



Prof. Dr. Gregor Bachmann, LL.M. (Michigan)
Juristische Fakultät

Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags am 2. März 2020 zum Gesetzentwurf der AfD-Fraktion:

„Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes – Persönliche Vorstandshaftung mit Managergehältern bei pflichtwidrigem Fehlverhalten“ (BT-Drucks. 19/8233)

Zusammenfassung:

Der Entwurf schlägt eine Änderung von § 148 AktG vor, die es (Klein-)Aktionären erleichtern soll, Haftungsklagen im Namen der Gesellschaft gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder zu erheben. Kern des Vorschlags ist die Auslobung einer Erfolgsbeteiligung in Höhe von fünf Prozent der ausgerichteten Haftsumme. Ein solcher Vorschlag ist vom 70. Deutschen Juristentag 2014 diskutiert und einmütig abgelehnt worden. Auch der jetzige Gesetzesvorschlag verdient - jedenfalls in der gegenwärtigen Form und zum gegenwärtigen Zeitpunkt – im Kern keine Unterstützung.

Zwar ist der Vorschlag geeignet, die Aktionärsklage attraktiver zu machen und so zu einer verschärften Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen zu führen. Ein gravierendes Rechtsdurchsetzungsdefizit, das einen solchen Schritt rechtfertigte, ist aber nicht zu erkennen. Vielmehr drohen mit der Ermunterung von Aktionärsklagen Kollateralschäden, indem Unternehmen gegen den Willen der Anteilseignermehrheit in Haftungsprozesse verstrickt werden, die ökonomisch keinen Mehrwert bringen. Deutschland würde mit der Reform das schärfste Organhaftungsrecht in Europa schaffen, was sich ungünstig auf die Rekrutierung von Führungspersonal auswirken könnte. Eine Erleichterung der Aktionärsklage sollte, wenn überhaupt, im Rahmen einer Gesamtreform der Organhaftung in Angriff genommen werden.

Im Einzelnen:

I. Grundsätzliche Überlegungen zum Gesetzentwurf

1. Ausgangspunkt: Haftungsrechtliche Schieflage zwischen Arbeitnehmern und Managern?

Ausgangspunkt des Entwurfs ist die Annahme einer haftungsrechtlichen Schieflage zwischen „normalen Angestellten“ und Managern. Während erstere „schon bei kleinsten Pflichtwidrigkeiten“ mit der fristlosen Kündigung rechnen müssten, würde letztere „auch bei augenfälliger schwerer Pflichtverletzung für den angerichteten Schaden nicht zur Verantwortung gezogen“ (BT-Drucks. 19/8233, S. 1 u. 4).

Diese Darstellung ist so nicht zutreffend. Was die *Vertragsbeendigung* anbelangt, befinden sich Vorstandsmitglieder in keiner günstigeren Position als Arbeitnehmer, denn beiden kann nur bei Vorliegen eines „wichtigen Grundes“ fristlos gekündigt werden (vgl. § 626 BGB). Die in der Öffentlichkeit diskutierten Fälle einer Kündigung aus scheinbar geringfügigem Anlass (Unterschlagung von Pfandbons etc.) betrafen keine „kleinen“ Pflichtverletzungen, sondern strafbares Verhalten.

Was die hier relevante *Haftung* für Pflichtverletzungen betrifft, befinden sich Arbeitnehmer in einer günstigeren Position als Vorstandsmitglieder: Nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs haften sie bei leichter Fahrlässigkeit überhaupt nicht und findet bei mittlerer Fahrlässigkeit eine Schadensteilung statt. In Fällen leichter Fahrlässigkeit werden Arbeitnehmer – anders als Vorstandsmitglieder – daher gar nicht belangt. Dabei profitieren Arbeitnehmer zusätzlich davon, dass die Beweislast für das Verschulden, abweichend von der allgemeinen Regel (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB), dem Arbeitgeber aufgebürdet wird (§ 619a BGB), während für Organmitglieder die allgemeine Beweislastregel verschärft ist: Sie müssen sich nicht nur hinsichtlich des Verschuldensvorwurfs, sondern auch hinsichtlich der Pflichtverletzung entlasten (vgl. § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG). Hinzu kommt die für Organmitglieder im Regelfall längere Verjährungsfrist (fünf bzw. zehn statt drei Jahre).

Angesichts dessen und mit Blick auf millionenschwere Schadensersatzklagen gegen Mitglieder deutscher Vorstände wird im Fachschrifttum erörtert, ob man die haftungsrechtliche Privilegierung von Arbeitnehmern nicht zumindest teilweise auch Organmitgliedern zugutekommen lassen sollte (vgl. Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 51). Hiervon nimmt der Entwurf keine Kenntnis.

2. Befund: § 148 AktG ist wirkungslos und setzt keine hinreichenden Klageanreize

Der Entwurf geht von der - zutreffenden - Annahme aus, dass von § 148 AktG in seiner derzeitigen Form kein Gebrauch gemacht wird. Ebenso zutreffend ist die Annahme, dass unter der Geltung von § 148 AktG auch in Zukunft nicht mit einer nennenswerten Zahl von Aktionärsklagen zu rechnen ist, weil die Norm dafür keine hinreichenden Anreize setzt: Ist das von Aktionären angestrebte Klagezulassungsverfahren erfolglos, werden sie mit Kosten belastet, hat die Klage Erfolg, fließt ein etwaiger Ertrag allein der Gesellschaft zu.

