

**Untersuchungen über das
Spar-, Giro- und Kreditwesen**

Abteilung B: Rechtswissenschaft

Herausgegeben von Peter O. Mülbert,
Uwe H. Schneider und Dirk A. Verse

Band 205

Das Klagezulassungsverfahren gem. § 148 AktG

Geltendes Recht. Kritik. Reform.

Von

Andreas Gaschler



Duncker & Humblot · Berlin

ANDREAS GASCHLER

Das Klagezulassungsverfahren gem. § 148 AktG

Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen

Abteilung B: Rechtswissenschaft

Schriften des Instituts für deutsches und
internationales Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens
an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Herausgegeben von

Prof. Dr. Peter O. Mülbert,

Prof. Dr. Dr. h. c. Uwe H. Schneider, Prof. Dr. Dirk A. Verse

Band 205

Das Klagezulassungsverfahren gem. § 148 AktG

Geltendes Recht. Kritik. Reform.

Von

Andreas Gaschler



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz hat diese Arbeit
im Jahre 2016 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7352
ISBN 978-3-428-15110-3 (Print)
ISBN 978-3-428-55110-1 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85110-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Geleitwort

Das im Jahr 2005 durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) eingeführte Klagezulassungsverfahren nach § 148 AktG sieht eine aktienrechtliche *actio pro socio* vor: Aktionäre, die allein oder gemeinsam mindestens 1% des Grundkapitals oder Aktien im Nominalwert von € 100.000 halten, können sich in dem Verfahren nach § 148 AktG unter bestimmten Voraussetzungen dazu ermächtigen lassen, Organhaftungsansprüche (und ausgewählte weitere Ansprüche) im eigenen Namen für die Aktiengesellschaft geltend zu machen. Mit der Einführung dieses Instruments bezweckte der Gesetzgeber, die Anspruchsverfolgung durch eine Aktionärsminderheit im Vergleich zum früheren Recht (§ 147 Abs. 3 AktG a. F.) zu erleichtern und auf diese Weise die Präventionswirkung der Organhaftung zu stärken. Zugleich war der Gesetzgeber – nach den leidvollen Erfahrungen mit missbräuchlichen Beschlussanfechtungsklagen – aber auch sehr darauf bedacht, kein neues Einfallstor für missbräuchliche Aktionärsklagen zu schaffen.

Heute, gut zehn Jahre später, hat sich gezeigt, dass der Gesetzgeber des UMAG die Gefahr des Klagemissbrauchs offenbar überbewertet und die Hürden der Anspruchsverfolgung für die Aktionärsminderheit immer noch zu hoch angesetzt hat. Bis heute ist das Klagezulassungsverfahren in der Praxis kaum jemals zur Anwendung gekommen; es handelt sich, wie der Verfasser der vorliegenden Untersuchung pointiert feststellt, um „totes Recht“. Dass man aber auch über totes Recht eine vor Lebhaftigkeit geradezu sprühende, innovative, inspirierende und meinungsfreudige Dissertation schreiben kann, zeigt diese Schrift auf eindrucksvolle Weise.

Die Untersuchung verfolgt – und erfüllt – ein doppeltes Anliegen: Zum einen gelingt es dem Verfasser, die geltende Regelung des Klagezulassungsverfahrens umfassend und in vielfältiger Weise über den bisherigen Diskussionsstand hinausführend zu analysieren und ihre Schwächen (wie insbesondere die Schwierigkeit der Informationsbeschaffung für die klagewilligen Aktionäre und das prohibitive Kostenrisiko) schonungslos offenzulegen. Zum anderen entwickelt die Arbeit mit umsichtiger, abgewogener Argumentation eine ganze Reihe von bedenkenswerten Reformvorschlägen, die das Klagezulassungsverfahren zu Leben erwecken und *de lege ferenda* so gestalten sollen, dass es seinen Zweck, die Anspruchsdurchsetzung zu effektuieren, ohne missbräuchlichen Klagen Vorschub zu leisten, tatsächlich er-

füllen kann. Unter anderem schlägt der Verfasser vor, wesentliche Zulassungshürden (darunter das Antragsquorum) zu beseitigen, die Kostenrisiken für die verfolgungswillige Minderheit zu reduzieren, das Verfahren anstelle einer *actio pro socio* wieder auf die Bestellung eines besonderen Vertreters auszurichten und dessen Rechtsstellung in zentralen Punkten (insbesondere Informationszugang, Befugnis zum Abschluss von Vergleichen) gesetzlich zu regeln. Die Bedürfnisse der Praxis behält der Verfasser, der als Richter in der niedersächsischen Justiz tätig ist, dabei stets im Auge.

Der Leser darf sich auf eine vorzügliche Studie freuen, die durch eine tiefgehende, rechtsdogmatisch präzise Analyse des geltenden Klagezulassungsverfahrens und seiner Bezüge zum Recht der Sonderprüfung, zum materiellen Haftungsrecht und zum Prozessrecht ebenso besticht wie durch ihre fundierten Reformvorschläge. Kurz: eine hervorragende Dissertation, der hoffentlich ein großer Leserkreis beschieden sein wird!

