



Benny Wünschmann

**Rechtsschutz und Bestandsschutz bei
fehlerhaften Kapitalmaßnahmen und
Unternehmensverträgen im Aktienrecht**

1. Kapitel: Einführung

Satzungs- und Strukturänderungen sind für Fragen der Unternehmensführung und -organisation von zentraler wirtschaftlicher Bedeutung, um auf wechselnde Marktgegebenheiten flexibel in einer die Wettbewerbsfähigkeit erhaltenden Weise reagieren zu können. Die Bereitschaft zur Durchführung und Investition in derartige Vorhaben wird in der Praxis entscheidend durch die Faktoren der zeitlichen Planbarkeit einerseits und der Transaktionssicherheit andererseits bestimmt.¹ Ungewissheit in dieser Hinsicht entsteht für die betreffenden Gesellschaften, ihre Gesellschafter sowie für den Rechtsverkehr insgesamt vor allem dann, wenn gegen die Wirksamkeit der in diesem Zusammenhang erforderlichen Hauptversammlungsbeschlüsse Klage erhoben wird. Denn zum einen ist mit einer solchen entweder – wie im Umwandlungsrecht² – eine gesetzliche oder aber – wie bei Kapitalmaßnahmen und Unternehmensverträgen – regelmäßig eine faktische Registersperre³ verbunden, welche die Eintragung des Beschlusses oder der entsprechenden Maßnahme in das Handelsregister zunächst suspendiert.⁴ Zum anderen droht häufig eine sowohl in rechtlicher als auch tatsächlicher Hinsicht erhebliche, zum Teil unlösbare Probleme aufwerfende Rückabwicklung, wenn sich bereits eingetragene und umgesetzte Beschlüsse bzw. die auf diesen beruhenden Maßnahmen nachträglich als ex tunc nichtig erweisen.⁵ Auch wenn sich diese Rückabwicklungsproblematik nicht für alle Strukturmaßnahmen in gleicher Intensität stellt, kann dies nicht

1 *Paschos/Johannsen-Roth* NZG 2006, 327; vgl. auch *Winter* in: FS *Ulmer*, S. 699 ff.

2 Vgl. nur für die Verschmelzung § 16 Abs. 2 UmwG.

3 Diese ergibt sich trotz fehlender positivrechtlicher Anordnung daraus, dass sich viele Registerrichter aufgrund des in diesem Zusammenhang nach weitläufiger Ansicht nicht geltenden Spruchrichterprivilegs nach § 839 Abs. 2 BGB im Falle einer erhobenen Beschlussmängelklage nicht eintragungsbereit zeigen.

4 Statt vieler *Mimberg* in: *Marsch-Barner/Schäfer*, Hdb. AG, § 37, Rn. 171 ff.; *Winter* in: FS *Ulmer*, S. 699 ff.; *Hirschberger/Weiler* DB 2004, 1137 f.; *Goll/Schwörer* ZRP 2008, 245; *Noack* ZHR 164 (2000), 274, 288 f.; *Schiessl* VGR 2000, 57, 63; *Schwarz* ZRP 2000, 330, 331.

5 Vgl. zu diesem Aspekt stellvertretend im Zusammenhang mit Kapitalmaßnahmen z.B. *Veil* AG 2005, 567, 570; *Winter* in: FS *Ulmer*, S. 699, 702 ff.; *Deilmann/Lorenz*, AG, § 8, Rn. 15 ff.

darüber hinwegtäuschen, dass die Rechtsfolge der Nichtigkeit als rechtliches oder zumindest rechtspolitisches Problem anzuerkennen ist. Das gilt in bestimmten Fällen selbst dann, wenn die Remedur nur für die Zukunft vorgenommen werden müsste. Erschwerend kommt zumindest bislang hinzu, dass im Falle des Vorliegens bestimmter Nichtigkeitsgründe – anders als im Umwandlungsrecht, vgl. § 14 Abs. 1 UmwG – Klagepotential über Jahre nicht ausgeschlossen werden kann, vgl. § 242 Abs. 2 S. 1 bis 3 AktG.⁶

