

aus Präsenz- und virtueller Hauptversammlung werden nicht zuletzt aufgrund der damit verbundenen Zusatzkosten kritisch gesehen¹.

10.1344 Hier wird der **Gesetzgeber gefordert** sein, ein zukunftsfähiges Modell einer virtuellen Hauptversammlung unter Berücksichtigung der Unternehmensinteressen, Wahrung der Aktionärsrechte und gleichzeitiger Stärkung des Investorendialogs zu entwickeln².

10.1345 – 10.1349 Einstweilen frei.

M. Fehlerhafte Hauptversammlungsbeschlüsse

I. Einleitung

1. Überblick über die gesetzliche Regelung

a) Beschlüsse der Hauptversammlung

10.1350 Hauptversammlungsbeschlüsse können fehlerhaft sein, weil das vorgeschriebene Verfahren nicht eingehalten wurde (**Formmängel**) oder weil sie inhaltlich gegen Gesetz oder Satzung verstoßen (**Inhaltsmängel**). Die §§ 241 ff. AktG (nebst einigen Sonderregelungen) regeln die Folgen derartiger Beschlussmängel und stellen einen angemessenen Ausgleich zwischen Rechtsschutz durch Beschlusskontrolle einerseits und Rechtssicherheit andererseits her. Das Gesetz bietet den Beteiligten die Möglichkeit zur Beschlusskontrolle durch Nichtigkeitsklage nach § 249 AktG und/oder Anfechtungsklage nach §§ 246 ff. AktG.

10.1351 **Rechtssicherheit** wird zum einen dadurch erreicht, dass andere als die im Gesetz festgelegten Beschlussmängel nicht geltend gemacht werden können. Die allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Regeln über die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, insbesondere §§ 125, 134 und 138 BGB, werden durch die Sondervorschriften des AktG verdrängt und sind auf Hauptversammlungsbeschlüsse (anders auf die Stimmabgabe des einzelnen Aktionärs) nicht anwendbar³ (dazu ausf. Rz. I 10.838 ff.). Zum anderen enthält das Gesetz ein zwischen **Nichtigkeitsgründen** (§ 241 AktG) und **Anfech-**

1 Teichmann/Wicke, ZGR 2021, 173 (189 f.).

2 Zur Kombination des „Besten aus zwei Welten“ Teichmann/Wicke, ZGR 2021, 173 (190 ff.). Zur Ausgestaltung der Hauptversammlung der Zukunft außerdem Guntermann, ZGR 2021, 436 (473 ff.); Quass, NZG 2021, 261 ff.; Lieder, ZIP 2021, 161 (168 ff.); Seibt/Danwerth, AG 2021, 369 (377 ff.); Redenius-Hövermann/Bannier, ZIP 2020, 1885 (1892 ff.); Noack/Zetzsche, AG 2020, 721 (725 ff.); Franzmann/Brouwer, AG 2020, 921 ff.; Seibt/Danwerth, NZG 2020, 1241 (1248 ff.); Dubovitskaya, NZG 2020, 647 ff.

3 Vgl. nur Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 8; Zöllner in Köln-Komm. AktG, 1. Aufl. 1971, § 241 Rz. 28.

tungsgründen (§ 243 AktG) abgestuftes System, in dem bestimmte weniger gravierende Mängel lediglich zur Anfechtbarkeit des Beschlusses führen und nur innerhalb bestimmter Fristen geltend gemacht werden können, während einige gravierende Mängel zur Nichtigkeit des Beschlusses führen, jedoch in bestimmten Fällen der Nichtigkeit eine Heilungsmöglichkeit vorgesehen ist. Im Interesse der Rechtssicherheit sieht das Gesetz außerdem vor, dass Urteile, mit denen die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen festgestellt bzw. erklärt wird, nicht nur gegenüber den Parteien des Rechtsstreits, sondern für und gegen jedermann wirken (§ 248 Abs. 1 AktG).

Das Gesetz unterscheidet zwischen Nichtigkeitsgründen (§ 241 AktG) und Anfechtungsgründen (§ 243 AktG). **Sowohl Verfahrensmängel wie auch inhaltliche Mängel** können zur Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit führen. Dabei gilt die Grundregel, dass Nichtigkeit nur bei besonders evidenten oder inhaltlich besonders schwerwiegenden Mängeln eintritt. Sonstige Mängel machen den Beschluss lediglich anfechtbar. 10.1352

Eine weitere Kategorie des unvollkommenen Beschlusses, die das Gesetz selbst nicht erwähnt, ist der **unwirksame Beschluss**, der sich dadurch auszeichnet, dass er den für einen wirksamen Beschluss erforderlichen Tatbestand nicht vollständig erfüllt (dazu sogleich Rz. I 10.1370 ff. sowie Rz. I 10.843). Darüber hinaus wird noch von **Schein- oder Nicht-Beschlüssen** gesprochen (dazu Rz. I 10.1373). Derselbe Beschluss kann an mehreren Mängeln zugleich leiden und folglich sowohl nichtig als auch anfechtbar sein und auch ein unwirksamer Beschluss kann vom Gericht für nichtig erklärt werden (sog. Doppelwirkung im Recht)¹. 10.1353

Neben den allgemeinen Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen in §§ 241, 243 AktG enthält das Gesetz noch **besondere Regelungen über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit spezieller Beschlüsse**, namentlich von Wahlbeschlüssen (§§ 250 f. AktG), Beschlüssen über die Verwendung des Bilanzgewinns (§§ 253 f. AktG), Beschlüssen über die Kapitalerhöhung gegen Einlagen (§ 255 AktG) und Beschlüssen über die Feststellung des Jahresabschlusses (§§ 256 f. AktG). 10.1354

Die §§ 241 ff. AktG gelten ihrem Wortlaut nach nur für Hauptversammlungsbeschlüsse. Dabei sind sowohl positive als auch negative, dh. den Antrag ablehnende Beschlüsse, erfasst, nicht jedoch übergangene Anträge, über die gar nicht abgestimmt wurde². 10.1355

Für die Beschlüsse der **Hauptversammlung der KGaA** gelten die §§ 241 ff. AktG gemäß § 278 Abs. 3 AktG sinngemäß. 10.1356

1 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 8; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 20.

2 Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 241 Rz. 2; Drescher in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 241 Rz. 83.

b) Beschlüsse anderer Organe

- 10.1357 Sehr Streitig ist, ob und inwieweit das Konzept der §§ 241 ff. AktG auf Mehrheitsbeschlüsse anderer Organe der Aktiengesellschaft (dh. Aufsichtsrats- und Vorstandsbeschlüsse) oder auf Beschlüsse der Gesellschafterversammlungen von Gesellschaften anderer Rechtsform übertragbar ist.
- 10.1358 Während manche mit guten Gründen eine **entsprechende Anwendung der §§ 241 ff. AktG auf Aufsichtsrats- und Vorstandsbeschlüsse** befürworten¹, hat der Bundesgerichtshof die entsprechende Anwendung auf Aufsichtsratsbeschlüsse ausdrücklich abgelehnt². Für Vorstandsbeschlüsse gilt nichts anderes³.
- 10.1359 Auch auf Minderheitsverlangen von Aktionären finden die Regelungen keine Anwendung⁴. Dagegen gelten sie für **Sonderbeschlüsse** von Aktionärsgruppen aufgrund des gesetzlichen Verweises in § 138 Satz 2 AktG.

c) Gesellschaften anderer Rechtsform und sonstige Verbände

- 10.1360 Für die Beschlüsse der Hauptversammlung der KGaA gelten die §§ 241 ff. AktG gemäß § 278 Abs. 3 AktG sinngemäß. Auch für das **GmbH-Recht** ist die sinngemäße Anwendung auf mangelhafte Beschlüsse der Gesellschafterversammlung anerkannt⁵, wobei grundsätzlich auch die Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG einzuhalten

1 Baums, ZGR 1983, 300 (340); zu Aufsichtsratsbeschlüssen K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 29 f., 35 f. mwN; so auch teilweise die frühere Rechtsprechung der Instanzgerichte, etwa OLG Hamburg v. 6.3.1992 – 11 U 134/91, AG 1992, 197; OLG München v. 12.11.1992 – 19 U 6695/91, EWiR 1993, 325 (für Anwendung der Monatsfrist des § 246 AktG).

2 BGH v. 17.5.1993 – II ZR 89/92, BGHZ 122, 343 (347 ff.) = AG 1993, 464 ff.; BGH v. 15.11.1993 – II ZR 235/92, BGHZ 124, 111 (115) = ZIP 1993, 1862 ff. = AG 1994, 124; BGH v. 10.10.2005 – II ZR 90/03, BGHZ 164, 249 ff. = AG 2006, 38 ff.; OLG Frankfurt v. 4.2.2003 – 5 U 63/01, AG 2003, 276 (277) = ZIP 2003, 1198 ff.; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 97.

3 BGH v. 10.10.2005 – II ZR 90/03, BGHZ 164, 249 ff. = AG 2006, 38 ff.; OLG Frankfurt v. 4.2.2003 – 5 U 63/01, AG 2003, 276 (277) = ZIP 2003, 1198 ff.; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 98.

4 Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 12; Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 241 Rz. 2; K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 10, 33.

5 Vgl. nur BGH v. 16.12.1953 – II ZR 176/52, BGHZ 11, 231 (235); BGH v. 23.3.1981 – II ZR 27/80, BGHZ 80, 212 ff. = GmbHR 1982, 67 = ZIP 1981, 609 ff. (insbesondere zur Anwendung der Heilungsvorschriften); BGH v. 1.6.1987 – II ZR 128/86, BGHZ 101, 113 (116 f.) = AG 1988, 15 ff.; BGH v. 21.3.1988 – II ZR 308/87, BGHZ 104, 66 (68 f.) = AG 1988, 233 ff.; BGH v. 14.5.1990 – II ZR 126/89, BGHZ 111, 224 = ZIP 1990, 784 f.; BGH v. 17.2.1997 – II ZR 41/96, BGHZ 134, 364 ff. = AG 1997, 326 = ZIP 1997, 732 ff.; BGH v. 25.11.2002 – II ZR 69/01, GmbHR 2003, 171 ff.; BGH v. 29.4.2014 – II ZR 216/13, BGHZ 201, 65 = WM 2014, 1343 ff. = GmbHR 2014, 811; OLG Koblenz v. 17.11.2005 – 6 U 577/05, NZG 2006, 270 (271).

ist, sofern nicht die Satzung eine andere Frist (die mindestens der Monatsfrist des § 246 AktG entsprechen muss) bestimmt¹. Ob der Grundsatz der analogen Anwendung der aktienrechtlichen Regelungen auf Gesellschafterbeschlüsse der GmbH auch zukünftig Geltung beanspruchen kann, ist insbesondere vor dem Hintergrund des zum 1.1.2024 in Kraft tretenden Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) fraglich. Denn in der Gesetzesbegründung zum MoPeG wird bereits angedeutet, dass das dort vorgesehene Anfechtungsmodell auf das Beschlussmängelrecht bei der GmbH „ausstrahlen“ wird².

Auch für die Beschlüsse der **Genossenschaften** gelten die §§ 241 ff. AktG neben § 51 GenG³. Dagegen wird die entsprechende Anwendung beim nicht rechtsfähigen Verein abgelehnt⁴. Bei **Personengesellschaften** wurde die entsprechende Anwendung von der Rechtsprechung des BGH bisher verneint⁵. Für letztere gilt künftig das Anfechtungsmodell des MoPeG.

Einstweilen frei.

10.1362 – 10.1364

2. Nichtigkeits Beschlüsse, anfechtbare Beschlüsse, unwirksame Beschlüsse, Nicht-Beschlüsse

a) Nichtigkeit

Nichtigkeit bedeutet, dass die erstrebte und vom Beschlussorgan gewollte Rechtsfolge des Beschlusses nicht eintritt – der Beschluss also **von Anfang an keinerlei Rechtswirkungen** entfaltet. Deswegen kann sich auf die Nichtigkeit des Beschlusses jedermann und in jeder Form berufen. Dh., die Nichtigkeit kann nicht nur durch Nichtigkeitsklage nach § 249 AktG, sondern auch in anderer Form geltend gemacht werden (vgl. § 249 Abs. 1 Satz 2 AktG).