Mainz, im November 2016

Prof. Dr. Dirk A. Verse

Vorwort

Das aktienrechtliche Klagezulassungsverfahren (§ 148 AktG) ist ohne jede praktische Bedeutung geblieben. Eine Reform ist erforderlich. Sie darf nicht aufgrund verfehlter Annahmen verweigert werden, die sich in der rechtspolitischen Diskussion zunehmend verfestigt haben. Die Schwächen der geltenden Regelung aufzuzeigen und die Reformpfade auszuleuchten, ist das Anliegen dieser Abhandlung. Ich habe sie zum Ende des Sommersemesters 2015 beim Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz als Dissertation eingereicht, wo ich sie nach Annahme im Rigorosum vom 24.05.2016 verteidigte. Die vorliegende Druckfassung ist im Wesentlichen mit der eingereichten Fassung identisch. Es wurden noch Anregungen aus den Gutachten umgesetzt. Vereinzelt wurde der Text verbessert. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur befinden sich im Wesentlichen auf dem Stand vom Sommer 2015. Besonders einschlägige Erscheinungen habe ich noch nachträglich in diese Druckfassung eingearbeitet, an vorderster Stelle die Berliner Dissertation von Max L. Kanzow.

Meinem verehrten Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dirk A. Verse, M.Jur. (Oxford), bin ich zu unendlichem Dank verpflichtet. Als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl in Osnabrück durfte ich Elementares über das wissenschaftliche Arbeiten lernen, über stringente Gedankenführung und strenge Logik genauso wie über die Kraft und Ästhetik ganzheitlicher, aus einer gedanklichen Kernsubstanz entwickelter Lösungen. Er lehrte auch, dass es unverzichtbar ist, eigenen Ideen zu vertrauen und sie mutig umzusetzen. Immer war er diskussionsbereit über die vorliegende Arbeit, ohne sie in eine Richtung zu lenken. Auch was er ganz ungezwungen an Werten vermittelte, wurde prägend für mein Leben: Aufgeschlossenheit gegenüber den Einsichten anderer, Verzicht auf Selbstgerechtigkeit, echte Liberalität. Fast trivial mutet dagegen an zu erwähnen, dass es ihm eine Selbstverständlichkeit war, akademische Vorhaben wie mein LL.M.-Studium äußerst großzügig zu unterstützen.

Herrn Professor Dr. Peter O. Mülbart danke ich für ein Zweitgutachten, das nicht nur sehr zügig erstellt wurde, sondern auch viele inspirierende Anmerkungen enthielt.

Zuletzt danke ich meinen Eltern, die mein Studium und diese Arbeit vorbehaltlos unterstützt haben. Ihnen widme ich die Arbeit.

Edemissen, im September 2016

Andreas Gaschler

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Einleitung	23
	I. Fragestellung und Anliegen der Untersuchung	23
	II. Gang der Untersuchung	26
<i>1. Kapitel</i>		
Grundlagen des Verfolgungsrechts		
		28
§ 2	Das Verfolgungsrecht im Überblick	28
§ 3	Rechtstatsächlicher Befund	30
§ 4	Das Verfolgungsrecht im System der Anspruchsdurchsetzung	31
	I. Verwaltungszuständigkeit	31
	II. Hauptversammlung	36
	III. Zum Stellenwert des § 148 AktG	39
§ 5	Zweckbestimmung des § 148 AktG	40
	I. Kompensationszweck	40
	II. Präventive Steuerung des Organwalterhandelns	41
	1. Standpunkt des Gesetzgebers	41
	2. Überzeugungskraft des Präventionsansatzes	42
	III. Konkretisierung der Verhaltensmaßstäbe für Verwaltungsorganmitglieder	46
	IV. Förderung des Anlegervertrauens in den deutschen Finanzplatz	49
	V. Sonstige öffentliche Interessen	50
	VI. Relative Bedeutung der Sanktionswahrscheinlichkeit (<i>certainty</i>) und der Sanktionshöhe (<i>severity</i>) für die Verwirklichung der Haftungszwecke	51
	1. Verhaltenssteuerung	52
	a) Gründe für eine gemäßigte Höhe der Ersatzansprüche	53
	b) Argumente für eine häufige Durchsetzung der Innenhaftungsansprüche	61
	c) Ergebnis	66
	2. Vertrauensbildung	66
	3. Ergebnis	67
§ 6	Regelungspolitisches Spannungsfeld des Verfolgungsrechts	67
	I. Umgang mit Zweckkollisionen	67
	II. Erfolgsbedingungen des Antragsrechts und das Risiko des Rechtsmissbrauchs und nachteiliger Verfahren	68
	III. Abstimmung mit der Verbandsverfassung	69