Die im Entwurf vorgesehene Partizipation der Aktionäre am Erfolg einer Organhaftungsklage erscheint grundsätzlich geeignet, diese Anreizsituation zu ändern und damit eine signifikante Steigerung von Organhaftungsklagen zu bewirken. Aus diesem Grund haben sich einige Stimmen im rechtswissenschaftlichen Schrifttum dafür stark gemacht, § 148 AktG in einer dem Entwurf entsprechenden Weise zu ändern. Die Frage lautet aber, ob es rechtspolitisch wünschenswert und geboten ist, die Aktionärsklage zu stimulieren, ohne zugleich andere Ventile der Organhaftung neu zu justieren. Diese Frage ist aus den nachfolgenden Gründen zu verneinen:

3. Kein gravierendes Sanktionsdefizit

Unter *kompensatorischen* Gesichtspunkten besteht für eine Aktivierung der Aktionärsklage kein erkennbarer Anlass. Die Summen, die durch Organhaftungsklagen eingespielt werden, sind im Ergebnis meist relativ gering und werden durch die Verfolgungskosten oft aufgewogen. Der Entwurf möchte die Aktionärsklage daher vornehmlich zu präventiven Zwecken aktivieren (BT-Drucks. 19/8233, S. 4).

Als *präventives* Instrument müsste die in § 148 AktG vorgesehene Aktionärsklage belebt werden, wenn Pflichtverletzungen von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern andernfalls ungesühnt blieben und Organmitglieder daher ihre Pflichten in der Gewissheit vernachlässigen könnten, ohnehin nicht belangt zu werden. Diese Annahme ist aufgrund der vorhandenen Rechts- und Faktenlage nicht gerechtfertigt:

a) Durchsetzung im Insolvenzfall und bei strafbarem Verhalten

Gerät die Gesellschaft wegen Misswirtschaft in die *Insolvenz* (Bsp. Karstadt), werden Organhaftungsansprüche immer geprüft und vom Insolvenzverwalter auch rigoros durchgesetzt. Der Insolvenzverwalter ist zur Anreicherung der Masse verpflichtet, verfügt über die zur Klageerhebung nötigen Informationen und hat auch keinen Grund, Organmitglieder zu verschonen. Eine Aktivierung von Aktionären ist hier nicht nötig.

Im Falle *strafbaren oder ordnungswidrigen Verhaltens* sehen sich Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einem realen strafrechtlichen Verfolgungsrisiko ausgesetzt, wie die zahlreichen Straf- bzw. Bußgeldverfahren, die im Gefolge der Bankenkrise oder nach einschlägigen Compliance-Skandalen eingeleitet wurden, belegen. Auch gegen die (ehemaligen) Vorstandsmitglieder der derzeit im öffentlichen Fokus stehenden Automobilhersteller („Dieselskandal“) laufen entsprechende Ermittlungsverfahren.

Jeder Aktionär und jeder Bürger hat die Möglichkeit, ein solches Verfahren durch Anzeigerstattung zu initiieren. Dass dies von Erfolg gekrönt sein kann, belegt der prominente Fall „Mannesmann“, in dem Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder wegen Verschwendung von Gesellschaftsvermögen der Untreue für schuldig befunden wurden, nachdem private Personen eine entsprechende Anzeige erstattet hatten (vgl. BGHSt 50, 331).

b) Rechtsdurchsetzung durch den Aufsichtsrat

Haben Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder weder die Insolvenz der Gesellschaft verursacht noch einen potenziellen Straf- oder Ordnungswidrigkeitsverstoß begangen, müssen sie bei Schädigung gleichwohl mit Sanktionen rechnen. Nach dem Grundsatzurteil des BGH in Sachen ARAG/Garmenbeck ist der Aufsichtsrat verpflichtet, Schadensersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder zu prüfen und, soweit deren Realisierung wahrscheinlich ist, diese grundsätzlich auch durchsetzen (BGHZ 135, 244). Der BGH hat dieses Urteil aus dem Jahr 1997 unlängst bestätigt und dabei ausgeführt, dass sich Aufsichtsratsmit-

glieder, die einen Anspruch der AG gegen Vorstandsmitglieder entgegen diesem Grundsatz verjähren lassen, haftbar machen (BGHZ 219, 356).

Diese Rechtsprechung zeitigt Wirkungen. Zwar wurde es in der Vergangenheit als unwahrscheinlich angesehen, dass der Aufsichtsrat Vorstandsmitglieder tatsächlich in die Haftung nimmt, weil er mit diesen im Regelfall persönlich verbunden sei und mit der Inanspruchnahme zudem ein potenziell eigenes Fehlverhalten – nämlich die mangelnde Überwachung des Vorstands – offenbare. Die tatsächliche Lage ist heute aber eine andere. Obwohl umfassende empirische Untersuchungen fehlen, deuten die vorhandenen Daten darauf hin, dass Vorstandsmitglieder vom Aufsichtsrat in neuerer Zeit zwar nicht stets, aber doch regelmäßig in die Haftung genommen werden (näher *Bachmann*, Gutachten zum 70. Deutschen Juristentag 2014, E 12 – E 18).

