

Jens Koch

Die Reform des deutschen Beschlussmängelrechts

- I. Einleitung
- II. Grundzüge des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts
- III. Fortdauernder Reformbedarf
- IV. Reformansatz
 - A. Grundpfeiler der beschlussmängelrechtlichen Neuausrichtung
 - B. Konsentierte Grundelemente als Basis der weiteren Untersuchung
- V. Ausgemusterte Modelle
- VI. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Anfechtung strukturändernder Beschlüsse
 - A. Geltendes Recht
 - B. Kritik an der bestehenden Rechtslage
- VII. Neuausrichtung
 - A. Kläger- oder beschlussbezogener Filter?
 - B. Ausgestaltung des beschlussbezogenen Filters
 - C. Ausgestaltung des klägerbezogenen Filters
 - D. Rechtsfolgenanordnung
 - E. Standort der Verhältnismäßigkeitsprüfung und vorgezogene Freigabeentscheidung
- VIII. Sonstige Beschlussarten
- IX. Rechtsmittel
- X. Weitere Detailgestaltung
- XI. Fazit

I. Einleitung

Im September 2018 berät die Wirtschaftsrechtliche Abteilung des 72. Deutschen Juristentags über die Reform des gesellschaftsrechtlichen Beschlussmängelrechts.¹⁾ Im Zentrum der rechtspolitischen Diskussion stand insofern das aktienrechtliche Beschlussmängelrecht, das durch den gewerblichen Missbrauch räuberischer Aktionäre jahrzehntelang einer schweren praktischen Bewährungsprobe ausgesetzt war.²⁾ Das Beschlussmängelrecht anderer Gesellschaftsformen hat dagegen in der Vergangenheit deutlich weniger Beachtung gefunden, ob-

¹⁾ Die folgenden Ausführungen beruhen weitgehend auf einem Gutachten, das der Verfasser für die Wirtschaftsrechtliche Abteilung des 72. Deutschen Juristentags verfasst hat.

²⁾ Vgl dazu *Hüffer/Koch, AktG¹³ (2018) § 245 Rz 22 ff.*

wohl gerade auch hier viel im Argen liegt. Bis auf die Aktiengesellschaft und die Genossenschaft fehlt es für sämtliche anderen Gesellschaftsformen an einer gesetzlichen Regelung. Im GmbH-Recht versucht man, die daraus erwachsenden Lücken durch einen Analogieschluss zum Aktienrecht zu schließen,³⁾ der aber auf einer zweifelhaften dogmatischen Grundlage ruht und auch in der Sache oft zu zweifelhaften Ergebnissen führt.⁴⁾ Im Personengesellschaftsrecht und beim Verein wird ein solcher Analogieschluss überwiegend abgelehnt, weshalb man hier auf die allgemeine Rechtsgeschäftslehre zurückgreift,⁵⁾ die sich zur Lösung beschlussrechtlicher Fragen aber als weitgehend ungeeignet erwiesen hat.⁶⁾ Der 72. Deutsche Juristentag soll sich deshalb mit der Frage beschäftigen, ob das deutsche Beschlussmängelrecht in seiner Gesamtheit von der Rechtsgeschäftslehre zu emanzipieren und nach dem Modell des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts neu auszurichten ist. So sinnvoll eine solche Neuausrichtung erscheinen mag, so sieht sie sich derzeit doch mit dem Einwand konfrontiert, dass auch das zugrunde gelegte Referenzmodell des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts nahezu einhelliger Kritik ausgesetzt ist.⁷⁾ Im Schrifttum ist es unbestritten, dass ganz besonders diese Materie einer dringenden Reform bedarf, was einen Wertungstransfer auf andere Gesellschaftsformen sicher nicht empfiehlt. Im Folgenden soll deshalb der vorrangigen Frage nachgegangen werden, wie das aktienrechtliche Beschlussmängelrecht künftig aussehen sollte. Nur wenn hier eine vernünftige Balance gefunden wird, kann es seine Schrittmacherfunktion für das gesamte Gesellschaftsrecht erfüllen.⁸⁾

³⁾ Ständige Rechtsprechung des RG seit Rep II 223/14, RGZ 85, 311f und des BGH seit II ZR 167/52, BGHZ 11, 231, 239ff = NJW 1984, 385; weitere Nachweise bei *Casper*, Das Anfechtungsklageerfordernis im GmbH-Beschlussmängelrecht, ZHR 163 (1999) 54, 56.

⁴⁾ Grundlegende Kritik deshalb etwa bei *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen (1989) 115ff; *Fehrenbach*, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH: Allgemeines Beschlussmängelrecht und analoge Anwendung des Aktienrechts (2011) 225ff.

