

MH&P | POPPELSDORFER ALLEE 114 | 53115 BONN

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Platz der Republik 1
11011 Berlin

PROF. DR. HEINZ MEILICKE
Rechtsanwalt · Steuerberater · bis 1997

DR. WIENAND MEILICKE*
Licencié en droit français · LL.M. taxation (N.Y.U.)
Rechtsanwalt · Fachanwalt für Steuerrecht
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

DR. JÜRGEN HOFFMANN
Rechtsanwalt · Fachanwalt für Steuerrecht · vBP
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

DR. THOMAS HEIDEL
Rechtsanwalt · Fachanwalt für Steuerrecht
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

HERBERT KRUMSCHEID
Rechtsanwalt · Fachanwalt für Versicherungsrecht

DR. IRINI AHOUZARIDI
Rechtsanwältin · Fachanwältin für Arbeitsrecht
Mediatorin · auch zugel. beim Areopag (Athen)

DR. STEFANIE DECKERS
D.E.S.S. (Université de Bourgogne)
Rechtsanwältin · Fachanwältin für Handels-
und Gesellschaftsrecht

DR. DANIEL LOCHNER
Rechtsanwalt · Fachanwalt für
Handels- und Gesellschaftsrecht

DR. GERD KRÄMER
Rechtsanwalt · Fachanwalt für
Bank- und Kapitalmarktrecht

JAN KLEINERTZ
Rechtsanwalt

DR. UWE SCHOLZ
Rechtsanwalt · Steuerberater

CHRISTIAN SLOTA
Rechtsanwalt · Steuerberater · Diplom-Volkswirt
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

MARKO KAISER*
Steuerberater · Dipl. oec.

DR. J. FRÉDÉRIC MEILICKE*
LL.M. (Fordham) · Rechtsanwalt
Attorney-at-Law (New York)

DR. TORBEN ILLNER*
Rechtsanwalt

FRANK MICHEL*
Diplom-Kaufmann

DR. MORITZ BENEKE*
Rechtsanwalt

DR. YORK STROTHMANN*
Rechtsanwalt

* keine Partner im Sinne des PartGG

26. Februar 2020

Stellungnahme

zum Gesetzesentwurf der Abgeordneten Roman Johannes Reusch, Stephan Brandner,
Fabian Jacobi, weiterer Abgeordneter und der Fraktionen der AfD
zur Änderung des Aktiengesetzes – persönliche Vorstandshaftung mit Managergehältern
bei pflichtwidrigem Verhalten, BT-Drucks 19/8233

Sehr geehrter Herr Prof. Dr. Hirte,
sehr geehrte Mitglieder des Rechtsausschusses,

zunächst darf ich mich für die Ladung als Sachverständiger zur öffentlichen Anhörung
am 2. März 2020 bedanken. Nachfolgend mache ich gern von der Möglichkeit Ge-
brauch, vor der Anhörung schriftlich zum Gesetzesentwurf Stellung zu nehmen:

I. Rechtstatsächliche Annahmen

Der Gesetzesentwurf begründet den gesehenen Regelungsbedarf mit einem Vollzugsdefizit der aktienrechtlichen Organhaftung in der Praxis. Es sei „seit jeher festzustellen“, dass die persönliche Haftung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern in der Praxis nicht zum Tragen komme.¹ Über Jahrzehnte habe es praktisch keine Haftungsklagen gegen Organmitglieder gegeben.² Lediglich in Fällen, in denen Compliance-Verstöße im Raum stünden, funktioniere die Haftungsdurchsetzung offenbar.³ Auch das 2005 eingeführte Klagezulassungsverfahren in § 148 AktG habe nicht zu einem Anstieg von Haftungsklagen geführt.⁴ Keines der Aktionärsminoritätenrechte zur Erzwungung einer Organhaftung funktioniere.⁵ Der Grund für die fehlende Funktionsfähigkeit der Minoritätenrechte sei, dass die aktiv werdende Minorität für ihr Engagement zu Gunsten der AG nicht belohnt werde.⁶

Auch wenn das Organhaftungsrecht im Schrifttum wohl mehrheitlich (wenn auch mit unterschiedlicher Zielrichtung) zu Recht als reformbedürftig betrachtet wird,⁷ entspricht das durch den Gesetzesentwurf skizzierte Bild eines fast vollständigen praktischen Versagens des Organhaftungsrechts nicht den Tatsachen. Zwar fehlt soweit ersichtlich gesichertes Zahlenmaterial für einen Gesamtüberblick;⁸ die Entwicklung der letzten Jahre zeigt jedoch, dass für Manager das tatsächliche Risiko deutlich gestiegen ist, für pflichtwidriges Verhalten in Haftung genommen zu werden; Gregor Bachmann hat in seinem Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag aufgezeigt, dass es in den letzten Jahrzehnten eine stete Zunahme von Organhaftungsstreitigkeiten gab.⁹ Im Einklang

¹ BT-Drucks 19/8233, S. 2.

² BT-Drucks 19/8233, S. 2.