Jüngere Reformen des AktG und des Deutschen Corporate Governance Kodex haben dafür gesorgt, dass der Aufsichtsrat zunehmend mit externen und unabhängigen Mitgliedern und insgesamt diverser als in Zeiten der „Deutschland AG“ besetzt ist. Viel spricht deshalb dafür, dass er seine Rechtsdurchsetzungsaufgabe ernster nimmt. Auch müssen Aufsichtsratsmitglieder heute stärker damit rechnen, selbst in Anspruch genommen zu werden, wenn sie sich nicht um die Haftung (ehemaliger) Vorstandsmitglieder kümmern.

Augenscheinlich ist das Aktivwerden des Aufsichtsrats in sog. Compliance-Fällen, also in Fällen, in denen es innerhalb des Unternehmens (nicht notwendig durch den Vorstand selbst) zu Rechtsverstößen kam (z.B. Korruption, Kartelldelikte, Betrug). In allen öffentlichkeitswirksamen Fällen neuerer Zeit (Siemens, Bilfinger, Volkswagen u.a.) hat der Aufsichtsrat interne Untersuchungen in Auftrag gegeben, um ein mögliches Fehlverhalten des Vorstands aufzudecken und daraus gegebenenfalls die Konsequenzen zu ziehen. Der Entwurf räumt ein, dass die Haftungsdurchsetzung in Compliance-Fällen „offenbar recht gut funktioniert“ (BT-Drucks. 19/8233 S. 3 unten). Damit entfällt aber ein ganz wesentlicher Einsatzbereich der Aktionärsklage.

Unzufriedene Aktionäre haben die Möglichkeit, vom Aufsichtsrat die Verfolgung von Vorstandsmitgliedern zu verlangen. Dies kann in der Hauptversammlung oder, effektiver, im Rahmen sog. Investorendialoge geschehen, wie sie der Deutsche Corporate Governance Kodex anregt (Anregung A.3 DCGK 2020), und wie sie in börsennotierten Gesellschaften heute Standard sind. Auf Antrag eines einzelnen Aktionärs kann die Hauptversammlung den Aufsichtsrat förmlich zu einer Sonderprüfung und anschließend zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen zwingen (unten, I.4.a).

c) Vermeintliche Sanktionslücken

Wenn in der Öffentlichkeit gleichwohl der Eindruck entsteht, dass Manager trotz eklatanten Versagens sanktionsfrei ausgehen, dann hat das u.a. folgende Gründe:

- Unternehmerische Fehlentscheidungen führen häufig zu hohen Verlusten für die Gesellschaft und rufen daher in der Öffentlichkeit oder bei Kleinaktionären das Bedürfnis nach Sanktionen hervor. Sie stellen aber nicht notwendig Pflichtverletzungen dar, weil und wenn sie von der sog. Business Judgment Rule gedeckt sind. Danach haftet der Vor-

stand für unternehmerische Entscheidungen nicht, wenn er im Entscheidungszeitpunkt vernünftigerweise annehmen durfte, auf Grundlage angemessener Informationen zum Wohl der Gesellschaft zu handeln (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG). Dass sich die Entscheidung im Nachhinein als – auch fataler – Fehlschlag darstellt, ändert daran nichts.

- Organhaftungsverfahren liegen häufig sehr komplexe Sachverhalte zugrunde, bei denen zentrale Fakten streitig sind. Die Sachverhaltsermittlung zieht sich daher über viele Jahre hin, ohne dass nach außen sichtbar etwas geschieht. Daraus kann der falsche Eindruck entstehen, dass die Organe untätig sind und Verantwortliche ungeschoren davonkommen.

- Es kann viele Gründe geben, warum dem Wohl der Gesellschaft mehr gedient ist, wenn von der Schadensersatzklage gegen ein Vorstandsmitglied abgesehen wird. Diese Gründe können z.B. in einer Behinderung der Vorstands- oder Aufsichtsratsarbeit liegen, in der jahrelangen Bindung von Ressourcen bei ungewissem Prozessausgang, im Publikwerden von Gesellschaftsinterna, aus dem Wettbewerber, Behörden oder Drittkläger Nutzen zum Nachteil der Gesellschaft ziehen, und aus anderen mehr. Der BGH hat es dem Aufsichtsrat in der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung daher ausdrücklich gestattet, von der Anspruchsdurchsetzung gegen Vorstandsmitglieder abzusehen, wenn dies bei gebotener Abwägung im Interesse der Gesellschaft liegt. Hiervon wird in der Praxis Gebrauch gemacht.

- Aus den vorgenannten Gründen greift der Aufsichtsrat bisweilen zu alternativen Sanktionen. Das bekannteste besteht darin, sich von dem betreffenden Vorstandsmitglied zu trennen und ggfs. Teile der Vergütung einzubehalten. Der sanktionierende Charakter der Trennung liegt – neben dem Arbeitsplatzverlust – darin, dass dem oder der Betreffenden dadurch das Stigma des Versagens angeheftet wird. Die Einbehaltung oder Rückforderung von Vergütungsbestandteilen hat gegenüber einer Schadensersatzklage den Vorteil, dass sie nicht den Nachweis einer aktienrechtlichen Pflichtverletzung erfordert. Der durch das ARUG II neu geschaffene § 87a Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 AktG erwähnt solche Rückforderungsinstrumente (sog. claw backs) explizit, und der eben aktualisierte Deutsche Corporate Governance Kodex ermuntert dazu, sie einzusetzen (Empfehlung G.11 DCGK 2020). Es ist daher davon auszugehen, dass die Praxis in Zukunft von diesem Instrument Gebrauch machen und erfolglose Manager damit pekuniär belangen wird.