Wegen dieser einschneidenden Rechtsfolgen ist die Nichtigkeit die Ausnahme und die bloße Anfechtbarkeit die Regel. Es führen daher **nur besonders gravierende Mängel** zur Nichtigkeit eines Beschlusses. Die **Nichtigkeitsgründe** sind nach hM im Gesetz, namentlich in § 241 AktG (iVm. dort genannten Tatbeständen) und den

1 BGH v. 14.3.2005 – II ZR 153/03, AG 2005, 395 (397); BGH v. 13.7.2009 – II ZR 272/08, AG 2009, 789 f. in Weiterentwicklung der Rechtsprechung des BGH v. 14.5.1990 – II ZR 126/89, BGHZ 111, 224 = ZIP 1990, 784 f.; kritisch zur Übertragung der Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG: K. Schmidt, AG 2009, 248 (254).

2 BT-Drucks. 19/27635, S. 228. Zur künftigen wechselseitigen Beeinflussung der Beschlussmängelregime Wörner/Ebel, NZG 2021, 963.

3 BGH v. 26.10.1955 – VI ZR 90/54, BGHZ 18, 334 (338); BGH v. 23.5.1960 – II ZR 89/58, BGHZ 32, 318 (323 f.).

4 Vgl. BGH v. 9.11.1972 – II ZR 65/71, BGHZ 59, 369 (372).

5 Vgl. BGH v. 15.6.1987 – II ZR 261/86, GmbHR 1988, 20 ff. = ZIP 1987, 1178 ff.; BGH v. 27.4.2009 – II ZR 167/07, GmbHR 2009, 770 (772); BGH v. 1.3.2011 – II ZR 83/09, GmbHR 2011, 539 ff. m. Anm. K. Schmidt, JuS 2011, 557 ff.

Sondertatbeständen der §§ 250, 253, 256 AktG **abschließend** geregelt¹. Bei den in § 217 Abs. 2, § 228 Abs. 2, § 234 Abs. 3 und § 235 Abs. 2 AktG geregelten Fällen handelt es sich streng genommen gar nicht um einen Fall der Nichtigkeit, sondern der Unwirksamkeit des Beschlusses (dazu näher Rz. I 10.1370 ff.). Für bestimmte Mängel sieht § 242 AktG eine Heilungsmöglichkeit vor.

b) Anfechtbarkeit

- 10.1367 Ein anfechtbarer Beschluss ist im Gegensatz zu einem nichtigen Beschluss **zunächst wirksam, aber vernichtbar**, weil er durch eine Anfechtungsklage beseitigt werden kann. Er steht dann einem von Anfang an nichtigen Beschluss gleich (vgl. § 241 Nr. 5 AktG). Daher wird teilweise von „schwebender Wirksamkeit“ des Beschlusses gesprochen. Wegen dieser „schwebenden Wirksamkeit“ ist bei nur anfechtbaren Beschlüssen im Gegensatz zu nichtigen Beschlüssen auch eine Heilung durch Bestätigungsbeschluss nach § 244 AktG möglich.
- 10.1368 Die Anfechtbarkeit eines Beschlusses kann **nur durch Anfechtungsklage nach § 246 AktG** geltend gemacht werden. Dies schließt die (inzidente) Berücksichtigung der Anfechtbarkeit eines Beschlusses (jedenfalls innerhalb der noch laufenden Anfechtungsfrist) in anderen Zusammenhängen, etwa bei der Frage der Pflicht des Vorstands zum Vollzug des Beschlusses oder der Zulässigkeit der Eintragung in das Handelsregister, nicht aus.
- 10.1369 Für bestimmte Beschlüsse, bei denen die Eintragung in das Handelsregister konstitutive Wirkung hat, sieht das Gesetz (ua. zum Ziel der Eindämmung missbräuchlicher Anfechtungsklagen, dazu näher Rz. I 10.1670 ff.) ein **Freigabeverfahren** (dazu näher Rz. I 10.1710 ff.) vor, mit dem die Eintragung des angefochtenen Beschlusses trotz laufenden Anfechtungsverfahrens erreicht werden kann (vgl. §§ 246a, 319 Abs. 6, § 327e Abs. 2 AktG, § 16 Abs. 3 UmwG). Nach der daraufhin erfolgten Eintragung lassen Mängel des Beschlusses seine Durchführung unberührt. Der (in der Sache erfolgreiche) Kläger kann von der Gesellschaft lediglich Schadensersatz verlangen (§ 246a Abs. 4 AktG). Auf diese Weise wird die mit dem Anfechtungsurteil grundsätzlich bewirkte Nichtigkeit des Beschlusses faktisch ausgehebelt und dem fehlerhaften Beschluss vorzeitig Bestandskraft verliehen.

c) Unwirksamkeit

- 10.1370 Während Nichtigkeit und Anfechtbarkeit eines Beschlusses auf seiner Gesetzeswidrigkeit beruhen, ist der unwirksame Beschluss **durch seine Unvollständigkeit gekennzeichnet**. Dh., es fehlen noch einzelne Tatbestandsmerkmale, die für die rechtliche

¹ Vgl. nur *Koch*, AktG, 16. Aufl. 2022, § 241 Rz. 7; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 7 und 52 f.; *Göz* in *Bürgers/Körber/Lieder*, AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 6; einschränkend (Rechtsfortbildung möglich) *K. Schmidt* in *Großkomm. AktG*, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 20 mwN; aA *Gefßler*, ZGR 1980, 427 (444).

Wirksamkeit des Beschlusses erforderlich sind¹. Beispiele sind Beschlüsse, die der Zustimmung bestimmter Aktionärsgruppen durch einen Sonderbeschluss nach § 138 AktG (zB wegen Beeinträchtigung von Vorzugsrechten gemäß § 141 Abs. 1 AktG) oder wegen der Einführung von Nebenpflichten der Zustimmung nach § 180 Abs. 1 AktG bedürfen, oder Beschlüsse, deren Wirksamkeit von der Eintragung in das Handelsregister abhängig sind. Solange das fehlende rechtliche Erfordernis noch erfüllt werden kann, ist die Unwirksamkeit nur eine schwebende. Steht fest, dass der Eintritt der Wirksamkeitsvoraussetzung ausgeschlossen ist, ist die Unwirksamkeit eine endgültige. Beispiele für derartige endgültig unwirksame Beschlüsse sind auch die in § 217 Abs. 2 Satz 4, § 228 Abs. 2 Satz 1, § 234 Abs. 3 Satz 1 und § 235 Abs. 2 Satz 1 AktG geregelten Fälle², die das Gesetz allerdings den nichtigen Beschlüssen zuordnet.

Nichtigkeit und endgültige Unwirksamkeit haben gemeinsam, dass der Beschluss keine Rechtswirkungen erzeugt, worauf sich jedermann berufen kann. Das Registergericht hat, wenn es die Unwirksamkeit erkennt, die Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister abzulehnen. Die **endgültige Unwirksamkeit** wird daher von manchen mit guten Gründen der **Nichtigkeit** gleichgestellt³. 10.1371

Außerhalb eines Klageverfahrens kann die Unwirksamkeit in jeder Form geltend gemacht werden. Bei der klageweisen **Geltendmachung der Unwirksamkeit** ist zwischen endgültiger und nicht endgültiger (schwebender) Unwirksamkeit zu unterscheiden. **Bei der schwebenden Unwirksamkeit** ist unstreitig, dass sie im Klageweg nur durch allgemeine Feststellungsklage (oder ggf. inzident iR einer Leistungsklage), nicht aber durch aktienrechtliche Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage, geltend gemacht werden kann. **Im Fall der endgültigen Unwirksamkeit** ist streitig, ob auch eine Nichtigkeitsklage nach § 249 AktG zulässig ist. Dies wird (außerhalb der Fälle der § 217 Abs. 2 Satz 4, § 228 Abs. 2 Satz 1, § 234 Abs. 3 Satz 1 und § 235 Abs. 2 Satz 1 AktG) teilweise abgelehnt⁴, von der mittlerweile wohl hM aber mit guten Gründen bejaht⁵. Der endgültig unwirksame Beschluss wird von der hM auch in anderer Hin- 10.1372

1 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 14; Schäfer in Münch-Komm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 16 jeweils mwN.

2 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 16; Schäfer in Münch-Komm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 17, 24.

3 So K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 18; aA Schäfer in Münch-Komm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 18.

4 BGH v. 12.10.1992 – II ZR 41/92, DB 1992, 2336 im Nachgang zu OLG Stuttgart v. 11.2.1992 – 10 U 313/90, DB 1992, 566 = AG 1993, 94; Vatter in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 249 Rz. 6.

5 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 18; Schäfer in Münch-Komm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 19; Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 249 Rz. 21 mwN; differenzierend Göz in Bürgers/Körper/Lieder, AktG, 5. Aufl. 2021, § 249 Rz. 16; Schmidt/Nachtwey in Beck'sches Handbuch der GmbH, 6. Aufl. 2021, § 4 Rz. 169 in Bezug auf Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einer GmbH (§ 249 AktG analog).

sicht einem nichtigen Beschluss gleichgestellt. So ist nach hM eine Heilung des unwirksamen Beschlusses analog § 242 AktG möglich, wenn das Registergericht den Beschluss trotz Unwirksamkeit einträgt¹.

d) Nicht-Beschlüsse (Scheinbeschlüsse)

- 10.1373 Von einem Nicht-Beschluss oder Scheinbeschluss wird gesprochen, **wenn nur der Anschein eines bestimmten Hauptversammlungsbeschlusses vorliegt**. Das ist nicht schon der Fall, wenn ein Hauptversammlungsbeschluss nur auf unwirksamen Stimmen beruht². Es muss vielmehr an einem Hauptversammlungsbeschluss schlichtweg fehlen, weil gar keine Hauptversammlung stattgefunden hat oder ein Beschluss nicht gefasst und auch nicht protokolliert wurde. Das „klassische Beispiel“ aus der Rechtsprechung ist ein Beschluss durch eine Gruppe von Leuten, die mit der Gesellschaft überhaupt nichts zu tun haben³.
- 10.1374 Überwiegend wird eine **eigenständige Kategorie des Scheinbeschlusses** für **entbehrlich** gehalten und die in diesem Zusammenhang vertretene pauschale Anwendung der Nichtigkeitklage gemäß § 249 AktG abgelehnt⁴. Dies hat zum einen damit zu tun, dass Scheinbeschlüsse selten relevant sind, auch aufgrund der im Aktienrecht vorgesehenen formalisierten Beschlussverfahren⁵. Zum anderen lassen sich die verbleibenden Fallgruppen unter die Vorschriften der §§ 241 ff. AktG subsumieren⁶.
- 10.1375 Voraussetzung für die Anwendung des Regelungssystems der §§ 241 ff. AktG ist, dass die wesentlichen Tatbestandsmerkmale eines Beschlusses (**Beschlussantrag und Abstimmung**) vorliegen⁷. Liegen diese Merkmale nicht vor, so ist er wie ein endgültig unwirksamer Beschluss (s. dazu unter Rz. I 10.1370) zu behandeln, dem **grundsätzlich mit einer allgemeinen Feststellungsklage (§ 256 Abs. 1 ZPO)** zu begegnen ist. Dabei ist – ein dahingehendes Feststellungsinteresse vorausgesetzt – die

1 OLG Schleswig v. 16.3.2000 – 5 U 244/97, NZG 2000, 895 (896); Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 241 Rz. 6 und § 242 Rz. 10; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 19 und § 242 Rz. 26 ff.

2 BGH v. 24.4.2006 – II ZR 30/05, NJW-RR 2006, 1110 ff. = AG 2006, 501; Göz in Bürgers/Körber/Lieder, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 3; aA Semler/Asmus, NZG 2004, 881 (887 ff.).

3 BGH v. 16.12.1953 – II ZR 167/52, BGHZ 11, 231 (236).

4 Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 11 mwN; Englisch in Hölters/Weber, 4. Aufl. 2022, § 249 Rz. 10; aA K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 11 f.

5 Vgl. K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 11 f.

6 Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 11; Englisch in Hölters/Weber, AktG, 4. Aufl. 2022, § 249 Rz. 10.

