

Dr. Viola Sailer-Coceani

## **Schriftliche Stellungnahme**

### **zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 2. März 2020 zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes – Persönliche Vorstandshaftung mit Managergehältern bei pflichtwidrigem Verhalten (BT-Drucksache 19/8233)**

Die Beobachtung, dass das Klagezulassungsverfahren gemäß § 148 AktG bislang in der Praxis nahezu keine Rolle gespielt hat, ist zutreffend. Eine moderate Anpassung von § 148 AktG kann daher durchaus erwogen werden, sollte dann allerdings mit einer rechtspolitischen Diskussion des Vorstandshaftungsrechts insgesamt verbunden werden. Über beides wird in der Rechtswissenschaft seit einigen Jahren mit unterschiedlichen Ansätzen diskutiert. Erhebliche und von einer Gesamtreform des Vorstandshaftungsrechts isolierte Ausweitungen des Klagezulassungsverfahrens, insbesondere in Form von sogenannten Fangprämien für Aktionäre, wesentlichen Absenkungen des Quorums für die Klagezulassung oder Nichtberücksichtigung entgegenstehender Gesellschaftsinteressen, sind indes abzulehnen. Sie drohen dem einzig relevanten Interesse – dem Interesse der betroffenen Aktiengesellschaft – zu schaden.

Dem Konzept einer erheblichen Ausweitung des Klagezulassungsverfahrens gemäß § 148 AktG liegen zwei Annahmen zugrunde: zum einen, dass es dieser Sanktion bedarf, um Vorstandsmitglieder an ihre Sorgfaltspflichten zu mahnen, und zum anderen, dass die Aufsichtsräte es in großem Umfang und aus sachfremden Erwägungen unterlassen, erfolgversprechende Schadensersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder geltend zu machen. Diese Annahmen treffen nicht zu.

## 1. **Strenge Vorstandshaftung**

Die aktienrechtlichen Regeln über die Vorstandshaftung sind streng. Bereits leicht fahrlässige Pflichtverletzungen können zu einer unbeschränkten Haftung von Vorstandsmitgliedern mit ihrem gesamten Privatvermögen führen. Dieses Haftungsregime ist deutlich strenger als das für Arbeitnehmer geltende, die für leichte Fahrlässigkeit gar nicht und für höhere Fahrlässigkeitsstufen nur mit Einschränkungen haften. Anders als Arbeitnehmer tragen die Vorstandsmitglieder zudem die Beweislast, nicht pflichtwidrig gehandelt zu haben, und unterliegen einer fünf- bis zehnjährigen Verjährung. Die Aufsichtsräte sind nach der Rechtsprechung grundsätzlich zur Anspruchsgeltendmachung verpflichtet. Hinzu kommen weitere Sanktionsmöglichkeiten wie etwa die Abberufung des Vorstandsmitglieds sowie zunehmend die Einbehaltung oder Rückforderung von Vergütungsbestandteilen (sogenannte claw backs; s. nunmehr § 87 a Abs. 1 S. 2 Nr. 6 AktG und Empfehlung G.11 des DCGK 2020).

Dieses geltende Recht entfaltet auch ohne Erweiterung der Aktionärsklage eine ganz erhebliche und ausreichende präventive Funktion. Es ist sogar bereits ein sehr weitgehendes Absicherungsbedürfnis von Vorstandsmitgliedern zu beobachten, das dazu führt, dass unternehmerische Entscheidungen zunehmend vorab durch externe Begutachtungen flankiert werden. So sehr die sorgfältige Vorbereitung unternehmerischer Entscheidungen zu begrüßen ist, so wenig erscheint es erstrebenswert und notwendig, diese Entwicklung noch weiter zu befördern, denn die unternehmerische Entscheidung ist letztendlich durch den Unternehmensleiter zu treffen. Vor diesem Hintergrund wird in der Rechtswissenschaft seit Jahren über eine Reform des Vorstandshaftungsrechts diskutiert<sup>1</sup>. Die in dieser rechtspolitischen

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa die Beschlussvorschläge und Beschlüsse des 70. Deutschen Juristentages 2014, abrufbar unter <https://www.djt.de/die-tagungen/beschluesse-frueherer-juristentage>.

Diskussion vorgebrachten Vorschläge umfassen unter anderem auch potentiell enthaftende Elemente wie etwa die Einführung eines Rechts der Hauptversammlungen, durch Satzungsregelung die Vorstandshaftung für leichte Fahrlässigkeit zu beschränken. Eine rechtspolitische Diskussion über die Ausweitung des Klagezulassungsverfahrens gemäß § 148 AktG sollte daher auch diese über das Vorstandshaftungsrecht insgesamt geführte Debatte mit in den Blick nehmen.

