

# Recht und Rechtswirklichkeit in Deutschland und China

Beiträge zur prozessualen Durchsetzung  
zivilrechtlicher Ansprüche

herausgegeben von

Yuanshi Bu

Mohr Siebeck

*Yuanshi Bu* ist Inhaberin des Lehrstuhls für Internationales Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Ostasien an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

Gedruckt mit Unterstützung der Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung.

ISBN 978-3-16-150890-5

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

© 2011 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

# Die *actio pro socio* zur Durchsetzung von Haftungsansprüchen der Aktiengesellschaft gegen ihre Vorstandsmitglieder – Recht und Rechtswirklichkeit in Deutschland

PETER JUNG\*

## I. Einführung

Der auf das römische Recht<sup>1</sup> zurück gehende Begriff der *actio pro socio* (teilweise auch *actio pro societate*) stammt aus dem Recht der Personengesellschaften und bezeichnet dort die dem einzelnen Gesellschafter kraft seiner Gesellschafterstellung zukommende Möglichkeit zur subsidiären gerichtlichen Geltendmachung von Sozialansprüchen im eigenen Namen auf Leistung an die anspruchsberechtigte (Gesamthands-)Gesellschaft<sup>2</sup>. In diesem engen Sinn gibt es im deutschen Aktienrecht im Zusammenhang mit Organhaftungsansprüchen der eigenen Aktiengesellschaft überhaupt nur drei konzernrechtliche Klagemöglichkeiten (§§ 310 Abs. 4<sup>3</sup>, 318 Abs. 4<sup>4</sup> und 323 Abs. 1<sup>5</sup> AktG). Schon die benachbarten und verwandten

---

\* Prof. Dr., Universität Basel.

<sup>1</sup> Im römischen Recht verstand man unter der *actio pro socio* die Klage eines Gesellschafters gegen einen Mitgesellschafter auf Abrechnung, wobei die Klage im klassischen Recht vermutlich nur nach Beendigung der Gesellschaft gewährt wurde; dazu m.w.N. Kaser, Das römische Privatrecht, Bd. 1, 1971, S. 575 f. und Wieacker SZ 69 (1952), 302, 316 ff.

<sup>2</sup> Hadding, *Actio pro socio*, 1966, S. 1; Flume, BGB-AT, Bd. I/1 (Die Personengesellschaft), 1977, S. 139 ff.; Lutter AcP 180 (1980), 84, 132.

<sup>3</sup> Nach § 310 Abs. 4 i.V.m. § 309 Abs. 4 S. 1 AktG besteht im Vertragskonzern ein Individualklagerecht der Aktionäre der Tochtergesellschaft bei Pflichtverletzungen der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder der Tochtergesellschaft.

<sup>4</sup> Nach § 318 Abs. 4 i.V.m. § 309 Abs. 4 S. 1 AktG sind einzelne Aktionäre einer faktisch abhängigen Aktiengesellschaft dazu ermächtigt, den nach § 318 Abs. 1 AktG bestehenden Ersatzanspruch ihrer Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder in Prozessstandschaft geltend zu machen. Dieser Anspruch und damit die *actio pro socio* bestehen jedoch nur, wenn es die Vorstandsmitglieder unter Verletzung ihrer Pflichten unterlassen haben,

Klagen nach § 309 Abs. 4 und § 317 Abs. 4 AktG können nicht mehr als derartige *actiones pro socio* gelten, da sie den Aktionären einer Tochtergesellschaft zwar das Recht zu einer individuellen Haftungsklage zugestehen, sich aber nicht gegen die Organmitglieder der eigenen Aktiengesellschaft, sondern gegen die gesetzlichen Vertreter bzw. den Inhaber des herrschenden Unternehmens richten. Auch die individuellen Leistungs-, Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche, die einzelnen Aktionären kraft eigenen Rechts gegen Vorstandsmitglieder zukommen können<sup>6</sup>, sind keine *actiones pro socio* im genannten Sinne. Insgesamt haben die rechtlich bewusst teilweise eng begrenzten und daher nicht analogiefähigen<sup>7</sup> konzernrechtlichen Klagemöglichkeiten kaum praktische Bedeutung erlangt<sup>8</sup>.

Im Folgenden soll daher ein weiteres Begriffsverständnis zugrunde gelegt und insgesamt ein Blick auf die Durchsetzung des Ersatzanspruchs geworfen werden, welcher der Aktiengesellschaft im Falle einer schädigenden Pflichtverletzung nach § 93 Abs. 2 S. 1 bzw. Abs. 3 AktG zusteht. Dabei soll insbesondere die Aktionärsklage nach § 148 AktG in die rechtliche und – dem Rahmenthema der Tagung entsprechend – tatsächliche Betrachtung einbezogen werden. Es wird sich zeigen, dass die Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen der Gesellschaft den Gesetzgeber und die Lehre seit langem theoretisch und in vielfältiger Weise beschäftigt hat<sup>9</sup>, die praktische Bedeutung der Klagemöglichkeiten damit aber bei weitem nicht Schritt halten konnte<sup>10</sup>.

Das deutsche Recht steht, wie sich schon aus dem einleitenden Befund ergibt, Klagen von Aktionären zur Durchsetzung von Schadensersatzan-

---

ein nachteiliges Rechtsgeschäft oder eine nachteilige Maßnahme in dem Bericht über die Beziehungen der Gesellschaft zu verbundenen Unternehmen aufzuführen oder anzugeben, dass die Gesellschaft durch das Rechtsgeschäft oder die Maßnahme benachteiligt und der Nachteil nicht ausgeglichen wurde.

<sup>5</sup> Nach § 323 Abs. 1 AktG gelten die §§ 309, 310 für die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder entsprechend, wenn die Hauptgesellschaft dem Vorstand der eingegliederten Gesellschaft hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft Weisungen erteilt.

<sup>6</sup> Zu diesen näher *Baums*, Gutachten F für den 63. Deutschen Juristentag, 2000, Teil F, S. 221 ff.

<sup>7</sup> Siehe nur *Krieger ZHR* 163 (1999), 343, 344 und *Zöllner ZGR* 1988, 392, 407 f.

<sup>8</sup> Dazu näher *Kropff*, in: Festschrift für Gerold Bezenberger, 2000, S. 233 ff.; siehe zu § 317 AktG allerdings die Fälle BGH NJW 2008, 1583 (Telekom, UMTS-Lizenzen), BGHZ 141, 79, 88 f. (Metallgesellschaft), OLG Frankfurt/M. WM 2002, 1048 (Commerzbank) und LG Düsseldorf AG 2006, 892; zur Bedeutungslosigkeit von § 309 Abs. 4 AktG auch *Ulmer ZHR* 163 (1999), 290, 300.

<sup>9</sup> Siehe dazu aktuell die Dissertation von *Behr*, Die actio pro socio in der Aktiengesellschaft, 2009.

<sup>10</sup> Zu einer Übersicht über die zwischen 1885 und 1995 veröffentlichten Gerichtsentscheidungen *Ihlas*, Organhaftung und Haftpflichtversicherung, 1997, S. 398 ff.

sprüchen der Gesellschaft gegen ihre Vorstandsmitglieder traditionell zurückhaltend gegenüber. Während es im Bereich der Rechtmäßigkeitskontrolle von Hauptversammlungsbeschlüssen, also bei der Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, von je her ein Individualklagerecht anerkennt, sieht es bei den gegen die Vorstandsmitglieder nach § 93 AktG gerichteten Haftungsklagen überhaupt erst seit 1.11.2005<sup>11</sup> in § 148 AktG eine an ein Quorum gebundene Aktionärsklage in gesetzlicher Prozessstandschaft vor<sup>12</sup>. Bis dahin konnten seit 1998 lediglich Aktionäre, deren Anteile zusammen 5 % des Grundkapitals bzw. den anteiligen Betrag von 500.000 Euro erreichten, bei dringendem Verdacht auf eine Unredlichkeit bzw. grobe Pflichtverletzung eine Haftungsklage der Gesellschaft erzwingen, den Haftungsprozess jedoch nicht selbst führen<sup>13</sup>.

