeldete Verschmelzung im Hinblick auf den Anfechtungsprozeß nicht eingetragen hat und auch das Prozeßgericht es abgelehnt hat, einen entsprechenden Unbedenklichkeitsbeschluß zu erlassen (§ 16 Abs. 3 UmwG); denn ist die Eintragung der angefochtenen Verschmelzung einmal erfolgt, dann sind auch bei Aufhebung eines Verschmelzungsbeschlusses aufgrund Anfechtungsklage die Verschmelzungswirkungen nicht mehr rückgängig zu machen (§ 20 Abs. 2 UmwG). Das kassatorische Urteil gemäß § 248 AktG hat dann praktisch nur mehr Bedeutung für den Schadenersatzanspruch des Klägers (§ 16 Abs. 3 S. 6 UmwG). Die Frage ist aber doch, ob diesem rechtspolitischen Anliegen nicht schon *de lege lata* zu genügen ist. Es entspricht zwar herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur, daß ein Bestätigungsbeschluß (§ 244 AktG) *ex nunc* wirkt, weil er mit dem Ziel gefaßt wird, den zwar angefochtenen, aber vorläufig doch wirksamen Ausgangsbeschluß außer Zweifel zu stellen, ihn unanfechtbar wirksam werden zu lassen³⁸⁰. Der Bestätigungsbeschluß muß ferner seinerseits fehlerfrei sein, zumindest muß, wenn auch bei ihm Anfechtungsgründe gegeben sind, die Anfechtungsfrist verstrichen sein, ohne daß auch gegen ihn Klage erhoben worden wäre. Dies besagt aber nicht, daß dem Bestätigungsbeschluß bei Verschmelzung, wenn dieser Beschluß erst nach Ablauf des Geschäftsjahres gefaßt wird, nunmehr neue Jahresabschlüsse (vgl. § 63 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) zugrunde zu legen wären, ein neuer Verschmelzungstichtag zu wählen, daraufhin die Verschmelzungsberichte und Prüfungsberichte neu zu erstellen und insgesamt ein ganz neues Verschmelzungsverfahren fehlerfrei in Gang zu bringen wäre. Dabei würde es sich nicht mehr um eine Bestätigung der beschlossenen Verschmelzung im Sinne von § 244 AktG, sondern um eine inhaltliche Änderung und damit um eine Neuvornahme handeln. Es ist unstrittig, daß es sich nicht mehr um eine Bestätigung, sondern um eine Neuvornahme handelt, wenn der

³⁸⁰ Hommelhoff, ZGR 1990, 447, 457 ff. Der Vorschlag hat eine Parallele in der französischen „régularisation“; vgl. Fn. 377.

³⁸¹ BGH NJW 1972, 1320 f.; Zöllner, ZZP 81 (1968), 135, 140 f.; K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 5), § 244 Rdz. 3, 15 f.; Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 244 Rdz. 6 m.Nachw.

Zweitbeschluß seinem Inhalt nach von dem angefochtenen Erstbeschluß abweicht³⁸². Eine solche inhaltliche Änderung wäre aber gegeben, wenn die Verschmelzung zu einem anderen Stichtag aufgrund eines neuen Vertrages mit einem anderen Umtauschverhältnis beschlossen wird. Einem Bestätigungsbeschluß im Sinne des § 244 AktG können nur dieselben Unterlagen, der Verschmelzungsvertrag und die Berichte, zugrunde gelegt werden wie dem angefochtenen Erstbeschluß³⁸³. Es ist lediglich darauf zu achten, daß der Verfahrensfehler, der zur Anfechtung des Erstbeschlusses geführt hat, vermieden wird. § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG steht einer solchen späteren Bestätigung nicht entgegen, wenn nur die Anmeldung binnen der Achtmonatsfrist erfolgt ist. Für die Prüfung im Rahmen der Kapitalerhöhung (§ 66 UmwG) kommt es freilich nicht auf den Zeitpunkt der Anmeldung, sondern auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Tätigwerdens des Registergerichts an³⁸⁴.

Selbst wenn man sich dem nicht anschließen wollte und einen Bestätigungsbeschluß nach § 244 AktG für ausgeschlossen hielte, braucht ein Zwischenurteil, in dem der Anfechtungsgrund vorläufig festgestellt würde, um der Gesellschaft Gelegenheit zur Reparatur ihres Beschlusses zu geben, nicht vorgesehen zu werden. Maßgebend käme es dann vielmehr darauf an, den § 244 AktG oder das Umwandlungsrecht um die Möglichkeit eines solchen reparierenden Beschlusses zu erweitern. In prozessualer Hinsicht könnte man es dann dabei belassen, daß das Prozeßgericht im Rahmen der rechtlichen Erörterung (§ 139 ZPO) erkennen ließe, daß nach Ansicht des Gerichts ein der Anfechtungsklage stattgebendes Urteil in Betracht komme. Im übrigen wäre die Gesellschaft auch ohne einen Hinweis des Gerichts nicht daran gehindert, vorsorglich einen heilenden Beschluß zu fassen, dadurch der Anfechtungsklage den Boden zu entziehen, und die Wirksamkeit des Ausgangsbeschlusses außer Frage zu stellen.

³⁸² K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 5), § 244 Rdz. 6 m.Nachw.

³⁸³ Einzuräumen ist, daß die Praxis in diesem Punkt, soweit ersichtlich, von der wissenschaftlichen Literatur weitgehend im Stich gelassen wird. von Caemmerer, auf dessen Ausführungen (in: Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Alfred Hueck, 1959, S. 281 ff.) § 244 S. 1 AktG zurückgeht, erörtert den Fall einer bereits im Handelsregister eingetragenen, aber angefochtenen Kapitalerhöhung. Der Bestätigungsbeschluß kann sich in diesem Falle nur auf den ursprünglich festgelegten Ausgabebetrag beziehen, mag sich auch zur Zeit der Vornahme des Bestätigungsbeschlusses der Wert der Gesellschaft (oder der Sacheinlage bei Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluß) ganz anders darstellen. Da der bestätigte Beschluß bereits im Handelsregister eingetragen ist und keinen Anfechtungsvermerk trägt, ist fraglich, ob der Bestätigungsbeschluß seinerseits der Eintragung ins Handelsregister bedarf, um wirksam zu werden. Schwierig wird es, wenn die Hauptversammlung einer übertragenden Gesellschaft nach Eintragung der Verschmelzung (und damit nach ihrer Auflösung, § 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) noch einen Bestätigungsbeschluß fassen soll; dazu von Caemmerer, a.a.O. S. 289. Eine weitere wissenschaftliche Aufarbeitung dieses Bereichs wäre wünschenswert.

³⁸⁴ Vgl. nur Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 183 Rdz. 18.

V. Der Mißbrauch des Anfechtungsrechts

1. Rechtshistorischer Überblick

Die Befürchtung, daß die Anfechtungsklage mißbraucht werden könne, und wohl auch ihr tatsächlicher Mißbrauch haben die Anfechtungsklage seit ihrer Anerkennung begleitet und jede Reformdiskussion seither mitgeprägt. Bereits der Gesetzgeber der Aktienrechtsreform 1884 befürchtete „erpresserische und chikanöse Anfechtungsklagen“³⁸⁵. Da das Anfechtungsrecht 1884 bereits gesicherter Bestand der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts war³⁸⁶, lag das praktische Gewicht der Reform in der Begrenzung, nicht in der gesetzlichen Anerkennung des Anfechtungsrechts. Das Anfechtungsrecht habe sich als ein „zweischneidiges Schwert“ erwiesen, „welches Schikanen und Erpressungen Tür und Tor öffne“. Im Hinblick darauf wurden das Widerspruchserfordernis und die kurze Anfechtungsfrist als Voraussetzungen der Anfechtung eingeführt (Artt. 190a, 222 ADHGB). Die Aktien waren während des Prozesses bei der Gesellschaft zu hinterlegen; auf Verlangen der Gesellschaft hatte der Aktionär ihr wegen der ihr drohenden Nachteile eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit zu leisten (Artt. 190 Abs. 3, 222 ADHGB). Das Erfordernis der Hinterlegung sollte „dazu beitragen, möglicher Schikane vorzubeugen und die Erhebung der Klage zu Spekulationszwecken zu verhindern“³⁸⁷. Für einen durch unbegründete Anfechtung des Beschlusses der Gesellschaft entstandenen Schaden sollten ihr die Kläger gesamtschuldnerisch haften, sofern ihnen „böbliche Handlungsweise“ vorzuwerfen war (Artt. 190b, 222 ADHGB)³⁸⁸. Insoweit erschien es dem Gesetzgeber „ratsam, mit der Gewährung eines außerordentlichen Rechtsbehelfs auch die Folgen eines Mißbrauchs desselben hinzustellen“³⁸⁹. Praktisch erschien eine solche Haftungsvorschrift auch schon deshalb als erforderlich, weil die einzelnen Zivilrechte unterschiedliche Regelungen für einen solchen Fall enthielten; es sollte eine reichseinheitliche Haftungsgrundlage geschaffen werden.

Bei der Neuverabschiedung des HGB im Jahr 1897³⁹⁰ wurde die Regelung nur unwesentlich verändert. Das Erfordernis der Hinterlegung der Aktien während der Dauer des Anfechtungsprozesses wurde gestrichen, weil es eine sachlich nicht gebotene übermäßige Beschränkung der Verfügungsbefugnis des betreffenden Aktionärs darstelle³⁹¹. Das Recht der Gesellschaft, wegen ihr drohender Nachteile Bestellung einer Sicherheit verlangen zu können, wurde auf Fälle be-

³⁸⁵ Allgemeine Begründung zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend die KGaA und AG (1884), abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff*, a.a.O. (Fn. 116), S. 404, 467.

³⁸⁶ Vgl. *U. Huber*, a.a.O. (Fn. 3), S. 167 m.Nachw.

³⁸⁷ Allgemeine Begründung, Abdruck bei *Schubert/Hommelhoff*, a.a.O. (Fn. 116), S. 467.

³⁸⁸ Unter „böbllicher Handlungsweise“ verstand man nicht etwa Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, sondern „nur denjenigen Frevelmut, welcher sich der rechtswidrigen Folgen seines Verhaltens bewußt ist“, Allgemeine Begründung, a.a.O., S. 468. S. dazu auch ROHG 17, 296, 301 m.w.Nachw.; RGZ 1, 22. Vgl. jetzt noch § 52 GenG.

³⁸⁹ Begründung, a.a.O., S. 468.

³⁹⁰ Gesetz vom 10.5.1897, RGBl. S. 219.

³⁹¹ Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches, Reichstag, 9. Legislatur-Periode, IV. Session 1895/97, zu Nr. 632, S. 152.

schränkt, in denen die Gesellschaft dartun konnte, daß ihr gegen den Anfechtungskläger ein Schadenersatzanspruch zustehe oder erwachsen konnte³⁹².

Trotz dieser Vorkehrungen gegen mißbräuchliche Anfechtungsklagen wußte der Berichterstatter *Simon* auf dem 31. Deutschen Juristentag 1912 zu berichten, daß „selbst Juristen“ sich „für einige tausend Mark“ Anfechtungsklagen hatten abkaufen lassen³⁹³. *Hachenburg* sprach 1918 von dem „offenen Geheimnis“, daß Anfechtungsklagen „meist nur zur Erreichung anderer Zwecke“ erhoben werden³⁹⁴. Im selben Jahr führt *Rathenau* in seiner bekannten Schrift „Vom Aktienwesen. Eine geschäftliche Betrachtung“ aus: „Die Gesetzgebung überbietet sich im Schutz der Minderheiten durch Protestrechte und Anfechtungsgründe, die denn häufig zu fetten Prozessen führen“³⁹⁵. Auf dem 34. Deutschen Juristentag, der sich mit der Reform des Rechts der Generalversammlung befaßte, sprach sich der Gutachter *Pinner* dafür aus, die Anfechtungsbefugnis von einem Anteilsbesitz von 5 % des Grundkapitals abhängig zu machen und die Haftung für unberechtigte Anfechtungsklagen auf den Fall fahrlässigen Verhaltens zu erstrecken. Die gewerbsmäßige Anfechtung sei ein Geschäft geworden. Die Anfechtungskläger spekulierten darauf, daß der Registerrichter angefochtene Beschlüsse nicht eintrage; daraus entstehe den Gesellschaften großer Schaden. Die Prozeßkosten von Anfechtungsverfahren forderten zu solchen frivolen Klagen geradezu heraus³⁹⁶. In den umfangreichen Reformarbeiten gegen Ende der Weimarer Republik tauchen entsprechende Vorwürfe immer wieder auf³⁹⁷. Auch in den Vorarbeiten der Akademie für Deutsches Recht ist von den Anfechtungsklägern als „Eintagsaktionären“, „Stänkern und Erpressern“ zu lesen; in den meisten Fällen streife die Anfechtungsklage an Erpressung³⁹⁸. 1935 erließ das Reichsgericht dann das berühmt gewordene Urteil, wonach auch eine an sich begründete Anfechtungsklage dann abzuweisen sei, wenn sich die Erhebung der Klage als unzulässige Rechtsausübung darstelle, selbst wenn die Voraussetzungen des § 226 BGB (Schikaneverbot) nicht gegeben seien. Obwohl das Anfechtungsrecht des Aktionärs darauf abziele, die Wahrung der Rechts- und Satzungsordnung gegenüber Hauptversammlungsbeschlüssen durchzusetzen, handele es sich doch auch um einen individuellen Rechtsbehelf insofern, als seine Ausübung den Bindungen aus der Treuepflicht des kla-

³⁹² Dazu RGZ 123, 194; dem entsprechende Klarstellung in § 199 Abs. 4 AktG 1937.

³⁹³ Verhandlungen des 31. DJT, 1913, III. Bd., S. 444 f. Ähnlich *Flechtheim*, a.a.O. (Fn. 232), S. 5; *Pinner*, Leipziger Zeitschrift 1914, 226, der das Erheben von Anfechtungsklagen als ein Geschäft bezeichnet, das seinen Mann ernähre.

³⁹⁴ JW 1918, 17: Jeder Aktionär könne „in die Räder des Unternehmens hemmend eingreifen“ und müsse nur bei bösslicher Handlungsweise haften. In Großbetrieben gehe das Anfechtungsrecht weit über das Bedürfnis hinaus. De lege ferenda werde „eine Beschränkung dieses Rechts sehr wohl am Platze sein“.

³⁹⁵ S. 29 f.

³⁹⁶ *Pinner*, in: Verhandlungen des 34. DJT, 2. Bd., 1927, S. 629 f.; ähnlich wiederum *Hachenburg*, Verhandlungen des 35. DJT, 2. Bd., 1928, S. 44.

³⁹⁷ Vgl. die beiden Quellensammlungen hierzu: *Schubert* (Hrsg.), Quellen zur Aktienrechtsreform der Weimarer Republik (1926 – 1931), 2 Bände, 1999; *Schubert/Hommelhoff* (Hrsg.), Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik, 1987.

³⁹⁸ Vgl. die Sitzungsberichte des Ausschusses für Aktienrecht, Abdruck bei *Schubert/Schmid/Regge*, a.a.O. (Fn. 245), S. 257 ff.

genden Aktionärs und dem allgemeinen Gebot der Beachtung von Treu und Glauben unterliegen³⁹⁹.

Die Aktienrechtsreform 1937 schränkte dementsprechend das Recht zur Beschlüßanfechtung empfindlich ein. Das aus dem Führergedanken abgeleitete Postulat, dem Aktionär das Anfechtungsrecht vollständig zu nehmen⁴⁰⁰, war zwar nicht ernsthaft verfolgt worden. Eben- sowenig konnten sich die Vorschläge, die eine Mindestbesitzquote oder eine Mindestbesitzzeit forderten⁴⁰¹, durchsetzen. Eine Einschränkung von Anfechtungsklagen erhoffte man sich zunächst aus den im Vergleich zum Aktienrecht des Handelsgesetzbuches stark zurückgeschnittenen Zuständigkeiten der Hauptversammlung. Sodann sollte künftig, abweichend von der bisherigen Rechtslage, der Streitwert einer Anfechtungsklage nicht mehr ausschließlich nach dem Interesse eines Aktionärs mit wenigen Aktien bestimmt werden, sondern „sich nach den gesamten im einzelnen Fall gegebenen Verhältnissen unter Berücksichtigung des Interesses der Gesellschaft an der Aufrechterhaltung des Beschlusses“ richten (§ 199 Abs. 6 AktG 1937). Die Haftung für Schäden aus unbegründeter Anfechtung wurde auf Fälle grobfahrlässigen Verhaltens des Anfechtungsklägers erstreckt (§ 200 Abs. 2 AktG 1937).

Auch in der Folge wird in der Literatur von mißbräuchlichen Anfechtungsklagen berichtet⁴⁰². Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist, was den Vorwurf der rechtsmißbräuchlichen Ausübung des Anfechtungsrechts angeht, zunächst äußerst zurückhaltend⁴⁰³. In der Begründung des Regierungsentwurfs für das Aktiengesetz 1965 heißt es denn auch, wirklich mißbräuchliche Anfechtungsklagen seien in den letzten Jahren nicht bekanntgeworden⁴⁰⁴. Im Hinblick darauf werden die Schadensersatzpflicht des Aktionärs bei unbegründeter Anfechtungsklage und seine Pflicht zur Sicherheitsleistung für diesen Fall gestrichen. Die Streitwertfestsetzung wird neu geordnet: Entscheidend soll die Bedeutung der Klage für beide Parteien sein (§ 247 Abs. 1 S.1 AktG); es wird eine Deckelung (§ 247 Abs. 1 S. 2 AktG) und die Möglichkeit der Streitwertspaltung im Interesse des Anfechtungsklägers (§ 247 Abs. 2 AktG) eingeführt⁴⁰⁵. Der Vorschlag des Regierungsentwurfs, den entgeltlichen Abkauf von Anfechtungsrechten unter Strafe zu stellen⁴⁰⁶, wird mit der Begründung verworfen, eine solche Vorschrift habe den Nachteil, daß sie auch Vergleiche der Gesellschaft mit dem Anfechtungskläger unter Strafe stelle⁴⁰⁷.

³⁹⁹ RGZ 146, 385, 394 ff. im Anschluß an *Siebert*, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, 1934, S. 60 ff., 226 ff.; vgl. auch *dens.*, Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs (1935).

⁴⁰⁰ Vgl. die Ausführungen *Keplers* vor dem Ausschuß für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht, Abdruck bei *Schubert/Schmid/Regge*, a.a.O. (Fn. 245), S. 29, 31. Das Ausschußprotokoll verzeichnet daraufhin „allgemeines Schweigen“.

⁴⁰¹ Vgl. die Ausschußprotokolle, a.a.O., S. 257 ff.

⁴⁰² *Boesebeck*, Die AG 1963 ff.

⁴⁰³ Vgl. BGHZ 33, 175, 186 f.; BGHZ 36, 121 ff.; BGH WM 1962, 456, 457.

⁴⁰⁴ *Kropff*, a.a.O. (Fn. 70), S. 333.

⁴⁰⁵ Einzelheiten dazu oben III. 4. d) (S....).

⁴⁰⁶ § 389 Entwurf eines Aktiengesetzes, BT-Drucksache IV/171.

⁴⁰⁷ Vgl. *Kropff*, a.a.O. (Fn. 70), S. 508.

Auch in den folgenden Jahren wird von Erpressungsversuchen mit Hilfe von Anfechtungsklagen berichtet⁴⁰⁸. Bis 1987 spielte sich die Praxis des „Auskaufens“ opponierender Aktionäre weiterhin vorwiegend im Verborgenen ab. 1987 begann dann die bekannte „Mißbrauchswelle“ mit einer ganzen Reihe spektakulärer Anfechtungsverfahren. Zu nennen sind hier in erster Linie die Anfechtungsklagen gegen den Verschmelzungsbeschluß der Kochs-Adler AG mit den Dürrkopp Werken⁴⁰⁹ und der DAT mit der Altana AG⁴¹⁰ sowie die Opposition gegen den Kapitalerhöhungsbeschluß der Aachen Münchener Beteiligungs-AG zum Zweck des Erwerbs einer Beteiligung an der Bank für Gemeinwirtschaft AG⁴¹¹. In den beiden erstgenannten Fällen gaben nahezu identisch besetzte Gruppen von Kleinaktionären ihre Bereitschaft zur Rücknahme erhobener Anfechtungsklagen gegen Ausgleichszahlung unter angemessener wirtschaftlicher Berücksichtigung des „Lästigkeitswertes“ zu erkennen. Im letztgenannten Fall wurde bereits vor Klageerhebung für die Rücknahme der Widersprüche eine Summe von DM 1,5 Millionen an zwei Aktionäre bezahlt. Die Vorstände der drei genannten Unternehmen gingen nahezu zeitgleich an die Öffentlichkeit, nachdem die Börsenzeitung als Gegenmaßnahme eine Taktik des „An-den-Pranger-Stellens“ derartiger Erpressungsversuche empfohlen hatte⁴¹². Zahlreiche weitere Unternehmen folgten dieser Vorgehensweise⁴¹³. Die Öffentlichkeit war sensibilisiert⁴¹⁴. Ebenso war es die Fachwelt, was sich in einer wahren Flut von Aufsätzen, Dissertationen⁴¹⁵ und Gerichtsentscheidungen in den Jahren 1988 bis 1991 widerspiegelte.

