

Prof. Dr. Jan LIEDER, LL.M. (Harvard)**

ZUSAMMENFASSUNG

1. Der Interessenwiderstreit zwischen dem Veräußerungsinteresse des Namensaktionärs und dem Kontrollinteresse der AG entlädt sich in der Praxis in einer Vielzahl ganz unterschiedlich gelagerter Rechtsstreitigkeiten.

2. Ist die Aktientransaktion zustimmungsbedürftig, hat der Veräußerer auf Grundlage der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht einen klagbaren Zustimmungsanspruch, soweit sich die Verweigerung der Zustimmungserteilung als ermessenfehlerhaft erweist und die AG im Prozess keinen sachlichen Verweigerungsgrund anführen kann.

3. Das gilt auch für den Fall, dass die AG die Zustimmungserteilung endgültig rechtswidrig verweigert. Die Berufung auf die rechtswidrige Zustimmungsverweigerung bedeutet eine unzulässige Rechtsausübung.

4. Allerdings steht der gesellschaftsrechtliche Zustimmungsanspruch nur dem Veräußerer zu. Ist der Erwerber kein Aktionär, ist auf eine Anspruchsverfolgung im Wege gewillkürter Prozessstandschaft verwiesen.

5. Umgekehrt können die an der Transaktion nicht beteiligten Aktionäre eine bevorstehende Zustimmung des Vorstands nur abwehren, wenn nicht das Leitungsorgan, sondern die Hauptversammlung für die Zustimmungserteilung zuständig ist (§ 68 Abs. 2 S. 3 AktG).

6. Das ist entgegen einer gewichtigen Literaturauffassung aber nicht nur deshalb der Fall, weil die Übertragung vinkulierter Namensaktien zur Entstehung einer Mehrheitsbeteiligung oder Sperrminorität führt.

7. Auch die rechtswidrige Zustimmungserteilung legitimiert im Grundsatz das zwischen den Vertragsparteien geschlossene Verfügungsgeschäft, es sei denn, der Vorstand missbraucht seine Zustimmungsmacht in objektiv evidenter Weise oder wirkt mit dem Erwerber kollusiv zusammen.

Schlüsselwörter: Namensaktien, Vinkulierung, Zustimmung, Zustimmungsanspruch, Rechtsschutz

ABSTRACT

1. In case of a disposal of registered shares with restricted transferability, the supervisory interests of the corporation clashes with the selling interest of the holder of the registered shares. This leads to manifold legal disputes.

2. If the transaction requires the consent of the corporation, the transferor may require the approval of the corporation based on the general duty of loyalty of the corporation. However, this claim only exists if the corporation has exercised its discretion unlawfully and cannot justify the refusal on objective, factual grounds.

3. Even after the corporation has unlawfully refused to approve the transaction, the enforceable claim for approval persists. When invoking the unlawful refusal, the corporation impermissibly exercises that right.

4. Only the transferor is entitled to claim the right of approval. The transferee may assert that claim in a derivative suit, this is, in its own name on behalf of the transferor.

5. The non-involved shareholders of the corporation may only prevent the approval of the management board, if the articles of association assign this authority to the stockholders' meeting (sec. 68 (2) German Stock Corporation Act).

6. Contrary to an important view in legal literature, the non-involved shareholders of the corporation cannot prevent the approval of the management board, only because such an assignment leads to the formation of a controlling interest or blocking minority.

7. The unlawful approval of the management board is sufficient for a valid transaction of registered shares. Only in case of collusion or obvious misuse of the management board's power, the transaction is void.

Keywords: Registered shares, restricted transferability, approval, right of approval, litigation

* Dieser Aufsatz wurde am 27 November 2014 auf dem I. Internationalen Symposium zum Handelsrecht vorgetragen.

** Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht, Zivilprozessrecht, Europäisches und Internationales Privatrecht, Rechtsökonomik und Rechtsvergleichung sowie geschäftsführender Direktor des Instituts für Wirtschafts- und Steuerrecht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, (jlieder@law.uni-kiel.de).

I. EINFÜHRUNG UND GRUNDLAGEN

A. Rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung vinkulierter Namensaktien

Vinkulierte Namensaktien werden in der Unternehmenspraxis aus einer Vielzahl unterschiedlicher Beweggründe eingesetzt.¹ Neben der Sicherung der Zahlungsfähigkeit von Aktionären besteht das zentrale Motiv der angeordneten Vinkulierung darin, durch die gezielte Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung die Zusammensetzung des Aktionärskreises zu kontrollieren und aktiv zu steuern. Ein ohne die erforderliche Zustimmung geschlossenes Übertragungsgeschäft ist schwebend unwirksam² und lässt die Beteiligungsstruktur der AG folglich unberührt. Einem Kontrollzweck dienen namentlich die gesetzlichen Vinkulierungsregeln für Gesellschaften mit freiberuflicher Tätigkeit (vgl. §§ 28 Abs. 5 S. 2, 130 Abs. 2 WPO; § 50 Abs. 5 S. 2 StBerG). In Familiengesellschaften dienen Vinkulierungsklauseln der Perpetuierung bestehender Mehrheitsverhältnisse³ und dem Schutz gegen das Eindringen familienfremder Dritter⁴.

B. Interessenwiderstreit

Das Kontroll- und Steuerungsinteresse der AG bzw. der Hauptversammlungsmehrheit tritt im Fall der Zustimmungsverweigerung in Konflikt zu dem (individuellen) Veräußerungsinteresse des Namensaktionärs und zugleich auch zum Erwerbsinteresse des Kaufinteressenten sowie zum (überindividuellen) Interesse an der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs im Allgemeinen⁵ und der ungehinderten Zirkulationsfähigkeit von Aktien im Besonderen⁶. Aus diesem Interessenwiderstreit speisen sich Rechtsstreitigkeiten ganz unterschiedlicher

Zielrichtung.⁷ Die hiermit in Zusammenhang stehenden Rechtsfragen sind bis heute nicht abschließend geklärt.

II. PLURALITÄT DER KLAGEZIELE

In der typischen Fallgestaltung erstrebt der veräußerungswillige Aktionär die Erteilung der Zustimmung durch die AG. Einer Leistungsklage auf Zustimmungserteilung gedanklich vorgelagert ist allerdings die Frage, ob die konkrete Transaktion überhaupt zustimmungsbedürftig ist (dazu III.). Steht dies außer Zweifel, ist im Folgenden danach zu differenzieren, ob sich die AG zum Ersuchen des Aktionärs bereits geäußert hat oder nicht (dazu IV. A. und B.). Besondere Probleme bereitet in diesem Zusammenhang der Rechtsschutz des Erwerbers (dazu IV. C.). Umgekehrt können an der Transaktion nicht beteiligte Aktionäre auch ein Interesse daran haben, eine bevorstehende Zustimmungserteilung und damit die Veräußerung vinkulierter Namensaktion zu verhindern (dazu V. A.) oder gegen eine unwirksame Zustimmungserteilung vorzugehen (dazu V. B.).

III. MANGELNDE ZUSTIMMUNGSBEDÜRFTIGKEIT

Der Erwerber wird auch ohne die Zustimmung der AG Inhaber der vinkulierten Namensaktien und kann dies – ebenso wie der Veräußerer⁸ – durch Erhebung einer Feststellungsklage verbindlich feststellen lassen⁹, wenn die Vinkulierungsklausel entweder unwirksam ist oder wenn der konkrete Übertragungsvorgang oder die übertragenen Aktien von der Satzungsbestimmung inhaltlich nicht erfasst sind.

A. Unwirksame Vinkulierungsklausel

Zum einen muss die Vinkulierungsklausel in formeller Hinsicht wirksam in die Satzung aufgenommen worden sein. Wird die Zustimmungspflicht erstmals durch Satzungsänderung eingeführt

1 Instruktiver Überblick bei **MünchKommAktG/Bayer** 3. Aufl. 2008 § 68 Rn. 35 ff.; **Hüffer/Koch** AktG 11. Aufl. 2014 § 68 Rn. 10.