Die mit einer Beschlussmängelklage einhergehenden Blockadewirkungen und Revisionsgefahren tragen mit Blick auf die als Individualrecht ausgestaltete Klagemöglichkeit einerseits sowie der enormen wirtschaftlichen Bedeutung von Strukturänderungen andererseits und der damit einhergehenden Hebelwirkung ein ganz erhebliches Druck- und Erpressungspotential in sich. Dieses wird bekanntlich seit Mitte der 80er Jahre von einer zunehmenden Gruppe von sog. Berufsklägern⁷ gegen die Gesellschaft in Stellung gebracht, um sich in grob eigennütziger Weise von den Gesellschaften einen in der Regel ungerechtfertigten vermögensmäßigen Sondervorteil zu verschaffen.⁸

Im Kontext von Kapitalmaßnahmen und Unternehmensverträgen versucht der Gesetzgeber diesem Problem durch das mit dem UMAG⁹ eingeführte und für die folgende Untersuchung zum Anlass¹⁰ genommene Freigabeverfahren

6 Die zwischenzeitlich geplante relative Befristung der Nichtigkeitsklage, vgl. § 249 Abs. 3 AktG-E RegE Gesetz zur Änderung des Aktiengesetzes 2012, BT-Drs. 17/8989, S. 1, 19 ff., wird nun doch nicht Gesetz, vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zur Aktienrechtsnovelle 2012, BT-Drs. 17/14214, S. 24.

7 Vgl. statt vieler nur die empirische Untersuchung von *Baums/Vogel/Tacheva* ZIP 2000, 1649 ff.; *Baums/Keinath/Gajek* ZIP 2007, 1629, 1634 ff.

8 Statt vieler z.B. *Mimberg* in: *Marsch-Barner/Schäfer*, Hdb. AG, § 37, Rn. 174; *Goll/Schwörer* ZRP 2008, 77 f.; *Jahn* BB 2005, 5 ff.; *Kiethe* NZG 2004, 489 ff.; *Hüffer* in: *MünchKomm AktG*, § 245, Rn. 47 ff.

9 Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts vom 22.9.2005 m.W.v. 01.11.2005 (BGBl. I, S. 2802).

10 Zweifelsfragen im Hinblick auf eine unternehmensvertragliche Qualifikation nicht ausdrücklich geregelter Vertragstypen mit leitungs- oder finanzstrukturellen Wirkungen sollen dabei aber mit Ausnahme des als Unternehmensvertrag nach § 292 Abs. 1 Nr. 3 AktG allgemein anerkannten Betriebsführungsvertrags ausgeblendet und nicht weiter verfolgt werden. Vgl. zu erstgenanntem Aspekt näher *Veil*, Unternehmensverträge, S. 275 ff.; *ders.* in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 292, Rn. 59 ff. (jeweils befürwortend) sowie *Langenbucher* in: *Schmidt/Lutter*, AktG, § 292, Rn. 41 ff.; *Hüffer*, AktG, § 292, Rn. 22; *Koppensteiner* in: *FS Canaris II*, S. 209, 218 ff. (jeweils ablehnend). Zur unternehmensvertraglichen Qualifikation von Betriebsführungsverträgen vgl. statt vieler nur *Langenbucher* in: *Schmidt/Lutter*, AktG, § 292,

nach § 246a AktG entgegen zu treten.¹¹ Dieses soll nach seiner Konzeption als Eilverfahren nicht nur unter gleichzeitig weitgehender Bindungswirkung des Registerrichters dem Umsetzungsinteresse, sondern auch dem Bestandsinteresse¹² der Gesellschaft an der beschlossenen und auf ein Freigabe hin eingetragenen Maßnahme Rechnung tragen.¹³ Jedoch zeigt schon die Tatsache, dass die Durchführung des Freigabeverfahrens nach § 246a AktG in Ermangelung einer förmlichen Registersperre anders als bei seinen Vorbildern im Aktien- und Umwandlungsrecht¹⁴ gerade nicht zwingend ist, dass auch die an eine Freigabe anknüpfende Bestandskraft nicht notwendigerweise die Bestandsschutzproblematik bei fehlerhaften Kapitalmaßnahmen und Unternehmensverträgen allein zu lösen vermag. Vielmehr liegt es nahe, dass sich diese Thematik erst durch die Untersuchung weiterer bestandsschutzvermittelnder Elemente vollständig erschließen lässt. Ungeachtet vereinzelter gesetzlicher Vorkehrungen zur Beschränkung der Beschlussmängelklage oder von Fehlerwirkungen im Übrigen¹⁵ gilt es daher, neben dem Freigabeverfahren nach § 246a AktG auch das Rechtsinstitut der Heilung und die Möglichkeiten eines rechtsfortbildenden Bestandsschutzes durch die Fortschreibung der Grundsätze der Lehre