7 Drescher in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 241 Rz. 98; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 11.

Feststellung zu beantragen, dass kein wirksamer Beschluss in dem konkreten Fall zustande gekommen ist¹.

Eine Ausnahme ist zuzulassen, wenn die Gesellschaft den Scheinbeschluss als „echten“ Beschluss behandelt². Dem klagenden Aktionär ist hier die im Vergleich zur allgemeinen Feststellungsklage rechtsschutzintensivere **Nichtigkeitsklage (§ 249 Abs. 1 Satz 1 iVm. § 248 AktG)** zuzubilligen, weil er in solchen Fällen aufgrund von Informationsdefiziten oft nicht sicher beurteilen können wird, ob die wesentlichen Tatbestandsmerkmale eines Beschlusses vorlagen. Überdies wird durch die Anwendung des § 248 AktG in zweckmäßiger Weise festgestellt, dass der Scheinbeschluss auch gegenüber anderen Aktionären und Verwaltungsmitgliedern keinerlei Rechtswirkungen entfaltet.

Ein Scheinbeschluss **darf nicht ins Handelsregister eingetragen werden**³. Wurde er dennoch eingetragen, unterliegt er der Amtslöschung nach § 398 FamFG. Es spricht manches dafür, nach erfolgter Registereintragung des Beschlusses auch eine Heilung analog § 242 AktG zuzulassen⁴, um eine dauerhafte Unrichtigkeit des Registers auszuschließen. Nach anderer Ansicht⁵ ist eine Heilung ausgeschlossen.

e) Teilweise Fehlerhaftigkeit

Die teilweise Fehlerhaftigkeit kann auftreten, wenn entweder mehrere Beschlüsse miteinander verbunden wurden oder wenn Teile eines einheitlichen Beschlusses fehlerhaft sind. Dazu auch Rz. I 10.839 f. Sind mehrere Beschlüsse nicht nur äußerlich, sondern auch inhaltlich miteinander verbunden oder liegt ein einheitlicher Beschluss vor, **findet § 139 BGB Anwendung**⁶. Im Zweifel ist der gesamte Beschluss, dh. alle seine Teile (bzw. alle zusammengefassten Beschlüsse), von der Fehlerhaftigkeit betroffen, so dass er nur insgesamt für nichtig erklärt werden kann, es sei denn, die Auslegung des Beschlusses ergibt, dass er hinsichtlich des fehlerfreien Teils Bestand haben soll. Dies setzt die **Teilbarkeit des Beschlusses** voraus. An dieser fehlt es bei einem zwingenden inhaltlichen Zusammenhang zwischen dem fehlerhaften und dem fehlerfreien Teil. Dieser zwingende Zusammenhang besteht (wegen § 186 Abs. 3 AktG) insbesondere zwischen dem Kapitalerhöhungsbeschluss und dem Beschluss über den Ausschluss des Bezugsrechts. In diesem Fall ist stets Gesamtnichtigkeit an-

10.1376

1 Vgl. *Drescher* in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 241 Rz. 100; *Zöllner* in KölnKomm. AktG, 1. Aufl. 1971, § 241 Rz. 49 ff.

2 *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 12; *Zöllner* in KölnKomm. AktG, 1. Aufl. 1971, § 241 Rz. 49 ff.

3 *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 13.

4 *Drescher* in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 241 Rz. 101; *Zöllner* in KölnKomm. AktG, 1. Aufl. 1971, § 241 Rz. 53.

5 *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 13.

6 *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 27; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 91; *Austmann* in MünchHdb. AG, 5. Aufl. 2020, § 42 Rz. 36.

zunehmen¹. Dagegen kann die Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss beim genehmigten Kapital als eigenständiger Beschlussgegenstand angesehen werden². Die Nichtigkeit der Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss bedeutet nicht auch die Nichtigkeit der Ermächtigung zur Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital, wenn das genehmigte Kapital seinen Zweck auch dann erfüllen kann, wenn die Aktionäre ein Bezugsrecht haben. Dies soll bei Ermächtigungen „auf Vorrat“ regelmäßig der Fall sein³.

10.1377 § 139 BGB greift dagegen nicht ein, wenn mehrere selbständige Beschlüsse gefasst wurden, die lediglich in einem (nicht zwingenden) inhaltlichen Zusammenhang stehen⁴. Die Nichtigkeit des einen Beschlusses kann auch zur Nichtigkeit des anderen Beschlusses führen, wenn der nichtige Beschluss eine unverzichtbare Grundlage für den anderen Beschluss bildet⁵. Wenn über verschiedene Beschlussgegenstände gemeinsam abgestimmt und das Ergebnis einheitlich festgestellt wird („Paketabstimmung“), ist § 139 BGB anzuwenden⁶.

10.1378 Ist ein Beschluss oder eine Gesamtheit von Beschlüssen wegen innerer Verbundenheit nur insgesamt anfechtbar, ist eine **Anfechtungsklage gegen nur einen Beschlussteil** als unbegründet abzuweisen⁷. Im umgekehrten Fall, dh. wenn die Klage auf Gesamtnichtigkeit zielt, der Beschluss aber teilweise wirksam ist, wird die Klage teilweise abgewiesen⁸.

10.1379 – 10.1384 Einstweilen frei.

1 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 27; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 92; Austmann in MünchHdb. AG, 5. Aufl. 2020, § 42 Rz. 36; Englisch in Hölters/Weber, 4. Aufl. 2022, § 241 Rz. 97; zur Gesamtnichtigkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses bei Überschreitung des zulässigen Höchstbetrages iR einer bedingten Kapitalerhöhung (§ 192 Abs. 3 Satz 1 AktG) s. OLG München v. 14.9.2011 – 31 Wx 360/11, DNotZ 2012, 226 (227 f.) = AG 2012, 44.

2 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 27 mwN; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 92.

3 OLG Nürnberg v. 11.8.2021 – 12 U 1149/18, AG 2021, 721 (723).

4 Austmann in MünchHdb. AG, 5. Aufl. 2020, § 42 Rz. 36; Drescher in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 241 Rz. 118.

5 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 28; Drescher in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 241 Rz. 118.

6 Vgl. Schwab in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 241 Rz. 47 mwN; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 90 f.; Englisch in Hölters/Weber, 4. Aufl. 2022, § 241 Rz. 96.

7 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 243 Rz. 69.

8 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 27; Drescher in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 241 Rz. 117.

II. Nichtigkeit

1. Bedeutung und Rechtsfolgen der Nichtigkeit

Nichtigkeit bedeutet, dass die erstrebte und vom Beschlussorgan gewollte Rechtsfolge des Beschlusses nicht eintritt, der Beschluss also **von Anfang an keinerlei Rechtswirkungen** erlangt (s. schon Rz. I 10.1365). Deswegen kann sich auf die Nichtigkeit des Beschlusses jedermann und in jeder Form berufen, solange keine Heilung der Nichtigkeit eingetreten ist (zur Heilung s. Rz. I 10.1401 ff.). 10.1385

Ein nichtiger Beschluss **darf vom Vorstand nicht vollzogen werden**¹. § 83 Abs. 2 AktG gilt nur für wirksame Hauptversammlungsbeschlüsse, wie schon an der Haftungsregelung in § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG erkennbar ist. Dazu näher Rz. I 10.1476 ff. 10.1386

Die Nichtigkeit ist insbesondere vom Registergericht von Amts wegen zu beachten und stellt ein **Eintragungshindernis** dar. Erfolgt die Eintragung dennoch, unterliegt der Beschluss der **Amtslöschung nach § 398 FamFG**, wenn er durch seinen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint. Dies gilt jedenfalls für die Fälle, in denen die Nichtigkeit auf § 241 Nr. 3 oder 4 AktG beruht². Eine Löschung des nichtigen Beschlusses nach dem weitergehenden § 395 FamFG ist dagegen ausgeschlossen. § 398 FamFG verdrängt als speziellere Norm § 395 FamFG³. 10.1387

Ob die Nichtigkeit des Beschlusses auf etwaige Durchführungsmaßnahmen oder Rechtsgeschäfte durchgreift, die auf dem Beschluss beruhen, ist nicht einheitlich geregelt. Die **Rechtsfolgen hängen von der Art des Beschlusses und des betroffenen Geschäfts ab**. 10.1388

Im Falle von **Kapitalerhöhungsmaßnahmen und Satzungsänderungen** greifen bis zur Geltendmachung des Mangels die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft, nach denen die Maßnahme zunächst als wirksam zu behandeln ist. Mit der Geltendmachung ist die Maßnahme jedoch zurückabzuwickeln⁴. Zum Schutz der Gläubiger 10.1389

1 *Zöllner* in KölnKomm. AktG, 1. Aufl. 1971, § 241 Rz. 32.

2 So *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 76; *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 86; aA (nur bei § 241 Nr. 3 AktG) *Zöllner* in KölnKomm. AktG, 1. Aufl. 1971, § 241 Rz. 134.

3 *Göz* in Bürgers/Körber/Lieder, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 24; zu den Vorgängernormen §§ 142 und 144 FGG: OLG Hamm v. 22.5.1979 – 15 W 314/78, AG 1980, 79 = BB 1981, 259 ff.; OLG Karlsruhe v. 18.12.1985 – 11 W 86/85, AG 1986, 167 = ZIP 1986, 711 ff.; BayObLG v. 18.7.1991 – BReg 3 Z 133/90, GmbHR 1992, 304; aA *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 81.

4 *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 248 Rz. 7; *Scholz* in MünchHdb. AG, 5. Aufl. 2020, § 57 Rz. 198 ff.

ist § 225 AktG dabei entsprechend anzuwenden¹. Zur Bestandskraft nach Freigabeentscheidung Rz. I 10.1726 ff.

- 10.1390 **Unternehmensverträge** sind unwirksam, wenn der zustimmende Hauptversammlungsbeschluss wegfällt². Aufgrund des Trennungsprinzips sind darauf beruhende **dingliche Rechtsgeschäfte** wirksam und sind rückabzuwickeln, wobei jedoch nach hM die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft entsprechend anzuwenden sind³. Dazu näher im 12. Abschnitt Konzern. Zur Bestandskraft nach Freigabeentscheidung Rz. I 10.1726 ff.
- 10.1391 Geschäfte, die aufgrund eines **Hauptversammlungsbeschlusses nach § 119 Abs. 2 AktG** vom Vorstand ausgeführt wurden, bleiben dagegen wirksam, wenn nicht der Vertrag durch eine vereinbarte Bedingung an den wirksamen Hauptversammlungsbeschluss geknüpft ist, weil die Zustimmung der Hauptversammlung grundsätzlich keine Wirksamkeitsvoraussetzung ist⁴. Dies gilt auch für solche Geschäfte, die aufgrund der „Holzmüller-Gelatine“-Rechtsprechung (s. dazu Rz. I 10.80 ff.) zustimmungspflichtig sind⁵. **Eine Ausnahme gilt für Geschäfte iS des § 179a AktG**, bei denen der Verpflichtungsvertrag ohne wirksamen Hauptversammlungsbeschluss unwirksam und ggf. nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln ist⁶.
- 10.1392 Bei Unwirksamkeit des **Beschlusses über den Jahresabschluss oder die Gewinnverwendung** greift die Rückerstattungspflicht des § 62 AktG ein (s. zu den Folgen der Nichtigkeit des Jahresabschlusses auch Rz. I 10.1453 ff.)⁷.
- 10.1393 **Umwandlungsmaßnahmen** nach dem Umwandlungsgesetz erlangen gemäß § 20 Abs. 2, § 131 Abs. 2, § 202 Abs. 3 UmwG mit Eintragung Bestandskraft, so dass die

1 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 255 Rz. 15 mwN.

2 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 248 Rz. 7; Austmann in MünchHdb. AG, 5. Aufl. 2020, § 42 Rz. 125.

3 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 248 Rz. 7; Krieger in MünchHdb. AG, 5. Aufl. 2020, § 71 Rz. 19, 55; Vatter in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 248 Rz. 17; Göz in Bürgers/Körber/Lieder, 5. Aufl. 2021, § 248 Rz. 11 mwN; für den Fall der GmbH als abhängiger Gesellschaft s. BGH v. 5.11.2001 – II ZR 119/00, AG 2002, 240; aA OLG Zweibrücken v. 2.3.2004 – 3 W 167/03, AG 2005, 256; Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 291 Rz. 21.