## **2. Funktionsfähige Durchsetzung der Vorstandshaftung**

Es trifft auch nicht zu, dass erfolgversprechende Vorstandshaftungsansprüche im großen Stil pflichtwidrig nicht geltend gemacht werden.

Dieser Eindruck mag von außen entstehen. Es gab und gibt aber eine größere Anzahl von Haftungsverfahren vor deutschen Gerichten, die teilweise mehr, teilweise weniger in der Presseberichterstattung aufgegriffen wurden. Hinzu kommt eine noch deutlich höhere Anzahl an Haftungsfällen, die erfolgreich außergerichtlich reguliert werden, meist unter Einbeziehung der D&O-Versicherung. Diese Fälle werden nicht notwendigerweise öffentlich bekannt. Teilweise erfolgen Schadensregulierungen auch in Schiedsverfahren und somit ebenfalls nicht öffentlich. Die außergerichtliche Erledigung von Haftungsfällen stellt für die Gesellschaften in vielen Fällen die beste Lösung dar. Sie erspart ihnen erhebliche Kosten, Ressourcen und Prozessrisiken. Es liegt im Interesse der Gesellschaften, den Weg der außergerichtlichen Regulierung weiterhin beschreiten zu können, ohne dass Klageversuche seitens mit den Einzelheiten der Sache nicht vertrauter Personen hiermit interferieren.

Kommt es nicht zu einer außergerichtlichen Regulierung, unterliegen die Aufsichtsräte deutscher Aktiengesellschaften strengen Pflichten. Der Bundesgerichtshof erlegt den Aufsichtsräten seit der sogenannten

"ARAG/Garmenbeck"-Entscheidung<sup>2</sup> in ständiger Rechtsprechung auf, die Erfolgsaussichten für die Durchsetzung und Beitreibung etwaiger Schadensersatzansprüche zu prüfen. Diese Prüfung wird auch als "ARAG/Garmenbeck-Prüfung 1. Stufe" bezeichnet. Überwiegen die Erfolgsaussichten, sind die Ansprüche grundsätzlich geltend zu machen. Anderes gilt laut dem Bundesgerichtshof nur dann, wenn gewichtige Interessen und Belange der Gesellschaft, die das Anspruchsverfolgungsinteresse überwiegen oder ihm zumindest annähernd gleichwertig sind, einer Anspruchsgeltendmachung entgegenstehen. Diese Abwägung wird auch als "ARAG/Garmenbeck-Prüfung 2. Stufe" bezeichnet. Sie stellt klar, welches das zentrale und einzig relevante Interesse bei dieser Prüfung ist: das der Gesellschaft. Diese höchstrichterliche Rechtsprechung hat im Rahmen des Klagezulassungsverfahrens ihren Niederschlag in § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG gefunden.

Entscheiden Aufsichtsräte nach diesen Maßstäben pflichtwidrig, drohen sie selber zu haften. Wie der Bundesgerichtshof im Jahr 2018 entschieden hat<sup>3</sup>, beginnt für die Haftung des Aufsichtsrats, der Vorstandshaftungsansprüche pflichtwidrig verjähren lässt, mit dem Eintritt dieser Verjährung eine neue Verjährungsfrist. Gleichzeitig ist durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für Strafsachen seit der "Mannesmann"-Entscheidung<sup>4</sup> klargestellt, dass ein Aufsichtsratsmitglied einer Aktiengesellschaft sich der Untreue strafbar machen kann, wenn es Vermögenswerte der Gesellschaft verschleudert. Erfahrungsgemäß nehmen Aufsichtsräte dieses zivil- und strafrechtliche Pflichtenheft ausgesprochen ernst. Insolvenzverwalter sind im Regelfall ohnedies klagegeneigt.

---

<sup>2</sup> BGHZ 135, 244.

<sup>3</sup> BGHZ 219, 356.

<sup>4</sup> BGHSt 50, 331.

### **3. ARAG/Garmenbeck-Abwägung wichtig im Gesellschaftsinteresse**

Es gibt aber durchaus einzelne Fälle, in denen die pflichtgemäße ARAG/Garmenbeck-Prüfung zu dem Ergebnis führt, dass Schadensersatzklagen gegen aktuelle oder frühere Vorstandsmitglieder nicht im überwiegenden Interesse der Gesellschaft liegen.