Die Geltendmachung von Ersatzansprüchen nach § 93 Abs. 2 S. 1 bzw. Abs. 3 AktG sei in erster Linie Sache der anspruchsberechtigten Gesellschaft und des diese im dualistischen System gegenüber den Vorstandsmitgliedern vertretenden Aufsichtsrats<sup>14</sup>. Es gebe nur einen Willen der Aktiengesellschaft, so dass ein individuelles Klagerecht der vielen unterschiedlich agierenden Aktionäre unlogisch sei<sup>15</sup>. Es drohe die Vergewaltigung der Mehrheit durch die Minderheit<sup>16</sup>. Die angemessene Risikobereitschaft, Entscheidungsfreiheit und Handlungsfähigkeit des Vorstands dürften nicht zu sehr beeinträchtigt werden<sup>17</sup>. Vorsichtige und tüchtige Personen würden bei übermäßigen Haftungsrisiken von der Wahrnehmung eines Vorstandsmandats abgeschreckt<sup>18</sup>. Ein individuelles Klagerecht würde zu

---

<sup>11</sup> Inkrafttreten des Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), BGBl. I 2005, 2802.

<sup>12</sup> Siehe zu einem der späteren gesetzlichen Regelung sehr ähnlichen Vorschlag bereits *Ulmer* ZHR 163 (1999), 290, 318 ff.

<sup>13</sup> § 147 Abs. 3 AktG a. F.

<sup>14</sup> Dazu bereits die Allgemeine Begründung zum Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, Nr. 21 der Anlagen zu den Verhandlungen des Reichstages, V. Legislatur-Periode, IV. Session, 1884, Bd. 3, S. 233, 299; krit. *Lutter* JZ 2000, 837, 840.

<sup>15</sup> Dazu bereits die Allgemeine Begründung zum Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, Nr. 21 der Anlagen zu den Verhandlungen des Reichstages, V. Legislatur-Periode, IV. Session, 1884, Bd. 3, S. 233, 298.

<sup>16</sup> Siehe bereits die Stellungnahme des Abgeordneten *Büsing* in der 1. Beratung des Gesetzentwurfs zur Aktienrechtsnovelle 1884, 11. Sitzung vom 24.3.1884, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, V. Legislaturperiode, IV. Session, 1884, Bd. 1, S. 207.

<sup>17</sup> *Mertens*, in Feddersen/Hommelhoff/Schneider (Hrsg.), *Corporate Governance*, 1996, S. 155, 158 ff.

<sup>18</sup> Dazu bereits die Allgemeine Begründung zum Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, Nr. 21 der Anlagen zu den Ver-

Missbräuchen verleiten<sup>19</sup> und die Aktiengesellschaft dem Querulantum aussetzen<sup>20</sup>. Dabei dürfe das Missbrauchsrisiko im potentiell konflikträchtigen Verhältnis zwischen Aktionären und Management nicht unterschätzt werden<sup>21</sup>. Es drohten ein Ansehensverlust und die lähmende Bürokratisierung der betroffenen Aktiengesellschaft<sup>22</sup>, die die Arbeitsfähigkeit der Organe und die Geschäftsbeziehungen zu Dritten gefährde<sup>23</sup>.

Der Gesetzgeber hat zwar stets die Notwendigkeit einer flankierenden Aktionärsklage für die effektive Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen in der Aktiengesellschaft erkannt. Die seit 1884<sup>24</sup> getroffenen Regelungen, die ein typisches Beispiel der „Aktienrechtsreform in Permanenz“<sup>25</sup> sind<sup>26</sup>, stellten jedoch immer wieder unterschiedlich gelagerte Kompromisse dar<sup>27</sup>. Als solche hatten sie jedenfalls zwei Dinge gemeinsam: ihre Bedeutungslosigkeit zumindest in der Gerichtspraxis<sup>28</sup> und ihre Wirkung, seit 1884 *e contrario* die denkbare Herausbildung einer *actio pro socio* durch die deutsche Rechtsprechung verhindert zu haben<sup>29</sup>. Die Regelungen trafen Verdikte wie „Totgeburt“<sup>30</sup>, „Papiertiger“<sup>31</sup> oder „effektiver Täterschutz“<sup>32</sup>. Der aktuelle § 148 AktG stellt zwar die bislang kläger-

---

handlungen des Reichstages, V. Legislatur-Periode, IV. Session, 1884, Bd. 3, S. 233, 298.

<sup>19</sup> *Marsch-Barner*, Verhandlungen des 63. Dt. Juristentags, Abt. Wirtschaftsrecht, 2000, Teil O, S. 55 f. und 66; eingehend *G. Bezenberger/T. Bezenberger*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar AktG, 2008, § 148 Rn. 39 ff.; so versprach auch der UMAG-Gesetzgeber, die Neuregelung nach zwei Jahren auf seine Missbrauchsanfälligkeit hin zu überprüfen (Begr. RegE UMAG vom 14.3.2005, BT-Drucks. 15/5092, S. 20).

<sup>20</sup> *Flume*, BGB-AT, Bd. I/2 (Die juristische Person), 1983, S. 306.

<sup>21</sup> *Ulmer* ZHR 163 (1999), 290, 327.

<sup>22</sup> Begr. RegE KonTraG, BT-Drucks. 13/9712, S. 21.

<sup>23</sup> *Marsch-Barner* (Fn. 19), S. 66.

<sup>24</sup> Das Recht zur Erzwingung der Haftungsklage (jetzt mit Änderungen in § 147 AktG geregelt) wurde durch das Aktienrechtsreformgesetz von 1884 eingeführt (Art. 223 ff. ADHGB i.d.F. von 1884) und 1897 in § 268 HGB bzw. 1937 in §§ 122 ff. AktG 1937 übernommen; zur Diskussion vor 1884 näher *Grossfeld*, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, Tübingen 1966, S. 226 ff.

<sup>25</sup> Siehe dazu den Titel des Aufsatzes *Zöllner* AG 1994, 336.

<sup>26</sup> So reformierte das UMAG (BGBl. I 2005, 2802) eine gerade einmal seit Inkrafttreten des KonTraG (BGBl. I 1998, 786) während sieben Jahren bestehende Regelung.

<sup>27</sup> Für die geltende Regelung *K. Schmidt* NZG 2005, 796, 799.

<sup>28</sup> *Ulmer* ZHR 163 (1999), 290, 319 f.

<sup>29</sup> So ausdrücklich bereits für Art. 223 ADHGB RGZ 29, 2, 6 f.; für den aktuellen § 148 AktG *Hüffer*, AktG, 9. Aufl., 2010, § 148 Rn. 2.

<sup>30</sup> *Bork*, in: Hommelhoff/Röhrich (Hrsg.), Gesellschaftsrecht 1997, 1998, S. 68, hat § 147 Abs. 3 AktG i.d.F. des KonTraG als eine „legislatorische Totgeburt“ bezeichnet.

<sup>31</sup> *Bayer* NJW 2000, 2609, 2614; ähnlich *Mertens* ZGR 1994, 426, 429.

<sup>32</sup> *Götz*, Verhandlungen des 63. Dt. Juristentags, Abt. Wirtschaftsrecht, 2000, Teil O, S. 43 f., hat § 147 AktG a.F. als eine Vorschrift bezeichnet, die „zielgerichtet nach dem

freundlichste Lösung des Problems im deutschen Recht dar, sie dürfte jedoch ebenfalls das Schicksal der Vorgängerbestimmungen teilen.

## II. Begünstigung einer effektiven Haftung des Vorstands gegenüber der Aktiengesellschaft

### 1. Materiell-rechtliche Begünstigung der Haftung

Die Haftung des Vorstands gegenüber der Aktiengesellschaft wird zunächst dadurch begünstigt, dass entsprechende Ansprüche auf eine vertragliche (§ 280 Abs. 1 BGB), deliktische (§§ 823 ff. BGB) oder organschaftliche (§ 93 Abs. 2 S. 2 AktG) Grundlage gestützt werden können. Es gibt Beweiserleichterungen in Form einer Vermutung der Pflichtverletzung bei § 93 Abs. 2 S. 2 AktG<sup>33</sup>, des Verschuldens bei § 280 Abs. 1 BGB<sup>34</sup> und des Schadens bei § 93 Abs. 3 AktG<sup>35</sup>. Der Sorgfaltsmaßstab von § 93 Abs. 1 S. 1 AktG ist nach unten hin durch den Maßstab des pflichtbewussten sowie treuhänderisch und selbständig tätigen Leiters eines Unternehmens der konkreten Art objektiviert. Eine nach unten von diesem normativen Maßstab abweichende tatsächliche Übung entlastet nicht. Anders als im chinesischen Recht wird die Sorgfaltspflicht zudem nach oben – also bei besonderen individuellen Fähigkeiten eines Vorstandsmitglieds – subjektiv relativiert<sup>36</sup>.

