Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages • Hannover 2014 Band I: Gutachten / Teil E: Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen

von
Prof. Dr. Gregor Bachmann

1. Auflage

Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages • Hannover 2014 Band I: Gutachten / Teil E: Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen – Bachmann
schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Deutscher Juristentag

Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de
ISBN 978 3 406 66235 5

beck-shop.de

2. Überarbeitung der Klagehürden

a) Quorum (§ 148 Abs. 1 Satz 1 AktG)

Augenfälligste Zielscheibe für Reformangriffe ist das Quorum. Hat die schrittweise Absenkung von ehedem 20 Prozent auf heute 1 Prozent des Grundkapitals nichts gefruchtet, so liegt die Folgerung nahe, es eben noch weiter abzusenken bzw., da das untere Ende der Skala schon erreicht ist, es ganz preiszugeben.[331] Diese Forderung wird z.T. mit dem Hinweis auf das Konzernrecht untermauert, das bekanntlich kein Quorum kennt (vgl. § 309 Abs. 4 AktG), z.T. mit der Verweisung auf ausländische Vorbilder bekräftigt. Der DJT vermochte in dieser Frage keine einheitliche Linie zu finden. Hatte er sich 1880 und auch noch 1996 für eine Einzelklagebefugnis ausgesprochen, votierte er 2000 und 2012 dagegen.

Betrachtet man die ausländischen Rechtsordnungen, so fällt auf, dass Deutschland mit dem Quorum nicht alleine steht und sich dabei sogar am unteren Ende der Skala bewegt.[332] Die Schweiz, auf die Befürworter einer Einzelklagebefugnis oftmals verweisen, gestattet zwar jedem Aktionär die Erhebung der sog. Verantwortlichkeitsklage (Art. 756 Abs. 1 OR), doch wird davon kein Gebrauch gemacht, weil den Aktionären einerseits die nötigen Informationen fehlen und sie andererseits das Kostenrisiko einer Klage tragen.[333] Das Gleiche wird aus Frankreich berichtet.[334] Vorschläge, die Klageanreize zu erhöhen, werden in der Schweiz bezeichnenderweise mit der Überlegung verbunden, dies durch Einführung eines Quorums wieder

---

[331] Für Absenkung des absoluten Quorums *J. Vetter* (Fn. 299), S. 1317, 1331 (50 000 EUR „noch vertretbar") und *Kalss/Schauer* (Fn. 55), S. 207, 210 (70 000 EUR). Für Preisgabe *Haar/Grechenig,* AG 2013, 653, 660; *Habersack* (Fn. 307), E 91; *Schmolke,* ZGR 2011, 398, 425; früher schon, *Lutter,* JZ 2000, 837, 841; *ders.,* ZHR 159 (1995), 287, 306; *Bayer,* NJW 2000, 2609, 2618 (abschwächend aber *ders.,* in: Hommelhoff/Lutter/Schmidt/Schön/Ulmer (Hrsg.); Corporate Governance, 2002, S. 137, 157); de lega lata *Wiedemann* (Fn. 7), S. 49 ff.; bei Klagezulassungsverfahren auch *Flume* (Fn. 295), S. 18. Dagegen hatte sich der UMAG-Gesetzgeber noch vorbehalten, ein *zusätzliches* Quorum in Gestalt einer Mindestanzahl an Aktionären (z.B. 200) zu etablieren, s. BT-Drucks. 15/5092, S. 21.

[332] Rechtsvergleichend GK-*Bezzenberger/Bezzenberger* (Fn. 294), § 148 Rn. 81; eingehend LSE-Studie (Fn. 51).

[333] Eingehend dazu *Glanzmann,* Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten, ZfSR 119 (2000), 135 ff.; *P. Kunz,* Rechtsnatur und Einredeordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, 1993, S. 123; *von der Crone/Bloch* (Fn. 28), S. 114.

