

Freigabe von Gesellschafterbeschlüssen im Kapitalgesellschaftsrecht

Registersperren, Freigabeverfahren, Bestandskraft

von
Dr. Florian Satzl

1. Auflage

Freigabe von Gesellschafterbeschlüssen im Kapitalgesellschaftsrecht – Satzl

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Aktiengesetz](#)



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 62638 8

bb) Der Freigabeantrag wird zurückgewiesen. Wird der Freigabeantrag rechtskräftig zurückgewiesen, kann bei Maßnahmen mit gesetzlicher Registersperre eine Eintragung mangels Vorliegen der Negativerklärung nicht erfolgen. Bei Maßnahmen ohne gesetzliche Registersperre schließt eine abweisende Freigabeentscheidung die Eintragung aber nicht *per se* aus. Eine Bindungswirkung des Registerrichters wurde nur für den stattgebenden Freigabebeschluss angeordnet, § 246a Abs. 3 S. 5 AktG. Der Registerrichter bleibt also weiterhin befugt, eine Eintragung aufgrund einer eigenen Ermessensentscheidung vorzunehmen,⁶⁸⁵ wird in der Praxis allerdings nur beim Vorliegen gewichtiger Gründe von der Entscheidung des Prozessgerichts über die Eintragungsfähigkeit abweichen können.

3. Ein Urteil im Klageverfahren liegt vor

An ein stattgebendes Anfechtungsurteil ist der Registerrichter gebunden, da sich aufgrund der Gestaltungswirkung die materielle Rechtslage verändert.⁶⁸⁶ Eine Bindung an eine abweisende Entscheidung im Anfechtungsprozess wird aber nach h.M. abgelehnt, so dass der Registerrichter einen Verstoß gegen drittschützende Normen und Nichtigkeitsgründe weiterhin prüfen kann, auch wenn eine Rechtsverletzung durch das Prozessgericht bereits abgelehnt wurde.⁶⁸⁷

Ob sich die letztgenannte Ansicht in Anbetracht der gesetzlich geregelten Bindungswirkung eines Freigabebeschlusses gem. § 246a Abs. 3 S. 5 AktG aufrecht erhalten lässt, erscheint allerdings zweifelhaft. Denn wenn schon die Feststellung der Unzulässigkeit oder offensichtlichen Unbegründetheit in einem Eilverfahren mit herabgesetzten Anforderungen an die Tatsachenermittlung eine Bindungswirkung gegenüber dem Registergericht entfaltet,⁶⁸⁸ dann müsste dies (trotz der umgekehrten Rechtskraft der Entscheidung) erst Recht für die abweisende Entscheidung im Klageverfahren gelten. Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft, die anders als die stattgebende Beschlussmängelklage (§ 248 Abs. 1 S. 1 AktG) nur zwischen den Prozessparteien wirkt, steht einer Bindung des Registergerichts nicht entgegen. Denn auch der Freigabebeschluss sieht eine Bindung des Registergerichts vor, obwohl die Feststellung der Eintragungsfähigkeit nur zwischen den Parteien in Rechtskraft erwächst (vgl. § 246a Abs. 3 S. 5 AktG).⁶⁸⁹ Richtigerweise wird daher bei einer rechtskräftigen Abweisung der Anfechtungsklage das Aussetzungsermessen gem. § 381 FamFG auf Null reduziert, so dass die Aussetzung nicht auf den gerügten Rechtsfehler gestützt werden kann.

III. Verhältnis zum einstweiligen Rechtsschutz zur Verhinderung der Eintragung

Nach h.M. ist der Antrag eines Gesellschafters auf Erlass einer einstweiligen Verfügung (§§ 935, 940 ZPO), mit der dem Vorstand die Anmeldung eines Gesellschafterbeschlusses zur Eintragung im Handelsregister untersagt wird bzw. dieser verpflichtet wird, einen bereits gestellten Antrag zurückzunehmen, vor Beginn oder während

⁶⁸⁵ M. Schwab, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 246a Rn. 38.

⁶⁸⁶ Bumiller/Harders, FamFG, § 381 Rn. 15; Winkler, in: Keidel/Kuntze/Winkler, FG, § 127 Rn. 50; Hüffer, AktG, § 243 Rn. 54.

⁶⁸⁷ Vgl. Hüffer, AktG, § 243 Rn. 55.

⁶⁸⁸ Vgl. hierzu S. 138.

