

## Wird das UMAG die Haftung und Inanspruchnahme der Unternehmensleiter verändern?

Von Rechtsanwältin Dr. Susanne Weiss und Rechtsanwalt Dr. Markus Buchner,  
München

### A. Einleitung

Am 17.11.2004 hat das Bundeskabinett den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) verabschiedet<sup>1</sup>. Nach dem Transparenz- und Publizitätsgesetz<sup>2</sup> und der Einsetzung der Creme-Kommission soll damit nun ein weiterer Schritt zur Umsetzung der Vorschläge der Regierungskommission „Corporate Governance“ folgen. Der Gesetzesentwurf verfolgt zwei Hauptziele: Er will die Durchsetzung der Innenhaftung von Organen erleichtern. Daneben will er die Anfechtungsklage gegen Beschlüsse der Hauptversammlung als Schutzinstrument bewahren und die missbräuchliche Ausnutzung des Anfechtungsrechts unterbinden. Demgegenüber führt der Gesetzesentwurf zu keiner Änderung der bereits bestehenden materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Organhaftung<sup>3</sup>. Es soll zugleich ein bedeutender Teil des Zehn-Punkte-Programms der Bundesregierung zur Stärkung der Unternehmensintegrität und des Anlegerschutzes umgesetzt werden<sup>4</sup>. Geplant ist, dass das UMAG am 1.11.2005 in Kraft tritt<sup>5</sup>.

Bereits der Referentenentwurf des UMAG wurde erwartungsgemäß unterschiedlich bewertet. Beispielsweise begrüßte der Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) das Vorhaben, Anfechtungsklagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse zu erschweren. Dagegen warnte er im Hinblick auf die Erleichterung von Organhaftungsklagen vor Übertreibungen. Es gebe eine Tendenz zur Verrechtlichung unternehmerischer Entscheidungen, die fachlich qualifizierte Vorstände und Aufsichtsräte von einer Tätigkeit abschrecke<sup>6</sup>. Während die Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger<sup>7</sup> erhebliche Nachteile durch das Inkrafttreten des UMAG befürchtet, befürwortet die Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz die geplanten Änderungen im Wesentlichen<sup>8</sup>. Der vorliegende Beitrag befasst sich mit den Änderungen hinsichtlich der Entscheidung und Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder aufgrund des UMAG.

### B. Änderungen bei der Organhaftung

#### I. Materielle Haftungsvoraussetzungen

##### 1. Bisherige Rechtslage

Nach der Generalklausel des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG sind Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Diese Haftung ist eine Verschuldenshaftung, wenngleich sich dies nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Bestimmung ergibt<sup>9</sup>. Aus der Beweislastregelung in § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG ist allerdings ersichtlich, dass ein Verschulden des Vorstandsmitglieds Haftungsvoraussetzung ist. Verschuldensmaßstab ist die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters. § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG spezialisiert ebenso wie § 43 Abs. 1 GmbHG den allgemeinen Sorgfaltsstandard des § 276 Abs. 2 BGB im Hinblick

auf die Position des Geschäftsleiters und die besonderen Anforderungen an sein Amt. Demnach schuldet der Geschäftsleiter diejenige Sorgfalt, welche ein ordentlicher Geschäftsmann in verantwortlicher leitender Position bei selbständiger Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen zu beachten hat<sup>10</sup>.

Die Beweislast für die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters tragen die Vorstandsmitglieder. In dieser Beweislastumkehr liegt eine für die Aktiengesellschaft günstige Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen der so genannten Normentheorie, nach der jede Partei die Voraussetzungen einer ihr günstigen Norm zu beweisen hat<sup>11</sup>.

Das Hauptproblem in der Praxis bestand und besteht darin, die Schwelle zur schuldhaften Pflichtwidrigkeit

