

**Die Fortführung des aktienrechtlichen Anfechtungsprozesses durch den ausgeschlossenen Aktionär  
Dr. Erich Waclawik, Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof**

Besprechung des Urteils des BGH vom 9. Oktober 2006, II ZR 46/05 – MASSA AG

*Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (im Folgenden: Senat) hat unlängst entschieden, dass ein Aktionär zur Fortführung einer aktienrechtlichen Anfechtungsklage nicht nur bei freiwilliger nachträglicher Aufgabe seiner Aktionärsstellung durch Veräußerung seiner Aktien berechtigt sei. Gleiches gelte erst recht im Falle des „zwangsweisen“ Verlustes dieser Rechtsposition durch Ausschluss nach den §§ 327 ff. AktG im Laufe des Anfechtungsprozesses. Erforderlich sei allerdings, dass der Aktionär ein rechtliches Interesse an einer solchen Verfahrensfortsetzung (im Folgenden: Fortführungsinteresse) habe. Die Bedeutung des Urteils reicht weit über den entschiedenen Einzelfall hinaus, da seit der Einführung der §§ 327a ff. AktG eine Vielzahl von „Squeeze outs“ durchgeführt wurden und nach wie vor werden. Der Fall, dass der Squeeze out einen laufenden Anfechtungsprozess „überholt“, ist daher keineswegs ungewöhnlich. Der Senat hat klargestellt, dass eine Abkürzung des schwebenden Prozesses unter Hinweis auf den Wegfall der Anfechtungsbefugnis künftig nur noch dann möglich ist, wenn das Fortführungsinteresse verneint wird. Diese Kernaussagen des Urteils dürften sowohl bei klagenden Minderheitsaktionären als auch sonst in der interessierten Öffentlichkeit kaum Widerspruch erregen. Mancher Leser mag sich fragen, ob es hier überhaupt etwas zu besprechen gibt – die Fortsetzung der Lektüre also nutzlos aufgewandte Zeit sei. Allerdings: Beide Vorinstanzen waren gegenteiliger Auffassung. Auch einige Stimmen im Schrifttum hätten den Fall wohl anders entschieden als der Senat. Dies sollte Anlass genug sein, die Skepsis zu unterdrücken und - ausgehend von dem Senatsurteil - näher zu betrachten, wie es um die Anfechtungsbefugnis des klagenden und später ausgeschlossenen Aktionärs bestellt ist.*

## **I. Der Fall, das Urteil und seine Begründung**

### **1. Sachverhalt und Urteilsausspruch**

Mit Rücksicht darauf, dass das Urteil in dieser Zeitschrift bereits veröffentlicht wurde, sei der Sachverhalt nur knapp skizziert: Mehrere Kläger und Nebenintervenienten waren bis Januar 2003 Aktionäre der beklagten Gesellschaft, der MASSA AG. Jahre zuvor, am 23. Mai 1997, waren auf deren Hauptversammlung verschiedene Beschlüsse gefasst worden, welche die Ausgliederung etlicher SB-Warenhäuser, samt des zentralen Verwaltungsbereichs, in eine Tochtergesellschaft und deren Veräußerung an die Mehrheitsaktionärin der MASSA AG, die Metro AG, zum Gegenstand hatten. Gestritten wurde im Wesentlichen um die Höhe des Kaufpreises, den die Kläger als zu gering bemängelten. Während des erstinstanzlichen Verfahrens, das sich von Juni 1997 bis zum Urteil im Februar 2004 über fast sieben Jahre hinzog, wurden die Minderheitsaktionäre durch Hauptversammlungsbeschluss vom 26. August 2002 im Verfahren nach den §§ 327a ff. AktG aus der Gesellschaft gegen Barabfindung ausgeschlossen. Nach erfolgtem Ausschluss wurden die Beschlüsse von der nunmehrigen Alleinaktionärin nach Maßgabe des § 244 AktG bestätigt und vorsorglich erneut beschlossen. Zur Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung wurde ein Spruchverfahren angestrengt.

Die Vorinstanzen, das Landgericht Mainz und das Oberlandesgericht Koblenz, hatten die Klagen bzw. Berufungen mit der Begründung zurückgewiesen, den Klägern fehle als Folge ihres Ausschlusses aus der MASSA AG die für die Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen erforderliche Klagebefugnis. Dem ist der Senat nicht gefolgt und hat das Berufungsurteil insoweit aufgehoben und – mangels Entscheidungsreife (§ 563 Abs. 3 ZPO) – den Rechtsstreit zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung über die materielle Seite des Falles, die Anwendbarkeit des § 243 Abs. 2 AktG, zurückverwiesen. Etwas weniger juristisch formuliert: Nach über neun Jahren Prozessdauer geht es nunmehr vor dem Oberlandesgericht um die materiellen Probleme des Falles. Es sei die Seitenbemerkung gestattet, dass das vorliegende Verfahren ein Lehrbeispiel dafür ist, dass in Anfechtungssachen die heute vorgesehenen drei Instanzen und das Risiko der Zurückverweisung in der Revisionsinstanz einen effektiven, zeitnahen Rechtsschutz gründlich verhindern können.

### **2. Die Entscheidungsgründe**

Im Zentrum der Entscheidungsgründe steht eine Analogie. Die Kläger seien, so der Senat, trotz des Verlustes ihrer Aktionärsstellung zur Fortführung der Anfechtungsklagen analog § 265 Abs. 2 ZPO befugt, da sie an der Fortsetzung des Rechtsstreits weiterhin ein rechtliches Interesse hätten. Schon früher habe der Senat – im Anschluss an die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Genossenschaftsrecht – für das Recht der GmbH entschieden, dass ein Kläger, der einen Beschluss mit der Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage angreife, auch nach der Veräußerung seines Geschäftsanteils den Rechtsstreit nach § 265 ZPO fortsetzen dürfe, sofern er daran noch ein rechtliches Interesse habe. Dieser Gedanke trage jedoch nicht nur im GmbH-Recht, sondern auch bei der AG, da das Anfechtungsrecht der GmbH letztlich aus dem Recht der AG abgeleitet sei. Die geschlossen gegenteilige Auffassung im älteren Schrifttum sei überholt und sachlich nicht zu rechtfertigen.