⁶⁸⁹ Die Bindungswirkung bezieht sich sogar auf die klageweise geltend gemachten Mängel, obwohl diese im Beschlusstenor nicht genannt werden, vgl. S. 234 ff.

eines laufenden Beschlussmängelverfahrens grundsätzlich zulässig.⁶⁹⁰ Hinzu kommt die Möglichkeit, eine einstweilige Verfügung gegen die Gesellschaft zu beantragen, mit der die Eintragung für unzulässig erklärt wird.⁶⁹¹ Gem. § 16 Abs. 2 HGB kann nach Erlass einer solchen Verfügung die Registereintragung nicht gegen den Willen des Antragstellers erfolgen.⁶⁹² Eine einstweilige Verfügung zur Verhinderung einer Registereintragung setzt als Verfügungsanspruch eine Beschlussmängelklage und deren Schlüssigkeit, als Verfügungsgrund eine drohende Registereintragung, die nicht ohne Nachteil für den Kläger beseitigt werden kann, voraus.⁶⁹³ Bei der Darstellung des Verhältnisses von einstweiligem Rechtsschutz zu den Freigaberegelungen ist wiederum zwischen Maßnahmen mit und ohne gesetzlicher Registersperre zu differenzieren.

1. Strukturmaßnahmen mit Registersperre

Registersperren (§ 319 Abs. 5 S. 1 AktG, § 16 Abs. 2 S. 1 UmwG) sind abschließende Sonderregelungen für die Eintragungsfähigkeit angefochtener Beschlüsse.⁶⁹⁴ Darüber hinaus besteht kein Bedürfnis nach einem weiteren Schutz des Beschlussmängelklägers vor einer vorzeitigen Eintragung angefochtener Maßnahmen. Es fehlt daher regelmäßig an einem Verfügungsgrund für den Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Verhinderung der Eintragung. Eine andere Ansicht vertritt offenbar das BVerfG, welches für einen Formwechsel nach dem UmwG ausgeführt hat, dass mittels einer einstweiligen Verfügung die Anmeldung eines angefochtenen Beschlusses untersagt oder die Rücknahme eines bereits gestellten Antrags verlangt werden könne.⁶⁹⁵ Über das Verhältnis des einstweiligen Rechtsschutzes zu § 16 Abs. 2 S. 1 UmwG hat sich das BVerfG allerdings nicht geäußert.⁶⁹⁶

Im Hinblick auf die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung zur Verhinderung der Durchführung einer bereits eingetragenen Strukturmaßnahme war bis zum Inkrafttreten des ARUG danach zu differenzieren, ob die vorzeitige Eintragung im

⁶⁹⁰ Grundlegend A. Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften, S. 183 f.; BVerfG, WM 2004, 2354; Hüffer, AktG, § 243 Rn. 66; ders., in: MünchKomm AktG, § 243 Rn. 154; K. Schmidt, in: GroßKomm AktG, § 243 Rn. 72; Zöllner, in: KölnerKomm AktG, § 243 Rn. 45; Würthwein, in: Spindler/Stilz, AktG, § 243 Rn. 279; Heinze, ZGR 1979, 293, 315; Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen, S. 108 f.; ders., NZG 2007, 169, 170. Die Verhinderung einer mangelhaften Beschlussfassung mittels einer einstweiligen Verfügung ist dagegen nur unter eingeschränkten Voraussetzungen zulässig; insbesondere ist ein einstweiliger Rechtsschutz gegen die Durchführung vorrangig, vgl. hierzu OLG Düsseldorf, NZG 2005, 633; OLG München, NZG 2007, 152; Leuering/Simon, NJW-Spezial 2005, 411; Geißler, GmbHR 2008, 128.

⁶⁹¹ BVerfG, NZG 2005, 280; OLG München, NZG 2007, 152, 154; Hüffer, in: MünchKomm AktG, § 243 Rn. 155; Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen, S. 109; ders., NZG 2007, 169, 170.

⁶⁹² Hüffer, AktG, § 243 Rn. 66; ders., in: GroßKomm HGB § 16 Rn. 12, 25; Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen, S. 109 f.; ders., BB 2005, 1577, 1579.

⁶⁹³ Hüffer, AktG, § 243 Rn. 66; Würthwein, Spindler/Stilz, AktG, § 243 Rn. 279.

⁶⁹⁴ Würthwein, in: Spindler/Stilz, AktG, § 243 Rn. 280; Simon/Leuering, NJW-Spezial 2005, 411, 412; Schlitt/Seiler, ZHR 166 (2002), 544, 566 f.; Kort, BB 2005, 1577, 1581; ders., Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen, S. 108 ff. m.w.N., nach dem ein Verfügungsgrund ausnahmsweise dann gegeben sein kann, wenn das System der Registersperre nicht funktioniert, da eine fehlerhafte Negativerklärung abgegeben wird oder der Registerrichter beabsichtigt, den Beschluss trotz Fehlens der Negativerklärung einzutragen.