[334] Vgl. *Siems,* ZVglRWiss 104 (2005), 376, 383; *Planck,* Aktionärsklagen im französischen und deutschen Recht unter Einbeziehung der neueren Rechtsentwicklung in Belgien, 1995, S. 99.

beck-shop.de

auszubalancieren,[335] während der französische Gesetzgeber gerade wegen der Wirkungslosigkeit der Einzelklage die gemeinschaftliche Anspruchsverfolgung erleichtert hat.[336] Aus den nämlichen Gründen wirkungslos geblieben ist die konzernrechtliche Einzelklagebefugnis in Deutschland. Demgegenüber wird die (vermeintliche) Effektivität der Aktionärsklage in den USA weniger auf das Fehlen eines Quorums als auf die damit verbundenen materiellen Anreize für die Prozessvertreter (Anwälte) zurückgeführt.[337]

Die Abschaffung des Quorums ist daher jedenfalls kein *hinreichendes* Mittel, um die Klagefrequenz zu erhöhen.[338] Rechtspolitisch muss insofern unterschieden werden. Werden die eigentlichen Klagehürden (Kostenrisiko, Informationsproblem, fehlender materieller Anreiz) radikal gesenkt bzw. beseitigt, öffnet die Abschaffung des Quorums die Tür für den professionellen oder anwaltsgetriebenen Kläger und es ist mit einer massiven Inanspruchnahme von Organen zu rechnen. Das erhöht den Abschreckungseffekt, ist aber wegen der unvermeidlichen Kollateralschäden nicht unbedenklich. Bleiben die sonstigen Schranken dagegen mehr oder weniger erhalten, erscheint die Abschaffung oder Absenkung des Quorums vertretbar. Dann kommen die Erfahrungen aus dem politischen Sektor zum Tragen, wonach es immer wieder Einzelne sind, welche gegen Missstände aufbegehren, während die Masse träge bleibt. Die Einführung der Einzelklagebefugnis würde Investoren ebenso wie der Öffentlichkeit das Signal einer schlagkräftigen Corporate-Governance vermitteln, bei der sich nicht erst zahlreiche Kleinaktionäre mühsam zusammenrotten oder Millionäre aktiv werden müssen, damit ein eigensüchtiges oder abgeschottetes Management zur Verantwortung gezogen wird.[339] Weil diese psychologischen Effekte nicht zu unterschätzen sind, ist eine weitere Absenkung des Quorums erwägenswert.

Alternativ kommt ein *Stufenmodell* in Betracht, wie es ansatzweise im AktG 1937 vorhanden war und heute in § 315 AktG erkennbar ist. Aktionäre, welche einen hohen Schwellenwert (z.B. 10 Prozent) überschreiten, dürften danach ohne weitere Voraussetzung die Klage selbst oder durch einen besonderen Vertreter erheben.[340] Dies har-

---

[335] So z.B. *Glanzmann,* ZfSR 119 (2000), 135, 179; *von der Crone/Bloch* (Fn. 28), S. 117.

[336] *Planck* (Fn. 334), S. 28f., 32.

[337] Näher GK-*Bezzenberger/Bezzenberger* (Fn. 294), § 148 Rn. 60.

[338] *Bachmann,* AG 2012, 565, 577; *Spindler,* AG 2013, 889, 901.

[339] Vgl. GK-*Bezzenberger/Bezzenberger* (Fn. 148), § 148 Rn. 81 („Millionärsklage"); *Schmolke* ZGR 2011, 398, 424f.; *Haar/Grechenig,* AG 2013, 653, 659f., mit der – bislang wohl theoretischen – Sorge, dass Großaktionäre eher versucht sein könnten, sich ihre Klagebefugnis abkaufen zu lassen.

[340] Dafür *Meilicke/Heidel,* DB 2004, 1479, 1480. Für die US-amerikanische *derivative suit* auch *Thompson/Thomas,* 57 Vanderbilt L.R. 1747ff. (2004) (zitiert nach *Ro-*

beck-shop.de

monierte mit dem Recht einer zehnprozentigen Minderheit, Verzicht oder Vergleich ohne Sachgrund und gegen den Willen der Mehrheit zu blockieren (§ 93 Abs. 4 S. 3 AktG) und die Einsetzung eines besonderen Vertreters erzwingen zu können (§ 147 Abs. 2 Satz 2 AktG). Im Übrigen bliebe es bei dem jetzigen Quorum, das sich aber weiter reduzierte, wenn ein Sonderprüfungsbericht handfeste Indizien für eine Pflichtverletzung zutage fördert.[341] Ringt man sich zu einer Beseitigung des Quorums durch, sollte dieser Schritt jedenfalls nicht dadurch wieder konterkariert werden, dass man das Gericht verpflichtet, unter mehreren Klagewilligen einen „Leitkläger" *(lead plaintiff)* auszuwählen.[342]