⁵⁾ Für den Verein ständige Rechtsprechung seit BGH II ZR 63/71, BGHZ 59, 369, 371 = NJW 1973, 235; ausführliche Darstellung bei *Fluck*, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse (2017) 9ff; für die Personengesellschaften vgl BGH II ZR 149/64, WM 1966, 1036; BGH II ZR 158/86, NJW 1987, 1262, 1263; BGH II ZR 160/93, WM 1995, 701, 706; offenlassend aber BGH II ZR 61/89, WM 1990, 675, 676f; ausführliche Darstellung bei *C. Schäfer* in *Staub*, HGB⁵ (2009) § 119 Rz 75ff; *Herchen*, Beschlussmängel im GmbH- und Personengesellschaftsrecht, in VGR, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2016 (2017) 83, 110ff.

⁶⁾ *Busche*, Zur Rechtsnatur und Auslegung von Beschlüssen, in FS Säcker (2011) 45ff; *Ernst*, Der Beschluss als Organakt, in Liber Amicorum Leenen (2012) 1ff; *Tröger*, Gesetzgebung im Recht der Personengesellschaften, JZ 2016, 834, 841.

⁷⁾ Vgl statt vieler die nachdrücklichen Reformanregungen des 67. und 69. Deutschen Juristentags: 67. DJT, Band II/2, N 241 Beschluss Nr 16a; 69. DJT, Band II/2, N 235 Beschluss Nr 21.

⁸⁾ Zur Schrittmacherfunktion des Aktienrechts für die Fortschreibung des gesamten Gesellschaftsrechts vgl *K. Schmidt*, Die Beschlussanfechtungsklage bei Vereinen und Personengesellschaften, in FS Stimpel (1985) 217, 219.

II. Grundzüge des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts

Das deutsche Beschlussmängelrecht ist dem österreichischen Beschlussmängelrecht aufgrund der gemeinsamen historischen Wurzeln eng verwandt. Wesentliche Unterschiede sind erst im Jahr 1965 entstanden, als der deutsche Gesetzgeber sich dazu entschlossen hat, den Schutz der Kleinaktionäre zu verbessern, indem er den Zugang zur Beschlussmängelklage erleichtert hat. Zu diesem Zweck hat er zum einen die bis dahin geltende Schadensersatzfolge bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Klageerhebung aufgehoben und zum anderen durch eine besondere aktienrechtliche Streitwertregelung dafür Sorge getragen, dass Minderheitsaktionäre nicht durch eine übermäßige Kostenbelastung von der Klageerhebung abgeschreckt werden.⁹⁾ Die Minderheitsaktionäre haben dem deutschen Gesetzgeber diesen Dienst schlecht gedankt. Seit den 1980er Jahren breitete sich ein flächendeckender gewerblicher Missbrauch des Anfechtungsrechts durch räuberische Aktionäre aus, der über Jahrzehnte hinweg die unternehmerische Entwicklung in Deutschland hemmte und erschwertete.¹⁰⁾ In den Jahren 2005 und 2009 hat der Gesetzgeber darauf mit zwei grundlegenden Reformgesetzen reagiert, mit denen es gelungen ist, den schlimmsten Verwerfungen entgegenzuwirken.¹¹⁾

Als wirkungsmächtigste Waffe gegen die räuberischen Aktionäre hat sich insofern die Einführung des so genannten Freigabeverfahrens erwiesen, das heute in § 246a AktG geregelt ist. Sein Anwendungsbereich ist auf bestimmte eintragungsbedürftige, strukturändernde Beschlüsse beschränkt. Bei ihnen löst eine Anfechtungsklage für bestimmte Beschlüsse (namentlich im Umwandlungsrecht) eine rechtliche Registersperre aus; bei anderen Beschlussarten steht die Eintragung im Ermessen des Registerrichters, der in der Praxis mit Blick auf seine eigenen Haftungsrisiken in der Regel aber ebenfalls von der Eintragung absieht. In dieser Situation lautet die Grundaussage des Freigabeverfahrens folgendermaßen: Wird gegen einen der enumerativ aufgeführten Beschlüsse eine Klage erhoben, so kann ein Senat eines Oberlandesgerichts entscheiden, dass die Erhebung der Klage der Eintragung nicht entgegensteht und Mängel des Hauptversammlungsbeschlusses die Wirkung der Eintragung unberührt lassen. Ein solcher Beschluss ergeht, wenn (1) die Klage unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist, (2) der Kläger nicht einen anteiligen Betrag von mindestens 1000 € am Grundkapital hält oder (3) das alsbaldige Wirksamwerden des Hauptversammlungsbeschlusses vorrangig erscheint, weil die vom Antragsteller dargelegten wesentlichen Nachteile für die Gesellschaft und ihre Aktionäre nach freier Überzeugung

⁹⁾ Vgl. dazu Begründung Regierungsentwurf, abgedruckt bei *Kropff*, Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6. 9. 1965 (1965) 334f.