Die Vorschrift des § 265 Abs. 2 ZPO greife jedoch nicht nur bei der freiwilligen Veräußerung der streitbefangenen Sache. Anerkannt sei, dass auch Fälle des unfreiwilligen Rechtsverlusts durch Forderungsübergang oder Hoheitsakt (Enteignung, Versteigerung oder Überweisung im Rahmen der Zwangsvollstreckung) erfasst seien. Ferner habe der Senat zum Spruchverfahrensrecht bereits entschieden, dass die Antragsbefugnis nach § 3 SpruchG auch dann bestehen bleibe, wenn der Aktionär während des laufenden Spruchverfahrens seine Aktionärsstellung durch Beendigung des Unternehmensvertrags oder durch Mehrheitseingliederung verliere. Ein vergleichbarer unfreiwilliger Rechtsverlust liege auch bei dem Ausschluss der Minderheitsaktionäre nach den §§ 327a ff. AktG vor. Im Übrigen müsse man dann, wenn man Aktionären, die ihre Aktien freiwillig veräußerten, ein grundsätzliches Recht zur Fortsetzung eines laufenden aktienrechtlichen Anfechtungsprozesses zugestehe, denjenigen Aktionären, die – wie bei dem Squeeze out – ihre Aktien unfreiwillig verlören, eine entsprechende Berechtigung erst recht zugestehen.

Eine sachgerechte Begrenzung dieser auch der Prozesswirtschaftlichkeit dienenden Verfahrensfortsetzungsbefugnis erfolge auf der Ebene des Erfordernisses des rechtlichen Interesses an der Weiterführung des Prozesses im jeweiligen konkreten Einzelfall. Ein derartiges berechtigtes Fortführungsinteresse der Kläger bestehe, soweit der Ausgang des Anfechtungsverfahrens rechtlich erhebliche Auswirkungen auf die als Vermögensausgleich für den Verlust der Mitgliedsrechte zu gewährende angemessene Barabfindung haben könne. Dies sei vorliegend deshalb zu bejahen, da ein den Klägern stattgebendes Gestaltungsurteil nach Maßgabe des § 248 Abs. 1 Satz 1 AktG die Nichtigkeit der angefochtenen Beschlüsse feststellen würde. Hiervon sei sodann auch im – unterstellt – immer noch anhängigen Spruchverfahren auszugehen, was eine höhere Barabfindung als angemessen erscheinen lassen könne. Die Abweisung der Anfechtungsklagen unter Berufung auf den Wegfall der Anfechtungsbefugnis würde zwar keine vergleichbare Rechtskraftwirkung zeitigen, habe jedoch zumindest indiziell negative Wirkung in Bezug auf die maßgeblichen Wertverhältnisse im Spruchverfahren.

Die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen die Hauptaktionärin nach den Vorschriften der §§ 311 ff. AktG über den faktischen Konzern sei zwar prinzipiell möglich, aber den Klägern nicht zuzumuten. Das rechtliche Interesse der Kläger sei auch nicht deshalb entfallen, weil sie mit Rücksicht auf die vermeintliche Anwendbarkeit des § 244 Satz 2 AktG ihre Klageanträge auf den Zeitraum bis zur Bestätigung der angefochtenen Beschlüsse beschränkt hatten. Auch dieser eingeschränkte Antrag bringe in hinreichender Weise das berechtigte Interesse der Kläger an der Erlangung eines Gestaltungsurteils mit Wirkung für die Höherbewertung ihres Abfindungsanspruchs hinreichend zur Geltung.

## II. Zum Fortbestand der Anfechtungsbefugnis trotz des Ausschlusses

### 1. Die prozessrechtliche Lösung des Senats

Wie aus der gerafften Darstellung der Entscheidungsgründe deutlich wird, löst der Senat die Streitfrage primär unter Rückgriff auf § 265 Abs. 2 ZPO, also durch eine Analogie zum Prozessrecht. Für diesen Argumentationsansatz sprechen zwei Gesichtspunkte: Zum einen hat dieser Ansatz, wie der Senat selbst darlegt, in der höchstrichterlichen Rechtsprechung außerhalb des Aktienrechts eine bis auf das Reichsgericht zurückführbare Tradition. Die Übernahme in das Aktienrecht hat den Charme einer rechtsformübergreifenden Dogmatik und steht für die Kontinuität der Rechtsprechungsentwicklung. Zum anderen liegt die entsprechende Anwendung des § 265 Abs. 2 ZPO auf den ersten Blick auch im Aktienrecht tatsächlich nahe: Verklagt ein Käufer von Aktien den Verkäufer auf Übereignung und Besitzübergabe und veräußert der Verkäufer diese Aktien im Laufe des Prozesses, so hat dies nach § 265 Abs. 2 Satz 1 AktG auf den Fortgang des Prozesses keinen Einfluss. Warum sollte daher der Anfechtungskläger, der während eines laufenden Anfechtungsprozesses seine Aktien auf Grund eines Hauptversammlungsbeschlusses verliert, nicht aus dem gleichen Grund weiterprozessieren dürfen?