2. Kapitel

Das Verfolgungsrecht *de lege lata*

71

§ 7	Anwendungsbereich des § 148 AktG	71
	I. Ersatzansprüche aus der Geschäftsführung gegen die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats	71
	II. Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung	72
	1. Unredlichkeit	73
	2. Grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung	75
	a) Grobheit der Verletzung	75
	b) Veranschaulichung anhand der Pflichtverletzungen des Vor- stands	80
	aa) Pflichtverletzungen bei unternehmerischen Entscheidungen (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG)	80
	bb) Pflichtverletzungen außerhalb unternehmerischer Entsch- eidungen	86
	c) Veranschaulichung anhand der Pflichtverletzungen des Auf- sichtsrats	89
	III. Konzernrechtliche Ansprüche	90
§ 8	Das Klagezulassungsverfahren gem. § 148 Abs. 1 AktG	91
	I. Verfahrensrechtliche Regelungen	92
	1. Antragstellung	92
	2. Beteiligte des Klagezulassungsverfahrens	92
	3. Partieller Untersuchungsgrundsatz?	94
	4. Schriftliches Verfahren oder mündliche Verhandlung?	94
	5. Rechtsbehelfe	95
	II. Das Antragsquorum	95
	III. Aktienerwerb vor Kenntnis oder Kennenmüssen von Pflicht- verletzung oder Schaden (<i>contemporaneous ownership rule</i>)	96
	IV. Aufforderung der Gesellschaft zur Klage und Fristsetzung	97
	1. Aufforderung	97
	2. Setzung einer angemessenen Frist	98
	3. Verstreichen der Frist	100
	4. Entbehrlichkeit der Fristsetzung	100
	V. Vorliegen von Verdachtstatsachen	101
	1. Verdacht	101
	2. Darlegungs- und Beweislast	104
	VI. Keine überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls (§ 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AktG)	105
	1. Grundstruktur der Abwägung	106
	2. Für Rechtsverfolgung zu gewichtende Aspekte	110
	a) Wert der Klageforderung	110

b)	Sekundäre Vorteile der Klage	111
c)	Öffentliche Klagezwecke	113
3.	Gegen Rechtsverfolgung zu gewichtende Aspekte	116
a)	Kreis der Gegengründe	116
aa)	Ausschluss persönlicher Interessen der Organmitglieder	117
bb)	Beschränkungen aus Zweck und Funktionsbedingungen des Zulassungsverfahrens?	117
cc)	Beschränkungen aus Wertung des § 145 Abs. 4 AktG?	119
b)	Anforderungen an die Eintrittswahrscheinlichkeit?	122
c)	Einzelne entgegenstehende Gründe	122
aa)	Primäre Kosten eines Klageverfahrens	122
bb)	Nachteile aus dem Bekanntwerden von Tatsachen im Klageverfahren	123
cc)	Schädliches „Wachhalten“ des Pflichtverstoßes	127
dd)	Behinderung der Vorstands- und Aufsichtsratsarbeit und notwendige Trennung vom Organmitglied	128
ee)	Beeinträchtigung des Betriebsklimas und des Autoritäts- gefüges	129
ff)	Schonung eines verdienten Organmitglieds	130
gg)	Mehrfache Antragstellung (sog. <i>Me-too</i> -Klagen)	131
hh)	Mangelnde Eignung des Antragstellers als Repräsentant der Gesellschaft	131
4.	Darlegungs- und Beweislast	132
5.	Auswirkungen eines Schiedsverfahrens auf die Abwägung	133
6.	Fazit	138
§ 9	Das Klageverfahren (§ 148 Abs. 4 AktG)	138
I.	Grundlagen	138
II.	Nochmalige Fristsetzung	139
III.	Pflichten der Organmitglieder nach Klagezulassung	139
§ 10	Klagezulassungs- und Klageverfahren übergreifende Fragestellungen	143
I.	Die Informationsbeschaffung für das Klagezulassungs- und das Klageverfahren	144
1.	Gesellschaftsrechtliche Instrumente der Beschaffung von Informationen und Beweismitteln	145
a)	Berichterstattung des Unternehmens	145
b)	Auskunftsanspruch (§ 131 AktG)	146
c)	Sonderprüfung (§§ 142 ff. AktG)	148
aa)	Grundzüge des gerichtlichen Bestellungsverfahrens	148
(1)	Subsidiaritätsgrundsatz	148
(2)	Verdachtstatsachen und Amtsermittlungsgrundsatz	150
bb)	Ergebnisse der Sonderprüfung und deren Verwendung im Klagezulassungs- und Klageverfahren	154