b) Klagezulassungsverfahren

Gegen die Notwendigkeit einer gerichtlichen Klagezulassung lässt sich einwenden, dass das Verfahren dadurch verzögert wird und Klagewillige abgeschreckt werden. Auch kennt das Konzernrecht kein entsprechendes Verfahren.[343] Eine gravierende Hürde ist darin gleichwohl nicht zu sehen.[344] Schafft man nicht alle Klagezulassungsvoraussetzungen ab, muss das Gericht ohnehin zuerst prüfen, ob diese erfüllt sind. Dies in einem vorgeschalteten Verfahren zu tun, hat einerseits den Vorteil, missbräuchliche Klagen frühzeitig auszufiltern und etwaige Reputationsbeeinträchtigungen für AG wie Organmitglied gering zu halten, lindert andererseits das Kostenrisiko des Antragstellers.[345] Im Übrigen kennen auch andere Jurisdiktionen ein vorgeschaltetes Verfahren. Im Vereinigten Königreich wurde es mit der Company Reform 2006 eingeführt, in den USA ist es im *demand*-Erfordernis zu finden, das – anders als in Deutschland – nicht

---

mano (Fn. 24), S. 277, 280): bei Überschreiten eines Quorums von 1 Prozent Befreiung vom *demand*-Erfordernis.

[341] Ebenso *Kalss/Schauer* (Fn. 55), S. 209 (Halbierung des Quorums); *Jänig*, Die aktienrechtliche Sonderprüfung, 2. Aufl. 2008, S. 412, der in diesem Fall auch die sonstigen Quoren für Minderheitenrechte absenken möchte.

[342] Dafür aber *Schmolke,* ZGR 2011, 398, 426 f., der zur Vermeidung negativer Anreize den nicht zugelassenen Antragstellern eine Aufwandsentschädigung zukommen lassen will; s. auch *Mock,* in: Spindler/Stilz (Fn. 137) § 148 Rn. 156. Dagegen *J. Vetter* (Fn. 299), S. 1329 f. („zusätzliche Komplikation"); *Kahnert,* AG 2013, 663, 671 („abschreckende Wirkung").

[343] Für Abschaffung daher *Habersack* (Fn. 307), E 95; ebenso *G. Wagner,* ZHR 178 (2014), 227, 267 f., der dem Gericht aber bei offensichtlicher Unbegründetheit die Klageabweisung a limine zubilligen will und damit doch zu einer Art Vorprüfung gelangt.

[344] *Schmolke,* ZGR 2011, 398, 424; für Beibehaltung auch GK-*Bezzenberger/Bezzenberger* (Fn. 294), § 148 Rn. 58 („in Ermangelung eines Besseren"); *Kahnert,* AG 2013, 663, 670; *J. Vetter* (Fn. 299), S. 1317, 1328; *Peltzer,* FS Schneider, 2011, S. 953, 965; mit deutlicher Mehrheit auch 69. DJT (8 : 57 : 11).

[345] *M. Becker,* FS Mestmäcker, 2006, S. 25, 35, vergleicht den Effekt mit der Bewilligung von Prozesskostenhilfe.

beck-shop.de

nur formaler Natur ist, sondern der Gesellschaft die Prüfung und gegebenenfalls Zurückweisung der Klage gestattet.[346] Auch in der Schweiz und in Österreich machen sich beachtliche Stimmen für die Einführung eines Klagezulassungsverfahrens stark.[347] Ebenso sieht die vorgeschlagene EU-Empfehlung zum kollektiven Rechtsschutz zwecks Vermeidung von Missbräuchen ein gerichtliches Zulassungsverfahren vor.[348] Selbst im allgemeinen Zivilrecht lässt sich darüber nachdenken, ob ein Zwischenverfahren, wie wir es aus der StPO kennen, zum Schutz des Beklagten vor frivolen Klagen nicht sinnvoll wäre.[349]

