

Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages • Leipzig 2018 Band I:  
Gutachten / Teil E: Empfiehlt sich eine Reform des  
Beschlussmängelrechts im Gesellschaftsrecht?

Bearbeitet von  
Erstattet von Prof. Dr. Jens Koch

1. Auflage 2018. Buch. 110 S. Kartoniert  
ISBN 978 3 406 71586 0  
Format (B x L): 14,1 x 22,4 cm

[Recht > Rechtswissenschaft, Nachbarbereiche, sonstige Rechtsthemen >  
Rechtspolitik](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beek-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

spricht zwar nicht dem herkömmlichen Rollenverständnis des Zivilrichters, doch zeigt auch hier ein Blick in andere Jurisdiktionen, dass Richtern zum Teil noch deutlich weitergehende Abwägungsentscheidungen überantwortet werden.<sup>94</sup>

Im Schrifttum ist angeregt worden, den Katalog noch weiter auszubauen.<sup>95</sup> Wenn man die Ersatzansprüche gegen Organmitglieder in die Betrachtung einbezieht, liegt dieses Bedürfnis allerdings nicht unbedingt auf der Hand; auch Rechtsvergleichung und Schrifttum geben dazu keine weiteren Anregungen. Wenn man dem Gedanken an eine Fangprämie (→ F 63f.) und einer Organaußenhaftung (→ F 19f.) nicht näher treten will, sind mit den genannten Vorschlägen die gängigen Sanktionsmuster, nämlich Kassation, finanzielle Belastungen, naming and shaming und Rückgriff gegen Organmitglieder, zur Genüge ausgereizt. Andere Sanktionen, wie etwa Benachteiligung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, passen für einen solchen Innenrechtsverstoß nicht. Am ehesten dürfte es rechtspolitisch geboten sein, den Schadensersatzanspruch über den Kläger hinaus auch auf andere geschädigte Aktionäre auszudehnen.<sup>96</sup> Dafür bedarf es indes einer umfassenden verfahrensrechtlichen Einkleidung, die auf dem knappen Raum dieses Gutachtens nicht entwickelt werden kann.

## V. Vorgezogene Freigabeentscheidung

### 1. Einheitliches Verfahren

Verschiebt man die Verhältnismäßigkeitsprüfung in das Hauptsacheverfahren, so bleibt davon die Erforderlichkeit einer beschleunigten Freigabe unberührt (→ F 14). Der Arbeitskreis hat vorgeschlagen, die Aufteilung auf zwei Instanzen aufzugeben und die Freigabe als Zwischenentscheidung des Prozessgerichts auszugestalten.<sup>97</sup> Die Zuständigkeit für das einheitliche Verfahren soll beim OLG liegen.<sup>98</sup>

Beiden Vorschlägen ist zuzustimmen. Für die Zusammenführung sprechen die Einheitlichkeit des Verfahrens und die Prozessökonomie, für die Eingangszuständigkeit des OLG die positiven Erfahrun-

<sup>94</sup> Vgl. etwa sec. 996 Companies Act: "If the court is satisfied that a petition under this Part is well founded, it may make such order as it thinks fit for giving relief in respect of the matters complained of."; → F 92f.

<sup>95</sup> Vgl. *Fleischer* AG 2012, 765 (781f.).

<sup>96</sup> Dafür insb. *Hirte* (Fn. 8) 208; *M. Winter* (Fn. 21) 717ff.; *Zöllner* (Fn. 32) 1638f.; offen gelassen vom *AK BeschlussmängelR* AG 2008, 617 (622).

<sup>97</sup> AG 2008, 617 (618f., 624f.), § D III; so auch Beschl. Nr. 16c des 67. DJT Bd II/2 N 241; angenommen 43:22:13.