(1) Inhalt des Sonderprüfungsberichts und Verwendung in den Verfahren gem. § 148 AktG	154
(2) Vernehmung des Sonderprüfers als Zeuge in Verfahren gem. § 148 AktG	155
cc) Gesamtbetrachtung	157
d) Gesellschaftsrechtlicher Anspruch auf Auskunft und Bucheinsicht als Annex zu § 148 AktG?	157
e) Geltendmachung von Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüchen der Gesellschaft gem. § 148 AktG?	161
2. Pflicht der Gesellschaftsorgane zur Unterstützung des Klageverfahrens	163
3. Prozessuale Instrumente zur Schließung von Kenntnislücken und zur Beweisführung	164
a) Anscheinsbeweise und tatsächliche Vermutungen	164
b) Sekundäre Darlegungslast	165
c) Urkundenvorlegung, §§ 421 ff., 142 ZPO	169
d) Zeugenbeweis (§§ 373 ff. ZPO) und Parteivernehmung (§§ 445 ff. ZPO)	173
aa) Vernehmung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern im Zulassungs- und Klageverfahren	173
bb) Problem des Ausforschungsbeweises	178
4. Fazit	179
II. Verzicht und Vergleich in ihrer Bedeutung für die Verfahren gem. § 148 AktG	180
1. Voraussetzungen eines Verzichts und Vergleichs	180
2. Rechtmäßigkeitskontrolle der Verzichts- oder Vergleichsentscheidungen	182
3. <i>Exkurs</i> : Probleme der Willensbildung bei § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG	192
4. Auswirkungen von Vergleichsverhandlungen und -abschlüssen sowie internen Untersuchungen auf die Verfahren gem. § 148 AktG	193
III. Verhältnis von Gesellschafter- und Gesellschaftsklage	194
IV. Gesellschaftsrechtliche Pflichten und Haftung antragstellender und prozessführender Aktionäre	195
V. Verfahrenskosten und materiellrechtliche Kostenerstattung	199
1. Prozessuale Kostenentscheidung in Bezug auf das Klagezulassungsverfahren	200
a) Kostenzuweisung	200
b) Berechnung der Kosten der Aktionäre im Unterliegensfall	200
aa) Gerichtskosten	201
(1) Streitwertberechnung gem. § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 GKG i. V. m. § 3 ZPO	201
(2) Kosten der Beweisaufnahme	205
bb) Verfahrenskosten der Antragsgegner	207

cc) Kosten der beigetretenen Gesellschaft	209
dd) Kosten der Antragsteller	209
ee) Berechnungsbeispiel	209
ff) Möglichkeiten der Minderung des Kostenrisikos	210
c) Umfang der Kostenerstattung im Obsiegensfall	211
2. Prozessuale Kostenentscheidung in Bezug auf das Klageverfahren	212
3. Materieellrechtliche Kostenerstattungsansprüche der Aktionäre gegen die Gesellschaft	213
a) Anwendungsfälle	213
b) Anspruchsinhalt	214
c) Erforderlichkeitsgrenze des materieellrechtlichen Kostenerstattungsanspruchs?	215
4. Fazit	216

3. Kapitel

Das Verfolgungsrecht *de lege ferenda* 217

§ 11 Schlussfolgerungen aus dem rechtstatsächlichen Befund und Reformalternativen	217
§ 12 Die Reformansatzpunkte für ein effektives gerichtliches Durchsetzungsverfahren – zugleich Kritik des § 148 AktG	222
I. Anwendungsbereich	223
1. Restriktionen des § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG	223
a) Kritik	223
b) Lösungsoptionen	234
2. Einbindung konzernrechtlicher Ansprüche	235
II. Antragsquorum	238
1. Kritik	239
a) Erschwerung der Antragstellung	239
b) Gründe für Beibehaltung eines Antragsquorums	243
aa) Verhinderung von Rechtsmissbrauch	243
(1) Erpressung in Bezug auf das Zulassungsverfahren als Unterfall des institutionellen Rechtsmissbrauchs	243
(2) Erpressung im Klageverfahren als weiterer Unterfall des institutionellen Rechtsmissbrauchs	251
(3) Sonstige Missbrauchsfälle	252
(4) Gesamtbetrachtung	255
bb) Vermeidung von Anträgen ohne Erfolgsaussicht	256
c) Ausgewogenes Verhältnis der Haftungszwecke	258
2. Lösungsoptionen	261
3. Stufenmodell bei Erweiterung des Anwendungsbereichs?	263
III. Überwiegende Gründe des Gesellschaftswohls	264