### 2. Erleichterung der Durchsetzung des Ersatzanspruchs

Einer effektiven Durchsetzung der Haftung soll es dienen, dass der Ersatzanspruch der Gesellschaft vom Aufsichtsrat verfolgt (§§ 111 Abs. 1, 112 AktG), seine Geltendmachung durch die Gesellschaft von der Hauptversammlungsmehrheit erzwungen (§ 147 AktG) und er von einer Aktionärsminorität subsidiär aus eigenem Recht in Prozessstandschaft eingeklagt (§ 148 AktG) werden kann. Nach der ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung darf der Aufsichtsrat nur unter strengen Voraussetzungen von einer Haftungsklage gegen den Vorstand absehen<sup>37</sup>. Das im faktischen Konzern un-

---

Prinzip des Täterschutzes verfährt. ... § 147 AktG war und ist im Ergebnis effektiver Täterschutz.“

<sup>33</sup> Dazu nur *Arnold*, in: Marsch-Barner/Schäfer (Hrsg.), Handbuch börsennotierte AG – Aktien- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., 2009, § 22 Rn. 48.

<sup>34</sup> Dazu näher *Ernst*, in: MüKo-BGB, 5. Aufl., 2007, § 280 Rn. 31 ff. und 149.

<sup>35</sup> Siehe statt vieler nur *Spindler*, in: MüKo-AktG, 3. Aufl., 2008, § 93 Rn. 193 m.w.N.

<sup>36</sup> *Arnold* (Fn. 33), § 22 Rn. 13; generell und insbesondere für den Aufsichtsrat *Mutter/Gayk* ZIP 2003, 1773, 1775 f. m.w.N.

<sup>37</sup> BGHZ 135, 244, 254; nach *Habersack* AG 2009, 1, 5 gehöre seither ein allzu nachlässiger Umgang mit Forderungen der Gesellschaft gegen Organmitglieder der Vergan-

ter besonderen Voraussetzungen als Individualrecht (§ 315 S. 1 AktG), teilweise als Minderheitenrecht (§ 142 Abs. 2 AktG, § 315 S. 2 AktG) und ansonsten als Mehrheitsrecht (§ 142 Abs. 1 AktG) ausgestaltete Recht auf Sonderprüfung ermöglicht die Ermittlung von Sorgfaltspflichtverletzungen. Die Kostentragungsregelung in § 148 Abs. 6 AktG sorgt bei aussichtsreichen Aktionärsklagen für eine weitgehende Überwälzung der Rechtsverfolgungskosten auf die Gesellschaft bzw. die verklagten Organmitglieder.

### III. Erschwerung der Haftung des Vorstands gegenüber der Aktiengesellschaft

Den genannten Erleichterungen steht jedoch eine ganze Reihe von Hindernissen gegenüber, die in der Rechtswirklichkeit die effektive Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Aktiengesellschaft letztlich vereiteln.

#### 1. Materiell-rechtliche Einschränkungen der Haftung

Materiell wird die Haftung durch die 2005 kodifizierte *Business Judgment Rule* begrenzt (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG)<sup>38</sup>. Eine Pflichtverletzung scheidet danach unwiderleglich aus, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln<sup>39</sup>. Eine unternehmerische Entscheidung ist eine solche unter unsicheren Bedingungen, die einen besonderen Prognose- und Risikocharakter aufweist und keine der gesetzlichen Pflichtaufgaben des Vorstands betrifft. Das betreffende Vorstandsmitglied muss zudem frei von Sonderinteressen und sachfremden Einflüssen gewesen sein. Auf der Grundlage angemessener Information hat es nur gehandelt, wenn es die Entscheidungsgrundlagen hinreichend sorgfältig ermittelt hat. Bei der Festlegung des Umfangs der Informationsbeschaffungs- und -prüfungspflichten ist eine Kosten/Nutzen-Abwägung vorzunehmen. Das Vorstandsmitglied muss schließlich zum Wohle der Gesellschaft gehandelt haben und das Vorliegen der drei zuletzt genannten Voraussetzungen vernünftigerweise haben annehmen dürfen.

---

genheit an; die Bedeutung der Entscheidung hingegen relativierend *Ulmer* ZHR 163 (1999), 290, 294 ff.

<sup>38</sup> Zur Kodifizierung der *Business Judgment Rule* durch das UMAG Koch ZGR 2006, 769, 782 ff.

<sup>39</sup> Zu praktischen Empfehlungen zur Einhaltung der Sorgfaltsanforderungen bei unternehmerischen Entscheidungen siehe *Arbeitskreis „Externe und interne Überwachung der Unternehmung“ der Schmalenbach Gesellschaft für Betriebswirtschaft e. V.*, DB 2006, 2189 ff.



Praktische Schwierigkeiten kann dem Aktionär schließlich auch der grundsätzlich ihm obliegende Beweis des der Gesellschaft durch die Pflichtverletzung entstandenen Schadens bereiten, da es sich hier um Umstände außerhalb seiner Einflussosphäre handelt<sup>40</sup>. Die Haftung ist ferner ausgeschlossen, wenn das Vorstandsverhalten auf einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung (nicht jedoch der Billigung des Aufsichtsrats<sup>41</sup>) beruhte (§§ 93 Abs. 4 S. 1 AktG). Die Gesellschaft hat zudem nach Ablauf einer Sperrfrist von drei Jahren die Möglichkeit, auf Ersatzansprüche zu verzichten bzw. sich über diese zu vergleichen, sofern die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Minderheit von 10 % des Grundkapitals<sup>42</sup> zur Niederschrift Widerspruch erhebt (§ 93 Abs. 4 S. 3 und – mit Ausnahme der Sperrfrist – § 148 Abs. 6 S. 4 AktG).

## 2. Hindernisse bei der Durchsetzung des Ersatzanspruchs

### a) Allgemeine Durchsetzungshindernisse

Ein allgemeines Hindernis bei der Durchsetzung von Ersatzansprüchen bildet deren Verjährung, die nach Ablauf von fünf Jahren eintritt (§ 93 Abs. 6 AktG)<sup>43</sup>. Ferner kann der Anspruch mangels hinreichender Solvenz und Versicherung der verantwortlichen Vorstandsmitglieder nicht realisierbar sein. Schließlich besteht bei einer Verantwortlichkeitsklage gegen Vorstandsmitglieder immer die Gefahr einer Rufschädigung nicht nur der betroffenen Organmitglieder, sondern gerade auch der Gesellschaft selbst, was alle potentiellen Kläger in ihr Kalkül einbeziehen werden bzw. aufgrund ihrer organschaftlichen<sup>44</sup> und mitgliedschaftlichen<sup>45</sup> Treuepflichten auch müssen.

---

<sup>40</sup> Der Beweis wird immerhin durch die Möglichkeit der Schadensschätzung nach § 287 ZPO erleichtert; dazu etwa *Arnold* (Fn. 33), § 22 Rn. 49; zu möglichen weiteren Beweiserleichterungen *Bürgers/Israel*, in: *Bürgers/Körper*, AktG, 2008, § 93 Rn. 28.

<sup>41</sup> Ausdrücklich §§ 93 Abs. 4 S. 2, 310 Abs. 2 AktG.

<sup>42</sup> Das Quorum wurde nicht an die seit 2005 herabgesetzten niedrigeren Schwellenwerte von § 142 Abs. 2 und § 148 AktG angeglichen; krit. zu dieser Diskrepanz *Spindler NZG* 2005, 865, 868.

<sup>43</sup> Immerhin wird nach § 148 Abs. 2 S. 5 AktG die Verjährung des streitgegenständlichen Ersatzanspruchs durch die Stellung des Zulassungsantrags nach § 148 Abs. 1 S. 1 AktG bis zur rechtskräftigen Antragsabweisung oder bis zum Ablauf der Frist für die Klageerhebung gehemmt.

<sup>44</sup> Siehe zu einzelnen Treuepflichten von Organmitgliedern die Sonderregelungen in §§ 88, 93 Abs. 1 S. 3, 116 S. 1, 2, 404 AktG sowie generell zur organschaftlichen Treuepflicht *Spindler*, in: *MüKo-AktG*, 3. Aufl., 2008, § 93 Rn. 92 ff. bzw. *Habersack*, in: *MüKo-AktG*, 3. Aufl., 2008, § 116 Rn. 43 ff. jeweils m.w.N.