4 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 248 Rz. 6; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 248 Rz. 24.

5 BGH v. 25.2.1982 – II ZR 174/80, BGHZ 83, 122 (131) = AG 1982, 158; OLG Celle v. 7.3.2001 – 9 U 137/00, AG 2001, 357 (358 f.); Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 248 Rz. 24.

6 Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 179a Rz. 13; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 248 Rz. 22; Austmann in MünchHdb. AG, 5. Aufl. 2020, § 42 Rz. 125.

7 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 248 Rz. 6; Austmann in MünchHdb. AG, 5. Aufl. 2020, § 42 Rz. 125; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 248 Rz. 15.

Nichtigerklärung des zustimmenden Hauptversammlungsbeschlusses keine Auswirkung auf ihre Wirksamkeit hat¹. Dazu näher bei Rz. I 10.1410 f.

Entsprechendes gilt, wenn und soweit der Beschluss aufgrund eines durchgeführten **Freigabeverfahrens** Bestandskraft hat² (s. dazu Rz. 10 1726 ff.). 10.1394

2. Geltendmachung der Nichtigkeit

a) Außerprozessuale Geltendmachung

Die Nichtigkeit kann in jeder beliebigen Weise geltend gemacht werden, nicht nur durch Klage (vgl. § 249 Abs. 1 Satz 2 AktG). Auch die außerprozessuale Geltendmachung, etwa **im Wege der Einrede**, ist möglich. Daher kann der Aktionär beispielsweise eine Zahlung auf eine Kapitalerhöhung oder die Gesellschaft die Ausschüttung einer Dividende unter Berufung auf die Nichtigkeit des zugrunde liegenden Hauptversammlungsbeschlusses verweigern³. 10.1395

b) Nichtigkeitsklage und allgemeine Feststellungsklage

Prozessual kann die Nichtigkeit nicht nur mit der **aktienrechtlichen Nichtigkeitsklage nach § 249 AktG** geltend gemacht werden, sondern von jedermann durch **allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO**. In der Literatur ist streitig, ob die aktienrechtliche Nichtigkeitsklage nur ein besonders geregelter Spezialfall der allgemeinen Feststellungsklage ist⁴, oder ob es sich bei der aktienrechtlichen Nichtigkeitsklage im Gegensatz zur Feststellungsklage um eine kassatorische Klage handelt⁵. Zur allgemeinen Feststellungsklage ausf. Rz. I 7.235 ff. 10.1396

Die allgemeine Feststellungsklage steht jedoch denjenigen, die iR der aktienrechtlichen Nichtigkeitsklage klagebefugt sind, dh. insbesondere **den Aktionären, nicht zur Verfügung**. Sie können sich den speziellen aktienrechtlichen Regeln des § 249 AktG nicht entziehen⁶ und haben andererseits für die allgemeine Feststellungsklage kein Rechtsschutzinteresse⁷. Denn aufgrund der Allgemeingültigkeit der Entscheidung im Nichtigkeitsprozess (§ 248 AktG) erreichen sie ihr Rechtsschutzziel effektiver durch die aktienrechtliche Nichtigkeitsklage als durch eine nur unter den Pro- 10.1397

1 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 248 Rz. 7; Austmann in MünchHdb. AG, 5. Aufl. 2020, § 42 Rz. 125.

2 Vatter in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 248 Rz. 18.

3 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 249 Rz. 7; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 249 Rz. 30 mwN.

4 So die hM, vgl. etwa Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 249 Rz. 4 mwN.

5 So K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 249 Rz. 4 f.

6 BGH v. 23.2.1978 – II ZR 37/77, BGHZ 70, 384 (388) = NJW 1978, 1325 (zur Genossenschaft); Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 249 Rz. 7.

7 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 249 Rz. 36.

zessparteien wirkende allgemeine Feststellungsklage. Auch eine allgemeine Feststellungsklage eines Aktionärs gegen einen anderen ist wegen der weiter reichenden Urteilswirkungen einer Nichtigkeitsklage gegen die Gesellschaft unzulässig, wenn auch eine aktienrechtliche Nichtigkeitsklage möglich ist¹. Zur aktienrechtlichen Nichtigkeitsklage s. im Einzelnen Rz. I 10.1570 ff.

- 10.1398 Zulässig ist nach dem oben (Rz. I 10.1396 f.) Gesagten eine allgemeine **Feststellungsklage Dritter, wenn sie das iR des § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse haben**. Hat zB der Vorstand die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts von der Zustimmung der Hauptversammlung abhängig gemacht und beruft sich der Vertragspartner darauf, das Rechtsgeschäft sei wegen Nichtigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses nicht wirksam geworden, kann er dies zum Gegenstand einer allgemeinen Feststellungsklage machen. Die speziellen Regelungen über die aktienrechtliche Nichtigkeitsklage gelten für die allgemeine Feststellungsklage nicht. Dies gilt insbesondere für die Zuständigkeit des Gerichts, die Vertretung der Gesellschaft und die Wirkungen des Urteils².

c) Unterlassungsklage

- 10.1399 Darüber hinaus **können die Aktionäre uU auch Unterlassung fordern** und ggf. im Klagewege durchsetzen, wenn der Vorstand einen nichtigen Hauptversammlungsbeschluss vollzieht. Zwar gibt es keine allgemeine Aktionärsklage gegen zweckwidriges oder rechtswidriges Handeln der Verwaltung. Anders ist es aber, wenn der Vorstand gegen die Zuständigkeitsordnung in der Gesellschaft verstößt und dadurch die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre verletzt³. Vollzieht der Vorstand daher eine in einem nichtigen Hauptversammlungsbeschluss vorgesehene Strukturmaßnahme, zB eine Umwandlung, handelt er – da der Beschluss rechtlich inexistent ist – ohne den erforderlichen Hauptversammlungsbeschluss. Dies können die Aktionäre im Klagewege geltend machen. Ausf. Rz. I 7.255 ff.

3. Neuvornahme und Heilung

- 10.1400 Eine Heilung eines nichtigen Hauptversammlungsbeschlusses durch eine Bestätigung nach § 244 AktG ist nicht möglich⁴. Diese steht nur bei lediglich anfechtbaren Beschlüssen zur Verfügung. In Betracht kommt eine Neuvornahme des Beschlusses, die bei unbehebaren inhaltlichen Mängeln allerdings wirkungslos bleibt.

1 OLG Hamburg v. 31.5.1995 – 11 U 183/94, ZIP 1995, 1513 (1514 f.) = GmbHR 1995, 734 (zur GmbH); Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 249 Rz. 12.

2 Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 249 Rz. 12; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 249 Rz. 6 mwN.

3 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 5 mwN.

4 Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 93; K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 23.

Daneben enthält § 242 AktG echte Heilungsvorschriften. Im Gegensatz zur Neuvernahme **wirkt die Heilung auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung zurück**¹. Streitig ist, ob sie nur dazu führt, dass die Nichtigkeit nicht mehr geltend gemacht werden kann², oder ob der Beschluss materiellrechtlich wirksam wird³. Letzterer Meinung ist zu folgen, da nur auf diese Weise Rechtssicherheit erreicht wird. Dass in bestimmten Fällen dennoch eine Amtslöschung möglich bleibt, steht dem nicht entgegen. Damit muss auch der Vorstand den geheilten Beschluss befolgen und vollziehen⁴.

10.1401

Nach § 242 Abs. 1 AktG kann ein **Beurkundungsmangel**, dh. die Nichtigkeit nach § 241 Nr. 2 AktG, nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der Beschluss in das Handelsregister eingetragen worden ist. Die Heilung kann mithin nur bei eintragungspflichtigen Beschlüssen eintreten, insbesondere also bei Satzungsänderungen, Kapitalmaßnahmen und strukturändernden Beschlüssen.

10.1402

Bei **Einberufungsfehlern** und **Inhaltsmängeln** wegen Verstößen gegen das Wesen der Aktiengesellschaft oder gläubigerschützende Vorschriften oder wegen **Sittenwidrigkeit**, dh. bei Nichtigkeit nach § 241 Nr. 1, 3 oder 4 AktG, tritt die Heilung nach § 242 Abs. 2 Satz 1 AktG ein, wenn seit der Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister drei Jahre verstrichen sind. Für die Fristberechnung gelten die §§ 187 ff. BGB, mit Ausnahme des § 193 BGB⁵.

10.1403

Wird gegen den Beschluss innerhalb dieser Frist Nichtigkeitsfeststellungsklage erhoben, **verlängert sich die Frist nach § 242 Abs. 2 Satz 2 AktG**, bis über die Klage rechtskräftig entschieden ist oder sie sich anderweitig erledigt hat. Nach hM führt nur eine Nichtigkeitsklage nach § 249 AktG zur Fristverlängerung⁶. Auch eine An-

10.1404

1 *Austmann* in MünchHdb. AG, 5. Aufl. 2020, § 42 Rz. 37; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 242 Rz. 3; *Schwab* in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 242 Rz. 15.

2 So die früher hM, s. *Mestmäcker*, BB 1961, 945 (947 f.); auch *Emde*, ZIP 2000, 1753 (1756 f.).

3 So die heute hM, *Schwab* in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 242 Rz. 14; *Casper* in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 242 Rz. 12; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 242 Rz. 3, 19; *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 242 Rz. 1.

4 So die heute hM, *Schwab* in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 242 Rz. 16; *Casper* in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 242 Rz. 16; *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 242 Rz. 13.

5 OLG Düsseldorf v. 5.4.2001 – 6 U 91/00, NZG 2001, 1036 = AG 2003, 45; *Zöllner* in KölnKomm. AktG, 1. Aufl. 1971, § 242 Rz. 33; *Göz* in Bürgers/Körber/Lieder, 5. Aufl. 2021, § 242 Rz. 4; *Drescher* in Henssler/Strohn, AktG, 5. Aufl. 2021, § 242 Rz. 4; aA *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 242 Rz. 11; *Schwab* in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 242 Rz. 6.

6 OLG Koblenz v. 17.11.2005 – 6 U 577/05, NZG 2006, 270 (271); *Koch*, AktG, 16. Aufl. 2022, § 242 Rz. 4 mwN; *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 242 Rz. 12; aA *Zöllner* in KölnKomm. AktG, 1. Aufl. 1971, § 242 Rz. 37.

fechtungsklage muss wegen der Identität des Streitgegenstandes ausreichen¹. Eine allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO soll dagegen nicht genügen². Entscheidend für den Eintritt der Fristverlängerung ist die Rechtshängigkeit iS von § 261 Abs. 1 ZPO, dh. idR die Zustellung der Klage. Jedoch findet § 167 ZPO Anwendung, so dass die rechtzeitige Einreichung der Klage ausreichen kann, wenn die Zustellung iS dieser Vorschrift „demnächst“³ erfolgt.