Betrachtet man beide Fälle näher, so ergeben sich jedoch Zweifel, ob die Frage des Fortbestands der Anfechtungsbefugnis aus § 265 ZPO abgeleitet werden kann. Die Vorschrift stellt in ihrem Abs. 1 klar, dass aus der Rechtshängigkeit eines Streits über eine Sache oder ein Recht keine Verfügungsbeschränkung erwächst. Folglich wird der Prozess zwischen den bisherigen Parteien fortgesetzt, sofern nicht ein Parteiwechsel im allseitigen Einvernehmen stattfindet, § 265 Abs. 2 Sätze 1 f. ZPO. Ein besonderes Fortführungsinteresse namentlich des Klägers verlangt hingegen weder der Wortlaut der Vorschrift noch das prozessrechtliche Schrifttum. Ein solches Interesse ist nicht erforderlich, da die Fortsetzung des Rechtsstreits zwischen den bisherigen Parteien nicht zuletzt auch dem Interesse und dem Schutz des Beklagten dient. Nur dann, wenn der Rechtsnachfolger des Klägers, der die streitbefangene Sache veräußert oder den Anspruch abgetreten hat, nicht nach § 325 ZPO von der Rechtskraft des Urteils erfasst werden würde, kann sich der Beklagte gegen die Fortführung des Prozesses wenden, indem er den Fortfall der Prozessführungsbefugnis einwendet, § 265 Abs. 3 ZPO. Bei der Beschlussanfechtung durch Aktionäre liegen die Verhältnisse indessen anders. Die Aktien des Klägers sind nicht im Sinne des § 265 ZPO „streitbefangen“. Sie sind auch nicht „dingliche Träger“ eines Anfechtungsrechts. Vielmehr wird die Anfechtungsbefugnis nahezu durchweg – auch von dem Senat – als ein subjektives Recht des Aktionärs begriffen, das unter bestimmten Voraussetzungen (§ 245 AktG) entsteht und zeitlich begrenzt (§ 246 Abs. 1 AktG) geltend zu machen ist. Die Grundfrage des vorliegenden Falles ist daher, ob und unter welchen Voraussetzungen dieses – einmal entstandene – subjektive Recht erlischt. Dass die richtige Antwort auf diese Frage nach der Auffassung des Senats in der Anwendung einer Vorschrift des Prozessrechts zu finden sein soll, wirkt vor diesem Hintergrund überraschend.

Bei näherer Betrachtung der Entscheidungsgründe ist allerdings festzustellen, dass der Senat die Lösung des Falles ohnehin nicht aus einer „schlichten Analogie“ zu § 265 ZPO gewinnt, sondern durch eine Kombination von Analogie und eigener Rechtsschöpfung. Das letztere Attribut verdient das Kriterium des „rechtlichen Interesses an der Verfahrensfortsetzung“ (Fortsetzungsinteresse), dessen Vorliegen von dem Senat in den Entscheidungsgründen ausführlich dargelegt wird. Dieses Kriterium wurde zwar bereits in älteren Entscheidungen herangezogen, ist also keine Neuentwicklung aus Anlass des vorliegenden Falles. Das ändert allerdings nichts daran, dass § 265 ZPO ein solches Fortsetzungsinteresse nicht fordert. Diese Zweifel allein belegen allerdings nicht, dass die Begründung des Senats nicht sachgerecht oder im Ergebnis falsch wäre. Sie geben allerdings Anlass zur näheren Erwägung, ob sich nicht an anderer Stelle – im Aktiengesetz – Hinweise dazu finden lassen, ob die Anfechtungsbefugnis den Verlust der Aktionärsstellung überdauert. Die Gedanken in die Richtung des (materiellen) Gesellschaftsrechts zu lenken, erscheint aus Anlass des vorliegenden aktienrechtlichen Falles näher liegend als bei den zuvor von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen aus dem GmbH- und Genossenschaftsrecht, da im Aktienrecht das Recht des Anfechtungsprozesses relativ eingehend gesetzlich geregelt ist.

### 2. Die Regelung der Anfechtungsbefugnis im Aktiengesetz

#### a) Die Vorschrift des § 245 AktG

Geht man die §§ 243 ff. AktG auf entsprechende Hinweise hin durch, so fällt zunächst § 245 AktG ins Auge, der sich schon ausweislich der Gesetzesüberschrift mit der Anfechtungsbefugnis beschäftigt. Eine vergleichende Durchsicht der dort geregelten fünf Tatbestände zeigt zunächst, dass es Kläger in aktienrechtlichen Anfechtungsprozessen gibt, denen die Innehabung von Aktien entweder überhaupt nicht möglich ist oder zumindest nicht abverlangt wird. Ersteres trifft auf den nach § 245 Nr. 4 AktG klagebefugten Vorstand zu, Letzteres auf die nach § 245 Nr. 5 AktG unter den dortigen Voraussetzungen ebenfalls klagebefugten Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats. Diese beiden Tatbestände haben in der Praxis zwar kaum Bedeutung. Sie machen aber gleichwohl deutlich, dass die Anfechtungsbefugnis nicht nur Aktionären zukommt. Schon dieser Befund spricht dagegen, dass im Fall der Anfechtungsklage durch einen Aktionär die Fortdauer des Aktienbesitzes eine selbstverständliche – gleichsam „naturgesetzliche“ – Voraussetzung für den Fortbestand der Anfechtungsbefugnis ist. Dessen ungeachtet stünde es dem Gesetzgeber sicherlich frei, ein solches Dauerbesitzerfordernis aufzustellen.