³ BT-Drucks 19/8233, S. 3.

⁴ BT-Drucks 19/8233, S. 3.

⁵ BT-Drucks 19/8233, S. 4.

⁶ BT-Drucks 19/8233, S. 4.

⁷ Koch in Hüffer/Koch, AktG, § 148 Rn. 3; Habersack, Gutachten E zum 69. DJT, 2012, S. E 91 ff.; Semler in FS Goette, 2011, S. 499, 500; Brommer, AG 2013, 121 ff.

⁸ Vgl. aber Bayer/Hoffmann, AG 2018, 337 ff. zur Detailfrage einer rechtstatsächlichen Bestandsaufnahme der Haftungsklagen durch Besondere Vertreter gemäß § 147 Abs. 2 AktG; dazu auch Beneke, Der Besondere Vertreter gemäß § 147 AktG, 2018, S. 58 ff.; vgl. auch Lochner in Heidel, Aktienrecht, § 147 AktG Rn. 1 f.

⁹ Bachmann, Gutachten zum 70. DJT, S. E 11, E 13 ff.; vgl. zu dieser Entwicklung auch Koch in Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 1.

damit bestätigen Berichte zu D&O-Versicherungen, dass sowohl die Anzahl der Abschlüsse als auch die Schadensaufwendungen für solche Versicherungen in den letzten Jahren gestiegen seien, was wiederum zu einem Anstieg der Versicherungsprämien führe.¹⁰ Betrachtet man allein die Anzahl der seit dem Gutachten von Bachmann veröffentlichten Gerichtsentscheidungen, die die Organhaftung zum Gegenstand haben, findet sich auch darin diese Entwicklung weiter bestätigt.¹¹ Das deckt sich auch mit meinem persönlichen Eindruck. Organhaftungsprozesse sind seit Jahren ein großer Schwerpunkt meiner anwaltlichen Tätigkeit; dazu zählen auch öffentlich bekannt gewordene Fälle wie HypoVereinsbank, Easy Software und STRABAG, die teilweise auch (gemessen am Grundkapital) von Aktionärsminderheiten initiiert wurden.

Dass die persönliche Inanspruchnahme von Organmitgliedern entgegen der Darstellung im Gesetzesentwurf inzwischen ein reales Risiko für diese ist, bzw. Pflichtverstöße zu fühlbaren persönlichen Folgen führen können, hat der Gesetzgeber in den letzten Jahren durch mehrere Reformen gefördert: So hat er 2010 durch das VorstAG in § 93 Abs. 2 S. 2 AktG für den Abschluss von D&O-Versicherungen einen Selbstbehalt von mind. 10 % des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der Jahresfestvergütung eines Vorstandsmitglieds eingeführt.¹² Ua durch §§ 3 Abs. 2, 5 Nr. 2 GeschGehG hat der Gesetzgeber 2019 die Rechte von Whistleblowern gestärkt, was aus Sicht eines pflichtwidrig handelnden Organmitglieds die Wahrscheinlichkeit einer Aufdeckung von Pflichtverstößen erhöht,¹³ die Einrichtung von Hinweisgebersystemen und der Schutz von Whistleblowern dürften durch die Umsetzung der am 17. Dezember 2019 in Kraft getretenen sog. Whistleblower-Richtlinie noch weiter gefördert wer-

¹⁰ Artikel „Managerhaftpflicht: Jahrelange Prämiensteigerungen erwartet“ vom 23. Januar 2020, abrufbar über www.versicherungsjournal.de; vgl. auch Bachmann, Gutachten zum 70. DJT, S. E 13 ff.; Artikel „Directors-and-Officers (D&O) – Beiträge, Leistungen und Schadensquoten“, abrufbar über www.gdv.de; Artikel „Studie: Manager erwarten steigendes Haftungsrisiko“ vom 20. Januar 2017, abrufbar über www.vov-organhaftung.de.

¹¹ In juristischen Datenbanken (Juris, Beck-Online) finden sich allein seit 2014 ca. 250 veröffentlichte Entscheidungen der ordentlichen Gerichtsbarkeit, die sich mit Fragen der Organhaftung nach § 93 AktG befassen.

¹² Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 31. Juli 2009, BGBl. I 2009, 2509.

¹³ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung vom 18. April 2019, BGBl. I 2019, 466.

den.¹⁴ Jüngst normierte das ARUG II für börsennotierte Gesellschaften – nach meiner Auffassung verpflichtend¹⁵ – die Einführung von sog. Clawback-Klauseln in das vom Aufsichtsrat zu erstellende Vergütungssystem des Vorstands.¹⁶ Solche Klauseln ermöglichen es, einem pflichtwidrig handelnden Vorstandsmitglied (ggf. neben der Haftung nach § 93 AktG) eine bereits gewährte variable Vergütung zu entziehen. Zu berücksichtigen ist hinsichtlich der Managerhaftung perspektivisch auch der unlängst bekannt gewordene Referentenentwurf eines Verbandssanktionengesetzes, das bei strafbarem Verwaltungshandeln interne Ermittlungen von Unternehmen fördert durch das Inaussichtstellen einer Milderung von Verbandsstrafen, § 18 VerSanG-RefE.¹⁷

Vergegenwärtigt man sich all dies, trifft die Grundannahme des Gesetzesentwurfs nicht zu, dass Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einer AG eine persönliche Haftung für pflichtwidrig verursachte Schäden in der Praxis nicht zu befürchten hätten.

II. Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen

Die Lösung, um dem gesehenen Sanktionsdefizit zu begegnen, sieht der Gesetzesentwurf (im Folgenden auch „GE“) in einer Änderung von § 148 AktG.¹⁸ § 148 AktG ist seit seiner Einführung im Jahre 2005 weitgehend totes Recht geblieben.¹⁹ Die von Aktionären zu erfüllenden Antragsvoraussetzungen des Klagezulassungsverfahrens sollen in mehrfacher Hinsicht abgesenkt werden; gleichzeitig sollen diese Aktionäre eine Beteiligung in Höhe von fünf Prozent an dem von ihnen für oder ggf. sogar von der AG selbst durchgesetzten Ersatzanspruch erhalten.

¹⁴ Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, Amtsblatt der EU vom 26. November 2019, L 305/17.

¹⁵ Lochner/Beneke in Hirte/Heidel, ARUG II, § 87a AktG Rn. 16 ff. (erscheint demnächst); ähnlich Bayer, DB 2018, 3034, 3037; a.A. Poelzig, NZG 2020, 41, 44; Löbbe/Fischbach, AG 2019, 373, 377.

¹⁶ Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) vom 12. Dezember 2019, BGBl. 2019 I, 2637.

¹⁷ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität, Bearbeitungsstand 15. August 2019, abrufbar im Internet.

¹⁸ BT-Drucks 19/8233, S. 4 f., 8 f.

¹⁹ So auch Habersack, AG 2014, 553; Koch in Hüffer/Koch, AktG, § 148 Rn. 3 „wirkungslos“.

1. Gründe für Funktionslosigkeit von § 148 AktG

Da ich § 148 AktG seit seiner Einführung inzwischen in fünfter Auflage in einem Aktienrechtskommentar kommentiere,²⁰ beobachte ich genau die dazu veröffentlichte Rechtsprechung. Soweit ersichtlich, ist es seit 2005 noch nie zu einer Aktionärsklage gem. § 148 Abs. 4 AktG gekommen. Es wurden lediglich ablehnende Entscheidungen in zwei Klagezulassungsverfahren veröffentlicht.²¹ Meine Nachfrage bei Gerichten ergab, dass es in Frankfurt am Main wohl noch nie ein Verfahren nach § 148 AktG gegeben hat, in Köln lediglich das veröffentlichte Verfahren und in München noch zwei weitere nicht veröffentlichte, teilweise noch anhängige Verfahren. In den beiden veröffentlichten Fällen sind die Klagezulassungsanträge insbesondere jeweils deshalb gescheitert, weil eine Pflichtverletzung nicht hinreichend dargelegt worden sei.²²

Der Gesetzesentwurf stellt die These auf, dass der Grund für die fast vollständige Funktionslosigkeit von § 148 AktG eine fehlende Belohnung der klagewilligen Aktionäre für ihr Engagement zu Gunsten der AG sei.²³ Ich halte dies nicht für überzeugend. Zwar mag eine Gewinnbeteiligung grundsätzlich ein geeignetes Mittel sein, um eine zusätzliche Motivation für Aktionäre schaffen, den Weg nach § 148 AktG zu beschreiten. Bislang ist eine solche persönliche Belohnung für die Geltendmachung von Minderheitenrechten oder generell von Aktionärsrechten dem Aktienrecht jedoch fremd. So gibt es zB auch im Beschlussmängelrecht keine Prämie für erfolgreich klagende Aktionäre; auch bei anderen Rechtsbehelfen wie z.B. in §§ 117 Abs. 5 S. 1, 122 Abs. 3, 132, 142, 147 Abs. 2, 309 Abs. 4 S. 1 i.V.m. 317 AktG oder §§ 1, 3 SpruchG ist eine solche Belohnung nicht vorgesehen; die Einräumung des Rechts und seine Geltendmachung sind vielmehr Ausdruck der Miteigentümerschaft und des Rechts zur Mitverwaltung der AG. Wird ein Schaden der AG, der jeden Aktionär mittelbar als sog. Reflexschaden belastet,²⁴ kompensiert, so fällt damit sogleich auch der mittelbare Schaden des Aktionärs weg. Als Miteigentümer profitiert er also mittelbar auch selbst von der Schadenskompensation auf Ebene der AG.

²⁰ Lochner in Heidel, Aktienrecht, 5. Auflage 2020, § 148 AktG.

²¹ OLG Köln NZG 2019, 582; erstinstanzlich LG Köln, Beschluss vom 11.05.2017, 91 O 3/16, BeckRS 2017, 155641, Rn. 28 ff.; LG München I AG 2007, 458.