1. Kritische Betrachtung	265
a) Entmutigung der Aktionäre und Rechtsanwälte	265
b) Vernachlässigung öffentlicher Klagezwecke	266
c) Gefahr überschießender Einschränkung der Anspruchs- verfolgung	268
d) Abwägung mit Vorteilen der Schutzwirkung des § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AktG	269
2. Regelungsalternativen	271
IV. Adäquate Repräsentation der Gesellschaft: Aktionärsklage oder besonderer Vertreter?	275
1. Kritik	276
a) Fehlende Informationsrechte der zugelassenen Aktionäre	276
b) Keine Befugnis zu außergerichtlichen Verhandlungen	278
c) Strikte Subsidiarität der Aktionärsklage	279
2. Lösungsansätze: Stärkung der Aktionärsbefugnisse oder Einführung eines Sondervertreters	280
a) Reformziele	280
b) Abwägung der Reformalternativen	282
c) Regelungen zum Sondervertreter <i>de lege ferenda</i>	286
aa) Anforderungen an die Person des Sondervertreters	287
bb) Vorschlagsprärogative der Antragsteller	288
cc) Auswechslung eines ungeeigneten Sondervertreters	289
dd) Berichtspflichten	290
ee) Verantwortlichkeit und Haftung des Sondervertreters	292
V. Zugang zu prozessrelevanten Informationen	293
1. Informationsgewinnung im Bestellungsverfahren	293
a) Umkehr der Beweislast entsprechend § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG	295
b) Geltung des Untersuchungsgrundsatzes nach dem FamFG	296
aa) Die Sachverhaltsaufklärung und Beweisführung im neuen FamFG-Vorverfahren: Vorteile und Grenzen	296
bb) Elemente des Beibringungsgrundsatzes im Bestells- verfahren	300
2. Zugang zu Informationen durch besonderen Vertreter	302
a) Informationsrechte	303
aa) Allgemeiner Teil der Informationsrechte	303
(1) Erforderlicher funktionaler Bezug der Information zur Anspruchsdurchsetzung	303
(2) Problem der Auskunft- und Vorlageverweigerungs- rechte	305
bb) Kreis der zur Auskunft Verpflichteten	306
b) Weitere Rechte	310
VI. Kostenrisiken und Anreize	311
1. Kritik des geltenden Rechts	311

2. Lösungsansätze für Aktionäre	320
a) Verbesserungen durch Übergang vom Zulassungs- zum Bestellungsverfahren	320
b) Begrenzung der Kostenrisiken im Bestellungsverfahren	322
c) Positive Anreize	325
aa) Vereinbarkeit mit dem Gesellschaftsinteresse	326
bb) Ertragsbasierter Ansatz (<i>Quota-litis</i> -Methode)	329
cc) Abwägungsmodell	332
dd) Konkreter aufwands- und risikobezogener Ausgleich	333
(1) Aufwendungsersatz und Vergütung	335
(2) Risikovergütung	338
(3) Relative Begrenzung des Anspruchs	344
(4) Zusätzliche Deckelung der Kostenrisiken im Bestellungsverfahren und Optionsmodell	345
(5) Zulässigkeit nach deutschem und europäischem Gesellschaftsrecht	347
(6) Anwendungsbeispiel und mögliche Variationen des Modells	349
3. Lösungsansätze für Rechtsanwälte und besondere Vertreter	351
a) Bestellung des Prozessvertreters der Aktionäre zum besonderen Vertreter	351
b) Vergütung besonderer Vertreter	352
§ 13 Verwirklichung der Reformansatzpunkte in einem institutionellen Vorverfahren?	356
§ 14 Verfolgungsrecht und materiellrechtlicher Anspruch	359
I. Beschränkung des Haftungsumfangs	359
1. Umsetzung einer Haftungsbegrenzung	360
a) Sachlicher Anwendungsbereich	363
b) Regelungstechnische Umsetzung	364
aa) Haftungsbegrenzungen in der Satzung	364
bb) Starre gesetzliche Haftungsobergrenzen (<i>caps</i>)	367
cc) Variable gesetzliche Haftungsbegrenzung	372
(1) Allgemeine schadensrechtliche Billigkeitsklausel	372
(2) Aktienspezifische Billigkeitsklausel	372
dd) Eigener Ansatz: Rahmenmodell	374
(1) Der Rahmen	375
(2) Die Ausfüllung des Rahmens	379
(3) Vorkehr für marktuntypische Vergütungen	383
2. Abstimmung mit der D&O-Versicherung	383
II. Abstimmung mit § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG	385
1. Dreijahresfrist	385
2. Widerspruchsquorum	388

a) Angleichung des Widerspruchsquorums	388
b) Reformalternativen	390
III. Abstimmung des § 148 AktG mit außergerichtlicher Anspruchsdurchsetzung durch das zuständige Verwaltungsorgan	393
§ 15 Besondere Regeln für „kleine“ oder nichtbörsennotierte Aktiengesellschaften?	395
Ergebnisse	402
Zusammenfassung	409
Literaturverzeichnis	410
Sachwortverzeichnis	438

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Auffassung/Ansicht
a. a. O.	am angeführten/angegebenen Ort
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AG	Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
Am. Econ. Rev.	American Economic Review
Am. Psychol.	American Psychologist
AnwBl	Anwaltsblatt
Ariz. L. Rev.	Arizona Law Review
Art.	Artikel
ARUG	Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie vom 30. Juli 2009
Aufl.	Auflage
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BBl	Das Bundesblatt der Schweiz
Bd.	Band
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BörsG	Börsengesetz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BW	Burgerlijk Wetboek (Bürgerliches Gesetzbuch der Niederlande)