Von einigen Stimmen wird die Auffassung vertreten, dass dem § 245 AktG – genauer: deren Nrn. 1 bis 3 AktG – dieses Erfordernis inhärent sei. Dies lässt sich allerdings bei einer kritischen Durchsicht dieser Tatbestände nicht bestätigen. Den Regelungen ist gemeinsam, dass bei Erfüllung der jeweiligen Voraussetzungen der Aktionär „zur Anfechtung befugt“ ist, also die Anfechtungsklage „erheben“ darf. Da das Gesetz den Kläger in allen Alternativen als „Aktionär“ anspricht, muss er also augenscheinlich zumindest im Zeitpunkt der Klageerhebung Aktionär sein. Die Nrn. 1 und 3 ergänzen dies seit dem UMAG um das zeitbezogene Erfordernis, dass der Aktionär seine Aktien bereits vor der Bekanntmachung der Tagesordnung erworben haben muss. Demgegenüber äußert sich § 245 Nr. 2 AktG zu dem Zeitpunkt des Aktienerwerbs nicht. Allen drei Vorschriften ist jedoch gemeinsam, dass ihr Wortlaut nicht fordert, dass der Aktionär auch noch nach dem Zeitpunkt der Klageerhebung weiterhin Aktionär sein muss. Da der Gesetzgeber – auch der des UMAG – ein Dauerbesitzerfordernis in § 245 AktG ohne weiteres hätte regeln können, aber nicht geregelt hat, erscheint dies als ein gewichtiges Indiz, dass dieses Erfordernis nicht geltendes Recht ist. Auch der Umstand, dass die Anfechtungsbefugnis wohl allgemein als Ausfluss der durch die Inhaberschaft von Aktien vermittelten Mitgliedschaft verstanden wird, fordert das Dauerbesitzerfordernis nicht. Es ist auch in anderem Zusammenhang zu beobachten, dass aus der Mitgliedschaft vom Aktienbesitz „entkoppelte“ Rechte entstehen können. Das wohl wichtigste Beispiel hierfür ist der mitgliedschaftliche Gewinnanspruch des Aktionärs, der mit dem Wirksamwerden des Gewinnverwendungsbeschlusses zum selbstständig verkehrsfähigen Zahlungsanspruch wird.

Interessant ist ferner ein vertiefter Blick auf die bereits erwähnte Vorschrift des § 245 Nr. 5 AktG. Bei diesem Tatbestand kann die der Veräußerung bzw. dem Verlust der Aktien durch den klagenden Aktionär ähnliche Sachlage eintreten, dass das klagende Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrats aus dem Amt scheidet. Hierzu entspricht es der einhelligen Auffassung im Schrifttum, dass es für die Anfechtungsbefugnis der Organmitglieder nur auf den Zeitpunkt der Klageerhebung ankommt. Der Amtsverlust nach Klageerhebung führt danach nicht zu dem Wegfall der Anfechtungsbefugnis. Begründet wird dies damit, dass die durch das Gesetz bezweckte Klärung der Rechtmäßigkeit des Beschlusses möglich bleiben müsse und nicht durch den Amtsverlust des Klägers vereitelt werden dürfe. Das Schrifttum begnügt sich in diesem Zusammenhang mit der Tatsache, dass der Wortlaut des § 245 Nr. 5 AktG den Fortbestand der Amtsstellung nicht fordert und argumentiert im Übrigen teleologisch. Eine Analogie zu § 265 ZPO wird hingegen in diesem Zusammenhang von niemandem erwogen und erst recht nicht zur Begründung des Fortbestandes der Anfechtungsbefugnis für erforderlich erachtet. Desgleichen findet man in diesem Zusammenhang nicht ein einziges Plädoyer für einengendes Fortführungsinteresse. Hält man dieses Verständnis des § 245 Nr. 5 AktG und die hierbei angewandte Argumentation für richtig, so drängt sich die Frage auf, weshalb man bei der aktionärsseitig erhobenen Anfechtungsklage prozessual argumentieren sollte und überdies qua des Fortführungsinteresses die „Klärung der Rechtmäßigkeit“ bei Fortfall des Aktieneigentums nur im begründeten Einzelfall erfolgen soll. Darf dem klagenden Aktionär nicht recht sein, was dem klagenden Vorstand oder Aufsichtsrat billig ist?

## b) Hinweise aus dem „Umfeld“ des § 245 AktG

Auch die Durchsicht der dem § 245 AktG nachfolgenden Vorschriften ergibt keinen greifbaren Hinweis darauf, dass der Aktionär während des Verlaufs des Anfechtungsprozesses Aktionär bleiben muss. Es fällt im Gegenteil auf, dass die §§ 246 ff. AktG in dem Sinne „offen“ formuliert sind, dass in keiner Vorschrift der Kläger im weiteren Prozessverlauf nochmals als „Aktionär“ angesprochen wird. Auch in § 241 Nr. 5 AktG heißt es lediglich, dass ein Beschluss der Hauptversammlung nur dann nichtig ist, wenn er „auf Anfechtungsklage durch Urteil rechtskräftig für nichtig erklärt worden ist“. Dies kann man zwar dadurch erklären, dass von diesen Vorschriften nicht nur die aktionärsseitig erhobenen Anfechtungsklagen, sondern auch die Klagen nach § 245 Nr. 4 f. AktG regelungstechnisch mit abgedeckt werden. Auch wenn das diesbezügliche Schweigen des Gesetzes daher keinen zwingenden Schluss auf die vorliegend betrachtete Frage zulässt, ist jedenfalls festzustellen, dass die recht eingehende Regelung der Anfechtung im Aktiengesetz dem Gesetzgeber ausreichend Gelegenheit geboten hätte, für die aktionärsseitige Anfechtungsklage das Dauerbesitzerfordernis ausdrücklich zu normieren – sofern er dies wirklich gewollt hätte.