<sup>98</sup> AG 2008, 617, 618 (623), § C III; so auch Beschl. Nr. 17 des 67. DJT Bd II/2 N 241; angenommen 63:4:13.

gen mit dem ARUG. Wenn der ARUG-Gesetzgeber davon ausgeht, die Komplexität des Freigabeverfahrens erfordere eine Senatsentscheidung,<sup>99</sup> kann nichts anderes gelten, wenn beide Verfahren zusammengeführt werden. Insbesondere, wenn auch weiterhin Rechtsmittel gegen die Freigabe ausgeschlossen oder eingeschränkt sein sollen (→ F 47), ist es überzeugender, wenn die Entscheidung von der Autorität eines OLG-Senats getragen wird. Der Einwand, das OLG sei eine Rechtsmittel- und keine Tatsacheninstanz,<sup>100</sup> ist schon mit Blick auf § 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO nicht uneingeschränkt zutreffend. Jedenfalls handelt es sich bei dieser Gestaltung nicht um eine zwingende Systemvorgabe, die den Gesetzgeber binden könnte. Entsprechende Durchbrechungen finden sich deshalb nicht nur in § 246a Abs. 1 S. 3 AktG, sondern auch in zahlreichen anderen Vorschriften (zB §§ 63 Abs. 4 GWB, 48 Abs. 4 WpÜG). Gerade Beschlussmängelstreitigkeiten drehen sich ohnehin in der Regel um Rechtsfragen, die vertiefter Tatsachenermittlung nicht bedürfen.<sup>101</sup> Der verbreitete Einwand knapper Ressourcen auf OLG-Ebene steht dem nicht entgegen, da auch die Ressourcenallokation innerhalb der Gerichtsbarkeit nachjustiert werden kann,<sup>102</sup> zumal der erhebliche Rückgang von Beschlussmängelstreitigkeiten auch Ressourcen freigesetzt haben müsste.

Schließlich spricht gegen diese Gestaltung auch nicht, dass es damit zu einer Ungleichbehandlung zwischen geschlossener AG und GmbH kommt, für die eine solche instanzielle Sonderregelung derzeit nicht erwogen wird.<sup>103</sup> Die unterschiedliche Behandlung lässt sich damit rechtfertigen, dass Beschlussmängelstreitigkeiten im Aktienrecht zumeist bei der börsennotierten AG geführt werden. Selbst wo das nicht der Fall sein sollte, kann die legislative Gestaltung doch dem Umstand Rechnung tragen, dass die AG in ihrer Grundkonzeption eine beitriffs offene Ausrichtung hat, die dem Missbrauch einen besonderen Nährboden bietet.

Nicht ganz klar geht aus dem Arbeitskreisvorschlag hervor, warum es nötig sein soll, mit der Zwischenentscheidung eine neue zivilprozessuale Entscheidungsform zu kreieren. Grundsätzlich sollte die Beschlussform – wie bisher – eine solche Entscheidung erfassen können. Auch im UMAG und dem Regierungsentwurf zum ARUG wurde innerhalb der Konzeption eines einheitlichen (dort allerdings landgerichtlichen) Verfahrens die Beschlussform zugrunde gelegt. Rechtsmittelerwägungen stehen dem nicht entgegen, weil der Be-

---

<sup>99</sup> RAusschuss (Fn. 50) 41.

<sup>100</sup> *Florstedt AG* 2009, 464 (469).

<sup>101</sup> *Stilz FS Hommelhoff*, 2011, 1181 (1196).

<sup>102</sup> So schon zur Paralleldiskussion im Spruchverfahrensrecht *Hüffner/Koch* (Fn. 27) Anh. § 305 § 2 SpruchG Rn. 2.

<sup>103</sup> Vgl. auch dazu *Florstedt AG* 2009, 464 (469).

schluss entsprechend der bisherigen Rechtslage unanfechtbar sein sollte (→ F 47). Gegen die bisherige Begrifflichkeit als Freigabeabschluss bestehen ebenfalls keine durchgreifenden Bedenken.