Nur scheinbar ebte die „Mißbrauchswelle“ in den Jahren nach 1990 ab, nachdem der Bundesgerichtshof in der „Kochs-Adler“-Entscheidung erstmals den Einwand des Rechtsmißbrauchs gegen eine Anfechtungsklage zugelassen hatte⁴¹⁶, und im Fall der Aachen und Münchener Beteiligungs-AG die betreffenden Aktionäre zur Rückzahlung der „erpreßten“ Abfindung verurteilt worden waren⁴¹⁷. Entgegen manchen Erwartungen⁴¹⁸ hat das Phänomen der mißbräuchlichen Anfechtungsklage kein schnelles Ende gefunden. Dies belegt die rechtstatssächliche Entwicklung der letzten Jahre⁴¹⁹. Nach wie vor sind die bereits in den Jahren 1987 bis 1989 tätigen Personen aktiv. Die aktuellen Mißbrauchsfälle unterscheiden sich von denjenigen

⁴⁰⁸ Etwa *Kley*, in: v. Colbe/Lutter (Hrsg.), *Wirtschaftsprüfung heute: Entwicklung oder Reform*, 1977, S. 135; *Baums*, a.a.O. (Fn. 79), S. 160; FAZ Nr. 178 vom 3. August 1977; vgl. auch *Lutter*, ZGR 1978, 347 ff.

⁴⁰⁹ LG Bielefeld DB 1988, 385; OLG Hamm WM 1988, 1164 mit Anm. *Teichmann* WuB II A § 245 AktG 1988, 1358; BGHZ 107, 296 mit Anm. *Werner*, WuB II A § 340 AktG 1989, 1299; *Hirte*, EWIR § 246 AktG 1989 und *Teichmann* JuS 1990, 269.

⁴¹⁰ LG Köln Die AG 1988, 145; OLG Köln ZIP 1988, 1391; BGH ZIP 1989, 1388; BGH ZIP 1990, 168; BVerfG WM 1990, 755.

⁴¹¹ LG Köln ZIP 1988, 649 mit Anm. *Lutter*, WuB § 62 AktG 1988, 1134; OLG Köln ZIP 1988, 967; BGH Die AG 1992, 317.

⁴¹² Börsen-Zeitung vom 2. Juli 1987.

⁴¹³ Vgl. die Zusammenstellungen bei *Bison*, *Mißbrauch der Anfechtungsklage durch den Aktionär*, 1997, S. 343 ff. und *Timm*, in: ders. (Hrsg.), *Mißbräuchliches Aktionärsverhalten*, RWS-Forum 4, 1990, S. 9 ff.

⁴¹⁴ Etwa durch den Bericht in *Der Spiegel*, Nr. 53 vom 28. Dezember 1987, 68 f.

⁴¹⁵ Vgl. nur die Nachweise oben in Fn. 56.

⁴¹⁶ BGHZ 107, 296, 308 ff.

⁴¹⁷ BGH Die AG 1992, 317.

⁴¹⁸ Vgl. etwa *Hans Norbert Götz*, ZIP 1995, 1310, 1311 und *Künzel*, in: *Festschrift für Heinsius*, 1991, S. 425, 434.

⁴¹⁹ Siehe oben II. 4. b) (S. ...).

der Jahre 1987 bis 1989 allerdings in der konkreten Vorgehensweise beim Abschluß eines Vergleichs mit der beklagten Gesellschaft. Hier wird subtiler agiert, um den Einwand des Rechtsmißbrauchs zu vermeiden⁴²⁰. Man hat sich insofern jedoch nur der durch die höchstrichterliche Rechtsprechung veränderten rechtlichen Situation angepaßt und andere Wege gefunden, um dieselben Ziele zu erreichen. Deshalb besteht nach wie vor Handlungsbedarf, dies um so mehr, als der Mißbrauch des Anfechtungsrechts nicht selten zum Anlaß genommen wird, eine Beschränkung auch berechtigter Anfechtungsklagen zu befürworten. Sosehr es auf der einen Seite darum geht, die Rechte des Aktionärs gegen Mißbrauch von Mehrheitsmacht und Verwaltungsbefugnissen zu behaupten und, wo erforderlich, auszubauen, so notwendig ist auf der anderen Seite, den Mißbrauch der Anfechtungsklage zum Zwecke des Erzielens von Sondervorteilen, „auf die der Kläger keinen Anspruch hat und billigerweise nicht erheben kann“⁴²¹, auszuschalten.

2. Zum Begriff des „Mißbrauchs“ des Anfechtungsrechts

Rechtspolitische Vorschläge dürfen sich nicht dem Vorwurf aussetzen, der der Hauptversammlungsmehrheit oder der Verwaltung lästige Gebrauch von Aktionärsrechten werde allzu leichtfertig als „Mißbrauch“ denunziert und abgetan. Ein amerikanischer Richter hat hierzu einmal bemerkt, daß die Verwaltungsmitglieder der Aktiengesellschaften in ihrer Mehrzahl wohl jede Aktionärsklage als schikanös und erpresserisch bezeichnen würden, es sei denn, ihr Gegenstand sei vollendeter Diebstahl zum Nachteil der Gesellschaft⁴²². Insofern mögen einzelne der oben zitierten rechtspolitischen Äußerungen mit Vorsicht zu behandeln sein. Für die höchstrichterliche Rechtsprechung gilt demgegenüber, daß sie mit dem Einwand des „Mißbrauchs“ des Anfechtungsrechts außerordentlich zurückhaltend umgegangen ist und umgeht. Die ältere Rechtsprechung setzt den Mißbrauch des Anfechtungsrechts noch mit seiner erpresserischen Ausübung gleich⁴²³. Seit der grundlegenden Entscheidung im Fall „Kochs-Adler“ stellt der Bundesgerichtshof auf den „individuellen Rechtsmißbrauch“ ab⁴²⁴. Wie der Mehrheitsaktionär sein Stimmrecht dazu einsetzen kann, sich zum Schaden der Gesellschaft oder der anderen Aktionäre Sondervorteile zu verschaffen (vgl. § 243 Abs. 2 AktG), kann auch der einzelne Aktionär den ihm gegebenen Rechtsbehelf der Anfechtungsklage dazu einsetzen, sich zum Nachteil der Gesellschaft oder der anderen Aktionäre unangemessene Sondervorteile zu verschaffen. Die Anfechtungsklage, die Rechtsbehelf des abwehrenden, negatorischen Rechtsschutzes ist⁴²⁵, wird in einem solchen Fall funktionswidrig dazu eingesetzt, dem Anfechtungs-

⁴²⁰ Einzelheiten sogleich unter 3.

⁴²¹ BGHZ 107, 296, 311.

⁴²² Vgl. *Mestmäcker*, BB 1961, 945, 951.

⁴²³ RGZ 146, 385, 395; vgl. auch die oben Fn. 403 zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofes; strafbares Verhalten fordert noch OLG Hamm WM 1988, 1164 als Vorinstanz zu BGHZ 107, 296 „Kochs-Adler“; dagegen dann BGHZ 107, 296, 309. Eingehend zum Mißbrauchs begriff *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), § 245 Rdz. 53 ff.

⁴²⁴ BGHZ 107, 296, 308 ff; eingehende Darstellung bei *Henze*, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Aktienrecht, 3. Aufl. 1997, S. 390 ff.

⁴²⁵ *K. Schmidt*, in: Festschrift für Stimpel, 1985, S. 217, 221 ff.

kläger zu einem Vorteil zu verhelfen, „auf den er keinen Anspruch hat und billigerweise nicht erheben kann“⁴²⁶. Ein solcher Anfechtungskläger handelt mißbräuchlich; seine Anfechtungsklage ist auch dann abzuweisen, wenn der angegriffene Hauptversammlungsbeschluß gegen Gesetz oder Satzung verstößt (§ 243 AktG)⁴²⁷. Richtig ist zwar, daß infolgedessen die Anfechtungsklage als Mittel der Wiederherstellung der Rechts- und Satzungsordnung gegenüber Hauptversammlungsbeschlüssen ausfällt und die ihr vom Gesetzgeber zgedachte rechtswahrende Funktion nicht erfüllen kann⁴²⁸. Da aber ohnedies dem einzelnen Aktionär überlassen ist, ob er Anfechtungsklage wegen Gesetz- oder Satzungsverstößen erhebt oder nicht, und er die Klage auch zurücknehmen kann, ist die Wiederherstellung der Rechts- und Satzungsordnung ohnehin – von den Fällen des § 241 AktG abgesehen – nicht grundsätzlich gewährleistet, sondern nur dann, wenn ein hierzu befugter Aktionär tätig wird⁴²⁹. Der Anfechtungsprozeß ist kein Verfahren einer objektiven Rechtskontrolle, zu dem der Anfechtungskläger nur den Anstoß gibt, sondern ein Verfahren zur Durchsetzung einer mitgliedschaftlichen Rechtsposition, das für mißbräuchliche Ausnutzung nicht zur Verfügung steht. Der Bundesgerichtshof hebt damit auf den aus §§ 226, 242 und 826 BGB entwickelten Einwand des individuellen Rechtsmißbrauchs ab; auf die Treuepflicht, die von der Rechtsprechung auch für den Minderheitsaktionär erst seit der Girmes-Entscheidung anerkannt ist⁴³⁰, wird nicht zurückgegriffen⁴³¹. Das Verbot, Mitgliedschaftsrechte mißbräuchlich auszuüben, dürfte aber auch zum Bestand der mitgliedschaftlichen Treuepflichten⁴³² gehören, die mißbräuchliche Anfechtungsklage also auch eine treuepflichtwidrige Klage sein⁴³³. Mit Hilfe der Topoi des Rechtsmißbrauchs und der Treuepflicht soll ausgeschlossen werden, daß sich der Aktionär mit dem Einsatz der Anfechtungsklage als Hebel z.B. eine Rechtsstellung in der Gesellschaft (einen Sitz im Aufsichtsrat z.B.) oder einen vermögensmäßigen Sondervorteil verschafft, auf den er nach Gesetz, Satzung und getroffenen Verabredungen einen Anspruch nicht hatte und billigerweise nicht erheben konnte.

⁴²⁶ BGHZ 107, 296, 311.

⁴²⁷ BGH, a.a.O.; BGH Die AG 1992, 448.

⁴²⁸ Im Hinblick darauf wurde der Einwand des individuellen Rechtsmißbrauchs gegenüber der Anfechtungsklage in der älteren Literatur vereinzelt für ausgeschlossen gehalten; s. nur *Mestmäcker*, a.a.O. (Fn. 32), S. 14; *Bokelmann*, Rechtsmißbrauch des Anfechtungsrechts durch den Aktionär?, 1970; *ders.*, BB 1972, 733 ff.; *Schilling*, in: AktG, Großkommentar, Bd. 3, 1973, § 243 Anm. 25; *Meyer-Landrut*, in: Gesellschaftsrecht und Unternehmensrecht, Festschrift für Schilling, 1973, S. 235 ff.; abweichend aber trotz ähnlichen Verständnisses der Anfechtungsklage als Instrument objektiver Rechtskontrolle *Pflugradt*, a.a.O. (Fn. 239), S. 180 ff.

⁴²⁹ BGHZ 107, 296, 309 f.; eingehender *Henze*, a.a.O. (Fn. 424), S. 392; so auch bereits *Brodmann*, Aktienrecht, 1928, S. 406.

⁴³⁰ BGHZ 129, 136, 152 f.; vgl. aber auch bereits RGZ 146, 385, 395.

⁴³¹ BGHZ 107, 296, 311.

⁴³² Eingehend dazu *Wiedemann*, a.a.O. (Fn. 53), S. 431; Dreher ZHR 157 (1993), 150, 151 m.Nachw. in Fn. 11; *Henrichs*, AcP 195 (1995), 221, 242 ff.; *Henze*, in: Festschrift für Kellermann, 1991, S. 141, 143 ff.; *Lutter*, ZHR 153 (1989), 446, 452 ff.; *Fillmann*, Treuepflichten der Aktionäre, 1991; *Nehls*, Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht im Aktienrecht, 1993; *Jilg*, Die Treuepflicht des Aktionärs, 1996; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1997, S. 807 ff. m.w.Nachw.; *Guntz*, a.a.O. (Fn. 22), S. 154 ff.; kritisch *Flume*, ZIP 1996, 162 ff.

⁴³³ Vgl. *Henze*, BB 1996, 489, 491 f.; *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 432), S. 595 f. m.w.Nachw.

Über den bisher behandelten Fall des Mißbrauchs der Anfechtungsklage zum Zweck des Erlangens von Sondervorteilen hinaus sind weitere Gestaltungen denkbar, die als mißbräuchliche Ausnutzung des Anfechtungsrechts angesehen werden müßten, z.B. die Anfechtungsklage, die in alleiniger Vernichtungs- oder Schädigungsabsicht erhoben wird⁴³⁴.

Der Rechtsschutz der Gesellschaft und der übrigen Aktionäre kann nicht nur davon abhängig gemacht werden, ob das mit der Anfechtungsklage verfolgte weitere Ziel (Zahlung aus dem Gesellschaftsvermögen z.B.) angreifbar ist⁴³⁵. Auch wenn die Zahlung nicht gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt, z.B. weil sie vom Mehrheitsaktionär erbracht wird, ist der Einsatz der Anfechtungsklage zu diesem Zweck rechtsmißbräuchlich. Nicht nur die Klagerücknahme aufgrund sittenwidrigen Abfindungsvergleichs ist rechtsmißbräuchlich⁴³⁶, sondern es entfällt die Anfechtungsbefugnis; es besteht kein Anlaß, den Anfechtungsprozeß von einem anderen Kläger mit lauterer Gesinnung fortführen zu lassen⁴³⁷.

Eine „Hebelwirkung“ der Anfechtungsklage ergibt sich bei eintragungsbefürhtigen Beschlüssen dann, wenn der Registerrichter die beantragte Eintragung im Hinblick auf die erhobene oder angedrohte Anfechtungsklage aussetzt⁴³⁸. Sie kann aber auch bei Umwandlungsbeschlüssen bestehen, bei denen der Vorstand der verklagten Gesellschaft das Unbedenklichkeitsverfahren betreiben (§ 16 Abs. 3 UmwG) und so die Registersperre überwinden kann⁴³⁹. Eine Instrumentalisierung der Anfechtungsklage zu gesellschaftsfremden Zwecken kommt schließlich auch bei nicht eintragungsbefürhtigen Beschlüssen, etwa bei Entlastungsbeschlüssen, in Betracht⁴⁴⁰. Wie sich zeigen wird, reicht das rechtliche Instrumentarium bisher nicht aus, um den Mißbrauch des Anfechtungsrechts effektiv ausschließen oder auf ein Minimum reduzieren zu können.

3. Das Szenario

Die spektakulären Fälle mißbräuchlicher Anfechtungsklagen der Jahre 1987 bis 1989 brauchen hier nicht nochmals dargestellt zu werden. Sie sind hinreichend dokumentiert⁴⁴¹. Die übliche Vorgehensweise war und ist die folgende: Der oder die betreffenden Aktionäre erwerben nach Ankündigung und Veröffentlichung einer Tagesordnung mit lohnenden Beschlußgegenständen einige wenige oder auch nur eine Aktie, sofern sie nicht bereits Aktionär der Gesellschaft sind. Gegen einen auf der Hauptversammlung gefaßten Beschluß wird Widerspruch zur Niederschrift erklärt und anschließend Anfechtungsklage angedroht oder erhoben. Ein formaler Anfechtungsgrund läßt sich notfalls durch gezielten Einsatz des Fragerechts schaffen, indem

⁴³⁴ Eingehender dazu m.Nachw. *Zöllner*, Reformbedarf, a.a.O. (Fn. 242), S. 160 f. (Fn. 36).

⁴³⁵ Anders *Slabschi*, a.a.O. (Fn. 65).

⁴³⁶ Anders *Becker*, a.a.O. (Fn. 22), S. 717 f.

⁴³⁷ A.A. *Becker*, a.a.O. (Fn. 22), S. 718.

⁴³⁸ S. dazu näher unten 4. b).

⁴³⁹ Dazu unten 4. a).

⁴⁴⁰ Dazu unten 4. c).

⁴⁴¹ Verwiesen sei auf die Fallstudien bei *Bison*, a.a.O. (Fn. 413), S. 343 ff. und *Timm*, a.a.O. (Fn. 413), S. 9 ff. S. ferner *Claussen*, Die AG 1990, 156; *Hirte*, BB 1988, 1469; *Schlaus*, Die AG 1988, 113.

jeder erhaltenen Antwort neue Detailfragen nachgeschoben werden⁴⁴². In den älteren Fällen⁴⁴³ wurde dann unverhohlen auf die wirtschaftlichen Folgen eines Ausschöpfens des Klageweges, den „Lästigkeitswert“ für die Gesellschaft, und auf die eigene Vergleichsbereitschaft hingewiesen⁴⁴⁴. Die betreffenden Anfechtungskläger sind in diesem Punkt inzwischen allerdings vorsichtiger geworden. Gegen zugesagtes Wohlverhalten auf der Hauptversammlung, gegen Klageverzicht⁴⁴⁵ oder unterzeichnete Klagerücknahme werden dann Zahlungen, regelmäßig in Form von „Beratungshonoraren“⁴⁴⁶, „Aufwandsentschädigungen“, „Gutachtenhonoraren“ oder auch des Kaufpreises für die zum Erwerb angebotenen Aktien gefordert und erbracht, vorzugsweise nicht von der Gesellschaft (§§ 57 Abs. 1, 62 Abs. 1 AktG), sondern vom Mehrheitsaktionär. Dabei läßt sich die von den betreffenden Aktionären oder ihren Rechtsbeiständen, regelmäßig Kennern des Aktienrechts, bezweckte Wirkung der erhobenen Klage noch dadurch verstärken, daß eine Schutzschrift gegen die Eintragung im Handelsregister beim zuständigen Amtsgericht hinterlegt wird. Hierbei läßt sich auch ein Hinweis auf das Haftungsrisiko des Registerrichters, der nicht das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 BGB genießt, anbringen.

Den in der höchstrichterlichen Rechtsprechung und in der Literatur dokumentierten Fällen ist gemeinsam, daß die Anfechtung erfolgte, um sich die Anfechtungsklage „abkaufen“ zu lassen. Dabei mußte jeweils nach den geäußerten Erwartungen der Kläger der Preis hierfür weit über dem Betrag liegen, der an Aufwand zur Verhütung des von dem Beschluß drohenden Schadens bereits entstanden oder an Schaden zu erwarten war.

Bereits angedeutet wurde, daß die Kläger inzwischen, seit der Abweisung einer Reihe von Klagen als rechtsmißbräuchlich und auch nach der Durchführung einzelner staatsanwaltlicher Ermittlungsverfahren, deutlich vorsichtiger auftreten. Völlig überzogene Abfindungen oder Schadenersatzzahlungen, die jeder realen Grundlage entbehren, werden offen wohl nur mehr in Ausnahmefällen gefordert⁴⁴⁷. Sowohl das zahlenmäßige Ansteigen der Anfechtungsklagen seit 1994⁴⁴⁸ als auch entsprechende Berichte aus der Praxis lassen jedoch vermuten, daß das Minus in der Abfindungshöhe kompensiert wird durch eine breitere Fächerung von Widersprüchen

⁴⁴² Die außerordentliche Hauptversammlung der Daimler-Benz AG, die über den Zusammenschluß mit der Chrysler Inc. zu beschließen hatte, dauerte am 18.9.1998 bis kurz vor Mitternacht, während die parallel abgehaltene Versammlung der Chrysler Inc. nach anderthalb Stunden beendet war. Im Fall der Verschmelzung der Fried. Krupp AG Hoesch-Krupp mit der Thyssen AG wurde die HV der Krupp am späten Abend beendet, die HV der Thyssen AG nahm zwei Tage in Anspruch; ebenso die HV der Hoechst AG zum Zusammenschluß mit Rhone-Poulenc. Gegen den Beschluß der nur auf einen Tag einberufenen Hauptversammlung der Karstadt AG zur Verschmelzung mit der Schickedanz-Gruppe am 30.7.1999, die bis nach 23.00 Uhr dauerte, wurden Anfechtungsklagen erhoben, die wie üblich durch Vergleiche endeten.

⁴⁴³ Allerdings wurde noch jüngst, im Fall der Verschmelzung Krupp/Thyssen, eine entsprechende Forderung gestellt. Wie der Aufsichtsratsvorsitzende der Thyssen AG *Dr. Kriwet* in einem Pressegespräch mit der Süddeutschen Zeitung mitteilte, wurde der Gesellschaft angeboten, den Klägern die von ihnen erhobenen Klagen gegen eine „niedrige zweistellige Millionenzahl“ abzukaufen. Die Thyssen AG hat sich darauf nicht eingelassen, sondern die durch die Anfechtungsklagen ausgelöste Registersperre nach § 16 Abs. 3 UmwG beseitigen können.

⁴⁴⁴ Vgl. nur BGHZ 107, 296, 312 ff.

⁴⁴⁵ S. BGHZ Die AG 1992, 317: Zahlung von DM 1,5 Mio gegen Rücknahme der Anfechtungsklage.

⁴⁴⁶ BGH Die AG 1992, 86: „Rechtsberatung“ zum Honorar von DM 10 Mio.

⁴⁴⁷ Vgl. aber Fn. 443.