⁶⁹⁵ BVerfG, WM 2004, 2354.

⁶⁹⁶ Kritisch auch Kort, BB 2005, 1577, 1581 f.

Handelsregister dauerhafte Bestandskraft entfaltet. Ein Anspruch auf die Verhinderung oder Rückgängigmachung der eingetragenen Maßnahme kommt von Vorneherein nicht in Betracht, wenn die Eintragung dauerhaft bestandskräftig ist. Bei Maßnahmen nach dem UmwG fehlt es wegen § 20 Abs. 2 UmwG daher schon an einem Verfügungsanspruch. Für Eingliederungen und den Ausschluss von Minderheitsaktionären war dagegen vor Inkrafttreten des ARUG eine entsprechende Bestandskraftregelung nicht vorgesehen, so dass eine einstweilige Verfügung, mit der die weitere Durchführung verhindert werden soll, grundsätzlich möglich blieb. Allerdings war bei der Annahme eines Verfügungsgrundes Zurückhaltung geboten, wenn die Nachteile der vorzeitigen Durchführung und die Probleme der drohenden Rückabwicklung schon in der Interessensabwägung des Freigabeverfahrens berücksichtigt wurden. Erfolgte die Eintragung aufgrund der Unzulässigkeit oder offensichtlichen Unbegründetheit der Klage, wird der Erlass einer einstweiligen Verfügung regelmäßig schon an der schlüssigen Darlegung des Verfügungsanspruchs scheitern.⁶⁹⁷ Seit Ausweitung der Bestandskraft durch das ARUG (§ 319 Abs. 6 S. 11 AktG) ist nunmehr Anspruch auf die Verhinderung oder Rückgängigmachung auch bei Eingliederungen und dem Ausschluss von Minderheitsaktionären ausgeschlossen.

2. Strukturmaßnahmen ohne gesetzliche Registersperre

Bei Strukturmaßnahmen ohne Registersperre, also bei Kapitalmaßnahmen und Unternehmensverträgen, bleibt eine einstweilige Verfügung zur Verhinderung der Eintragung vor Einleitung eines Freigabeverfahrens grundsätzlich möglich, da eine vorrangige gesetzliche Registersperre gerade fehlt.⁶⁹⁸ Allerdings darf nach einer Ansicht in der Literatur einstweiliger Rechtsschutz zur Verhinderung der Eintragung hier nur unter großer Zurückhaltung gewährt werden.⁶⁹⁹ Bei Maßnahmen ohne gesetzliche Registersperre sei nämlich die gesetzgeberische Wertung zu beachten, dass eine Registereintragung trotz der anhängigen Beschlussmängelklage gerade möglich bleibe. Diese gesetzgeberische Grundentscheidung dürfe – schon wegen des weiteren Erpressungspotentials – nicht durch eine großzügige Gewährung einstweiliger Verfügungen ausgehebelt werden. Eine ausschließliche Konzentration auf die Interessen des Antragstellers sei daher nicht sachgerecht.⁷⁰⁰ Vielmehr müsse eine umfassende Interessensabwägung vorgenommen werden, so dass der Erlass einer einstweiligen Verfügung nur ganz ausnahmsweise in Betracht komme.⁷⁰¹ Nach Einleitung eines Freigabeverfahrens gem. § 246a AktG soll eine einstweilige Verfügung aber ausgeschlossen sein bzw. eine bereits eingeleitete Verfahren unzulässig werden, da das Freigabeverfahren *lex specialis* innerhalb seines Anwendungsbereichs sei.⁷⁰²

Den vorstehend dargestellten Einschränkungen des einstweiligen Rechtsschutzes ist richtigerweise nur teilweise zu folgen. Zunächst ist zweifelhaft, ob nach Einleitung

⁶⁹⁷ Ähnlich *Kort*, BB 2005, 1577, 1582; *ders.*, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen, S. 112 f.

⁶⁹⁸ *M. Schwab*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 246a Rn. 52; *Kort*, BB 2005, 1577, 1581.

⁶⁹⁹ *Mertens*, AG 1990, 49, 55; *Kort*, BB 2005, 1577, 1582; *ders.*, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen, S. 110 f.

⁷⁰⁰ So noch die Rechtsprechung im „Feldmühle“-Verfahren, LG Düsseldorf, DB 1960, 172, OLG Düsseldorf, DB 1960, 520, und im „Audi-NSU“-Verfahren, BGH, JZ 1976, 561.