## 2. Freigabeentscheidung als Ausnahmeszenario?

Nach dem Vorschlag des Arbeitskreises soll die Freigabe erfolgen, wenn die Hauptsache nicht binnen dreier Monate entschieden werden kann. Sie soll der Ausnahmefall, die Hauptsacheentscheidung der Regelfall sein.<sup>104</sup> Ob der Zeitraum von drei Monaten realistisch ist, erscheint jedoch fraglich. In der Vergangenheit ist es Klägern oft gelungen, Prozesse deutlich länger zu verzögern. Selbst wo eine Entscheidung innerhalb von drei Monaten gelingt, bleibt zu fragen, ob der Rechtsschutz damit nicht unnötig aufgeschoben wird. Das scheint auf den ersten Blick nicht der Fall zu sein, weil diese Frist der Regelanordnung des § 246a Abs. 3 S. 6 AktG entspricht. Tatsächlich wird das Freigabeverfahren aber oft schneller abgeschlossen werden können, etwa weil der Kläger das Quorum nicht erreicht. In diesem Fall könnte die Freigabeentscheidung derzeit nach wenigen Wochen ergehen. Die Hauptsache kann dagegen erst entschieden werden, wenn das abschließende Urteil über die Rechtswidrigkeit feststeht, was oft einen längeren Zeitraum in Anspruch nehmen wird. Selbst wenn das Gericht die Prüfung innerhalb der Frist abschließen kann, bleibt es doch bei einer Dauer von drei Monaten, die um die einmonatige Klagefrist verlängert wird.

Hinter dem Vorschlag des Arbeitskreises dürfte das verbreitete Unbehagen stehen, dass sich die Kontrolle strukturändernder Beschlüsse in die Eilprüfung des Freigabeverfahrens verlagert. Dieses Unbehagen wäre aber nur berechtigt, wenn die Freigabe ausschließlich eine Eilentscheidung wäre, bei der man sich mit summarischen Feststellungen begnügt. Schon in der bisherigen Ausgestaltung ist das nicht richtig. Die Freigabe erfolgt zumeist nicht deshalb, weil für eine vertiefte Prüfung keine Zeit bleibt, sondern weil die Prüfung, ob die Voraussetzungen für ein bestimmtes Klageziel vorliegen, eher abgeschlossen werden kann als für ein anderes Klageziel. So kann das Gericht schnell feststellen, ob das Quorum erfüllt ist. Ist das nicht der Fall, ist freizugeben, ohne dass es weiterer Prüfung bedarf. In diesem Fall besteht kein Grund, die Parteien länger auf diese Feststellung warten zu lassen. Folgt man diesem Verständnis, ist es auch nicht geboten, die Freigabe als Ausnahmefall zu konzipieren, sondern es sollte die Regel sein, dass eine eilbedürftige Entscheidung beschleunigt zu treffen ist, wenn ihre Voraussetzungen schon zu einem frühen Zeitpunkt erfüllt sind.

---

<sup>104</sup> AG 2008, 617 (618f., 624f.), § D III.

### 3. Freigabevoraussetzungen

Auch die Freigabevoraussetzungen sollen nach dem Vorschlag des Arbeitskreises neu gefasst und an eine Prognose über den Prozessausgang anknüpfen. Diese Prognose ist im Vergleich zur heutigen Rechtslage ausgesprochen klägerunfreundlich gestaltet, weil sie lediglich voraussetzt, dass voraussichtlich kein Nichtigkeitsgrund und kein schwerer Verstoß vorliegen. Die AG muss aber – anders als im Hauptsacheverfahren – nicht den Nachweis führen, dass der Nutzen der Bestandskraft den Schaden des Klägers überwiegt.<sup>105</sup> Warum im Hauptsache- und Zwischenverfahren ein derart unterschiedlicher Prüfungsmaßstab gelten soll, ist nicht ersichtlich.