¹⁰⁾ Zusammenfassend *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 245 Rz 22 ff.

¹¹⁾ Beim ersten dieser Gesetze handelt es sich um das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts vom 22. 9. 2005 (dBGBl I 2802 – im Folgenden UMAG), beim zweiten um das Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechtsrichtlinie vom 30. 7. 2009 (dBGBl I 2479 – im Folgenden ARUG).

des Gerichts die Nachteile für den Antragsgegner überwiegen, es sei denn, es liegt eine besondere Schwere des Rechtsverstoßes vor.

Folge einer solchen Gerichtsentscheidung ist, dass der Registrerichter den Beschluss einzutragen hat, aber auch keine Haftung zu befürchten hat. Aus dieser Folge leitet sich die Bezeichnung als Freigabeverfahren ab. Etwas versteckter, für die Praxis aber ebenso wichtig ist die weitere Folge, dass der Mangel die Wirkung der Eintragung auch dauerhaft unberührt lässt, weil den Unternehmen nur wenig geholfen wäre, wenn sie eine strukturändernde Maßnahme initiierten, sie aber später rückgängig machen müssten, wenn ein Gericht die Fehlerhaftigkeit des Beschlusses noch nachträglich feststellt. Man spricht insofern von der Bestandssicherungswirkung des Freigabeverfahrens. Stattdessen wird der Kläger in der Weise geschützt, dass im Hauptsacheverfahren die Rechtswidrigkeit des Beschlusses festgestellt wird und er auf dieser Grundlage Schadensersatzansprüche geltend machen kann, die aber ebenfalls nicht die Rückabwicklung der Maßnahme zur Folge haben können. In diesem Freigabeverfahren liegt neben dem Wegfall der Schadensersatzfolge bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Klageerhebung und der besonderen Streitwertgestaltung die dritte große Abweichung des deutschen vom österreichischen Beschlussmängelrecht.

III. Fortdauernder Reformbedarf

Mit der Einführung des Freigabeverfahrens ist es gelungen, die räuberischen Aktionäre jedenfalls in ihrem bislang wichtigsten Betätigungsfeld der strukturändernden Beschlüsse weitgehend zurückzudrängen.¹²⁾ Insofern sind die Reformakte als rechtspolitischer Erfolg zu verzeichnen. Wenn heute dennoch nahezu durchgängig im deutschen Schrifttum eine Reform des Beschlussmängelrechts angemahnt wird, so ist dies auf den Einwand zurückzuführen, dass das Pendel nunmehr zu weit in die andere Richtung ausgeschlagen ist und nicht nur räuberischen Aktionären, sondern auch redlichen Aktionären die Klagemöglichkeit gegen strukturändernde Beschlüsse weitestgehend abgeschnitten wird.¹³⁾ Darüber hinaus wird bemängelt, dass das Beschlussmängelrecht seine systematische Konsistenz verloren habe. Das Hauptsacheverfahren wird zwar weiter durchgeführt, versandet aber traurig in einer wirkungslosen Rechtsfolge, während alle für die Parteien maßgeblichen Weichenstellungen bereits im Freigabeverfahren vorgenommen worden sind. Bei den nicht strukturändernden Beschlüssen, die für eine Gesellschaft ebenfalls von hoher Bedeutung sein können, verbleibt es dagegen bei der bisherigen Lösung, dass auch geringfügige Mängel zur Extremfolge der Beschlusskassation führen können.

¹²⁾ Vgl dazu *Bayer/Hoffmann*, Beschlussmängelklagen – Monitor 2016, AG 2017, R 155 ff.

¹³⁾ Dazu und zum Folgenden *Habersack/Stilz*, Zur Reform des Beschlussmängelrechts, ZGR 2010, 710 ff.