4. Negative Auswirkungen einer erleichterten Aktionärsklage

Nach dem Gesagten besteht für die Einführung einer „scharfen“ Aktionärsklage kein dringendes Bedürfnis. Sie könnte sich darüber hinaus als schädlich erweisen.

a) Klagen gegen den Mehrheitswillen

Die Klage einer Aktionärsminderheit kann wohlfahrtsfördernd sein, wenn die Mehrheit der Aktionäre ebenfalls an der Klage interessiert ist, sich aber aus Gründen kollektiver Trägheit („Kollektivhandlungsproblem“) nicht zur Klageerhebung aufrafft. Ebenso ist es aber denkbar, dass die Mehrheit der Aktionäre an einer Anspruchsdurchsetzung nicht interessiert ist bzw. diese Entscheidung bewusst dem Aufsichtsrat überlässt. Dafür, dass

letzteres nicht selten der Fall ist, streiten die erzielten Mehrheiten, mit denen in den bekannt gewordenen Fällen die Hauptversammlung von Publikumsgesellschaften einem vom Aufsichtsrat mit Vorstandsmitgliedern ausgehandelten Vergleich zugestimmt hat. Diese bewegen sich nicht selten im nahezu einstimmigen Bereich (prominentes Beispiel: Siemens v. Neubürger (2015) - Hauptversammlungszustimmung von 99,64 %).

Wichtig ist zudem folgendes: Schon nach geltendem Recht kann jeder Aktionär in der Hauptversammlung unter dem Tagesordnungspunkt „Entlastung“ einen Antrag auf Einsetzung eines Sonderprüfers stellen, der die Geschäftsführung untersucht (§ 142 Abs. 1 AktG). Traut die Mehrheit dem Aufsichtsrat keine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung zu, wird sie diesem Antrag stattgeben. Fördert der Bericht des Sonderprüfers dann Anhaltspunkte für Pflichtverletzungen zutage, kann jeder einzelne Aktionär einen Antrag auf Geltendmachung von Ersatzansprüchen stellen (§ 147 Abs. 1 AktG). Die Mehrheit entscheidet dann, ob sie dem folgen will.

Obwohl also jeder einzelne Aktionär – ohne weitere Voraussetzungen – einen Mehrheitsbeschluss über die Prüfung und anschließende Verfolgung von Ersatzansprüchen herbeiführen kann, werden solche Anträge vergleichsweise selten gestellt und noch seltener befürwortet. Die Mehrheit der Aktionäre (einschließlich der institutionellen Anleger) hat also augenscheinlich kein Interesse an einer Anspruchsverfolgung – ein Befund, der sich mit den erwähnten „sozialistischen“ Mehrheiten deckt, mit denen regelmäßig den vom Aufsichtsrat ausgehandelten Vergleichen zugestimmt wird (s.o.).

Vor diesem Hintergrund erscheint es gerechtfertigt, die ohne oder gegen den Willen der Aktionärsmehrheit erzwungene Anspruchsverfolgung als Ausnahme zu begreifen und an nicht zu geringe Hürden zu koppeln. Die Mehrheit der Aktionäre über die Anspruchsverfolgung befinden zu lassen, hat gegenüber dem Weg einer erleichterten Aktionärsklage den Vorteil, dass die Frage, ob dem Gesellschaftswohl besser mit einer Durchsetzung als mit einer Nichtdurchsetzung gedient ist, einem prozeduralen Test anheim gegeben wird.

b) Fehlanreize klagender Kleinaktionäre

Der Aufsichtsrat, Großanleger und die Aktionärsmehrheit werden bei ihrer Entscheidung, ob ein Haftungsanspruch gegen Vorstandsmitglieder geltend gemacht werden soll, die Nachteile in der Waagschale werfen, die eine Durchsetzung für die Gesellschaft nach sich ziehen kann (s.o., I.3.c). Kleinaktionäre werden dies nicht in gleicher Weise tun, weil ein etwaiger Kursverlust, der durch eine dem Gesellschaftswohl abträgliche Klage ausgelöst wird, hinter dem mit der Erfolgsbeteiligung erzielten Gewinn zurückbleibt. Erst recht gilt dies für Rechtsanwälte, die aus der Aktionärsklage ein Geschäftsmodell machen. Es besteht daher die Gefahr, dass Organhaftungsklagen auch dann erhoben werden, wenn die Gesellschaft besser beraten wäre, auf eine Rechtsdurchsetzung zu verzichten.

c) Faktische Personalkompetenz der Aktionäre

Das Aktienrecht gestattet es Aktionären aus gutem Grunde nicht, Vorstandsmitglieder abuberufen. Dies gilt auch dann, wenn sie die betreffende Person für unfähig oder pflichtvergessen halten. Auf die Vorstandsbesetzung können Aktionäre nur vermittelt

über die Besetzung oder Beeinflussung des Aufsichtsrats Einfluss nehmen. Eine großzügige Klagemöglichkeit könnte dieses Modell unterlaufen, weil Aktionäre ein missliebiges Vorstandsmitglied dann durch Klageerhebung aus dem Amt drängen könnten.