Rn. 35; *Altmeppen* in: MünchKomm AktG. Auszuklammern sind zudem neben dem in § 291 Abs. 2 AktG erwähnten Gleichordnungskonzern auch der Geschäftsführungsvertrag, für welchen in der Sache die zum Gewinnabführungsvertrag zu treffenden Ausführungen entsprechend gelten.

- 11 Vgl. Begr. RegE UMAG BT-Drs. 15/5092, S. 1 f., 27 ff.; Begr. RegE ARUG BR-Drs. 847/08, S. 1 f., 68 f.; *Dörr* in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 246a, Rn. 3; *Hüffer*, AktG, § 246a, Rn. 1. Flankiert wird die Regelung durch den allgemeinen Ausschluss des Anfechtungsrechts zugunsten einer Geltendmachung im Spruchverfahren bei bewertungsbezogenen Informationsmängeln in der Hauptversammlung gemäß § 243 Abs. 4 S. 2 AktG.
- 12 Wobei allerdings die mit der Bestandswirkung der freigabebedingten Handelsregistereintragung verfolgten Motive des Gesetzgebers sich nicht auf die Zurückdrängung sog. Berufskläger beschränken, sondern auch die o.g. rein ökonomischen Folgen einer Rückabwicklung ex tunc oder ex nunc im Blick haben.
- 13 Vgl. Begr. RegE UMAG BT-Drs. 15/5092, S. 1 f., 27 ff.; Begr. RegE ARUG BR-Drs. 847/08, S. 1 f., 68 f.; *Dörr* in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 246a, Rn. 3; *Hüffer*, AktG, § 246a, Rn. 1.
- 14 Vgl. § 319 Abs. 6 (i.V.m. § 320 Abs. 1 S. 3/§ 327 e Abs. 2) AktG, § 16 Abs. 3 (i.V.m. § 125, § 176 Abs. 1, § 198 Abs. 3) UmwG.
- 15 Diese können mit dem punktuellen Ausschluss der Anfechtungsklage zugunsten des Spruchverfahrens, der Bestätigung von anfechtbaren Beschlüssen nach § 244 AktG und den hinsichtlich der Anfechtungsklage geltenden Restriktionen der Klagefrist und Klagebefugnis im Sinne der §§ 245, 246 Abs. 1 AktG zusammengefasst werden.

vom fehlerhaften Verband in den Blick zu nehmen. In Bezug auf Letztere soll jedoch angesichts der Vielzahl der zu dieser Problematik bereits existierenden monographischen Untersuchungen¹⁶ eine Konzentration auf die umstrittenen oder noch offenen Fragestellungen¹⁷ genügen. Bei fehlerhaften Kapitalmaßnahmen und Unternehmensverträgen ist damit ein komplexes Bild eines gesellschaftsrechtlichen Bestandsschutzes vorgezeichnet. Ziel der nachfolgenden Untersuchungen ist es, die genannten Rechtsinstitute im Wesentlichen zu einem aus drei Säulen bestehenden Modell zusammenzufassen, welches zum einem die eigenständige Bedeutung der jeweiligen Bestandsschutzelemente betont, zum anderen aber auch Verbindungslinien, ihre sich jeweils ergänzende Funktion und gegenseitige Wechselwirkungen aufzeigen soll.

Ein weiteres zentrales Anliegen besteht darin, vor allem dort, wo es um einen endgültigen Bestandsschutz geht, die Ausgestaltung eines bestandsschutzflankierenden Rechtsschutzes besonders in den Blick zu nehmen und die Angemessenheit der Rechtsschutzelemente kritisch zu würdigen. Namentlich § 246a AktG gibt Anlass, dieses bisher wenig beleuchtete Problem stärker in den Vordergrund der wissenschaftlichen Diskussion zu rücken. So lässt sich in der Einführung des Freigabeverfahrens nach § 246a AktG die Fortsetzung einer Entwicklung erblicken, die in der Tendenz zur Abschwächung der mitgliedschaftlichen Befugnisse führt. Damit geht eine Relativierung der verbandsrechtlichen Verwurzelung der Aktionärsstellung zugunsten einer in den Vordergrund rückenden Betonung des Aktionärs in seiner Rolle als Kapitalanleger einher. Diese ist ihrerseits wiederum in gewisser Weise mit einer nicht unproblematischen Verlagerung des Rechtsschutzsystems von einer präventiven zu einer nachträglichen Kontrolle verbunden.