⁷⁰¹ *Kort*, BB 2005, 1577, 1581.

⁷⁰² *Hüffer*, AktG, § 246a Rn. 28; *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 205; *Kort*, NZG 2007, 169, 171; *ders.*, NZG 2007, 169, 171.

eines Freigabeverfahrens dieses als *lex specialis* eine einstweilige Verfügung des Klägers zur Verhinderung der Eintragung ausschließt. Gegen ein solches Verständnis spricht schon, dass auch nach Einleitung des Freigabeverfahrens eine Registersperre gerade nicht besteht.⁷⁰³ Freigabeverfahren sind Verfahren zur endgültigen Feststellung der Eintragungsfähigkeit, nicht aber zur vorläufigen Verhinderung der Eintragung durch den Registerrichter aufgrund dessen eigener Entscheidungsbefugnis.⁷⁰⁴ Im Grundsatz spricht daher nichts gegen die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung mit dem Inhalt, die Anmeldung der Maßnahme bzw. deren Eintragung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Eintragungsfähigkeit im Freigabeverfahren für unzulässig zu erklären.⁷⁰⁵ Der o.g. Ansicht ist aber dahingehend zu folgen, dass eine einstweilige Verfügung zur Verhinderung der Eintragung bis zum Erlass des Freigabebeschlusses nur ausnahmsweise ergehen darf. Dies folgt schon aus der gesetzgeberischen Entscheidung im UMAG, auf eine Registersperre zu verzichten. Diese Wertung darf durch eine regelmäßige Untersagung der Eintragung mittels einer einstweiligen Verfügung nicht ausgehebelt werden. Ferner wird die prozessuale Befugnis des Klägers zur Wirksamkeitsverhinderung durch seine Treuebindung begrenzt, folgt also nicht mehr uneingeschränkt aus der bloßen Klageerhebung.⁷⁰⁶ Insofern müsste der Kläger für den Erlass einer einstweiligen Verfügung zur vorübergehenden Verhinderung der Eintragung schlüssig darlegen, dass eine Verzögerung des Wirksamwerdens bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Freigabeverfahren die Gesellschaft nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt.

Die Untersagung einer weiteren Durchführung vorzeitig wirksam gewordener Maßnahmen mittels einer einstweiligen Verfügung hängt wiederum davon ab, ob die vorzeitige Eintragung dauerhaft bestandskräftig ist. Falls ein rechtskräftiger Freigabebeschluss vorliegt, mit dem die Bestandskraft der Eintragung gem. § 246a Abs. 1 AktG festgestellt wurde, fehlt es schon an einem Verfügungsanspruch, da eine Rückgängigmachung der Maßnahme materiellrechtlich ausscheidet. Bei einer vorzeitigen Eintragung ohne Freigabebeschluss besteht ein Anspruch auf Verhinderung der Durchführung bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Beschlussmängel- oder im nachgeschobenen Freigabeverfahren⁷⁰⁷ ebenfalls nur dann, wenn der Antragsteller schlüssig vortragen kann, dass die Durchführungsverzögerung keine unverhältnismäßige Folgen für die Gesellschaft auslöst.

IV. Einstweilige Verfügung zur Herbeiführung der Eintragung

Bis zum Inkrafttreten des UMAG wurde teilweise die Auffassung vertreten, dass der Gesellschaft (nach Aussetzung der Eintragung gem. §§ 21, 381 FamFG) die Mög-

⁷⁰³ Vgl. hierzu S. 136 f.

⁷⁰⁴ Vgl. hierzu S. 55 ff.

⁷⁰⁵ Ähnlich *M. Schwab*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 246a Rn.52, der eine einstweilige Verfügung mit dem Inhalt für zulässig hält, den Vollzug des Beschlusses durch den Vorstand zu untersagen. Dies führt allerdings zu dem Folgeproblem einer verfahrensrechtlichen Verbindung von Freigabeverfahren und einstweiliger Verfügung. Dieses Problem entsteht nicht, wenn man -wie hier- eine einstweilige Verfügung nur mit dem Inhalt zulässt, eine Eintragung bzw. Anmeldung der Eintragung bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung im Freigabeverfahren für unzulässig zu erklären.

⁷⁰⁶ Vgl. hierzu S. 89 ff.

