

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Band 93

Die Folgen der fehlerhaften Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern

Ein Beitrag zur Weiterentwicklung der Lehre
vom fehlerhaften Organ

Von

Janna Friedrichs



Duncker & Humblot · Berlin

JANNA FRIEDRICHS

Die Folgen der fehlerhaften Bestellung
von Aufsichtsratsmitgliedern

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 93

Die Folgen der fehlerhaften Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern

Ein Beitrag zur Weiterentwicklung der Lehre
vom fehlerhaften Organ

Von

Janna Friedrichs



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück
hat diese Arbeit im Jahre 2014 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-7626
ISBN 978-3-428-14681-9 (Print)
ISBN 978-3-428-54681-7 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84681-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Universität Osnabrück im Jahr 2014 als Dissertation angenommen. Literatur- und Rechtsprechungsnachweise konnten überwiegend bis 2015 aktualisiert werden.

Entstanden ist die Arbeit im Wesentlichen während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an den Lehrstühlen von Herrn Prof. Dr. Dirk A. Verse, M.Jur. (Oxford) in Osnabrück und Mainz von 2010 bis 2012. Ihm gebührt besonderer Dank für die Anregung des Themas und die Betreuung der Arbeit. Herrn Prof. Dr. Lars Leuschner bin ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens verbunden.

Ganz herzlich danken möchte ich meiner Familie für die Unterstützung während meiner gesamten Ausbildung. Ebenso danke ich Martin Zimmermann für sein Verständnis und seinen Rückhalt.

Hamburg, im Dezember 2015

Janna Friedrichs

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
§ 1 Einführung und Gang der Untersuchung	11
§ 2 Gründe für eine fehlerhafte Bestellung	15
I. Gründe für die Fehlerhaftigkeit eines Hauptversammlungswahlbeschlusses	16
II. Beispiele für Nichtigkeits- und Anfechtungsrisiken aus der jüngeren Rechtsprechung	18
§ 3 Terminologie	18
<i>1. Teil</i>	
Entwicklung und Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung	21
§ 1 Entwicklung der Rechtsprechung	21
§ 2 Das BGH-Urteil vom 19.02.2013	23
<i>2. Teil</i>	
Folgen der fehlerhaften Aufsichtsratswahl unter kritischer Würdigung des BGH-Urteils vom 19.02.2013	26
§ 1 Generelle Auswirkung auf die Beschlussfassung	26
I. Rechtsfolgen fehlerhafter Aufsichtsratsbeschlüsse im Allgemeinen	26
II. Mängel im Einzelnen	28
§ 2 Auswirkungen in besonders relevanten Fällen	31
I. Aufsichtsratsbeschlüsse als Anknüpfungspunkt für eine Entscheidung der Hauptversammlung	32
1. Einberufung nach § 111 III AktG	32
2. Beschlussvorschlag nach § 124 III 1 AktG	35
II. Jahresabschluss	37
III. Handeln des Aufsichtsratsvorsitzenden	38
1. Hauptversammlungsleitung	39
2. Mitwirkung bei der Anmeldung von Kapitalmaßnahmen	40
IV. Vorstandswahl	41
V. Vertretung	44
VI. Zustimmung des Aufsichtsrats gem. § 111 IV AktG	45

VII. Zustimmung des Aufsichtsrats bei der Ausnutzung genehmigten Kapitals	46
VIII. Sorgfalts- und Treuepflichten, Haftungsfolgen	47
1. Sorgfalts- und Treuepflichten trotz rückwirkend bzw. anfänglich nichtiger Bestellung?	47
2. Einordnung als Rückabwicklungsschwierigkeiten	50
§ 3 Zwischenfazit und Bewertung der aktuellen Rechtsprechung des BGH	50