Einen solchen Willen des Gesetzgebers könnte man allerdings möglicherweise aus § 248 Abs. 1 Satz 1 AktG ableiten. Dort ist bestimmt, dass dann, wenn der angefochtene Hauptversammlungsbeschluss für nichtig erklärt wird, das Urteil für und gegen alle Aktionäre sowie die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats wirkt, auch wenn diese nicht Partei sind. Lässt man den Aktionär trotz der Veräußerung oder der Entziehung seiner Aktien den Anfechtungsprozess fortführen, so folgt aus der Vorschrift, dass der erfolgreiche Kläger nicht mehr von der Rechtskraft des Urteils erfasst wird. Dies ist ein sicherlich ungewöhnlicher Befund, der durch das Postulat eines Dauerbesitzerfordernisses vermieden wird. Drei Gesichtspunkte sprechen jedoch dafür, diese „Rechtskraftlücke“ hinzunehmen: Zum einen stellt sich bei Klagen nach § 245 Nr. 5 AktG die gleiche Frage bei im Prozessverlauf aus dem Amt geschiedenen Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, ohne dass dies dort zum Anlass genommen würde, an dem Fortbestand der Anfechtungsbefugnis zu zweifeln. Zum anderen soll die Erstreckung der Rechtskraft des Urteils nach § 248 Abs. 1 Satz 1 AktG und die damit einhergehende Bindung aller nach § 245 AktG anfechtungsbefugten Personen und Organe verhindern, dass sich das Gericht wiederholt mit der Gültigkeit des gleichen Hauptversammlungsbeschlusses befassen muss. Dies ist im Hinblick auf den erfolgreichen Anfechtungskläger praktisch schon deshalb ausgeschlossen, weil er sein Klageziel erreicht hat. Zudem stünde einer erneuten Klage entgegen, dass er in einem Zweitprozess die Voraussetzungen der §§ 245 f. AktG (Anfechtungsbefugnis, Klagefrist) nicht mehr herstellen könnte. Drittens handelt es sich bei der aktienrechtlichen Anfechtungsklage von vornherein um eine spezielle Klageform, bei welcher der Kläger nicht primär sein eigenes Recht verfolgt, sondern eine „Rechtskontrollklage“ erhebt, die zwar nicht im öffentlichen, wohl aber im Interesse der gesamten Organisation „Aktiengesellschaft“ und ihrer Organe und Gesellschafter liegt. Diese Abstraktion der Funktion der Klage von den individuellen Rechtsschutzziele des Klägers lässt es hinnehmbar erscheinen, dass der klagende, ehemalige Aktionär nicht durch die Rechtskraft des Urteils gebunden wird. Dem entspricht der Standpunkt des Senats, sofern ein Fortführungsinteresse vorliegt. Dieser ist auch dadurch gerechtfertigt, dass eine echte „Rechtskraftlücke“ in Wahrheit auch nicht vorliegt, da das Urteil alle diejenigen bindet, die es angeht.

## c) Zwischenergebnis

Fasst man das Ergebnis der Analyse der aktienrechtlichen Vorschriften zusammen und vergleicht man es mit der Begründung des Senats, so ist als Zwischenergebnis Folgendes festzustellen: Der Auffassung des Senats, dass der Verlust der Mitgliedschaft durch Ausschluss den vormaligen Aktionär nicht an der Fortführung seiner Anfechtungsklage hindert, ist im Ergebnis beizutreten. Dies mit einer Analogie zu § 265 ZPO zu begründen, ist hingegen nicht erforderlich. Überzeugender erscheint der Hinweis darauf, dass das Aktiengesetz kein Dauerbesitzerfordernis aufstellt und weder der Fall des Ausschlusses noch die freiwillige Veräußerung der Aktien „anfechtungsschädlich“ ist. Ebenso wenig fordert das Aktiengesetz jedoch – hier endet das Einvernehmen mit dem Senat – ein Fortführungsinteresse. Das Gesetz lässt es vielmehr genügen, dass die Anfechtungsbefugnis im Zeitpunkt der Klageerhebung besteht. Insoweit behandelt das Aktiengesetz Aktionäre, Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder gleich.

## 3. Teleologische und praktische Stimmigkeit der aktienrechtlichen Regelung

Da sich Gesetzesanwendung auch im Aktienrecht nicht in Paragrafenlektüre und systematischer Auslegung erschöpft, muss der im vorangegangenen Abschnitt ermittelte Gesetzesbefund auch mit dem Sinn und Zweck der aktienrechtlichen Anfechtungsklage konform gehen. Ferner sei im Sinne einer „praktische Auslegung“ kritisch hinterfragt, ob man mit der Gesetzeslage auch in der Praxis leben kann.

### a) Zum Sinn und Zweck der aktienrechtlichen Anfechtungsklage

Indem der Senat dem ausgeschlossenen Aktionär einerseits zwar grundsätzlich die Fortsetzung des Anfechtungsprozesses gestattet, andererseits aber ein im Einzelfall zu bestimmendes Fortsetzungsinteresse fordert, bringt er implizit ein Verständnis der Anfechtungsklage als eines Instruments – zumindest auch – des Individualrechtsschutzes zum Ausdruck. Der vormalige Aktionär, der eine bereits erhobene Anfechtungsklage (erfolgreich) fortführen will, muss ein eigenes rechtliches Interesse verfolgen, das über die Klärung der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Hauptversammlungsbeschlusses hinausgeht. Dies steht in einem erklärungsbedürftigen Spannungsverhältnis zu der ansonsten auch von dem Senat vertretenen, wohl allgemeinen Auffassung, dass die Anfechtungsklage nach ihrem grundsätzlichen Wesen eine „Rechtskontrollklage“ ist, bei der es um die Klärung der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Hauptversammlungsbeschlusses geht. Die Anfechtungsklage stehe – so der Senat in die ständige Rechtsprechung – dem Gesellschafter auch dann zu, wenn er kein persönliches Interesse an der Vernichtung des angefochtenen Beschlusses habe. Für dieses Verständnis spricht, dass das Prozessziel – die Nichtigerklärung des angefochtenen Hauptversammlungsbeschlusses – nach den §§ 241 Nr. 5, 248 Abs. 1 Satz 1 AktG weit über das bilaterale Verhältnis zwischen dem klagenden Aktionär und seiner Gesellschaft hinausgeht.