IV. Reformansatz

A. Grundpfeiler der beschlussmängelrechtlichen Neuausrichtung

Auch wenn man sich vor diesem Hintergrund darüber einig ist, dass das Beschlussmängelrecht einer neuerlichen Reform bedarf, bestehen doch sehr unterschiedliche Vorstellungen darüber, welche Gestalt das künftige Recht annehmen sollte. Die bislang unterbreiteten Reformvorschläge gehen in sehr unterschiedliche Richtungen und auch im internationalen Beschlussmängelrecht lässt sich keine einheitliche Fließrichtung ausmachen.¹⁴⁾

Vor dem Hintergrund dieses uneinheitlichen rechtspolitischen Meinungsspektrums erweist es sich als weiterführend, nicht so sehr die Defizite des gelgenden Rechts herauszuarbeiten (über die eben keine Einigkeit besteht), sondern stattdessen den Blick auf das schon Erreichte zu richten und zu fragen, welche Reformschritte des deutschen Rechts heute als gelungen betrachtet und nicht mehr in Frage gestellt werden.¹⁵⁾ Als solche weitgehend konsentierten Reformschritte lassen sich im Wesentlichen drei Neuerungen identifizieren. Die erste dieser Neuerungen ist die Aufgabe der Einheitslösung Beschlusskassation. Das deutsche Beschlussmängelrecht konnte über 100 Jahre grob gerastert auf folgende Kurzformel gebracht werden: Wenn ein Beschluss mit einem nicht ganz unerheblichen Fehler behaftet ist, ist er gerichtlich aufzuheben. Diese Einheitslösung ist im Jahr 2005 aufgegeben worden. Unter bestimmten Voraussetzungen führt ein Mangel nicht zur Kassation, sondern wird auf andere Weise geahndet, nämlich durch Schadensersatzansprüche und die Feststellung der Rechtswidrigkeit. Auch wenn über die Qualität und Konsistenz des neuen Systems gestritten wird, so ist doch festzuhalten, dass diese Neuausrichtung nahezu durchgängig begrüßt wird.¹⁶⁾ Die große Mehrzahl der Reformvorschläge,¹⁷⁾ aber auch moderne ausländische Vergleichsmodelle gehen zumindest für strukturändernde Beschlüsse in diese Richtung.¹⁸⁾

Weiterhin besteht im deutschen Schrifttum heute weitgehende Einigkeit darüber, dass Schaltstelle für die Wahl zwischen den an die Stelle der Beschlusskassation tretenden Rechtsfolgen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im weiteren Sinne ist. Wie diese Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelnen auszustalten ist, gehört zu den umstrittensten Fragen in der derzeitigen rechtspolitischen Diskussion. Das grundsätzliche Verhältnismäßigkeitskonzept als solches wird

¹⁴⁾ Ausführlich dazu *J. Koch*, Gutachten zum 72. DJT, 2018, B I; zu internationalen Entwicklungen *Fleischer*, Reformperspektiven des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts im Lichte der Rechtsvergleichung, AG 2012, 765 ff.

¹⁵⁾ Dazu und zum Folgenden *J. Koch*, Gutachten zum 72. DJT, 2018, B II.

¹⁶⁾ So auch der Befund von *Fleischer*, AG 2012, 765, 777.

¹⁷⁾ Vgl etwa *Arbeitskreis Beschlussmängelrecht*, AG 2008, 617 ff; *Bayer/Fiebelkorn*, Vorschläge für eine Reform des Beschlussmängelrechts der Aktiengesellschaft, ZIP 2012, 2181 ff; *Dornbach*, Die aktienrechtliche Anfechtungsklage (2013) 281 ff; *Hirte*, Anmerkungen zur Neuordnung des Freigabeverfahrens durch das ARUG, in *FS Meilicke* (2010) 201, 212 ff; *Homeier*, Berufskläger im Aktienrecht (2016) 354; *Schatz*, Der Missbrauch der Anfechtungsbefugnis (2012) 233 ff.

¹⁸⁾ Zu entsprechenden Gestaltungen in Frankreich, Italien, Griechenland und Spanien vgl *Fleischer*, AG 2012, 765, 771 ff.

dagegen heute kaum noch in Frage gestellt und hat sich auch in anderen Rechtsordnungen durchgesetzt, und zwar namentlich in Gestalt eines Quorumsgedankens.¹⁹⁾ Auch einem solchen Beteiligungsquorum liegt der Gedanke zugrunde, dass bei einer zu geringen Beteiligungshöhe die Beschlusskassation unverhältnismäßig erscheinen kann.

Als dritter Grundpfeiler eines modernen Beschlussmängelrechts ist heute in Deutschland ebenso wie in vielen anderen Rechtsordnungen anerkannt, dass das herkömmliche Beschlussmängelverfahren durch ein Eilverfahren ergänzt werden muss, in dem die Eintragung strukturändernder Beschlüsse beschleunigt herbeigeführt und zugleich ihre dauerhafte Bestandskraft gewährleistet werden kann.