bzw.	beziehungsweise
Cal. L. Rev.	California Law Review
Can. Pub. Pol'y	Canadian Public Policy
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
Chic. L. Rev.	University of Chicago Law Review
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
CORI	Contracting & Organizations Research Institute
D&O	directors and officers
DAV	Deutscher Anwaltverein
DB	Der Betrieb
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
Del. Ch.	Delaware Court of Chancery
Del. J. Corp. L.	The Delaware Journal of Corporate Law
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselben
DPR	Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DSW	Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e. V.
Duke L. J.	Duke Law Journal
ECFR	European Company and Financial Law Review
ECGI	The European Corporate Governance Institute
Econ. Lett.	Economic Letters
etc.	et cetera (und so weiter)
EU	Europäische Union
e. V.	eingetragener Verein
f.	und folgende(r) Seite/Paragraph
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	und folgende Seiten/Paragraphen
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGPrax	Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
FS	Festschrift
gem.	gemäß
Geo. Wash. L. Rev.	The George Washington Law Review

GesKR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GKG	Gerichtskostengesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GNotKG	Gesetz über Kosten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Gerichte und Notare
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
HGB	Handelsgesetzbuch
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hous. L. Rev.	Houston Law Review
Hum. Relat.	Human Relations
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. H. v.	in Höhe von
IKB	IKB Deutsche Industriebank AG
InsO	Insolvenzordnung
Int. J. Confl. Manage.	The International Journal of Conflict Management
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
i. S. d.	im Sinne des/der
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
J. Crim. L. & Criminology	Journal of Criminal Law & Criminology
J. Econ. Lit.	Journal of Economic Literature
J. Econ. Perspect.	The Journal of Economic Perspectives
J. Financ.	Journal of Finance
J. Financ. Econ.	Journal of Financial Economics
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies
J. Marketing Res.	Journal of Marketing Research

J. Neurosci. Psychol. Econ.	Journal of Neuroscience, Psychology, and Economics
J. of Law & Econ.	The Journal of Law and Economics
J. Pers. Soc. Psychol.	Journal of Personality and Social Psychology
J. Pol. Econ.	Journal of Political Economy
J. Risk Uncertainty	Journal of Risk and Uncertainty
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JVEG	Gesetz über die Vergütung von Sachverständigen, Dolmetscherinnen, Dolmetschern, Übersetzerinnen und Übersetzern sowie die Entschädigung von ehrenamtlichen Richterinnen, ehrenamtlichen Richtern, Zeuginnen, Zeugen und Dritten
JZ	JuristenZeitung
KapMuG	Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten
KfH	Kammer für Handelssachen
KgaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KonTraG	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 27.4.1998
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
L. & Soc. Rev.	Law and Society Review
Law & Contemp. Probs.	Law and Contemporary Problems
LG	Landgericht
li. Sp.	linke Spalte
Manag. Sci.	Management Science
MarkenG	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen
Md. L. Rev.	Maryland Law Review
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport
No.	number
Nr.	Nummer
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung

OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)
Or. L. Rev.	Oregon Law Review
Osgoode Hall L. J.	Osgoode Hall Law Journal
o. V.	ohne Verfasser
PatG	Patentgesetz
Proc. Natl. Acad. Sci. U.S.A.	Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America
Psychol. Bull.	Psychological Bulletin
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts)
re. Sp.	rechte Spalte
Rev. Gen. Psycho.	Review of General Psychology
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
RVG	Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte
s.	siehe
S.	Satz
S.	Seite
S. Cal. Interdis. L. J.	Southern California Interdisciplinary Law Journal
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
schweizFusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003, Schweiz
SE	Europäische Gesellschaft (Societas Europaea)
SEC	Securities Exchange Commission
Soc. Forces	Social Forces
sog.	sogenannt
SpruchG	Spruchverfahrensgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
S.Z.	Süddeutsche Zeitung
SZW/RSDA	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U.C. Davis L. Rev.	UC Davis Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review

UCLA L. Rev.	UCLA Law Review
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts vom 22.09.2005
UmwG	Umwandlungsgesetz
UNSW L. J.	University of New South Wales Law Journal
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Vand. J. Transnat'l L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
Var.	Variante
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht)
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
VorstAG	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung vom 31. Juli 2009
VRiLG	Vorsitzender Richter am Landgericht
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WiB	Wirtschaftliche Beratung (Zeitschrift)
WM	Wertpapier-Mitteilungen Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel
Yale L. J.	The Yale Law Journal
z. B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
z. T.	zum Teil
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