Zwar versucht der Gesetzgeber im letztgenannten Zusammenhang, Aktionärsrechte auch wieder zu stärken und zu effektuieren.¹⁸ Dennoch gibt dies

16 Vgl. grundlegend *Zöllner* AG 1993, 68, 71 ff.; *Kort* ZGR 1994, 291, 306 ff.; *Meyer-Panhyusen*, Fehlerhafte Kapitalerhöhungen, S. 54 ff. (jewe. für Kapitalerhöhungen); *Krieger* ZHR 158 (1994), 35, 36 ff., 47 ff.; *ders.*, Bestandsschutz, S. 130, 156 ff., 193 ff., 234 ff.; *Schäfer*, LfV, S. 289 ff., 422 ff., 455 ff.; *Vogelmann*, Rechtsfolgen fehlerhafter Strukturänderungen, S. 169 ff., 238 f., 253 ff., 276 ff. (jeweils für Kapitalmaßnahmen und Unternehmensverträge [nach § 291 AktG]).

17 Das betrifft vor allem die Frage ihrer Anwendbarkeit auf Unternehmensverträge nach § 292 AktG und auf Kapitalmaßnahmen sowie die lebhaft geführte Diskussion über Anwendungsvoraussetzungen sowie sachliche und zeitliche Reichweite.

18 Vgl. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 1 f., 11, 20 sowie zum UMAG statt vieler *Seibert/Schütz* ZIP 2004, 252 f.; *Schröder* ZIP 2005, 2081, 2082; vgl. auch Begr. RegE

insbesondere mit Blick auf einen effektiv zu leistenden Rechtsschutz der dissentierenden Aktionäre Anlass, diese Akzentverschiebung kritisch zu hinterfragen und ihre Zulässigkeit und Grenzen im Kontext von fehlerhaften Kapitalmaßnahmen und Unternehmensverträge zu untersuchen.

Vor allem die Interessenabwägungsvariante nach § 246a Abs. 2 Nr. 3 AktG und die durch das ARUG zusätzlich eingeführte Bagatellschwelle nach § 246a Abs. 2 Nr. 2 AktG sind Ausdruck eines sensiblen Spannungsverhältnisses zwischen einem ggf. notwendig zu leistenden gesellschaftsrechtlichen Bestandsschutz unter Verweis auf mögliche Haftungs- und/oder Ausgleichsansprüche einerseits und dem Erfordernis eines effektiven Aktionärsschutzes sowie einer wirksamen Rechtmäßigkeitskontrolle andererseits. In ähnlicher Weise stellt sich diese Problematik auch bei der fehlerhaften Ausnutzung genehmigten Kapitals. Ziel ist es, die in diesem Zusammenhang anzustellenden Überlegungen bewusst vom Hintergrund missbräuchlich geführter Anfechtungsklagen zu lösen. Denn diese Perspektive erscheint im Ausgangspunkt dazu geeignet, die Rechtsschutzseite in überschießender Weise zu verkürzen. Ohne diese Problematik gänzlich auszublenden, wird es in erster Linie vielmehr darauf ankommen, zur Auflösung des genannten Spannungsfeldes zwischen Rechtsschutz und Bestandsschutz nach Lösungen zu suchen, die beiden Elementen ausgewogen Rechnung tragen.

Im *ersten Kapitel* bietet es sich nach einem systematischen Überblick über denkbare Fehlerarten und ihre Rechtsfolgen (§ 1) an, hinsichtlich der Bestimmung der Mindestanforderungen eines effektiv zu leistenden Rechtsschutzes und flankierend damit auch der Grenzen eines (dauerhaften) Bestandsschutzes als konzeptionelle Grundlage die Rechtsstellung des Aktionärs unter Einbeziehung etwaiger verfassungsrechtlicher Implikationen näher in den Blick zu nehmen (§ 2).