2 RGZ 132, 149, 157; BGH NJW 1954, 1155 (zur KG); **Hüffer/Koch** (Fn. 1), § 68 Rn. 16; **KölnKommAktG/Lutter/Drygala** 3. Aufl. 2009 § 68 Rn. 93; zum Teil abweichend **E. Ulmer** FS Schmidt-Rimpler 1957 S. 261, 270 ff.

3 Dazu ausf. **Lutter/Grunewald** AG 1989, 109 ff.

4 Speziell zu Familiengesellschaften etwa **Hennerkes/May** DB 1988, 537 ff.

5 Zur Sukzessionsfreiheit demnächst umfassend **Lieder**, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 83 ff.

6 BGHZ 160, 253, 256 f. m. zust. Anm. **Bayer/Lieder** LMK 2004, 224 f.; BayObLG ZIP 1989, 638, 640; **MünchKommAktG/Bayer** (Fn. 1), § 68 Rn. 34; **K. Schmidt/Lutter/Bezenberger** AktG 2. Aufl. 2010 § 68 Rn. 2; **Spindler/Stilz/Cahn** AktG 2. Aufl. 2010 § 68 Rn. 28; **Lieder** ZHR 172 (2008), 306, 308.

7 Der Beitrag vertieft ausgewählte Probleme, die auch den Gegenstand der Bearbeitung in **MünchHdb GesR VII/Lieder** § 25 Rn. 1 ff. (im Erscheinen) bilden.

8 **MünchKommAktG/Bayer** (Fn. 1), § 68 Rn. 58; **Mehrbrey/Massari/Stegmaier**, Handbuch gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten, 2013, § 5 Rn. 25; **Degner**, Die vinkulierte Versicherungsaktie im Börsenhandel, 1964, S. 40.

9 **GroßkommAktG/Merkt** 4. Aufl. 2008 § 68 Rn. 514; **MünchKommAktG/Bayer** (Fn. 1), § 68 Rn. 58; **Mehrbrey/Massari/Stegmaier** (Fn. 8), § 5 Rn. 25; **Degner** (Fn. 8), S. 40.

oder eine bestehende Vinkulierungsregelung verschärft, bedarf der Hauptversammlungsbeschluss gem. § 180 Abs. 2 AktG der Zustimmung aller betroffenen Aktionäre.¹⁰

Zum anderen darf die Vinkulierungsklausel nicht gegen materielles Aktienrecht verstoßen. Hierbei kommt der in § 23 Abs. 5 AktG normierten Satzungsstrenge besondere Bedeutung zu. Da sich die Zustimmungspflicht nach § 68 Abs. 2 AktG ausschließlich auf das Vollzugsgeschäft bezieht, das in Ermangelung der erforderlichen Zustimmung schwebend unwirksam ist,¹¹ verstoßen an das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft gebundene Vinkulierungsklauseln gegen § 23 Abs. 5 AktG und sind daher unwirksam.¹² Das gleiche Schicksal erleiden Satzungsregeln, die über den Anwendungsbereich des § 68 Abs. 2 S. 1 AktG hinausgehen,¹³ indem sie die Übertragung vinkulierter Namensaktien überhaupt¹⁴ oder zumindest für eine bestimmte Gruppe von Aktionären, wie zB Familienfremde, gänzlich ausschließen,¹⁵ oder aber Übertragungspflichten, wie zB Vorkaufsrechte, begründen¹⁶. Unwirksam sind ferner Zustimmungsverbote, wonach die AG verpflichtet sein soll, die Zustimmung bei Vorliegen bestimmter Umstände nicht zu erteilen (§ 23 Abs. 5 iVm. § 68 Abs. 2 S. 4 AktG).¹⁷ Zudem können Klauseln gegen die unionsrechtliche Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 63 AEUV sowie das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV verstoßen, wenn ausschließlich Investoren aus anderen EU-Staaten von dem Erwerbshindernis betroffen sind, dessen Aufnahme in die Satzung auf maßgeblichem staatlichem Einfluss beruhte.¹⁸

B. Anwendungsbereich der Vinkulierungsklausel

Auch wenn die Vinkulierungsklausel wirksam ist, bedarf es keiner Zustimmung der AG, soweit der konkrete Übertragungsvorgang vom Anwendungsbereich nicht erfasst ist. Insofern ist man sich einig, dass Vinkulierungsregeln grundsätzlich nur die Übertragung von Namensaktien im Wege einer rechtsgeschäftlichen Einzelnachfolge erfassen. Demgegenüber bedarf es keiner Zustimmung bei gesetzlichen Erwerbsvorgängen und Rechtsübergängen kraft Gesamtnachfolge.¹⁹

Dass der Anteilserwerb im Wege der Universalsukzession aus dem Anwendungsbereich der Vinkulierungsklausel herausgenommen ist, beruht allerdings nicht darauf, dass sich die Gesamtnachfolge auf das Vermögen als solches bezieht und daher auf Ebene der Einzelnachfolge angesiedelte Übertragungshindernisse keine Geltung beanspruchen können.²⁰ Gegenstand der Universalsukzession ist nämlich kein (singuläres) Recht *am* Vermögen als solchem²¹, das der modernen Privatrechtsdogmatik fremd ist²². Vielmehr gehen die zum Vermögen gehörenden Rechte und Pflichten – unter Geltung des Spezialitätsprinzips²³ – schlicht einheitlich und zeitgleich (*uno actu*) als Ganzes auf den Gesamtnachfolger über.²⁴

Der tiefere Grund für die Unanwendbarkeit der Vinkulierungsklausel liegt vielmehr darin, dass im Erbfall sowie im Fall der Verschmelzung und

10 BGHZ 160, 253, 256 f. m. zust. Anm. **Bayer/Lieder** LMK 2004, 224; **Spindler/Stilz/Cahn** (Fn. 6), § 68 Rn 40; **MünchKommAktG/Bayer** (Fn. 1), § 68 Rn. 40.

11 Siehe oben Fn. 2.

12 **MünchKommAktG/Bayer** (Fn. 1), § 68 Rn. 38; **GroßkommAktG/Merkt** (Fn. 9), § 68 Rn. 305; **Bürgers/Körber/Wieneke** AktG 3. Aufl. 2014 § 68 Rn. 13; **Lieder** ZHR 172 (2008), 306, 309.

13 BGHZ 160, 253, 256 f. m. zust. Anm. **Bayer/Lieder** LMK 2004, 224; BayOblG ZIP 1989, 638, 641 (für Belegschaftsaktien); LG Mannheim AG 1967, 83, 84; **Hüffer/Koch** (Fn. 1), § 68 Rn. 14; **K. Schmidt/Lutter/Bezenberger** (Fn. 6), § 68 Rn. 16.

14 **GroßkommAktG/Merkt** (Fn. 9), § 68 Rn. 302; **Bürgers/Körber/Wieneke** (Fn. 12), § 68 Rn. 19; **KölnKommAktG/Lutter/Drygala** (Fn. 2), § 68 Rn. 73 f.; **Lieder** ZHR 172 (2008), 306, 309.

15 **MünchKommAktG/Bayer** (Fn. 1), § 68 Rn. 39; **Lutter/Schneider** ZGR 1975, 182, 184 f.; **Lieder** ZHR 172 (2008), 306, 309 f.

16 BayOblG ZIP 1989, 638, 641 (für Belegschaftsaktien); **Hüffer/Koch** (Fn. 1), § 68 Rn. 14; **MünchKommAktG/Bayer** (Fn. 1), § 68 Rn. 39.

17 **Bürgers/Körber/Wieneke** (Fn. 12), § 68 Rn. 18; **K. Schmidt/Lutter/Bezenberger** (Fn. 6), § 68 Rn. 29; **Spindler/Stilz/Cahn** (Fn. 6), § 68 Rn. 53; **Lieder** ZHR 172 (2008), 306, 321.