⁴⁴⁸ S. oben II. 4. b) (S....).

und Klagen. Des weiteren lassen Berichte aus der Praxis auf ein subtileres Vorgehen bei Vergleichsverhandlungen schließen. Um den Einwand des Rechtsmißbrauchs auszuschalten, werden keine unmittelbaren Abfindungszahlungen, sei es in direkter, sei es in verdeckter Form mit Hilfe von Beraterverträgen o.ä., mehr gefordert. Vielmehr wird primär, um den Schein zu wahren, Klaglosstellung durch die Gesellschaft verlangt. Dies läßt sich dadurch bewerkstelligen, daß irgendwelche – häufig für die Beschlußfassung unerhebliche und damit nicht anfechtungsrelevante – Informationen, deren Fehlen aber als Anfechtungsgrund geltend gemacht worden ist, erteilt werden sollen. Der eigentliche „Vergleich“ liegt dann in der Kostenregelung: Die Verfahrenskosten trägt stets die beklagte Gesellschaft. Was im Einzelnen hierzu zählt, ist Verhandlungssache. Angestrebt wird nicht selten ein gerichtlich protokollierter Vergleich, in dem ein verbindlicher Vergleichswert festgelegt wird⁴⁴⁹. Für dessen Höhe gilt die Streitwertdeckung des § 247 Abs. 1 S. 2 AktG nicht, denn der Kläger bedarf insoweit, als er sich selbst auf eine Streitwertvereinbarung einläßt, des Schutzes dieser Vorschrift nicht mehr. Eine Analyse verschiedener gerichtlich protokollierter Vergleiche, an deren Abschluß einzelne namentlich bekannte Berufskläger beteiligt waren, hat ergeben, daß die betreffenden Vergleichswerte regelmäßig im mehrstelligen Millionenbereich lagen (in einem einzelnen Fall bei DM 17,5 Mio). Auf der Grundlage dieser hohen Werte kann dann der Kläger seine „Kosten“ ersetzt verlangen und vollstrecken. Des weiteren wird regelmäßig vereinbart, daß die zu ersetzenden Verfahrenskosten auch die „Kosten eines Korrespondenzanwaltes“ erfassen, ohne daß deren Höhe bereits beziffert wird. Diese Verfahrensweise, mit der sich ohne weiteres sechsstellige Abfindungen gegen Klagerücknahme erzielen lassen, findet bislang die Billigung der Gerichte. In der Sache handelt es sich freilich auch dabei um Leistungen, „auf die der Kläger keinen Anspruch hat und billigerweise auch nicht erheben kann“⁴⁵⁰.

4. Die Hebelwirkung der Anfechtungsklage

Die Erfolgchancen des räuberischen Aktionärs hängen von der Erpreßbarkeit der Gesellschaft ab. Entscheidend ist, ob er der Gesellschaft glaubwürdig mit der Zufügung erheblicher Nachteile drohen kann, insbesondere, indem er die Durchführung des angefochtenen Beschlusses blockiert. In diesem Zusammenhang kommt den registerrechtlichen Folgen der Anfechtbarkeit und der erhobenen Anfechtungsklage wesentliche Bedeutung zu. Mehrere Fallgruppen sind insoweit zu unterscheiden.

a) Verschmelzung, sonstige Umwandlungen und Eingliederung

Nach § 16 Abs. 1 UmwG ist die Verschmelzung zur Eintragung in das Handelsregister jeder der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften anzumelden. Gemäß § 16 Abs. 2 UmwG haben die Vertretungsorgane der beteiligten Gesellschaften dabei zu erklären, „daß eine Klage

⁴⁴⁹ Zur Maßgeblichkeit solcher Vereinbarungen für die Anwaltskosten OLG Hamm AnwBl. 1975, 95; allgemein zum Gebührenstreitwert bei Vergleich *Stein/Jonas/Roth*, ZPO, 21. Aufl. 1992, § 3 Rdz. 62 ff.

⁴⁵⁰ So die Formel des BGH in BGHZ 107, 296, 308 – „Kochs-Adler“.

gegen die Wirksamkeit eines Verschmelzungsbeschlusses nicht oder nicht fristgemäß erhoben oder eine solche Klage rechtskräftig abgewiesen oder zurückgenommen worden ist“. Dieses sogenannte Negativattest gehört zu den formalen Eintragungsvoraussetzungen⁴⁵¹. Ohne Negativattest darf die Verschmelzung gemäß § 16 Abs. 2 S. 2 UmwG grundsätzlich nicht eingetragen werden. Es besteht eine Registersperre⁴⁵². Kraft Verweisung gilt dies auch für die Spaltung (§ 125 UmwG), bei der Vermögensübertragung für den übertragenden Rechtsträger (§ 176 Abs. 1 UmwG) und für den Formwechsel (§ 198 Abs. 3 UmwG). Eine identische Vorschrift besteht für die Eingliederung (§ 319 Abs. 5 AktG). In allen diesen Fällen steht dem opponierenden Aktionär ein Druckmittel zur Verfügung, dessen Einsatz er allein steuern kann. Nach altem Verschmelzungsrecht, das noch keine Aufhebung der Registersperre durch einen Freigabebeschuß kannte (§§ 319 Abs. 3, 345 Abs. 2 S. 1 AktG a.F.; § 24 Abs. 2 KapErhG), befanden sich die Gesellschaften in einer vom Gesetzgeber aufgebauten Falle, einer klassischen *hold out*-Situation⁴⁵³, aus der sie erst die „Hypothekenbank-Schwestern“ – Entscheidung des Bundesgerichtshofes befreit hat⁴⁵⁴. Inwieweit eine Gesellschaft heute durch die Registersperre erpreßt werden kann, hängt maßgeblich davon ab, ob und wie schnell sie einen Freigabebeschuß (§§ 16 Abs. 3 UmwG, 319 Abs. 6 AktG) erwirken kann: Gelingt es der Gesellschaft nicht, einen solchen Freigabebeschuß zu erwirken, weil das Prozeßgericht die Klage nicht für „offensichtlich unbegründet“ hält und auch ein vorrangiges Eintragsinteresse der Gesellschaft verneint, dann tritt wegen der konstitutiven Wirkung der Eintragung ein Schwebestand ein, der sich über die Dauer des gesamten Anfechtungsprozesses hinziehen und fatale wirtschaftliche Folgen für die beteiligten Rechtsträger und die hinter den Beschlüssen stehenden Aktionäre haben kann. Bei der Verschmelzung zweier Gesellschaften z.B. können nicht nur die auf Unternehmensebene geplanten Umstrukturierungen nicht vorgenommen und die daraus zu erhofften Synergien vorerst nicht realisiert werden. Es ist auch für die Aktionäre unklar, ob es letzten Endes zu dem von ihnen beschlossenen Umtausch ihrer Anteile kommt. Belegschaft und Geschäftspartner haben sich in der Regel bereits auf die Verschmelzung eingestellt. Auch in steuerlicher Hinsicht stellt sich das Problem, daß die ab dem steuerlichen Übergangsstichtag geplanten Umwandlungswirkungen u.U. nicht eintreten; z.B. kann der Verlust der einen Gesellschaft von der anderen nicht übernommen werden. Praktisch wird in einem solchen Falle wohl immer versucht werden, den Anfechtungskläger durch das Angebot einer Abfindung oder sonstiger Sondervorteile zur Rücknahme der Anfechtungsklage zu bewegen.

Anders liegt es jedenfalls in der Theorie dann, wenn es der Gesellschaft, gegen deren Verschmelzungs- bzw. Umwandlungs- oder Eingliederungsbeschuß sich die Anfechtungsklage richtet, gelingt, einen Freigabebeschuß nach § 16 Abs. 3 UmwG (§ 319 Abs. 6 AktG) zu erwirken. In diesen Fällen steht die Anfechtungsklage der Eintragung der angefochtenen Maßnahme und damit ihrem Wirksamwerden nichts mehr im Wege. Die erhobene Anfechtung wird dann zwar nicht unbegründet. Mängel einer einmal eingetragenen Verschmelzung oder sonsti-

⁴⁵¹ Bork, in: Lutter, UmwG (Fn. 268), § 16 Rdz. 9.

⁴⁵² Dazu Veil, ZIP 1996, 1065 ff.

⁴⁵³ Zur Beschreibung von *hold outs*, den mit ihnen verbundenen Ineffizienzen und dem Regulierungsbedarf in solchen Fällen etwa Cooter/Ulen, a.a.O. (Fn. 75), S. 151 f.

⁴⁵⁴ BGHZ 112, 9.

gen Umwandlung lassen aber die Wirkungen, die mit der Eintragung eintreten, unberührt (§§ 20 Abs. 2, 125, 176, 202 Abs. 3 UmwG). Selbst bei Erfolg der Anfechtungsklage kann der Kläger nicht mehr die Beseitigung der Wirkungen der Umwandlung verlangen (§§ 16 Abs. 3 S. 6, 20 Abs. 2, 125, 131 Abs. 2, 176, 198 Abs. 3, 202 Abs. 3 UmwG); er ist auf einen Schadenersatzanspruch beschränkt. In der Praxis gewährleistet diese Vorkehrung indes, wie die Erfahrungen seit Erlass des Umwandlungsgesetzes gelehrt haben, keinen ausreichenden Schutz der Gesellschaft und der hinter dem Verschmelzungsbeschluß stehenden Mehrheit vor der Erpressung durch rechtsmißbräuchlich handelnde Anfechtungskläger. Zunächst einmal kann der Anfechtungskläger die von der Mehrheit beschlossene Maßnahme nicht lediglich dann aufhalten, wenn seine Anfechtungsklage hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet, sondern schon dann, wenn seine Klage nicht offensichtlich unbegründet ist. Wann die Klage offensichtlich unbegründet ist, wird unterschiedlich beurteilt. Nach einer Auffassung ist die Unbegründetheit „offensichtlich“, wenn sie für das Prozeßgericht ohne weiteres erkennbar ist, wenn das Gericht also auf der Grundlage der unstreitigen oder glaubhaft gemachten Tatsachen ohne weitere sachliche Ermittlungen und ohne schwierige rechtliche Überlegungen zu der Überzeugung kommt, daß die Klage zweifelsfrei unbegründet ist⁴⁵⁵. Nach anderer Auffassung soll die Eindeutigkeit der Sach- und Rechtslage oder, gleichbedeutend, die Unvertretbarkeit anderer Beurteilung den Ausschlag geben⁴⁵⁶. In jedem Falle geht das *non liquet* zu Lasten der antragstellenden Gesellschaft. Sie wird deshalb nur in seltenen Ausnahmefällen⁴⁵⁷ das Gericht davon überzeugen können, daß die geltend gemachten Anfechtungsgründe sämtlich auf keinen Fall durchgreifen oder daß ein Mißbrauch der Anfechtungsklage vorliegt, was die Anfechtungsklage ebenfalls unbegründet machen würde⁴⁵⁸. Praktisch wird es deshalb regelmäßig auf die Frage ankommen, ob die Gesellschaft gegenüber dem Vorbringen des Klägers ein vorrangiges Eintragungsinteresse geltend machen kann (§§ 16 Abs. 3 S. 2 UmwG; 319 Abs. 6 S. 2 AktG). Insoweit sind nicht die Erfolgsaussichten der Klage zu prüfen⁴⁵⁹. Vielmehr ist zu unterstellen, daß die vom Kläger behaupteten und vom Gericht nicht ohne weiteres zu klärenden Beschlußmängel vorliegen. Dann ist zu fragen, ob trotz dieser Beschlußmängel ein vorrangiges Eintragungsinteresse der Gesellschaft besteht. Das ist der Fall, wenn die mit weiterem Aufschub verbundenen Nachteile so schwer wiegen, daß es gerechtfertigt erscheint, über den unterstellten Mangel hinwegzusehen, die Verschmelzung oder Umwandlung oder Eingliederung also trotzdem einzutragen und die Kläger auf Schadenersatzansprüche zu verweisen⁴⁶⁰. Die Gesetzesbegründung betont, daß

⁴⁵⁵ Bork, in: Lutter, UmwG (Fn. 268), § 16 Rdz. 19; Decher, Die AG 1997, 388, 390; ähnlich OLG Stuttgart Die AG 1997, 138, 139; LG Freiburg Die AG 1998, 536, 537; LG Hanau WM 1996, 66, 68; LG Duisburg NZG 1999, 564; OLG Düsseldorf NZG 1999, 565.

⁴⁵⁶ OLG Frankfurt/M. Die AG 1998, 428, 429; OLG Hamm NZG 1999, 560; Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 319 Rdz. 18.

⁴⁵⁷ So auch die Begründung zum Regierungsentwurf, Ganske, a.a.O. (Fn. 336), S. 69. Vgl. aber etwa OLG Stuttgart ZIP 1997, 75, 76; OLG Hamm NZG 1999, 560.

⁴⁵⁸ Marsch-Barner, in: Kallmeyer, UmwG, a.a.O. (Fn. 298), § 16 Rdz. 41; vgl. auch Rettmann, a.a.O. (Fn. 56), S. 131 ff.

⁴⁵⁹ Kritisch dazu Schmid, ZGR 1997, 493 ff.; Kort, a.a.O. (Fn. 222), S. 88 ff.

⁴⁶⁰ Einzelheiten bei Bork, in: Lutter, UmwG, a.a.O. (Fn. 268), § 16 Rdz. 20 ff.; Marsch-Barner, in: Kallmeyer, UmwG, a.a.O. (Fn. 298), § 16 Rdz. 42 ff.; Decher, Die AG 1997, 388, 391 ff.; Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 319 Rdz. 19; je m.w.Nachw.

die Frage, in welchen Fällen die vom Kläger geltend gemachten Rechtsverletzungen hinter dem Eintragungsinteresse der Gesellschaft zurückzutreten haben, letzten Endes der Einzelfallentscheidung der Gerichte überlassen bleiben müsse⁴⁶¹. *Ex ante* aus der Sicht der betroffenen Gesellschaft betrachtet bedeutet dies, daß kaum verlässlich vorhergesagt werden kann, ob ein Freigabebeschluß erlassen werden wird und die Registersperre beseitigt werden kann. Nimmt man die z.T. erhebliche Dauer solcher Beschlußverfahren hinzu (die Registersperre wird erst beseitigt, wenn der Freigabebeschluß rechtskräftig ist, §§ 16 Abs. 3 S. 1 UmwG; 319 Abs. 6 S. 1 AktG), dann wird deutlich, daß auch in diesen Fällen der mißbräuchlich handelnde Anfechtungskläger nach wie vor über ein erhebliches Erpressungspotential verfügt. Es verwundert daher nicht, daß in bedeutenden Verschmelzungsfällen der letzten Zeit Zahlungen an Anfechtungskläger erfolgt sind, um die Registersperre durch Rücknahme der Anfechtungsklage möglichst bald zu beseitigen und nicht auf einen rechtskräftigen Freigabebeschluß warten zu müssen.

b) Sonstige eintragungsbedürftige Maßnahmen

Satzungsänderungen, Maßnahmen zur Kapitalbeschaffung und -herabsetzung, Abschluß, Änderung und Aufhebung von Unternehmensverträgen bedürfen – wie Umwandlung und Eingliederung – zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung ins Handelsregister⁴⁶². Eine Registersperre wie bei Umwandlung und Eingliederung besteht hier jedoch nicht. Allerdings wird in der Praxis der Registergerichte regelmäßig, gestützt auf § 127 FGG, das Eintragungsverfahren ausgesetzt, wenn entweder bereits Anfechtungsklage erhoben worden ist oder ein Aktionär, der in der Hauptversammlung Widerspruch gegen den Beschluß erhoben hat, dies und die Absicht der Anfechtung mitteilt. Gemäß § 127 FGG kann das Registergericht eine von ihm zu erlassende Verfügung, die von der Beurteilung eines streitigen Rechtsverhältnisses abhängt, aussetzen, bis über das Verhältnis im Wege des Rechtsstreits entschieden ist. Das Recht zur Aussetzung besteht grundsätzlich auch bei der Entschließung über Eintragungen, wenn die Eintragungsverfügung von der Beurteilung eines streitigen Rechtsverhältnisses abhängt⁴⁶³. Nach herrschender Meinung hängt die vom Registerrichter zu treffende Eintragungsverfügung, wenn eine Anfechtungsklage rechtshängig ist oder droht, von derselben Vorfrage ab, über die auch das Prozeßgericht im Anfechtungsprozeß zu entscheiden hat⁴⁶⁴. Das Registergericht entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen, ob es die Eintragung verfügt oder aussetzt. In der Literatur finden sich unterschiedliche Empfehlungen dazu, wie dieses Ermessen auszuüben sein soll⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ Vgl. *Ganske*, a.a.O. (Fn. 336), S. 69.

⁴⁶² Lediglich die Eintragung der Auflösung einer Aktiengesellschaft gemäß §§ 262 Abs. 1 Nr. 2, 263 S. 1 AktG sowie der Beendigung der Eingliederung gemäß § 327 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 AktG haben deklaratorischen Charakter.

⁴⁶³ *Keidel/Kuntze/Winkler*, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 14. Aufl. 1999, § 127 Rdz. 30.

⁴⁶⁴ BGHZ 112, 9, 13; *Keidel/Kuntze/Winkler*, a.a.O., § 127 Rdz. 34; *Lutter*, NJW 1969, 1873, 1974; *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 243 Rdz. 52 ff. m.Nachw.; a.A. *Baums*, a.a.O. (Fn. 79), S. 161 f.

⁴⁶⁵ Zur älteren Literatur *Baums*, a.a.O. (Fn. 79), S. 160 f.; s. ferner *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), § 245 Rdz. 77; *Hüffer*, in: *Geßler/Hefermehl*, a.a.O. (Fn. 96), § 243 Rdz. 132 ff.; *ders.*, AktG, a.a.O. (Fn. 4), § 243 Rdz. 52 ff.; *Keidel/Kuntze/Winkler*, a.a.O. (Fn. 463), § 127 Rdz. 36 ff.; *Diekgräf*, *Sonderzahlungen an opponie-*

Ist Anfechtungsklage noch nicht erhoben, soll er bis zum Ablauf der Anfechtungsfrist aussetzen⁴⁶⁶. Dem betreffenden Aktionär, der als Anfechtungskläger in Frage kommt, eine Frist zur Klagerhebung zu setzen⁴⁶⁷ dürfte hier im Hinblick auf die ohnedies knappe Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG ausscheiden. Ist Anfechtungsklage erhoben, soll der Registerrichter die Erfolgsaussichten der Klage prüfen und sie gegen das Interesse der Gesellschaft an baldiger Eintragung abwägen⁴⁶⁸. Bei evident mißbräuchlichen Anfechtungsklagen sei eine Aussetzung unzulässig („Ermessensverdichtung“)⁴⁶⁹. In Zweifelsfällen empfehle sich eher die Aussetzung als die Eintragung, da der Registerrichter nicht der Entscheidung des Prozeßgerichts vorgreifen solle⁴⁷⁰; dies sei auch im Interesse der Entscheidungsharmonie geboten⁴⁷¹. Praktisch ist denn auch, bei erhobener Anfechtungsklage, so weit dies beobachtet werden kann, die Aussetzung der Regelfall. Für die betroffene Gesellschaft kommt dies praktisch der Ablehnung der Eintragung gleich⁴⁷². Gegen die Aussetzungsverfügung steht der Gesellschaft zwar das Rechtsmittel der Beschwerde und auch der weiteren Beschwerde zu⁴⁷³. Für die Beschwerdeinstanzen gelten freilich dieselben Entscheidungsgrundsätze; in der weiteren Beschwerde ist überdies die Ermessensausübung nur eingeschränkt überprüfbar⁴⁷⁴.

Nach allem ist festzuhalten: Obwohl in der hier betrachteten Fallgruppe keine formelle Registersperre wie bei Eingliederung oder Umwandlung besteht, gibt das Erfordernis der konstitutiv wirkenden Registereintragung des deutschen Rechts in Verbindung mit der Praxis, diese Eintragung regelmäßig bis zur Entscheidung des Prozeßgerichts aufzuschieben, dem mißbräuchlich handelnden Anfechtungskläger ein erhebliches Erpressungspotential an die Hand. Das Prozeßgericht hat hier, anders als in den Fällen der §§ 319 Abs. 6 AktG, 16 Abs. 3 UmwG, keine Handhabe, die faktische Registersperre auf Antrag der Gesellschaft beiseite zu räumen, selbst wenn es aufgrund der besseren Kenntnis des Tatsachenstoffs und der anstehenden Rechtsfragen zu der Auffassung käme, daß die Rechtsverfolgung des Klägers offenbar wenig Erfolgsaussicht hat oder ein vorrangiges Eintragsinteresse der Gesellschaft bejaht wer-

rende Kleinaktionäre im Rahmen von Anfechtungs- und Spruchstellenverfahren, 1990, S. 68 ff.; *Guntz*, a.a.O. (Fn. 22), S. 284 ff.; *Mertens*, Die AG 1990, 49, 50; *Lüke*, ZGR 1990, 657, 667 ff.; *Semler*, a.a.O. (Fn. 120), § 39 Rdz. 65; *Timm*, a.a.O. (Fn. 413), S. 21 ff.; *Bokelmann*, DB 1994, 1341 ff.; *Wiedemann*, a.a.O. (Fn. 324), § 181 Rdz. 25 ff.; *Zöllner*, Kölner Komm., a.a.O. (Fn. 108), § 243 Rdz. 37 ff.; *ders.*, Reformbedarf (Fn. 242), S. 162; *Kort*, a.a.O. (Fn. 222), S. 74 ff.; aus der Rechtsprechung etwa KGJ A 228, 238; OLG Hamm WM 1988, 943, 944; weitere Nachw. bei *Wiedemann*, a.a.O. in Fn. 35.

⁴⁶⁶ *Hüffer*, in: Geßler/Hefermehl, a.a.O. (Fn. 96), § 243 Rdz. 133; *ders.*, AktG, a.a.O. (Fn. 4), § 243 Rdz. 52; *Semler*, a.a.O. (Fn. 120), § 39 Rdz. 65; *Zöllner*, Kölner Komm., a.a.O. (Fn. 108), § 243 Rdz. 37.

⁴⁶⁷ Allgemein dazu *Keidel/Kuntze/Winkler*, a.a.O. (Fn. 463), § 127 Rdz. 40.

⁴⁶⁸ *Hüffer*, in: Geßler/Hefermehl, a. a. O. (Fn. 96), § 243 Rdz. 134; *ders.*, AktG, a.a.O. (Fn. 4), § 243 Rdz. 53; *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), § 245 Rdz. 76; *Wiedemann*, a.a.O. (Fn. 324), § 181 Rdz. 28; *Zöllner*, in: Kölner Komm., a.a.O. (Fn. 108), § 243 Rdz. 42 – 44.