²² OLG Köln NZG 2019, 582, 584; ebenso erstinstanzlich LG Köln, Beschluss vom 11.05.2017, 91 O 3/16, BeckRS 2017, 155641, Rn. 28 ff.; LG München I AG 2007, 458.

²³ BT-Drucks 19/8233, S. 4, 8.

²⁴ Statt aller Hölters in Hölters, AktG, § 93 Rn. 358.

Meines Erachtens ist nicht der *de lege lata* fehlende unmittelbare persönliche Vorteil an der Rechtsverfolgung der entscheidende Grund für die Wirkungslosigkeit von § 148 AktG. Vielmehr ist dies der fehlende Zugang von Minderheitsaktionären zu den notwendigen konkreten Informationen, die sie bräuchten, um im Klagezulassungsverfahren die erforderlichen Verdachtstatsachen gem. § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG vortragen und einen Schadensersatzanspruch erfolgreich vor Gericht durchsetzen zu können. Finanz- und sonstige Gesellschaftsberichte, Ad-hoc-Mitteilungen, gemäß § 131 AktG in der Hauptversammlung gegebene Auskünfte und Presseberichte sind meist viel zu vage, um die prozessualen Anforderungen erfüllen zu können.

In dem fehlenden Zugang zu Informationen besteht das Kernproblem von § 148 AktG; um die erforderlichen Informationen zu erlangen, gibt es zwar grundsätzlich das Institut der Sonderprüfung;²⁵ dieses ist aber entgegen dem berechtigten Anliegen, das Vermögen der AG und ihrer Aktionäre zu schützen,²⁶ ineffektiv ausgestaltet: Insbesondere in Fällen eines gesellschaftsschädlichen Zusammenwirkens eines die Hauptversammlung dominierenden Großaktionärs mit der Verwaltung wird eine Sonderprüfung mangels effizienter Stimmverbote vom Großaktionär in der Hauptversammlung abgewehrt werden.²⁷ Die nach § 142 Abs. 2 AktG dann zwar grundsätzlich eröffnete gerichtliche Sonderprüferbestellung wird eine Aktionärsminderheit regelmäßig nicht erfolgreich betreiben können, da ihr gerade der Zugang zu den danach erforderlichen sehr gravierenden Verdachtstatsachen fehlt – diesen Zugang soll die Sonderprüfung ja gerade erst herstellen.²⁸ Gelingt es gleichwohl, einen Sonderprüfer zu bestellen, so erweist sich dieser *de lege lata* als zahnloser Tiger, wenn der Vorstand ihm den Zugang zu Informationen rechtswidrig verweigert, um sich selbst zu schützen; denn seinen Informationsanspruch kann der Sonderprüfer nach herrschender Meinung nicht

²⁵ Auf die oftmals bestehende Notwendigkeit einer vorausgehenden Sonderprüfung hinweisend BT-Drucks 15/5092, S. 18; Mock in Spindler/Stilz, AktG, § 148 Rn. 32; Arnold in MüKo AktG, § 142 Rn. 14 f.; Peltzer, FS Uwe H. Schneider, 2011, S. 953, 964 f. Sonderprüfung bei komplizierten Sachverhalten „unvermeidlich“.

²⁶ Vgl. zu diesem Ziel Zweite Aktionärsrechterichtlinie, Erwägungsgrund 42, Amtsblatt der EU vom 20. Mai 2017, L 132/8.

²⁷ Nach ganz h.M. findet das Stimmverbot gemäß § 136 AktG auch dann keine Anwendung, wenn es gerade um die Aufklärung von Pflichtverstößen geht, in die der Großaktionär involviert ist, vgl. OLG Hamburg AG 1981, 193, 197; OLG Hamburg AG 2003, 46, 48; Koch in Hüffer/Koch, AktG, § 142 Rn. 15; Rieckers/Vetter in KölnKomm AktG, § 142 Rn. 171.

²⁸ Auf diesen Widerspruch zu Recht hinweisend Bachmann, Gutachten zum 70. DJT, S. E 105.

im einstweiligen Rechtsschutz durchsetzen, so dass die Sonderprüfung schlicht versandet.²⁹

Ich hatte selbst mehrere Mandatsanfragen bezogen auf Aktionärsklagen nach § 148 AktG. In diesen Fällen war weder das Erreichen des Quorums nach § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG das Problem, noch fehlte den jeweiligen Aktionären ohne Erfolgsbeteiligung die Motivation, das Verfahren zu führen. Vielmehr nahmen sie jeweils Abstand von einem Verfahren nach § 148 Abs. 1 AktG, da trotz diverser Presseberichten die zugänglichen Verdachtsmomente zu unpräzise waren, um die Hürden eines Klagezulassungsverfahrens mit hinreichender Aussicht auf Erfolg überwinden zu können, und dem ein ganz erhebliches persönliches Kostenrisiko gegenüberstand. Denn auch trotz der in ihrer Auslegung umstrittenen Kostenregelung des § 53 Abs. 1 Nr. 5 GKG³⁰ muss ein klagender Aktionär bei hohen Schadenswerten damit rechnen, dass er ggf. Prozesskosten auch im Vorprüfungsverfahren zum maximalen Streitwert von 30,0 Mio. € tragen muss.³¹ Auf Grundlage dieses Streitwerts läge das erstinstanzliche Prozesskostenrisiko in der Größenordnung von ca. 900.000,00 € und für das Führen eines Prozesses über den gesamten Instanzenzug bei weit über 3,0 Mio. €.