5. Keine Beseitigung des Informationsdefizits

Dass von § 148 AktG kein Gebrauch gemacht wird, hat zwei Gründe: Zum einen die fehlende materielle Anreizwirkung – sie will der Entwurf beseitigen; zum anderen das Informationsdefizit der Aktionäre. Um einen Klagezulassungsantrag und erst recht die anschließende Klage substantzieren zu können, müssen die Aktionäre einen Sachverhalt vortragen, der eine Pflichtverletzung von Vorstandsmitgliedern und einen daraus resultierenden Schaden plausibel macht. Dazu werden sie in der Regel nur in der Lage sein, wenn zuvor eine Sonderprüfung stattgefunden hat. Eine solche kann gem. § 142 Abs. 2 AktG von einer Minderheit unter Voraussetzungen initiiert werden, die denen der Aktionärsklage gem. § 148 AktG entsprechen. Namentlich sind auch hier ein entsprechendes Quorum (1 % des Grundkapitals) und der Verdacht von Unredlichkeiten oder grober Pflichtwidrigkeiten vonnöten.

Wer die Hürden des § 148 AktG absenken will, müsste also konsequenterweise auch die korrespondierenden Hürden des § 142 Abs. 2 AktG senken. Der Entwurf sieht das nicht vor. Ein solcher Schritt wollte auch wohlüberlegt sein, weil die Sonderprüfung missbrauchsanfällig ist. Senkt man die Hürden des § 142 Abs. 2 AktG nicht ab, werden Erleichterungen bei § 148 AktG tendenziell wirkungslos bleiben.

6. Organhaftung als Paket reformieren

Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder einer deutschen Aktiengesellschaft haften unbeschränkt mit ihrem Privatvermögen auch bei leichtester Fahrlässigkeit. Ihre Haftung ist damit wesentlich schärfer als diejenige von Arbeitnehmern (s.o., I.1.). Hieraus kann im Einzelfall ein existenzbedrohendes Haftungsrisiko resultieren. Dieser Zustand wird in der Fachwelt vielfach als unbefriedigend empfunden. Der 70. Deutsche Juristentag (2014), der sich mit der Reform der Organhaftung eingehend beschäftigt hat, hat dem Gesetzgeber daher empfohlen, satzungsmäßige Haftungsreduktionen für Organmitglieder zu gestatten. Diese Empfehlung ist vom Bundestag bislang nicht aufgegriffen worden.

Sollte die Durchsetzung der Organhaftung, wie nun vom Entwurf vorgeschlagen, verschärft werden, würde das existenzbedrohende Haftungsrisiko für Organmitglieder steigen. Das Petition des Juristentages würde damit noch drängender werden. Erleichterungen bei der Haftungsdurchsetzung sollten daher nicht losgelöst von der Frage einer Haftungsreduktion für Organmitglieder diskutiert oder gar entschieden werden. Die Fragen sind vielmehr im Paket zu behandeln (übereinstimmend Hüffer/Koch, AktG, § 148 Rn. 3: „Reform nur gemeinsam mit Reform der Vorstandshaftung“; Gaschler, Das Klagezulassungsverfahren gem. § 148 AktG: Geltendes Recht – Kritik – Reform (2017), S. 359: „Erleichtert der Gesetzgeber die Durchsetzung der Organhaftungsansprüche gem. § 148 AktG, ist im Sinne eines ‚Kopplungsgeschäfts‘ zugleich der Haftungsumfang einzuschränken“).

Entschließt sich der Gesetzgeber, es bei der strengen materiellen Rechtslage zu belassen, ist er gut beraten, nicht die Schleusen für eine aggressive Aktionärsklage zu öffnen.

Hierfür spricht auch folgendes: Das Recht des US-Bundesstaates Delaware, in dem die meisten börsennotierten US-amerikanischen Gesellschaften inkorporiert sind, lässt zwar eine erleichterte Aktionärsklage zu, kompensiert dies aber dadurch, dass die Satzung die Haftung von Verwaltungsratsmitgliedern reduzieren kann. Hieran sollte sich Deutschland, will es die Aktionärsklage erleichtern, orientieren. Geschieht dies nicht, würde Deutschland mit der Kombination aus hohem Klageanreiz für Aktionäre und unbeschränkbarer Haftung für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder das schärfste Organhaftungsrecht in Europa kreieren. Dies könnte einen ungewünschten Haftungstourismus auslösen und deutsche Korporationen für ausländische Manager unattraktiv machen. Auch würde es möglicherweise schwerer fallen, Kandidaten aus dem Kreis der Arbeitnehmer für den Aufsichtsrat zu gewinnen, die ihre Vergütung i.d.R. abführen.