Dementsprechend hat der Vorstand der Aktiengesellschaft die Klageerhebung und den Termin zur mündlichen Verhandlung unverzüglich in den Gesellschaftsblättern bekanntzumachen, § 246 Abs. 4 Satz 1 AktG. Der Anfechtungsprozess ist damit eine (gesellschafts-)öffentliche Angelegenheit, zu dem die Aktionäre – über die grundsätzliche Öffentlichkeit von Zivilprozessen (§ 169 Satz 1 GVG) hinausgehend – gleichsam eingeladen werden. Er schafft das sowohl die Gesellschaft als auch alle Aktionäre betreffende Risiko, dass der angefochtene Hauptversammlungsbeschluss für nichtig erklärt wird. Dies spricht dafür, dass in dem einmal angestregten Prozess die Beschlusswirksamkeit ein für allemal geklärt wird und die Klärung nicht von einem fortwirkenden Individualinteresse des Klägers abhängen soll. Man kann sicherlich mit dem Senat auch den gegenteiligen Standpunkt einnehmen. Nur bedarf es vor dem aufgezeigten Hintergrund – auch der Senatsrechtsprechung – einer Begründung, weshalb der ehemalige Aktionär zwar weiter klagen darf, sich aber die Anfechtungsklage mit dem Verlust der Aktien von einer Rechtskontrollklage zu einer notwendig auch dem Individualrechtsschutz dienenden Klage wandelt. Der Senat spricht hier nur knapp davon, dass die Verfahrensfortsetzungsbefugnis eine „sachgerechte Begrenzung“ durch das Fortführungsinteresse finde, das im jeweiligen konkreten Einzelfall zu bestimmen sei. Die „Sachgerechtigkeit“ wird damit jedoch lediglich behauptet. Dargelegt wird sie hingegen nicht.

Zu trennen von der hier betrachteten Frage sind diejenigen Fälle, in denen der Anfechtungskläger – was bei börsennotierten Gesellschaften eher die Regel als die Ausnahme ist – das Instrument der Anfechtungsklage geschäftsmäßig instrumentalisiert. Dies ist ein Thema des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB), der gegen die Begründetheit der Klage schlechthin spricht und nicht erst anlässlich des Ausschlusses des Aktionärs mit einem ungeschriebenen Fortführungsinteresse bekämpft werden sollte. Im Übrigen ist in diesem Zusammenhang der Gesetzgeber gefordert. Ferner sind diejenigen Anfechtungsprozesse gesondert zu würdigen, die jenseits des gesetzlichen Regelbilds der Publikumsaktiengesellschaft stattfinden. Bei Gesellschaften mit kleinem Gesellschafterkreis, wie häufig bei der GmbH, aber auch bei nicht börsennotierten Familienaktiengesellschaften anzutreffen, dürfte die Anfechtungsklage häufig die Folge eines Familienstreits oder Teil einer Auseinandersetzung zwischen mehreren Gesellschaftern bzw. Gesellschaftergruppen sein. In

solchen Anfechtungsprozessen bildet vielfach nicht die Beschlusswirksamkeit den Kern des Rechtsstreits, sondern die Schwächung oder gar Verdrängung von Mitgesellachtern aus der Gesellschaft. In derartigen Fällen kann sich ebenfalls die Missbrauchsfrage stellen. Aber auch „unterhalb“ des Rechtsmissbrauchs erscheint es in solchen Prozessen erwägenswert, anlässlich des Ausscheidens des Klägers als Gesellschafter zu prüfen, ob der Kläger den Anfechtungsprozess bzw. verdeckten Gesellschafterstreit noch fortführen darf. Eine „sachgerechte Begrenzung“ kann in diesen Fällen in zwei verschiedenen Intensitätsstufen erfolgen: Zum einen kann man – auf der Linie der Senatsrechtsprechung – eine positive Feststellung der Fortführungsbefugnis in jedem Einzelfall fordern. Denkbar wäre zum anderen eine abgemilderte Begrenzung in dem Sinne, von einem Grundsatz des Fortbestands der Anfechtungsbefugnis auszugehen. Das Fortführungsinteresse könnte jedoch im Einzelfall bei Vorliegen besonderer Gründe mit dem (freiwilligen oder zwangsweisen) Ausscheiden des Klägers als Gesellschafter entfallen. Es liegt auf der Hand, dass die zweite Variante den geringeren Eingriff in das Modell der Anfechtungsklage als Rechtskontrollklage bedeutet.

Die vorstehenden Überlegungen führen jedoch sowohl über den hier zu Grunde liegenden Fall als auch über den Zweck und die Möglichkeiten dieses Beitrags hinaus. Kehrt man daher zu dem Fall „MASSA“ zurück, so ist für diesen und für den – aus der Perspektive des aktienrechtlichen Anfechtungsprozesses – Regelfall der börsennotierten Publikumsaktiengesellschaft hingegen festzuhalten, dass auch die Funktion der Anfechtungsklage von dem Kläger im Fall des Verlustes oder der Veräußerung seiner Aktien nicht den Nachweis eines Fortführungsinteresses fordert.

#### **b) Praktische Kontrollüberlegungen**

Vergleicht man die bisherigen Überlegungen mit der Lösung des Senats, so dürften für die hier vertretene Lösung vor allem zwei Gesichtspunkte sprechen: Zum einen kann – sofern man ein Fortführungsinteresse fordert – im Einzelfall zweifelhaft sein, ob ein solches Interesse tatsächlich vorliegt. Dies zeigt gerade der vorliegende Fall: Obwohl man ein Fortführungsinteresse der Anfechtungskläger aus den von dem Senat dargelegten Gründen recht eindeutig bejahen kann, nimmt die Darlegung dieses Fortführungsinteresses einen erheblichen Teil der Entscheidungsgründe ein. Ferner zeigt der Fall, dass man auch in vergleichsweise eindeutigen Fällen nicht sicher damit rechnen kann, dass dies von den zuständigen Gerichten auch erkannt wird. Beide Instanzgerichte hatten, wie eingangs erwähnt, das Fortführungsinteresse auf Grund des Verlustes der Aktien abgelehnt. Der Senat hat diesen Ansatz zwar verworfen und insoweit für Rechtssicherheit gesorgt. Durch das Erfordernis des Fortführungsinteresses wurde allerdings ein neues, nicht sicher greifbares Kriterium in den aktienrechtlichen Anfechtungsprozess eingeführt. Die Kläger – auch und gerade diejenigen, die gegen ihren Willen aus der Gesellschaft ausgeschlossen wurden – geraten in die missliche, weil rechtsunsichere Lage, dass über ihrem Prozess fortan das Damoklesschwert der Verneinung des Fortführungsinteresses durch das (Instanz-)Gericht schwebt.