An diesen Kernproblemen des § 148 AktG setzt der Gesetzesentwurf aber nicht an, weshalb das verfolgte Ziel so nicht zu erreichen sein wird. Im Gegenteil sind nachteilige Folgen zu befürchten, dazu sogleich.

2. Änderung von § 148 Abs. 1 AktG

Der Gesetzesentwurf sieht vor, die Voraussetzungen für den Zugang zum Klagezulassungsverfahren in mehrfacher Hinsicht zu modifizieren. Das Quorum soll von einem Prozent des Grundkapitals oder einem anteiligen Betrag von 100.000,00 € jeweils auf ein Zwanzigstel reduziert werden, § 148 Abs. 1 S. 1 AktG-GE. Zudem soll das Klagezulassungsverfahren nicht mehr auf Fälle von Unredlichkeiten und groben Gesetzes- oder Satzungsverletzungen beschränkt werden, sondern bei jedem Pflichtverstoß eröffnet sein, § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG-GE. Der Ausschlussgrund entgegenstehender überwiegender Gründe des Gesellschaftswohls soll gestrichen werden und dafür das

²⁹ So jüngst geschehen, vgl. OLG München ZIP 2019, 2352.

³⁰ Vgl. zum Streitstand OLG Köln NZG 2019, 826.

³¹ Nach einer umstrittenen, aber verbreitet im Schrifttum vertretenen Auffassung richtet sich das Antragsstellerinteresse nach der Höhe des mit der Klage verfolgten Schadens, vgl. Spindler in Schmidt/Lutter, AktG, § 148 Rn. 54; Arnold in MüKo AktG, § 148 Rn. 103; vgl. auch LG München I AG 2007, 458, 459.

Klagezulassungsverfahren zurückgewiesen werden können, wenn die Geltendmachung der Ersatzansprüche „missbräuchlich erscheint“, § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG-GE.

a) § 148 Abs. 1 S. 1 AktG-GE

Zumal der Gesetzesentwurf nicht vorsieht, etwas an dem ganz erheblichen Kostenrisiko der antragstellenden Aktionäre im Rahmen des Klagezulassungsverfahrens und der nachfolgenden Aktionärsklage zu ändern, dürfte die vorgesehene Herabsenkung des Quorums nicht geeignet sein, § 148 AktG funktionsfähiger zu machen; denn Aktionäre, die nur mit einem sehr geringen Investment beteiligt sind, werden (jedenfalls ohne eine Fangprämie) nicht bereit bzw. dazu wirtschaftlich in der Lage sein, ein Prozesskostenrisiko in Millionen-Euro-Höhe zu übernehmen.³² Vor diesem Hintergrund dürfte dem Quorum in der Praxis jedenfalls grundsätzlich keine eigenständige Filterfunktion zukommen, so dass es überflüssig erscheint und ganz gestrichen werden könnte.³³ Dafür spricht zum einen die systematische Erwägung, dass nach §§ 317, 318 i.V.m. § 309 Abs. 4 S. 1 AktG Aktionäre ebenfalls ohne Quorum Ersatzansprüche der AG geltend machen können. Zum anderen sind auch Beispiele denkbar, in denen Börsenwert und Anteil am Grundkapital extrem weit auseinanderfallen, was dazu führen kann, dass die vorgeschlagene Schwelle von 5.000,00 € am Grundkapital ein immer noch sehr hoher Vermögenswert sein kann; im Falle der Audi AG wäre das z.B. ein Börsenwert von über 4 Mio. €.

Andererseits sind etwa die Minderheitenrechte wie etwa Verlangen auf Einberufung oder Ergänzung der Tagesordnung (§ 122 Abs. 1 und Abs. 2 AktG) an noch höhere Quoren geknüpft. Insbesondere der in der Praxis häufige Gebrauch von Einberufungs- bzw. Ergänzungsverlagen nach § 122 AktG verdeutlicht, dass die Höhe des gesetzlichen Quorums in § 148 Abs. 1 S. 1 AktG jedenfalls regelmäßig nicht der zentrale Grund für den fehlenden Gebrauch von diesem Aktionärsrecht sein dürfte.

³² Dazu bereits oben unter II.1.