18 Zum Problembereich ausf. **Lieder** ZHR 172 (2008), 306, 310 ff.; vgl. weiter **Hüffer/Koch** (Fn. 1), § 68 Rn. 10; **Burgi** FS Hüffer 2010 S. 63, 77 f.

19 Dazu **Hölters/Solveen** 2. Aufl. 2014 § 68 Rn. 12; **KölnKommAktG/Lutter/Drygala** (Fn. 2), § 68 Rn. 6, 107; **MünchHdb GesR IV/Wiesner** 3. Aufl. 2007 § 14 Rn. 21; einschränkend wegen Umgehungsgefahr **Spindler/Stilz/Cahn** (Fn. 6), § 68 Rn. 33.

20 So aber OLG Hamm ZIP 2014, 1479, 1481; **KölnKommUmwG/Simon** 2009 § 131 Rn. 14 aE, 21.

21 Allgemein **v. Tuhr**, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II/1, 1914, S. 86; zum Nachlass **MünchKommBGB/Leipold** 6. Aufl. 2013 § 1922 Rn. 119; **Muscheler**, Erbrecht, 2010, Rn. 835; aA zum gemeinen Recht noch **v. Savigny**, System des heutigen römischen Rechts, Bd. III, 1840, Nachdruck 1981, S. 13; missverständlich auch **J. W. Flume**, Vermögenstransfer und Haftung, 2008, S. 37.

22 Vgl. BGH NJW 1968, 392, 393; **BeckOK BGB/Fritzsche** Stand: 01.08.2014, § 90 Rn. 22; **MünchKommBGB/Stressemann** 6. Aufl. 2012 § 90 Rn. 42.

23 Zum Spezialitätsprinzip der Singulärsukzession vgl. **Lieder** (Fn. 5), S. 297 ff.; zum (inhaltlichen) Spezialitätsprinzip der Universalsukzession siehe **Lieder** (Fn. 5), S. 738 ff.; angedeutet bei **Zöllner** AG 1994, 336, 340; **ders.** FS Clausen 1997 S. 423, 440 ff.; **K. Mertens**, Umwandlung und Universalsukzession, 1993, S. 84. – Nach dem abweichenden Verständnis der hM hat das Prinzip einen weiter reichenden Sinngehalt, der sich auch auf die Geltung der für die Singulärsukzession notwendigen Kautelen bezieht: **KölnKommUmwG/Simon** (Fn. 20), § 20 Rn. 3; **K. Schmidt**, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 12 IV 4; **ders.** AcP 191 (1991), 495, 501 f.; **J. W. Flume** (Fn. 21), S. 37.

24 **Lieder** (Fn. 5), S. 716 ff.

Aufspaltung der übertragende Rechtsträger ersatzlos wegfällt (vgl. §§ 20 Abs. 1 Nr. 2, 131 Abs. 1 Nr. 2 UmwG).²⁵ Der ungehinderte Übergang stellt insofern sicher, dass vinkulierte Namensaktien nicht ersatzlos entfallen oder zu subjektlosen Rechten degenerieren, deren Entstehung die deutsche Privatrechtsordnung zu vermeiden sucht²⁶. Nur durch einen Dispens von der Vinkulierungsklausel wird die wirtschaftliche Zielstellung des universalsukzessiven Vermögensstransfers gewährleistet.²⁷

Nichts anderes gilt in der Sache für die Abspaltung und Ausgliederung, die nicht zum Wegfall des übertragenden Rechtsträgers führen. Diese Sichtweise hat der Gesetzgeber im Jahre 2007 nochmals durch die ersatzlose Streichung des § 132 UmwG aF bestätigt.²⁸ Die frühere Bestimmung sah noch vor, dass Übertragungsverbote nach allgemeinen Grundsätzen von der Spaltung unberührt bleiben sollten. Der alte § 132 UmwG wurde daraufhin nicht ohne Grund als „Spaltungsbremse“ gescholten.²⁹ Nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers zielte die folgende Gesetzesänderung darauf ab, „die Gesamtrechtsnachfolge bei Verschmelzung und Spaltung künftig denselben Grundsätzen zu unterwerfen“³⁰. Die Unbeachtlichkeit von Vinkulierungsklauseln kann daher auch im Fall der Abspaltung und Ausgliederung heute nicht länger zweifelhaft sein.³¹

C. Anspruch auf Eintragung in das Aktienregister

Neben der Möglichkeit, die Wirksamkeit der Aktienübertragung mittels Feststellungsklage verbindlich feststellen zu lassen, kann der rechtmäßige Erwerber nach Mitteilung und Nachweis iSd. § 67 Abs. 3 AktG auch im Wege der Leistungsklage³² sowie – bei einer drohenden Gefahr schwerer, ir-

reversibler Nachteile – im Wege der einstweiligen Verfügung³³ seine Eintragung in das Aktienregister gerichtlich durchsetzen.

Eine Ausnahme hiervon gilt nur im Vorfeld der Hauptversammlung. Um die Teilnahmeberechtigung der Aktionäre festzustellen und das Teilnehmerverzeichnis nach § 129 Abs. 1 S. 2 AktG mit dem Aktienregister abzugleichen, kann die AG die Umschreibung des Aktienregisters für eine angemessene Zeit aussetzen.³⁴ In Anlehnung an § 123 Abs. 2 AktG wird nach zutreffender hM eine Frist von sechs Tagen als angemessen angesehen.³⁵

IV. KLAGE AUF ZUSTIMMUNGSErTEILUNG

Steht die Zustimmungspflichtigkeit einer Transaktion außer Frage, stellt sich weiter die Frage, ob Veräußerer und Erwerber einen Anspruch auf Erteilung der Zustimmung zur Übertragung der vinkulierten Namensaktien haben.

A. Anspruch auf Erklärung über Zustimmung oder Verweigerung

Davon zu unterscheiden ist das Begehren des Veräußerers oder Erwerbers, von der AG überhaupt eine Erklärung über die Zustimmung oder Verweigerung zu erhalten. Zum Teil anerkennt das Schrifttum einen klagbaren Anspruch auf eine solche Erklärung der AG.³⁶ Gegen die Anerkennung spricht indes der Umstand, dass der Veräußerer auch ohne ausdrückliche Erklärung der AG ohne weiteres auf die Erteilung der Zustimmung klagen kann.³⁷ Es besteht daher schon kein praktisches Interesse an einem klagbaren Anspruch auf eine Erklärung über

25 Vgl. schon Begr. RegE zum UmwG, BT-Drucks. 12/6699, S. 121.

26 Dazu näher v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1910, S. 76 f.; **Ennecerus/Nipperdey**, BGB AT I, 15. Aufl. 1959, § 75 III, § 84 II 3 Fn. 10; **K. Schmidt** AcP 191 (1991), 495, 497; aA **Wolff/Raiser**, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 63 Anm. 5, § 78 Anm. 1.

27 Dazu und zum Folgenden eingehend **Lieder** (Fn. 5), S. 740 f.

28 Begr. RegE, BT-Drucks. 16/2919, S. 19; vgl. ferner **Schmidt/Hörtnagl/Stratz/Hörtnagl** UmwG 6. Aufl. 2013 § 131 Rn. 31; **KölnKommUmwG/Simon** (Fn. 20), § 131 Rn. 14; **Rubel/Sandhaus** Konzern 2009, 327, 329 f., 332; **Schröer** FS Maier-Reimer 2010 S. 657, 659.

29 So namentlich **Heidenhain** ZHR 168 (2004), 468.

30 Begr. RegE, BT-Drucks. 16/2919, S. 19.

31 So zuletzt auch dezidiert OLG Hamm ZIP 2014, 1479, 1481 f.

32 **MünchKommAktG/Bayer** (Fn. 1), § 67 Rn. 91; **Spindler/Stilz/Cahn** (Fn. 6), § 67 Rn. 77; **Hüffer/Koch** (Fn. 1), § 67 Rn. 20; **Bayer/Lieder** NZG 2009, 1361; **Baums** FS Hüffer 2010 S. 15, 19.