B. Konsentierte Grundelemente als Basis der weiteren Untersuchung

Für die weitere rechtspolitische Diskussion empfiehlt es sich, diese drei Grundpfeiler nicht erneut in Frage zu stellen.²⁰⁾ Sie finden ihre Rechtfertigung in der Erkenntnis, dass das Beschlussmängelrecht viel stärker, als es bisher geschehen ist, von seinen Wurzeln in der zivilrechtlichen Rechtsgeschäftslehre zu emanzipieren und den Eigenheiten kollektiver Entscheidungsfindung deutlicher Rechnung zu tragen ist. Diese Eigenheiten liegen zum einen in der hohen Fehleranfälligkeit einer kollektiven Beschlussfassung, die namentlich bei der Aktiengesellschaft besonders augenfällig ist, zum anderen aber auch in dem „weiterfressenden“ Charakter fehlerhafter Beschlüsse, die im lebenden und fortwirkenden Organismus einer Gesellschaft schwerwiegende Folgen und damit zugleich auch ein hohes Blockadepotenzial haben können. Diesen Besonderheiten wird durch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, die in einer Rechtsfolgendifferenzierung mündet, Rechnung getragen; dem Blockadepotenzial wird durch ein besonderes Eilverfahren entgegengewirkt.

V. Ausgemusterte Modelle

Mit dieser Festlegung ist schon viel gewonnen, weil sie es erlaubt, eine erste Flurbereinigung unter den zahllosen Reformvorschlägen vorzunehmen, die sich aus einer mehr als 100-jährigen rechtspolitischen Diskussion ergeben haben.²¹⁾ Das gilt zunächst für das Dauerpetitum eines Anfechtungsquorums, das seit Jahrzehnten eine Vielzahl prominenter Befürworter, aber auch ebenso prominenter Gegner findet.²²⁾ Der Quorumsgedanke findet seine Rechtfertigung gerade darin, dass es unverhältnismäßig erscheint, wenn jede noch so geringfügige Splitterbeteiligung die Einheitsfolge der Beschlusskassation auslösen kann. Wird diese Einheitsfolge aufgegeben, bereitet auch die Anfechtungsbefugnis des Klein-

¹⁹⁾ Umfassender rechtsvergleichender Überblick bei *Fleischer*, AG 2012, 765, 771 ff.

²⁰⁾ Ausführlich zum Folgenden *J. Koch*, Gutachten zum 72. DJT, 2018, B II.

²¹⁾ Vgl zum Folgenden auch schon *J. Koch*, Gutachten zum 72. DJT, 2018, B III.

²²⁾ Selbst der Deutsche Juristentag hat zwei widersprüchliche Empfehlungen zur Einführung eines Quorums abgegeben (dagegen: 63. DJT, Band II/2, O 222, Beschluss Nr I 7 a; dafür: 67. DJT, Band II/2, N 241 Beschluss Nr 15).

aktionärs kein großes Unbehagen mehr. Erwägenswert erscheint dann allein die Frage nach einem Kassationsquorum, auf das später noch zurückzukommen sein wird. Es kann weitestgehend all das leisten, was mit einem Anfechtungsquorum bezeichnet wird, ohne denselben rechtspolitischen Bedenken und Widerständen ausgesetzt zu sein.

Ebenfalls sollten zumindest für das deutsche Recht diejenigen Ansätze nicht wieder aufgegriffen werden, die darauf abzielen, Kläger durch prohibitiv hohe Schadensersatz- oder Kostenfolgen von einer Klage abzuschrecken.²³⁾ Auch wenn sie im österreichischen Recht sicherlich dazu beigetragen haben, die räuberischen Aktionäre aus dem österreichischen Aktienrecht fernzuhalten, sind diese Mechanismen doch dem durchaus plausiblen Einwand ausgesetzt, dass sie den redlichen ebenso wie den unredlichen Kläger von der Anfechtungsklage abhalten. Der deutsche Gesetzgeber hat sie deshalb aus wohlerwogenen Gründen im Jahr 1965 aus dem deutschen Aktienrecht gestrichen. Ihre Wiedereinführung ist rechtspolitisch nicht durchsetzbar und auch in der Sache nicht zu empfehlen.

Große Sympathien hat in der bisherigen rechtspolitischen Diskussion in Deutschland der Gedanke eines umgekehrten Freigabeverfahrens gefunden. Sein Kerngedanke liegt darin, die Rollen von Angreifer und Verteidiger auszutauschen. Es soll der Kläger sein, der die Aussetzung der Eintragung zu beantragen hat.²⁴⁾ Ähnliche Gestaltungen begegnen in Belgien, England, Italien und Spanien.²⁵⁾ Im deutschen Schrifttum wird ein solches Modell in unterschiedlichen Spielarten befürwortet, wobei ein wesentlicher Unterschied darin besteht, ob die Initiativlast des Klägers (ebenso wie in den genannten Jurisdiktionen) mit einer Schadensersatzhaftung einhergehen soll.²⁶⁾ In der letztgenannten Ausgestaltung ist dieses Modell aber ebenfalls dem Einwand ausgesetzt, die Kläger übermäßig zu belasten. Wenn man deshalb auf diese Folge verzichtet, ist seine Überlegenheit gegenüber dem mit dem Freigabeverfahren eingeschlagenen Pfad nicht mehr klar erkennbar.²⁷⁾ Vielmehr ist das umgekehrte Freigabeverfahren mit dem zentralen Nachteil behaftet, dass es zwar das Problem der Registersperre lösen kann, nicht aber das ebenso dringliche Problem der Bestandskraftsicherung. Der Entscheidung des Registrators kann – gerade wenn sie ohne vertiefte Prüfung auf Grundlage einer Eintragungspflicht erfolgt – nicht die Autorität zukommen, eine