Im Anschluss gilt es im *zweiten Kapitel*, darauf aufbauend das Rechtsschutzsystem im Rahmen der verschiedenen Formen der Bestandssicherung der Heilung (§ 1), dem Bestandsschutz nach den Grundsätzen der Lehre vom fehlerhaften Verband (§ 2) sowie des freigabebedingten Bestandsschutzes nach § 246a AktG (§ 3) zu entfalten und zu bewerten. Ergänzt werden diese Untersuchungen durch

ARUG, BR-Drs. 847/08, S. 1, 68 f. Im Sinne einer Akzentverschiebung von der Anfechtungs- zur Haftungsklage und zum Spruchverfahren sollen sich die Relativierungen im Bereich der Beschlusskontrolle und die Stärkung der Klagemöglichkeiten von Aktionärsminderheiten zur Effektuierung der Durchsetzung von Organbinnenhaftungsansprüchen als kommunizierende Röhren untrennbar gegenüber stehen, vgl. *Seibert/Schütz* a.a.O.; gleichsinnig *Veil* in: FS *Raiser*, S. 453, 458 (dort Fn. 14).

eine Analyse der Besonderheiten des Bestandsschutzes im Rahmen des genehmigten Kapitals (§ 4), bevor auf die Wechselbeziehungen der drei Säulen des gesellschaftsrechtlichen Bestandsschutzes bei fehlerhaften Kapitalmaßnahmen und Unternehmensverträgen eingegangen wird (§ 5).

Abgerundet wird die Arbeit im *dritten Kapitel* durch eine abschließende Bewertung des geltenden Rechts (§ 1) mit einem Ausblick zu Reformüberlegungen de lege ferenda (§ 2) und einer Zusammenfassung der Ergebnisse (§ 3).

§ 1 Fehlerquellen und ihre Rechtsfolgen für den Bestand der Strukturänderung

A. Fehlerquellen

Kapitalmaßnahmen und Unternehmensverträge bergen angesichts ihrer Mehraktigkeit verschiedene Fehlerquellen mit sehr unterschiedlichem Einfluss auf ihre Geltendmachung und die Wirksamkeit der entsprechenden Strukturmaßnahme in sich. Neben möglichen Mängeln der jeweils notwendigen Hauptversammlungsbeschlüsse kommen etwa Fehler bei der Anmeldung zum Handelsregister in Betracht. Soweit die Wirksamkeit der Strukturmaßnahme – wie bei Kapitalerhöhungen in Gestalt der Zeichnungs- oder Bezugsverträge und bei Unternehmensverträgen in Form des Vertrags selbst – darüber hinaus den rechtsgültigen Abschluss weiterer Rechtsgeschäfte voraussetzt, sind Mängel auch in diesem Zusammenhang denkbar. Im Rahmen des genehmigten Kapitals tritt die unter Mitwirkung des Aufsichtsrats zu treffende Ausnutzungsentscheidung des Vorstands als weitere Fehlerquelle hinzu.¹⁹ Ähnliches gilt bei anderen Formen der Kapitalerhöhungen, wenn die Ausführung des Beschlusses der Hauptversammlung einer Konkretisierung durch den Vorstand bedarf.

B. Zur Unwirksamkeit der Strukturmaßnahme führende Fehler

Im Hinblick auf die Folgen fehlerhafter Kapitalmaßnahmen und Unternehmensverträge sind für den hier zu behandelnden Untersuchungsgegenstand aber nur

19 Der Schwerpunkt der Fehleranfälligkeit liegt beim genehmigten Kapital in diesem Teilakt. Der Grund dafür liegt – insbesondere wenn die Ermächtigung auch die Berechtigung des Vorstands umfasst, über den Ausschluss des Bezugsrechts der Aktionäre zu entscheiden – darin, dass der II. Zivilsenat des BGH die inhaltlichen Anforderungen an den Ermächtigungsbeschluss der Hauptversammlung erheblich herabgesetzt hat und dieser daher regelmäßig kaum Anlass zu Klagen gibt, vgl. z.B. die Einschätzung bei *Schürnbrand* ZHR 171 (2007), 731, 737.