⁴⁶⁹ *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), § 245 Rdz. 77; *Wiedemann*, a.a.O. (Fn. 324), § 181 Rdz. 28.

⁴⁷⁰ *Hüffer*, in: Geßler/Hefermehl, a.a.O. (Fn. 96), § 246 Rdz. 134; *Semler*, a.a.O. (Fn. 120), § 39 Rdz. 65.

⁴⁷¹ *Hüffer*, in: Geßler/Hefermehl, a.a.O. (Fn. 96), § 243 Rdz. 134.

⁴⁷² *Wiedemann*, a.a.O. (Fn. 324), § 181 Rdz. 28.

⁴⁷³ *Keidel/Kuntze/Winkler*, a.a.O. (463), § 127 Rdz. 44.

⁴⁷⁴ OLG Karlsruhe Rpfleger 1996, 461.

den könnte⁴⁷⁵. Eine „spiegelbildliche Anwendung des § 16 Abs. 2 HGB“ mit dem Ziel, dem Registerrichter auf Antrag der verklagten Gesellschaft die Eintragung durch einstweilige Verfügung aufzugeben⁴⁷⁶, scheidet gleichfalls aus. § 16 Abs. 2 HGB betrifft den Fall, daß dem Vorstand durch einstweilige Verfügung das Weiterbetreiben der Anmeldung eines angefochtenen Hauptversammlungsbeschlusses untersagt wird, ohne welche der Registerrichter nicht eintragen darf. Bei „spiegelbildlicher“ Anwendung des § 16 Abs. 2 HGB kann aber dem Anfechtungskläger in der Verfügungsentscheidung kein Verhalten aufgegeben werden, das zu einer Beendigung der Aussetzung und damit vielleicht zur Eintragung führen würde. Insbesondere erfolgt die Aussetzung gemäß § 127 FGG und auch deren Beendigung von Amts wegen und nicht auf Antrag des Anfechtungsklägers⁴⁷⁷. Will also die betroffene Gesellschaft in einem solchen Fall den Ausgang des sich unter Umständen mehrere Jahre hinziehenden Anfechtungsprozesses nicht abwarten, so muß sie dem oder den Klägern die Klage abzukaufen versuchen.

c) Nicht eintragungsbedürftige Beschlüsse

Auch mit einer Klage gegen nicht eintragungsbedürftige Beschlüsse läßt sich erheblicher Druck auf eine Gesellschaft ausüben. Die Anfechtung einer Aufsichtsratswahl (§ 251 AktG) mag wegen der Rückwirkung eines stattgebenden Aufhebungsurteils⁴⁷⁸ Schwierigkeiten mit sich bringen⁴⁷⁹ und schon vorher die Legitimation des betreffenden Aufsichtsratsmitglieds in Zweifel ziehen. Die erfolgreiche Anfechtung der Feststellung des Jahresabschlusses (§§ 257, 243 AktG) stellt nicht nur den darauf beruhenden Gewinnverwendungsbeschluß⁴⁸⁰, sondern u.U. auch die nachfolgenden Jahresabschlüsse in Frage⁴⁸¹. Auch hier hat schon die Klage vorwiegend einen erheblichen „Lästigkeitswert“. Bei ausführungsbedürftigen (§ 83 Abs. 2 AktG) Beschlüssen, z.B. einem Beschluß über eine Ausgliederung im Wege der Einzelrechtsnachfolge („Holzmüller“-Beschluß), kommt das Haftungsrisiko für den Vorstand hinzu: Der Vorstand, der ohne Zustimmung der Hauptversammlung Maßnahmen ins Werk setzt, zu denen er im Innenverhältnis die Hauptversammlung um Zustimmung hätte bitten müssen, handelt pflichtwid-

⁴⁷⁵ Keine analoge Anwendung des § 16 Abs. 3 UmwG in solchen Fällen: LG Hanau WM 1996, 66, 68; Bork, in: Lutter, UmwG, a.a.O. (Fn. 268), § 16 Rdz. 17 m.w.Nachw. Für analoge Anwendung auf verschmelzungsbedingte Kapitalerhöhungsbeschlüsse Marsch-Barner, in: Kallmeyer, UmwG, a.a.O. (Fn. 298), § 16 Rdz. 55; vgl. demgegenüber freilich Ganske, in: IdW (Hrsg.), Reform des Umwandlungsrechts, 1993, S. 23.

⁴⁷⁶ Dafür Timm, a.a.O. (Fn. 413), S. 25; zustimmend Hommelhoff, ZGR 1990, 447, 469 f.; vgl. auch bereits Hirte, BB 1988, 1469, 1476; Heckschen, WM 1990, 377, 386.

⁴⁷⁷ Baums, in: Timm, a.a.O. (Fn. 413), S. 87 f.; ebenso im Ergebnis Lüke, ZGR 1990, 657, 677; Zöllner, a.a.O. (Fn. 108), § 243 Rdz. 46; Hüffer, in: Geßler/Hefermehl, a.a.O. (Fn. 96), § 243 Rdz. 152; Becker, a.a.O. (Fn. 22), S. 734.

⁴⁷⁸ Herrschende Meinung; vgl. K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 5), § 252 Rdz. 12; Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 252 Rdz. 8.

⁴⁷⁹ Aus der Rechtsprechung zur Fehlerhaftigkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen wegen Mängeln der Aufsichtsratswahlen BGH WM 1975, 787, 789 f.; OGHZ 1, 370, 376 f.; KGJ 21 A 240; aus der Lit. Lowe, Fehlerhaft gewählte Aufsichtsratsmitglieder, 1989; Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 101 Rdz. 17 m.w.Nachw.

⁴⁸⁰ Vgl. Zöllner, Kölner Komm., a.a.O. (Fn. 108), § 256 Rdz. 105.

⁴⁸¹ S. nur Zöllner, Kölner Komm., a.a.O. (Fn. 108), § 256 Rdz. 108; Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 256 Rdz. 34.

rig⁴⁸². Hat er nun die Hauptversammlung um Zustimmung ersucht, dann entfällt seine Haftung der Gesellschaft gegenüber für von ihm veranlaßte Schäden grundsätzlich nur, wenn dieser Beschluß „gesetzmäßig“ ist (§ 93 Abs. 4 S. 1 AktG). Noch anfechtbare Beschlüsse sind keine „gesetzmäßigen“ Beschlüsse; sie muß der Vorstand deshalb auch nicht ausführen⁴⁸³. Das Problem besteht freilich häufig darin festzustellen, ob der Beschluß tatsächlich mit Erfolg angefochten werden kann. In Zweifelsfällen mag dann ein Vorstand im eigenen Interesse dazu neigen, die Durchführung entweder aufzuschieben oder aber – vorzugsweise – den Anfechtungskläger zur Rücknahme der Klage zu bewegen.

Eine besondere Problematik ergibt sich bei der Anfechtung von Entlastungsbeschlüssen (§ 120 AktG). Die Entlastung ist anfechtbar, wenn Mängel der Rechenschaftslegung seitens der Verwaltung vorgebracht⁴⁸⁴ oder erhebliche Pflichtverletzungen der Verwaltung gegen die Entlastung geltend gemacht werden können⁴⁸⁵. Hier kann es gleichermaßen ein Interesse von Anfechtungskläger und Vorstand daran geben, daß die Anfechtungsklage alsbald gegen eine entsprechende Zahlung aus dem Gesellschaftsvermögen beigelegt wird. Ähnliches gilt für die Anfechtung von Beschlüssen gemäß § 93 Abs. 4 S. 3 AktG und ablehnenden Beschlüssen gemäß §§ 142 Abs. 1, 147 Abs. 1 AktG. Vor allem auch im Hinblick auf diese Fallgruppe werden außergerichtliche wie gerichtliche Vergleiche mit der Folge der Rücknahme der Anfechtungsklage kritisch zu beleuchten sein⁴⁸⁶.

5. Rechtspolitische Vorschläge

Wie die vorstehenden Ausführungen haben deutlich werden lassen, sollten rechtspolitische Vorschläge zur Eindämmung mißbräuchlicher Anfechtungsklagen vor allem an zwei Punkten ansetzen: Zum einen an der vom Gesetzgeber angeordneten (§§ 319 Abs. 5 AktG, 16 Abs. 2 UmwG) bzw. vom Registerrichter tatsächlich praktizierten (§ 127 FGG) Registersperre (dazu unten a), zum anderen an dem Abfindungsvergleich, in dem die Rücknahme der Anfechtungsklage gegen Gewährung eines Sondervorteils versprochen wird (dazu unten b). Die Registersperre gibt dem mißbräuchlich handelnden Aktionär den Hebel in die Hand, um bei eintragungsbedürftigen Maßnahmen Druck auf die Gesellschaft zur Annahme seiner unberechtigten Forderung ausüben zu können, und der Abfindungsvergleich sichert ihm die Beute seines Vorgehens. Bei allen Vorschlägen muß leitende Erwägung sein, tunlichst ausschließlich den rechtsmißbräuchlich handelnden Aktionär zu treffen und berechtigte Anfechtungsklagen nicht über das unabdingbar notwendige Maß hinaus zu behindern. Zum Schluß sollen dann sonstige, flankierende Maßnahmen erwogen werden (unten c).

⁴⁸² BGHZ 83, 122, 131.

⁴⁸³ K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 5), § 243 Rdz. 71; Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 243 Rdz. 50.

⁴⁸⁴ BGHZ 62, 193, 194 f.; Mülbart, in: Großkomm. AktG, 4. Aufl., 14. Lief. 1999, § 120 Rdz. 119.

⁴⁸⁵ Zöllner, in: Kölner Komm., Bd. 1, (Fn. 350), § 120 Rdz. 47; Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 120 Rdz. 11 f.; Einzelheiten sind streitig.

⁴⁸⁶ Unten 5. b).

a) Überwindung der Registersperre

aa) Eintragungsbedürftige Maßnahmen

Jedenfalls im Ausgangspunkt ist, wie ausgeführt, zu unterscheiden zwischen „einfachen“ eintragungsbedürftigen Maßnahmen, für die uneingeschränkt § 127 FGG gilt, und denjenigen strukturändernden Vorgängen, für die das Gesetz eine besondere Registersperre angeordnet hat (Eingliederung, Verschmelzung, sonstige Umwandlungen). Im folgenden geht es zunächst um die „einfachen“ eintragungsbedürftigen Maßnahmen wie Satzungsänderungen, Kapitalmaßnahmen und Zustimmung zu Unternehmensverträgen. Bei näherer Betrachtung sind es hier folgende Punkte, die an der bisherigen Rechtslage zu bemängeln sind:

- *Erstens*, eine Aussetzung gemäß § 127 FGG, die einer Ablehnung der Eintragung für die Dauer des Anfechtungsprozesses gleichkommt, verletzt die berechtigten Interessen der anmeldenden Gesellschaft (der hinter dem Beschluß stehenden Aktionäre) jedenfalls in den Fällen, in denen nach dem unstreitigen oder ohne aufwendige Beweiserhebung feststellbaren Sachverhalt die Anfechtungsklage unzulässig oder unbegründet ist. Ist über die Zulässigkeit oder Begründetheit der Klage nicht ohne aufwendige Beweiserhebung zu urteilen, so werden die berechtigten Interessen der Gesellschaft dann durch eine Aussetzung verletzt, wenn die Gesellschaft ein vorrangiges Eintragsinteresse geltend machen kann.
- *Zweitens*, divergierende Entscheidungen von Registergericht und Prozeßgericht zur selben Frage sollten tunlichst vermieden werden. Die Aussetzung der Eintragung ist, wenn das Prozeßgericht später die Anfechtungsklage abweist, ebenso mißlich wie die Vornahme der Eintragung durch das Registergericht, wenn das Prozeßgericht später der Anfechtungsklage stattgibt. Freilich wird sich eine vollkommene Entscheidungsharmonie zwischen Aussetzungsentscheidung und Endurteil im Anfechtungsprozeß auch dann nicht herstellen lassen, wenn beide Entscheidungen dem Prozeßgericht übertragen werden. Denn bei der Entscheidung über die Aussetzung geht es der Sache nach um eine Maßnahme des vorläufigen Rechtsschutzes, beim Endurteil dagegen um eine zeitlich spätere, endgültige Entscheidung, die vielleicht auf der Grundlage neuen Tatsachenstoffs oder auch geänderter Rechtsauffassung ergehen und deshalb anders ausfallen mag.
- *Drittens* verletzt die Prüfung desselben Vorgangs unter denselben rechtlichen Gesichtspunkten („Ist der angemeldete Hauptversammlungsbeschluß wegen Gesetzes- oder Satzungsverstoßes mit Erfolg anfechtbar?“) durch Registergericht und Prozeßgericht das Gebot der Prozeßökonomie. Auch aus diesem Grunde sollte die Prüfung tunlichst in eine Hand gelegt werden.
- *Viertens* hat *Lutter* zu Recht hervorgehoben, daß der Registerrichter trotz des Amtsermittlungsprinzips, § 12 FGG, mit der Eintragungs- bzw. Aussetzungsentscheidung bei schwebendem Anfechtungsverfahren überfordert sei⁴⁸⁷.

Die im folgenden zu erörternden rechtspolitischen Vorschläge werden daran zu messen sein, ob und wieweit sie diese Mängel der gegenwärtigen Rechtslage vermeiden. Keine wesentliche

⁴⁸⁷ Lutter ZGR 1990, 392, 409.

Verbesserung wäre z.B. erreicht, wenn man sich auf den vielleicht zunächst naheliegenden Vorschlag beschränken wollte, die Voraussetzungen einer Aussetzung gemäß § 127 FGG unter Rückgriff auf die Tatbestandsmerkmale des § 16 Abs. 3 UmwG zu präzisieren und dadurch die Betätigung des Aussetzungsermessens durch den Registerrichter stärker als bisher zu lenken. Es bliebe dann doch dabei, daß sowohl das Registergericht als auch das Prozeßgericht die Zulässigkeit und Begründetheit aller Einwendungen des Klägers gegen den Beschluß zu prüfen hätten, und daß divergierende Entscheidungen nicht ausgeschlossen wären. Im folgenden sind deshalb drei andere rechtspolitische Vorschläge eingehender zu untersuchen: Der Erlaß einer einstweiligen Verfügung durch das Prozeßgericht auf Antrag der Gesellschaft mit dem Ziel, die Eintragung zu erwirken (1); die Ausdehnung des umwandlungsrechtlichen Freigabeverfahrens auf alle eintragungsbedürftigen Rechtsakte (2); und schließlich die Einführung eines vom anfechtenden Aktionär zu betreibenden Freigabeverfahrens anstelle der registerrichterlichen Aussetzung von Amts wegen (3).

(1) *Einstweilige Verfügung des Prozeßgerichts*

Einstweilige Verfügungen des Prozeßgerichts statt einer Aussetzungsentscheidung durch das Registergericht sind vor allem vor Einführung des umwandlungsrechtlichen Freigabeverfahrens (1995) in der Literatur erörtert⁴⁸⁸ und teils bereits *de lege lata* für möglich gehalten⁴⁸⁹, teils *de lege ferenda* befürwortet worden⁴⁹⁰. Daß einstweilige Verfügungen des Prozeßgerichts denkbar sind, die sich in der Sache an den Registerrichter wenden, obgleich sie im Verfahren zwischen Aktionär und Gesellschaft ergehen, zeigt § 16 Abs. 2 HGB. Diese Vorschrift betrifft nach den Motiven u.a. den Fall, daß ein anfechtender Aktionär dem Vorstand untersagen läßt, die Eintragung des angefochtenen Hauptversammlungsbeschlusses weiter zu betreiben⁴⁹¹. Praktisch spielt die einstweilige Verfügung in dieser Konstellation heute freilich keine Rolle⁴⁹², einmal, weil eine „Anregung“ an den Registerrichter, das Verfahren gemäß § 127 FGG auszusetzen, häufig kostenfrei zum selben Ziele führt, zum anderen, weil dem Verfügungskläger u.U. die verschuldensunabhängige Haftung gemäß § 945 ZPO droht. Man könnte nun aber erwägen, dieses Verfahren *de lege ferenda* zu Gunsten der Gesellschaft „spiegelbildlich“ anzuwenden⁴⁹³. Zum Beispiel könnte man daran denken, dem Anfechtungskläger ein Verhalten aufzu-

⁴⁸⁸ Nachweise oben in Fn. 476, 477; ferner dazu (kritisch) *Boujong*, a.a.O. (Fn. 245), 13 f.; *Kort*, a.a.O. (Fn. 222), S. 106 f.

⁴⁸⁹ Nachw. oben Fn. 476.

⁴⁹⁰ *Baums*, in: Timm, a.a.O. (Fn. 406), S. 88 (allerdings nur für Verschmelzungsfälle). Das umwandlungsrechtliche Freigabeverfahren geht auf diese Vorüberlegungen zurück; *Ganske*, in: Lutter (Hrsg.), 25 Jahre Aktiengesetz, 1991, S. 172.

⁴⁹¹ Denkschrift zum Entwurf eines HGB, 1896, S. 33, 151.

⁴⁹² Vgl. aber immerhin BayObLG LZ 1909 Sp. 564, 566; LG Düsseldorf DB 1960, 172; OLG Düsseldorf DB 1960, 520 „Feldmühle“; LG Heilbronn Die AG 1971, 372; BGH JZ 1976, 561 m. Anm. *Lutter* „Audi/NSU“; aus der Lit. dazu *Littbarski*, Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht, 1996, S. 57 ff.; *Kort*, a.a.O. (Fn. 222), S. 110 ff.

⁴⁹³ Für Anwendbarkeit des § 16 Abs. 2 HGB bereits *de lege lata* die oben in Fn. 476 Genannten.

geben, das zur Beendigung der durch seine Klage bewirkten Registerblockade führen würde⁴⁹⁴. Dies hätte der Anfechtungskläger dann in der Hand, wenn künftig die Aussetzung wegen erhobener Anfechtungsklage (§ 127 FGG) nicht mehr durch den Registerrichter von Amts wegen, sondern nur mehr auf Antrag des klagenden Aktionärs verfügt werden könnte. Die einstweilige Verfügung des Prozeßgerichts wäre dann auf Antrag der Gesellschaft darauf zu richten, dem Aktionär aufzugeben, seinen Aussetzungsantrag zurückzunehmen.

Gegen einen solchen Vorschlag wären aber durchgreifende Einwände zu erheben. Wenn eine Aussetzung nur mehr auf Antrag des klagenden Aktionärs erfolgen könnte, würde dies bedeuten, daß der Registerrichter, der ja die eigene materielle Prüfungskompetenz behielte, von Amts wegen nur mehr entweder die Eintragung verfügen könnte oder aber die Anmeldung ganz zurückweisen müßte, solange ein Aussetzungsantrag nicht gestellt wäre. Außerdem bliebe es bei dem Problem divergierender Entscheidungen und der doppelten Rechtsprüfung durch Registergericht und Prozeßgericht. Dem wäre nur abzuhelfen, indem die materielle Prüfungskompetenz des Registerrichters entsprechend beschränkt würde („Der Registerrichter hat nicht zu prüfen, ob der zur Eintragung angemeldete Beschluß Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend dem Schutz der Gesellschafter dienen. Macht ein anfechtungsbefugter Aktionär geltend, daß der angemeldete Beschluß solche Vorschriften verletzt, so ist § 127 FGG – Aussetzung von Amts wegen – nicht anwendbar. In einem solchen Fall setzt der Registerrichter auf Antrag des Anfechtungsklägers das Eintragungsverfahren bis zur Entscheidung des Prozeßgerichts über die Anfechtungsklage aus, es sei denn, daß die Gesellschaft einen rechtskräftigen oder vorläufig vollstreckbaren Titel beibringt, der dem Anfechtungskläger aufgibt, seinen Aussetzungsantrag zurückzunehmen“). Ein solcher Vorschlag hätte freilich praktisch zur Folge, daß wohl jeder Anfechtungsklage routinemäßig ein Aussetzungsantrag des Anfechtungsklägers und demzufolge eine Aussetzung des Eintragungsverfahrens folgen würde, die dann erst im Wege der einstweiligen Verfügung auf Antrag der beklagten Gesellschaft beiseite geräumt werden müßte. Eine solche ohne weiteres eingreifende Registersperre mag bei Eingliederungen, Verschmelzungen und sonstigen Umwandlungsvorgängen im Hinblick auf die weitreichenden Folgen, die mit der Eintragung solcher Maßnahmen ins Handelsregister verbunden sind, hinnehmbar erscheinen⁴⁹⁵. Bei einfachen Satzungsänderungen oder anderen „einfachen“ eintragungsbedürftigen Maßnahmen erscheint dies dagegen nicht als vertretbar, es sei denn, daß binnen sehr kurzer Frist über den Aussetzungsantrag und seine Rücknahme entschieden werden müßte⁴⁹⁶. Das Verfahren der einstweiligen Verfügung (§§ 935 ff. ZPO) emp-

⁴⁹⁴ Zur Frage eines entsprechenden materiellrechtlichen, durch die einstweilige Verfügung zu sichernden Anspruchs der Gesellschaft Lüke ZGR 1990, 657, 677. – Weil die Registersperre aufgrund Aussetzung gemäß § 127 FGG nicht auf einem Verhalten des klagenden Aktionärs beruht, das diesem aufgrund einstweiliger Verfügung untersagt werden kann, erwägt Becker, a.a.O. (Fn. 22), S. 734 ff., ein einstweiliges Rechtsschutzverfahren vor dem Prozeßgericht analog § 80 Abs. 5 VwGO. S. dazu unten Fn. 496.