Diese Ungewissheit ist umso unangenehmer, als der Aktionär seinen Prozess mit unvermindertem bzw. im Hinblick auf die Darlegung des Fortführungsinteresses sogar mit erhöhtem Aufwand fortführen muss, um sodann im Urteil in erster und/oder in zweiter Instanz möglicherweise damit abgefertigt zu werden, er hätte sich auf Grund des Wegfalls seines Fortführungsinteresses eigentlich die Mühe des Sachvortrages sparen können. Die vom Senat als Argument für die Verfahrensfortsetzung hervorgehobene Prozesswirtschaftlichkeit wird daher durch das Kriterium der Fortsetzungsbefugnis im Einzelfall wieder konterkariert. Der aus diesem Grund unterlegene Kläger wird sie jedenfalls nicht wahrnehmen. Ferner schafft dieses Kriterium die Gefahr, dass die Gerichte im Einzelfall übertrieben hohe Anforderungen an das Fortführungsinteresse stellen, da sie sich hierdurch die Auseinandersetzung mit ggf. schwierigen materiell-rechtlichen Fragen ersparen können. Als Beispiel sei nochmals auf das Urteil des Oberlandesgerichts im vorliegenden Verfahren hingewiesen. Fordert man kein Fortführungsinteresse, so stellt sich ferner die Frage nicht, ob der ausgeschlossene Aktionär für seinen Ausschluss gestimmt hat und dies ggf. sein Fortführungsinteresse beseitigt.

Zum anderen gibt es Anfechtungsprozesse, hinsichtlich derer nie Zweifel daran bestanden, dass sie auch dann fortgeführt werden können, wenn der Aktionär seine Aktien unfreiwillig verliert. Dies betrifft alle diejenigen Fälle, in denen das Gesetz ein Freigabeverfahren zur beschleunigten Handelsregistereintragung eines Hauptversammlungsbeschlusses vorsieht, der zum Ausschluss der (Minderheits-)Aktionäre führt. In diesen Fällen können die Anfechtungskläger, die im Freigabeverfahren unterlegen sind und die daher durch die „vorzeitige“ Eintragung des Hauptversammlungsbeschlusses aus der Aktiengesellschaft ausscheiden, selbstverständlich das „Hauptsacheverfahren“ fortsetzen. Die Gegenauffassung muss diese Fälle damit erklären, dass es sich bei ihnen um Sonderfälle handelt, die aus dem speziellen Dualismus von Eil- und Normalprozess resultieren. Ausgehend von der hier vertretenen Auffassung handelt es sich hingegen nicht um Sonderfälle, sondern um Fallgestaltungen, in welchen besonders deutlich wird, dass insbesondere der Aktienverlust durch Strukturmaßnahmen das Interesse der Anfechtungskläger an der Fortführung ihrer Prozesse nicht hindert.

#### **4. Folgerungen aus der Neufassung des § 123 Abs. 3 AktG durch das UMAG**

Für den hier besprochenen Fall, der seinen Ausgang im Jahr 1997 genommen hat, war das UMAG noch nicht von Bedeutung. Im Hinblick auf diejenigen „Neufälle“ hingegen, in denen die umstrittene Hauptversammlung und Beschlussfassung nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes am 1. November 2005 erfolgte, ist für die hier betrachtete Frage eine weitere Vorschrift von Interesse. Diese fällt nicht auf den ersten Blick ins Auge, da sie abseits der Anfechtungsvorschriften liegt. Angesprochen ist damit die Regelung über den Nachweis der Berechtigung zur Teilnahme an der Hauptversammlung gemäß § 123 Abs. 3 AktG. Diese Regelung betrifft (die am meisten verbreiteten) Inhaberaktien und knüpft an die ältere Regelung in § 67 Abs. 2 AktG über die Legitimation des Namensaktionärs gegenüber seiner Gesellschaft an. Nach ihr kann die Satzung bestimmen, wie die Berechtigung zur Teilnahme an der Hauptversammlung und zur Ausübung des Stimmrechts nachzuweisen ist, § 123 Abs. 3 Satz 1 AktG. Bei börsennotierten Gesellschaften reicht hierzu ein in Textform erstellter „besonderer Nachweis des Anteilsbesitzes“ durch das depotführende Institut aus, § 123 Abs. 3 Satz 2 AktG. Der Nachweis hat sich nicht auf den Tag der Hauptversammlung (was er auch schwerlich könnte), sondern auf den Beginn des 21. Tages vor der Versammlung – den sog. „record date“ – zu beziehen, § 123 Abs. 3 Satz 3 AktG.

Nach § 123 Abs. 3 Satz 4 AktG gilt im Verhältnis zur Gesellschaft für die Teilnahme an der Hauptversammlung oder für die Ausübung des Stimmrechts nur derjenige als Aktionär, der den Nachweis erbracht hat. Die Vorschrift stellt eine Fiktion auf, die nach der Gesetzesbegründung zum UMAG eine relative Berechtigung des Nachweisenden gegenüber der Gesellschaft bis zum Ende der Hauptversammlung bewirkt. Die Vorschrift führe zur einer unwiderleglichen Vermutung der Mitgliedschaft im Verhältnis zur Gesellschaft. Dies entspreche der der Eintragung des Namensaktionärs im Aktienregister, § 67 Abs. 2 AktG. Die Gesetzesbegründung geht ferner ausdrücklich davon aus, dass die Vermutungswirkung des § 123 Abs. 3 Satz 4 AktG auch und gerade durch eine Veräußerung der Aktien zwischen dem record date und dem Tag der Hauptversammlung nicht zerstört wird.