Richtigerweise sollte die Freigabeentscheidung an die Kassationsvoraussetzungen in der Hauptsache angeglichen werden und jedenfalls dann ergehen, wenn das Gericht sich zwar noch kein abschließendes Urteil über die Rechtswidrigkeit gebildet hat, aber schon feststellen kann, dass diese Voraussetzungen nicht vorliegen. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der geltend gemachte Mangel schon nach dem als richtig unterstellten Klägervortrag die Kassation nicht rechtfertigen würde.<sup>106</sup>

Dieser Mechanismus hilft allerdings nicht, wenn der Kläger schwere Rechtsverletzungen behauptet, die einer Freigabe entgegenstehen. Auch in diesem Fall muss aufgrund der besonderen Eilbedürftigkeit auch weiterhin eine Prognoseentscheidung möglich sein. Diese Prognose ist derzeit unübersichtlich geregelt. Nach § 246a Abs. 2 Nr. 1 AktG kann sie einmal darauf gerichtet sein, ob die Klage insgesamt unbegründet ist, wobei der strenge Maßstab einer offensichtlichen Unbegründetheit angelegt wird. Dieser Maßstab wird aber dadurch konterkariert, dass dafür nach § 246a Abs. 3 S. 3 AktG Glaubhaftmachung genügt, was einen geringeren Gewissheitsgrad impliziert.<sup>107</sup> Quorum, Interessenabwägung und schwerer Rechtsverstoß sind dagegen nicht Gegenstand einer Prognose, sondern ihre Voraussetzungen müssen nachgewiesen werden, wobei nach § 246a Abs. 3 S. 3 AktG aber auch hier Glaubhaftmachung genügt. Der Arbeitskreis will dies in dem Sinne fortschreiben, dass die Freigabe ergehen soll, wenn nicht eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ für das Vorliegen eines kassationsbegründenden Mangels spricht; die Beweislast soll der Kläger tragen.<sup>108</sup>

<sup>105</sup> Das ergibt sich daraus, dass in § D III des Vorschlags § B III 3 nicht in Bezug genommen wird (AG 2008, 617 (618)).

<sup>106</sup> Vgl. zu dieser gedanklichen Hilfestellung schon RegBegr UMAG (Fn. 45) 29.

<sup>107</sup> Zutr. KK-AktG/Noack/Zetzsche, 3. Aufl., 2017, § 246a Rn. 52.

<sup>108</sup> *AK BeschlussmängelR* AG 2008, 617 (625).

Richtigerweise sollte sich die Prognose auch in der künftigen Gestaltung ausschließlich auf das Vorliegen der Kassationsvoraussetzungen beziehen. Hinsichtlich der Beweislast sollte dieselbe Verteilung wie im Hauptsacheverfahren gelten (Kläger: schwere Rechtsverletzung, Quorum, AG: Nachteile). Hinsichtlich des Gewissheitsgrads sollte der schon heute über die Glaubhaftmachung geltende Maßstab überwiegender Wahrscheinlichkeit genügen. Allerdings darf sich das Gericht nicht ohne weiteres mit einer Prognose begnügen, sondern muss sich zunächst um abschließende Klärung bemühen. Hier kann auf die Drei-Monats-Frist zurückgegriffen werden, die – abweichend vom Modell des Arbeitskreises – nicht auf die abschließende Entscheidung der Hauptsache, sondern auf die Klärung der Kassationsvoraussetzungen bezogen ist. Das Gericht könnte danach also die Freigabe anordnen, wenn es trotz gebotener Beschleunigung nicht gelungen ist, innerhalb von drei Monaten zu beurteilen, ob die Kassationsvoraussetzungen vorliegen, es aber überwiegend wahrscheinlich ist, dass sie nicht vorliegen. Auf den Begriff der Glaubhaftmachung sollte verzichtet werden, um nicht ein einheitliches Verfahren mit zwei unterschiedlichen Beweismaßstäben zu belasten. Auf die Kategorie der Unzulässigkeit (§ 246a Abs. 2 Nr. 1 AktG) kann verzichtet werden, weil das Gericht innerhalb eines einheitlichen Verfahrens die Klage in diesem Fall unmittelbar abweisen kann. Auch aus Gründen der Bestandskraft im Rechtsmittelverfahren bedarf es dieser eigenständigen Kategorie nicht, weil Hauptsache- und Freigabeentscheidung insofern gleich zu behandeln sind.