Sprechen somit keine dringenden Gründe für die Abschaffung, fragt sich, ob das Zulassungsverfahren optimiert werden kann. Hierzu ist der Vorschlag unterbreitet worden, die Zulassungsentscheidung in die Hände der *Deutschen Prüfstelle für Rechnungslegung* (DPR) zu legen, der zugleich die Befugnis übertragen wird, zur Prüfung der Klagezulassungsvoraussetzungen die erforderlichen Ermittlungen in der Gesellschaft vorzunehmen.[350] Auf diese Weise würden Sonderprüfungs- und Klagezulassungsverfahren miteinander verquickt. Der Charme dieses Modells liegt darin, dass es Zeit und Kosten spart und dadurch die Aktionärsklage attraktiver gestaltet, ohne auf materielle Anreize (Prämie) zurückgreifen zu müssen.[351] Die durch den Zeitgewinn verbesserte Beweissituation läge zudem im Interesse aller Beteiligten. Da die Voraussetzungen für Sonderprüfung und Klagezulassung durch das UMAG synchronisiert wurden, ist der Vorschlag auch ohne größere Brüche realisierbar. Ihm wird entgegengehalten, dass die Prüfstelle nicht über die nötige juristische Kompetenz zur Beurteilung komplexer Haftungsfragen verfüge, und dass die Zuständigkeit derjenigen Instanz, die später auch die Klage verhandle, verfahrensökonomischer sei.[352] Beide Einwände haben Gewicht. Zudem wäre der klagewillige Aktionär nach dem Alternativmodell kaum in der Lage, binnen drei Monaten nach Zulassung eine Klageschrift zu erstellen (zu dieser Frist § 148 Abs. 4 Satz 1 Alt. 1 AktG). Will man es daher vorläufig bei dem bisherigen Muster

---

[346] S. o. Fn. 310 sowie *Merkt/Göthel* (Fn. 310), Rn. 1059 ff.

[347] Vgl. *von der Crone/Bloch* (Fn. 28), S. 115 (unter Hinweis auf einen Vorschlag des Ständerats); für Österreich *Kalss/Schauer* (Fn. 55), S. 217.

[348] EU-Empfehlung (Fn. 232), Zif. 8 f.

[349] Vgl. *J. Braun,* ZIP 2003, 2225 ff.

[350] *Peltzer,* FS Schneider, 2011, S. 953, 965 ff.; *ders.* (Fn. 162), S. 861, 869 f.; für Zuständigkeit der DPR auch *Lutter,* FS Schneider, 2011, S. 763, 770, der alternativ die Einrichtung eines Ombudsmannes vorschlägt.

[351] Sympathisierend daher *Habersack* (Fn. 307), E 96 und *Bachmann,* AG 2012, 565, 578.

[352] *J. Vetter* (Fn. 299), S. 1317, 1328 f.; *Kahnert,* AG 2013, 663, 672; skeptisch auch *Spindler,* AG 2013, 889, 900.

beck-shop.de

belassen, sollte doch dafür Sorge getragen werden, dass die Klagezulassung nach erfolgreicher Sonderprüfung erleichtert wird, etwa indem das Gericht an die Feststellungen im Prüfungsbericht gebunden und dem Klagewilligen keine weitere Kostenlast aufgebürdet wird.

c) Eigenes Klagerecht der Aktionäre

Eine wesentliche Neuerung des § 148 AktG gegenüber § 147 Abs. 2 AktG a. F. liegt darin, dass die Aktionärsminderheit nicht darauf beschränkt ist, die Klage zu erzwingen, sondern die Klage selbst erheben kann. Die Beseitigung der Mediatisierung sollte den Anreiz zur Klageerhebung erhöhen und der Klage „den emotionalen Schwung verleihen, der für den Erfolg häufig ausschlaggebend ist".[353] Allerdings wurde damit das Interesse des einzelnen Aktionärs, unbedingt selbst als Kläger auftreten zu wollen, überschätzt. Sein emotionales Interesse erschöpft sich zumeist darin, ein Vorstandsmitglied überhaupt gerichtlich zur Verantwortung gezogen zu sehen. Weniger interessiert ist der Einzelne dagegen, selbst alle Mühen eines langen und zähen Prozesses durchzustehen. Der bequemste und nicht ohne Grund am meisten beschrittene Weg des empörten Aktionärs ist daher nach wie vor derjenige der Strafanzeige, der ein amtliches Ermittlungsverfahren in Gang setzt. Um dieser psychologischen Einsicht Rechnung zu tragen, sollte dem im Klagezulassungsverfahren erfolgreichen Aktionär (wieder) die Option eingeräumt werden, die Klage durch einen besonderen Vertreter erheben zu lassen.[354] Will man wirklich an die Leidenschaft des kampfeslustigen Aktionärs appellieren, muss man ihm im Übrigen nicht nur ein eigenes Klagerecht geben, sondern auch die Siegespalme gönnen. Das schrankenlose Selbsteintrittsrecht der Gesellschaft ist daher zu beseitigen.[355]

d) Aktienbesitzerfordernis (§ 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG)