<sup>45</sup> Siehe zur Treuepflicht der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft und den Mitaktionären BGHZ 129, 136, 142 ff.; BGHZ 103, 184, 194 ff.; *Zöllner*, Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963,

b) Durchsetzungshindernisse bei einer Klage des Aufsichtsrats

In der dualistischen Verfassung der deutschen Aktiengesellschaft bildet die Durchsetzung des Ersatzanspruchs der Gesellschaft gegenüber ihren Vorstandsmitgliedern primär eine Aufgabe des Aufsichtsrats (§§ 111 I, 112 AktG)<sup>46</sup>. Die Geltendmachung „durch den Aufsichtsrat“ erfordert zur Willensbildung einen Beschluss des Gesamt-Aufsichtsrats (§ 108 AktG) bzw. im Falle der Kompetenzdelegation des zuständigen Aufsichtsratsausschusses (§ 107 Abs. 3 AktG), der mangels abweichender Regelung mit einfacher Mehrheit zu fassen ist, sowie die anschließende Betrauung eines Aufsichtsratsmitglieds mit der Prozessführung<sup>47</sup>. Die Mehrheit der Aufsichtsrats- bzw. Ausschussmitglieder wird dabei nur schwer für eine Geltendmachung zu gewinnen sein, wenn man vielleicht einmal von der Sondersituation eines Mehrheitswechsels absieht. Zwar gehört im Falle von Schädigungen der Gesellschaft durch Pflichtverstöße des Vorstands die Klageerhebung zu den pflichtgemäß zu erfüllenden<sup>48</sup> und nach § 116 AktG ebenfalls haftungsbewehrten<sup>49</sup> Aufgaben des Aufsichtsrats. Die Aufsichtsratsmitglieder haben bei ihrer Entscheidung über die Klageerhebung jedoch eine Prognose über die Erfolgsaussichten der Klage zu treffen und gewichtige Belange der Gesellschaft, die ausnahmsweise gegen eine Klage sprechen<sup>50</sup>, zu berücksichtigen, wobei unklar geblieben ist, ob und inwieweit dem Aufsichtsrat dabei ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum zugestanden wird<sup>51</sup> bzw. es sich sogar um eine unternehmerische Entscheidung i.S.v. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG handelt<sup>52</sup>. Die Aufsichtsratsmitglieder werden

---

S. 350; mit Einschränkungen *Flume* (Fn. 20), S. 268 ff.; a. A. noch RGZ 158, 248, 254 f. und BGHZ 18, 350, 365.

<sup>46</sup> BGHZ 135, 244, 249 f.; dazu näher *Horn* ZIP 1997, 1129 ff.; ferner etwa *G. Bezenberger/T. Bezenberger* (Fn. 19), § 148 Rn. 34 f.

<sup>47</sup> *Hüffer* (Fn. 29), § 112 Rn. 4 (Wahrnehmung durch Gesamt-Aufsichtsrat) und Rn. 5 (Wahrnehmung durch einen Aufsichtsrats-Ausschuss nach § 107 Abs. 3 AktG) sowie *Bürgers/Israel* (Fn. 40), § 112 Rn. 4 jeweils m.w.N.

<sup>48</sup> BGHZ 135, 244, 254 (ARAG/Garmenbeck); relativierend *Ulmer* ZHR 163 (1999), 290, 294 ff.

<sup>49</sup> Siehe dazu nur *Ihlas* (Fn. 10), S. 102 und mit Überlegungen zur Haftungseinschränkung bei einer fehlerhaft ausgeübten Erfolgsprognose bzw. Interessenabwägung *Koch* AG 2009, 93, 100 ff.

<sup>50</sup> Der Ausnahmecharakter des Klageverzichts bei gegebenen Erfolgsaussichten wird vom BGH ausdrücklich betont (BGHZ 135, 244, 254 f und 256 f.).

<sup>51</sup> Ablehnend unter Hinweis auf die Zugehörigkeit der Entscheidung über die Klageerhebung zur nachträglichen Kontrolle BGHZ 135, 244, 254; *Spindler*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 2007, § 111 Rn. 27 und § 116 Rn. 47 sowie *Koch* AG 2009, 93 ff.; mit gewissen Einschränkungen bejahend etwa *Götz* NJW 1997, 3275, 3276 f. und *Bürgers/Israel* (Fn. 40), § 111 Rn. 5 und § 116 Rn. 12.

<sup>52</sup> Für die Anwendung der sog. *Business Judgment Rule* etwa *Paefgen* AG 2008, 761, 763 unter Hinweis auf die unternehmerische Qualität der Kriterien zur Beurteilung allfäl-

sich jedenfalls häufig in einem Interessenkonflikt befinden, da sie die Vorstandsmitglieder zu bestellen und zu überwachen haben und damit ein Sorgfaltspflichtverstoß von Vorstandsmitgliedern immer auch den ggf. sogar haftungsrelevanten Vorwurf einer schlechten Auswahl bzw. Überwachung durch den Aufsichtsrat impliziert<sup>53</sup>. Zudem wird die Auswahl der Aufsichtsratsmitglieder in der Praxis maßgeblich vom Vorstand als dem zu kontrollierenden Organ bestimmt<sup>54</sup>. Diese beiden Umstände sind der Grund für die auch nach der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung fortbestehende sog. Bisshemmung des Aufsichtsrats<sup>55</sup>, die seit langem als Problem und Hauptgrund für die faktische Haftungsfreistellung von Vorstandsmitgliedern erkannt ist<sup>56</sup>.

c) *Hindernisse bei einer Klageerzwingung durch die Hauptversammlung*

Seit 1884 setzt man im deutschen Recht daher ergänzend auf ein bis 2005 auch als Minderheitenrecht ausgestaltetes Recht der Hauptversammlung, die Geltendmachung des Ersatzanspruchs der Gesellschaft zu erzwingen (§ 147 Abs. 1 AktG), wobei die Hauptversammlung auch die Möglichkeit hat, einen besonderen Vertreter zu bestellen, und das zuständige Gericht auf Antrag einer qualifizierten Minderheit andere Vertreter als die organschaftlichen bzw. besonderen Vertreter zur Geltendmachung des Ersatzanspruchs bestellen kann (§ 147 Abs. 2 AktG)<sup>57</sup>. Die Geltendmachung auf Begehren der Hauptversammlung setzt ggf. deren gesonderte Einberufung voraus. Nachdem 2005 das zuvor in § 147 Abs. 1 AktG enthaltene Klageerzwingungsrecht der Minderheit mit einem Aktienbesitz von 10 % gestrichen wurde, ist in jedem Fall ein Mehrheitsbeschluss der Hauptversammlung erforderlich, der aufgrund der geringen Präsenz von Kleinaktio-

---

liger entgegenstehender Gesellschaftsinteressen und den Zweck der *Business Judgment Rule*; dagegen mit Recht Koch AG 2009, 93, 94 ff. m.w.N. zur h.M.

<sup>53</sup> Begr. RegE UMAG vom 14.3.2005, BT-Drucks. 15/5092, S. 19 f.; Baums (Fn. 6), S. 241 f.; Mertens AG 1990, 49, 51 („Harakiri“).

<sup>54</sup> Begr. RegE UMAG vom 14.3.2005, BT-Drucks. 15/5092, S. 20; Ulmer ZHR 163 (1999), 290, 333.

<sup>55</sup> Vgl. nur Peltzer WM 1981, 346, 348 f. („Bißsperre“); Bayer NJW 2000, 2609, 2614 spricht von einem „Schweigekartell“ zwischen Vorstand und Aufsichtsrat; Mertens ZGR 1994, 426, 429, zieht einen ironischen Vergleich mit dem DDR-Regime und spricht von der „Nomenklatura, die getarnt hinter papiernen Haftungsnormen scheinbar in Vorstand und Aufsichtsrat getrennt ... gemeinsam auf grüner Weide gras“.

<sup>56</sup> Zur Verflechtung der Interessen der Aktionärsmehrheit und der schädigenden Organe als dem „Krebsübel des heutigen Aktienwesens“, die eine effektive individuelle Aktionärsklage notwendig mache, bereits Wieland, Handelsrecht, Bd. 2, 1931, S. 134 und 137; aktuell etwa Ihlas (Fn. 10), S. 101.