³³ Lochner in Heidel, Aktienrecht, § 148 AktG Rn. 5; Haar/Greching AG 2013, 653, 655 ff.; Habersack, Gutachten E zum 69. DJT, S. E 95; Schmolke ZGR 2011, 398, 424 f.; Lutter in FS Uwe H. Schneider, 2011, S. 763, 767 f.; a.A. Kahnert AG 2013, 663, 665 f.; Spindler AG 2013, 889, 901; Peltzer, FS Uwe H. Schneider, 2011, 953, 964.

b) § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG-GE

Die Streichung der Beschränkung der Aktionärsklage auf Fälle der Unredlichkeit und groben Gesetzes- und Satzungsverletzung in § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG-GE ist systematisch bedenklich:

Die Geltendmachung von Ersatzansprüchen der AG gegen Organmitglieder ist eine Geschäftsführungsmaßnahme, die nach der Kompetenzordnung des Aktiengesetzes grundsätzlich dem Vorstand bzw. (gegenüber Vorstandsmitgliedern) dem Aufsichtsrat zustehen.³⁴ Nach der ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung des BGH dürfen Vorstand und Aufsichtsrat nur in begründeten Ausnahmefällen von der Verfolgung absehen.³⁵ Bleibt die Verwaltung untätig, kann die Hauptversammlung die Entscheidung über das „Ob“ der Geltendmachung solcher Ansprüche gem. § 147 Abs. 1 AktG durch Mehrheitsbeschluss an sich ziehen.³⁶ Findet sich - auch unter Berücksichtigung eines ggf. gem. § 136 AktG für einen Großaktionär geltenden Stimmverbots - im Aktionariat keine Mehrheit für einen solchen Beschluss, soll es nach § 148 Abs. 1 AktG die Möglichkeit einer Aktionärsminderheit geben, die eigentlich Vorstand bzw. Aufsichtsrat zustehende Entscheidungskompetenz über die Geltendmachung der Ansprüche durch gerichtliche Ermächtigung ausnahmsweise an sich zu ziehen und diese Ansprüche selbst geltend zu machen. Dabei handelt es sich also um den Eingriff in die grundsätzlich Vorstand bzw. Aufsichtsrat zustehende Entscheidungskompetenz durch eine Aktionärsminderheit aufgrund gerichtlicher Ermächtigung.

Will man die Kompetenzordnung für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegenüber Verwaltungsmitgliedern nicht grundlegend verschieben, muss die Zulassung von Aktionärsklagen die Ausnahme von der Regel bleiben. Dies kommt *de lege lata* zum einen dadurch zum Ausdruck, dass die Minderheit schon vor Einleitung des Klagezulassungsverfahrens gem. § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AktG die AG zur Klageerhebung fruchtlos aufgefordert haben muss und die AG jederzeit berechtigt ist, die Ersatzansprüche selbst gerichtlich geltend zu machen, § 148 Abs. 3 AktG. Zum anderen soll gem. § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG nur in schwerwiegenden Fällen eine Ermächtigung der Minderheit erfolgen können. Streicht man die Beschränkung auf Unredlichkeit und

³⁴ Vgl. Rieckers/Vetter in KölnKomm AktG, § 147 Rn. 122; Mock in Spindler/Stilz, AktG, § 147 Rn. 1; Beneke, Der Besondere Vertreter gemäß § 147 AktG, 2018, S. 134 m.w.N.

³⁵ BGHZ 135, 244 = WM 1997, 970.

³⁶ Lochner in Heidel, Aktienrecht, § 147 AktG Rn. 9. Vgl. zum Stichwort „Richtigkeitschance von Mehrheitsentscheidungen“ Beneke, Der Besondere Vertreter gemäß § 147 AktG, 2018, S. 58 ff., 104 ff.

grobe Gesetzes- und Satzungsverletzungen, könnte eine Minderheit theoretisch in jedwedem Fall eines Pflichtverstoßes die Entscheidungskompetenz von Vorstand und Aufsichtsrat an sich ziehen. Systematisch ist das nicht überzeugend.

Bemerkenswert ist, dass jedenfalls in den wenigen veröffentlichten Entscheidungen zu Klagezulassungsverfahren diese nicht etwa am Nachweis eines hinreichend schwerwiegenden Pflichtverstoßes gescheitert sind; vielmehr konnten die Antragsteller nach Sicht der Gerichte einen Pflichtverstoß jeweils überhaupt nicht hinreichend darlegen.³⁷ In diesen Fällen wären die Anträge also auch auf Grundlage von § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG-GE gescheitert. Dies bekräftigt ein weiteres Mal, dass das zentrale Problem des § 148 AktG der fehlende Zugang zu Informationen ist.

c) § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG-GE

Der bisher in § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG vorgesehene Ausschlussgrund der entgegenstehenden überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls soll gestrichen und durch einen Ausschluss bei missbräuchlicher Geltendmachung ersetzt werden.

Eine gesetzliche Grundlage für einen Ausschluss bei Rechtsmissbrauch bedarf es jedoch nicht. Denn auch ohne eine explizite gesetzliche Regelung ist ein rechtsmissbräuchlicher Klagezulassungsantrag zurückzuweisen.³⁸ Problematisch ist an der mithin überflüssigen Kodifizierung die Formulierung des Gesetzgebungsentwurfs „missbräuchlich erscheint“. Es fragt sich, ob das Gericht bereits dann einen Antrag zurückweisen können soll, wenn es eine Missbräuchlichkeit bloß für möglich hält. Das wäre ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in die Rechte der antragstellenden Aktionäre.