Der Arbeitskreis hat die Frage offen gelassen, ob die Entscheidung eines Antrags bedarf.<sup>109</sup> Da kaum eine prozessuale Situation denkbar ist, in der die AG von einer Antragstellung absehen wird, sollte als überflüssige Formalie darauf verzichtet werden können; kostenrechtliche Gründe machen sie nicht zwingend erforderlich. Das Gericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob die Freigabevoraussetzungen vorliegen.

#### 4. Rechtsfolgenanordnung

Gegenstand der vorab zu treffenden Entscheidung ist auch weiterhin die Freigabe der Eintragung. Im Schrifttum ist die Frage aufgeworfen worden, ob damit zwangsläufig auch die Bestandskraft verbunden sein müsse oder ob nicht auch bei strukturändernden Beschlüssen die spätere Kassation möglich bleiben solle.<sup>110</sup> Die bessere Gründe sprechen indes auch weiterhin für die Einheitlichkeit der Entscheidung, weil den Parteien mit der isolierten Freigabe nur we-

<sup>109</sup> AG 2008, 617 (625).

<sup>110</sup> *Hirte* (Fn. 8) 212ff.

nig geholfen ist, wenn das Risiko einer Rückabwicklung weiter über ihnen schwebt.<sup>111</sup> Auch wenn solche Rückabwicklungen praktisch nicht gänzlich ausgeschlossen sind,<sup>112</sup> erscheint die damit einhergehende Belastung für die Unternehmen doch als zu erheblich.

## VI. Sonstige Beschlussarten

### 1. Die Zweiteilung des Beschlussmängelrechts

In seiner derzeitigen Ausgestaltung weist das Beschlussmängelrecht eine eigentümliche Zweiteilung auf zwischen strukturändernden und nicht strukturändernden Beschlüssen. Für strukturändernde Beschlüsse wurden als Charakteristika des modernisierten Rechts die Aufgabe der Einheitsfolge Beschlusskassation, das Verhältnismäßigkeitsprinzip und das Eilverfahren identifiziert. Bei nicht strukturändernden Beschlüssen regiert dagegen weiterhin das Alles-oder-Nichts-Prinzip, wonach jeder Fehler, der die Relevanzschwelle überschreitet, zur Aufhebung führt. Auf diese Beschlüsse hat sich mittlerweile der Schwerpunkt des Anfechtungsgeschehens verlagert.<sup>113</sup> Begründet werden kann diese Zweiteilung mit der hohen Bedeutung strukturändernder Maßnahmen. Sie schafft ein gesteigertes Bedürfnis nach Rechtssicherheit, das spiegelbildlich den Lästigkeitswert der Klage erhöht. Das daraus resultierende Erpressungspotenzial wird verstärkt durch das regelmäßig erforderliche Eintragungsverfahren, das über die (rechtliche oder faktische) Registersperre selbst bei unbegründeten Klagen die Umsetzung blockieren kann.<sup>114</sup>

### 2. Bedürfnis nach erhöhter Fehlerresistenz bei nicht strukturändernden Beschlüssen

Auch wenn diese Zweiteilung daher begründbar ist, bleibt doch fraglich, ob künftig an ihr festgehalten werden sollte. In der für nicht strukturändernde Beschlüsse alternativlos geltenden Unwirksamkeitsfolge lebt das überholte Verständnis des Beschlusses als Sonderform des Rechtsgeschäfts fort, bei dem jeder Mangel zur Unwirksamkeit führt, obwohl selbst § 134 BGB als Grundlage eines solchen Automatismus nicht taugt (→ F 14 ff.). Zugleich treten hier auch die prägenden Züge des Freigabeverfahrens als Eilverfahren zutage, weil diese Eile eben nur durch die Blockade im Registerverfahren ent-

<sup>111</sup> *Stilz* (Fn. 101) 1192.