3. Teil

Alternative Lösungsansätze (mit Ausnahme der Lehre vom fehlerhaften Organ) 54

§ 1 Ausnahme von der rückwirkenden Nichtigkeit bei erfolgreicher Anfechtung von Wahlbeschlüssen	54
§ 2 Beschränkte rechtliche Anerkennung von Beschlüssen infolge der Anwen- dung der Grundsätze über fehlerhafte Dauerschuldverhältnisse	55
§ 3 Lösung über (analoge) Anwendung des § 104 AktG	56
I. Direkte Anwendung des § 104 AktG	56
II. Analoge Anwendung	59
1. Planwidrige Regelungslücke	59
2. Vergleichbare Interessenlage	60
III. Zwischenfazit	61
§ 4 Bestätigung des Wahlbeschlusses der Hauptversammlung nach § 244 AktG	61
§ 5 Zwischenergebnis	62

4. Teil

Die Lehre vom fehlerhaften Organ als bevorzugte Lösung 63

§ 1 Meinungsstand in obergerichtlicher Rechtsprechung und Literatur	63
I. Obergerichtliche Rechtsprechung	63
II. Entwicklung des Meinungsstands in der Literatur	63
III. Differenzierung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit?	66
§ 2 Dogmatische Grundlage	67
I. Einbeziehung in die Lehre vom fehlerhaften Verband	69
1. Grundlagen der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft – Entwick- lung und Begründung	69
a) Abgrenzung zur Lehre von der <i>faktischen</i> Gesellschaft	70
b) Rückabwicklungsschwierigkeiten als Anlass für die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft	71
c) Entwicklung	72

d)	Dogmatische Begründung	73
aa)	Rechtsprechung	73
bb)	Lehre von der Beschränkung der Nichtigkeitfolgen	74
cc)	Von der Lehre von der Doppelnatur zu einem verbandsrechtlichen Institut	74
2.	Geltung der Lehre vom fehlerhaften Verband für den Beitritt	76
3.	Ausdehnung auf verbandsrechtliche Organisationsakte	77
a)	Rückabwicklungsschwierigkeiten	79
b)	Dogmatische Begründung – Differenzierungskriterien für die Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Verband auf andere Vorgänge als Gründung und Beitritt	80
aa)	Statuskriterium der Rechtsprechung	80
bb)	Differenzierung nach schuldrechtlicher und organisationsrechtlicher Seite	81
cc)	Abstellen auf einschlägige Strukturelemente	81
dd)	Stellungnahme	82
c)	Ausdehnung der Lehre vom fehlerhaften Verband auf Strukturänderungen als Beispiel für Institutionenbildung im Gesellschaftsrecht	83
4.	Ausdehnung der Lehre vom fehlerhaften Verband auf die fehlerhafte Organbestellung	86
a)	Organisationsspezifische Rückabwicklungsschwierigkeiten als Grundlage für die Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Verband	86
b)	Ausschluss der Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Verband insbesondere infolge mangelnden Vermögensbezugs bzw. fehlender Vergleichbarkeit zum Beitritt?	91
c)	Herleitung der Voraussetzungen für eine Eingliederung der Lehre vom fehlerhaften Organ in die Lehre vom fehlerhaften Verband aus dem Geltungsgrund der Lehre vom fehlerhaften Verband als verbandsrechtliches Institut	94
d)	Institutionenbildung	97
II.	Kein übergreifendes Prinzip hinsichtlich fehlerhafter Dauerschuldverhältnisse	100

5. Teil

	Wirkung der Lehre vom fehlerhaften Organ	101
§ 1	Anwendungsbereich von Rechtsscheinsgrundsätzen neben der Lehre vom fehlerhaften Organ?	101
§ 2	Abweichung von und damit Verstoß gegen die gesetzlich angeordnete rückwirkende/anfängliche Nichtigkeit des fehlerhaften Wahlbeschlusses bei Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Organ	102

I.	Auswirkungen bei Strukturänderungen	104
II.	Entsprechende Geltung für fehlerhafte Organbestellung?	108
§ 3	Ergebnis: Kein Verstoß gegen die gesetzliche Nichtigkeitsanordnung	110