⁷⁰⁷ Vgl. hierzu S. 89 f.

lichkeit offen stehe, mittels einer einstweiligen Verfügung gem. §§ 935, 940 ZPO die Feststellung der Eintragungsfähigkeit zu erwirken.⁷⁰⁸ Die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung mit einem derartigen Rechtsschutzziel ist im Anwendungsbereich der Freigabeverfahren aber in jedem Fall abzulehnen, da dieses ein spezielles Eilverfahren darstellt, um die Eintragungsfähigkeit festzustellen.⁷⁰⁹ Soweit bei Maßnahmen ein Freigabeverfahren nicht existiert und auch eine analoge Anwendung abgelehnt wird, z.B. bei einfachen Satzungsänderungen, ist die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung zur Herbeiführung der Eintragung aber weiterhin zu bejahen.

V. Zusammenfassung

Durch die Einleitung eines Freigabeverfahrens wird die Zulässigkeit und Begründetheit der zugrundeliegenden Beschlussmängelklage nicht berührt. Bei Rechtskraft des Freigabebeschlusses wird das Klageverfahren unverändert fortgesetzt. Das Schadensersatzverlangen gem. §§ 246a Abs. 4 S. 2, 319 Abs. 6 S. 8 AktG, § 16 Abs. 3 S. 8 UmwG kann mit dem ursprünglichen Klageantrag verbunden werden, wobei sich die Zulässigkeit der Klageerweiterung ausschließlich nach § 263 ZPO richtet.

Das registergerichtliche Eintragungsverfahren bleibt durch die Freigaberegeln unberührt, solange eine Beschlussmängelklage nicht erhoben wurde. Bei Maßnahmen mit gesetzlicher Registersperren richtet sich die Eintragungsfähigkeit nach §§ 319 Abs. 5 AktG, § 16 Abs. 2 UmwG, während bei Maßnahmen ohne gesetzliche Registersperre das Eintragungsverfahren nach den bisherigen Grundsätzen bis zum Ablauf der Anfechtungsfrist gem. §§ 21, 381 FamFG auszusetzen bzw. als zur Zeit unbegründet zurückzuweisen ist. Nach Ablauf der Anfechtungsfrist ist die Eintragung nach h.M. nur auszusetzen, wenn eine Verletzung von Rechtsvorschriften vorliegt, die dem Schutz öffentlicher Interessen dient, oder der Beschluss nichtig ist. Nach Erhebung einer Beschlussmängelklage bleibt es bei Maßnahmen mit gesetzlicher Registersperre bei den vorstehenden Grundsätzen. Bei Maßnahmen ohne gesetzliche Registersperre kann der Registerrichter auch nach Einleitung eines Freigabeverfahrens die Eintragung verfügen. Die Eintragung hat zu erfolgen, wenn die Beschlussmängelklage unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist. Die Eintragung darf gem. § 21, 381 FamFG in einem solchen Fall nur dann ausgesetzt werden, wenn die Unzulässigkeit oder offensichtliche Begründetheit nicht ohne weiteren Aufwand mit ausreichender Sicherheit festgestellt werden kann.

Eine einstweilige Verfügung zur Verhinderung der Registereintragung scheidet bei Maßnahmen mit gesetzlicher Registersperre mangels Vorliegens eines Verfügungsgrundes aus. Einstweiliger Rechtsschutz gegen die Durchführung der vorzeitig eingetragenen Maßnahme war nur bis zum Inkrafttreten des ARUG möglich, soweit durch die Eintragung keine dauerhafte Bestandskraft ausgelöst wurde, also bei Eingliederungen und dem Squeeze-out. Bei Maßnahmen ohne gesetzliche Registersperre bleibt eine einstweilige Verfügung zur Verhinderung der Eintragung bis zur Rechtskraft des Freigabebeschlusses im Grundsatz möglich, da ein Freigabeverfahren die Registereintragung aufgrund der eigenen Entscheidung des Registerrichters nicht ausschließt. Freigaberegeln sind insoweit nicht speziell, da mit diesen eine vorzei-

⁷⁰⁸ Guntz, Treuebindungen von Aktionären, 1997, S. 333 ff.; Schmid, ZIP 1998, 1057, 1060f.; Sosnitzer, NZG 1999, 965, 968.

⁷⁰⁹ Ebenso Hüffer, AktG, § 246a Rn. 28; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Anh § 47 Rn. 205; Geißler, GmbHR 2008, 128, 131.

tige Eintragungsfähigkeit festgestellt und nicht eine vorübergehende Verhinderung der Eintragung durchgesetzt werden soll. Ein Verfügungsanspruch setzt allerdings voraus, dass die Verzögerung des Wirksamwerdens die Gesellschaft nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt.

Einstweiliger Rechtsschutz zur Herbeiführung der Eintragung ist im Anwendungsbereich der Freigabeverfahren unzulässig, da diese eine spezielle Regelung zur vorzeitigen Herbeiführung der Eintragung darstellen.