<sup>57</sup> Vgl. dazu etwa AG Nürtingen ZIP 1994, 785 und OLG Hamburg AG 2007, 331.

nären<sup>58</sup> und der Tatsache, dass Mehrheits- und Grossaktionäre erfahrungsgemäß zumeist den Vorstand decken<sup>59</sup>, nur schwer zu erzielen sein wird. Ein rechtswidrig die Klagerzwingung ablehnender Beschluss kann zwar theoretisch angefochten werden, doch führt eine erfolgreiche Anfechtungsklage noch nicht zu einem die Klageerzwingung herbeiführenden positiven Beschluss der Hauptversammlung<sup>60</sup>. Für die Minderheit wird mithin in aller Regel kein Weg an der Aktionärsklage nach § 148 AktG und dem ihr vorgeschalteten Zulassungsverfahren vorbeiführen.

*d) Durchsetzungshindernisse bei einer Klage durch eine Aktionärsminder-  
heit*

*aa) Rechtsnatur der Aktionärsklage*

Die Klage einer Aktionärsminderheit nach § 148 AktG wurde 2005 durch das UMAG<sup>61</sup> eingeführt. Es handelt sich nicht um eine individualrechtliche *actio pro socio*, sondern um ein Minderheitenrecht, das allerdings wie die *actio pro socio* zur eigenständigen Klage in Prozessstandschaft berechtigt und gegenüber dem eigenen Klagerecht der Gesellschaft subsidiär ausgestaltet ist.

*bb) Zulassungsverfahren*

Die klagewillige Minderheit muss nach § 148 AktG zunächst ein Zulassungsverfahren durchlaufen. Dieses soll zum einen missbräuchliche Aktionärsklagen verhindern<sup>62</sup> und der Gesellschaft die Gelegenheit zur frühzeitigen Übernahme der Klage bzw. eigenen Klageerhebung geben und zum anderen die Kläger im Falle aussichtsreicher Klagen vom Kostenrisiko entlasten. Man kann das Zulassungsverfahren im Hinblick auf die Möglichkeit der etwa in den Fällen der konzernrechtlichen *actio pro socio* nicht gegebenen Kostenentlastung zwar durchaus auch als ein Privileg verste-

---

<sup>58</sup> Siehe zum Problem des Desinteresses von Kleinaktionären nur *Mülbert*, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt – Die Aktionärsrechte bei Bildung und Umbildung einer Unternehmensgruppe zwischen Verbands- und Anlegerschutzrecht, 2. Aufl. 1996, S. 115 f.; vgl. auch BGHZ 69, 334, 347 (beherrschende Gesellschafterstellung bei einer Beteiligung von 43,74 % und einer durchschnittlichen Hauptversammlungspräsenz von 80 %); BGH WM 1997, 967, 970 (beherrschende Gesellschafterstellung bei einer Beteiligung von 20 % und einer durchschnittlichen Hauptversammlungspräsenz von 37 %).

<sup>59</sup> *Baums* (Fn. 6), S. 243.

<sup>60</sup> *Baums* (Fn. 6), S. 243.

<sup>61</sup> Gesetz vom 22.9.2005 zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, BGBl. I 2005, 2802.

<sup>62</sup> *G. Bezenberger/T. Bezenberger* (Fn. 19), § 148 Rn. 58.

hen<sup>63</sup>, doch stellt es für die Minderheit in erster Linie eine kaum zu nehmende Hürde dar. Die Zulassung ist nämlich an vier strenge Voraussetzungen geknüpft:

(1) *Quorum zur Einleitung des Zulassungsverfahrens*

Zunächst müssen sich für die Stellung des Zulassungsantrags<sup>64</sup> ein einziger oder mehrere Aktionäre finden, die allein bzw. zusammen über 1 % des Grundkapitals oder einen anteiligen Aktienbetrag von 100.000 Euro<sup>65</sup> verfügen (§ 148 Abs. 1 S. 1 AktG)<sup>66</sup>. Dabei ist zur Erschwerung von Missbräuchen nachzuweisen, dass die Aktien nicht erst nach dem Zeitpunkt des durch eine Veröffentlichung<sup>67</sup> bedingten Kennenmüssens<sup>68</sup> des Pflichtverstoßes erworben wurden (§ 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG). Im Gegensatz zum chinesischen Recht<sup>69</sup> ist eine bestimmte Dauer des Anteilsbesitzes allerdings nicht erforderlich.

Die deutsche Regelung ist bereits rechtstechnisch in zweifacher Hinsicht kritikwürdig: Zum einen sollte nicht nur auf ein Kennenmüssen durch Veröffentlichung, sondern zumindest auch auf eine anderweitige Kenntniserlangung und gegebenenfalls sogar ein anderweitiges Kennenmüssen abgestellt werden. Zum anderen erscheint das Abstellen auf ein Kennenmüssen des Rechtsvorgängers im Falle der Gesamtrechtsnachfolge als unpassend, da ein Missbrauch nicht in allen Fällen der Gesamtrechtsnachfolge,

---

<sup>63</sup> So die Begr. RegE UMAG vom 14.3.2005, BT-Drucks. 15/5092, S. 20 und K. Schmidt NZG 2005, 796, 799.

<sup>64</sup> Nach Hüffner (Fn. 29), § 148 Rn. 16, gilt das Quorum nur für den Antrag im Zulassungsverfahren, nicht jedoch für die später mögliche Klageerhebung.

<sup>65</sup> Die im Gesetzgebungsverfahren erörterte und bereits zuvor etwa von Ulmer ZHR 163 (1999), 290, 331, vorgeschlagene niedrigere Schwelle eines Anteilsbesitzes im Börsenwert von 100.000 Euro wurde letztlich verworfen, weil sie als zu niedrig und zu schwierig festzustellen angesehen wurde (siehe dazu den Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 15/5693, S. 13 und 31 f., und die Stellungnahme des Bundesrats, BR-Drucks. 3/05, S. 12); der Schwellenwert von 100.000 Euro geht zurück auf Art. 16 Abs. 1 lit. b des dritten geänderten Vorschlags einer fünften Richtlinie (sog. Strukturrichtlinie) vom 20.11.1991 KOM(91) 372, ABl. Nr. C 321/9 vom 12.12.1991, der für die Mitgliedstaaten ein Wahlrecht zwischen einem Nennbetrag oder Rechnungswert von 100.000 ECU vorsah.

<sup>66</sup> Näher dazu G. Bezenberger/T. Bezenberger (Fn. 19), § 148 Rn. 102 ff.

<sup>67</sup> Die Veröffentlichung des Pflichtverstoßes setzt die Bekanntgabe an einen unbestimmten Personenkreis in einem üblicherweise zugänglichen Medium voraus, wobei eine inländische Publikation auch bei ausländischen Aktionären das Kennenmüssen begründen dürfte (dazu Spindler NZG 2005, 865, 866).

<sup>68</sup> Es ist auf den Empfängerhorizont des durchschnittlichen Aktionärs abzustellen (dazu NZG 2005, 865, 866).

<sup>69</sup> Siehe zur Haltedauer von mindestens 180 Tagen § 152 Abs. 1 Gesellschaftsgesetz (abgedruckt und übersetzt in ZChinR 2006, 325).

wohl aber in allen Fällen eines nicht gewillkürten gesetzlichen Erwerbs ausgeschlossen ist.

Das für die Geltendmachung des Minderheitenrechts erforderliche Quorum liegt darüber hinaus zumindest bei den Publikumsgesellschaften immer noch zu hoch. Dies verdeutlicht das Beispiel der im Deutschen Aktienindex (DAX) geführten adidas AG<sup>70</sup>: 1 % des Grundkapitals werden hier bei einem Besitz von gut 2 Mio. Stückaktien zum Börsenkurs von ca. 40 Euro/Aktie, d. h. einem Kurswert von ca. 80 Mio. Euro, erreicht. Bei einem durchschnittlichen Aktienbesitz von 3483 Stück pro Aktionär<sup>71</sup> sind für das Quorum rund 600 Mitstreiter zu gewinnen, wobei nur etwa 10 % der Aktionäre in Deutschland zu erreichen sind. Selbst bei einer Betrachtung der insofern günstigeren Variante über den anteiligen Betrag von 100.000 Euro, sind im Durchschnitt immer noch 29 Mitaktionäre von der Klage zu überzeugen.