6. Teil

Tatbestandsvoraussetzungen und Beendigung der fehlerhaften Bestellung		111
§ 1	Invollzugsetzung als Voraussetzung?	111
§ 2	Einschränkungen?	113
I.	Einschränkung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft	114
1.	Einschränkung wegen höherrangiger Interessen der Allgemeinheit ...	114
2.	Einschränkung wegen höherrangiger Interessen besonders schutzwürdiger Personen	115
II.	Einschränkung der Lehre vom fehlerhaften Organ	116
1.	Einschränkung wegen höherrangiger Interessen der Allgemeinheit ...	116
2.	Einschränkung wegen höherrangiger Interessen besonders schutzwürdiger Personen	119
§ 3	Beendigung der Amtsstellung	122

7. Teil

Schluss		123
§ 1	Fazit und Ausblick	123
§ 2	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	124
Literaturverzeichnis		131
Stichwortverzeichnis		141

Einleitung

§ 1 Einführung und Gang der Untersuchung

Ist ein Hauptversammlungsbeschluss über die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern anfänglich, § 250 I AktG, oder infolge erfolgreicher Anfechtung rückwirkend nichtig, §§ 241 Nr. 5, 250 I AktG, so stellt sich die in den letzten Jahren vermehrt in den Fokus gerückte Frage, welche Auswirkungen dies auf die Amtstellung des Aufsichtsratsmitglieds und insbesondere die durch das Aufsichtsratsmitglied vorgenommenen Handlungen hat. Dies ist noch nicht geklärt. Während die fehlerhafte Bestellung von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern ausführlich diskutiert und ein Bedürfnis für die Einschränkung der Nichtigkeitsfolgen im Grundsatz anerkannt ist, ist „die fehlerhafte Organstellung als allgemeines verbandsrechtliches Institut noch keinesfalls abschließend ausgelotet“, insbesondere hinsichtlich der Einbeziehung weiterer Organe.¹ Dies hängt auch damit zusammen, dass sich eine intensivere Diskussion dieser Fragestellung erst relativ spät entwickelt hat. Wie Schürnbrand zu Recht festgestellt hat, bestand für diese Problematik „in früheren Zeiten offensichtlich ein weniger stark ausgeprägtes Sensorium“.²

Zur Nichtigkeit der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern sind gesetzlich in §§ 250–252 AktG, die die Differenzierung zwischen anfänglich nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen auf die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern erstrecken, nur Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe, Voraussetzungen und Modalitäten für deren Geltendmachung sowie die Urteilswirkung geregelt. Dagegen besteht keine gesetzliche Regelung hinsichtlich der anfangs gestellten Frage; die Rechtsfolgen eines nichtigen oder auf Anfechtungsklage hin für nichtig erklärten Hauptversammlungsbeschlusses über die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern, also die Auswirkung auf die Rechtsstellung des fehlerhaft bestellten Aufsichtsratsmitglieds, sind nicht normiert.³

¹ *Schürnbrand*, Organschaft, S. 282.

² *Schürnbrand*, NZG 2013, 481, 482.

³ Vgl. auch die zutreffende Entgegnung *Grunewalds* in der Diskussion des Referats Rieckers im Rahmen der Jahrestagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung 2013, *Cloppenburg*, Diskussionsbericht, VGR 19 (2013), 151, 154, zu dem Verweis von *Bergmann*, Vorsitzender des II. Zivilsenats, auf die bloße Anwendung des Gesetzes im Grundsatzurteil des BGH vom 19.02.13, BGH NJW 2013, 1535, zu fehlerhaft bestellten Aufsichtsratsmitgliedern (dazu sogleich im Text), *Cloppenburg*, Diskussionsbericht, VGR 19 (2013), 151. Vgl. 5. Teil Fn. 21.

Nimmt man an, dass das Aufsichtsratsmitglied, dessen Wahl nichtig ist oder auf Anfechtungsklage für nichtig erklärt wird, wie ein Nichtmitglied zu behandeln ist, so ergeben sich gravierende Konsequenzen für alle Beteiligten, insbesondere für die Gesellschaft, die Gesellschafter und den Rechtsverkehr.