§ 3. Pflicht des Vorstands zur Einleitung eines Freigabeverfahrens

I. Pflicht zur Ausführung von Hauptversammlungsbeschlüssen

Der Vorstand ist im Grundsatz gem. §§ 83 Abs. 2, 181, 184, 294, 319 Abs. 4 AktG, § 16 Abs. 1 S. 1 UmwG verpflichtet, eine von der Hauptversammlung beschlossene Strukturmaßnahme zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden und nach ihrer Eintragung auszuführen. Die Anmeldepflicht folgt unmittelbar aus dem Hauptversammlungsbeschluss; einer gesonderten Anordnungsverfügung bedarf es nicht.⁷¹⁰ Umstritten ist allerdings, ob und inwieweit die Ausführungspflicht auf gesetzmäßige Hauptversammlungsbeschlüsse begrenzt ist. Unter Hinweis auf § 93 Abs. 4 S. 1 AktG, wonach der Vorstand von einer Haftung gegenüber der Gesellschaft nur bei gesetzmäßigen Beschlüssen befreit ist, will die wohl h.M. eine Ausführungspflicht bei nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen ablehnen.⁷¹¹ Allerdings müssten anfechtbare Beschlüsse nach Ablauf der Klagefrist und Eintritt der Unanfechtbarkeit ausgeführt werden.⁷¹² Gleichzeitig ist nach wohl h.M. der Vorstand zur Anfechtung eines Beschlusses gem. § 245 Nr. 4 AktG verpflichtet, wenn die rechtswidrige Maßnahme das Gesellschaftsinteresse verletzt und deren Ausführung Schäden für die Gesellschaft verursacht.⁷¹³ Eine starke Mindermeinung vertritt dagegen die Auffassung, dass nur Nichtigkeitsgründe einer Ausführungspflicht entgegenstehen, so dass anfechtbare Beschlüsse auch schon vor Ablauf der Anfechtungsfrist in jedem Fall angemeldet und ausgeführt werden müssten.⁷¹⁴ Dies soll sogar dann gelten, wenn eine Anfechtungsklage tatsächlich erhoben wurde.⁷¹⁵ Allerdings ist nach dieser Ansicht bei Beschlüssen mit gesetzlicher Registersperre die Pflicht zur Anmeldung suspendiert, bis eine abweisende

⁷¹⁰ *Fleischer*, BB 2005, 2025.

⁷¹¹ *Canaris*, ZGR 1978, 207, 212; *Fleischer*, BB 2005, 2025, 2026; *Haertlein*, ZHR 168 (1004), 437, 445 ff.; *Hefermehl/Spindler*, in: MünchKomm AktG § 93 Rn. 111; *Servatius*, Strukturmaßnahmen als Unternehmensleitung, S. 330 ff.; *Volhard*, ZGR 1996, 55, 66.

⁷¹² *Fleischer*, BB 2005, 2025, 2027; *Haertlein*, ZHR 168 (2004), 437, 445 ff.

⁷¹³ *Mertens*, in: KölnerKomm AktG § 93 Rn. 118; *Haertlein*, ZHR 168 (2004), 437, 449; *Volhard*, ZGR 1996, 55, 60; zu den verschiedenen Ansichten vgl. nur *Fleischer*, BB 2005, 2025, 2029 f. m.w.N.

⁷¹⁴ *Hüffer*, AktG, § 181 Rn. 5; *Zöllner*, in: KölnerKomm AktG, § 181 Rn. 26; *Wiedemann*, GroßKomm AktG, § 181 Rn. 9; *Holzborn*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 181 Rn. 8; für eine Ausführungspflicht sogar bei nichtigen Beschlüssen ist *Heidel*, in: AnwK AktG, § 241 Rn. 14, da es der Vorstand sonst in der Hand hätte, die Umsetzung missliebiger Beschlüsse zu verhindern; ähnlich *Meyer-Landrut*, in: GroßKomm AktG, § 83 Rn. 5.

⁷¹⁵ *Hüffer*, AktG, § 181 Rn. 5; *Zöllner*, in: KölnerKomm AktG, § 181 Rn. 26; *Holzborn*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 181 Rn. 8.

Entscheidung im Anfechtungsprozess oder ein Freigabebeschluss vorliegt, da vorher eine Eintragung ohnehin ausscheidet.