Nach § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG müssen klagewillige Aktionäre ihre Aktien vor dem Zeitpunkt erworben haben, in dem sie von den (behaupteten) Pflichtverstößen aufgrund einer Veröffentlichung Kenntnis erlangen mussten. Das Gesetz will damit sicherstellen, dass solche Aktionäre als Antragsteller ausscheiden, die ihre Aktien im Zweifel zu Zwecken missbräuchlicher Klagerhebung erworben haben.[356] Die Voraussetzung ist problematisch, weil auch nach Kenntniserlangung hinzu tretende Aktionäre ein legitimes Interesse an der

---

[353] So *Großfeld* (Fn. 33), S. 292.
[354] Dazu unten, → E. IV.4. (E 105).
[355] Dazu unten, → E. IV.2.h. (E 97).
[356] BT-Drucks. 15/5092, S. 21.

beck-shop.de

Anspruchsdurchsetzung haben können.[357] Es schafft zudem Unsicherheiten (wann musste der Aktionär Kenntnis erlangen? wie steht es mit Vorbesitz, der erst nach Kenntnis auf die Quote aufgestockt wird?) und wirkt dadurch abschreckend.[358] Angesichts anderer Missbrauchsschranken besteht für ein Vorbesitzerfordernis auch kein zwingendes Bedürfnis, zumal es bei der Sonderprüfung auch nicht vorgesehen ist. Jedenfalls bei Beibehaltung des Quorums kann es daher gestrichen werden.[359]

e) Aufforderung zur Klageerhebung (§ 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AktG)

Die an die Gesellschaft zu richtende Aufforderung, selbst Klage zu erheben, ist bloße Formsache. Auch ohne entsprechendes Erfordernis wird der Klagewillige eine solche Aufforderung oft von selbst abgeben, denn kommt die Gesellschaft der Aufforderung nach, ist sein Ziel erreicht und er spart sich die Mühen und Risiken eigener Prozessführung.[360] Allenfalls könnte die Aufforderung die Organe veranlassen, selbst Klage zu erheben und diese dann im Sande verlaufen zu lassen. Dem kann die Beiladung des Antragstellers (§ 148 Abs. 3 Satz 3 AktG) vorbeugen. Übernimmt die Gesellschaft den Streit, sollte sie dem in Vorlage getretenen Aktionär aber die außerprozessualen Kosten der Sachverhaltsermittlung ersetzen müssen. Überflüssig und entmutigend ist das Erfordernis, nach erfolgreicher Klagezulassung nochmals eine Aufforderung an die Gesellschaft zu richten (§ 148 Abs. 4 Satz 1 AktG). Es war im ursprünglichen Entwurf des UMAG nicht enthalten und sollte wieder gestrichen werden.

f) Verdacht der Unredlichkeit oder groben Gesetzesverletzung (§ 148 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AktG)

Diese Voraussetzung bildet das Nadelöhr der Klagezulassung. Vereinzelt wird darin keine echte Hürde gesehen, da es professionellen Klägern immer gelingen werde, einen entsprechenden Sachverhalt darzustellen.[361] Das ist zweifelhaft, da bloße Behauptungen nicht ge-

---

[357] *SdK* (Fn. 219), S. 7 f.; *J. Vetter* (Fn. 299), S. 1317, 1332 f.; s. aber auch *J. Koch,* ZGR 2006, 769, 774 mit dem Hinweis, dass der Anteil dann im Zweifel schon mit einem Abschlag erworben wurde.

[358] *Weiss/Buchner,* WM 2005, 162, 168; auch *J. Koch,* ZGR 2006, 769, 774, der die Antragsbefugnis nach Veröffentlichung daher aber immer ausschließen will.