7. Ungewisse Folgewirkungen einer Reform

Es ist schwer vorherzusagen, welche Auswirkungen eine Umsetzung des Entwurfs in der Praxis hätte. Idealerweise werden nur und immer dann Aktionärsklagen erhoben, wenn eine Disziplinierung des Managements geboten ist, der Aufsichtsrat bzw. die Aktionärsmehrheit aber entgegen dem Gesellschaftswohl untätig bleiben.

Nicht auszuschließen und nach meinem Dafürhalten wahrscheinlicher sind andere Szenarien: Möglicherweise würde von einer Aktionärsklage trotz Schaffung einer Erfolgsprämie kein nennenswerter Gebrauch gemacht werden, da der Entwurf die Informationsasymmetrie zu Lasten der Kleinaktionäre nicht beseitigt (s.o., I.5.). Umgekehrt ist es denkbar, dass professionelle Akteure (Spezialkanzleien, Prozessfinanzierer) die reformierte Aktionärsklage als Geschäftsmodell entwickeln und dann Verfahren in einem Ausmaß anstrengen könnten, das weder aus Sicht der betroffenen Unternehmen noch gesamtwirtschaftlich wünschenswert erscheint.

Will der Gesetzgeber im Angesicht dieser Unsicherheiten aktiv werden, würde sich eine zeitlich begrenzte Regelung (Experimentierklausel) empfehlen. Psychologisch gesehen wäre es aber schwierig, von einer einmal eingeführten Klagemöglichkeit wieder abzurücken, weil dies als „Eingriff in Aktionärsrechte“ Abwehrreflexe auch bei solchen Anlegerkreisen und Interessenvertretern auslösen kann, die mit der Mechanik und den Wirkungen der deutschen Aktionärsklage nicht genügend vertraut sind. Statt eines Experiments empfiehlt sich daher die gründlich vorbereitete Entscheidung.

II. Zu den Detailvorschlägen

1. Herabsetzung des Aktionärs-Quorums von 1 Prozent auf 0,05 Prozent (§ 148 Abs. 1 Satz 1 AktG-E)

Das Quorum ist vom Gesetzgeber in der Vergangenheit schrittweise von ursprünglich einmal 20 % auf heute 1 % des Grundkapitals herabgesetzt worden, ohne dass dies zu einer Erhöhung von Aktionärsklagen geführt hätte. Auch von einer weiteren Absenkung

des Quorums ist das nicht zu erwarten, solange keine materiellen Anreize zur Klageerhebung gesetzt werden. Ausländische Rechtsordnungen räumen z.T. jedem einzelnen Aktionär entsprechende Klagemöglichkeiten ein, ohne dass davon Gebrauch gemacht wird, weil Aktionäre aus der Klage nichts gewinnen können.

Der Entwurf möchte das ändern und die Herabsetzung des Quorums mit der Schaffung materieller Klageanreize kombinieren (s.u., 5.). Werden materielle Anreize (z.B. Erfolgsbeteiligung) geschaffen, sollte das Quorum aber eher unangetastet bleiben. Denn in diesem Fall ist damit zu rechnen, dass auch Aktionäre mit einer höheren Beteiligung (z.B. institutionelle Investoren) sich zu einem Antrag gemäß § 148 AktG entschließen werden, so dass eine Aktivierung von Kleinaktionären nicht mehr erforderlich erscheint. Die Kombination aus radikaler Senkung des Quorums und Erfolgsprämie würde dagegen die Schleuse zu weit öffnen, weil sie dann auch Kleinanlegern und ihren professionalisierten Helfern ein Geschäftsmodell eröffnete, von dem die Gesellschaft und die Aktionärsmehrheit aus den oben genannten Gründen nicht notwendig profitieren.

2. Streichung der Wörter „Unredlichkeit oder grobe [Pflichtverletzung]“ (§ 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG-E

Das geltende Recht fordert den auf Tatsachen gestützten Verdacht, dass der Gesellschaft durch „Unredlichkeiten oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung“ ein Schaden entstanden ist. Liegt nur eine „einfache“ Pflichtverletzung vor, hat der Klagezulassungsantrag keinen Erfolg.

Der Entwurf weist darauf hin, dass mit den Begriffen „Unredlichkeit“ und „grob“ Unwägbarkeiten in das Klagezulassungsverfahren getragen werden, die den klagewilligen Aktionär abschrecken können. Dies ist zutreffend und könnte es nahelegen, dem Streichungsvorschlag zu entsprechen, wie es im juristischen Schrifttum z.T. auch gefordert wird. Dem Entwurf ist aber nicht darin zu folgen, dass es „keinen sachlichen Grund“ für eine solche Beschränkung gibt. Vielmehr trägt die Hürde der „Unredlichkeit“ bzw. „grogen“ Pflichtverletzung dem Umstand Rechnung, dass es für die Gesellschaft, repräsentiert durch den Aufsichtsrat bzw. die Aktionärsmehrheit, gute Gründe geben mag, kleinere Pflichtverletzungen nicht zu verfolgen bzw. sich mit alternativen Sanktionen zufrieden zugeben. Der 70. Deutsche Juristentag (2014) konnte sich denn auch nur mit denkbar knappster Mehrheit (27:26:20) und unter Ablehnung einer Erfolgsprämie für eine Entschärfung von § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG durchringen.