Die insbesondere bei großen Publikumsgesellschaften mithin erforderliche Koordination der Aktionäre könnte zwar theoretisch von Banken, Aktionärsvereinigungen, Rechtsanwälten oder institutionellen Anlegern geleistet werden, doch ist dies in der Praxis aus unterschiedlichen Gründen nicht der Fall<sup>72</sup>. Die Banken, Fondsgesellschaften und (sonstigen) institutionellen Anleger haben zumeist kein Interesse an einer Haftungsklage gegen die Organmitglieder einer mit ihnen selbst oder der Muttergesellschaft wirtschaftlich regelmäßig eng verbundenen Gesellschaft. Auch die Aktionärsvereinigungen beschränken sich bislang auf eine allgemeine Interessenvertretung und verfügen zumindest aktuell nicht über die für eine einzelfallbezogene Koordination von Aktionärsinteressen erforderliche Infrastruktur. Rechtsanwälte dürfen nach § 43a BRAO zwar auf ihre Spezialisierung im Bereich von Organhaftungsklagen sachlich hinweisen, nicht jedoch um die Erteilung eines Auftrags im Einzelfall werben.

Immerhin bietet der Gesetz- und Verordnungsgeber seit Ende 2005 ein elektronisches Aktionärsforum<sup>73</sup> zur möglichen Koordination von Kleinak-

---

<sup>70</sup> Zum 31.3.2010 lag das Grundkapital der adidas AG bei 209.216.186 und war in ebenso viele Stückaktien zerlegt. Zu diesem Zeitpunkt verfügte die adidas AG über ca. 60.000 Aktionäre, wobei nur jeweils zwei Aktionäre über einen Anteil von mehr als 3 % bzw. 5 % der Aktien verfügten. Der Börsenkurs lag zu diesem Zeitpunkt bei 39,6 Euro/Aktie.

<sup>71</sup> In der Praxis ist der Aktienbesitz selbstverständlich sehr ungleich verteilt, so dass die folgenden Zahlen nur einen Näherungswert zur Verdeutlichung der Größenordnungen bilden.

<sup>72</sup> Dazu näher im Zusammenhang mit § 147 AktG a.F. *Ihlas* (Fn. 10), S. 108 ff.

<sup>73</sup> Zugang unter

[https://www.ebundesanzeiger.de/ebanzwww/wexsservlet?page.navid=to\\_shareholder\\_forum](https://www.ebundesanzeiger.de/ebanzwww/wexsservlet?page.navid=to_shareholder_forum).

tionären an (§ 127a AktG)<sup>74</sup>. Dieses erfreut sich aber bis heute keiner nennenswerten praktischen Bedeutung. Für die Adidas AG findet sich dort – wie für viele andere Gesellschaften auch – nur ein einziger Eintrag, mit dem die Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz bereits wenige Tage nach der Betriebsaufnahme am 12.12.2005 wie auch bei anderen Publikumsgesellschaften standardmäßig zur Übertragung des Stimmrechts aufgefordert hat. Eine weitere Möglichkeit zur regelmäßig notwendigen Gewinnung von Mitstreitern bildet eine allerdings recht kostspielige Anzeigenkampagne, wie sie Dieter Hahn, der Adlatus von Leo Kirch und Inhaber von knapp 500 Aktien der Deutsche Bank AG, 2006 geschaltet hat, um gemeinsam mit Ruth Kirch genügend Aktionäre für eine gemeinsame Klage gegen Rolf Breuer als dem damaligen Aufsichtsratsvorsitzenden der Deutschen Bank zu gewinnen. Das Quorum soll Dieter Hahn zwar angeblich erreicht haben<sup>75</sup>, doch blieben seine Bemühungen dann offenbar an anderer Stelle stecken. In jedem Fall müssen klagewillige Aktionäre mit der „rationalen Apathie“<sup>76</sup> ihrer ebenfalls über einen kleineren Aktienbesitz verfügenden Mitaktionäre rechnen.

## (2) Subsidiarität der Aktionärsklage

Die Klage der Minderheit wird sodann nur zugelassen, wenn die Aktionäre nachweisen, dass sie die Gesellschaft unter Setzung einer angemessenen, d. h. regelmäßig zweimonatigen<sup>77</sup> Frist vergeblich aufgefordert haben, selbst Klage zu erheben (§ 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AktG). Auch nach einer etwaigen Zulassung zur Klage muss die Minderheit der Gesellschaft nochmals die Möglichkeit zur eigenen Klageerhebung einräumen. Die Aufforderung ist immerhin entbehrlich, wenn die Gesellschaft eine Klageerhebung klar und unmissverständlich abgelehnt hat. In jedem Fall und zu jeder Zeit kann also die Gesellschaft das Verfahren im Wege eines ausnahmsweise gesetzlich vorgesehenen Parteiwechsels übernehmen (§ 148 Abs. 3 S. 2 AktG) oder, da die Antragstellung bzw. Klageerhebung der Aktionäre ihr gegenüber keine Rechtshängigkeit begründet, abweichend von § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO selbst klagen (§ 148 Abs. 3 S. 1 AktG). In beiden Fällen sind die bisherigen Antragsteller bzw. Kläger beizuladen (§ 148 Abs. 3 S. 3 AktG), was diesen immerhin noch eine gewisse Kontrolle der weiteren Prozessführung ermöglicht.

---

<sup>74</sup> Zu den gerade auch im Zusammenhang mit § 148 Abs. 1 AktG in das Aktionärsforum gesetzten Hoffnungen Begr. RegE UMAG vom 14.3.2005, BT-Drucks. 15/5092, S. 21.

<sup>75</sup> Siehe dazu den Artikel im *manager magazin* vom 10.5.2006.

<sup>76</sup> Dazu etwa *Baums* (Fn. 6), S. 28.

<sup>77</sup> Begr. RegE UMAG vom 14.3.2005, BT-Drucks. 15/5092, S. 22.

### (3) Verdacht einer Unredlichkeit oder groben Pflichtverletzung

Die Zulassung setzt des Weiteren voraus, dass Tatsachen vorliegen, die den Verdacht rechtfertigen, dass der Gesellschaft durch Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung ein Schaden entstanden ist (§ 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG). Die Zulassung der Klage wird damit praktisch von einer qualifizierten materiellen Anspruchsvoraussetzung abhängig gemacht<sup>78</sup>. Zu den Unredlichkeiten zählen strafbare Handlungen wie vor allem die Untreue nach § 266 StGB und Treuepflichtverletzungen wie etwa das Ausnützen von Geschäftschancen der Gesellschaft zu eigenen Zwecken. Da im Übrigen eine grobe Pflichtverletzung gefordert ist, gibt es Fälle, die zwar von § 93 Abs. 1 AktG erfasst werden, nicht jedoch zur Klage nach § 148 AktG berechtigen<sup>79</sup>. So scheiterte das bislang offenbar einzige durch Beschluss beendete Zulassungsverfahren vor dem Landgericht München<sup>80</sup> daran, dass die Vereinbarung einer über den allgemeinen Marktbedingungen liegenden Vorstandsvergütung nach Ansicht des Gerichts keine Unredlichkeit oder grobe Pflichtverletzung des Aufsichtsrats darstellte. Der Schaden der Gesellschaft darf im Übrigen nicht nur drohen, sondern muss wahrscheinlich bereits eingetreten sein<sup>81</sup>. Da für das Zulassungsverfahren anders als nach § 142 Abs. 8 bzw. § 145 Abs. 5 AktG (Sonderprüfung) nicht auf das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit verwiesen wird, trifft die Antragsteller nach den allgemeinen Grundsätzen des streitigen Verfahrens die Darlegungs- und Beweislast<sup>82</sup>.

### (4) Fehlen überwiegender Gründe des Gesellschaftswohls

Eine erhebliche Hürde bildet schließlich die negative Voraussetzung, dass der Geltendmachung des Ersatzanspruchs keine überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen dürfen (§ 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG)<sup>83</sup>. Die Voraussetzung ermöglicht es der Gesellschaft, diejenigen Gründe, die etwa auch den Aufsichtsrat im Sinne der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung berechtigterweise von einer Klage abgehalten haben, auch im Zulassungsverfahren nach § 148 AktG vortragen zu können<sup>84</sup>. Außerdem kann die Abwägung ggf. auch noch der Missbrauchsbekämpfung dienen. Zu den möglichen Gründen des Gesellschaftswohls gehören insbeson-

---

<sup>78</sup> Siehe dazu bereits die im Ergebnis kritischen Überlegungen von *Grossfeld* (Fn. 24), S. 299.

<sup>79</sup> *Paschos/Neumann* DB 2005, 1779, 1780.

<sup>80</sup> LG München AG 2007, 458.

<sup>81</sup> *Spindler* NZG 2005, 865, 867.