⁴⁹⁵ S. dazu unten bb).

⁴⁹⁶ S. dazu noch näher unten (3). Anders Becker, a.a.O. (Fn. 22), S. 736 f., nach dessen Auffassung die Erhebung der Anfechtungsklage sogar per se „aufschiebende Wirkung“ haben, d.h. die Eintragung des zum Register angemeldeten Beschlusses bis auf weiteres ausschließen soll.

fehlt sich auch deshalb nicht, weil ein modifiziertes, den Anfechtungsprozeß begleitendes Anordnungsverfahren⁴⁹⁷ den hier gegebenen Besonderheiten besser gerecht wird.

(2) Ausdehnung des Freigabeverfahrens des UmwG

Mit den vorstehenden Erwägungen ist bereits klargelegt, daß auch eine schlichte Ausdehnung des umwandlungsrechtlichen Freigabeverfahrens (§§ 16 Abs. 3 UmwG, 319 Abs. 6 AktG) auf alle eintragungsbedürftigen Rechtsakte nicht, jedenfalls nicht ohne erhebliche Modifikationen, in Frage kommen dürfte⁴⁹⁸. Das umwandlungsrechtliche Freigabeverfahren knüpft an die vom Gesetzgeber für diese Fälle (Eingliederung; Verschmelzung und sonstige Umwandlungen) vorgeschriebene Registersperre an (§§ 319 Abs. 5 AktG; 16 Abs. 2 UmwG). Diese Registersperre greift ein, wenn der Vorstand nicht die „Negativerklärung“ abgeben, d.h. nicht erklären kann, daß eine Anfechtungsklage gegen den Beschluß nicht oder nicht mehr in Betracht kommt. Diese im Hinblick darauf eintretende automatische Registersperre scheidet als Regelfall bei bloßen Satzungsänderungen und sonstigen „einfachen“ eintragungsbedürftigen Maßnahmen aus. Die per se eingreifende Registersperre ist für Umwandlungen und Eingliederung mit Rücksicht darauf vorgesehen, daß eine Eintragung dieser Vorgänge zum „Eintritt nicht mehr rückgängig zu machender wirtschaftlicher Folgen“ führen könnte⁴⁹⁹. Für „einfache“ eintragungsbedürftige Maßnahmen wie z.B. eine Satzungsänderung kommt eine solche automatisch eingreifende Registersperre, die dann jeweils erst nach Ablauf der Anfechtungsfrist oder – nach erhobener Anfechtungsklage – vom Prozeßgericht zu beseitigen wäre, nicht in Betracht. Denn eine solche Regelung würde bedeuten, daß die bloße *Möglichkeit* einer Anfechtungsklage die Eintragung in jedem Fall bis zum Ablauf der Anfechtungsfrist verzögern würde, und daß der bloße Umstand, daß eine – auch eine unzulässige oder unbegründete – Anfechtungsklage erhoben worden ist, das Wirksamwerden der von der Hauptversammlung beschlossenen Maßnahme aufschieben könnte, bis die Gesellschaft eine anderslautende rechtskräftige Entscheidung erwirkt hätte. Eine so weit gehende Vorkehrung zum Schutze berechtigter Anfechtungsklagen schießt bei Satzungsänderungen und sonstigen „einfachen“ eintragungsbedürftigen Rechtsakten weit übers Ziel hinaus, weil diese Maßnahmen bei Erfolg der Anfechtungsklage trotz zwischenzeitlicher Eintragung im Handelsregister – wenn auch im Einzelfall vielleicht nicht ohne Schwierigkeiten – wieder rückgängig zu machen sind. Auch rechtsvergleichend wäre ein so weitgehender Rechtsschutz des anfechtenden Aktionärs kaum zu rechtfertigen, ist doch schon der Aufschub des Wirksamwerdens bis zur konstitutiv wirkenden Registereintragung keineswegs die übliche Regel⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ Dazu unten (3).

⁴⁹⁸ Für Ausdehnung auf alle Struktur- und Satzungsänderungen dagegen *Bayer*, a.a.O. (Fn. 246), S. 10 f.

⁴⁹⁹ Vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf des UmwG bei *Ganske*, a.a.O. (Fn. 336), S. 67; vgl. auch die Begründung zum RegE zu § 345 AktG a.F. bei *Kropff*, a.a.O. (Fn. 70), S. 459. Allerdings sieht das Gesetz im Fall der Eingliederung, anders als für die Umwandlung (vgl. §§ 20 Abs. 2, 131 Abs. 2, 202 Abs. 3 UmwG), keine Bestandskraft bei Eintragung vor.

⁵⁰⁰ S. nur für das US-amerikanische Recht oben Fußnote 78.

Die Frage ist demnach allenfalls, ob ein Freigabeverfahren entsprechend §§ 319 Abs. 6 AktG, 16 Abs. 3 UmwG für den Fall vorgesehen werden sollte, daß ein Registerrichter das Eintragungsverfahren gemäß § 127 FGG ausgesetzt hat. Das Freigabeverfahren würde bei dieser Lösung also nicht an eine automatisch eingreifende Registersperre „angehängt“, sondern würde nur eingreifen, wenn der Registerrichter im Einzelfall das Eintragungsverfahren ausgesetzt hätte. Dies wäre aber technisch nicht ohne weiteres, nicht ohne erhebliche Eingriffe in das Registereintragungsverfahren, zu bewerkstelligen. Zunächst würde sich die Frage nach der materiellen Prüfungscompetenz des Registerrichters und der Bindungswirkung des Freigabebeschlusses des Prozeßgerichts für den Registerrichter stellen. Da bei dieser Lösung der Freigabebeschuß des Prozeßgerichts das berechtigte Interesse der Gesellschaft an der Eintragung in dem konkreten Einzelfall gegenüber der Aussetzungsverfügung des Registerrichters durchsetzen soll, müßte der Registerrichter hieran gebunden werden, auch wenn er die Tatsachen- und Rechtslage anders beurteilt⁵⁰¹. Folgerichtig müßten dann auch die üblichen Rechtsmittel gegen die Aufhebung der Aussetzungsverfügung gemäß § 127 FGG (Beschwerde, weitere Beschwerde⁵⁰²) insoweit ausgeschlossen, und der Anfechtungskläger auf das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gegen den Freigabebeschuß (vgl. §§ 319 Abs. 6 S. 5 AktG, 16 Abs. 3 S. 5 UmwG) verwiesen werden. Umgekehrt wäre auch die Gesellschaft ausschließlich auf den Weg des Freigabeverfahrens zu verweisen; Beschwerde und weitere Beschwerde gegen die Aussetzungsverfügung des Registerrichters müßten ausgeschlossen werden. Diese Erwägungen machen deutlich, daß es mißlich wäre, das Freigabeverfahren an eine vom Registerrichter zu verfügende Aussetzung anzuknüpfen.

(3) Freigabeverfahren auf Antrag des Anfechtungsklägers

§ 128 FGG könnte wie folgt gefaßt werden:

(1) Ist der Beschluß der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft (einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, der Gesellschafterversammlung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung) einzutragen oder eine Eintragung vorzunehmen, die einen solchen Beschluß voraussetzt, und macht ein Gesellschafter geltend, daß der Beschluß Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutz der Gesellschafter gegeben sind, so ist § 127 nicht anzuwenden. Das Registergericht hat dem Gesellschafter eine angemessene Frist zur Erwirkung einer Entscheidung des Prozeßgerichts gemäß Absatz 2 einzuräumen.

⁵⁰¹ Zum Umfang der Bindungswirkung des Freigabebeschlusses gemäß §§ 319 Abs. 6 AktG, 16 Abs. 3 UmwG für den Registerrichter *Bork*, in: Lutter, UmwG, a.a.O. (Fn. 268), § 16 Rdz. 30 f.; *Marsch-Barner*, in: *Kallmeyer*, UmwG, a.a.O. (Fn. 298), § 16 Rdz. 34 f.; *Wiedemann*, a.a.O. (Fn. 324), § 181 Rdz. 34; *Decher*, Die AG 1997, 388, 394 f.; abweichend *Kort*, a.a.O. (Fn. 222), S. 91 m.Nachw.

⁵⁰² Der anfechtende Aktionär ist nicht am Eintragungsverfahren beteiligt; die Aussetzung erfolgt von Amts wegen. Dennoch kommt eine Beschwerdebefugnis (§ 20 FGG) in Betracht, nämlich wenn ihm die Absicht der Aufhebung der Aussetzung mitgeteilt worden ist oder wenn er sonst geltend machen kann, durch die Aufhebungsverfügung in seinen Rechten verletzt zu sein. Vgl. auch *Keidel/Kuntze/Winkler*, a.a.O. (Fn. 463), § 127 Rdz. 44.

(2) Das zuständige Prozeßgericht kann nach Erhebung einer Klage gegen die Wirksamkeit des Beschlusses der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft (einer Kommanditgesellschaft auf Aktien; des Beschlusses der Gesellschafterversammlung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung) auf Antrag des Klägers die Vornahme einer Eintragung im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 bis zur Entscheidung in der Hauptsache für unzulässig erklären. Die Entscheidung erfolgt durch Beschluß. Sie darf nur ergehen, wenn die Klage hinreichende Aussicht auf Erfolg hat oder wenn der vorläufige Aufschub der Eintragung nach freier Überzeugung des Gerichts unter Berücksichtigung der mit der Klage geltend gemachten Rechtsverletzungen erforderlich erscheint. Die Entscheidung ergeht innerhalb einer Frist von vier Wochen ab Eingang des Antrags; sie kann in dringenden Fällen ohne mündliche Verhandlung erlassen werden. Die vorgebrachten Tatsachen sind glaubhaft zu machen. Gegen die Entscheidung findet die sofortige Beschwerde statt. Das Beschwerdegericht kann die Frist gemäß Absatz 1 Satz 2 verlängern; dieser Beschluß ist nicht anfechtbar.

Der Vorschlag lehnt sich an Art. 32 Abs. 2 der schweizerischen HandelsregisterVO an⁵⁰³. Von der bisherigen Rechtslage weicht er vor allem in folgenden Punkten ab: Der Registerrichter prüft künftig nur mehr die allgemeinen formellen und materiellen Eintragungsvoraussetzungen. Dagegen prüft er nicht mehr, ob eine im Entwurf eingereichte oder bereits erhobene Anfechtungsklage voraussichtlich zulässig und begründet ist, oder das Eintragungsverfahren im Hinblick auf ein überwiegendes berechtigtes Interesse des Anfechtungsklägers ausgesetzt werden muß. Diese Prüfung wird ausschließlich dem Prozeßgericht übertragen. Das Prozeßgericht der Anfechtungsklage kann, nach dem Vorbild des umwandlungsrechtlichen Freigabeverfahrens (§§ 16 Abs. 3 UmwG, 319 Abs. 6 AktG), in einem einstweiligen Verfahren auf Antrag des klagenden Aktionärs anordnen, daß die Eintragung bis zur Entscheidung in der Hauptsache ausgesetzt wird. Eine doppelte Prüfung der Erfolgsaussichten einer Anfechtungsklage entfällt damit. In der Praxis hat diese doppelte Zuständigkeit in der Vergangenheit häufig, wenn nicht regelmäßig, zu einer Aussetzung des Registereintragungsverfahrens von Amts wegen und damit zu einer *de facto*-Registersperre auch in Fällen geführt, in denen die Anfechtungsklage keine Aussicht auf Erfolg hatte oder die verklagte Gesellschaft ein überwiegendes Eintragungsinteresse geltend machen konnte. Der hier vorgelegte Vorschlag vollzieht diese faktische Selbstbeschränkung der Registergerichte, von einer umfassenden eigenen Prüfung der Erfolgsaussichten der Klage im Hinblick auf den vor dem Prozeßgericht schwebenden oder angekündigten Anfechtungsprozeß abzusehen, auch rechtlich nach, indem die Prüfungskompetenz inso-

⁵⁰³ Handelsregisterverordnung vom 7. Juni 1937 (SR 221.411) idF vom 29.9.1997 (AS 1997, 2230). Die Vorschrift lautet: „Wird ein privatrechtlicher Einspruch gegen eine noch nicht vollzogene Eintragung erhoben, so hat der Registerführer dem Einsprechenden eine nach dem kantonalen Prozeßrecht genügende Frist zur Erwirkung einer vorsorglichen Verfügung des Richters einzuräumen. Wenn innert dieser Frist der Richter die Eintragung nicht untersagt, so ist sie vorzunehmen, sofern im übrigen ihre Voraussetzungen erfüllt sind.“-Eingehend zur Prüfungsbefugnis des Registerführers nach schweizerischem Recht BGE 114 II 68; *Böckli*, a.a.O. (Fn. 182), S. 40; aus der älteren Literatur *Bär*, Kognitionsbefugnisse des Handelsregisterführers, in: *Der bernische Notar*, 1978, 410 ff.; zur Kompetenzabgrenzung zwischen Registerbehörde und Prozeßgericht *Thomas Schneider*, Der Rechtsschutz in Handelsregistersachen und die Entscheidungskompetenz der Handelsregisterbehörden. Jur. Diss. Zürich, 1959.

weit ausschließlich dem Prozeßgericht übertragen wird, das sich mit dem Prozeßstoff ohnedies zu befassen hat.

Der Vorschlag setzt in Absatz 1 voraus, daß der Registerrichter künftig nicht mehr zu prüfen hat, ob ein zur Eintragung angemeldeter Beschluß oder ein Beschluß, auf dem ein zur Eintragung angemeldeter Vorgang beruht, wegen des Verstoßes gegen *gesellschafterschützende gesetzliche Vorschriften oder Satzungsbestimmungen* anfechtbar ist. Sich gegen die Verletzung solcher Normen zu stellen kann und sollte vielmehr den Gesellschaftern selbst überlassen bleiben, und die Entscheidung hierüber, auch die vorläufige Entscheidung, sollte ausschließlich vom Prozeßgericht getroffen werden. Im Registerverfahren muß nur sichergestellt werden, daß die Eintragung nicht erfolgt, bevor die Gesellschafter die Möglichkeit hatten, effektiven Rechtsschutz zu erlangen. Ähnliches gilt von der Erwägung, der Registerrichter habe das Register im Interesse des Verkehrsschutzes tunlichst von unrichtigen oder fehlerhaften Eintragungen freizuhalten, fehlerhaft deshalb, weil sie auf einem demnächst vielleicht für nichtig erklärten Beschluß beruhten (§§ 248 Abs. 1, 241 Nr. 5 AktG). Der Schutz des Geschäftsverkehrs vor unrichtigen Eintragungen ist durch die Prüfung zwingender Eintragungsvoraussetzungen und im übrigen auf materiellrechtlichem Wege zu verwirklichen. Damit fügt sich der Vorschlag in eine rechtspolitische Entwicklung ein, für die der Gesetzgeber in anderem Zusammenhang bereits die Grundlagen gelegt hat. Das Handelsrechtsreformgesetz 1998 hat die Prüfungsbefugnisse des Registerrichters im Rahmen der Gründungsprüfung klargestellt. Gemäß § 38 Abs. 3 AktG n.F., § 9c Abs. 2 GmbHG n.F. und § 11a Abs. 3 GenG n.F. darf das Gericht die Eintragung wegen einer mangelhaften, fehlenden oder nichtigen Bestimmung der Satzung (des Gesellschaftsvertrags; des Statuts) nur ablehnen, „soweit diese Bestimmung, ihr Fehlen oder ihre Nichtigkeit ... Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutze der Gläubiger der Aktiengesellschaft (GmbH; Genossenschaft) oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind“. Obwohl der Gesetzgeber diese Vorschriften nicht auch auf satzungsändernde Beschlüsse und sonstige eintragungsbedürftige Rechtsakte erstreckt hat, kommt in diesen Bestimmungen die überzeugende Wertung zum Ausdruck, daß es ausschließlich Sache der Gesellschafter selbst ist, die Verletzung primär gesellschafterschützender Vorschriften zu rügen oder eben nicht. Dieser Gedanke liegt auch der Regelung der Anfechtungsklage gegen Gesellschafterbeschlüsse zugrunde (§§ 243 AktG, 51 GenG): Es ist Sache der Gesellschafter, die Verletzung gesellschafterschützender Bestimmungen mit der Klage zu rügen. Geschieht dies nicht, dann wird der betreffende Beschluß unanfechtbar wirksam. Hiermit steht es in einem gewissen Widerspruch, wenn in der Literatur dem Registerrichter die Befugnis eingeräumt wird, Satzungsänderungen und sonstige auf Gesellschafterbeschlüssen beruhende Rechtsakte auch auf Verstöße gegen ausschließlich oder überwiegend gesellschafterschützende Vorschriften zu prüfen und im Hinblick darauf, wenn sich ein solcher Verstoß zeigt, das Eintragungsverfahren auszusetzen (§ 127 FGG)⁵⁰⁴. Nach anderer Auffassung dient die Aussetzung gemäß § 127 FGG in einem solchen Falle allerdings weniger der Durchsetzung gesellschafterschützender Vorschriften; vielmehr soll das Register von vornherein von Eintragungen freigehalten werden, die später vom Prozeßgericht auf Anfechtungsklage hin für nichtig erklärt werden

⁵⁰⁴ Eingehende Nachweise zur einschlägigen Literatur oben in Fußnote 465.

könnten. Versteht man § 127 FGG in diesem letzteren Sinne, dann ist daran jedenfalls mißlich, daß der Registerrichter und nicht etwa das Prozeßgericht eine Prognose darüber abgeben soll, wie der Anfechtungsprozeß vielleicht entschieden werden wird. - Die Beschränkung der Prüfungsbefugnisse des Registerrichters in dieser Richtung ist nicht nur in den neuen Vorschriften über die Gründungsprüfung angelegt, sondern liegt auch den bereits mehrfach behandelten Vorschriften des umwandlungsrechtlichen Freigabeverfahrens zugrunde: Nicht der Registerrichter hat zu prüfen, ob z.B. die Verschmelzungsbeschlüsse der beteiligten Aktiengesellschaften gegen (nur) die Anfechtbarkeit begründende gesetzliche oder Satzungsbestimmungen verstoßen und vielleicht im Hinblick darauf für nichtig erklärt werden können. Ist vielmehr die Anfechtungsfrist *ohne* Erhebung einer Anfechtungsklage verstrichen und damit die automatische Registersperre entfallen, dann hat er, wenn die Eintragungsvoraussetzungen im übrigen erfüllt sind, ohne weiteres einzutragen (eine Aussetzung gemäß § 127 FGG wegen Beschlußmängeln, die nur die Anfechtbarkeit begründen, kommt nicht in Betracht). Ist dagegen Anfechtungsklage erhoben, dann obliegt es ausschließlich dem Prozeßgericht, durch Freigabebeschluß die Registersperre zu beseitigen; auch hieran ist der Registerrichter gebunden, ohne daß insoweit Raum für eine eigene Entscheidung bliebe⁵⁰⁵.

Der Vorschlag des § 128 FGG n.F. legt also, wie gezeigt, durchaus im Einklang mit der überzeugenden neueren Rechtsentwicklung fest, daß sich die Prüfungsbefugnis des Registerrichters und damit sein Aussetzungsermessen nicht auf die Verletzung von Vorschriften erstreckt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutze der Gesellschafter gegeben sind. Insofern ist der Klarstellung halber festzuhalten, daß damit nicht etwa zwingende, auch den Schutz *künftiger* Gesellschafter und Investoren bezweckende Vorschriften gemeint sind: Deren Verletzung führt nicht zur Anfechtbarkeit, sondern zur Nichtigkeit des angemeldeten Beschlusses (§ 241 Nr. 3 AktG), und nichtige Beschlüsse bzw. darauf beruhende unwirksame Rechtsakte darf der Registerrichter nicht eintragen (vgl. auch §§ 38 Abs. 3 Nr. 2 AktG, 9c Abs. 2 Nr. 2 GmbHG, 11a Abs. 3 Nr. 2 GenG). Praktisch heißt dies, daß nach dem hier vorgeschlagenen § 128 FGG Verfahrens- und Auskunftsmängel künftig regelmäßig⁵⁰⁶ nur mehr zum Verfahren nach § 128 Abs. 2 FGG führen würden, während es bei Inhaltsverstößen gegen zwingende Vorschriften bei der bisherigen Rechtslage (Anwendbarkeit des § 127 FGG) verbliebe. Statt der vorgeschlagenen Formulierung in § 128 Abs. 1 S. 1 FGG n.F. „Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutze der Gesellschafter gegeben sind“ könnte man auch die Formulierung wählen „gegen Vorschriften verstößt, deren Verletzung lediglich die Anfechtbarkeit (nicht die Nichtigkeit) des Beschlusses zur Folge hat“.

Man könnte dagegen einwenden, daß ein unterschiedliches Verfahren je nach dem geltend gemachten Rechtsverstoß mißlich sei (§ 127 FGG oder § 128 FGG); sämtliche Fälle sollten tunlichst gleichbehandelt werden. Dieser Einwand würde übersehen, daß der Registerrichter das Vorliegen der positiven und negativen Eintragungsvoraussetzungen (Eintragungshindernisse) zu prüfen hat. Stellt er z.B. einen Rechtsverstoß fest, der zur Nichtigkeit der angemeldeten Satzungsänderung führt, dann liegt ein Eintragungshindernis vor (vgl. jetzt auch ausdrücklich

⁵⁰⁵ Vgl. bereits oben Fußnote 501 m.Nachw.

⁵⁰⁶ Ausnahmen: die in § 241 Nrn. 1 und 2 AktG genannten Fälle.