33 Vgl. **K. Schmidt/Lutter/Bezenberger** (Fn. 6), § 67 Rn. 22.

34 BGHZ 182, 272 Rn. 9; OLG Köln AG 2009, 449, 450; **KölnKommAktG/Lutter/Drygala** (Fn. 2), § 67 Rn. 104; **Bayer/Lieder** NZG 2009, 1361, 1362 f.; **Schneider/Müller-v. Pilchau** AG 2007, 181, 183; aA **Quass** AG 2009, 432, 435; restriktiv auch **GroßKommAktG/Merkt** (Fn. 9), § 67 Rn. 102 ff.

35 **Bayer/Lieder** NZG 2009, 1361, 1363; dem folgend **Hüffer/Koch** (Fn. 1), § 67 Rn. 20; **K. Schmidt/Lutter/Bezenberger** (Fn. 6), § 67 Rn. 24; ebenso **Bürgers/Körber/Wieneke** (Fn. 12), § 67 Rn. 27; **Hölters/Laubert** (Fn. 19), § 67 Rn. 21; **Grigoleit/Rachlitz** ZHR 174 (2010), 12, 29; noch immer für sieben Tage **Spindler/Stilz/Cahn** (Fn. 6), § 67 Rn. 79; **Heidel/Heinrich** Aktien- und Kapitalmarktrecht 4. Aufl. 2014 § 67 Rn. 28; **Wachter/Servatius** AktG 2. Aufl. 2014 § 67 Rn. 10.

36 Dafür dezidiert **KölnKommAktG/Lutter/Drygala** (Fn. 2), § 68 Rn. 88; **Mehrbrey/Massari/Stegmair** (Fn. 8), § 5 Rn. 26; vgl. noch (zur GmbH) **MünchKommGmbHG/Reichert/Weller** 2010 § 15 Rn. 407.

37 Dazu sogleich ausf. unten IV. B.

Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung. Hinzu kommt aus dogmatischer Perspektive, dass nach der Aufforderung zur Erklärung die Zustimmung analog §§ 108 Abs. 2, 177 Abs. 2, 415 Abs. 2 S. 2 BGB ohnehin als verweigert gilt, wenn die AG sich nicht innerhalb einer angemessenen Frist erklärt.³⁸

B. Anspruch auf Zustimmungserteilung

Der Veräußerer kann die AG mittels Leistungsklage auf Zustimmungserteilung in Anspruch nehmen, wenn ihm ein Anspruch auf Erteilung der Zustimmung gegen die AG zusteht. Das ist der Ausnahmefall. Denn die Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung steht grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen der AG.³⁹ Dementsprechend schuldet die Gesellschaft dem Veräußerer auch lediglich eine ermessenfehlerfreie Entscheidung.⁴⁰ Einen mittels Leistungsklage durchsetzbaren Zustimmungsanspruch hat der Veräußerer nur für den Fall, dass sich das Ermessen der AG auf Null reduziert, weil sich die Zustimmungserteilung als einzige rechtmäßige Entscheidung erweist.

1. Anordnung in der Satzung

Ein solcher Anspruch besteht zunächst, wenn die Satzungsregelung für bestimmte Fallgestaltungen ein Zustimmungsgesuch ausdrücklich anordnet.⁴¹ Eine implizite Anordnung ist anzunehmen, wenn die in der Satzung fixierten Verweigerungsgründe abschließenden Charakter haben, was im Zweifel durch Auslegung der Vinkulierungsklausel zu ermitteln ist, und keiner dieser Gründe im konkreten Einzelfall erfüllt ist.⁴²

2. Mitgliedschaftlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

Eine Ermessensreduzierung ergibt sich weiterhin aus dem mitgliedschaftlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 53a AktG. Danach hat die AG die begehrte Zustimmung zu erteilen, wenn die Gesellschaft ihre Zustimmung in der Vergangenheit unter sonst vergleichbaren Umständen erteilt hat und auch im Übrigen kein sachlicher Grund für eine abweichende Entscheidung vorliegt.⁴³ Als sachliche Abweichungsgründe kommen zB eine Veränderung der Unternehmensziele⁴⁴, der Erwerb einer Sperrminorität⁴⁵ oder die Veräußerung von Aktien an einen Konkurrenten in Betracht.

3. Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht

Das pflichtgemäße Ermessen verdichtet sich weiterhin zu einer Zustimmungspflicht, wenn nach den anerkannten Grundsätzen der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht die Zustimmungserteilung zur Erreichung des vom veräußerungswilligen Aktionär erstrebten Ziels geeignet und erforderlich ist und das Vinkulierungsinteresse der AG nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt wird.⁴⁶

Auf der Grundlage der Treuepflicht ist namentlich der Fall zu lösen, dass die AG durch eine mehrfache Zustimmungsverweigerung die Veräußerung der Namensaktien faktisch unmöglich machen würde. In diesem Fall ist die Zustimmungsverweigerung nur rechtmäßig, wenn ein Mitaktionär gegen Zahlung des objektiven Werts zur Übernahme der Aktien bereit ist.⁴⁷ Andernfalls besteht ein klagbarer Anspruch auf Zustimmungserteilung. Gleiches gilt letztlich für den Fall, dass die Zustimmung ermessenfehlerhaft verweigert wurde und im Prozess kein sachlicher Verweigerungsgrund angeführt werden kann.⁴⁸

38 **MünchKommAktG/Bayer** (Fn. 1), § 68 Rn. 89; **Grigoleit/Grigoleit/Rachlitz** AktG 2013 § 68 Rn. 25; (zur GmbH) **Lutter/Hommelhoff/Bayer** GmbHG 18. Aufl. 2012 § 15 Rn. 77; **Baumbach/Hueck/Fastrich** GmbHG 20. Aufl. 2013 § 15 Rn. 46; aA **Roth/Altmeppen/Altmeppen** GmbHG 7. Aufl. 2012 § 15 Rn. 102; kritisch (zur AG) **GroßkommAktG/Merk** (Fn. 9), § 68 Rn. 467.

39 OLG Koblenz ZIP 1989, 301, 305; LG Aachen ZIP 1992, 924, 928 f.; **Hüffer/Koch** (Fn. 1), § 68 Rn. 15; **KölnKommAktG/Lutter/Drygala** (Fn. 2), § 68 Rn. 79; **K. Schmidt/Lutter/Bezenberger** (Fn. 6), § 68 Rn. 31 f.; großzügiger noch RGZ 132, 149, 156: freies Ermessen.

40 **K. Schmidt/Lutter/Bezenberger** (Fn. 6), § 68 Rn. 36; **Spindler/Stilz/Cahn** (Fn. 6), § 68 Rn. 74; **Grigoleit/Grigoleit/Rachlitz** (Fn. 38), § 68 Rn. 27; im Ergebnis ebenso **MünchKommAktG/Bayer** (Fn. 1), § 68 Rn. 107.

41 **GroßkommAktG/Merk** (Fn. 9), § 68 Rn. 402; **KölnKommAktG/Lutter/Drygala** (Fn. 2), § 68 Rn. 69; **Westermann** FS U. Huber 2006 S. 997, 1000.

42 Vgl. **MünchKommAktG/Bayer** (Fn. 1), § 68 Rn. 61; **K. Schmidt/Lutter/Bezenberger** (Fn. 6), § 68 Rn. 29; **Spindler/Stilz/Cahn** (Fn. 6), § 68 Rn. 52; **Binz/Mayer** NZG 2012, 201, 203; **Lutter** AG 1992, 369, 371.

43 Vgl. **K. Schmidt/Lutter/Bezenberger** (Fn. 6), § 68 Rn. 33; **KölnKommAktG/Lutter/Drygala** (Fn. 2), § 68 Rn. 80; **MünchKommAktG/Bayer** (Fn. 1), § 68 Rn. 72; zurückhaltend **Westermann** (Fn. 41), S. 997, 1007.

44 LG Aachen ZIP 1992, 924, 929 f.

45 **MünchKommAktG/Bayer** (Fn. 1), § 68 Rn. 73; **KölnKommAktG/Lutter/Drygala** (Fn. 2), § 68 Rn. 82 Fn. 194; **Wirth** DB 1992, 617, 619.