Wie zum Quorum gilt auch hier: Sollte auf materielle Anreize verzichtet werden, mag die Hürde entfallen; nennenswerte Auswirkungen sind dann aber nicht zu erwarten. Wird eine Erfolgsbeteiligung eingeführt, sprechen gute Gründe dafür, die Schwelle von Unredlichkeit und grober Pflichtverletzung (gegebenenfalls in moderner Formulierung) beizubehalten, denn nur in solchen Fällen ist ein drängendes Sanktionsbedürfnis spürbar (für Beibehaltung auch *T. Bezenberger*, Die derivative Haftungsklage der Aktionäre - Deutsches und US-amerikanisches Recht, ZGR 2018, 584, 612 ff, 630: „Die deutschen Regeln über das Klagezulassungsverfahren und die Klage der Aktionäre sind in den Grundlinien gut“; *Gaschler*, a.a.O., S. 234: „ohne inhaltliche Änderung beibehalten“).

Um den Abschreckungseffekt für klagewillige Aktionäre abzumildern, könnten die Kosten für einen Antrag, der hieran scheitert, der Gesellschaft auferlegt werden (*Bachmann*, Gutachten E für den 70. DJT (2014), E 96). Alternativ mag der Hauptversammlung das Recht eingeräumt werden, eine auf einfache Pflichtverletzungen gestützte Klage zu stoppen.

3. Ersetzung der „überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls“ durch Missbrauchskontrolle (§ 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AktG-E)

Die Umsetzung des Vorschlags hätte im Wesentlichen nur klarstellende Bedeutung. Entgegen der missverständlichen Gesetzesformulierung soll § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AktG dem Gericht nicht die positive Entscheidung aufbürden, ob die Zulassung der Klage dem Wohl der Gesellschaft dient, sondern Klagezulassungsanträge, welche die übrigen Voraussetzungen des § 148 Abs. 1 AktG erfüllen, sollen im Regelfall zugelassen werden (BT-Drucks. 15/5092, S. 22). § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 übernimmt damit die Funktion einer Notbremse, mit der missbräuchliche Klagen abgeschüttelt werden können. Die Gesetzesverfasser hatten dabei drei Konstellationen vor Augen: (1) Trittbrettfahrer („me-too-Kläger“), die sich nur an ein bereits laufendes Klagezulassungsverfahren anhängen wollen; (2) geringfügige Schäden, deren Verfolgung nicht lohnt; (3) vermögenslose Organmitglieder, bei denen nichts beizutreiben ist (vgl. BT-Drucks. 15/5092, S. 22).

Vor diesem Hintergrund bestehen theoretisch keine Einwände, Nr. 4 in der vorgeschlagenen Form umzuformulieren. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es bei dem darzulegenden Verdacht von Unredlichkeiten oder groben Pflichtverletzungen (Nr. 3) verbleibt. Ebenso gut kann man es freilich bei der bestehenden Formulierung belassen. Nimmt man den Willen des Gesetzgebers ernst, werden seriöse Klagezulassungsanträge hieran nicht scheitern. Zur Unterstützung könnten der Gesellschaft die Kosten eines an dieser Voraussetzung scheiternden Antrags umfassender als bisher auferlegt werden (vgl. § 148 Abs. 6 Satz 2 AktG: Kostenlast der Gesellschaft nur, wenn sie die Gründe des Gesellschaftswohls, an denen der Antrag scheitert, nicht mitgeteilt hat).

4. Recht zur Nebenintervention und Vetorecht (§ 148 Abs. 3 Satz 3 AktG-E)

Der Entwurf sieht vor, den Aktionären bei Übernahme der Klage durch die Gesellschaft die Stellung eines Nebenintervenienten einzuräumen. Dies hätte im Wesentlichen klarstellende Bedeutung, da die betreffende Rechtsfolge – wiewohl vom Gesetz so nicht ausgesprochen (nach dem Gesetz sind die Aktionäre nur „beizuladen“) – richtigerweise schon nach geltendem Recht eintritt (Hüffer/*Koch*, AktG, § 148 Rn. 13 m.w.N.). Gegen diese Klarstellung wäre nichts einzuwenden.

Überlegenswert ist auch der Vorschlag des Entwurfs, den Aktionären ein Vetorecht für den Fall einzuräumen, dass die Gesellschaft den Prozess übernimmt und sich anschließend vergleicht oder auf den Anspruch verzichtet. Wird eine Erfolgsbeteiligung ausgelobt, ist dieser Vorschlag konsequent. Geschieht dies nicht, sollte den Aktionären gleichwohl die Möglichkeit verbleiben, in irgendeiner Form am Erfolg ihrer Klagezulassung zu partizipieren. Anstelle des Vetorechts könnte auch daran gedacht werden, das Selbsteintritts-

recht der Gesellschaft (§ 148 Abs. 3 AktG) zu beseitigen (*Bachmann*, Gutachten E für den 70. DJT, E 98). Insgesamt erscheint der Vorschlag noch nicht hinreichend ausdiskutiert, um ihn zu verabschieden.

5. Erfolgsbeteiligung (§ 148 Abs. 7 AktG-E)

Die Auslobung einer Erfolgsbeteiligung ist der Angelpunkt des Entwurfs. Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum finden sich verschiedentlich Vorschläge, die in eine ähnliche Richtung gehen. Sie alle legen die – zutreffende – Prämisse zugrunde, dass ohne materielle Anreize nicht mit einer Aktivierung klagebereiter Aktionären gerechnet werden kann.