§§ 38 Abs. 3 AktG, 9c Abs. 2 GmbHG, 11a Abs. 3 GenG). Es erscheint als nicht vertretbar, den Registerrichter auch in einem solchen Fall zur Eintragung zu verpflichten, wenn nicht das Prozeßgericht auf Antrag eines klagewilligen Gesellschafters gemäß § 128 Abs. 2 FGG n.F. den Aufschub verfügt. Für die echten Eintragungsvoraussetzungen und Eintragungshindernisse, zu denen auch die Verletzung im öffentlichen Interesse oder im Interesse der Gläubiger gegebener Vorschriften gehört, sollte es vielmehr bei der Regelung des § 127 FGG bleiben.

Was ihren *Gegenstand* betrifft, bezieht sich die vorgeschlagene Vorschrift eines § 128 Abs. 2 S. 1 FGG zum einen auf satzungsändernde oder sonstige Beschlüsse, gleich, ob es sich um Fälle einer konstitutiven oder deklaratorischen⁵⁰⁷ Eintragung handelt, zum anderen auf alle eintragungsbedürftigen strukturändernden Maßnahmen, soweit diese zu ihrer Wirksamkeit einen Gesellschafterbeschuß erfordern (z.B. Abschluß eines Beherrschungsvertrages). Ausgenommen sind aber die speziell geregelten Fälle der Eingliederung, Verschmelzung und sonstigen Umwandlungen⁵⁰⁸. Eine unterschiedliche Behandlung von Aktiengesellschaft und GmbH erscheint insoweit zwar nicht als veranlaßt; dies zu prüfen liegt aber außerhalb des gegenwärtigen Gutachtauftrages. Aufgrund der Verweisung des § 147 Abs. 1 FGG würde § 128 FGG n.F. auch für Eintragungen in das Genossenschaftsregister gelten.

Der Vorschlag des § 128 FGG n.F. setzt des weiteren voraus, daß *ein Gesellschafter Einwendungen erhebt*. Der Fall, daß lediglich ein Eintragungsantrag seitens der Gesellschaft gestellt wird, Einwendungen bis dahin aber nicht erhoben worden sind, bedarf demgegenüber keiner Regelung. Da es nach der Neufassung des § 128 FGG keinem Zweifel mehr unterliegen würde, daß der Registerrichter das Vorliegen von Anfechtungsgründen nicht von Amts wegen zu prüfen und zu berücksichtigen hat, darf er in einem solchen Fall nicht etwa mit der Eintragung zuwarten, bis die Anfechtungsfrist verstrichen ist. Sondern er hat auf einen Eintragungsantrag hin lediglich das Vorliegen der positiven und negativen Eintragungsvoraussetzungen zu prüfen und dann die Eintragung zu verfügen. Für die anfechtungswilligen Gesellschafter bedeutet dies praktisch, daß sie tunlichst unverzüglich beim Registerrichter um einen Fristnachlaß gemäß § 128 Abs. 1 S. 2 FGG nachsuchen müssen. Da es hierzu nur eines einfachen Schreibens ohne eingehende Darlegung von Gründen bedarf, braucht für diesen Antrag auf Fristnachlaß die für die Erhebung einer Anfechtungsklage vorgesehene Monatsfrist (vgl. §§ 246 Abs. 1 AktG, 51 Abs. 1 GenG) nicht vorgesehen zu werden. Einzuräumen ist, daß bei Einführung des Vorschlags eines § 128 FGG n.F. Aktionäre, die Widerspruch zur Niederschrift erhoben haben und eine Anfechtungsfrist erwägen, wohl routinemäßig einen Aussetzungsantrag nach § 128 Abs. 1 FGG n.F. stellen würden, dem das Registergericht dann ohne weitere Prüfung stattzugeben hätte⁵⁰⁹. Insoweit könnte es durchaus noch öfter als nach bisheriger Rechtslage zu - allerdings kurz befristeten - Aussetzungen des Eintragungsverfahrens kommen. Im Hinblick darauf ist unabdingbar notwendig, die „angemessene“ Frist, während deren der widersprechende Aktionär einen Aussetzungsbeschuß des Prozeßgerichts beizubringen hat, dadurch zu begrenzen, daß das Prozeßgericht binnen vier Wochen ab Eingang des Aussetzungsantrages

⁵⁰⁷ S. oben Fußnote 462.

⁵⁰⁸ Dazu gesondert unten bb).

zu entscheiden hat (§ 128 Abs. 2 S. 4 FGG n.F.). Daran wird das Registergericht sich bei seiner Fristsetzung gemäß § 128 Abs. 1 S. 2 FGG n.F. zu orientieren haben. Wenn das Landgericht die Aussetzung abgelehnt hat und dagegen Beschwerde erhoben wird, kann das Beschwerdegericht die Aussetzungsfrist verlängern (§ 128 Abs. 2 S. 7 FGG n.F.). Diese Verlängerung dürfte aber nicht außer Verhältnis zu der knapp bemessenen Vierwochenfrist des § 128 Abs. 2 S. 4 FGG n.F. stehen, ohne daß dies im Gesetz festgelegt werden müßte.

Der Vorschlag des § 128 FGG n.F. sieht vor, daß das zuständige Prozeßgericht die Vornahme einer Eintragung vorläufig, bis zur Entscheidung in der Hauptsache, für unzulässig erklären kann. Der Vorschlag lehnt sich an § 16 Abs. 2 HGB an, wählt aber nicht das Verfahren der einstweiligen Verfügung, sondern – wie § 16 Abs. 3 UmwG – eine besondere *verfahrensbegleitende einstweilige Anordnung*. Ein einstweiliges Verfügungsverfahren (§§ 935 ff. ZPO) scheidet schon wegen der damit verbundenen Gefahr einer Haftung gemäß § 945 ZPO aus. Im Vergleich zu den Freigabeverfahren gemäß §§ 16 Abs. 3 UmwG, 319 Abs. 6 AktG ist die „Schlachtordnung“ hier allerdings umgekehrt: Im Verfahren nach § 128 Abs. 2 FGG n.F. stellt nicht die Gesellschaft, sondern der anfechtende Aktionär den Antrag. Der Antrag lautet demnach nicht auf Vornahme, sondern auf vorläufige Unzulässigerklärung der Eintragung. Dementsprechend geht der Inhalt der stattgebenden Entscheidung nicht dahin, daß das Eintragungshindernis der Registersperre aufgehoben ist, sondern dahin, daß die Vornahme der Eintragung bis zur Entscheidung in der Hauptsache für unzulässig erklärt wird. Eine Entscheidung diesen Inhalts darf – wiederum in Umkehrung der §§ 16 Abs. 3 S. 2 UmwG, 319 Abs. 6 S. 2 AktG – nur in zwei Fällen ergehen: Einmal, wenn die eingereichte Anfechtungsklage hinreichende Aussicht auf Erfolg hat. Hinreichende Erfolgsaussicht ist gegeben, wenn das Gericht den Rechtsstandpunkt des Antragstellers auf Grund seiner Sachdarstellung und ohne aufwendige Beweiserhebung für zutreffend oder zumindest vertretbar hält und in tatsächlicher Hinsicht – unter Würdigung der vorgelegten Beweismittel – zumindest von der Möglichkeit der Beweisführung überzeugt ist. Es muß also aufgrund einer Prüfung ohne aufwendige Beweiserhebung eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, daß der Antragsteller mit seiner Klage durchdringen wird. Ist das nicht der Fall, dann kommt ein Aufschub der Eintragung nur in dem wohl seltenen Fall in Frage, daß dieser vorläufige Aufschub der Eintragung nach freier Überzeugung des Gerichts unter Berücksichtigung der mit der Klage geltend gemachten Rechtsverletzungen erforderlich erscheint. Hier wäre, ohne daß der Gesetzeswortlaut dies zum Ausdruck bringen müßte, das durch eine zu Unrecht erfolgende Eintragung bedrohte Interesse des anfechtenden Aktionärs an der Beachtung der gesellschafterschützenden Normen abzuwägen gegen das Interesse der Gesellschaft (der hinter dem betreffenden Beschluß stehenden Mehrheit) daran, daß die beschlossene Satzungsänderung oder Maßnahme nicht durch unbegründete Anfechtungsklagen aufgehalten wird.

Insgesamt würde eine solche Vorschrift die *de facto*-Registersperre für die Dauer eines Anfechtungsprozesses durch ein Verfahren ersetzen, in dem binnen kurzer Frist festzustellen wäre, ob die Anfechtungsklage nach summarischer Prüfung Aussicht auf Erfolg hat, oder ein

⁵⁰⁹ Zu prüfen wäre vom Registerrichter freilich, ob die Anfechtungsbefugnis gemäß § 245 AktG gegeben, und die Anfechtungsfrist gemäß § 246 Abs. 1 AktG noch nicht verstrichen ist.

überwiegendes Aussetzungsinteresse des Anfechtungsklägers bejaht werden kann. Dem anfechtenden Aktionär mag die Aussetzungsentscheidung des Prozeßgerichts je nach ihrem Ausgang Anlaß geben, die Fortsetzung des Anfechtungsprozesses zu überdenken; die Gesellschaft mag in geeigneten Fällen einen Bestätigungsbeschluß (§ 244 AktG) in Erwägung ziehen. Dem mißbräuchlich handelnden Aktionär sollte es künftig nicht mehr gelingen, sogar mit Klagen ohne Erfolgsaussichten und bei überwiegendem Eintragungsinteresse der Gesellschaft eine Registersperre zu erwirken und sich so die Gesellschaft gefügig zu machen.

bb) Insbesondere: Eingliederung und Umwandlung

Was die „qualifizierten“ eintragungsbedürftigen Rechtsakte der Eingliederung, Verschmelzung und sonstigen Umwandlungen anbetrifft, so sieht das Gesetz zwar bereits ein einstweiliges Anordnungsverfahren des Prozeßgerichts vor, in dem die in diesen Fällen eingreifende Registersperre beseitigt werden kann (§§ 319 Abs. 6 AktG, 16 Abs. 3 UmwG). Wie die bisherigen Erfahrungen seit der Einführung dieses Freigabeverfahrens (1995) gelehrt haben, konnten dadurch rechtsmißbräuchliche Anfechtungsklagen, die dann in der Regel mittels Abfindungsvergleichs beendet worden sind, nicht ausgeschlossen werden⁵¹⁰. Im Hinblick darauf ist diese Regelung auf den Prüfstand zu stellen.

(1) Aufhebung des bisherigen Freigabeverfahrens

Wird, wie oben vorgeschlagen⁵¹¹, künftig ein Freigabeverfahren auf Antrag des Anfechtungsklägers (§ 128 FGG n.F.) eingeführt, dann könnte man erwägen, die Vorschriften über das bisherige umwandlungsrechtliche Freigabeverfahren aufzuheben und die Rechtslage derjenigen bei Satzungsänderungen und sonstigen „einfachen“ eintragungsbedürftigen Strukturänderungen anzupassen⁵¹². Im Ergebnis scheidet dies jedoch aus. Das umwandlungsrechtliche Freigabeverfahren auf Antrag der Gesellschaft knüpft an die Registersperre an, die in diesen Fällen eingreift, wenn der Vorstand bei der Anmeldung nicht die „Negativerklärung“ abgeben kann (§§ 319 Abs. 5 AktG, 16 Abs. 2 UmwG). Diese nur durch Freigabebeschluß des Prozeßgerichts wieder zu beseitigende Registersperre ist für Umwandlungen und Eingliederungen mit Rücksicht darauf vorgesehen, daß eine Eintragung dieser Vorgänge zum „Eintritt nicht mehr rückgängig zu machender wirtschaftlicher Folgen“ führen könnte⁵¹³. Einfache Satzungsänderungen sind dagegen, auch wenn sie ins Handelsregister eingetragen worden sind, regelmäßig auch mit Wirkung *ex tunc* vernichtbar⁵¹⁴. Im Hinblick darauf erscheint es als vertretbar, wenn der Anfechtungskläger unter den in § 128 Abs. 2 FGG n.F. genannten Voraussetzungen das

⁵¹⁰ S. oben 4. a).

⁵¹¹ Oben aa) (3).

⁵¹² Vgl. bereits den ähnlichen Vorschlag des Handelsrechtsausschusses des DAV, WM 1993, Sonderbeil. Nr. 2, S. 12 Rdz. 63.

⁵¹³ Vgl. oben Text zu Fußnote 499.

⁵¹⁴ Zur Rückwirkung des auf Anfechtungsklage ergehenden Urteils gemäß § 248 Abs. 1 AktG etwa K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 5), § 248 Rdz. 5 m.Nachw.

vorläufige Wirksamwerden der angefochtenen, aber dennoch eingetragenen Satzungsänderung hinzunehmen hat. Dasselbe gilt für „einfache“ strukturändernde Maßnahmen, die nicht mit Wirkung *ex tunc*, sondern nur mit Wirkung *ex nunc* „vernichtet“ werden können (Beispiel: Beherrschungsvertrag, der auf anfechtbarem Zustimmungsbeschuß beruht⁵¹⁵). Dem berechtigten Interesse des Anfechtungsklägers daran, daß derartigen nur mit Wirkung *ex nunc* abzuwickelnden Strukturänderungen nicht vorläufig durch Eintragung zur Wirksamkeit verholfen wird, kann das Prozeßgericht im Rahmen der Abwägung gemäß § 128 Abs. 2 S. 3 FGG n.F. hinreichend Rechnung tragen. Nach der Bewertung des Gesetzgebers ist dies jedoch bei der Eingliederung⁵¹⁶ und insbesondere Verschmelzung und sonstigen Umwandlungsvorgängen anders zu sehen. Für die zuletzt genannten Fälle schließt der Gesetzgeber sogar eine Abwicklung mit Wirkung *ex nunc* aus (§§ 20 Abs. 2, 131 Abs. 2, 202 Abs. 3, 16 Abs. 3 S. 6 UmwG). Aus diesem Grunde soll der Registerrichter die Eintragung vor Ablauf der Anfechtungsfrist nicht verfügen dürfen, solange eine Anfechtungsklage gegen den angemeldeten Vorgang noch möglich ist, es sei denn, daß eine gegenteilige Freigabeentscheidung des Prozeßgerichts ergeht. Bei Anwendbarkeit des § 128 FGG n.F. wäre das aber anders: Dann hätte der Registerrichter die Eintragung auch auf anfechtbaren Beschlüssen beruhender Eingliederungs- oder Umwandlungsvorgänge zu verfügen, es sei denn, daß der Anfechtungskläger einen Aussetzungsbeschuß des Prozeßgerichts erwirken und vorlegen könnte. Wegen der erhöhten „Bestandskraft“, die sich bei diesen Strukturänderungen aus der Eintragung in das Handelsregister ergibt, und die der Anfechtungskläger dann endgültig hinzunehmen hat, sollte es in diesen Fällen bei der automatisch eingreifenden Registersperre bleiben, die nur auf Antrag der verklagten Gesellschaft aufgehoben werden kann.

(2) Modifikationen

An Modifikationen des Freigabeverfahrens kommt zunächst eine Angleichung der Freigabevoraussetzungen an § 128 Abs. 2 S. 3 FGG n.F. in Betracht. § 16 Abs. 3 S. 2, 1. und 2. Alt. UmwG lassen eine Aufhebung der Registersperre nur zu, wenn die Klage gegen die Wirksamkeit des Verschmelzungsbeschlusses unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist. Wie auch immer der Begriff der „offensichtlichen“ Unbegründetheit der Klage zu verstehen ist⁵¹⁷, jedenfalls geht in der Entscheidungspraxis der Gericht das *non liquet* zu Lasten der Gesellschaft, die Eintragung der Umwandlung oder Eingliederung begehrt. Demgegenüber erscheint es als überzeugender, wie im Vorschlag eines § 128 Abs. 2 S. 3 FGG n.F. auf die „hinreichende Erfolgsaussicht“ der Anfechtungsklage abzustellen. Mit der Formulierung „offensichtlich unbegrün-

⁵¹⁵ S. nur Kort, a.a.O. (Fn. 222), S. 130 ff.

⁵¹⁶ Für die Eingliederung fehlen allerdings, anders als bei Umwandlungsvorgängen (vgl. §§ 16 Abs. 3 S. 6, 20 Abs. 2, 131 Abs. 2, 202 Abs. 3 UmwG), Vorschriften, die die endgültige Bestandskraft der Eingliederung gerade auch für den Fall anordnen, daß der Eingliederungsbeschuß anfechtbar war und für nichtig erklärt worden ist. Da der Gesetzgeber die Eingliederung jedenfalls als für die Zukunft umkehrbar ansieht (vgl. BT-Drucksache 12/6699 S. 179), ist die Registersperre hier fragwürdig. Vgl. dazu auch Kort, a.a.O. (Fn. 222), S. 186 f.

⁵¹⁷ S. dazu oben Text zu Fn. 455, 456.

det“ wollte der Gesetzgeber bewußt an die vom Bundesgerichtshof zum Zweck der teleologischen Reduktion des § 345 Abs. 2 AktG a.F. entwickelte Formel anknüpfen⁵¹⁸. Diese zurückhaltende Formulierung des Bundesgerichtshofs war nun gewiß in Anbetracht dessen, daß § 345 Abs. 2 AktG a.F. eine absolute Registersperre ohne Ausnahme vorsah, überzeugend. Der Gesetzgeber ist aber an dieses auf die verfehlte Regelung des § 345 Abs. 2 AktG a.F. bezogene Präjudiz nicht gebunden. Bemerkenswert ist, daß bereits der Entwurf des Umwandlungsgesetzes in diesem Punkt von Richtern des II. Zivilsenats als zu eng bemängelt worden ist⁵¹⁹. Dieser Kritik ist aber nur durch Einfügung der sog. Abwägungsklausel (§ 16 Abs. 3 S. 2, 3. Alt. UmwG), nicht durch Änderung des „offensichtlich unbegründet“ Rechnung getragen worden. Hat die Anfechtungsklage nach Prüfung durch das Prozeßgericht keine hinreichende Aussicht auf Erfolg, dann sollte die Registersperre aufgehoben werden, es sei denn, daß ausnahmsweise das durch eine zu Unrecht erfolgende Eintragung bedrohte Interesse des Anfechtungsklägers das Interesse der Gesellschaft (der hinter dem Beschluß stehenden Aktionäre) an der Eintragung überwiegt und deshalb der Aufschub der Eintragung erforderlich erscheint. Es empfiehlt sich, die Freigabevoraussetzungen der §§ 319 Abs. 6 AktG, 16 Abs. 3 UmwG denen des vorgeschlagenen § 128 Abs. 2 FGG n.F. anzupassen.

Ein weiterer Umstand, der Gesellschaften in Umwandlungs- und Eingliederungsfällen trotz des Freigabeverfahrens erpreßbar macht, liegt in der Dauer der Freigabeverfahren begründet. Eine Dauer von einem halben Jahr und länger ab Eingang des Antrags ist keine Seltenheit. Da es sich bei dem Freigabeverfahren der Sache nach um ein Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes handelt, sind hier Entscheidungen binnen kurzer Frist geboten. Der Vorschlag eines § 128 Abs. 2 FGG n.F. sieht eine Entscheidung binnen vier Wochen ab Eingang des Antrages vor; diese Frist kann das Beschwerdegericht im Fall der Beschwerde verlängern. Der Gesetzgeber sollte auch für das Freigabeverfahren gemäß §§ 319 Abs. 6 AktG, 16 Abs. 3 UmwG entsprechend kurze Fristen vorsehen.

Dagegen empfiehlt sich aus Gründen der Prozeßökonomie nicht, das Freigabeverfahren statt beim Landgericht beim Oberlandesgericht beginnen zu lassen⁵²⁰, da sich das Landgericht auch mit der Klage in der Hauptsache zu befassen hat. Der Gesichtspunkt der einheitlichen Auslegung und Anwendung aktien- und umwandlungsrechtlicher Vorschriften würde allenfalls die Einführung einer Divergenzbeschwerde (vgl. § 28 Abs. 2 FGG) rechtfertigen, die das geltende Recht nicht vorsieht (§§ 567 Abs. 4 S. 1, 568 Abs. 2 S. 1 ZPO). Ein praktisches Bedürfnis dafür hat sich bisher aber nicht gezeigt. Zu empfehlen ist aber eine Konzentration der Zuständigkeit entsprechend § 132 Abs. 1 S. 3 AktG⁵²¹.

⁵¹⁸ Vgl. BGHZ 112, 9, 23 f: „zweifelsfrei ohne Erfolgsaussicht“.

⁵¹⁹ Röhricht, in: IdW (Hrsg.), Reform des Umwandlungsrechts, 1993, S. 66, 71; vgl. auch Begr. zum RegE bei Ganske, a.a.O. (Fn. 336), S. 69.

⁵²⁰ Dafür Schiessl, a.a.O. (Fn. 187), S. 19; Bayer, a.a.O. (Fn. 246), S. 11. Weitere, im wesentlichen redaktionelle Änderungsvorschläge zu § 16 Abs. 3 UmwG bei Rettmann, a.a.O. (Fn. 56), S. 234.

⁵²¹ Vgl. oben III. 5. a) (S. ..).

b) Der Abfindungsvergleich

aa) Allgemeines

Der Abfindungsvergleich sichert dem rechtsmißbräuchlich handelnden Aktionär seine Beute. Kern eines solchen Vergleichs ist die Zahlung einer Abfindung für das Nichtbetreiben oder, wenn Klage bereits erhoben worden ist, für die Rücknahme der Anfechtungsklage. Die Abfindung kann offen oder verdeckt, in Form eines „Beratungshonorars“ oder – nach neuerer Übung – versteckt in der Einigung über einen hohen Streitwert und der Erstattung angeblich angefallener hoher Verfahrenskosten liegen. Der Vergleich kann mit der betreffenden Gesellschaft oder auch, um Einwendungen aus §§ 57, 62 AktG zu entgehen, mit einem Mehrheitsaktionär geschlossen werden.