46 Vgl. **MünchKommAktG/Bayer** (Fn. 1), § 68 Rn. 72; siehe ferner allgemein (zur GmbH) OLG Hamm NJW-RR 2001, 109, 111; **MünchKommGmbHG/Reichert/Weller** (Fn. 36), § 15 Rn. 411, 414, 417; **Ulmer/Löbbe** GmbHG 2. Aufl. 2013 § 15 Rn. 254; **Scholz/Seibt** GmbHG 11. Aufl. 2012 § 15 Rn. 127; aA **GroßkommAktG/Merk** (Fn. 9), § 68 Rn. 429.

47 BGH NJW 1987, 1019, 1020; **KölnKommAktG/Lutter/Drygala** (Fn. 2), § 68 Rn. 82; **MünchHdb GesR IV/Wiesner** (Fn. 19), § 14 Rn. 27; **Binz/Mayer** NZG 2012, 201, 204 f.

48 Für die hM: **MünchKommAktG/Bayer** (Fn. 1), § 68 Rn. 72; **K. Schmidt/Lutter/Bezenberger** (Fn. 6), § 68 Rn. 36; **KölnKommAktG/Lutter/Drygala** (Fn. 2), § 68 Rn. 82.

4. Verweigerung der Zustimmung

Schwierigkeiten ergeben sich nun, wenn die AG die Erteilung der Zustimmung schon endgültig verweigert hat. In diesem Fall ist die Anteilsübertragung nämlich unwirksam und damit endgültig gescheitert.⁴⁹ Dabei soll es nach der hM im Aktienrecht selbst dann bleiben, wenn die Genehmigung durch die AG *rechtswidrig* verweigert worden ist.⁵⁰ Die Beteiligten müssen nach dieser Auffassung das Erwerbsgeschäft erneut vornehmen und eine Leistungsklage auf eine Erteilung der Zustimmung zu der wiederholten Verfügung richten.⁵¹ Schließlich ginge eine durch Urteil nach § 894 ZPO ersetzte Zustimmungserteilung zu dem vorausgegangenen – endgültig unwirksamen – Vollzugsgeschäft ins Leere.

Die praktische Schwachstelle dieser Position liegt auf der Hand: Die Vertragsparteien sind gezwungen, das Verfügungsgeschäft noch einmal vollständig neu vorzunehmen. Damit verbundene Transaktionskosten fallen ein zweites Mal an. Aus rechtsökonomischer Perspektive erweist sich die herkömmliche Auffassung daher als wenig sinnvoll. Aber auch aus rechtsdogmatischer Perspektive vermag das Festhalten an der endgültigen Unwirksamkeit jedenfalls dann nicht zu überzeugen, wenn der Veräußerer einen klagbaren Anspruch auf Erteilung der Zustimmung zu dem konkreten Veräußerungsgeschäft geltend machen kann.

Besteht der Zustimmungsanspruch, dann ist die Zustimmungsverweigerung als unzulässige Rechtsausübung nach § 242 BGB zu qualifizieren. In der Folge bleibt es bei der schwebenden Unwirksamkeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts, das mit Rechtskraftwirkung des auf der Leistungsklage beruhenden Urteils nach § 894 ZPO endgültig wirksam wird. Diese Lösung vermeidet nicht nur den unnötigen Umweg über die Neuvornahme des Erwerbsgeschäfts nebst Klage auf Erteilung der Zu-

stimmung zur erneuten Verfügung. Vielmehr befindet sich die hiesige Auffassung auch im Einklang mit der Lösung der Parallelproblematiken im GmbH-Recht⁵² und im Bereich der allgemeinen Rechtslehre⁵³.

C. Rechtsschutz des Erwerbers

Der Anspruch des Veräußerers auf Zustimmungserteilung wurzelt in seiner Rechtsstellung als Aktionär. Die AG ist aufgrund der bestehenden gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht verpflichtet, die Zustimmung zur Übertragung vinkulierter Namensaktien zu erteilen, soweit ein materiellrechtlicher Zustimmungsanspruch besteht. Da die nämliche Verpflichtung auch besteht, wenn der Erwerber im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Aktionär ist, kann er unter den gleichen Umständen die Zustimmung der AG gerichtlich einfordern.

Mangelt es hingegen an der mitgliedschaftlichen Verbindung des (potenziellen) Erwerbers zur AG, besteht auch kein gesellschaftsrechtlicher Zustimmungsanspruch aus eigenem Recht.⁵⁴ Allenfalls ein deliktischer Anspruch aus § 826 BGB kommt als Anspruchsgrundlage in Betracht.⁵⁵ Auch eine Abtretung des dem Veräußerer zustehenden Zustimmungsanspruchs an den Erwerber scheitert an § 399 Alt. 1 BGB, da der Anspruch untrennbar mit der in der Aktie verkörperten Mitgliedschaft verbunden ist.⁵⁶

Die zutreffende hM behilft sich zur Rechtsdurchsetzung daher mit Anerkennung einer gewillkürten Prozessstandschaft.⁵⁷ Hierbei resultiert das

49 **GroßkommAktG/Merkt** (Fn. 9), § 68 Rn. 502; **MünchKommAktG/Bayer** (Fn. 1), § 68 Rn. 98; **Hüffer/Koch** (Fn. 1), § 68 Rn. 16; allgemein BGH NJW 1993, 2525, 2526; 1994, 1785, 1786; **Staudinger/Gursky** BGB 2014 § 182 Rn. 38; **MünchKommBGB/Bayreuther** 6. Aufl. 2012 § 182 Rn. 27; **Erman/Maier-Reimer** BGB 14. Aufl. 2014 § 184 Rn. 1; **K. Schmidt** AcP 189 (1989), 1, 5 ff.

50 **Spindler/Stilz/Cahn** (Fn. 6), § 68 Rn. 72; **Bürgers/Körber/Wieneke** (Fn. 12), § 68 Rn. 23; **Grigoleit/Grigoleit/Rachlitz** (Fn. 38), § 68 Rn. 27; mit Ausnahme des Rechtsmissbrauchs auch **KölnKommAktG/Lutter/Drygala** (Fn. 2), § 68 Rn. 91, 93; implizit auch **MünchHdb GesR IV/Wiesner** (Fn. 19), § 14 Rn. 27, 29; (zur GmbH) BGHZ 48, 164, 166; **Scholz/Seibt** (Fn. 46), § 15 Rn. 133; (zur KG) BGHZ 13, 179, 187.

51 Vgl. **Mehrbrey/Massari/Stegmair** (Fn. 8), § 5 Rn. 46.

52 LG Düsseldorf DB 1989, 33; **MünchKommGmbHG/Reichert/Weller** (Fn. 36), § 15 Rn. 406; **Ulmer/Löbbe** (Fn. 46), § 15 Rn. 240; **Michalski/Ebbing** GmbHG 2. Aufl. 2010 § 15 Rn. 157.

53 BGHZ 108, 380, 385; **MünchKommBGB/Bayreuther** (Fn. 49), § 182 Rn. 30; **Staudinger/Gursky** (Fn. 49), § 182 Rn. 42; **jurisPK-BGB/Trautwein** 7. Aufl. 2014 § 182 Rn. 52 f.; ähnlich **K. Schmidt** AcP 189 (1989), 1, 14 ff.; sehr restriktiv hingegen **Nörr/Scheyhing/Pöggeler/Nörr** Sukzessionen 2. Aufl. 1999 § 19 I 4.

54 **MünchKommAktG/Bayer** (Fn. 1), § 68 Rn. 83; **MünchHdb GesR IV/Wiesner/Kraft** (Fn. 19), § 14 Rn. 29; **Westermann** (Fn. 41), S. 997, 1013.

55 **GroßkommAktG/Merkt** (Fn. 9), § 68 Rn. 516; **Grigoleit/Grigoleit/Rachlitz** (Fn. 38), § 68 Rn. 27 aE; kritisch **Westermann** (Fn. 41), S. 997, 1013.