Handeln fehlerhaft bestellte Aufsichtsratsmitglieder für die Gesellschaft, kann dies aufgrund von Nichtigkeit der Rechtshandlungen fehlerhaft bestellter Mitglieder zu erheblichen Rückabwicklungsschwierigkeiten führen, wenn man aufgrund der anfänglichen bzw. rückwirkenden Nichtigkeit des Bestellungsbeschlusses die Unwirksamkeit der Amtsstellung annimmt, insbesondere die Lehre vom fehlerhaften Organ nicht umfassend anwendet und auch keine anderweitigen Korrekturen vornimmt.⁴ Dies ist insbesondere der Fall, wenn fehlerhaft bestellte Aufsichtsratsmitglieder an der Beschlussfassung mitwirken. Es kann zur Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft kommen.

Zu Rückabwicklungsschwierigkeiten kommt es insbesondere dann, wenn das Aufsichtsratsmitglied handelt, solange die Gesellschaft noch keine Kenntnis von einer möglichen Fehlerhaftigkeit hat. Aber auch wenn Anfechtungs- oder Nichtigkeitsfeststellungsklagen erhoben werden, ist das Handeln von potentiell fehlerhaft bestellten Aufsichtsratsmitgliedern für die Gesellschaft gerade auch deshalb mit erheblichen Unsicherheiten und unkalkulierbaren Folgen verbunden, weil über diese Klagen oft erst nach mehrjähriger Verfahrensdauer rechtskräftig entschieden wird.⁵ So hat schon Lowe⁶ auf das „Dilemma“ hingewiesen, dass einerseits der Fortgang der Geschäfte der Gesellschaft die Wahrnehmung der organchaftlichen Funktionen erfordere, es andererseits aber ungewiss sei, ob die ergriffenen Maßnahmen Bestand hätten. Es droht nicht nur die Nichtigkeit der unter Mitwirkung der fehlerhaft bestellten Aufsichtsratsmitglieder gefassten Beschlüsse selbst, sondern gegebenenfalls auch die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit der nachfolgenden Hauptversammlungsbeschlüsse, etwa bei Mitwirkung fehlerhaft bestellter Aufsichtsratsmitglieder an der Einberufung.⁷ Mithin greift der Einwand, dass sich die Gesellschaft im Falle der Anfechtungsklage des Risikos der Vernichtung des Wahlbeschlusses bewusst sei,⁸ Vorstand und Aufsichtsrat spätestens kurz nach Ablauf der Monatsfrist zur Klageerhebung in Kenntnis darüber

⁴ s. unten 2. Teil, eine a. A. nimmt bei Aufsichtsratsmitgliedern keine gravierenden Rückabwicklungsschwierigkeiten an.

⁵ *Drygala*, in: Schmidt/Lutter, 2. Aufl. 2010, § 101 Rn. 33.

⁶ *Lowe*, Fehlerhaft gewählte Aufsichtsratsmitglieder, S. 82, der allerdings meint, dieses lasse sich weitgehend insbesondere durch einen mangelfreien Bestätigungsbeschluss gem. § 244 AktG, s. dazu noch unten 3. Teil § 4, sowie durch Verzicht oder Aufschiebung bestimmter Maßnahmen lösen.

⁷ *Baums/Drinhausen/Keinath*, ZIP 2011, 2329, 2351; s. dazu im Einzelnen noch 2. Teil § 2 I.

⁸ *Vetter*, ZIP 2012, 701, 704.

wären, dass die gerichtliche Prüfung des Beschlusses anstehe, insoweit nicht durch.

Für Berufskläger ist damit die Anfechtung von Wahlbeschlüssen attraktiv, auch weil dort das Freigabeverfahren (§ 246a AktG) nicht zur Verfügung steht.⁹ Aufsichtsratswahlen gehören zu den am häufigsten angegriffenen Hauptversammlungsbeschlüssen.¹⁰

Für Pflichten, Haftung und Vergütung des fehlerhaft bestellten Aufsichtsratsmitglieds ist, teilweise unter Berufung auf die Lehre vom fehlerhaften Organ, und zwar auch im Sinne einer „gespaltenen Sichtweise“¹¹, oder auf Wertungsgesichtspunkte, anerkannt, dass diese auch ein fehlerhaft bestelltes Mitglied treffen.