- 10.1405 **Nach Eintritt der Heilung bleibt jedoch eine Amtslöschung nach § 398 FamFG wegen des Inhaltsmangels (Nichtigkeit nach § 241 Nr. 3 oder 4 AktG) möglich** (vgl. § 242 Abs. 2 Satz 3 AktG), dh. der materielle Fehler wird durch die Heilung nicht vollkommen unerheblich. Auch iR der Organhaftung (etwa, weil Vorstand und Aufsichtsrat versäumt haben, rechtzeitig gegen den Beschluss vorzugehen) kann die Fehlerhaftigkeit des Beschlusses weiter eine Rolle spielen, auch wenn Vorstand und Aufsichtsrat nach Eintritt der Heilung grundsätzlich zur Umsetzung des Beschlusses verpflichtet sind.
- 10.1406 Bei **Ladungsmängeln** iR der Ladung durch eingeschriebenen Brief etc. nach § 121 Abs. 4 Satz 2 AktG (dazu Rz. I 10.178 ff.) wirkt gemäß § 242 Abs. 2 Satz 4 AktG außerdem die Genehmigung des Beschlusses durch den nicht ordnungsgemäß geladenen Aktionär heilend.
- 10.1407 Ist iR des **Freigabeverfahrens** nach § 246a AktG die **Bestandskraft** des Beschlusses angeordnet und der Beschluss daraufhin eingetragen worden, wird dadurch die Fehlerhaftigkeit des Beschlusses zwar nicht geheilt, doch kann der Beschluss nicht mehr – auch nicht mehr durch Nichtigkeitsurteil oder Amtslöschung – beseitigt werden (§ 242 Abs. 2 Satz 5 AktG), da nach § 246a Abs. 1 und Abs. 4 Satz 2 AktG Mängel des Beschlusses die Wirkung der Eintragung und der Durchführung des Beschlusses unberührt lassen sollen. Als Sanktion bleibt – wie bei der Eingliederung und dem Squeeze-Out (§ 319 Abs. 6, § 327e Abs. 2 AktG) oder der Verschmelzung (§ 16 Abs. 3 UmwG) – in diesem Fall nur der Schadenersatz nach § 246a Abs. 4 Satz 2 AktG. Eine Amtslöschung nach § 398 FamFG ist explizit ausgeschlossen.
- 10.1408 Die Heilungsvorschriften des § 242 Abs. 2 AktG finden gemäß Abs. 3 entsprechende Anwendung in den Fällen der § 217 Abs. 2, § 228 Abs. 2, § 234 Abs. 3 und § 235 Abs. 2 AktG, wenn die dort genannten Fristen für die Eintragung der jeweiligen Kapital-

1 BGH v. 17.2.1997 – II ZR 41/96, BGHZ 134, 364 (366 f.) = AG 1997, 326; Casper in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 242 Rz. 8; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 242 Rz. 8.

2 OLG Koblenz v. 17.11.2005 – 6 U 577/05, NZG 2006, 270 (271); Casper in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 242 Rz. 8; K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 242 Rz. 12; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 242 Rz. 8; aA Schwab in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 242 Rz. 7.

3 Zu den einzelnen Voraussetzungen s. Häublein/Müller in MünchKomm. ZPO, 6. Aufl. 2020, § 167 Rz. 7 ff.

maßnahme überschritten werden, was nach dem Gesetz zunächst zur Nichtigkeit der zugrundeliegenden Beschlüsse führt.

Zusätzliche spezielle Heilungsvorschriften für die **Nichtigkeit des festgestellten Jahresabschlusses** enthält § 256 Abs. 6 AktG. Dazu näher Rz. I 7.223 ff. Die Heilungsfristen knüpfen hier an die Bekanntmachung des Jahresabschlusses an. Mit der Heilung des Jahresabschlusses wird zugleich auch ein auf dem Abschluss beruhender **Gewinnverwendungsbeschluss** geheilt, sofern er nur deswegen nach § 253 Abs. 1 AktG nichtig war, weil er auf einem nichtigen Jahresabschluss beruhte. 10.1409

Um komplizierte Entschmelzungsmaßnahmen bei Nichtigkeit von Umwandlungsbeschlüssen zu vermeiden, regelt § 20 Abs. 2 UmwG, **dass die in § 20 Abs. 1 UmwG angeordneten Wirkungen der Eintragung von Mängeln der Verschmelzung unberührt bleiben**. Die Regelung gilt auch für die Spaltung und für die Vermögensübertragung; für den Formwechsel enthält § 202 Abs. 3 UmwG eine entsprechende Regelung. 10.1410

Gemäß § 249 Abs. 1 Satz 3 AktG findet § 20 Abs. 2 UmwG auch Anwendung auf einen **Hauptversammlungsbeschluss, der die Voraussetzungen für eine Umwandlung nach dem UmwG schafft**, sofern der Umwandlungsbeschluss eingetragen ist. Diese Regelung betrifft insbesondere Kapitalerhöhungsbeschlüsse, die zur Durchführung einer Verschmelzung gefasst werden. Durch die Kapitalerhöhung werden regelmäßig bei dem übernehmenden Rechtsträger Anteile geschaffen, die den Gesellschaftern der übertragenden Rechtsträger als Gegenleistung für die Anteile an der übertragenden Gesellschaft gewährt werden. Dass derartige Beschlüsse von § 20 Abs. 2 UmwG erfasst werden, war schon bisher hM, die nunmehr in § 249 Abs. 1 Satz 3 AktG bestätigt ist. Die Eintragung der Verschmelzung heilt die Mängel des der Verschmelzung zugrunde liegenden Kapitalerhöhungsbeschlusses¹. 10.1411

Einstweilen frei. 10.1412 – 10.1414

4. Einzelne Nichtigkeitstatbestände

a) Die Nichtigkeitsgründe des § 241 AktG

Das Gesetz führt die **Nichtigkeitstatbestände enumerativ** auf. Die Mehrzahl ist in § 241 AktG genannt. 10.1415

aa) Einberufungsmängel, § 241 Nr. 1 AktG

Nach § 241 Nr. 1 AktG führen **Verstöße gegen die Ladungsvorschriften des § 121 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 oder Abs. 4 AktG** zur Nichtigkeit der auf der Hauptversammlung gefassten Beschlüsse. Zur Nichtigkeit führen damit insbesondere die Einberufung durch ein nicht befugtes Organ, fehlende oder unzureichende Bekanntmachung 10.1416

¹ Vatter in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 249 Rz. 30.

in den Gesellschaftsblättern und das Fehlen der nach § 121 Abs. 3 Satz 1 AktG zwingend erforderlichen Angaben.

- 10.1417 Gemäß § 121 Abs. 2 Satz 1 AktG **erfolgt die Einberufung idR durch den Vorstand** (s. näher Rz. I 10.132 ff.). Ist dieser insgesamt unwirksam bestellt und auch nicht im Handelsregister eingetragen, ist die Einberufung unwirksam, was zur Nichtigkeit der gefassten Beschlüsse führt¹. Sind nur einzelne Mitglieder nicht wirksam bestellt und auch nicht im Handelsregister eingetragen, kommt es richtigerweise darauf an, ob die wirksam bestellten Vorstandsmitglieder dennoch einen satzungsmäßigen Vorstand bilden und ob sie (auch unter Außerachtlassung der Stimmen der unwirksam bestellten Mitglieder) einen ordnungsgemäßen Vorstandsbeschluss über die Einberufung gefasst haben. Ist dies nicht der Fall, ist der Beschluss ebenfalls nichtig². Nach aA tritt dagegen auch bei der unwirksamen Bestellung einzelner Mitglieder stets Nichtigkeit ein³ oder sollen die Beschlüsse bei unwirksamer Bestellung einzelner Mitglieder generell lediglich anfechtbar sein⁴. Wenn es an einem formellen Vorstandsbeschluss fehlt, tritt Nichtigkeit ein⁵.
- 10.1418 **Beruft der Aufsichtsrat die Hauptversammlung gemäß § 111 Abs. 3 AktG ein**, weil nach seiner Auffassung das Wohl der Gesellschaft es erfordert, so ist diese Einschätzung nur auf Missbrauch überprüfbar. Auch ein Missbrauch führt aber nur zur Anfechtbarkeit der auf der Hauptversammlung gefassten Beschlüsse⁶.
- 10.1419 Im Fall der **Einberufung mit eingeschriebenem Brief gemäß § 121 Abs. 4 Satz 2 AktG** führen etwa das Übergehen einzelner Aktionäre oder die Bekanntgabe in anderer Weise als durch eingeschriebenen Brief ohne Satzungsgrundlage zur Nichtigkeit. Nicht zur Nichtigkeit, aber zur Anfechtbarkeit führt es in diesem Zusammenhang, wenn die Beschlussvorschläge nicht in der Einberufung, dh. im eingeschriebenen Brief, bekannt gemacht werden⁷. Von Nichtigkeit soll nach überwiegender Ansicht nicht ausgegangen werden, wenn die eingeschriebenen Briefe die Adressaten

1 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 44; Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 241 Rz. 10; Göz in Bürgers/Körber/Lieder, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 8.

2 So wohl auch K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 44 und Drescher in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 241 Rz. 154.

3 Schwab in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 241 Rz. 7.

4 Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 28; Göz in Bürgers/Körber/Lieder, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 8.

5 Göz in Bürgers/Körber/Lieder, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 8; Schwab in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 241 Rz. 7; Englisch in Hölters/Weber, 4. Aufl. 2022, § 241 Rz. 21; Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 241 Rz. 10.

6 Drescher in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 241 Rz. 157; Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 241 Rz. 10.

7 OLG Jena v. 30.7.2014 – 2 U 920/13, ZIP 2014, 2501 (2503 f.) = AG 2015, 160.

verfehlen, ohne dass dies der Gesellschaft zugerechnet werden kann¹. Im Übrigen kommt bei der Einberufung durch eingeschriebenen Brief eine Heilung des Fehlers durch die Genehmigung des übergangenen Aktionärs gemäß § 242 Abs. 2 Satz 4 AktG in Betracht.

Ladungsmängel führen nach § 121 Abs. 6 AktG dann nicht zur Nichtigkeit, wenn die Hauptversammlung in Form einer **Vollversammlung** stattfindet **und kein Aktionär der Beschlussfassung widerspricht**. Dazu näher Rz. I 10.39 ff. 10.1420

Andere als die genannten Mängel der Einberufung, wie etwa die Nichteinhaltung der Ladungsfrist oder die fehlende Angabe des Einberufungsorgans (auch bei einer Einberufung durch eine Aktionärsminderheit, obwohl hier nach § 122 Abs. 3 Satz 3 AktG besonders auf den Ermächtigungsbeschluss hingewiesen werden muss²), führen nicht zur Nichtigkeit, sondern lediglich zur Anfechtbarkeit der gefassten Beschlüsse³. 10.1421

Bis zum Inkrafttreten des ARUG⁴ war fraglich, ob **unrichtige oder unvollständige Angaben zu den Teilnahmebedingungen** zur Nichtigkeit führen. Durch die Neufassung von § 241 Nr. 1 AktG hat der Gesetzgeber nunmehr angeordnet bzw. klargestellt, dass ein Verstoß gegen die Pflicht zur Angabe der Tagesordnung oder der Teilnahmebedingungen nicht (mehr) zur Nichtigkeit führt. Er kann daher nur ggf. die Anfechtbarkeit begründen⁵. 10.1422

bb) Beurkundungsmängel, § 241 Nr. 2 AktG

§ 241 Nr. 2 AktG betrifft **wesentliche Mängel der Beurkundung**. Nichtig sind Beschlüsse dann, (i) wenn die gebotene Beurkundung vollständig unterbleibt oder (ii) wenn der Beschluss unvollständig oder inhaltlich abweichend vom festgestellten Beschlussergebnis beurkundet wird, (iii) wenn das Beschlussergebnis, dh. das Abstimmungsergebnis, nicht wiedergegeben wird⁶, (iv) wenn die in § 130 Abs. 2 Satz 1 AktG genannten wesentlichen Formalia oder (v) die Unterschrift des Notars (bzw. im Fall 10.1423

1 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 48; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 32 mwN auch zur abweichenden Ansicht; Englisch in Hölters/Weber, 4. Aufl. 2022, § 241 Rz. 29; aA Ziemons, oben Rz. I 10.180.

2 Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 241 Rz. 10; Drescher in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 241 Rz. 163; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 29; aA (Nichtigkeit) K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 47.

3 Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 241 Rz. 9.

4 Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie v. 31.7.2009, BGBl. I 2009, 2509.

5 Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 241 Rz. 9; Drescher in Henssler/Strohn, AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 26; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 33.

6 Letzteres ist im Einzelnen streitig, vgl. dazu K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 52; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 42 mwN.

des § 130 Abs. 1 Satz 3 AktG des Aufsichtsratsvorsitzenden) fehlen¹. Dazu ausf. Rz. I 10.1190 ff.

- 10.1424 Seit der Entscheidung des **BGH vom 19.5.2015**² ist klargestellt, dass die Hauptversammlungs-niederschrift grundsätzlich **teilbar** ist in einen notariell zu beurkundenden und einen privatschriftlichen Teil. Wenn bei mehreren Tagesordnungspunkten daher nur ein oder wenige Tagesordnungspunkte der notariellen Beurkundung bedürfen, kann die Niederschrift in einen privatschriftlichen und einen notariell beurkundeten Teil aufgeteilt werden. Dazu Rz. I 10.1198.