Über die aktien- und zivilrechtliche Zulässigkeit und Wirksamkeit derartiger Vergleiche über Anfechtungsklagen *de lege lata* ist während und nach der „Mißbrauchswelle“ nach 1987 viel geschrieben worden; darauf ist an dieser Stelle zu verweisen⁵²². So wurde je nach dem Inhalt solcher Vergleiche ihr Verstoß gegen die Vorschriften über die Kapitalerhaltung, §§ 57, 62 AktG, den Gleichbehandlungsgrundsatz, § 53a AktG, die Vorschriften über den Erwerb eigener Aktien, §§ 71 ff. AktG, sowie die allgemeinen Vorschriften der §§ 138, 134 BGB i.V. mit §§ 253, 266 StGB behandelt und erörtert, in welchen Fällen der Vorstand der Gesellschaft durch den Abschluß eines solchen Vergleichs gegen seine Vorstandspflichten verstößt (§ 93 AktG), und der Vergleich im Hinblick auf das Zusammenwirken mit dem Anfechtungskläger oder auf die Erkennbarkeit des Pflichtverstoßes für den Anfechtungskläger unwirksam ist. Der Bundesgerichtshof hat in der Entscheidung „AMB/BfG“ bestätigt, daß auch der an einem solchen Vergleich beteiligte Anwalt sich schadenersatzpflichtig machen kann⁵²³. An dieser Stelle sind dazu keine Einzelheiten auszubreiten, sondern es ist nur zu fragen, ob darüber hinausreichende Maßnahmen veranlaßt sind.

bb) Verbot von Abfindungsvergleichen

Der Regierungsentwurf zum Aktiengesetz 1965 enthielt in § 389 eine Strafvorschrift folgenden Inhalts:

„Mit Gefängnis bis zu einem Jahr und mit Geldstrafe oder mit einer dieser Strafen wird bestraft, wer

1. besondere Vorteile dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er ... eine Anfechtungsklage nicht erhebe ... oder ... nicht fortführe;

⁵²² Hommelhoff/Timm, Die AG 1989, 168 ff.; Mertens, Die AG 1988, 118 ff.; Schlaus, Die AG 1988, 113 ff.; Lutter, in: Festschrift 40 Jahre Der Betrieb, 1988, S. 193 ff.; ders., ZGR 1978, 347 ff.; Boujong, a.a.O. (Fn. 245), S. 11; Diekgräf, a.a.O. (Fn. 465); Feltkamp, Abfechtungsklage und Vergleich im Aktienrecht, 1991; K. Schmidt, a.a.O. (Fn. 5), § 246 Rdz. 69 f.; Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 246 Rdz. 18.

⁵²³ BGH Die AG 1992, 317 ff.

2. besondere Vorteile dafür anbietet, verspricht oder gewährt, ... daß jemand eine Anfechtungsklage nicht erhebe oder ... nicht fortführe“⁵²⁴.

Der Vorschlag ist nicht ins Aktiengesetz aufgenommen worden. Eingewandt wurde dagegen vor allem, strafwürdige Fälle des Abkaufs von Anfechtungsrechten könnten 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 mit dem Anfechtungskläger ausschließe, die nicht darauf gerichtet seien, dem Anfechtungskläger zu unrechtmäßigen Vorteilen zu verhelfen⁵²⁵. Im Hinblick auf diese überzeugenden Erwägungen sollte von einem generellen Verbot von Vergleichen über das Nichtbetreiben oder das Nichtfortführen einer Anfechtungsklage abgesehen werden.

cc) Zustimmung des Prozeßgerichts

Nach US-amerikanischem Recht ist bei der *class action* ein Vergleich nur mit Zustimmung des Gerichts zulässig⁵²⁶. Ähnlich sehen die Gesellschaftsrechte der meisten Bundesstaaten⁵²⁷ ebenso wie die Bundeszivilprozeßordnung⁵²⁸ für Prozeßvergleiche über eine Schadenersatzklage eines Aktionärs gegen die Verwaltung aus abgeleitetem Recht (*derivative action*)⁵²⁹ das Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung vor. Die dafür maßgebenden Erwägungen lassen sich hierher, auf Vergleiche über das Nichtbetreiben bzw. Beenden einer Anfechtungsklage, aber nicht übertragen⁵³⁰. Bei der *class action* ist die Zustimmung des Gerichts deshalb erforderlich, weil der Vergleich nicht nur den Anspruch des Klägers betrifft, sondern zugleich über die Ansprüche der abwesenden Gruppenmitglieder verfügt wird⁵³¹. Bei der *derivative suit* ist maßgebliche Erwägung, daß der Vergleich das gemeinschaftliche Vermögen betrifft; insbesondere soll kollusives Verhalten von Kläger und beklagten Vorstandsmitgliedern zum Nachteil der Gesellschaft ausgeschlossen werden⁵³². Der Vergleich über das Nichtbetreiben oder Fallenlassen einer Anfechtungsklage ist diesen Gestaltungen nicht gleichzustellen. Weder verfügen die am Vergleich beteiligten Parteien über Ansprüche der übrigen Aktionäre, noch ist im Regelfall eine dem Vergleich über eine Schadenersatzklage gegen die Verwaltung ähnliche Interessenlage gegeben. In einer ähnlichen Konfliktsituation befinden sich die Vorstandsmitglieder, die die beklagte Gesellschaft im Anfechtungsprozeß beim Abschluß eines Vergleichs vertreten,

⁵²⁴ BT-Drucksache IV/ 171; dazu *Boesebeck*, Die AG 1963, 203 ff.

⁵²⁵ Ausschlußbericht zu § 389 RegE, Abdruck bei *Kropff*, a.a.O. (Fn. 70), S. 508.

⁵²⁶ Rule 23(e) Fed. Rules of Civil Procedure.

⁵²⁷ S. nur § 7.45 R.M.B.C.A. a.a.O. (Fn. 299); § 626(d) N.Y.Bus.Corp.L.

⁵²⁸ Rule 23.1. Fed. Rules of Civil Procedure.

⁵²⁹ Dazu unten F.

⁵³⁰ In diese Richtung aber wohl *Becker*, a.a.O. (Fn. 22), S. 710 ff., 728 f. Allerdings spricht *Becker* nicht explizit von einer Genehmigungsbedürftigkeit solcher Vergleiche, sondern von einer „gerichtlichen Inhaltskontrolle“ mit der Begründung, daß nach Erhebung der Anfechtungsklage die Verfügungs- und damit die Vergleichsbefugnis des Anfechtungsklägers beschränkt sei. Anders insoweit die ganz h.M., s. nur *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 246 Rdz. 16 m.w.Nachw.

⁵³¹ S. etwa *Baetge/Eichholz*, Die Class Action in den USA, in: *Basedow*, a.a.O. (Fn. 174), S. 335.

⁵³² Vgl. unten F. ...

regelmäßig nur, wenn die Rücknahme bzw. das Nichtbetreiben einer Anfechtungsklage gegen einen Entlastungsbeschluß, § 120 AktG, oder einen Beschluß gemäß § 93 Abs. 4 S. 3 AktG oder einen ablehnenden Beschluß gemäß §§ 142 Abs. 1, 147 Abs. 1 AktG vereinbart wird. Das Aktiengesetz sieht insoweit als Vorkehrung nur vor, daß die Gesellschaft in Anfechtungsprozessen von Vorstand *und Aufsichtsrat* vertreten wird (§ 246 Abs.1 S. 2 AktG)⁵³³. Da sich in solchen Fällen aber auch der Aufsichtsrat in einer Interessenkollision befinden kann, ist zu befürworten, daß Vereinbarungen über das Betreiben und die Beendigung einer Anfechtungsklage zwischen Gesellschaft und Aktionär in den Gesellschaftsblättern ihrem Inhalt nach bekanntgemacht werden⁵³⁴.

Sieht man von diesen besonderen Fällen, in denen die Gefahr einer Interessenkollision und damit einer Kollusion zwischen klagendem oder klagewilligem Aktionär und Verwaltung droht, ab, so ist kein überzeugender Grund dafür ersichtlich, gerichtliche oder sogar auch außergerichtliche Vereinbarungen, die das Nichtfortführen einer Anfechtungsklage durch Klagerücknahme, Klageverzicht oder Säumnis vorsehen, der Zustimmung des Gerichts zu unterwerfen. Zwar berührt der Vergleich, der den Anfechtungsprozeß beendet, auch die Interessen der übrigen, am Vergleich nicht beteiligten Aktionäre deshalb, weil sich ein der Klage stattgebendes Urteil mit Wirkung für und gegen sie ausgewirkt hätte (§ 248 Abs. 1 S. 1 AktG). Derjenige Aktionär, der nicht selbst Anfechtungsklage erhebt, sondern dies anderen überläßt, muß aber gewärtigen, daß der Anfechtungskläger den Anfechtungsprozeß aus welchen Gründen auch immer nicht weiterbetreibt. Die Verweigerung der Zustimmung durch das Prozeßgericht könnte daher allenfalls die Aufgabe haben, inhaltlich mißbilligenswerten Vergleichen, die dem Anfechtungskläger einen unangemessenen Sondervorteil verschaffen, das Wirksamwerden zu verweigern. Insofern bedarf es aber keiner praeventiven Kontrolle durch das Prozeßgericht. Es erscheint vielmehr als ausreichend, insoweit auf die materiellrechtlichen Nichtigkeitsgründe (insbesondere §§ 134, 138 BGB) und die sich daran anknüpfenden Ansprüche zu setzen, wenn nur durch ausreichende Publizität solcher Vergleiche dafür gesorgt wird, daß das Bestehen solche Ansprüche bekannt, und ihre Durchsetzung ernsthaft in Erwägung gezogen wird.

dd) Publizität

Das Aktiengesetz schreibt bisher nur vor, daß die Erhebung der Anfechtungsklage und das Urteil, das daraufhin den Beschluß für nichtig erklärt, vom Vorstand bzw. vom Registergericht in den Gesellschaftsblättern bekanntzumachen sind (§§ 246 Abs. 4, 248 Abs. 1 S. 4 AktG). Für die sonstige Beendigung des Anfechtungsprozesses, insbesondere für die Beendigung auf der Grundlage eines Abfindungsvergleichs, sieht das Gesetz keine entsprechende Publikation vor. Die *Bekanntmachung der Klagerhebung* hat zwei Funktionen: Sie soll das Publikum warnen, sich auf den Bestand des angefochtenen Beschlusses zu verlassen, und soll den übrigen an-

⁵³³ Die Vorschrift soll eine Kollusion zwischen Vorstand und Anfechtungskläger verhindern; BGHZ 32, 114, 117.

⁵³⁴ Unten dd).

fechtungsbefugten Aktionären die Möglichkeit geben, sich der Klage anzuschließen⁵³⁵. Die *Bekanntmachung des Aufhebungsurteils* soll in gleicher Weise wie die Bekanntmachung des jetzt aufgehobenen Beschlusses erfolgen. Wenn hier eine *Publizität des Abfindungsvergleichs* befürwortet wird, dann soll diese Publizität anderen Zwecken dienen. Es geht nicht darum, das Publikum über die Beendigung des vordem angekündigten Anfechtungsprozesses zu informieren; nicht die Klagerücknahme aufgrund Vergleichs, sondern der Vergleich selbst soll der Publizitätspflicht unterworfen werden. Dafür sprechen zwei Gründe. Zum einen hat der Zwang, einen Vergleich, in dem sich der Anfechtungskläger oder der gemäß § 245 AktG zur Anfechtung befugte Aktionär zum Unterlassen der Anfechtungsklage oder zur Beendigung des Anfechtungsprozesses verpflichtet, seinem ganzen Inhalt nach zu publizieren, praeventive Wirkung („*Sunlight is the best disinfectant*“). Diese Publizitätspflicht würde Anfechtungskläger, die darauf aus sind, mit Hilfe des Hebels der Anfechtungsklage unangemessene Sondervorteile für sich herauszuschlagen, stärker als bisher davon abhalten, weil sie damit rechnen müßten, daß ihr Vorgehen, auch in anderen Fällen, publik werden würde und andere Aktionäre vielleicht Sanktionen fordern würden. Zum anderen würde eine Publizitätspflicht für solche Vergleiche speziell für diejenigen Fälle eine besondere Bedeutung erlangen, in denen auch die auf Seiten der Gesellschaft am Vergleich beteiligte Verwaltung ein persönliches Interesse an der baldigen geräuschlosen Beendigung des Anfechtungsprozesses hat. Das gilt für Anfechtungsklagen gegen Entlastungsbeschlüsse, gegen Beschlüsse gemäß § 93 Abs. 4 S. 3 AktG und gegen ablehnende Beschlüsse gemäß §§ 142 Abs. 1, 147 Abs. 1 AktG.

Um die praeventive Wirkung der Bekanntmachungspflicht zu verstärken und Umgehungen auszuschalten, sollte folgendes vorgesehen werden: Es sind nicht nur Vergleiche über das Unterlassen bzw. Nichtfortsetzen eines Anfechtungs(Nichtigkeits-)prozesses zwischen Gesellschaft und Aktionär, sondern auch Vergleiche solchen Inhalts mit Dritten, etwa dem Mehrheitsaktionär, zu erfassen. Gerichtliche und außergerichtliche Vereinbarungen sollten einbezogen werden. Der Vergleich ist seinem ganzen Inhalt nach bekanntzumachen. Dabei sind die am Vergleich beteiligten Personen und der Aktienbesitz des betreffenden Aktionärs im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses mitzuteilen. Erfolgt diese Bekanntmachung nicht oder unvollständig oder falsch, ist der Vergleich (nicht aber die infolgedessen vorgenommene Prozeßhandlung, die Klagerücknahme z.B.) unwirksam, und der Gesellschaft bzw. dem Mehrheitsaktionär stehen Rückforderungsansprüche wegen der erbrachten Abfindungsleistungen zu. Unbeschadet bleiben natürlich sonstige Nichtigkeitsgründe, z.B. wegen sittenwidrig hoher Abfindungen. Hingewiesen sei zum Abschluß darauf, daß einzelne Gesellschaften bisher schon aus freien Stücken solche Abfindungsvergleiche in den Gesellschaftsblättern publiziert haben⁵³⁶.

⁵³⁵ Zöllner, Kölner Komm., a.a.O. (Fn. 108), § 246 Rdz. 98.

⁵³⁶ Vgl. Bundesanzeiger, Amtl. Teil, 21. 4. 1989, Nr. 76, S. 2089; 29. 8. 1992, Nr. 162, S. 7376; 9.9. 1993, Nr. 169, S. 8782; 31. 1. 1996, Nr. 1, S. 956; 19. 7. 1996, Nr. 133, S. 8186; 26. 11. 1996, Nr. 221, S. 12340; 26. 2. 1997, Nr. 39, S. 2078; 16. 7. 1998, Nr. 129, S. 9825.

c) Ergänzende Maßnahmen

Begleitend und ergänzend zu den bereits vorgeschlagenen Schritten sind weitere Maßnahmen gegen mißbräuchlich handelnde Aktionäre in Betracht zu ziehen.

aa) Gesetzlicher Mißbrauchstatbestand

Anknüpfend an die ältere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hat der Gesetzgeber durch die Novelle vom 25.7.1986⁵³⁷ mit § 13 Abs. 5 UWG einen Mißbrauchstatbestand eingeführt. Danach kann der Anspruch auf Unterlassung nicht geltend gemacht werden, wenn die Klage unter Berücksichtigung der gesamten Umstände mißbräuchlich ist, insbesondere wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen. Der Mißbrauchstatbestand kann zwar auch eingreifen, wenn ein Mitbewerber die Unterlassungsklage rechtsmißbräuchlich einsetzt. Vornehmliche Zielgruppe der Vorschrift sind aber die Abmahnvereine und Anwaltsgebührenvereine⁵³⁸. Nach herrschender Meinung betrifft § 13 Abs. 5 UWG nicht die Sachbefugnis, sondern die Prozeßführungsbefugnis, und ist als Prozeßvoraussetzung von Amts wegen zu prüfen⁵³⁹. Bemängelt wird aber die Weite des Tatbestands und seine praktische Ineffizienz⁵⁴⁰. In der Empfehlung des Rechtsausschusses heißt es zur Rechtfertigung dieser Norm, daß es zur Verhinderung von Mißbräuchen zweckmäßig sei, die Entscheidung über deren Vorliegen weiterhin der Rechtsprechung zu überlassen und sie für diese Aufgabe durch einen weit gefaßten Mißbrauchstatbestand ausdrücklich zu ermächtigen⁵⁴¹.

Eine gesetzliche Festschreibung des vom Bundesgerichtshof erstmals in der „Kochs-Adler“-Entscheidung formulierten Mißbrauchstatbestands⁵⁴² nach dem Vorbild des § 13 Abs. 5 UWG empfiehlt sich nicht. Zunächst einmal hat sich bisher nicht gezeigt, daß der vom Bundesgerichtshof formulierte Tatbestand zu eng, nicht auf alle Fälle passend oder praktisch nicht handhabbar wäre. Es ist auch nicht ersichtlich, daß der Gesetzgeber eine geeignetere Formulierung entwickeln könnte. Die mit einer Generalklausel notwendig verbundenen Anwendungsprobleme würden durch eine gesetzliche Regel nicht beseitigt. Anders als vielleicht im Bereich des UWG, wo immerhin anstelle einer richterlichen Mißbrauchskontrolle ein aufsichtsbehördliches Verfahren der Zulassung und Prüfung von Abmahnvereinen in Betracht kam und deshalb eine gesetzliche Klarstellung erforderlich gewesen sein mag, besteht hier, im Bereich der Anfechtungsklage, auch kein Zweifel an der Befugnis der Gerichte, die Aktivlegitimation des Anfechtungsklägers unter dem Gesichtspunkt rechtsmißbräuchlichen Verhaltens zu prüfen.

⁵³⁷ BGBl. I, 1169.

⁵³⁸ Eingehend zu § 13 Abs. 5 UWG *Jestaedt*, in: Pastor/Ahrens (Hrsg.), *Der Wettbewerbsprozeß*, 4. Aufl. 1999, S. 380 ff; *Ahrens*, ebenda, S. 992 f.

⁵³⁹ Nachweise bei *Jestaedt*, a.a.O., S. 384.

⁵⁴⁰ *Jestaedt*, a.a.O., S. 385.

⁵⁴¹ BT-Drucks. 10/5771 vom 25.6.1986, S. 22.

⁵⁴² BGHZ 107, 296, 297 Leitsatz c).

bb) Schadenersatzpflicht des Anfechtungsklägers

Gegen den Aktionär, der mißbräuchlich die Anfechtungsklage erhebt oder androht, um Sondervorteile zu erlangen, auf die er keinen Anspruch hat und billigerweise nicht erheben kann, kommen Schadenersatzansprüche aus verschiedenen Anspruchsgrundlagen in Betracht⁵⁴³. Seit der *Girmes*-Entscheidung des Bundesgerichtshofes ist auch die Treuepflicht des Aktionärs, auch des Minderheitsaktionärs, als Grundlage von Schadenersatzansprüchen anerkannt⁵⁴⁴. Vor dieser Entscheidung ist die Frage viel behandelt worden⁵⁴⁵, ob der Gesetzgeber zu dem Rechtszustand vor 1965 zurückkehren sollte, wonach der Anfechtungskläger, dem Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fiel, der Gesellschaft zum Schadenersatz verpflichtet war (§ 200 Abs. 2 AktG 1937)⁵⁴⁶. Seit der *Girmes*-Entscheidung stellt sich die Frage eher umgekehrt, nämlich, ob der anfechtende Aktionär der Gesellschaft wegen jeder, auch leichtfahrlässigen, Verletzung der Treuepflicht auf Ersatz des Schadens haften sollte, der ihr aus der Anfechtung und dem dadurch bewirkten Aufschub des Wirksamwerdens des Beschlusses entstanden ist. Wäre die Erhebung jeder im Ergebnis unbegründeten oder unzulässigen Klage mit einer so weitreichenden Haftung bedroht, würde dies auch berechnete Anfechtungsklagen abschrecken. Der II. Zivilsenat hat dieses Problem in der *Girmes*-Entscheidung gesehen und die Haftung des Aktionärs wegen treupflichtwidrigen Stimmverhaltens auf Fälle beschränkt, in denen der Aktionär mit Vorsatz, wenigstens mit bedingtem Vorsatz, gehandelt hat⁵⁴⁷. Das ist auch für den Fall der treupflichtwidrigen Ausübung des Anfechtungsrechts zu befürworten. Diese Haftung reicht aus, um denjenigen Aktionär mit einer Schadenersatzpflicht zu bedrohen, der die Anfechtungsklage in der Absicht erhebt, dadurch Sondervorteile für sich zu erlangen, wobei er in Kauf nimmt, daß die Gesellschaft oder seine Mitaktionäre Schäden erleiden. Eine Erstreckung auch auf fahrlässiges Verhalten ist nicht erforderlich, um den mißbräuchlich, mit Vorsatz handelnden Aktionär zu erfassen, würde aber u. U. berechnete Anfechtungsklagen über Gebühr abschrecken. Die Beschränkung der Haftung auf vorsätzliches treupflichtwidriges Verhalten braucht nicht durch den Gesetzgeber festgeschrieben zu werden, sondern kann sich durch die Praxis der Gerichte entwickeln.

cc) Pflicht zur Sicherheitsleistung

§ 199 Abs. 4 AktG 1937 sah vor, daß das Prozeßgericht auf Antrag der Gesellschaft eine Sicherheitsleistung durch den klagenden Aktionär anordnen konnte. Die Vorschrift lautete wie

⁵⁴³ Eingehende Nachweise bei *Feltkamp*, a.a.O. (Fn. 522), S. 134 ff.; *Diekgräf*, a.a.O. (Fn. 465), S. 132 ff.; *Kort*, a.a.O. (Fn. 222), S. 114 ff.