<sup>82</sup> *Spindler* NZG 2005, 865, 868.

<sup>83</sup> Näher dazu *G. Bezenberger/T. Bezenberger* (Fn. 19), § 148 Rn. 152 ff.

<sup>84</sup> *Begr. RegE UMAG* vom 14.3.2005, BT-Drucks. 15/5092, S. 22.



dere ein drohender Ansehensverlust sowie eine erhebliche Störung des Betriebsklimas oder der Vorstandstätigkeit. Nach fragwürdiger Ansicht des Gesetzgebers soll auch der Umstand berücksichtigt werden können, dass die eingeforderte Schadensersatzsumme die Vermögensverhältnisse des Organmitglieds übersteigt<sup>85</sup>. Immerhin stehen Geheimhaltungsinteressen der Klage nicht entgegen, da sie auf andere Weise gewahrt werden können. Selbst wenn sie das Interesse der klagenden Aktionäre nicht überwiegen, mögen die der Gesellschaft drohenden Nachteile die Aktionäre von einer Geltendmachung des Ersatzanspruchs rein faktisch abhalten, da sie den für die Aktionäre ohnehin ungewissen Nutzen zusätzlich in Frage stellen.

### cc) *Verfahrensfragen*

Das Zulassungsverfahren findet vor dem nach § 148 Abs. 4 S. 1 AktG auch für die spätere Haftungsklage am Sitz der Gesellschaft zuständigen Landgericht<sup>86</sup> nach den allgemeinen Regeln der ZPO statt. Die Abweisung des Zulassungsantrags entfaltet keine Rechtskraft gegenüber der Gesellschaft und den unbeteiligten Aktionären. Wird dem Zulassungsantrag rechtskräftig stattgegeben, ist nach nochmaliger fruchtloser Aufforderung der Gesellschaft, die Klage innerhalb angemessener Frist selbst zu erheben, binnen drei Monaten die Klage einzureichen (§ 148 Abs. 4 S. 1 AktG). Mehrere Klagen sind zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden (§ 148 Abs. 4 S. 4 AktG). Ein Vergleich ist nur unter den Voraussetzungen von § 93 Abs. 4 S. 3 und 4 AktG möglich, wobei die dort vorgesehene Sperrfrist von drei Jahren nicht zum Tragen kommt. Bei diesem Verweis auf § 93 Abs. 4 S. 3 und 4 AktG hat der Gesetzgeber allerdings möglicherweise übersehen<sup>87</sup>, dass nach § 93 nur die Inhaber von 10 % des Grundkapitals einen Vergleich verhindern können, was eine Diskrepanz zum Quorum nach § 148 Abs. 1 S. 1 AktG darstellt. Das Urteil und grundsätzlich auch ein Vergleich wirken auch für und gegen die Gesellschaft sowie die unbeteiligten Aktionäre (§ 148 Abs. 5 AktG).

Nach rechtskräftiger Zulassung der Klage sind bei börsennotierten Aktiengesellschaften der Antrag auf Zulassung sowie die Verfahrensbeendigung und deren Art nach § 149 AktG unverzüglich in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen<sup>88</sup>. Im Zusammenhang mit der Verfahrensbeendigung sind – um räuberischen Klagen vorzubeugen – die direkten oder indirekten Leistungen der Gesellschaft gesondert zu beschreiben und her-

---

<sup>85</sup> Begr. RegE UMAG vom 14.3.2005, BT-Drucks. 15/5092, S. 22.

<sup>86</sup> Zuständig ist im Falle ihrer Einrichtung am betreffenden Landgericht die Kammer für Handelssachen nach § 148 Abs. 2 S. 2 AktG.

<sup>87</sup> In der Begr. zum RegE UMAG vom 14.3.2005, BT-Drucks. 15/5092 findet sich keine Aussage zu diesem Punkt.

<sup>88</sup> Näher dazu *Spindler*, in: Schmidt/Lutter, AktG, Bd. 1, 2008, § 149 Rn. 4 ff.

vorzuheben (§ 149 Abs. 2 S. 1 und 2 AktG). Die vollständige Bekanntmachung ist Wirksamkeitsvoraussetzung für die entsprechenden Leistungspflichten der Gesellschaft, wobei die trotz Unwirksamkeit bewirkten Leistungen von der Gesellschaft entgegen § 814 BGB zurückgefordert werden können (§ 149 Abs. 2 S. 3 und 5 AktG). Die Regelung gilt entsprechend für Vereinbarungen zur Vermeidung von Prozessen (§ 149 Abs. 3 AktG). Die Publizitätsregelung von § 149 AktG sollte *de lege ferenda* auf alle Aktiengesellschaften anwendbar sein.

*dd) Verbleibende Kostenrisiken und fehlende finanzielle Anreize*

Die Regelungen zur Kostentragung begünstigen, wie bereits angedeutet, die antragstellenden bzw. klagenden Aktionäre. Im Falle einer Antragsabweisung haben die Antragsteller die Kosten zu tragen, sofern die Abweisung nicht auf einer vor Antragstellung unterlassenen Mitteilung mitteilbarer Gründe des Gesellschaftswohls beruht (§ 148 Abs. 6 S. 1, 2 AktG). Im Übrigen wird über die Kosten erst im Endurteil über die Klage entschieden (§ 148 Abs. 6 S. 3 AktG), wobei die Gesellschaft die Kosten auch dann zu tragen hat, wenn die Klage ganz oder teilweise abgewiesen wird, sofern die Kläger die Zulassung nicht durch vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Vortrag erwirkt haben (§ 148 Abs. 6 S. 5 AktG)<sup>89</sup>. Erhebt die Gesellschaft selbst Klage oder übernimmt sie ein anhängiges Aktionärsklageverfahren, so übernimmt sie auch die bis dahin den Aktionären entstandenen Kosten (§ 148 Abs. 6 S. 4 AktG). Die allgemeinen Grundsätzen des Prozessrechts widersprechende Kostenübernahme durch die am Verfahren nicht beteiligte Gesellschaft rechtfertigt sich jedenfalls materiell aus der Hilfeleistung der Gesellschafter als Ersatzorgane<sup>90</sup>.

Im Vergleich zur bis 2005<sup>91</sup> bzw. im Konzernrecht bis heute bestehenden Rechtslage stellt die Kostenregelung durch das UMAG einen deutlichen Fortschritt dar. Selbst bei einer Freistellung von der eigentlichen Kostenlast müssen die aktiv gewordenen Aktionäre aber immer noch ihren nicht erstattungsfähigen Privataufwand sowie die Zwischenfinanzierungs-

---

<sup>89</sup> Die klare und die Aktionäre begünstigende Regelung ist einer Billigkeitsentscheidung des Gerichts, wie sie das allerdings kein Zulassungsverfahren vorsehende Schweizer Recht kennt, vorzuziehen; a. A. K. Schmidt, Referat 63. Deutscher Juristentag, 2000, Teil O, S. 17, der der mit der Billigkeitsentscheidung verbundenen Rechtsunsicherheit den Vorteil einer Abschreckungswirkung beimisst.

<sup>90</sup> Vgl. dazu Nitschke ZHR 128 (1966), 48, 80 ff. (Bezugnahme auf § 744 Abs. 2 und §§ 677 ff. BGB); Lutter AcP 180 (1980), 84, 134 (Ersatzgeschäftsführung für den Verband); zu diesem Gedanken im US-amerikanischen Recht Grossfeld (Fn. 24), S. 266; gegen eine Qualifikation als Notgeschäftsführung Zöllner ZGR 1988, 392, 406.

<sup>91</sup> Krit. zu der bis zum Inkrafttreten des UMAG geltenden Kostentragungsregelung Grossfeld (Fn. 24), S. 301 ff. und K. Schmidt, NZG 2005, 796, 797.

kosten tragen<sup>92</sup>. Begehren sie einstweiligen Rechtsschutz, besteht auch noch die Gefahr einer Schadensersatzpflicht nach § 945 ZPO. Nach wie vor fehlt der Aktionärsklage ein positiver Anreiz, wie er etwa durch den Erhalt eines Teiles der an die Gesellschaft zu entrichtenden Schadensersatzleistung als Prämie entstehen würde<sup>93</sup>.