<sup>112</sup> *Hirte* (Fn. 8) 219 verweist insofern auf das Beispiel Daimler/Chrysler.

<sup>113</sup> *Bayer/Hoffmann AG* 2017, R 155 (156).

<sup>114</sup> Vgl. zu diesen Mechanismen und dem daraus erwachsenden Blockadepotenzial *Hüffer/Koch* (Fn. 27) § 245 Rn. 23.

steht. Nach dem hier vertretenen Verständnis ist der Eilcharakter aber nur ein Teilelement des Freigabeverfahrens, das hinter dem übergeordneten Verhältnismäßigkeitsgedanken in den Hintergrund tritt. Dieser beruht nicht allein auf Missbrauchsgefahren, sondern soll der hohen Fehleranfälligkeit kollektiver Entscheidungsfindung und dem weiterfressenden Charakter ihrer Fehlerfolgen Rechnung tragen (→ F 14 ff.).

Beide Besonderheiten begegnen gleichermaßen bei nicht strukturändernden Beschlüssen. So ist etwa im Gefolge der IKB-Entscheidung<sup>115</sup> ausführlich problematisiert worden, dass auch die Anfechtung der Aufsichtsratswahl zur schweren Hypothek werden kann. Das hat auch der BGH erkannt, der sich im Lichte des geltenden Normenbestands zwar nicht in der Lage sah, die Lehre vom fehlerhaften Organ pauschal auf den Aufsichtsrat auszudehnen, viele ihrer Einzelausprägungen aber doch anerkannt hat.<sup>116</sup> Als weiteres Beispiel sei die Anfechtung eines Gewinnverwendungsbeschlusses genannt, die zur Rückabwicklung von Auszahlungen in vielfacher Millionenhöhe führen kann. Dafür genügt es schon, wenn die Wahl des Abschlussprüfers oder der von der Hauptversammlung festgestellte Jahresabschluss angefochten wird, da sich auch diese Mängel über §§ 253, 256 Abs. 1 Nr. 3, 256 Abs. 3, 257 AktG in den Gewinnverwendungsbeschluss „weiterfressen“.<sup>117</sup> Auch die Anfechtung von Holz Müller-Beschlüssen kann weitreichende Folgen haben, die zwar nur im Innenverhältnis wirken, aber in das Außenverhältnis durchschlagen, wenn dem Partner der Anfechtungsgrund bekannt ist.<sup>118</sup> Noch zweifelhafter erscheint die Rückkehr zum Alles-oder-Nichts-Prinzip bei solchen Beschlüssen, die wie die Satzungsänderung zwar eintragungsbefähigt sind, aber trotzdem nicht in den Anwendungsbereich des Freigabeverfahrens fallen.<sup>119</sup>

Dass bei diesen Beschlussarten jeder geringfügige Fehler zur rückwirkenden Kassation führt, während etwa ein Squeeze-Out-Beschluss mit erhöhter Fehlerresistenz versehen wird, ist nicht nach-

<sup>115</sup> BGHZ 196, 195 = NJW 2013, 1535.

<sup>116</sup> Zusammenfassung bei Hüffer/Koch (Fn. 27) § 101 Rn. 20 ff.

<sup>117</sup> Vgl. zum ersten Szenario Hüffer/Koch (Fn. 27) § 256 Rn. 13, zum zweiten *ebenda* § 256 Rn. 21, § 257 Rn. 3.