⁵⁴⁴ BGHZ 129, 136, 158 ff.

⁵⁴⁵ Vgl. die in Fn. 541 Genannten; ferner *Timm*, a.a.O. (Fn. 413), S. 28 f.; ders., WM 1981, 481, 489 ff.; *Zöllner*, Reformbedarf, a.a.O. (Fn. 222), S. 161; *Becker*, a.a.O. (Fn. 22), S. 725 f.; *Hüffer*, in: Festschrift *Brandner*, a.a.O. (Fn. 187), S. 65; *Bayer*, a.a.O. (Fn. 246), S. 7; *Krieger*, ZHR 163 (1999), 343, 361; *Schiessl*, a.a.O. (Fn. 187), S. 23. - S. zu § 200 Abs. 2 AktG 1937 auch BVerfGE 14, 263, 284.

⁵⁴⁶ Eingehender zur Entstehungsgeschichte oben unter 1; vgl. auch die Haftungsnorm des § 52 GenG, die die aktienrechtliche Rechtslage vor 1937 widerspiegelt.

⁵⁴⁷ BGHZ 129, 136, 162 f.

folgt: „Macht die Gesellschaft glaubhaft, daß ihr nach § 200 Abs. 2⁵⁴⁸ oder nach Vorschriften des bürgerlichen Rechts ein Ersatzanspruch zusteht oder erwachsen kann, so kann das Prozeßgericht auf ihren Antrag anordnen, daß der klagende Aktionär der Gesellschaft Sicherheit leiste“. Kam der Aktionär dem nicht nach, war auf Antrag der Gesellschaft die Klage für zurückgenommen zu erklären oder das Rechtsmittel des Anfechtungsklägers zu verwerfen⁵⁴⁹. Der Gesetzgeber des Aktiengesetzes 1965 hat diese Vorschrift nicht übernommen mit der Begründung, damit werde dem klagenden Aktionär eine Pflicht auferlegt, die in anderen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten unbekannt sei, obgleich auch dort dem Beklagten auf Grund der Klage ein Ersatzanspruch gegen den Kläger erwachsen könne. Für diese ungleiche Behandlung bestehe kein ausreichender Anlaß⁵⁵⁰. Dem ist folgendes hinzuzufügen: Steht aufgrund der von der Beklagten angeführten und bewiesenen Tatsachen fest, daß es sich um eine zu rechtsmißbräuchlichen Zwecken erhobene Klage handelt, dann ist nicht nur eine Sicherheitsleistung einzufordern, und erst bei deren Nichtleistung die Klage abzuweisen, sondern die Anfechtungsklage ist sofort als unbegründet abzuweisen. Steht dies dagegen nicht fest, dann besteht in der Tat kein Anlaß, im Hinblick auf vielleicht entstehende, vielleicht aber auch nicht entstehende Ansprüche die Leistung einer Sicherheit anzufordern⁵⁵¹.

Eine ähnliche Vorkehrung kennen einige Bundesstaaten der USA bei der *derivative suit*. Hier bezieht sich die Pflicht zur Sicherheitsleistung aber nicht auf eine eventuelle Schadenersatzpflicht, sondern auf die Prozeßkosten der verklagten Gesellschaft, wenn diese obsiegt. Das aus amerikanischer Sicht Ungewöhnliche hieran ist, daß nach der *American Rule* an sich der oder die Beklagte die eigenen Anwaltskosten auch im Obsiegensfall selbst zu tragen hat. Ausgesprochener Zweck dieser Pflicht zur Sicherheitsleistung ist, unbegründete „*strike suits*“ abzuschrecken, die nur mit dem Ziel erhoben werden, die Verwaltung zu einem Vergleich zu zwingen⁵⁵². Dieses *security for expenses*-Erfordernis wird aber auch in der US-amerikanischen Literatur kritisiert: Es sei leicht zu umgehen und schieße über sein Ziel, nur mißbräuchliche Klagen abzuschrecken und unangemessene Vergleiche zum Nachteil der Gesellschaft zu verhindern, weit hinaus⁵⁵³. Für das deutsche Recht ist eine Pflicht zur Sicherheitsleistung des anfechtenden Aktionärs für die Prozeßkosten der Gegenseite, die jede, auch die berechtigte Anfechtungsklage träge, gleichfalls nicht zu befürworten.

⁵⁴⁸ Die Vorschrift betraf die Schadenersatzhaftung des anfechtenden Aktionärs, vgl. soeben unter bb).

⁵⁴⁹ Ritter, AktG, 2. Aufl. 1939, § 199 Anm. 5. d); eingehend dazu Kort, a.a.O. (Fn. 222), S. 120 f.

⁵⁵⁰ Vgl. Kropff, a.a.O. (Fn. 70), S. 333.

⁵⁵¹ Im Ergebnis ebenso Hüffer, Festschrift Brandner, a.a.O. (Fn. 187), S. 65; Schiessl, a.a.O. (Fn. 187), S. 23.

⁵⁵² Eingehend dazu Clark, a.a.O. (Fn. 173), S. 652 ff.; Cary/Eisenberg, a.a.O. (Fn. 300), S. 1028 ff.; aus der deutschen Literatur dazu Becker, a.a.O. (Fn. 22), S. 164 ff.; Merkt, a.a.O. (Fn. 36), S. 498 ff.

⁵⁵³ Vgl. insbesondere Clark, a.a.O. (Fn. 173), S. 652 ff.

VI. Sonstiges

1. „Anfechtung“ von Aufsichtsrats- und Vorstandsbeschlüssen

Die §§ 241 ff. AktG gelten unmittelbar nur für Hauptversammlungsbeschlüsse, nicht für Aufsichtsrats- und Vorstandsbeschlüsse. Regelmäßig betreffen solche Beschlüsse der Verwaltung nur den Bereich der Geschäftsführung, greifen aber nicht in Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre ein und können deshalb vom einzelnen Aktionär auch nicht angegriffen werden. Allerdings sieht das Aktienrecht seit jeher durchaus auch Verwaltungsbeschlüsse vor, die unmittelbar Aktionärsrechte berühren und deshalb auch auf Initiative des oder der betroffenen Aktionäre hin einer gerichtlichen Prüfung unterworfen sein müssen. Zu solchen rechtsgeschäftlichen, unmittelbar die Mitgliedschaft von Aktionären betreffenden Verwaltungsbeschlüssen ist z.B. die Zustimmung zur Übertragung vinkulierter Aktien, § 68 Abs. 2 AktG, zu rechnen. Weitere Beispiele sind die durch die Verwaltung beschlossene Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluß im Rahmen eines genehmigten Kapitals⁵⁵⁴ und die – praktisch freilich kaum Fragen aufwerfende – Befugnis des Aufsichtsrats zu Satzungsänderungen gemäß § 179 Abs. 1 S. 2 AktG. Ähnlich liegt es bei der Billigung des vom Vorstand vorgelegten Jahresabschlusses durch den Aufsichtsrat (§ 172 Abs. 1 AktG): Die damit verbundene Feststellung legt den von der Hauptversammlung verwendbaren Bilanzgewinn verbindlich fest (§ 174 Abs. 1 AktG); der einzelne Aktionär erwirbt auf Grund dessen einen Anspruch auf Herbeiführung des Gewinnverwendungsbeschlusses⁵⁵⁵. Darüber hinaus zeigt in jüngerer Zeit auch das deutsche Recht die Tendenz, Entscheidungen zunehmend auf die Verwaltung zu verlagern, die durchaus unmittelbar für individuelle Aktionärsrechte oder zumindest für das gemeinschaftliche Vermögen eine hervorgehobene Bedeutung haben, so daß sich die Frage nach ihrer Kontrolle stellt. Hierher kann man z.B. die durch § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG eröffnete Möglichkeit, Aktienrückkaufprogramme aufzulegen, rechnen; ferner den Verschmelzungsbeschluß der Verwaltung in den Fällen des § 62 UmwG („short form merger“). „Phantom stock“ kann dem Vorstand durch den Aufsichtsrat und den Mitarbeitern durch den Vorstand ohne Mitwirkung der Hauptversammlung gewährt werden⁵⁵⁶, während Aktienoptionspläne, soweit sie aus neu geschaffenen Aktien bedient werden sollen, eines Beschlusses der Hauptversammlung bedürfen (§ 192 Abs. 2 Nr. 3 AktG). Orientiert man sich an der Entwicklung der angelsächsischen Gesellschaftsrechtssysteme, dann wird deutlich, daß das Ende dieser Entwicklung in Deutschland keinesfalls erreicht sein dürfte⁵⁵⁷. Sie verdient daher aufmerksame Begleitung.

Für den durch Vorstand und Aufsichtsrat festgestellten Jahresabschluß ordnet § 256 Abs. 6 und 7 AktG die sinngemäße Anwendung von Vorschriften über die Nichtigkeitsklagen gegen

⁵⁵⁴ Eingehend zum Rechtsschutz des Aktionärs nach „Siemens/Nold“ (BGHZ 136, 133) Lutter, JZ 1998, 48 ff.; Röhrich, ZGR 1999, 445, 472 ff.; Bungert, NJW 1998, 488 ff.; Volhard, Die AG 1998, 397 ff.; Kindler, ZGR 1998, 35 ff.; Bayer, ZHR 163 (1999), 506, 512 ff.; Cahn, ZHR 163 (1999), 554 ff.; Ulmer, ZGR 1999, 751, 764 f.; Hüffer, a.a.O. (Fn. 4), § 203 Rdz. 11, 11a.

⁵⁵⁵ S. nur BGHZ 124, 116, 122 f.

⁵⁵⁶ Feddersen, ZHR 161 (1997), 269, 285 f.

⁵⁵⁷ Vgl. bereits oben IV. 8. m.Nachw.

Hauptversammlungsbeschlüsse an (Heilung; richtiger Klagegegner; Vertretung; ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts; Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern; Streitwertberechnung und Urteilswirkung). Dies gilt nicht nur für den Jahresabschluß als den Gegenstand der Feststellung, sondern auch für den Aufsichtsratsbeschluß, der ihm zugrunde liegt⁵⁵⁸. So kann die Nichtigkeit eines solchen Aufsichtsratsbeschlusses nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die Frist des § 256 Abs. 6 AktG verstrichen ist; im Feststellungsprozeß ist die Gesellschaft durch Vorstand und Aufsichtsrat vertreten; das Urteil hat die Wirkung des § 248 Abs. 1 AktG usw. Für sonstige Beschlüsse von Aufsichtsrat und Vorstand, denen für die Aktionäre eine ähnliche Bedeutung zukommt, sieht das Gesetz dagegen keine, auch keine eingeschränkte, Verweisung auf die Vorschriften der §§ 241 ff. AktG vor. Der Bundesgerichtshof hat eine entsprechende Anwendung der §§ 241 ff. AktG abgelehnt⁵⁵⁹; in der Literatur ist die Frage weiterhin umstritten⁵⁶⁰. Praktisch bedeutet dies, daß der Aktionär, der eine der oben erwähnten Maßnahmen angreifen will, zu den allgemeinen Rechtsbehelfen (vorbeugender Rechtsschutz durch einstweilige Verfügung; Leistungsklage; Unterlassungsklage; Beseitigungsklage; Feststellungsklage; Schadenersatzklage) greifen kann und greifen muß, sofern deren Voraussetzungen erfüllt sind.

An dieser Stelle ist nur auf die Feststellungsklage (§ 256 ZPO) näher einzugehen⁵⁶¹. Zunächst einmal dürfen der Erhebung der Feststellungsklage keine spezielleren aktienrechtlichen Rechtsbehelfe oder organisatorischen Regelungen vorgehen⁵⁶². Anders als im Fall der Nichtigkeitsklage (§ 249 AktG)⁵⁶³ muß der Kläger ein schutzwürdiges Interesse an der alsbaldigen Feststellung der Nichtigkeit des betreffenden Verwaltungsbeschlusses dartun⁵⁶⁴. Nach einem allgemeinen Grundsatz fehlt das Feststellungsinteresse in der Regel dann, wenn der Kläger sein Ziel durch Leistungsklage erreichen kann (Beispiele: Erklärung der Zustimmung zur Übertragung gemäß § 68 Abs. 2 AktG; Untersagung der Aktienausgabe unter Bezugsrechtsausschluß bei genehmigtem Kapital; Schadenersatz wegen pflichtwidriger Vereitelung von Veräußerungschancen im Rahmen eines öffentlichen Übernahmeangebots durch Kapitalerhöhungsbeschluß

⁵⁵⁸ BGHZ 124, 111, 116 f. m.w.Nachw.

⁵⁵⁹ Grundlegend BGHZ 122, 342; seither BGHZ 124, 111, 115; BGHZ 135, 244, 247.

⁵⁶⁰ S. aus dem neueren Schrifttum in Auseinandersetzung mit BGHZ 122, 342 etwa *Kropff*, ZGR 1994, 628, 630 f.; *Kindl*, Die AG 1993, 153 ff.; *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 432), S. 842; *Lenke*, Der fehlerhafte Aufsichtsratsbeschluß, 1994; *Landrock*, Der Innenrechtsstreit in der Aktiengesellschaft. Jur. Diss. Mainz, 1993; *Becker*, a.a.O. (Fn. 22), S. 485 ff.; *Götz*, in: *Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts*, Festschrift für Lücke, 1997, S. 167 ff.; *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 108 Rdz. 19 f.

⁵⁶¹ Zu Unterlassungs- und Beseitigungsklagen unten D.; zu Schadenersatzklagen unten E., F.

⁵⁶² Dazu BGHZ 70, 384, 388; BGHZ 76, 191, 198 f.; BGHZ 83, 122, 127.

⁵⁶³ Streitig; z.T. wird auch die Nichtigkeitsklage als Feststellungsklage i.S. des § 256 ZPO behandelt und dementsprechend auch ein Feststellungsinteresse gefordert, dann aber auch ohne weiteres aufgrund der Mitgliedschaft des klagenden Aktionärs bejaht; s. etwa *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 249 Rdz. 11; a.A. (Nichtigkeitsklage ist keine Feststellungsklage) insbesondere *K. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 5), § 249 Rdz. 3, 4 m.Nachw.

⁵⁶⁴ Vgl. dazu für Vorstandsbeschlüsse *Mertens*, a.a.O. (Fn. 80), § 77 Rdz. 27: „Aktionäre könnten nur dann ein Feststellungsinteresse haben, wenn der Beschluß in ihr Mitgliedschaftsrecht und ihren verbandsrechtlichen Anspruch auf Wahrung ihrer aktienrechtlichen Mitwirkungsbefugnisse eingreift (vgl. *Zöllner*, ZGR 1988, 392, 398)“. Vgl. auch *dens.*, § 93 Rdz. 193. Zum Feststellungsinteresse des klagenden Aktionärs bei Ausgliederungsmaßnahmen auf eine Tochtergesellschaft ohne erforderliche Mitwirkung der Hauptversammlung BGHZ 83, 122, 125 f.

der Verwaltung). Und schließlich darf die Berufung auf die Nichtigkeit nicht im Einzelfall ausgeschlossen sein⁵⁶⁵. Anders als bei ausführungsbedürftigen Hauptversammlungsbeschlüssen wird und kann der Aktionär sich hier also regelmäßig nicht darauf beschränken, gegen den in seine Rechte eingreifenden Beschluß mit der Feststellungsklage bzw., bei Hauptversammlungsbeschlüssen, mit der Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage vorzugehen. Aus dem Blickwinkel des Rechtsschutzes des Aktionärs, der sich gegen eine Beeinträchtigung seines Mitgliedschaftsrechts oder der Mitwirkungsbefugnisse der Aktionäre wendet, ist hiergegen im Grundsatz nichts einzuwenden. Fragwürdig ist insoweit nur, daß bei Ablehnung der Kategorie „anfechtbarer“ Aufsichtsratsbeschlüsse auch ein Aktionär inzident oder im Rahmen einer ausnahmsweise zulässigen Feststellungsklage geltend machen können soll, daß der angegriffene Aufsichtsratsbeschluß z. B. wegen eines Verfahrensmangels nichtig ist, obwohl die Verfahrensvorschriften für Aufsichtsratsbeschlüsse gewiß nicht dazu bestimmt sind, berechnete Interessen von Aktionären zu schützen. Mit einer bloßen aus § 242 BGB abgeleiteten Verwirkungslösung ist insofern jedenfalls nicht zu helfen⁵⁶⁶. Kommt (ausnahmsweise) eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Aufsichtsrats- oder Vorstandsbeschlusses durch einen Aktionär in Betracht, dann sollte doch die Ablehnung der analogen Anwendbarkeit einzelner Vorschriften der §§ 241 ff. AktG nochmals überprüft werden. So kann auf die Anwendung des § 249 i.V. mit § 246 Abs. 2, Abs. 3 S. 1, Abs. 4, §§ 247 und 248 Abs. 1 S. 1 AktG kaum verzichtet werden⁵⁶⁷. Insoweit sollte aber auf eine weitere Klärung in Rechtsprechung und Literatur gesetzt werden. Gesetzgeberische Maßnahmen sind insoweit nicht zu empfehlen.

2. Positive Beschlußfeststellungsklage

Hat der Leiter der Hauptversammlung das Beschlußergebnis falsch festgestellt und ist dies dementsprechend beurkundet worden, so ist der Beschluß zwar anfechtbar (§ 243 AktG), aber das Anfechtungsurteil kassiert nur den Beschluß, stellt dagegen nicht den tatsächlich zustandegewordenen Beschluß mit seinem wahren Inhalt mit gestaltender Wirkung fest⁵⁶⁸. Der Anfechtungskläger, dem es darauf ankommt, muß vielmehr neben seinem Anfechtungsantrag einen Antrag auf positive Beschlußfeststellung stellen⁵⁶⁹. Diese „positive Beschlußfeststellungs-

⁵⁶⁵ Vgl. BGHZ 83, 122, 128 ff.

⁵⁶⁶ Deshalb wird in der Literatur, soweit sie eine analoge Anwendung von Vorschriften über die Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen (§§ 241 ff. AktG) ablehnt, z.T. auf das Erfordernis einer Widerspruchserklärung oder Anfechtungserklärung zurückgegriffen, die nur von einem Aufsichtsratsmitglied abgegeben werden könne und ohne die der Beschluß wirksam sei; s. zu den Einzelheiten die eingehende Darstellung bei *Lemke*, a.a.O. (Fn. 560).

⁵⁶⁷ Für eine Rechtskrafterstreckung des der Klage stattgebenden Urteils auch BGHZ 122, 342, 350 f. Eine Rechtskrafterstreckung setzt aber, wie auch der II. Zivilsenat in anderem Zusammenhang mit Recht betont hat (BGHZ 132, 278, 285 ff.), eine ausschließliche Zuständigkeit des entscheidenden Gerichts (vgl. § 246 Abs. 3 S. 1 AktG) und die Möglichkeit der Teilnahme der übrigen von der angegriffenen Maßnahme Betroffenen am Verfahren und damit deren Information voraus (§ 246 Abs. 4 AktG; vgl. dazu auch BGHZ 76, 191, 200 f.).

⁵⁶⁸ Anders noch RGZ 122, 102, 107 f.

⁵⁶⁹ So im Anschluß an *Zöllner*, Schranken ..., a.a.O. (Fn. 86), S. 405 ff., BGHZ 76, 191, 197 ff.; ferner BGHZ 88, 320 und BGHZ 97, 28 (beide zur GmbH); aus der Literatur dazu *Zöllner*, Kölner Komm., a.a.O. (Fn. 108), § 248 Rdz. 25 m.Nachw.; *Flume*, a.a.O. (Fn. 86), S. 215; *K. Schmidt*, Die AG 1980, 169 ff.; *Zöllner*,

klage“ muß in der Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG erhoben werden. Der Aktionär, der diesen Antrag stellt, muß auch hierzu befugt sein⁵⁷⁰. Das Feststellungsurteil entfaltet Rechtskraftwirkung entsprechend § 248 Abs. 1 S. 1 AktG⁵⁷¹. Daher sind auch § 246 Abs. 2 und Abs. 3 AktG entsprechend anzuwenden⁵⁷². Andere Aktionäre können auf Seiten der verklagten Gesellschaft als Nebenintervenienten einredeweise gegen die Feststellungsklage Anfechtungsgründe geltend machen, die sie im Anfechtungsprozeß gegen den als fehlerhaft zustande gekommen verkündeten Beschluß nicht zu erheben brauchten⁵⁷³. Deshalb ist auch § 246 Abs. 4 AktG anzuwenden; d.h. der Vorstand muß die positive Beschlußfeststellungsklage unverzüglich bekanntmachen⁵⁷⁴. Insgesamt erscheint das Recht der „positiven Beschlußfeststellungsklage“ hinreichend konsolidiert. Ein Regulierungsbedarf und damit ein Tätigwerden des Gesetzgebers ist insoweit nicht angezeigt.

ZGR 1982, 623 ff.; *K. Schmidt*, NJW 1986, 2018 ff.; *Henze*, a.a.O. (Fn. 424), S. 379 ff.; *K. Schmidt*, Großkomm. AktG, a.a.O. (Fn. 5), § 246 Rdz. 98 ff.; *Hüffer*, in: *Geßler/Hefermehl*, a.a.O. (Fn. 96), § 246 Rdz. 81 ff.; *ders.*, AktG, a.a.O. (Fn. 4), § 246 Rdz. 42 f.

⁵⁷⁰ *K. Schmidt*, Großkomm.AktG, a.a.O. (Fn. 5), § 246 Rdz. 108.

⁵⁷¹ BGHZ 71, 191, 199 f.

⁵⁷² *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 4), § 246 Rdz. 43.

⁵⁷³ BGHZ 76, 191, 201; *Zöllner*, ZGR 1982, 623, 631.

⁵⁷⁴ BGHZ 76, 191, 200.