56 Im Ergebnis ebenso **KölnKommAktG/Lutter/Drygala** (Fn. 2), § 68 Rn. 92; **Spindler/Stilz/Cahn** (Fn. 6), § 68 Rn. 75; **Wirth** DB 1992, 617, 621; **Berger** ZHR 157 (1993), 31, 40; aA **Immenga** AG 1992, 105, 107.

57 LG Aachen AG 1992, 410, 411; **MünchKommAktG/Bayer** (Fn. 1), § 68 Rn. 110; **GroßkommAktG/Merkt** (Fn. 9), § 68 Rn. 518; **K. Schmidt/Lutter/Bezenberger** (Fn. 6), § 68 Rn. 37; **Schroeter** AG 2007, 854, 861.

eigene Interesse an der Rechtsverfolgung aus dem Akquisitionsinteresse des Erwerbers.⁵⁸ Die Ermächtigung des Erwerbers zur Rechtsverfolgung des veräußererseitigen Zustimmungsanspruchs ergibt sich – zumindest konkludent – aus der Übertragung der vinkulierten Namensaktien selbst.⁵⁹ Im Übrigen verstößt die Anspruchsverfolgung mittels gewillkürter Prozessstandschaft auch nicht gegen § 399 Alt. 1 BGB, da der Zustimmungsanspruch während der Rechtsdurchsetzung beim Veräußerer verbleibt und gerade nicht an den Erwerber abgetreten wird.⁶⁰

V. KLAGE AUF VERHINDERUNG DER ÜBERTRAGUNG

Bisher stand der Rechtsschutz gegen eine unbeachtete Verweigerung der Zustimmungserteilung durch die AG, vertreten durch den Vorstand, im Mittelpunkt der Betrachtung. Umgekehrt können aber auch Mitaktionäre ein Interesse daran haben, dass sich die Beteiligungsverhältnisse in der Gesellschaft nicht durch eine gezielte Übertragung vinkulierter Namensaktien zu ihrem Nachteil verschieben. Daraufhin stellt sich die Frage, ob Aktionäre in der Lage sind, eine vom Vorstand beabsichtigte Transaktion im Vorfeld zu unterbinden.

A. Verhinderung einer kompetenzwidrigen Zustimmung

1. Keine Abwehr rechtswidriger Maßnahmen

Im Ausgangspunkt ist nochmals festzuhalten, dass der Vorstand über die Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung nach pflichtgemäßem Ermessen entscheidet.⁶¹ Die an dem Erwerbsgeschäft nicht beteiligten Aktionäre haben allerdings keine Möglichkeit, eine ermessenfehlerhafte Zustimmungserteilung mit prozessualen Mitteln abzuwehren. Denn nach den allgemeinen Grundsätzen scheidet eine Aktionärsklage gegen unzumutbare oder rechtswidrige Geschäftsführungsmaßnahmen aus.⁶²

Das beruht letztlich auf der innergesellschaftlichen Kompetenzverteilung und Funktionentrennung in der AG. Die Aktionäre können dem Vorstand in Fragen der Unternehmensleitung nach §§ 76, 119 AktG keine Weisungen erteilen. Dementsprechend greifen rechtswidrige Geschäftsführungsmaßnahmen für sich auch nicht in die mitgliedschaftlichen Rechte der Aktionäre ein.

2. Verletzung der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung

Das Mitgliedschaftsrecht ist erst dann berührt, wenn der Vorstand die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung verletzt. Wird durch den Vorstand also in Entscheidungsbefugnisse der Hauptversammlung eingegriffen, können sich die Aktionäre durch Erhebung einer Unterlassungsklage⁶³ – und bei einem unmittelbar bevorstehenden, schweren und irreversiblen Nachteil auch im Wege der einstweiligen Verfügung⁶⁴ – zur Wehr setzen.

Stellt sich erst nachträglich heraus, dass der Vorstand bei Erteilung der Zustimmung kompetenzwidrig gehandelt hat, steht den Aktionären gegen die AG analog §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB ein Beseitigungsanspruch zu.⁶⁵ Die AG ist wegen der Verletzung der mitgliedschaftlichen Aktionärsrechte verpflichtet, die Anteilsübertragung rückgängig zu machen. Verweigert der Erwerber indes die Rückübertragung oder erweist sich die Rückabwicklung aus einem anderen rechtlichen oder tatsächlichen Grund als unmöglich, dann erlischt der Beseitigungsanspruch nach § 275 BGB.⁶⁶ Das kann Schadensersatzansprüche nach §§ 280 Abs. 1, 283 S. 1 BGB wegen Unmöglichkeit sowie nach § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung der Mitgliedschaft als sonstiges Recht⁶⁷ nach sich ziehen. In Betracht

58 Zu den allgemeinen zivilprozessualen Anforderungen der gewillkürten Prozessstandschaft: BGHZ 31, 279, 281; BGH NJW 1987, 2018; NJW-RR 1988, 126, 127; **Baumbach/Hartmann** ZPO 72. Aufl. 2014 Grdz § 50 Rn. 29; **Musielak/Weth** ZPO 11. Aufl. 2014 § 51 Rn. 26 f.; **Berger** ZHR 157 (1993), 31, 43 f.

59 Vgl. dazu LG Aachen AG 1992, 410, 411; **GroßkommAktG/Merkt** (Fn. 9), § 68 Rn. 518 aE; **MünchKommAktG/Bayer** (Fn. 1), § 68 Rn. 110; **Spindler/Stilz/Cahn** (Fn. 6), § 68 Rn. 75.

60 **MünchKommAktG/Bayer** (Fn. 1), § 68 Rn. 110; **GroßkommAktG/Merkt** (Fn. 9), § 68 Rn. 518; näher **Berger** ZHR 157 (1993), 31, 41 ff.; aA **Wirth** DB 1992, 617, 621.

61 Siehe oben IV. B.

62 Vgl. OLG München AG 1994, 134; **GroßkommAktG/K. Schmidt** 4.

Aufl. 1995 § 241 Rn. 5; **Mertens** ZHR 154 (1990), 24, 29 f.; **Zöllner** ZGR 1988, 392, 421 ff.

63 BGH NJW 1982, 1703, 1705 f.; OLG Köln ZIP 2009, 1469, 1470; **K. Schmidt/Lutter/Spindler** (Fn. 6), § 119 Rn. 47; **MünchKommAktG/Kubis** 3. Aufl. 2013 § 119 Rn. 103; **MünchHdb GesR IV/Krieger** (Fn. 19), § 69 Rn. 15.

64 OLG Hamm NZG 2008, 155, 156; LG Hanau ZIP 2007, 633, 634 f.; LG Duisburg NZG 2002, 643 f.; **Hölters/Drinhausen** (Fn. 19), § 119 Rn. 28; **K. Schmidt/Lutter/Spindler** (Fn. 6), § 119 Rn. 47; **MünchHdb GesR IV/F.-J. Semler** (Fn. 19), § 34 Rn. 47.

65 Vgl. BGH NJW 1982, 1703, 1705 f.; **Seiler/Singhof** Konzern 2003, 313, 317; **Mehrbrey/Massari/Stegmair** (Fn. 8), § 5 Rn. 63.

66 Für § 1004 BGB BGHZ 62, 388, 391; vgl. weiter **Seiler/Singhof** Konzern 2003, 313, 318; **Mehrbrey/Massari/Stegmair** (Fn. 8), § 5 Rn. 65.

67 BGH NJW 1990, 2877, 2878; **MünchKommAktG/Spindler** 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 303; **Bayer** NJW 2000, 2609, 2611 f.; **Habersack**, Die

kommt ferner eine Innenhaftung der Vorstandsmitglieder nach § 93 Abs. 2 AktG sowie nach umstrittener Auffassung auch eine Außenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB⁶⁸.