Bestehen Zweifel hinsichtlich der Gesetzes- und Satzungskonformität des Beschlusses, muss der Vorstand nach allgemeiner Ansicht die Rechtslage sorgfältig prüfen und fachkundigen Rat einholen.⁷¹⁶ Kommt er hiernach zum Ergebnis, dass der Beschluss rechtmäßig ist, muss er die Eintragung betreiben, auch wenn eine (aus Sicht des Vorstands unzulässige oder unbegründete) Anfechtungsklage erhoben wurde.⁷¹⁷ Hält der Vorstand den Beschluss für rechtswidrig, gelten die vorstehend dargelegten Grundsätze, so dass bei Nichtigkeitsgründen nach allgemeiner Ansicht von einer Ausführung abzusehen ist, bei Anfechtungsgründen nach h.M. jedenfalls bis zum Ablauf der Anfechtungsfrist oder bis zu einer abweisenden Entscheidung im Anfechtungsverfahren.⁷¹⁸ Bestehen auch nach sorgfältiger Prüfung Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses ist nach wohl h.M. die beschlossene Maßnahme anzumelden, das Registergericht jedoch auf die Zweifel hinzuweisen.⁷¹⁹ Nach einer anderen Ansicht hat der Vorstand ein an den Interessen der Gesellschaft ausgerichtetes Ermessen, ob er den Beschluss anmeldet oder anfecht (bzw. einem Anfechtungskläger beitrifft).⁷²⁰

II. Pflicht zur Einleitung eines Freigabeverfahrens

Eine Pflicht des Vorstands zur Einleitung eines Freigabeverfahrens kann nur dann bestehen, wenn eine Beschlussmängelklage anhängig ist. Andernfalls ist der Freigabeantrag von vorneherein unzulässig.⁷²¹ Fraglich ist allerdings, ob der Vorstand aufgrund seiner Verpflichtung zur Anmeldung und Umsetzung beschlossener Strukturmaßnahmen stets einen Freigabeantrag stellen muss, wenn der zugrundeliegende Hauptversammlungsbeschluss durch Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage angegriffen wurde. Für den Fall, dass der Kläger gegen Zahlung einer Abfindung bereit ist, die Beschlussmängelklage zurückzunehmen, stellt sich zusätzlich die hier nicht näher zu untersuchende Frage, ob die Erbringung der geforderten Zahlung einen Schadensersatzanspruch gegen den Vorstand gem. § 93 Abs. 2 AktG auslöst.⁷²²

⁷¹⁶ Zur Prüfungspflicht des Vorstands vgl. *Fleischer*, BB 2005, 2025, 2026; *Volhard*, ZGR 1996, 55, 59 f. je m.w.N.

⁷¹⁷ *Volhard*, ZGR 1996, 55, 61 f.; *Mertens*, in: *KölnerKomm AktG*, § 83 Rn. 7; *Fleischer*, BB 2005, 2025, 2026.

⁷¹⁸ Vgl. *K. Schmidt*, *GroßKomm AktG*, § 243 Rn. 71; *Fleischer*, BB 2005, 2025, 2026; *Volhard*, ZGR 1996, 55, 61.

⁷¹⁹ *Holzborn*, in: *Spindler/Stilz*, *AktG*, § 181 Rn. 7; *Stein*, in: *MünchKomm AktG*, § 181 Rn. 15; *Zöllner*, in: *KölnerKomm AktG*, § 181 Rn. 26; *Wiedemann*, *GroßKomm AktG*, § 181 Rn. 3a.

⁷²⁰ *Volhard*, ZGR 1996, 55, 64.

⁷²¹ Vgl. hierzu S. 161 f.

⁷²² Leistungen zur Abwehr missbräuchlicher Klagen verstoßen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gem. § 57 Abs. 1 S. 1 AktG sowie gegen das Gleichbehandlungsgebot gem. § 53a AktG und stellen damit grundsätzlich eine Pflichtverletzung des Vorstands gem. § 93 Abs. 3 S. 1 AktG dar, vgl. *Lutter*, ZGR 1978, 347, 354; *Hüffer*, *AktG*, § 57 Rn. 5; *Poelzig*, WM 2008, 1009. Eine Haftung wurde in der Literatur trotzdem überwiegend abgelehnt, da entweder wegen der aus § 76 AktG folgenden Schadensverhinderungspflicht schon eine Pflichtverletzung ausscheidet (*Martens*, AG 1988, 118, 119) oder die grundsätzlich pflichtwidrige Handlung gerechtfertigt sei, wenn der Gesellschaft aufgrund der Eintragungsverzögerung ein hoher Schaden entsteht (vgl. *Hirte*, DB 1989, 267, 268; *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 144; *Poelzig*, WM 2008, 1010 ff. m.w.N.). Auch nach der Neuregelung des § 93 AktG durch das UMAG ist umstritten, ob beim Abkauf einer