Dies kann sich bereits bei Prüfung der Erfolgsaussichten auf der 1. Stufe der ARAG/Garmenbeck-Prüfung ergeben. Bei sorgfältiger Betrachtung des Sachverhalts können je nach den Umständen des Einzelfalls für die Gesellschaft erhebliche Prozessrisiken bestehen. Dies folgt unter anderem daraus, dass eine Pflichtverletzung nicht vorliegt, wenn das Vorstandsmitglied im Rahmen der sogenannten Business Judgement Rule gehandelt hat, also bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln (§ 93 Abs. 1 S. 2 AktG). Auch Entscheidungen, die sich im Nachhinein als erheblicher Fehlschlag darstellen, führen hiernach nicht zwangsläufig zur Vorstandshaftung. Das ist auch richtig so, da ansonsten die im Interesse der Gesellschaften und der Allgemeinheit notwendige unternehmerische Entscheidungsfreiheit erstickt würde.

Zur Betrachtung der Erfolgsaussichten gehört nach der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung überdies auch die tatsächliche Beitreibbarkeit des Schadens im Obsiegensfall. Wirtschaftlich betrachtet wird ein substanzieller Schadensausgleich regelmäßig nur durch die D&O-Versicherung erfolgen können und nicht ausschließlich aus dem Privatvermögen eines Vorstandsmitglieds. Damit ist auch zu prüfen, wie hoch die Deckungssumme der D&O-Versicherung ist und ob Deckungsausschlüsse – also Leistungsverweigerungsrechte der D&O-Versicherung – bestehen. Großschadensfälle übersteigen die bestehende D&O-Deckung mitunter beträchtlich.

Sind Erfolgsaussichten und Beitreibbarkeit geprüft, sind sie auf der 2. Stufe der ARAG/Garmenbeck-Prüfung etwaigen weiteren Interessen der Gesellschaft gegenüberzustellen, die für oder gegen eine Schadensersatzklage sprechen. Hier kann es im Einzelfall erhebliche Gründe gegen eine Klageerhebung geben. Beispielsweise kann im Einzelfall eine Schadensersatzklage gegen Vorstandsmitglieder dazu führen, dass Informationen zum Schaden der Gesellschaft publik werden oder die Gesellschaft wegen des dem Vorstandsmitglied öffentlich vorgeworfenen Sachverhalts ihrerseits von Dritten auf Schadensersatz verklagt wird. Während der wirtschaftliche Nutzen der Vorstandshaftungsklage im besten Fall auf die Deckungssumme der D&O-Versicherung sowie etwaiges Privatvermögen des Vorstandsmitglieds beschränkt ist, kann der Gesellschaft gegenüber solchen Dritten eine betragsmäßig unbeschränkte Haftung drohen.

Des Weiteren sind die Kosten eines Vorstandshaftungsprozesses zu prüfen. Schadensersatzprozesse gegen Vorstandsmitglieder betreffen häufig sachverhätlich und rechtlich komplexe Themen. Die Verfahrensdauer bemisst sich oft in Jahren und mitunter sogar Jahrzehnten. Die Gesellschaft wird über den gesamten Zeitraum externe Berater sowie interne Ressourcen bereitstellen müssen. Die Kosten für die Aufklärung des Sachverhalts und die Rechtsverfolgung sind potentiell sehr erheblich. Die Erstattung der Kosten ist selbst im Obsiegsfall fraglich. Bei hohen Schäden wird die vorhandene Haftungsmasse – D&O-Deckungssumme und Privatvermögen des Vorstandsmitglieds – bereits durch den Schaden ausgeschöpft. Zudem ist die D&O-Versicherung auch eine Rechtsschutzversicherung zugunsten der beklagten Vorstandsmitglieder. Deren Verteidigungskosten werden von der D&O-Versicherung übernommen und können die zur Verfügung stehende Deckungssumme weiter mindern.

In der Abwägung dieser Faktoren mit den Erfolgsaussichten der Klage wird es Einzelfälle geben, in denen der Aufsichtsrat zutreffend und pflichtgemäß entscheidet, dass die Erhebung einer Schadensersatzklage gegen Vorstandsmitglieder zum Nachteil der Gesellschaft wäre. Folgerichtig ist es dann für die Gesellschaft ebenso nachteilig, wenn mit den Einzelheiten der Angelegenheit nicht vertraute Personen, die diese Erwägungen nicht angestellt haben, gleichwohl ein Klageverfahren initiieren können.