3. Konzernbildungskontrolle bei Übertragung auf einen künftigen Mehrheitsaktionär

Die Zuständigkeitsordnung in der AG wird unzweifelhaft verletzt, wenn die Hauptversammlung nach Maßgabe des § 68 Abs. 2 S. 3 AktG qua Satzungsbestimmung zur Zustimmungserteilung berufen ist und der Vorstand sich dessen ungeachtet anschickt, die Zustimmung selbst zu erteilen. Davon abgesehen wird heftig darüber gestritten, ob die Hauptversammlung in Ermangelung einer ausdrücklichen Kompetenzverlagerung gem. § 68 Abs. 2 S. 3 AktG nach ungeschriebenen Grundsätzen zur Zustimmungserteilung befugt ist, sollte die Aktienübertragung im konkreten Einzelfall eine Mehrheitsbeteiligung oder zumindest eine Sperrminorität des Erwerbers begründen.

a) Meinungsstand

Für die Anerkennung einer ungeschriebenen Hauptversammlungszuständigkeit verweist die befürwortende Auffassung⁶⁹ zum einen auf die rechtspraktische Zielrichtung von Vinkulierungsklauseln. Sie wollten gewährleisten, den Kreis der Aktionäre zu kontrollieren und hierdurch auch die Unabhängigkeit der AG sicherzustellen. Zum anderen nimmt diese Ansicht die Holz Müller/Gelatine-Rechtsprechung des BGH⁷⁰ für sich in Anspruch. Die Gegenposition⁷¹ plädiert für den Fall der Konzernbildung gegen die Anerkennung einer ungeschriebenen Hauptversammlungszuständigkeit und

für ein Festhalten an der aktienrechtlichen Kompetenzverteilung. Zudem verweist die Auffassung auf die Möglichkeit, die Entscheidungsbefugnis qua Satzungsregelung auf die Hauptversammlung zu verlagern. Werde von dieser Gestaltungsoption kein Gebrauch gemacht, sei für eine ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeit kein Raum. Der BGH hat die Rechtsfrage in einer neueren Entscheidung offengelassen.⁷²

b) Stellungnahme

Den Ausgangspunkt der eigenen Stellungnahme bildet die nach § 23 Abs. 5 AktG änderungsfeste Zuständigkeitsordnung in der AG. Danach entscheidet die Hauptversammlung nur über fundamentale Struktur- und Grundlagenentscheidungen, während dem Vorstand die Leitung der Gesellschaft und die Führung der laufenden Geschäfte obliegt. Nur wenn es der Vorstand nach § 119 Abs. 2 AktG verlangt, kann die Hauptversammlung über Fragen der Geschäftsführung entscheiden.

Parallele Strukturen lassen sich für die Entscheidungsbefugnis bei der Übertragung vinkulierter Namensaktien ausmachen: Es ist nach § 68 Abs. 2 S. 2 AktG der Vorstand, der die Zustimmung zur Übertragung vinkulierter Namensaktien erteilt. Nur wenn die Satzung eine – nach Maßgabe des § 68 Abs. 2 S. 3 AktG ohne weiteres zulässige – abweichende Zuständigkeitsverteilung vorsieht, entscheiden der Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung über Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung. Fehlt es demnach an der ausdrücklichen Anordnung einer abweichenden Kompetenzordnung, verbleibt es bei der Entscheidungsbefugnis, die für den Regelfall dem Vorstand obliegt.⁷³

Mit dem Hinweis auf die Systematik des § 68 Abs. 2 AktG ist das letzte Wort freilich nicht gesprochen. Ebenso wie die hM im Allgemeinen ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten anerkennt, ist eine ungeschriebene Entscheidungsbefugnis auch im besonderen Fall der Übertragung vinkulierter Namensaktien nicht von vornherein ausgeschlossen. Ungeschriebene Kompetenzen sind angesichts der änderungsfesten Kompetenz-

Mitgliedschaft – subjektives und „sonstiges“ Recht, 1996, S. 355 ff.

68 **KölnKommAktG/Lutter/Drygala** (Fn. 2), § 68 Rn. 91; vgl. allgemein BGH NJW 1990, 2877; **Bayer** NJW 2000, 2609, 2612; **K. Schmidt** JZ 1991, 157, 160; **Habersack** (Fn. 67), S. 176 ff., 183 ff., 202 ff., 248 f.; **Reuter** FS Lange 1992 S. 707, 717 f.; aA **MünchKommAktG/Spindler** (Fn. 67), § 93 Rn. 307; **K. Schmidt/Lutter/Krieger/Sailer-Coceani** (Fn. 6), § 93 Rn. 63.

69 Eingehend **Bayer** FS Hüffer 2010 S. 35, 40 ff.; vgl. ferner **MünchKommAktG/Bayer** (Fn. 1), § 68 Rn. 64; **GroßkommAktG/Merk** (Fn. 9), § 68 Rn. 367 ff.; **KölnKommAktG/Lutter/Drygala** (Fn. 2), § 68 Rn. 68; **K. Schmidt** FS Beusch 1993, S. 759, 769 f.

70 BGH NJW 1982, 1703; 2004, 1860.

71 Eingehend **Hüffer** LA M. Winter 2011 S. 279, 283 ff., 286 ff., 292 ff.; vgl. ferner OLG Frankfurt AG 2011, 173 f.; **Hüffer/Koch** (Fn. 1), § 68 Rn. 15; **K. Schmidt/Lutter/Bezenberger** (Fn. 6), § 68 Rn. 28; **Spindler/Stilz/Cahn** (Fn. 6), § 68 Rn. 50; **Grigoleit/Grigoleit/Rachlitz** (Fn. 38), § 68 Rn. 23; **Heidel/Heinrich** (Fn. 35), § 68 Rn. 16; **Bürgers/Körber/Wieneke** (Fn. 12), § 68 Rn. 20; **MünchHdb GesR IV/Wiesner/Kraft** (Fn. 19), § 14 Rn. 24; **Mittermeier**, Beteiligungskontrolle durch Anteilsvinkulierung, 2010, S. 82; **Westermann** (Fn. 41), S. 997, 1004.

72 BGH NZG 2012, 347.

73 Vgl. nur **K. Schmidt/Lutter/Bezenberger** (Fn. 6), § 68 Rn. 28; **Spindler/Stilz/Cahn** (Fn. 6), § 68 Rn. 50; **Grigoleit/Grigoleit/Rachlitz** (Fn. 38), § 68 Rn. 23; **Westermann** (Fn. 41), S. 997, 1004.

verteilung in der Aktiengesellschaft und den dahinter stehenden Wertungen allerdings nur in eng begrenzten Ausnahmefällen anzuerkennen. Nach der zutreffenden Konkretisierung durch die Gelatine-Entscheidung kommt eine Zuständigkeit der Hauptversammlung allein dann in Betracht, wenn die Maßnahme entweder (1.) unter Zugrundelegung materieller Maßstäbe sachlich einer Satzungsänderung entspricht oder (2.) die mitgliedschaftlichen (Vermögens-)Rechte der Aktionäre mediatisiert werden.⁷⁴

Auch wenn die Zustimmungserteilung die AG in die Abhängigkeit führt, sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt. Weder ist die Begründung der Abhängigkeit von einem Mehrheitsaktionär mit einer Satzungsänderung vergleichbar, noch werden hierdurch die (Vermögens-)Rechte der übrigen Aktionäre mediatisiert. Insbesondere wird die innergesellschaftliche Organisationsverfassung durch einen bloßen Wandel der Eigentümerstruktur nicht verändert. Zugegeben: Aus der Abhängigkeit von einem Mehrheitsaktionär resultieren konzernspezifische Gefahren für Gläubiger und außenstehende (Minderheits-)Aktionäre. Diese Gefahren adressieren allerdings bereits die Sonderregeln für faktisch konzernierte Aktiengesellschaften (§§ 311 ff. AktG). Vor allem die Haftungsvorschriften der §§ 311, 317, 318 AktG wirken einer – auch nur faktischen – Mediatisierung der Vermögensrechte der außenstehenden Aktionäre entgegen.