Im Grundsatz kann nicht zweifelhaft sein, dass aus der Pflicht zur Anmeldung und Umsetzung mehrheitlich beschlossener Strukturmaßnahmen auch eine Pflicht des Vorstands folgt, Eintragungshindernisse zu beseitigen. Zur Ausführungspflicht gehört daher auch eine Pflicht des Vorstands zur Einleitung eines Freigabeverfahrens.⁷²³ Wie vorstehend dargestellt wurde, besteht die Pflicht zur Ausführung und Anmeldung jedoch bei (evident) nichtigen oder anfechtbaren Beschlüssen nur eingeschränkt. Koppelt man die Pflicht zur Einleitung eines Freigabeverfahrens an die Ausführungspflicht, würde mangels Ausführungspflicht in solchen Fällen auch die Pflicht zur Einleitung eines Freigabeverfahrens entfallen. Man könnte allerdings auch umgekehrt argumentieren, dass im Anwendungsbereich von Freigabeverfahren eine Rechtmäßigkeitsprüfung des Vorstands entfällt, da die Eintragungsfähigkeit in einem Spezialverfahren unter Berücksichtigung der Interessen der Gesellschaft prozessgerichtlich festgestellt wird. Mangels eigener Prüfungskompetenz des Vorstands wäre demnach ein Freigabeverfahren bei zweifelhaften Rechtsfehlern stets und ausnahmslos einzuleiten. Dies soll nachfolgend näher untersucht werden.

1. Keine Einschränkung der Prüfungspflicht des Vorstands bei zweifelhafter Rechtmäßigkeit

Eine umfassende Prüfungspflicht des Vorstands besteht richtigerweise auch im Anwendungsbereich der Freigabeverfahren. Hierfür spricht zunächst, dass die Anfechtungsbefugnis des Vorstands gem. § 243 Nr. 4 AktG von der Freigabemöglichkeit nicht berührt wird. Der Vorstand ist daher verpflichtet, Anfechtungsklage zu erheben bzw. einer erhobenen Klage beizutreten (§§ 66 Abs. 1, 70 ZPO), wenn der Beschluss Legalitätsinteressen der Gesellschaft verletzt und Schäden für die Gesellschaft verursacht.⁷²⁴ Aus der Anfechtungspflicht folgt daher eine Pflicht des Vorstands, die Rechtmäßigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen vor ihrer Ausführung zu überprüfen,⁷²⁵ welche von der Neuregelung unberührt bleibt. Bei für die Gesellschaft nachteiligen Beschlüssen ist nach h.M. ein Schadensersatzanspruch gegen den Vorstand denkbar, wenn dieser pflichtwidrig eine Beseitigung des Beschlusses durch Erhebung einer eigenen Beschlussmängelklage versäumt hat.⁷²⁶ Für eine Prüfungspflicht im Anwendungsbereich der Freigabeverfahren spricht darüber hinaus, dass der Vorstand die Erfolgsaussichten des Freigabeanspruchs prüfen muss, bevor er den Freigabeantrag stellt. Zur Einleitung eines aussichtslosen Verfahrens kann der Vorstand nicht verpflichtet sein. Auch insoweit kommt es auf das Vorliegen der gerügten Rechtsfehler an.

räuberischen Klage eine Sorgfaltspflichtverletzung gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG (sog. *business judgment rule*) ausgeschlossen ist, insbesondere wie sich das Freigabeverfahren auf das unternehmerische Ermessen auswirkt. Vgl. hierzu ausführlich *Poelzig*, WM 2008, 1013 ff. m.w.N., nach deren Ansicht das Freigabeverfahren nur teilweise geeignet sei, missbräuchliche Anfechtungsklagen zu bekämpfen, so dass eine Haftungsbefreiung nach § 93 Abs. 1 S. 2 nur eintrete, wenn aus Sicht des Vorstands im Zeitpunkt der Entscheidung der Aufkauf der Klage die einzige Möglichkeit ist, einen schweren Verzögerungsschaden von der Gesellschaft abzuwenden.

⁷²³ Ebenso *Volhard*, ZGR 1996, 55, 68.

⁷²⁴ Zu diesen Fallgruppen vgl. *Fleischer*, BB 2005, 2025, 2030; vgl. auch die Nachweise in Fn. 713.

⁷²⁵ *Servatius*, Strukturmaßnahmen als Unternehmensleitung, S. 334 ff.; *Volhard*, ZGR 1996, 55, 59; *Fleischer*, BB 2005, 2025, 2026 m.w.N.

⁷²⁶ *Fleischer*, BB 2005, 2025, 2029.