§ 1 Einleitung

I. Fragestellung und Anliegen der Untersuchung

Verletzen die Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder ihre Pflichten gegenüber der Aktiengesellschaft, sind sie dieser zum Ersatz eines daraus entstandenen Schadens verpflichtet (§ 93 Abs. 2 Satz 1 AktG; § 116 Satz 1 i. V. m. § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG). Die Ersatzansprüche stehen ausschließlich der Aktiengesellschaft zu, nicht hingegen den Anteilseignern.¹ Diese sog. Innenhaftung bei Aktiengesellschaften ist derzeit wieder in aller Munde. Einerseits fokussierte sich das Interesse auf Finanzinstitute. Vorstandsmitglieder von Banken hatten im Vorfeld der globalen Banken- und Finanzkrise 2007/2008² angeleitet oder jedenfalls zugelassen, dass Mitarbeiter in hohem Umfang in Verbriefungen US-amerikanischer Hypothekenkredite (sog. Subprime-Kredite) investierten. Die Vorstandsmitglieder haben sich bei ihrer Risikoanalyse wesentlich auf die Einstufungen von Ratingagenturen verlassen.³ Zum anderen sind Verletzungen von Antikorruptionsbestimmungen und sonstigen öffentlich-rechtlichen Rechtsnormen etwa des Kartellrechts in das Blickfeld geraten. Gesellschaften, denen solche Pflichtverstöße nachgewiesen werden, müssen hohe Bußgelder entrichten. Beispielhaft ist die sog. Schmiergeldaffäre der Siemens AG zu nennen: Mitarbeiter zahlten weltweit Schmiergelder, um für die Siemens AG lukrative Aufträge zu erlangen.⁴ Einschließlich der Kosten der Aufklärung und der Bußgelder ist der Siemens AG ein Schaden von 2,5 Milliarden Euro entstanden.⁵

¹ So der bis heute unveränderte Ausgangspunkt des historischen Gesetzgebers des Aktiengesetzes (1884), Allgemeine Begründung zum Gesetz betreffend die KGaA und die AG von 1884, abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff* (1985), S. 469; *Habersack*, DStR 1998, 533.

² Zur Finanzkrise *Claussen*, in: FS U. H. Schneider (2011), S. 247; *Rudolph*, ZGR 2010, 1.

³ Zu diesem Sich-Verlassen auf Ratings insbesondere eine die IKB Deutsche Industriebank AG betreffende Leitentscheidung des OLG Düsseldorf vom 09.12.2009 – 6 W 45/09, AG 2010, 126.

⁴ Ein Untersuchungsbericht der Kanzlei Hengeler Mueller stellte fest, der alte Vorstand habe die Praxis toleriert und „in manchen Fällen sogar bewusst verhindert“, dass Mitarbeiter zur Rechenschaft gezogen wurden; so berichtet *Ott*, Was Siemens Pierer vorwirft, S.Z. vom 17.05.2010, www.sueddeutsche.de.

⁵ *Köhn*, Thomas Ganswindt kommt vor Gericht, F.A.Z. vom 28.12.2010, www.faz.net.

Vorrangig ist das vertretungsbefugte Verwaltungsorgan berufen, Innenhaftungsansprüche einzufordern und nötigenfalls einzuklagen. Vertretungsbefugt ist der Vorstand (§ 78 Abs. 2 AktG), bei Ansprüchen gegen Mitglieder des Vorstands der Aufsichtsrat (§ 112 Satz 1 AktG).⁶

Dieser Anspruchsdurchsetzung durch die Verwaltungsorgane werden allerdings aufgrund struktureller Interessenkonflikte seit jeher Funktionsdefizite attestiert; in den Worten Marcus Lutters geht sie „an der Realität des Lebens und seiner Hackordnungen schlicht vorbei“.⁷ Vorstandsmitglieder verklagen demnach ersatzpflichtige Aufsichtsratsmitglieder nicht, denen sie ihre Bestellung verdanken.⁸ Umgekehrt klagen auch die Mitglieder des Aufsichtsrats oft nicht gegen Vorstandsmitglieder. Denn ihnen fällt es schwer, Vorstandsmitglieder, denen sie kollegial verbunden sind, einer Pflichtverletzung zu bezichtigen.⁹ Sie befürchten zudem, dass im Verfahren gegen Vorstandsmitglieder eigene Versäumnisse bei der Überwachung des Vorstands aufgedeckt werden könnten.¹⁰

Bereits gem. Art. 223 ADHGB (1884) konnte daher die Hauptversammlung die Anspruchsdurchsetzung durch Mehrheitsbeschluss erzwingen. Daneben stand auch einer Aktionärsminderheit mit 20% des Grundkapitals das Verfolgungserzwingungsrecht zu. Der Gesetzgeber wollte damit der Gefahr entgegenwirken, dass Großaktionäre, die Sondervorteile auf Kosten der Gesellschaft erlangt haben, kolludierende Organmitglieder mit der Macht ihrer Stimmen vor einer Verfolgung bewahren.¹¹ Das Minderheitsrecht zur

⁶ Auch das entspricht dem Ausgangspunkt des historischen Gesetzgebers des Aktiengesetzes (1884), Allgemeine Begründung zum Gesetz betreffend die KGaA und die AG von 1884, abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff* (1985), S. 470.

⁷ *Lutter*, JZ 2000, 837, 840; ähnlich *G. Bezenberger/T. Bezenberger*, in: GK AktG, 4. Aufl. (2008), § 148 Rn. 34, nach denen die Inanspruchnahme *in praxi* oft nicht funktioniere; *Habersack*, Gutachten E zum 69. Deutschen Juristentag (2012), E 92, der die Verfolgung von Ansprüchen gegen amtierende Mitglieder der Organe für „pure Theorie“ hält.