Hinzu kommt, dass zwar die Entscheidung über die Begründung eines Vertrags- oder Eingliederungskonzern nach §§ 293 Abs. 1, 319, 320 AktG in den Kompetenzbereich der Hauptversammlung fällt, es für die faktische Konzernierung hingegen an vergleichbaren Vorschriften fehlt.⁷⁵ Es ist schwerlich anzunehmen, dem Konzernrechtsgesetzgeber des Jahres 1965 sei diese elementare Frage entgangen. Jedenfalls ist die grundsätzliche Konzernoffenheit ein – heute allgemein anerkanntes – systemprägendes Strukturmerkmal des deutschen Aktienrechts.⁷⁶

Fehl geht schließlich der Hinweis der befür-

worteten Auffassung auf die mit Vinkulierungsklauseln angeblich verfolgte Abhängigkeitsprävention. Denn bei dieser konkreten Zielrichtung, die Vinkulierungsklauseln durchaus nicht selten aufweisen, handelt es sich – wie eingangs dargestellt⁷⁷ – nur um eine von vielen. Daher kann aus der schieren Existenz irgendeiner Vinkulierungsklausel aber nicht ohne weiteres darauf geschlossen werden, sie solle die Übertragung von vinkulierten Namensaktien an einen künftigen Mehrheitsgesellschafter steuern und im Ernstfall unterbinden.⁷⁸

B. Unwirksamkeit der Zustimmungserteilung

Bei der Zustimmungserteilung verhindert das – eingangs angesprochene⁷⁹ – Interesse an der Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs, dass Verstöße gegen die Legalitätspflicht und die Kompetenzverteilung auf das Außenverhältnis nicht durchschlagen. Rechtsverletzungen werden nur im Innenverhältnis sanktioniert, etwa in Form von Ersatzansprüchen gegen die AG und die Vorstandsmitglieder. Mit anderen Worten: Das zwischen Veräußerer und Erwerber geschlossene Übertragungsgeschäft behält auch im Fall einer rechts- oder kompetenzwidrigen Zustimmung im Grundsatz seine Gültigkeit. Die strukturellen und wertungsmäßigen Parallelen zum Trennungs- und Abstraktionsprinzip des Bürgerlichen Rechts⁸⁰ und des Stellvertretungsrechts⁸¹ sind unverkennbar.

Der abstrakte Charakter der Zustimmungserteilung beruht nun allerdings auf der Annahme, der Erwerber der vinkulierten Namensaktien sei als Repräsentant des redlichen Rechtsverkehrs schutzwürdig und schutzbedürftig.⁸² Fehlt es hingegen an dieser Schutzwürdigkeit, weil der Erwerber von der Unwirksamkeit der Zustimmungserteilung im Innenverhältnis weiß, dann gebührt seinem Bestandsinteresse im Rahmen einer wertenden Gesamtabwägung nicht länger der grundsätzliche Vorrang gegenüber dem Lösungsinteresse der (Minderheits-)Aktionäre.

74 BGH NJW 2004, 1860, 1864.

75 Vgl. auch *Bayer* (Fn. 69), S. 35, 40.

76 Vgl. *MünchKommAktG/Altmeppen* 3. Aufl. 2010 Vor § 311 Rn. 33 ff., 44 ff., 57 ff.; *Hüffer/Koch* (Fn. 1), § 68 Rn. 15; *K. Schmidt/Lutter/Bezenberger* (Fn. 6), § 68 Rn. 28; *Immenga* BB 1992, 2446, 2447; *Bayer* (Fn. 69), S. 35, 42; *Hüffer* (Fn. 71), S. 279, 286; siehe ferner BGH NJW 1992, 2760, 2763; ZIP 2008, 1872 Rn. 17.

77 Siehe oben I. A.

78 *Hüffer* (Fn. 71), S. 279, 288 f.

79 Siehe bereits oben I. B.

80 Dazu eingehend *Lieder* (Fn. 5), 264 ff.

81 Dazu ausf. *Lieder* JuS 2014, 393 ff.

82 Zur Einschränkung des Abstraktionsprinzips im Recht der Stellvertretung bereits ebenso *Lieder* JuS 2014, 681, 682.

Angesichts der grundlegenden Wertungen von Verkehrsschutz und Rechtssicherheit vermag indes weder einfache noch grob fahrlässige Unkenntnis, die Schutzwürdigkeit des Erwerbers zu beseitigen. Da sich allerdings – umgekehrt – eine positive Kenntnis von der Unwirksamkeit der Zustimmungserteilung im Prozess schwerlich verifizieren lässt, genügt für einen Missbrauch der Vertretungsmacht bereits die objektive Evidenz des Pflichtverstoßes in der Person des Erwerbers. Dass der Vorstand eine im Innenverhältnis bestehende Kompetenzverteilung bewusst ignoriert, ist dafür weder hinreichend noch notwendig.⁸³ Stattdessen ist maßgebend, ob der Erwerber aufgrund massiver Verdachtsmomente von einer Unwirksamkeit der Zustimmung ausgehen musste.⁸⁴

Darüber hinaus entfällt die Schutzwürdigkeit des Erwerbers auch dann, wenn der Vorstand bewusst zum Nachteil der AG mit dem Erwerber zusammenwirkt. Auch wenn Kollusion entgegen der noch immer vorherrschenden Auffassung nicht zur Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB führt,⁸⁵ ergibt sich doch jedenfalls die Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts – ebenso wie im Fall des Missbrauchs der Zustimmungsmacht⁸⁶ – aus einer teleologischen Beschränkung der abstrakten Zustimmungserteilung für Geschäftsabschlüsse mit bösgläubigen Vertragspartnern.⁸⁷ In beiden Fällen kann die Unwirksamkeit des Erwerbsgeschäfts mittels Feststellungsklage gerichtlich verifiziert werden.⁸⁸

83 So aber **MünchKommAktG/Bayer** (Fn. 1), § 68 Rn. 95; zweifelnd **GroßkommAktG/Merkt** (Fn. 9), § 68 Rn. 488; wie hier offenbar auch **K. Schmidt** (Fn. 69), S. 759, 770. – Zur Unbeachtlichkeit subjektiver Tatsachen in der Person des Vertreters beim Missbrauch der Vertretungsmacht ausf. **Lieder** JuS 2014, 681, 683 f.

84 Vgl. (zum Missbrauch der Vertretungsmacht) BGHZ 50, 112, 114; BGH NJW 1966, 1911; 1994, 2082; **Palandt/Ellenberger** 73. Aufl. 2014, § 164 Rn. 14; **MünchKommBGB/Schramm** (Fn. 49), § 164 Rn. 115; **Lieder** JuS 2014, 681, 683.

85 So aber RGZ 130, 131, 142; BGH NJW 2000, 2896, 2897; 2002, 1497, 1498; NZG 2014, 389 Rn. 10; **BeckOK BGB/Valenthin**, Stand: 01.11.2013, § 167 Rn. 47; **NK-BGB/Stoffels** 2. Aufl. 2012 § 164 Rn. 85; **Flume** BGB AT 4. Aufl. 1992 § 45 II 3.

86 Dezidiert **Lieder** JuS 2014, 681, 684; vgl. für eine Lösung im Rahmen des Stellvertretungsrecht ferner **Erman/Maier-Reimer** (Fn. 49), § 167 Rn. 73; **Staudinger/Schilken** BGB 2014 § 167 Rn. 95, 103; **Bork**, BGB AT, 3. Aufl. 2011 Rn. 1578; **Brox/Walker**, BGB AT, 38. Aufl. 2014, Rn. 581.

87 Zur analogen Anwendung der §§ 177 ff. BGB auf die Kollusion siehe **Staudinger/Sack/Fischinger** BGB 2011 § 138 Rn. 446; **Bork** (Fn. 86), Rn. 1575; **Wolf/Neuner** BGB AT 10. Aufl. 2012 § 49 Rn. 107; **Lieder** JuS 2014, 681, 685 f.; **Mock** JuS 2008, 486, 487.

88 **Mehrbrey/Massari/Stegmair** (Fn. 8), § 5 Rn. 71.