#### **4. Keine Einschränkung der ARAG/Garmenbeck-Prüfung**

Hiergegen lässt sich nicht vorbringen, dass das Gericht im Klagezulassungsverfahren die ARAG/Garmenbeck-Prüfung gemäß § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG gleichsam anstelle des Aufsichtsrats durchführen soll und die Klage nur zulässt, wenn "keine überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen". Denn dazu muss das Gericht diese Gründe erst kennen. Die Gesellschaft ist somit gezwungen, im Klagezulassungsverfahren gerade jene Umstände öffentlich vorzutragen, die zu ihrem Schaden wären. Genau hierdurch droht der Schaden einzutreten.

Hieraus folgt zugleich, dass die Abwägungsregelung des § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG nicht weiter gelockert werden darf. Ihre Formulierung spiegelt die ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wieder und ist sogar klagefreundlicher als diese, denn sie verlangt „überwiegende“ Gründe des Gesellschaftswohls statt nur „annähernd gleichwertige“. Sie ist daher beizubehalten und darf nicht durch eine bloße Missbrauchskontrolle ersetzt werden (s. Art. 1 Nr. 1 lit. c des Gesetzesentwurfs).

#### **5. Mögliche Reformansätze**

Über eine behutsame Reformierung von § 148 AktG kann gleichwohl – im Rahmen einer rechtspolitischen Debatte über das Vorstandshaftungsrecht insgesamt – durchaus nachgedacht werden.

Der Grund für die fehlende praktische Relevanz des Klagezulassungsverfahrens gemäß § 148 AktG wird insbesondere darin gesehen, dass die Zulässigkeitsschwelle hoch ist und ein gewisses Kostenrisiko besteht, obgleich der wirtschaftliche Nutzen einer erfolgreichen Klage allein der Gesellschaft zugute kommt. Dies ist allerdings nur eine Seite der Medaille. Das Kostenrisiko der Aktionäre beschränkt sich im Wesentlichen auf den Zulassungsantrag. Insoweit gelten Streitwertbeschränkungen. Für die nachfolgende Klage können die Aktionäre weitreichende Kostenerstattung verlangen, nämlich im Obsiegensfall vom Anspruchsgegner und im Unterliegensfall nach Maßgabe des § 148 Abs. 6 AktG von der Gesellschaft. Weitere mit der Vorstandshaftungsklage verbundene Kosten oder Risiken treffen weitgehend die Gesellschaft und nicht den Aktionär.

Das Klagezulassungsverfahren gemäß § 148 AktG ist außerdem nicht das einzige Mittel, das die Aktionäre zur Geltendmachung von Vorstandshaftungsansprüchen in der Hand haben. Ihnen steht gemäß § 147 AktG auch die Einsetzung eines besonderen Vertreters zur Erhebung von Vorstandshaftungsklagen zu Gebote. Diese Befugnis ist ein scharfes Schwert, von dem in der Praxis, insbesondere in Konzernsituationen, effizient Gebrauch gemacht wird. Für bestimmte konzernrechtliche Vorstandshaftungsansprüche sehen §§ 309 Abs. 4 S. 1, 310 Abs. 4, 317 Abs. 4, 318 Abs. 4 AktG darüber hinaus sogar eine Klagebefugnis jedes einzelnen Aktionärs vor. Des Weiteren hat jeder einzelne Aktionär die Befugnis, die Entlastung von Mitgliedern des Vorstands und Aufsichtsrats anzufechten.

Um § 148 AktG aus seiner Bedeutungslosigkeit zu befreien, kann indes erwogen werden, die Kosten des Klageverfahrens nach erfolgreichem Klagezulassungsverfahren unmittelbar der Gesellschaft zu belasten. Die klagenden Aktionäre müssen dann nicht – wie derzeit vorgesehen – in Vorlage treten. Des Weiteren kann erwogen werden, die materielle Hürde



für den Klagezulassungsantrag in § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG unterhalb der derzeit erforderlichen Unredlichkeiten oder groben Gesetzes- oder Satzungsverletzungen anzusetzen<sup>5</sup>. Die Entschärfung dieser materiellen Voraussetzungen des Klagezulassungsverfahrens war der einzige zur Reform des § 148 AktG unterbreitete Vorschlag, der bei den diesbezüglichen Beratungen des 70. Deutschen Juristentages 2014 eine Mehrheit gefunden hat<sup>6</sup>. Diesen Gedanken greift Art. 1 Nr. 1 lit. b des vorliegenden Gesetzesentwurfs auf. Es erscheint allerdings zwingend, dass die Zulässigkeit gerichtlich erzwungener Klagen weiterhin dem einschränkenden Erfordernis einer erhöhten Vorwerfbarkeit unterliegt. Die Gesetzes- oder Satzungsverletzung muss mithin grob fahrlässig begangen worden sein.