Der bisherige Ausschlussgrund in § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG („überwiegende Gründe des Gesellschaftswohls“) ist zwar meines Erachtens ebenfalls überflüssig und könnte bei Beibehaltung von § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG gestrichen werden, da bei Vorliegen von Unredlichkeiten bzw. groben Gesetzes- oder Satzungsverletzungen die Geltendmachung unter Berücksichtigung der ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung des BGH³⁹ stets im Gesellschaftswohl liegen dürfte.⁴⁰ Dies kann jedoch nicht mehr ohne

³⁷ OLG Köln NZG 2019, 582, 584; ebenso erstinstanzlich LG Köln, Beschluss vom 11.05.2017, 91 O 3/16, BeckRS 2017, 155641, Rn. 28 ff.; LG München I AG 2007, 458.

³⁸ Lochner in Heidel, Aktienrecht, § 148 Rn. 17; vgl. auch jüngst BGH DNotZ 2020, 49 zur *actio pro socio* im Personengesellschaftsrecht.

³⁹ BGHZ 135, 244 = WM 1997, 970.

weiteres angenommen werden, wenn gleichzeitig durch Änderung von § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG das Klagezulassungsverfahren für die Geltendmachung jedweder Pflichtverletzung durch eine Minderheit eröffnet würde.

3. § 147 Abs. 3 S. 3 AktG-GE

Durch § 147 Abs. 3 S. 3 AktG-GE soll eingeführt werden, dass die ermächtigten Aktionäre bei einem von der AG an sich gezogenen Prozess das Recht zur Nebenintervention und ein Widerspruchsrecht gem. § 93 Abs. 4 S. 3 AktG haben sollen.

Die Ergänzung, dass die vormals ermächtigten Aktionäre auch das Recht zur Nebenintervention haben, hätte meines Erachtens eine klarstellende Funktion. Zwar besteht dieses Recht meines Erachtens grundsätzlich ohnehin schon nach §§ 66 ff. ZPO; denn das nach § 66 Abs. 1 ZPO für die Nebenintervention notwendige rechtliche Interesse wird bereits durch die zuvor erfolgreiche Klagezulassung sowie durch die Kraft Gesetzes angeordnete Beiladung indiziert.⁴¹ Dies ist jedoch im Schrifttum umstritten.⁴² Die vorgeschlagene Regelung müsste dahingehend geändert werden, dass § 148 Abs. 4 S. 3 AktG keine Anwendung findet, wonach die Nebenintervention von Aktionären nach Klageerhebung unzulässig ist.

Abzulehnen ist ein eigenes Widerspruchsrecht der antragstellenden Aktionäre entsprechend § 93 Abs. 4 S. 3 AktG. Ein solches Widerspruchsrecht soll kraft Gesetzes nur einer Minderheit zustehen, die mit mindestens 10 Prozent am Grundkapital beteiligt ist, nicht aber einer solchen mit einer Mindestbeteiligung von gerade einmal 0,5 Promille bzw. 5.000,00 € am Grundkapital. Dass § 93 Abs. 4 S. 3 AktG zu beachten ist, stellt bereits § 148 Abs. 6 S. 4 AktG sicher.

4. § 148 Abs. 7 AktG-GE

Die Regelung soll eine Erlösbeteiligung der antragstellenden Aktionäre in Höhe von 5 Prozent einführen. Ansätze für eine solche sog. „Fangprämie“ werden seit Jahren im

⁴⁰ Lochner in Heidel, Aktienrecht, § 148 AktG Rn. 17.

⁴¹ Vgl. Menke, Die zivilprozessuale Beiladung im Klagezulassungsverfahren gem. § 148 AktG, 2012, S. 198 ff.

⁴² A.A. Mock in Spindler/Stilz, AktG, § 148 Rn. 136.

Schrifttum kontrovers diskutiert.⁴³ Jedenfalls eine fünfprozentige Erfolgsbeteiligung steht meines Erachtens in keinem angemessenen Verhältnis zu einer Beteiligung am Grundkapital in Höhe von womöglich nur 0,05 Prozent, auch wenn diese Erfolgsbeteiligung ihre Grundlage nicht im Anteil am Grundkapital, sondern in der Belohnung für das Engagement für die AG haben soll.⁴⁴