⁸ *G. Bezenberger/T. Bezenberger*, in: GK AktG, 4. Aufl. (2008), § 148 Rn. 34: „Bißsperre“; *Habersack*, Gutachten E zum 69. Deutschen Juristentag (2012), E 92 hält eine solche Klage für „undenkbar“.

⁹ Zum Interessenkonflikt bei kollegialer Verbundenheit Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 20, li. Sp.; auch *Kanzow*, Aktionärsklagen (2016), S. 42; *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 239.

¹⁰ Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 20, li. Sp.; *Baums*, Gutachten F für den 63. Deutschen Juristentag (2000), F 241; *G. Bezenberger/T. Bezenberger*, in: GK AktG, 4. Aufl. (2008), § 148 Rn. 34; *Habersack*, Gutachten E zum 69. Deutschen Juristentag (2012), E 92; *Kanzow*, Aktionärsklagen (2016), S. 42.

¹¹ Zu den Gründen des historischen Gesetzgebers Allgemeine Begründung zum Gesetz betreffend die KGaA und die AG von 1884, abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff* (1985), S. 469.

Anspruchsdurchsetzung wurde vielfach reformiert, zuletzt durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG).¹² Mit diesem letzten Reformgesetz wurde es auf eine aktienrechtliche *actio pro socio*¹³ umgestellt (§ 148 AktG): Aktionäre, die über 1 % der Gesellschaftsanteile oder Anteile mit einem Nennwert von 100.000 Euro verfügen und ein Klagezulassungsverfahren erfolgreich durchlaufen, können als gesetzliche Prozessstandschafter ausgewählte Gesellschaftsansprüche im eigenen Namen einklagen.¹⁴ Die Minderheitsaktionäre sind aufgrund des geringen Mindestaktienbesitzes eine zwar fragwürdige,¹⁵ zugleich aber die letzte innerhalb der Gesellschaft stehende Kontrollinstanz.¹⁶

Mehrere Autoren haben zuletzt die Funktionsfähigkeit der zum 01.11.2005 in kraft getretenen Neuregelung des § 148 AktG in Frage gestellt.¹⁷ Anlass für die Kritik ist auch der empirische Befund, nach dem es nahezu keine Verfahren gem. § 148 AktG gegeben hat.¹⁸ Aus diesem Umstand schließen Autoren vermehrt auf Defizite der Neuregelung.¹⁹ Peltzer hat angesichts der zahlreichen Zulassungskautelen des § 148 Abs. 1 AktG Zweifel geäußert, „ob der Gesetzgeber ernsthaft die Installation eines Verfahrens gewollt hat, mit dem gute Corporate Governance und das Vertrauen des Kapitalmarktes gefördert werden sollte, oder ob hier nicht durch eine bewundernswert effektive Lobbyarbeit ein Potemkinsches Dorf, die Attrappe einer effektiven Selbstreinigung, hingestellt wurde und das erst nach Jahren auffällt“.²⁰

Rechtspolitische Forderungen zur Reform des § 148 AktG reichen vom Klage- oder Antragsrecht eines jeden Aktionärs²¹ über die Schaffung bisher

¹² BGBl. I 2005, S. 2802, in Kraft seit 01.11.2005.

¹³ Zum Begriff *Habersack*, Mitgliedschaft, S. 11; zur Definition der *actio pro socio* auch Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 23, li. Sp.

¹⁴ Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 23, li. Sp.

¹⁵ G. Bezenberger/T. Bezenberger, in: GK AktG, 4. Aufl. (2008), § 148 Rn. 37.

¹⁶ G. Bezenberger/T. Bezenberger, in: GK AktG, 4. Aufl. (2008), § 148 Rn. 38.

¹⁷ Mit unterschiedlichen Kritikschwerpunkten *Habersack*, Gutachten E zum 69. Deutschen Juristentag (2012), E 92 ff.; *Lutter*, in: FS U. H. Schneider (2011), S. 763; *Peltzer*, in: FS U. H. Schneider (2011), S. 953; *Schmolke*, ZGR 2011, 398; *Semler*, in: FS Goette (2011), S. 499; *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 241 ff.

¹⁸ Dazu unten Kapitel 1, § 3 sowie die Untersuchung von *Peltzer*, in: FS U. H. Schneider (2011), S. 753, 754 f.

¹⁹ Exemplarisch *Schmolke*, ZGR 2011, 398, 402 f.; eingehend zu den Schlussfolgerungen aus den empirischen Fakten noch unten, Kapitel 3, § 11 I.

²⁰ *Peltzer*, in: FS U. H. Schneider (2011), 953, 962.

²¹ *Habersack*, Gutachten E zum 69. Deutschen Juristentag (2012), E 106, der ein unmittelbares Einzelklagerecht unter Verzicht auf ein Zulassungsverfahren bevor-