*e) Durchsetzungshindernisse bei einer Klage durch die Gläubiger der Gesellschaft bzw. den Insolvenzverwalter*

Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass nach § 93 Abs. 5 AktG auch die Gläubiger bzw. der Insolvenzverwalter den Ersatzanspruch der Gesellschaft geltend machen und Leistung des Schadensersatzes an sich selbst verlangen können. Die Gläubiger besitzen diese Möglichkeit jedoch nur, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können. Zwar ist hierzu keine vorgängige Klage oder ein erfolgloser Vollstreckungsversuch gegen die Gesellschaft erforderlich, doch reicht die bloße Ablehnung der Zahlung durch die Gesellschaft noch nicht aus<sup>94</sup>. Sofern kein Verstoß gegen die in § 93 Abs. 3 AktG genannten und sich vor allem auf die Kapitalerhaltung beziehenden Verhaltenspflichten gegeben ist, muss das betreffende Vorstandsmitglied zudem die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gröblich verletzt haben. Diese einschränkenden Voraussetzungen gelten auch, wenn während der Dauer des Insolvenzverfahrens nur der Insolvenzverwalter bzw. der Sachwalter den Anspruch der Gläubiger geltend machen darf. Angesichts der einengenden Voraussetzungen des Direktanspruchs, des mit einer Klage verbundenen Kostenrisikos und der Möglichkeit des Vorstandsmitglieds zur befreienden Leistung an die Gesellschaft, hat auch diese Klagemöglichkeit mit Ausnahme der Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter<sup>95</sup> keine nennenswerte praktische Bedeutung erlangt.

#### IV. Fazit und Ausblick

Das deutsche Aktienrecht zeigt zwar erste Ansätze, seine traditionell zurückhaltende Position gegenüber der *actio pro socio* aufzugeben. In der Rechtswirklichkeit handelt es sich aber nach wie vor um nahezu bedeu-

---

<sup>92</sup> Baums (Fn. 6), S. 31.

<sup>93</sup> Zu entsprechenden Forderungen siehe Wenger AG 1997, Die Aktienrechtsreform 1997, Sonderheft August 1997, S. 59 (ein Viertel) und Adams AG 1997, Die Aktienrechtsreform 1997, Sonderheft August 1997, S. 10 (Anteil nach billigem Ermessen des Gerichts); ablehnend Baums (Fn. 6), S. 32.

<sup>94</sup> Bürgers/Israel (Fn. 40), § 93 Rn. 44.

<sup>95</sup> Zu den Gründen für dessen vergleichsweise bedeutsame Rolle bei der Geltendmachung von Haftungsansprüchen im Insolvenzfall Peltzer WM 1981, 346, 349.

tungslose Regelungen. Die Risiken und Hindernisse einer Klageerhebung sind einfach zu groß. Natürlich ist der Erfolg einer Haftungsklage nicht nur in Zahlen der real durchgeführten oder gar nur der erfolgreichen Prozesse zu messen, sondern auch an ihrem Abschreckungspotential und der damit verbundenen Präventivwirkung<sup>96</sup>, doch wird man den Aktionärsklagen in Prozessstandschaft bei aller Ungewissheit der diesbezüglichen Erfolgsmessung auch insoweit kein gutes Zeugnis ausstellen können<sup>97</sup>. Gerade mit § 148 AktG ist dem Gesetzgeber des UMAG, der mit der Neuregelung von 2005 den Anschluss an internationale Standards suchen wollte, nur die Schaffung eines Corporate Governance-Placebos gelungen<sup>98</sup>.

Wenn man davon ausgeht, dass einer effektiven Vorstandshaftung eine das Verhalten positiv steuernde Wirkung zukommt<sup>99</sup> und dass derjenige, der Recht setzt, auch für dessen effektive Durchsetzung zu sorgen hat<sup>100</sup>, dann ist der deutsche Gesetzgeber erneut zur Reform der Reform aufgefordert. Auf der Hand liegt zunächst die Einführung einer auch im GmbH-Recht überwiegend befürworteten<sup>101</sup> – gegebenenfalls auch nur auf geschlossene Aktiengesellschaften beschränkten<sup>102</sup> – *actio pro socio* als fremdnütziger Individualklage, wobei hinreichende Anreize zu ihrer Geltendmachung für die Kläger und ihre professionellen Vertreter geschaffen werden müssten. Allerdings würde dann auch die Scheidung der erwünschten von den unerwünschten und ggf. gar missbräuchlichen Klagen<sup>103</sup> in beispielsweise einem Zulassungsverfahren zu einer besonders drängenden, schwierigen und kostenträchtigen Aufgabe. Als Alternativlösungen kämen

<sup>96</sup> K. Schmidt (Fn. 89), S. 14; ders. NZG 2005, 796, 801; zur Präventivfunktion der Aktionärsklage auch Seibert ZBB 1994, 349, 353.

<sup>97</sup> Zur allenfalls rudimentären Abschreckungswirkung vgl. für § 147 AktG a.F. Ihlas (Fn. 10), S. 114: „Nur bei wenigen Aktiengesellschaften wird sich mit Sicherheit ausschließen lassen, daß sich auch in Zukunft niemals eine Minderheit zur Geltendmachung eines Ersatzanspruchs formieren wird.“

<sup>98</sup> Ähnlich Götz (Fn. 32), S. 45: „Alibiveranstaltung“.

<sup>99</sup> K. Schmidt (Fn. 89), S. 28 („...unsichtbare Hand des Rechts, von der wir präventive Steuerung erhoffen.“); generell zur Frage der Prävention und Verhaltenssteuerung durch Haftungsrecht Wagner AcP 206 (2006), 352, 451 ff.

<sup>100</sup> Vgl. dazu schon § 89 Einleitung Preußisches Allgemeines Landrecht vom 5.2.1794: „Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann“.

<sup>101</sup> Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, 1970, S. 286 ff.; vgl. zum Individualklagerecht der GmbH-Gesellschafter im chinesischen Recht auch § 152 Abs. 1 Gesellschaftsgesetz (abgedruckt und übersetzt in ZChinR 2006, 325).

<sup>102</sup> Eine *actio pro socio* bei nicht börsennotierten Gesellschaften vor Inkrafttreten des UMAG erwägend K. Schmidt (Fn. 89), S. 31 f.; nach Inkrafttreten des UMAG krit. ders. NZG 2005, 796, 799; demgegenüber gerade eine Beschränkung des Individualklagerechts auf börsennotierte Aktiengesellschaften befürwortend Ulmer ZHR 163 (1999), 290, 333 f.

<sup>103</sup> Zu diesem Hauptproblem aller Aktionärsklagen bereits K. Schmidt (Fn. 89), S. 12.

noch eine Verbandsklage für Aktionärsvereinigungen<sup>104</sup> oder eine Behördenklage<sup>105</sup> in Betracht, wobei sich auch hier das Problem von hinreichenden Anreizen für die Verbände bzw. die Frage der Rechtfertigung einer Behördenklage im Privatrecht und zur Durchsetzung von individuellen Vermögensinteressen einer Aktiengesellschaft stellen würde<sup>106</sup>. Eine ausgewogene Lösung hat schließlich noch das Zusammenspiel der materiellen Anspruchsvoraussetzungen mit den prozessualen Durchsetzungsmöglichkeiten und der Versicherungspraxis zu beachten<sup>107</sup>. Die Diskussion um diese Fragen ist alt und sie beschäftigt nicht nur das chinesische und das deutsche Recht.

---

<sup>104</sup> Eine Verbandsklage kennt im hier relevanten Bereich etwa das französische Recht (Art. L. 225-252 C.com.).

<sup>105</sup> Vgl. dazu die geplante Einführung einer allgemeinen, die bestehende Bundesklage (Art. 10 Abs. 2 lit. c UWG-CH) erweiternden Behördenklage zur Sicherung öffentlicher Interessen im Schweizer Lauterkeitsrecht (Art. 10 Abs. 3 E-UWG-CH 2009) und deren Begründung in der Botschaft zum E-UWG-CH 2009 (BBl. 2009, 6151, 6180 ff.).

<sup>106</sup> Eine Behördenklage z. B. durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) käme allenfalls zur Wahrnehmung öffentlicher Interessen und damit nur bei auch aufsichtsrechtlich relevanten Pflichtverletzungen in Betracht.

<sup>107</sup> Dazu generell bereits *Grossfeld* (Fn. 24), S. 298 f.; speziell für den Zusammenhang zwischen der Einführung des § 148 AktG und der *Business Judgment Rule* Begr. RegE UMAG vom 14.3.2005, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 und 20; zu einer eingehenden Analyse der versicherungsrechtlichen Aspekte der Haftung *Ihlas* (Fn. 10).