[359] Ebenso *Kalss/Schauer* (Fn. 55), S. 221; *A. Arnold* (Fn. 68), S. 203; *Schmolke,* ZGR 2011, 398, 428; *J. Vetter* (Fn. 299), S. 1317, 1332; *Spindler,* AG 2013, 889, 902. Ausdrücklich auf ein Vorbesitzerfordernis verzichtend das englische Recht, s. Sec. 260 (4) Companies Act 2006.

[360] Vgl. *Seibert,* NZG 2007, 841, 842; dies akzeptierend (bei Ablehnung aller anderen Zulassungsvoraussetzungen) auch *SdK* (Fn. 219), S. 7.

[361] *Linnerz,* NZG 2004, 307, 309.

beck-shop.de

nügen. Beachtliche Stimmen fordern, die Einschränkung auf grobe Verletzungen und Unredlichkeiten zu streichen, weil sonst die Masse der (D&O-gedeckten) Haftpflichtfälle herausfalle und nicht einzusehen sei, warum ein leicht fahrlässig verursachter Schaden von den Aktionären nicht soll eingeklagt werden dürfen.[362] Zumindest bei Verletzung der Legalitätspflicht und bei der Haftung wegen Interessenkonflikten sei das Klageinteresse unabweisbar.[363] Der vergangene Juristentag konnte sich nicht dazu aufraffen, eine Lockerung von Nr. 3 zu empfehlen.[364]

Blickt man in die Materialien, so zielte der Gesetzgeber mit der 1998 durch das KonTraG etablierten Einschränkung darauf, den Ermessensspielraum bei unternehmerischen Entscheidungen abzusichern.[365] Diese Funktion wurde mit der späteren Kodifizierung der Business Judgment Rule hinfällig. Heute geht es darum zu verhindern, dass eine kleine Minderheit der schweigenden oder andersdenkenden Mehrheit (oder dem diese repräsentierenden Aufsichtsrat) ihren Verfolgungswunsch „auch in Fällen leichtester und leichter Verfehlungen" aufdrängt.[366] Das ist ein legitimes Anliegen.[367] Wegen der dadurch herauf beschworenen Unsicherheit – was sind „Unredlichkeiten" und wann liegt eine „grobe" Rechtsverletzung vor?[368] – wirkt die Voraussetzung aber prohibitiv.[369] Das ist kein Grund, sie ganz fallen zu lassen. Man sollte aber darüber nachdenken, die anti-

---

[362] So namentlich *DSW* (Fn. 95), S. 14 ff. und *SdK* (Fn. 219), S. 8; ebenso *Schmolke,* ZGR 2011, 398, 429 f.; *G. Wagner,* ZHR 178 (2014), 227, 238 („absurd"); *Seibt,* WM 2004, 2137, 2142 (der dafür aber die Schrauben bei § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AktG enger ziehen will); kritisch auch *Thümmel,* DB 2004, 1471, 1474 und *Wilsing,* ZIP 2004, 1082, 1088.

[363] *Meilicke/Heidel,* DB 2004, 1479, 1482; *Weiss/Buchner,* WM 2005, 162, 169; für den Fall des Interessenkonflikts *J. Vetter* (Fn. 299), S. 1317, 1332.

[364] Der Antrag, die materiellen Voraussetzungen der Klagezulassung, „insbesondere des § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG", zu entschärfen, wurde mit 26:34:16 Stimmen abgelehnt.

[365] Vgl. Reg.-Begr. KonTraG, ZIP 1997, 2059, 2066.

[366] BT-Drucks 15/5092, S. 22; kritisch dazu *Meilicke/Heidel,* DB 2004, 1479, 1481 („deckt sich nicht mit dem Ziel des Anlegerschutzes").

[367] Ebenso *A. Arnold* (Fn. 68), S. 201; *Kalss/Schauer* (Fn. 55), S. 215; *Semler,* FS Goette, 2011, S. 499, 510: „Die Gesellschaft ist (…) nicht an der Verfolgung aller Nachlässigkeiten von Unternehmensorganen interessiert, schon gar nicht an Gesetzesverletzungen, die nur leicht fahrlässig erfolgt sind"; s. auch schon *Großfeld* (Fn. 33), S. 299, unter Hinweis auf ganz ähnliche Erwägungen in der Reformdebatte des 19. Jahrhunderts (ebd., S. 226 ff.).