Dennoch ist dem Vorschlag mit Zurückhaltung zu begegnen, denn er fußt auf der weiteren, in dieser Form nicht zutreffenden Prämisse, dass ohne Aktionärsklagen eine gravierende Sanktionslücke klafft. Wie oben unter I.3. dargelegt, ist das nicht der Fall, da eine Anspruchsverfolgung durch den Aufsichtsrat stattfindet und die Aktionärsmehrheit bzw. maßgebliche Investoren den Aufsichtsrat förmlich (§ 147 Abs. 1 AktG) oder formlos (Investorendialog) zur Anspruchsverfolgung anhalten können. Daneben stehen weitere Rechtsdurchsetzer (Insolvenzverwalter, Straf- und Bußgeldbehörden) und alternative Sanktionsmittel (Abberufung, Vergütungsrückforderung) zur Verfügung.

Die Auslobung einer Erfolgsprämie könnte dagegen – jedenfalls bei gleichzeitiger Herabsetzung der übrigen Hürden des § 148 AktG – Fehlanreize schaffen, weil der Kleinaktionär die möglichen negativen, monetär nicht auszurechnenden Folgen einer Schadensersatzklage nicht in sein Kalkül einbeziehen wird, da sie nicht ihn, sondern die Gesellschaft treffen. Dies gilt erst recht, wenn die Initiative – wie es zu erwarten ist – nicht vom Kleinaktionär, sondern von Rechtsanwälten ausgehen wird, die aus der Verfolgung von Organhaftungsansprüchen ein Geschäftsmodell machen. Klagezulassungsverfahren könnten dann mit dem (unausgesprochenen) Motiv betrieben werden, sich den Lästigkeitswert durch eine vergleichsweise Zahlung abkaufen zu lassen. Ob dem mit der vorgeschlagenen Missbrauchsbremse hinreichend begegnet werden kann, erscheint zweifelhaft.

Der 70. Deutsche Juristentag (2014) konnte sich jedenfalls nicht zu einer entsprechenden Empfehlung an den Gesetzgeber aufraffen: Der Vorschlag, eine Erfolgsprämie auszuloben, wurde ohne eine einzige Ja-Stimme (0:78:6) zurückgewiesen (ablehnend mit rechtsvergleichender und ökonomischer Analyse jetzt auch *Bezzemberger*, a.a.O., S. 587, 620 ff.: „schafft mehr neue Probleme als alte zu lösen“).

Sollte der Gesetzgeber dennoch einen materiellen Klageanreiz schaffen wollen, was diskutabel ist, wäre statt der vom Entwurf vorgeschlagenen Erfolgsbeteiligung eine Aufwandsentschädigung vorzugswürdig (vgl. *Bachmann*, a.a.O., E 100 f.; vertiefend und mit Rechenbeispielen *Gaschler*, a.a.O., S. 333 ff.). Sie ist besser geeignet, übermäßigen Klagen zu wehren. Einzelheiten bedürften noch der Diskussion.

III. Empfehlung an den Rechtsausschuss

Der Entwurf sollte in der vorliegenden Form nicht verabschiedet werden. Zwar sind einzelne der vorgeschlagenen Änderungen, namentlich die bloß klarstellenden, durchaus erwägenswert. Dies gilt aber nicht für seinen Kern, den Vorschlag einer Erfolgsprämie. Will der Rechtsausschuss dem Entwurf näher treten, sollten die Stellschrauben des § 148 AktG allenfalls moderat verändert werden. Sollte sich der Rechtsausschuss dabei entscheiden, einen materiellen Klageanreiz – in welcher Form auch immer – zu befürworten, sollten die übrigen Hürden des § 148 AktG tendenziell erhalten bleiben, um übermäßigen Klagen durch Aktionäre vorzubeugen.

Insgesamt erscheint es vorzugswürdig, die Überarbeitung des § 148 AktG in eine allgemeine Reform der Organhaftung einzubetten. Diese bedarf einer gründlichen Vorbereitung, bei der auch empirische Daten über die wirkliche Lage der Rechtsdurchsetzung gegen Manager in Deutschland erhoben werden könnten. Mit der Vorbereitung ließe sich das BMJV betrauen, das dazu – wie im Rahmen des ARUG II oder bei der Reform des Personengesellschaftsrechts erfolgreich praktiziert – auf die Unterstützung durch Expertenkommissionen zurückgreifen sollte. In diesem Zusammenhang könnten die vielfältigen Alternativvorschläge zur Optimierung der Haftungsdurchsetzung, die im rechtswissenschaftlichen Schrifttum und von der Länderarbeitsgruppe „Managerverantwortung“ (2011) erörtert wurden, sorgfältig gewürdigt werden (umfassende Nachweise dazu bei *Gaschler und Bezenberger*, a.a.O.).

Für ein solches Reformvorhaben ist ein Zeitraum von wenigstens drei Jahren zu veranschlagen. Da aus meiner Sicht kein akuter Missstand erkennbar ist, sollte der Gesetzgeber sich diese Zeit nehmen.

Prof. Dr. Gregor Bachmann

Berlin, 26. 02. 2020