Für eine „gespaltene Sichtweise“ der Lehre vom fehlerhaften Organ, d. h. keine vollumfängliche Gleichstellung der Rechtsstellung eines fehlerhaft bestellten Aufsichtsratsmitglieds mit der eines fehlerfrei bestellten Aufsichtsratsmitglieds, hat sich jüngst der BGH entgegen starker Tendenzen in Literatur und obergerichtlicher Rechtsprechung in seinem Urteil vom 19.02.2013¹² – im Unterschied zu seiner Rechtsprechung zum fehlerhaft bestellten Vorstand und zum besonde-

⁹ von *Falkenhausen*, FAZ vom 24.04.2013, S. 19; *Happ*, in: FS Hüffer, S. 293; *Habersack/Stilz*, ZGR 2010, 710, 721 f. (Es trüge die Annahme, mit der Neuregelung durch das ARUG sei das Potential für sog. räuberische Aktionäre ausgeschöpft; auch nichteintragungsfähige Beschlüsse eröffneten reichlich Gelegenheit, um durch die Erhebung von Beschlussmängelklagen infolge der drohenden Nichtigkeit oder der langwierigen Unsicherheit darüber einseitige Vorteile zu erzielen. Ein gewichtiges Beispiel für streitrelevante Beschlüsse sei die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern.); so auch *Schäfer*, in: *Veil*, S. 97, 101, 110; *Decher*, in: *Veil*, S. 115, 130; vgl. auch *Priester*, GWR 2013, 175; von *der Linden*, EWIR 2011, 201.

¹⁰ Die Studien von *Bayer/Hoffmann*, ZIP 2013, 1193, 1200 ff.; *Bayer/Hoffmann/Sawada*, ZIP 2012, 897, 899 ff. sowie von *Baums/Drinhausen/Keinath*, ZIP 2011, 2329, 2351 kommen – auch wenn sie auf konträren methodischen Ansätzen und Vorgehensweisen beruhen – jedenfalls insoweit zu gleichen Ergebnissen, dass insgesamt gesehen ein Rückgang der Beschlussmängelklagen seit Inkrafttreten des ARUG festzustellen ist. Hinsichtlich der Anfechtung von Aufsichtsratswahlen ist es nach der von *Bayer/Hoffmann/Sawada*, ZIP 2012, 897 („Beschlussmängelklagen, Freigabeverfahren und Berufskläger“), veröffentlichten Studie bei den Zahlen von Gesellschaften, bei denen es zu Klagen gegen Aufsichtsratswahlen kam, in den Jahren 2007–2011 zu einem Rückgang gekommen, S. 900. Setzt man jedoch diese Zahlen in Bezug zur Gesamtzahl der von Beschlussmängelklagen betroffenen Gesellschaften (S. 899), so ergibt sich, dass der prozentuale Anteil der von Klagen gegen Aufsichtsratswahlen betroffenen Gesellschaften seit dem Jahr 2008 angestiegen ist (von 21,3% im Jahr 2008 auf 27,5% im Jahr 2011). Auch nach der Studie von *Baums/Drinhausen/Keinath*, ZIP 2011, 2329, 2337, 2351 ist ein starker (prozentualer) Anstieg bei der Anfechtung von Aufsichtsratswahlen zu beobachten. Vgl. auch *Veil*, Diskussionsbericht, in: *Veil*, S. 135 („Hochinteressant war die Beobachtung einiger Rechtsanwälte und Unternehmensjuristen, dass die „bekannteren“ Anfechtungskläger vermehrt Beschlüsse angreifen würden, bei denen eine Freigabe nicht erfolge bzw. vorgesehen sei.“ Als Beispiele dafür wurden u. a. Wahlbeschlüsse genannt.); von *der Linden*, EWIR 2011, 201.

¹¹ Formulierung nach *Habersack*, in: FS Goette, S. 121, 132.

¹² BGH NJW 2013, 1535.