<sup>1</sup> Regierungsentwurf „Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)“ vom 17.11.2004; der Entwurf ist im Internet abrufbar unter [www.bundestag.de/medienarchiv/w/797.pdf](http://www.bundestag.de/medienarchiv/w/797.pdf) (im Folgenden auch: „Regierungsentwurf“, „RegE“ bzw. „AKG-RegE“). Mitteln zum Titel des Gesetzes Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger (inunmehr: Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger), Stellungnahme vom 30.3.2004, [sdc.softbox.de/palunag.pdf](http://sdc.softbox.de/palunag.pdf), S. 1; „Es muss nicht die Integrität der Unternehmen verbessert werden, sondern die der Organe.“ Der Referentenentwurf (im Folgenden auch: „RefE“ bzw. „AKG-RefE“) hatte das Bundesministerium der Justiz am 28.11.2004 veröffentlicht ([www.bjv.de/medienarchiv/362.pdf](http://www.bjv.de/medienarchiv/362.pdf)). Siehe zum UMAG insbesondere *Diekmann/Lewering*, NZG, 2004, 249; *Fischer*, ZIP 2004, 565; *Hauschild*, ZIP 2004, 55; *Hermeling*, AG 2004, 262; *Jahn*, BB 2004, 5; *Koch/Dierke*, NZG 2004, 441; *Kotze*, BB 2004, 449; *Pascher*, AG 2004, 245; *Schätz*, BB 2004, 419; *Selbert/Schätz*, ZIP 2004, 352; *Selbst*, WM 2004, 2137; *Thümmel*, DB 2004, 471; *Cramer*, DB 2004, 800; *Wechsung*, WAB 2004, 705; *Wiesing*, ZIP 2004, 1052; *Witte/Hauschild*, BB 2004, 725 sowie Bundesverband der Deutschen Industrie/Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände/Deutscher Industrie- und Handels-Verbandsrat Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft/Bundesverband Deutscher Banken (im Folgenden: „BDI u. a.“), Gemeinsame Stellungnahme vom 2.4.2004, [www.bdi-online.de/Deutscher\\_Aktiorenklub](http://www.bdi-online.de/Deutscher_Aktiorenklub) (im Folgenden: „DA“), Stellungnahme vom 31.3.2004, [www.das.de/medienarchiv/2-0-04/0401\\_publicationen.htm](http://www.das.de/medienarchiv/2-0-04/0401_publicationen.htm); Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz, Stellungnahme vom 31.3.2004, [www.dsw-info.de/uplpages/media/DSV-Stellungnahme-UMAG.pdf](http://www.dsw-info.de/uplpages/media/DSV-Stellungnahme-UMAG.pdf); *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme zum UMAG, ZIP 2004, 1630

<sup>2</sup> Vom 19.7.2002, BGBl. I, S. 2681.

<sup>3</sup> *RefE*, S. 10; *RegE*, S. 1; „Die geltenden aktenrechtlichen Bestimmungen zur Haftung der Vorstände und Aufsichtsräte bei Pflichtverletzungen im Verhältnis zur Gesellschaft (sog. Innenhaftung) sind sehr streng. Allerdings werden auch offensichtlich berechtigte Ansprüche in gravierenden Fällen oft nicht geltend gemacht.“

<sup>4</sup> Bundesministerium der Justiz, Pressemitteilung vom 28.11.2004, im Internet abrufbar unter [www.bjv.bund.de](http://www.bjv.bund.de). Das Zehn-Punkte-Programm der Bundesregierung zum Thema „Unternehmensintegrität und Anlegerschutz“ vom August 2002 in der überarbeiteten Fassung vom 25.2.2003 ist abgedruckt bei *Selbert*, BB 2003, 893. Auf dem Programm beruht der konkretisierte Maßnahmenkatalog der Bundesregierung zur Stärkung der Unternehmensintegrität und des Anlegerschutzes vom 28.3.2004, im Internet abrufbar unter der Adresse: [www.bmi.bund.de/aktual/index.html](http://www.bmi.bund.de/aktual/index.html).

<sup>5</sup> Vgl. Art. 2 RegE. Ursprünglich war geplant, dass das Gesetz bereits am 1.11.2005 in Kraft tritt (Art. 3 RegE). Das Gesetz soll jedenfalls umgänglich in einer hauptversammlungssamen Zeit in Kraft treten (*RefE*, S. 55; *RegE*, S. 76).

<sup>6</sup> BDI-Hauptgeschäftsführer *Klaus Brünig*, Handelsblatt vom 6.4.2004, S. 32; *coram*, Handelsblatt vom 17.11.2004, S. 35. Vorst. darauf hin, dass kein unmittelbares Bedürfnis für eine weitgehende persönliche Kapitalmarkthaftung bestehe, die BGH-Rechtsprechung zu *Informa*, WM 2004, 1730 habe gezeigt, dass es für vorzüglich fehlerhafte Ad-be-meldungen bereits eine zivilrechtliche Anspruchsmöglichkeit gebe.

<sup>7</sup> Früher: Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger.

<sup>8</sup> *Handelsblat* vom 31.3.2004, S. 25; vom 17.11.2004, S. 35.

<sup>9</sup> *Hoffler*, AktG, 6. Aufl. 2004, § 93 Rdn. 14.

<sup>10</sup> MünchKommBefreiungsSpindler, AktG, Band 3, 2. Aufl. 2004, § 93 Rdn. 19 ff., 82 ff.; zur GmbH siehe OLG Celle NZG 2000, 1178, 1179; OLG Zweibrücken NZG 1993, 508, 507; *Ahrmann*, in: *Rechtswachen*, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 43 Rdn. 3; *Zeller*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 43 Rdn. 7 f.

<sup>11</sup> *Hoffler*, 2. a.O. (Fn. 9), § 93 Rdn. 16; außerdem BGH NJW 1991, 1052, 1053; NJW 1995, 49, 50; *Gregor*, in: *Zeller*, ZPO, 23. Aufl. 2002, vor § 284 Rdn. 14 ff.; *Hartmann*, in: *Baumbach/Leipziger-Albert/Hartmann*, ZPO, 63. Aufl. 2005, Anh. § 286 Rdn. 12.

auszuloten. Mit anderen Worten geht es um die Abgrenzung eines haftungs begründenden Verschuldens vom gerichtlich nicht nachprüfbar unternehmerischen Ermessensspielraum, in dessen Bereich Fehlschläge und Irrtümer bereits nicht den Tatbestand einer Haftung des Vorstands verwirklichen<sup>12</sup>.