²³⁾ Vgl zum Ersten *Martens/Martens*, Rechtsprechung und Gesetzgebung im Kampf gegen missbräuchliche Aktionärsklagen, AG 2009, 173, 178; *Poelzig*, § 826 BGB als Instrument gegen „räuberische Aktionäre“ Besprechung von OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 13. 1. 2009, 5 U 183/07, DStR 2009, 1151, 1153 f; zum Zweiten *Schiessl*, Die Kontrollfunktion der aktienrechtlichen Anfechtungsklage – Erwiderung aus der Sicht der Praxis, in *VGR, Gesellschaftsrecht* in der Diskussion 1999 (2000) 57, 78.

²⁴⁾ *Baums*, Gutachten zum 63. DJT, Band I, F 169 ff; *K. Schmidt*, 63. DJT, Band II/1, O 21 f; ablehnend etwa *Krieger*, 67. DJT, Band II/2, N 235; *Müllert*, 67. DJT, Band II/2, N 211; *M. Winter*, Die Anfechtung eintragungsbedürftiger Strukturbeschlüsse de lege lata und de lege ferenda, in *FS Ulmer* (2003) 699, 714 ff.

²⁵⁾ Vgl *Fleischer*, AG 2012, 765, 771 ff.

²⁶⁾ So namentlich *Niemeier*, Im zweiten Anlauf ein Ende der missbräuchlichen Aktionärsklagen? ZIP 2008, 1148, 1150; *Helm/Manthey*, Missbräuchliche Anfechtungsklagen im Aktienrecht – Rechtsvergleich und Lösungsansätze, NZG 2010, 415, 417.

²⁷⁾ Ausführlich *Homeier*, Berufskläger 298 ff; *Schatz*, Anfechtungsbefugnis 240 ff.

solche Bestandskraft anzuordnen. Dafür bedarf es einer gerichtlichen Entscheidung im kontradiktorischen Verfahren, die nur dann gewährleistet ist, wenn man es bei der Initiativlast der AG belässt.²⁸⁾ Aus diesem Grund sollte auch eine solche Gestaltung für die Neuausrichtung des deutschen Beschlussmängelrechts nicht empfohlen werden.

Schließlich erscheint es auch nicht vertiefungswürdig, den vereinzelt immer wieder geäußerten Gedanken an eine Staatsaufsicht aufzugreifen,²⁹⁾ derer es nur dann bedarf, wenn man den Kleinaktionär gänzlich von der Anfechtungsklage ausschließt. Das soll nach dem hier vorgeschlagenen Modell einer Rechtsfolgendifferenzierung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip aber gerade nicht der Fall sein. Auch einer weitgehenden Zurückdrängung materiell-rechtlicher Vorgaben oder des grundsätzlichen Verzichts auf die Anfechtungsfolge bei bestimmten Verstößen bedarf es in einem solchen System nicht.

VI. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Anfechtung strukturändernder Beschlüsse

A. Geltendes Recht

Im geltenden deutschen Beschlussmängelrecht ist die hier als grundlegendes Strukturprinzip identifizierte Verhältnismäßigkeitsprüfung derzeit im Freigabeverfahren verortet und damit auf strukturändernde Beschlüsse beschränkt. Auch im Folgenden soll sie zunächst nur innerhalb dieses Anwendungsbereichs untersucht werden. Später ist ihre Ausdehnung auf sonstige Beschlussformen zu erörtern (unter VIII). Um die Funktionsweise des Freigabeverfahrens aufzuschlüsseln, muss man sich vergegenwärtigen, dass in § 246 a Abs 2 AktG zwei verschiedene Regelungsmechanismen aufeinandertreffen. Die eigentliche Verhältnismäßigkeitsprüfung ist erst in § 246 a Abs 2 Nr 2 und 3 AktG angesiedelt. § 246 a Abs 2 Nr 1 AktG enthält dagegen klassische Elemente eines Eilverfahrens. Hier geht es darum, die Erfolgsaussichten der Klage festzustellen und auf dieser Grundlage angesichts des besonderen Eilbedürfnisses zu einer raschen Entscheidung zu gelangen. § 246 a Abs 2 Nr 2 und 3 AktG weichen dagegen vom herkömmlichen Modell eines Eilverfahrens ab, was darin zum Ausdruck kommt, dass bereits die endgültige Entscheidung über die Kassation getroffen werden kann und es dabei nicht auf die Erfolgsaussichten in der Hauptsache ankommt. Hier ist die für das deutsche Beschlussmängelrecht als wesensprägend identifizierte Verhältnismäßigkeitsprüfung angesiedelt.³⁰⁾