Zu den wesentlichen Formalia iS von § 130 Abs. 2 Satz 1 AktG gehören Angaben über **Art und Ergebnis der Abstimmung**. In Bezug auf die Art der Abstimmung muss aus dem Protokoll hervorgehen, wie der Beschluss in der Versammlung zustande gekommen ist, dh. ob beispielsweise durch Abgabe von Stimmkarten oder durch Handaufheben abgestimmt wurde³. Die Art und Weise der Stimmenauszählung (Additionsverfahren, Subtraktionsverfahren) muss dagegen nicht festgehalten werden⁴. Zwingend anzugeben ist außerdem das Ergebnis der Abstimmung, wie es vom Versammlungsleiter festgestellt wurde. Dies umfasst grundsätzlich die Ja-Stimmen (es sei denn, es wird nach dem Subtraktionsverfahren abgestimmt) und die Nein-Stimmen sowie das Ergebnis der Annahme oder Ablehnung eines bestimmten Antrags^{5,6}.

- 10.1425 **Bei privatschriftlicher Protokollierung** nach § 130 Abs. 1 Satz 3 AktG kommt es darauf an, dass der Aufsichtsratsvorsitzende (als Versammlungsleiter) das Protokoll unterzeichnet. Ist der Vorsitzende des Aufsichtsrats verhindert, kann die Niederschrift auch vom stellvertretenden Vorsitzenden des Aufsichtsrats aufgenommen werden, § 107 Abs. 1 Satz 3 AktG. Ist der Versammlungsleiter nicht der (stellvertretende) Vorsitzende des Aufsichtsrats, muss der tatsächliche Versammlungsleiter die Niederschrift aufnehmen und unterzeichnen⁷. Dazu Rz. I 10.1196.

1 Zur Zulässigkeit nachträglicher Veränderungen des Protokolls durch den Notar s. BGH v. 16.2.2009 – II ZR 185/07, BGHZ 180, 9 ff. = AG 2009, 285 f. m. Anm. *Roeckl-Schmidt/Stoll*, AG 2012, 225 ff.; bei monate- oder jahrelanger bewusster Unterlassung der Unterzeichnung kann diese nicht mehr nachgeholt werden, OLG Stuttgart v. 21.3.2014 – 20 U 8/13, BeckRS 2015, 01845 = AG 2015, 282 (in Bezug auf eine Einmann-AG).

2 BGH v. 19.5.2015 – II ZR 176/14, AG 2015, 633 ff.

3 *Drescher* in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 241 Rz. 194; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 42.

4 AA LG München v. 30.8.2012 – 5 HK O 1378/12, AG 2013, 138 (139).

5 *Drescher* in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 241 Rz. 195; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 42.

6 LG München v. 30.8.2012 – 5 HK O 1378/12, AG 2013, 138 (139).

7 *Kubis* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2022, § 130 Rz. 36; *Wicke* in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 130 Rz. 46; *Koch*, AktG, 16. Aufl. 2022, § 130 Rz. 14e.

Andere als die genannten Fehler, wie etwa das Fehlen der in § 130 Abs. 3 AktG genannten Anlagen oder der in Abs. 2 Satz 2 bezeichneten ergänzenden Angaben, machen die Beschlüsse dagegen allenfalls anfechtbar.

10.1426

cc) Wesen der AG, Gläubigerschutz und öffentliches Interesse, § 241 Nr. 3 AktG

§ 241 Nr. 3 AktG ordnet die Nichtigkeit solcher Beschlüsse an, die gegen das Wesen der Aktiengesellschaft verstoßen oder inhaltlich Vorschriften verletzen, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse bestehen.

10.1427

Das Verhältnis zwischen den Alternativen der Nr. 3 ist außerordentlich streitig. Dies betrifft zum einen die Frage, ob der Schwerpunkt der Vorschrift auf § 241 Nr. 3 Alt. 1 AktG – Unvereinbarkeit des Beschlusses mit dem „Wesen der Aktiengesellschaft“ oder auf § 241 Nr. 3 Alt. 2 AktG – Verletzung von Vorschriften, die im „öffentlichen Interesse gegeben sind“, liegt und zum anderen die Frage, ob satzungsändernde Beschlüsse, die gegen § 23 Abs. 5 AktG verstoßen, stets zur Nichtigkeit führen.

10.1428

In Bezug auf das Verhältnis der Alternativen des § 241 Nr. 3 AktG ist nach der hM vordergründig auf die Vorschriften zum Schutz des **öffentlichen Interesses** (§ 241 Nr. 3 Alt. 2 AktG) abzustellen. § 241 Nr. 3 Alt. 2 AktG wird insoweit als **bestimmtere und mithin als speziellere Vorschrift** angesehen. Verstöße gegen das Wesen der AG nach § 241 Nr. 3 Alt. 1 AktG bilden danach lediglich einen Auffangtatbestand¹. Nach anderer Ansicht genießt § 241 Nr. 3 Alt. 1 AktG den Vorrang².

10.1429

Ebenfalls umstritten ist die **Einordnung satzungsändernder Beschlüsse, die mit § 23 Abs. 5 AktG nicht zu vereinbaren sind**³. § 23 Abs. 5 AktG – Grundsatz der Satzungsstrenge – bestimmt, dass die Regelungen des Aktiengesetzes prinzipiell zwingender Natur sind. Ein satzungsändernder Beschluss, der von zwingenden Vorschriften des Aktiengesetzes abweicht, verletzt somit die jeweilige Bestimmung iVm. § 23 Abs. 5 AktG⁴. Davon ausgehend wird in der Literatur diskutiert, ob ein solcher Verstoß stets die Nichtigkeit des Beschlusses nach sich zieht (so die hM⁵). Nach anderer Ansicht muss im Einzelfall geprüft werden, ob die Abweichung einen Tat-

10.1430

1 *Englisch* in Hölters/Weber, 4. Aufl. 2022, § 241 Rz. 49; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 49; *Drescher* in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 241 Rz. 225.

2 *Schwab* in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 241 Rz. 24.

3 Zum Meinungsstand s. *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 47 ff.; *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 54 ff.; eingehend auch *Drescher* in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 241 Rz. 215 ff.

4 Vgl. *Huber* in FS Coing, Bd. II, 1982, S. 167 (177 f.); *Schwab* in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 241 Rz. 23.

5 *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 54 ff. mwN; *Koch*, AktG, 16. Aufl. 2022, § 241 Rz. 17; *Göz* in Bürgers/Körber/Lieder, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 15;

bestand des § 241 Nr. 3 AktG erfüllt¹. In der praktischen Anwendung kann dieser Streit jedoch weitgehend offengelassen werden und bedarf keiner abschließenden Entscheidung, zumal seit einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs für die Praxis feststeht, dass unabhängig davon, ob der Verstoß eines satzungsändernden Beschlusses gegen § 23 Abs. 5 AktG unter § 241 Nr. 3 AktG zu subsumieren ist, eine Heilung durch Eintragung nach § 242 Abs. 2 AktG möglich ist².

- 10.1431 Von § 241 Nr. 3 Alt. 1 AktG sind nur **besonders schwere Rechtsverletzungen** erfasst. Da die gesetzliche Formulierung „Wesen der AG“ sehr unbestimmt formuliert ist, ist sie restriktiv auszulegen. Nicht jeder Verstoß gegen zwingende aktienrechtliche Regelungen kann auch einen Wesensverstoß begründen, da ansonsten die übrigen Varianten des § 241 Nr. 3 AktG ihre Bedeutung verlieren würden. Ein Beschluss ist nur dann mit dem Wesen der AG unvereinbar und nichtig, wenn er gegen grundlegende Strukturprinzipien des Aktienrechts verstößt³, der Verstoß nicht bereits von anderen spezielleren Vorschriften erfasst wird und die Nichtigkeitsfolge unter Berücksichtigung der gesetzlichen Wertung, nach der die Nichtigkeit die Ausnahme und die Anfechtbarkeit die Regel sein soll, als zwingend geboten erscheint⁴.

Zu den durch § 241 Nr. 3 Alt. 1 AktG geschützten Wesenselementen der Aktiengesellschaft gehören jedenfalls die Organe der Aktiengesellschaft sowie die Verteilung der Kompetenzen unter ihnen, die eigene Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft, das Vorhandensein eines in Aktien zerteilten Grundkapitals, das Stimmrecht der Aktionäre und die Begrenzung der Aktionärspflichten⁵. Nicht dazu zählen der Gleichbehandlungsgrundsatz und der Minderheitenschutz. Verstöße gegen diese Grundsätze führen lediglich zur Anfechtbarkeit des Beschlusses⁶.

- 10.1432 Nichtig ist ein Hauptversammlungsbeschluss nach § 241 Nr. 3 Alt. 2 AktG zunächst bei einem **Verstoß gegen gläubigerschützende Vorschriften**. Ausreichend, aber auch erforderlich ist, dass die verletzte Norm wesentliche Bedeutung für den Gläubi-

Drescher in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 241 Rz. 218; *Huber* in FS Coing, Bd. II, 1982, S. 167 (184); vgl. auch Rz. I 3.167.

1 *Schwab* in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 241 Rz. 24; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 52.

2 BGH v. 15.12.1986 – II ZR 18/86, BGHZ 99, 211 ff. = NJW 1987, 902 ff. = AG 1987, 152; zustimmend *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 54, 56; BGH v. 19.6.2000 – II ZR 73/99, BGHZ 144, 365 = AG 2000, 515 f.

3 *Schwab* in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 241 Rz. 24; *Koch*, AktG, 16. Aufl. 2022, § 241 Rz. 17; *Epe* in Wachter, 3. Aufl. 2018, § 241 Rz. 15; *Weber/Kersjes*, Hauptversammlungsbeschlüsse vor Gericht, 2010, § 1 Rz. 183; vgl. *Englisch* in Hölters/Weber, 4. Aufl. 2022, § 241 Rz. 70.

4 Vgl. OLG München v. 14.11.2012 – 7 AktG 2/12, AG 2013, 173 (175); *Göz* in Bürgers/Körber/Lieder, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 14.

5 Vgl. die Auflistung bei *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 56 ff.

6 *Koch*, AktG, 16. Aufl. 2022, § 241 Rz. 17; *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 58.

gerschutz hat¹. Dies gilt insbesondere für die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 57, 58, 71 ff. AktG², die Vorschriften zur Bildung von Rücklagen gemäß §§ 150, 300, 301 AktG³ sowie für die §§ 225, 233, 272, 303, 321 AktG und §§ 22, 133, 134, 204, 224, 249 und 257 UmwG⁴. Auch ein Verstoß gegen das Verbot der Unter-pari-Emission aus § 9 Abs. 1 AktG führt zur Nichtigkeit⁵.

Schwieriger ist die Bestimmung derjenigen Normen, deren Verletzung deswegen zur Nichtigkeit führt, weil sie **überwiegend im öffentlichen Interesse gegeben** sind. Der Begriff des öffentlichen Interesses ist weit auszulegen⁶. Hinzukommen muss aber nach richtiger Auffassung, dass die von der Norm geschützten Interessen die Nichtigkeit eines dagegen verstoßenden Beschlusses verlangen müssen⁷. Dies gilt nach ganz einhelliger Auffassung insbesondere bei Normen, die gegen die durch §§ 25 ff. MitbestG festgelegte Aufsichtsratsordnung verstoßen oder die die gleiche Berechtigung und Verantwortung der Aufsichtsratsmitglieder betreffen⁸.

10.1433

dd) Sittenverstoß, § 241 Nr. 4 AktG

Nach § 241 Nr. 4 AktG ist ein Beschluss nichtig, wenn er durch seinen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt. Für die Auslegung des Begriffes der „guten Sitten“ kann auf die Literatur und Rechtsprechung zu § 138 BGB zurückgegriffen werden, allerdings mit der Maßgabe, dass sich der Verstoß gegen die guten Sitten gerade aus dem Inhalt des Beschlusses (und nicht zB der Art seines Zustandekommens) ergeben muss⁹. Ein Beschluss zur Bestellung eines Vorstandsmitglieds ist beispielsweise nicht bereits aus

10.1434

1 Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 241 Rz. 18; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 55.