Bemerkenswert ist, dass diese Erlösbeteiligung nicht nur dann anfallen soll, wenn die Aktionäre erfolgreich einen Prozess zu Gunsten der AG geführt haben, sondern bereits, wenn die AG vor Einleitung des Klagezulassungsverfahrens der Aufforderung der Aktionäre zur Klageerhebung nachgekommen ist bzw. später vom Recht des Ansich-Ziehens des Prozesses Gebrauch gemacht, Erlöse also selbst erstritten hat. Im Extremfall soll also die bloße Aufforderung nach § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AktG in einem Dreizeiler schon dazu führen, dass diese Aktionäre fünf Prozent der durchgesetzten Schadenssumme erhalten, für die sie selbst außer eben dieser Aufforderung nichts beigetragen haben und auch keinerlei Prozessrisiken eingegangen sind. Würde schon die bloße Aufforderung zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen – zumal schon bei jedwedem Pflichtverstoß – zu einer Erlösbeteiligung von fünf Prozent führen, so ist zu befürchten, dass dies zu einer neuen Art von „Abmahnwelle“ führt. Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen im Ganzen lassen befürchten, dass ganz geringfügig beteiligte Aktionäre planmäßig bei jedem in der Wirtschaftspresse thematisierten möglichen Pflichtverstoß eine Aufforderung zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen gem. § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AktG an die AG richten werden mit der bloßen Spekulation, dass die Verwaltung die Ersatzansprüche ggf. selbst schon auf Risiko der AG geltend machen wird, die Aktionäre für dieses bloße Aufforderungsschreiben dann aber womöglich eine Erlösbeteiligung in mehrstelliger Millionen-Euro-Höhe erhalten – nimmt man z.B. Fälle wie VW, ginge es womöglich sogar um eine Erlösbeteiligung im Milliarden-Euro-Bereich.

⁴³ Dafür Schmolke, ZGR 2011, 398, 434 ff.; Wagner, ZHR 178 (2014), 227, 270; a.A. Habersack, Gutachten E zum 69. DJT, 2012, S. E 95 f.; Kahnert, AG 2013, 663, 670 f.; Vetter in FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 1317, 1337 f.; Peltzer, FS Uwe H. Schneider, 2011, S. 953, 964.

⁴⁴ Vgl. zu anderen im Schrifttum diskutierten Vergütungsformen: Wagner ZHR 178 (2014), 227, 270: Vielfaches der Prozesskosten als Prämie; Kalss/Schauer, Reform des Kapitalgesellschaftsrechts, 2006, S. 219 f.: Prämie orientiert am Streitwert; zum schweizer Recht Kunz, Rechtsnatur und Einreedeordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, 1997, S. 113 f.: Gestattung, den eigenen Reflexschaden einzuklagen.

Es stellt sich bei Einführung einer derart hohen Erlösbeteiligung bei gleichzeitig unverändert schlechtem Zugang zu Informationen die Frage, ob damit nicht falsche Anreize gesetzt werden. § 148 AktG soll der effektiven Durchsetzung der Gesellschaftsinteressen dienen. Die hohe Fangprämie könnte aber den Gesellschaftsinteressen zuwider Glücksritter auf den Plan rufen, die sich getrieben von der potentiell hohen persönlichen „Gewinnaussicht“ von den mangels Zugang zu Informationen schlechten Prozessaussichten nicht abschrecken lassen.⁴⁵

Schließlich ergeben sich Abgrenzungsprobleme, wenn mehrere Aktionärsgruppen unabhängig voneinander Aufforderungsschreiben an die AG richten oder die Verwaltung ohnehin schon die Geltendmachung von Organhaftungsansprüchen überprüft hat und bislang aus guten Gründen noch von einer Geltendmachung abgesehen hat.

III. Fazit

Nach verbreiteter, zutreffender Meinung im Schrifttum ist das Organhaftungsrecht reformbedürftig; § 148 AktG ist bislang weitgehend totes Recht. Indes trifft die vom Gesetzesentwurf aufgestellte rechtstatsächliche Behauptung nicht zu, dass in der Rechtswirklichkeit Organhaftungsansprüche praktisch nicht geltend gemacht würden und aus Sicht von Managern keine reale Gefahr einer persönlichen Inanspruchnahme für pflichtwidrige Schädigungen der AG besteht. Die vorgeschlagenen Änderungen von § 148 AktG sind ungeeignet, die Regelung funktionaler zu gestalten. Die primären Gründe für die fehlende Effektivität von § 148 AktG adressiert der Entwurf nicht - nämlich den fehlenden Zugang von Aktionären zu hinreichend konkreten Informationen, die ineffiziente Gestaltung der Sonderprüfung und das gleichzeitig massive Prozessrisiko. Stattdessen werden durch eine Herabsetzung der Zugangsvoraussetzungen und die gleichzeitige Einführung einer unverhältnismäßig hohen Gewinnbeteiligung Anreize gesetzt, die den Gesellschaftsinteressen schaden und Glücksritter auf den Plan rufen, die sich angesichts der potentiell hohen „Fangprämie“ von den mangels Zugang zu Informationen weiterhin schlechten Prozessaussichten nicht abschrecken lassen.⁴⁶ Interessenwidrig ist es insbesondere, dass eine ggf. kleine Aktionärsminorität aufgrund einer bloßen Aufforderung zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen an dem

⁴⁵ Vgl. auch Kahnert AG 2013, 663, 670 f.

⁴⁶ Vgl. auch Kahnert AG 2013, 663, 670 f.

womöglich erst viele Jahre später von der AG selbst erzielten Erlös der geltend gemachten Ersatzansprüche in Höhe von fünf Prozent profitieren soll.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Dr. Daniel Lochner