Um den Gehalt dieser Regelung kritisch zu würdigen, empfiehlt es sich, Eilverfahren und Verhältnismäßigkeitsprüfung gesondert zu untersuchen. Später wird der Frage nachzugehen sein, ob es vorzugswürdig ist, sie auch legislativ ei-

²⁸⁾ Überzeugend *M. Winter* in FS Ulmer 699, 714 ff.

²⁹⁾ Vorsichtig sympathisierend – allerdings nur für den engen Teilbereich einer Vorprüfung bestimmter Unterlagen – etwa *Schiessl*, Ist das deutsche Aktienrecht kapitalmarktauglich? AG 1999, 442, 446, 448.

³⁰⁾ AA *Schwab* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG³ (2015) § 246 a Rz 10: Freigabeverfahren ist ausschließlich Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes.

genständig zu regeln, oder ob sie in der Zusammenfassung im Freigabeverfahren sinnvoll verortet sind (unter VII E). Im Folgenden soll zunächst die Verhältnismäßigkeitsprüfung beleuchtet werden.

Untersucht man zu diesem Zweck die Freigabegründe näher, so scheint auf den ersten Blick allein § 246a Abs 2 Nr 3, 1. HS AktG eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zu enthalten, weil hier der Richter Vor- und Nachteile gegeneinander abzuwägen hat. Tatsächlich sind in § 246a Abs 2 AktG aber gleich drei Abwägungen zusammengeführt, von denen zwei lediglich schon legislativ vorgeprägt sind. So liegt dem Quorum des § 246a Abs 2 Nr 2 AktG der Gedanke zugrunde, dass es unverhältnismäßig ist, wenn ein nur minimal an der AG beteiligter Aktionär die Rechtsmacht eingeräumt bekommt, die Kassation herbeizuführen. Anders als in § 246a Abs 2 Nr 3 AktG hat der Gesetzgeber es aber nicht dem Gericht überlassen, die Höhe der Beteiligung gegen die Kassation abzuwägen, sondern er selbst hat eine feste Grenze gezogen, was die richterliche Flexibilität beschränkt, der Rechtssicherheit aber dienlich ist.³¹⁾

Während der Gesetzgeber damit in § 246a Abs 2 Nr 2 AktG eine absolute Grenze eingeführt hat, bei deren Unterschreitung die Freigabe stets erfolgen muss, hat er umgekehrt in § 246a Abs 2 Nr 3 AktG eine weitere absolute Grenze eingesetzt, bei der eine Freigabe ausgeschlossen ist. Sie greift ein, wenn ein besonders schwerer Rechtsverstoß vorliegt. Wie bei § 246a Abs 2 Nr 2 AktG ist auch diese Folge einer Abwägung entzogen, wenngleich nicht zu übersehen ist, dass die beiden Grenzziehungen einen unterschiedlichen Charakter haben. Während § 246a Abs 2 Nr 2 AktG eine reine Tatsachensubsumtion voraussetzt, ist die Feststellung eines besonders schweren Rechtsverstoßes stärker von subjektiven Beurteilungen des Richters abhängig. Von den Parteien kann diese Entscheidung nicht mit gleicher Sicherheit prognostiziert werden.

B. Kritik an der bestehenden Rechtslage

So kontrovers im deutschen Schrifttum über die Mängel des geltenden Beschlussmängelrechts diskutiert wird, so darf dieser Streit doch nicht darüber hinwegtäuschen, dass es im Wesentlichen die Detailgestaltung dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung ist, um die sich der Streit rankt. Hier werden vornehmlich drei Einwände erhoben. Der erste dieser Einwände lautet, dass Kleinaktionäre aufgrund des in § 246a Abs 2 Nr 2 AktG enthaltenen Quorums selbst Schwerstmängel nicht mehr geltend machen können und damit über Gebühr aus der Polizeifunktion der Anfechtungsklage verdrängt werden. Der zweite Einwand richtet sich dagegen, dass die Schwere des Rechtsverstoßes nicht mehr in die Abwägung der Vor- und Nachteile einfließt, sondern als absolute Schranke ausgestaltet ist. Damit sollte erreicht werden, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung klarer strukturiert werden kann und nicht inkomparabile Größen gegenübergestellt werden müssen.³²⁾ Das ist im Grundansatz durchaus plausibel, hat aber den

³¹⁾ Zum *Fehrenbach*, Gesellschafterbeschluss 94.