Aus dieser Regelung und dem dazu erklärten Willen des Gesetzgebers lassen sich für die hier betrachtete Frage verschiedene Schlussfolgerungen ableiten: Die Gesetzesbegründung erweist, dass die Fiktionswirkung des § 123 Abs. 3 Satz 4 AktG über die in dem Wortlaut der Vorschrift ausdrücklich genannte Teilnahme an der Hauptversammlung und die Ausübung des Stimmrechts hinausgeht. Der Nachweisende ist zur umfassenden Ausübung der Rechte aus denjenigen Aktien befugt, die in dem „besonderen Nachweis des Anteilsbesitzes“ dokumentiert sind. Daher ist der in der Hauptversammlung erschienene (oder ordnungsgemäß vertretene) Nachweisende berechtigt, nach § 245 Nr. 1 AktG seine Anfechtungsbefugnis dadurch herzustellen, dass er Widerspruch zur Niederschrift erklärt bzw. erklären lässt. Auch die Entstehung der Anfechtungsbefugnis nach § 245 Nr. 2 und Nr. 3 AktG erscheint denkbar. Im Anwendungsbereich des § 123 Abs. 3 Satz 4 AktG ist es somit möglich, dass Personen die Anfechtungsbefugnis erlangen, die zu diesem Zeitpunkt nicht mehr Aktionäre sind.

Schon vor dem UMAG entsprach dies, worauf die Gesetzesbegründung selbst hinweist, der Rechtslage bei Aktiengesellschaften mit Namensaktien. Für diese Aktien folgt aus § 67 Abs. 2 AktG, dass als Aktionär nur gilt, wer als solcher im Aktienregister eingetragen ist. Die Vermutungswirkung einer ordnungsmäßigen Eintragung umfasst alle mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten und daher auch das

Anfechtungsrecht. Vor der Neufassung des § 123 Abs. 3 AktG konnte man die Vorschrift des § 67 Abs. 2 AktG jedoch als Sonderregel für Ausnahmefälle begreifen, aus der besser keine weitergehenden Schlüsse gezogen werden sollten. Seit dem UMAG ist es jedoch nunmehr bei beiden Typen von Aktien und für die wohl weit überwiegende Zahl der Aktiengesellschaften so, dass es für die Ausübung der Aktionärsrechte auf der Hauptversammlung und für die Erlangung der Anfechtungsbefugnis nicht zwingend erforderlich ist, dass die Versammlungsteilnehmer an diesem Tag noch Aktionäre der Gesellschaft sind. Ist dem aber so, so kann man solchen anfechtungsbefugten Ex-Aktionären wohl kaum die Befugnis zur Erhebung der Anfechtungsklage mit der Begründung versagen, sie seien keine Aktionäre mehr. Hält man daher die Anfechtungsklage dieser Aktionäre für zulässig, so kann man konsequenterweise auch nicht den Fortbestand der Aktieninhaberschaft als Voraussetzung für den Fortbestand der Anfechtungsbefugnis fordern. Erst recht kann dann nicht mehr gefordert werden, dass ein im Prozessverlauf aus der Gesellschaft ausgeschlossener Aktionär ein berechtigtes Interesse an der Fortführung seines Anfechtungsprozesses nachweist. Die Fiktion des § 123 Abs. 3 Satz 4 AktG ist mit Rücksicht auf das zeitweilige Auseinanderfallen von „operativer“ und materieller Aktionärsstellung, aus der die aufgezeigten Folgewirkungen resultieren, im Schrifttum kritisch aufgenommen worden. Diese Folgewirkungen lassen sich aber schwerlich ignorieren, so lange man den Gesetzgeber beim Wort nimmt und ihn an seiner Begründung festhält. Man darf gespannt sein, wie sich der Senat hierzu bei passender Gelegenheit stellen wird.

### III. Ergebnisse

1. Der im Zeitpunkt der Erhebung der Anfechtungsklage anfechtungsbefugte Aktionär verliert die Befugnis zur Fortführung seiner Klage nicht dadurch, dass er aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird. Der Senat begründet dieses Ergebnis mit einer Analogie zu § 265 Abs. 2 ZPO. Überzeugender erscheint es jedoch, darauf abzustellen, dass weder der Wortlaut der einschlägigen Vorschriften des Aktiengesetzes noch der Zweck der aktienrechtlichen Anfechtungsklage die Fortdauer des Aktienbesitzes fordern. Dies gilt – über den vorliegenden Fall hinaus – nicht nur für den Ausschluss nach den §§ 327a ff. AktG oder für den anderweitig unfreiwilligen Aktienverlust, sondern auch für den Fall der Veräußerung der Aktien.

2. Der Senat lässt die Fortsetzung des Anfechtungsprozesses nur zu, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse (Fortführungsinteresse) nachweisen kann. Das Fortführungsinteresse folgt indessen weder aus § 265 ZPO noch wird es von dem Wortlaut oder dem Zweck der Anfechtungsvorschriften des Aktiengesetzes gefordert. Jedenfalls für den Fall der börsennotierten Publikumsaktiengesellschaft sollte daher kein Fortführungsinteresse verlangt werden. Für diese Lösung spricht zudem, dass sie in ihrer praktischen Handhabung ebenso rechtssicher wie einfach ist.

3. Die vorstehenden Ergebnisse werden für „Neuprozesse“, mit denen Beschlüsse angegriffen werden, die unter der Ägide des UMAG gefasst wurden, durch die Regelung des § 123 Abs. 3 Satz 4 AktG gestützt. Bei Namensaktien ist auf die schon zuvor geltende Vorschrift des § 67 Abs. 2 AktG hinzuweisen. Das danach mögliche zeitweilige Auseinanderfallen von materieller Aktionärsstellung und der Befugnis zur umfassenden Ausübung der Aktionärsrechte auf der Hauptversammlung, das der Gesetzgeber gesehen und bewusst in Kauf genommen hat, strahlt auch auf die gerichtliche Nachbereitung der Hauptversammlung aus.