2 BGH v. 26.6.2012 – II ZR 30/11, AG 2012, 680 (681).

3 Insoweit ist allerdings hinsichtlich der Unwirksamkeit des Jahresabschlusses der Vorang der §§ 253, 256 AktG zu beachten (vgl. auch Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 55).

4 Allg. Meinung, vgl. nur Drescher in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 241 Rz. 226 f.; Schwab in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 241 Rz. 27; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 54 f.

5 Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 9 Rz. 7; Heider in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2019, § 9 Rz. 29.

6 Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 241 Rz. 19; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 58.

7 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 59.

8 BGH v. 25.2.1982 – II ZR 123/81, BGHZ 83, 106 (109 ff.) = NJW 1982, 1525 = AG 1982, 218; Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 241 Rz. 20; K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 60; Schwab in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 241 Rz. 31.

9 OLG Karlsruhe v. 19.4.2013 – 2 (7) Ss 89/12 – AK 63/12, GmbHR 2013, 1090 (1092) (zur GmbH); Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 241 Rz. 21; Austmann in MünchHdb. AG, 5. Aufl. 2020, § 42 Rz. 2.

dem vorgelagerten Motiv der Bestellung zwecks Firmenbestattung nichtig, wenn sich diese Zielrichtung nicht unmittelbar aus dem Beschlussinhalt selbst ergibt¹.

- 10.1435 Insbesondere sind Fälle gemeint, **in denen der Beschluss zu einer sittenwidrigen Benachteiligung daran nicht beteiligter (und auch nicht anfechtungsberechtigter) Dritter (zB der Gläubiger) führt, bzw. er darauf zielt**². Das kann auch bei einem seinem Wortlaut nach neutralen Beschluss der Fall sein³. Es kommt insofern auf die **Zielrichtung und die Wirkung** und nicht auf den Wortlaut des Beschlusses an. Eine Schädigung der Aktionäre führt (wegen ihrer Anfechtungsbefugnis) nur dann zur Nichtigkeit, wenn in unverzichtbare Positionen eingegriffen wird. Andernfalls ist der Aktionär auf die Anfechtung des Beschlusses verwiesen⁴.
- 10.1436 Die Nichtigkeit soll **nur bei solchen Beschlüssen eingreifen, deren Bestand unerträglich ist**, so dass die Einräumung bloßer Anfechtungsrechte nicht ausreicht⁵. Dementsprechend ist der praktische Anwendungsbereich des § 241 Nr. 4 AktG begrenzt.

ee) Anfechtungsurteil, § 241 Nr. 5 AktG

- 10.1437 § 241 Nr. 5 AktG stellt klar, dass ein durch rechtskräftiges Gestaltungsurteil **im Anfechtungsverfahren für nichtig erklärter Beschluss** (*ex tunc*) nichtig ist⁶.

ff) Amtslöschung, § 241 Nr. 6 AktG

- 10.1438 § 241 Nr. 6 AktG ordnet die Nichtigkeit solcher Beschlüsse an, die vom Registergericht aufgrund rechtskräftiger Entscheidung **nach § 398 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG, früher § 144 Abs. 2 FGG) gelöscht** worden sind. Dh., selbst wenn die Löschung materiell zu Unrecht erfolgt sein sollte, ist der Beschluss mit Rechts-

1 OLG Karlsruhe v. 19.4.2013 – 2 (7) Ss 89/12 – AK 63/12, GmbHR 2013, 1090 (1092); mit zustimmender Anm. *Wertenbruch*, EWiR 2013, 721 f.; zustimmend auch *Koch*, AktG, 16. Aufl. 2022, § 241 Rz. 21.

2 BGH v. 8.12.1954 – II ZR 291/53, BGHZ 15, 382 (386); OLG Karlsruhe v. 19.4.2013 – 2 (7) Ss 89/12 – AK 63/12, GmbHR 2013, 1090 (1091 f.) (zur GmbH); *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 65; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 70; *Austmann* in MünchHdb. AG, 5. Aufl. 2020, § 42 Rz. 28.

3 BGH v. 8.12.1954 – II ZR 291/53, BGHZ 15, 382 (385 f.); *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 65; *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 70.

4 *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 67; *Drescher* in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 241 Rz. 252.

5 BGH v. 8.12.1954 – II ZR 291/53, BGHZ 15, 382 (385 f.) (zur GmbH); *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 66.

6 Zum Verhältnis zu § 248 AktG *Drescher* in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 241 Rz. 255 mwN.

kraft der Lösungsentscheidung allein aufgrund seiner Löschung auch materiell nichtig. Die Nichtigkeit tritt mit Rückwirkung zum Zeitpunkt des Beschlusses ein. Der Schutz Dritter, die auf den Beschluss vertraut haben, erfolgt über § 15 HGB¹.

§ 398 FamFG (bzw. früher § 144 Abs. 2 FGG), nach dem Beschlüsse von Amts wegen gelöscht werden können, wenn sie durch ihren Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzen und ihre Beseitigung im öffentlichen Interesse liegt, **dient der öffentlichen Kontrolle und dem Schutz des Rechtsverkehrs vor der Eintragung nichtiger Beschlüsse**. Der Rechtsschein der Wirksamkeit aufgrund der Registereintragung wird dadurch vermieden. Zugleich wird durch diese öffentliche Kontrolle der Rechtsverkehr von krass rechtswidrigen Beschlüssen reingehalten, deren Wirksamkeit oder auch nur deren Anschein öffentlichen Interessen widersprechen². 10.1439

Voraussetzung für die Amtslöschung ist zunächst, dass überhaupt ein eintragungsfähiger und eingetragener Beschluss vorliegt. Der Anwendungsbereich des § 398 FamFG liegt daher insbesondere bei Satzungsänderungen, Kapitalmaßnahmen (einschließlich ihrer Durchführung), der Zustimmung zu Unternehmensverträgen oder Umwandlungsmaßnahmen. 10.1440

Materielle Voraussetzung der Amtslöschung ist, dass der Beschluss **durch seinen Inhalt** zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt und dass seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich ist. Verfahrensfehler, insbesondere iS von § 241 Nr. 1 und 2 AktG, genügen somit grundsätzlich nicht für eine Amtslöschung³. Bei schwerwiegenden Verfahrensfehlern, insbesondere bei wegen Fehlens einer wesentlichen Eintragungsvoraussetzung fehlerhafter Eintragung (zB Eintragung ohne Anmeldung), kommt eine Löschung in entsprechender Anwendung von § 395 FamFG in Betracht, auch wenn dieser im Übrigen durch § 398 FamFG verdrängt wird⁴. Zwingende Vorschriften des Gesetzes iS des § 398 FamFG sind nicht nur solche des Aktiengesetzes, sondern auch andere Vorschriften, wie etwa die des Mitbestimmungsrechts⁵. Außerdem ist kein Verstoß gegen ausdrücklich normierte Grundsätze notwendig, sondern es reicht auch ein Verstoß gegen das Wesen der Aktiengesell- 10.1441

1 *Schäfer* in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 86; *Göz* in *Bürgers/Körber/Lieder*, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 25.

2 S. näher *K. Schmidt* in *Großkomm. AktG*, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 75 ff. zu § 144 Abs. 2 FGG.

3 *K. Schmidt* in *Großkomm. AktG*, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 83; *Koch*, *AktG*, 16. Aufl. 2022, § 241 Rz. 27; *Englisch* in *Hölters/Weber*, 4. Aufl. 2022, § 241 Rz. 82.

4 Vgl. BVerfG v. 9.12.2009 – 1 BvR 1542/06, AG 2010, 160 ff.; *Englisch* in *Hölters/Weber*, 4. Aufl. 2022, § 241 Rz. 87; *Drescher* in *BeckOGK AktG*, Stand: 1.9.2021, § 241 Rz. 274; *Koch*, *AktG*, 16. Aufl. 2022, § 241 Rz. 31; aA *K. Schmidt* in *Großkomm. AktG*, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 78; differenzierend *Schwab* in *K. Schmidt/Lutter*, 4. Aufl. 2020, § 241 Rz. 43 f. mwN.

5 *K. Schmidt* in *Großkomm. AktG*, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 84; *Koch*, *AktG*, 16. Aufl. 2022, § 241 Rz. 27.

schaft oder gegen die guten Sitten (vgl. § 241 Nr. 3 und 4 AktG)¹. Weiter ist erforderlich, dass der Beschluss deswegen unwirksam, dh. nach § 241 Nr. 3 oder 4 AktG nichtig ist. Bloße Anfechtbarkeit reicht nicht aus (streitig)².

- 10.1442 Streitig ist, ob das **öffentliche Interesse an der Beseitigung des Beschlusses** eine zusätzliche Voraussetzung der Löschung ist³ oder ob es in den Fällen des § 241 Nr. 3 und 4 AktG stets gegeben ist⁴. In der Praxis sind kaum Fälle vorstellbar, in denen ein Mangel so gravierend ist, dass er zur Nichtigkeit wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit führt, ohne dass ein öffentliches Interesse an seiner Beseitigung bejaht werden muss.
- 10.1443 **Wurde der Beschluss durch die Eintragung wirksam**, wie es insbesondere bei Maßnahmen nach dem **Umwandlungsgesetz** der Fall ist (vgl. § 20 Abs. 2, §§ 125, 202 Abs. 3 UmwG), kommt eine Amtslöschung nicht in Betracht, denn dadurch würde das Handelsregister unrichtig⁵. Gleiches gilt, wenn die Eintragung des Beschlusses auf einem **Freigabeverfahren** nach § 246a AktG⁶ beruht, vgl. § 242 Abs. 2 Satz 5 AktG. Obgleich dies nicht besonders gesetzlich geregelt ist, muss dies auch gelten, wenn der Freigabebeschluss nach § 319 Abs. 6 AktG ergangen ist. Dagegen hindert gemäß § 242 Abs. 2 Satz 3 AktG die Heilung die Löschung des Beschlusses nicht.
- 10.1444 **Liegen die Voraussetzungen für die Löschung vor**, hat der Registerrichter nach inzwischen wohl hM entgegen dem Wortlaut der Norm **kein Ermessen**, sondern ist zur Löschung verpflichtet⁷. Es besteht jedoch kein Anspruch Einzelner auf Durch-

1 BayObLG v. 18.7.1991 – BReg 3 Z 133/90, GmbHR 1992, 304 = BB 1991, 1729; K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 84; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 76; Englisch in Hölters/Weber, 4. Aufl. 2022, § 241 Rz. 82.

2 OLG Hamm v. 8.12.1994 – 15 W 291/93, AG 1994, 376 (377); K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 84; Göz in Bürgers/Körper/Lieder, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 23; Schwab in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 241 Rz. 39; Drescher in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 241 Rz. 278; aA Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 77.

3 So OLG Karlsruhe v. 18.12.1985 – 11 W 86/85, AG 1986, 167; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 78; Schwab in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 241 Rz. 40; Englisch in Hölters/Weber, 4. Aufl. 2022, § 241 Rz. 83.

4 So K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 85 f.; Baums, Eintragung und Löschung von Gesellschafterbeschlüssen, 1981, S. 116.

5 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 87; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 76; Drescher in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 241 Rz. 269.

6 S. dazu auch unter Rz. I 10.1726.

7 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 89; Drescher in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 241 Rz. 283; Schäfer in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 241 Rz. 80; Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 241 Rz. 28; Englisch in Hölters/Weber, 4. Aufl. 2022, § 241 Rz. 86 jeweils mwN.

führung des Lösungsverfahrens¹. Es gibt auch kein Antragsrecht. Die Durchführung kann lediglich angeregt werden. Wird die Anregung vom Registergericht zurückgewiesen, steht dem Anregenden dagegen kein Rechtsmittel zu².

b) Sonderregelungen

aa) Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern

Besondere Regelungen zur Nichtigkeit der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern enthält § 250 AktG. **§ 250 Abs. 1 AktG schränkt gegenüber § 241 AktG die Nichtigkeit ein.** Aus Gründen der Rechtssicherheit, die hier wegen der anderenfalls drohenden „Infizierung“ aller seit der ungültigen Wahl gefassten Aufsichtsratsbeschlüsse von besonderer Bedeutung ist, finden die Generalklauseln des § 241 Nr. 3 und 4 AktG auf die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern keine Anwendung.