Auch die in Art. 1 Nr. 1 lit. d des Gesetzesentwurfs vorgeschlagene Klarstellung, dass die antragstellenden Aktionäre bei nachfolgender eigener Klageerhebung durch die Gesellschaft gemäß § 148 Abs. 3 AktG nicht nur beizuladen sind, sondern auch das Recht zur Nebenintervention haben, erscheint sinnvoll. Das Recht zum Abschluss eines Vergleichs muss allerdings – nach Maßgabe der Einschränkungen des § 93 Abs. 4 AktG – bei der Gesellschaft als Anspruchsinhaberin verbleiben.

## 6. Keine Fangprämien und Quorumssenkungen

Sogenannte Fangprämien oder erhebliche Absenkungen des Quorums für die Klagezulassung sind – nach allem vorstehend Gesagten – nicht der richtige Weg<sup>7</sup>. Hierdurch würden rechtsmissbräuchliche und erpresserische Klagezulassungsanträge und Klagen herausgefordert. Die langjährigen Erfahrungen mit der missbräuchlichen Klageindustrie im Bereich der

---

<sup>5</sup> Vgl. bereits *Sailer-Coceani*, Referat zum 70. Deutschen Juristentag, Band II/1, N 23 mit weiteren Nachweisen.  
<sup>6</sup> Abrufbar unter <https://www.djt.de/die-tagungen/beschluesse-frueherer-juristentage>.

<sup>7</sup> *Sailer-Coceani*, Referat zum 70. Deutschen Juristentag, Band II/1, N 23; beide Vorschläge wurden auch vom 70. Deutschen Juristentag 2014 mit deutlicher Mehrheit abgelehnt; s. unter <https://www.djt.de/die-tagungen/beschluesse-frueherer-juristentage>.

Anfechtungsklagen belegen die Berechtigung dieser Sorge. Der Gesetzgeber hat im Bereich der Anfechtungsklagen angemessene und wirkungsvolle Maßnahmen zur Eindämmung der Klageindustrie getroffen. Es ist davor zu warnen, ihr an anderer Stelle erneut Tür und Tor zu öffnen. Der Einwand, Schadensersatzklagen unterlägen keinem Missbrauchsrisiko, weil durch sie anders als durch Anfechtungsklagen keine Strukturmaßnahmen blockiert werden könnten, trifft nicht zu. Sieht der Aufsichtsrat nach ARAG/Garmenbeck-Prüfung von der Erhebung einer Vorstandshaftungsklage ab, dann deswegen, weil sie den Interessen der Gesellschaft schadet. Genau in dieser Schädlichkeit liegt das Missbrauchs- und Erpressungspotential.

Auch außerhalb erpresserischer Fälle würde eine eigennützige finanzielle Inzentivierung klägerischer Aktionäre gesellschaftsschädliche Anreize setzen. Vorstand und Aufsichtsrat, das sollte deutlich geworden sein, sind ausschließlich dem Gesellschaftsinteresse verpflichtet. Die Aktionäre hingegen würden durch die Inaussichtstellung persönlicher finanzieller Vorteile als Klageanreiz inzentiviert, auch solche Haftungsklagen zu erheben, die nicht im Gesellschaftsinteresse liegen. Auch die massenhafte Erhebung zweifelhafter oder unbegründeter Haftungsklagen würde begünstigt, da sich bei Aussicht auf eine Erfolgsprämie – in Verbindung mit dem begrenzten Kostenrisiko – schon Verfahren mit geringer Erfolgswahrscheinlichkeit lohnen können, insbesondere bei Betreiben einer Vielzahl von Haftungsverfahren und Anwendung einer entsprechenden Mischkalkulation.

Es wäre verfehlt anzunehmen, die Entwicklung einer solchen Klageindustrie nach US-amerikanischem Vorbild sei in Deutschland nicht möglich oder nicht vorstellbar. Die erhebliche Zunahme professionalisierter und professionell finanzierter Massenklageverfahren ist in Deutschland seit einiger Zeit zu beobachten. Mit ihrem Übergreifen auf das Aktienrecht wäre

dem Interesse der deutschen Aktiengesellschaften und auch dem ihrer Aktionäre nicht gedient.

München, 27. Februar 2020

Dr. Viola Sailer-Coceani