<sup>118</sup> Ausf. Ekkenga/Schneider ZIP 2017, 1053 ff. Als weitere Beschlussarten, bei denen die Anfechtung sich bes. belastend auswirken kann, werden zB genannt: Ermächtigung zur Ausgabe eigener Aktien (Noack FS Baums, 2017, 845 (850)), Verkauf des Gesellschaftsvermögens nach § 179a AktG und Nachgründungsbeschlüsse (J. Vetter AG 2008, 177 (191)). Zur bes. Problematik von Sonderbeschlüssen zu Strukturmaßnahmen s. auch Meul/Ritter AG 2017, 841 ff.

<sup>119</sup> Bes. belastend sind nach J. Vetter AG 2008, 177 (191): Änderung des Unternehmensgegenstands, aus Branding-Gesichtspunkten erforderliche Firmenänderung nach Unternehmenskauf, Umtausch von Vorzugs- und Stammaktien.

vollziehbar. Auch kann umgekehrt die Frage aufgeworfen werden, warum gerade die Beschlüsse, die besonders tief in die Aktionärsstellung eingreifen, viel stärker gegen Fehler immun sind als Beschlüsse, die den Aktionär weniger beeinträchtigen. Auch hier zeigt sich, dass die Entwicklung des Beschlussmängelrechts in den vergangenen Jahren vielfach durch missbräuchliche Praktiken getrieben wurde, die den Fokus gerade auf die Blockadesituation im Eintragungsverfahren lenkten. Tatsächlich ist diese Fixierung aber nicht zwingend, sondern das Verhältnismäßigkeitsprinzip sollte – wie in anderen Rechtsordnungen – im Hauptsacheverfahren verortet sein (→ F 36ff.). Vollzieht man diesen Schritt, besteht kein Anlass, nicht strukturändernde Maßnahmen auszuklammern, sondern dem Richter sollte hier dieselbe Rechtsfolgenflexibilität an die Hand gegeben werden wie bei strukturändernden Beschlüssen.<sup>120</sup> Da die Missbrauchsrisiken geringer sind, kann aber erwogen werden, allein den beschlussbezogenen Filter greifen zu lassen, auf den klägerbezogenen Filter dagegen zu verzichten. Schon das wäre gegenüber der derzeit geltenden Lösung ein Schritt nach vorn.

### 3. Rechtsfolgenkatalog

Bei der Rechtsfolgenanordnung kann der Möglichkeit einer Kasation mit Wirkung ex nunc (→ F 38) hier größere Bedeutung zukommen.<sup>121</sup> Sie kann namentlich bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern zu einer rechtlichen Behandlung führen, die der Lehre vom fehlerhaften Organ zumindest im Ergebnis nahekommt, wenn sich dieses nicht in Gestalt einer Änderung des materiellen Rechts durchsetzen lässt.<sup>122</sup>

### 4. Eilentscheidung

Noch nicht vertieft diskutiert ist die Frage, ob es auch hier eines Eilverfahrens bedarf. Diese Frage sollte für alle eintragungsbedürftigen Beschlüsse einheitlich bejaht werden. Die Blockade einer Satzungsänderung kann sich in Einzelfällen als ebenso hinderlich erweisen wie die Blockade einer der in § 246a Abs. 1 AktG genannten Strukturmaßnahmen. Bei den nicht eintragungsbedürftigen Be-

<sup>120</sup> Für eine Einbeziehung in die Verhältnismäßigkeitsprüfung deshalb auch der *AK BeschlussmängelR* AG 2008, 617 (622); *Habersack/Stilz* ZGR 2010, 710 (721f.); *J. Vetter* AG 2008, 177 (191); aA (im Konzept eines Anfechtungsquorums) *Schatz* (Fn. 8) 322ff.

<sup>121</sup> Bei strukturändernden Beschlüssen geht diese Folge meist ins Leere, weil der Beschluss ohne Eintragung gar nicht erst in Bestandskraft erwächst.

<sup>122</sup> Zu speziell auf dieses Problem ausgerichteten Gesetzgebungsvorschlägen vgl. etwa *Illmer* Die fehlerhafte Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern in der Aktiengesellschaft, 2018, 278 ff.