10.1445

Die Wahl ist vielmehr nur nichtig, wenn einer der Verfahrensmängel des § 241 Nr. 1 und 2 AktG vorliegt, der Beschluss aufgrund einer Anfechtungsklage für nichtig erklärt wurde (zur Anfechtung der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern s. Rz. I 10.1546 ff.) oder einer der in § 250 Abs. 1 AktG aufgelisteten Mängel vorliegt³. Zugleich soll durch die Sondertatbestände des § 250 Abs. 1 AktG die ordnungsgemäße Besetzung des Aufsichtsrats, insbesondere die Wahrung der Mitbestimmung, gesichert werden⁴. Deswegen ist auch die Parteifähigkeit für die Nichtigkeitsfeststellungsklage gemäß § 250 Abs. 2 AktG gegenüber § 50 Abs. 1 ZPO erweitert. Die Regelung gilt nur bei der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder durch die Hauptversammlung, nicht dagegen bei der Entsendung oder Wahl durch andere Gremien nach mitbestimmungsrechtlichen Regelungen⁵.

10.1446

Nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 AktG ist die Wahl nichtig, wenn gegen die formellen Regelungen zur Feststellung der auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats anwendbaren Regeln der § 96 Abs. 2, § 97 Abs. 2 Satz 1 und § 98 Abs. 4 AktG verstoßen wurde. **Es geht damit nur um die Einhaltung des Verfahrens zur Klärung der anwendbaren Regeln.** Solange nicht eine Bekanntmachung des Vorstands nach § 97 Abs. 2 Satz 1 AktG oder eine Entscheidung des Gerichts nach § 98 Abs. 4 AktG etwas anderes anordnen, ist das **Kontinuitätsprinzip** einzuhalten, dh. der Aufsichtsrat ist nach den zuletzt angewandten Regeln zusammenzusetzen – unabhängig davon, ob dies materiell die richtigen Regeln waren.

10.1447

1 BayObLG v. 25.8.1983 – 3 Z 124/83, RPfleger 1983, 443; K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 241 Rz. 91; Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 241 Rz. 28.

2 BGH v. 15.7.2014 – II ZB 18/13, AG 2015, 35.

3 Stilz/Schumann in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 250 Rz. 4.

4 Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 250 Rz. 1.

5 Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 250 Rz. 2; K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 250 Rz. 5; Stilz/Schumann in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 250 Rz. 7 f.

- 10.1448 Ob der **Aufsichtsrat materiell nach den richtigen Regeln zusammengesetzt** ist, ist iR des § 250 Abs. 1 Nr. 1 AktG unerheblich¹. Umgekehrt ist der Beschluss jedenfalls nicht nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 AktG nichtig, wenn das Statusverfahren korrekt durchgeführt wurde, auch wenn der Aufsichtsrat tatsächlich falsch besetzt ist².
- 10.1449 Nach § 250 Abs. 1 Nr. 2 AktG ist die Wahl dann nichtig, **wenn sich die Hauptversammlung nicht an bindende Wahlvorschläge nach §§ 6, 8 MontanMitbestG hält**. Dies gilt auch in dem Fall, dass diese Regelungen über § 5 Abs. 3 Satz 2 MontanMitBestErgG anwendbar sind³. Auch hier kommt es nicht darauf an, ob die Wahlvorschläge gesetzesgemäß sind; dies kann allein im Wege der Anfechtungsklage geklärt werden (vgl. § 251 Abs. 1 Satz 2 AktG).
- 10.1450 Nichtig ist nach § 250 Abs. 1 Nr. 3 AktG auch ein Wahlbeschluss, durch den die nach § 95 AktG **gesetzlich höchstens zulässige Gesamtzahl der Aufsichtsratsmitglieder überschritten** wird. Bei Einzelwahl führt das dazu, dass die Wahl der ersten Mitglieder bis zum Erreichen der Höchstzahl gültig ist, alle weitergehenden Wahlen nichtig sind⁴. Bei **Gesamt- oder Listenwahl** ist dagegen die Wahl insgesamt nichtig, weil nicht festgestellt werden kann, welches konkrete Mitglied „zu viel“ ist⁵. **Bei mitbestimmten Gesellschaften** kommt es nicht auf die Gesamtzahl der Aufsichtsratsmitglieder, sondern auf die Höchstzahl der von der Hauptversammlung nach den einschlägigen Regeln zu wählenden Vertreter der Anteilseigner an (dh. ohne Arbeitnehmervertreter). Die Gesamtwahl ist daher auch dann nichtig, wenn die Hauptversammlung auch die Arbeitnehmervertreter wählt und dabei mehr Vertreter der Anteilseigner bestimmt als ihr zusteht⁶.
- 10.1451 Außerdem ist die Wahl nach § 250 Abs. 1 Nr. 4 AktG nichtig, **wenn die gewählte Person bei Beginn ihrer Amtszeit nicht Aufsichtsratsmitglied sein kann, weil die persönlichen Eignungsvoraussetzungen fehlen** (§ 100 Abs. 1 und Abs. 2 AktG). Gleiches gilt über den Wortlaut der Norm hinaus auch, wenn eine nach § 105 AktG

1 Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 250 Rz. 4; K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 250 Rz. 11; Austmann in MünchHdb. AG, 5. Aufl. 2020, § 42 Rz. 168; Stilz/Schumann in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 250 Rz. 12.

2 Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 250 Rz. 4; K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 250 Rz. 11; Austmann in MünchHdb. AG, 5. Aufl. 2020, § 42 Rz. 168; Stilz/Schumann in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 250 Rz. 12.

3 Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 250 Rz. 5; J. Koch in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 250 Rz. 8; K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 250 Rz. 16.

4 Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 250 Rz. 7; J. Koch in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 250 Rz. 12.

5 Stilz/Schumann in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 250 Rz. 16; Schwab in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 250 Rz. 4.

6 Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 250 Rz. 8; J. Koch in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 250 Rz. 12; K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 250 Rz. 18.

unzulässige Funktionenverknüpfung herbeigeführt wird¹. Für die Beurteilung der Eignung kommt es nicht auf den Zeitpunkt der Wahl, sondern auf den Beginn der Amtszeit an. Daher kann ein im Zeitpunkt der Wahl noch vorhandenes Hindernis wegen Überschreitung der Höchstzahl zulässiger Aufsichtsratsmandate etwa durch die Niederlegung anderer Mandate ausgeräumt werden². Umgekehrt kann der zunächst fehlerfreie Beschluss nichtig werden, wenn die gewählte Person nachträglich gesetzlicher Vertreter eines abhängigen Unternehmens wird³. Dann tritt die ungewöhnliche Situation ein, dass ein zunächst fehlerfreier Beschluss durch nachträglich eintretende Tatsachen vernichtet wird. Letztlich steht damit jeder Wahlbeschluss unter der auflösenden bzw. aufschiebenden Bedingung, dass gesetzliche Eignungshindernisse eintreten bzw. im Zeitpunkt der Wahl etwa vorhandene Hindernisse entfallen.

Einstweilen frei.

10.1452

bb) Gewinnverwendungsbeschluss

Nach § 253 Abs. 1 AktG ist die Nichtigkeit des Jahresabschlusses ein besonderer Nichtigkeitsgrund für den darauf beruhenden Gewinnverwendungsbeschluss. Die Nichtigkeit des Jahresabschlusses beurteilt sich nach § 256 AktG und die zur Nichtigkeit führende Anfechtbarkeit ist in § 257 AktG besonders geregelt (s. dazu Rz. I 10.1556 ff.).

10.1453

Der Gewinnverwendungsbeschluss **beruht auf dem nichtigen Jahresabschluss, wenn er von dem dort ausgewiesenen Bilanzgewinn ausgeht**. Der Beschluss ist auch dann nichtig, wenn sich aus einem neuen, wirksamen Jahresabschluss derselbe Betrag ergibt⁴. Der Gewinnverwendungsbeschluss muss daher in jedem Fall wiederholt werden.

10.1454

Der besondere Nichtigkeitsgrund des § 253 Abs. 1 AktG ist **Ausfluss des aus § 58 AktG folgenden Grundsatzes, dass nur der Bilanzgewinn ausgeschüttet werden darf**. Bei Nichtigkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses darf an die Aktionäre keine Dividende ausgezahlt werden. Die Rechtsfolgen einer dennoch erfolgten Zahlung ergeben sich aus § 62 AktG.

10.1455

Die **Nichtigkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses wird nach § 253 Abs. 1 Satz 2 AktG geheilt**, wenn die Nichtigkeit des Jahresabschlusses geheilt ist. Eine Klage nur

10.1456

¹ Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 250 Rz. 11; K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 250 Rz. 25; Austmann in MünchHdb. AG, 5. Aufl. 2020, § 42 Rz. 171.

² J. Koch in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 250 Rz. 13; K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 250 Rz. 26.

³ K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 250 Rz. 26; Zöllner in KölnKomm. AktG, 1. Aufl. 1971, § 250 Rz. 38; Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 250 Rz. 9.

⁴ Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 253 Rz. 4; Schwab in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 253 Rz. 6.

gegen den Gewinnverwendungsbeschluss, die sich nicht auch gegen den Jahresabschluss richtet, hindert daher die Heilung nach § 253 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht¹.

- 10.1457 Außerdem greifen die **allgemeinen Nichtigkeitsgründe des § 241 AktG** ein. Zu beachten ist dabei insbesondere, dass ein Verstoß gegen die **Bindung an den festgestellten Jahresabschluss nach § 174 Abs. 1 Satz 2 AktG** zur Nichtigkeit nach § 241 Nr. 3 AktG führt². Dagegen führt zB die übermäßige Rücklagenbildung nach § 254 Abs. 1 AktG lediglich zur Anfechtbarkeit. Enthält der Beschluss die **Angaben nach § 174 Abs. 2 AktG** nicht oder nicht vollständig, führt dies nach hM ebenfalls nicht unmittelbar zur Nichtigkeit, sondern nur zur Anfechtbarkeit des Beschlusses³.
- 10.1458 Von den allgemeinen **Heilungsvorschriften des § 242 Abs. 1 und 2 AktG** kommt mangels Eintragungsfähigkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses nur die Heilung durch Genehmigung des nicht geladenen Aktionärs nach § 242 Abs. 2 Satz 4 AktG in Betracht.
- 10.1459 Im Übrigen ist der **Gewinnverwendungsbeschluss nach § 173 Abs. 3 AktG unwirksam** (es liegt kein eigentlicher Fall der Nichtigkeit, sondern der endgültigen Unwirksamkeit vor, s. dazu Rz. I 10.1370 ff.), wenn die Hauptversammlung den Jahresabschluss ändert und nicht innerhalb von zwei Wochen seit der Beschlussfassung der uneingeschränkte Bestätigungsvermerk erteilt wird.
- 10.1460 Unwirksam ist der Gewinnverwendungsbeschluss auch **im Fall des § 217 Abs. 2 AktG**, wenn nach dem Gewinnverwendungsbeschluss die neuen Aktien aus einer Kapitalerhöhung am Gewinn teilhaben sollten und die Kapitalerhöhung nicht innerhalb von drei Monaten nach der Beschlussfassung in das Handelsregister eingetragen worden ist. Wird jedoch der Kapitalerhöhungsbeschluss dennoch eingetragen, kann seine Unwirksamkeit nach § 242 Abs. 3 iVm. Abs. 2 AktG geheilt werden. In diesem Fall wird auch der entsprechende Gewinnverwendungsbeschluss wirksam⁴.
- 10.1461 – 10.1464 Einstweilen frei.

1 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 253 Rz. 9; Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 253 Rz. 5; Stilz/Schumann in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 253 Rz. 19.

2 Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 253 Rz. 3; K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 253 Rz. 6; Stilz/Schumann in BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 253 Rz. 9.

3 J. Koch in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 253 Rz. 8; K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 253 Rz. 6; Schwab in K. Schmidt/Lutter, 4. Aufl. 2020, § 253 Rz. 5.

4 K. Schmidt in Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1996, § 253 Rz. 8; J. Koch in MünchKomm. AktG, 5. Aufl. 2021, § 253 Rz. 10.