³²⁾ Vgl zu diesem Einwand *Zöllner*, Evaluation des Freigabeverfahrens, in FS Westermann (2008) 1631, 1641; ausführlich dagegen schon *J. Koch*, Gutachten zum 72. DJT, 2018, B IV 5 a bb (1).

großen Nachteil, dass die Schwere des Verstoßes letztlich jegliche Filterwirkung verliert. Weil diese Schranke jede weitere Abwägung verbietet, musste sie auf Extremsachverhalte beschränkt werden, die in der Praxis nur selten vorkommen. Die Materialien nennen als Beispiele die Geheimversammlung, das Fehlen eines notariellen Protokolls, vorsätzliche Verstöße oder die Kapitalherabsetzung unter 50.000 €.³³⁾ Diese Begrenzung hat zur Folge, dass der damit eingesetzte Filter jenseits solcher Extremfälle für die Freigabe keine Rolle spielt, zumal den Kläger insofern die Beweislast trifft.³⁴⁾ Entscheidend ist in den meisten Fällen ausschließlich die Folgenabwägung, die aber – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – als alleiniger Gradmesser ungeeignet ist.

Tatsächlich wird in dieser Folgenabwägung nach § 246a Abs 2 Nr 3 AktG zu Recht das größte Problem des geltenden Rechts gesehen, weil diese Abwägung für den Kläger kaum zu gewinnen ist. Sofern er nicht die besondere Schwere des Rechtsverstoßes darlegen kann (was ihm im Regelfall nicht gelingen wird), werden im Rahmen der Abwägung seine individuellen Nachteile den kumulierten Nachteilen der AG und ihrer Aktionäre gegenübergestellt. Im Schrifttum ist zu Recht festgestellt worden, dass zumindest bei Kleinaktionären diese Abwägung im Ergebnis nahezu immer für die AG ausfallen werde.³⁵⁾ Aus den Materialien ergibt sich, dass dieser Ausschluss auch nicht etwa ein unbedachter Kollateralschaden der Reform ist, sondern genau diese Folge beabsichtigt war.³⁶⁾ Damit wird ein weit über § 246a Abs 2 Nr 2 AktG hinausreichendes Quorum durch die Hintertür eingeführt.³⁷⁾ Der Kleinaktionär kann die Freigabe nicht verhindern und wo es ihm in der Praxis doch einmal gelingt, ist dieser Erfolg zumeist darauf zurückzuführen, dass die Gerichte sich über die gesetzliche Vorgabe hinwegsetzen und etwa die Schwere des Verstoßes doch in die Abwägung einfließen lassen.³⁸⁾

³³⁾ Begründung Regierungsentwurf ARUG, Bundestag Drucksache 16/11642 (im Folgenden: Begr RegE ARUG) 41; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu RegE ARUG, Bundestag Drucksache 16/13098 (im Folgenden: Bericht des Rechtsausschusses ARUG) 42.

³⁴⁾ Begr RegE ARUG 41.

³⁵⁾ Vgl statt vieler *Bayer*, Das Freigabeverfahren gem. § 246a AktG idF des ARUG als Instrument zur Bekämpfung räuberischer Aktionäre – Rechtsdogmatik, Rechtstatsachen, Rechtspolitik, in FS Hoffmann-Becking (2013) 91, 113.

³⁶⁾ Bericht des Rechtsausschusses ARUG 42: „Da diese Abwägung bei Aktionären mit geringer Beteiligung schwerlich zu ihren Gunsten ausgehen wird“.

³⁷⁾ So auch freimütig *Seibert/Hartmann*, Reformentwurf des Arbeitskreises Beschlussmängelrecht und geltendes Recht im Vergleich, in FS Stilz (2014) 585, 589.

³⁸⁾ So erklärt es sich etwa, dass auch Freigabeanträge gegen Squeeze-Out-Beschlüsse abgelehnt werden, obwohl das wirtschaftliche Interesse des Hauptaktionärs die Interessen des Klägers fast durchgängig überwiegen wird (krit gegen solche „Rezeptionswiderstände“ *Austmann* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts IV: Aktiengesellschaft⁴ [2015] § 75 Rz 88, der zu Recht feststellt, dass im Gesetz stattdessen eine „Automatik der Freigabe“ angelegt sei).