[368] Nach herrschender, auf die Materialien (Fn. 366) gestützter Meinung muss es sich um „nicht hinnehmbare" oder „ins Kriminelle reichende" Pflichtverletzungen handeln, s. nur *Hüffer* (Fn. 104), § 148 Rn. 8; großzügiger z. B. *Mock* (Fn. 137), § 148 Rn. 74 ff. m. w. N.

[369] *Siems,* ZVglRwiss 104 (2005), 376, 390 f.; *Schmolke,* ZGR 2011, 398, 420; auch schon *Großfeld* (Fn. 33), S. 231.

beck-shop.de

quierten und z.T. zu Missverständnissen Anlass gebenden Vokabeln durch eine klarere Formulierung zu ersetzen und wenigstens bei der Treupflichtverletzung keine weiteren Hürden aufzustellen: wer sich, im Bild gesprochen, die Taschen mit dem Geld der Aktionäre vollpackt, der verdient keine Schonung.[370] Im Übrigen sollten die Kosten des an dieser Voraussetzung scheiternden Klagezulassungsantrags der Gesellschaft auferlegt werden. Rechtstechnisch ist dies leicht durch Ergänzung von § 148 Abs. 6 Satz 2 AktG zu bewerkstelligen. Ein kostenloses Austesten der Klagemöglichkeiten, wie es der UMAG-Gesetzgeber befürchtete, wäre damit nicht verbunden, weil der „ins Blaue" gestellte Antrag weiter auf Kosten des Antragstellers ginge. Alternativ ist – eine Idee des AktG 1937 aufgreifend – die Voraussetzung des § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG für den Fall der im Sonderprüfungsbericht als solcher ausgewiesenen schweren Verfehlungen als unwiderleglich vermutet anzusehen.

g) Gesellschaftswohl (§ 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AktG)

Die Hürde des entgegenstehenden Gesellschaftswohls soll nicht, wie die unbefangene Gesetzeslektüre nahe legt, dem Gericht die von ihm kaum zu bewältigende Aufgabe einer abwägenden Bestimmung des Unternehmenswohls auferlegen. Sind die sonstigen Voraussetzungen erfüllt, dann ist die Klage nach dem Willen des Gesetzgebers im Regelfall zuzulassen.[371] Zif. 4 übernimmt lediglich die Funktion einer Notbremse, mit der namentlich Trittbrettfahrer („*Me-too*-Kläger") abgeschüttelt werden sollen. Eine ernste Hürde ist das nicht.[372] Senkt man die Schwelle bei Nr. 3 (grobe Verletzung) nicht, kann sie in dieser (milden) Form bestehen bleiben.

Eine Alternative bestünde darin, Zif. 4 zu einer echten materiellen Voraussetzung aufzuwerten und im Gegenzug die übrigen Klagezulassungshürden fallen zu lassen oder wesentlich zu entschärfen.[373] Dem Gericht obläge es dann, unter Abwägung aller Umstände darüber zu befinden, ob die Klage im Gesellschaftsinteresse liegt und somit zuzulassen ist oder nicht.[374] Der am angelsächsischen Muster

---

[370] Vgl. GK-*Bezzenberger/Bezzenberger* (Fn. 294), § 148 Rn. 77 ff., 132; anschaulich auch *G. Fuchs*, Die Derivative Suit als Mittel der Corporate Control im Aktienrecht der USA, 1981, S. 1 ff.

[371] Vgl. BT-Drucks. 15/5092, S. 22.

[372] Ebenso *J. Vetter* (Fn. 299), S. 1317, 1333; *Spindler,* NZG 2005, 865, 867; *Linnerz,* NZG 2004, 307, 310; für Beibehaltung auch *Schmolke,* ZGR 2011, 398, 430 f.; kritisch aber *Lotz* (Fn. 175), S. 165, 182; *Mock* (Fn. 137), § 148 Rn. 25; *Meilicke/Heidel,* DB 2004, 1479, 1482; *Semler,* FS Goette, 2011, S. 499, 508 („Blankoscheck"); *SdK* (Fn. 219), S. 8.

[373] In diese Richtung *Schmolke,* ZGR 2011, 398, 432, 442 (unter Hinweis auf das englische Recht).

[374] Vgl. Sec. 263(3) Companies Act 2006. Zum ebenfalls eine umfassende Abwägung aller Umstände des Einzelfalls gebietenden Erfordernis der „*fair and adequate repre-*