Von grundlegender Bedeutung für die Abgrenzung des unternehmerischen Ermessens von der sorgfaltswidrigen Pflichtverletzung ist die BGH-Entscheidung „ARAG/Garmenbeck“<sup>13</sup> aus dem Jahre 1997. In dieser Entscheidung hat der BGH anerkannt, dass dem Vorstand bei der Leitung der Geschäfte ein weites Handlungsspielraum zugebilligt werden muss, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar sei. Dazu gehöre neben dem bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Gefahr von Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen, der jeder Unternehmensleiter ausgesetzt sei, möge er auch noch so verantwortungsbewusst handeln<sup>14</sup>. Insbesondere komme eine Schadensersatzpflicht des Vorstands danach erst in Betracht<sup>15</sup>,

„wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewußtsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältige Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, deutlich überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt worden ist oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muß.“

Der dadurch zum Ausdruck gebrachte unternehmerische Ermessensspielraum des Vorstands ist unverzichtbare Voraussetzung für jede unternehmerische Tätigkeit. Der Vorstand muss auch Geschäfte vornehmen dürfen, die mit einem Risiko behaftet sind, ohne dass bereits in der Vornahme solcher Geschäfte eine unternehmerische Pflichtwidrigkeit oder ein Verschulden zu sehen ist<sup>16</sup>. Um eine Pflichtwidrigkeit anzunehmen, muss daher insbesondere ein Leitungsfehler vorliegen, welcher auch für einen Außenstehenden derart evident ist, dass sich das Vorliegen eines Fehlers förmlich aufdrängt<sup>17</sup>.

Während die Haftungsfreiheit von Irrtümern und Fehlschlägen als solche im Bereich des unternehmerischen Ermessens anerkannt ist, ranken sich zahlreiche Fragen um die justiziable Eingrenzung des unternehmerischen Ermessensspielraums. So wurde zum einen vorgeschlagen, die betriebswirtschaftlichen Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensführung als rechtlich bindende Leitlinie bei der Ausübung des Ermessens anzuwenden<sup>18</sup>. Zum anderen gab es Überlegungen, sich an der aus dem US-amerikanischen Recht stammenden „Business Judgement Rule“ zu orientieren<sup>19</sup>. Demnach haftet der Vorstand nicht, wenn er kein eigenes relevantes Interesse an der Entscheidung hat (*disinterested judgement*), sich zur Vorbereitung einer Entscheidung ausreichend informiert hat (*informed judgement*) und nachvollziehbar nach seiner Überzeugung im besten Interesse des Unternehmens gehandelt hat (*rational belief and good faith*)<sup>20</sup>.

## 2. Zukünftige Rechtslage: Positivierung der „Business Judgement Rule“

### a) Normierung der Abgrenzung zur Pflichtverletzung

Die dargelegten Grundsätze, an welchen sich die Rechtsprechung bei der Abgrenzung des unternehmerischen Ermessensspielraums von der schuldhaften

Sorgfaltspflichtwidrigkeit schon seit der „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung orientiert, will der Gesetzgeber in Zukunft im AktG ausdrücklich normieren. Die Formulierung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG-RegE lautet: „Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen dürfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“

Die vom Gesetzgeber geplante Neufassung der Bestimmung zur Vorstandshaftung basiert ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfes auf dem vorstehend (B.I.1.) skizzierten Vorbild der „Business Judgement Rule“ sowie auf der „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung<sup>21</sup>. Die Neuregelung unterscheidet somit ausdrücklich zwischen fehlgeschlagenen unternehmerischen Entscheidungen einerseits und der Verletzung sonstiger Pflichten (Treuepflichten; Informationspflichten; sonstige allgemeine Gesetzes- und Satzungsverstöße) andererseits. Ein Verstoß gegen die letztere Pflichtengruppe ist von der Bestimmung nicht erfasst. Für sie soll es auch in Zukunft keinen „sicheren Hafen“ geben<sup>22</sup>.

### b) Die Voraussetzungen des Haftungsausschlusstatbestandes

Eine Haftung des Vorstands für unternehmerische Entscheidungen soll unter den Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG-RegE ausgeschlossen sein. Dies bedeutet im Einzelnen:

#### aa) Unternehmerische Entscheidung

Von dem Haftungsausschluss werden allein unternehmerische Entscheidungen erfasst<sup>23</sup>. Diese sind in-

<sup>12</sup> Henze, NJW 1999, 3309, 3310. Abgesehen von der Inanspruchnahme kann der Aufsichtsrat weitere Konsequenzen daraus ziehen, dass dem Vorstand seines Erachtens das nötige Gespür für eine erfolgreiche Führung des Unternehmens fehlt. Er kann beratende Gespräche mit dem Vorstand führen und eine einvernehmliche Lösung anzustreben versuchen; er kann die Erstattung zusätzlicher Berichte nach § 89 Abs. 3 Satz 1 AktG verlangen oder einen Zustimmungsvorbehalt im Sinne des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG anordnen; er kann schließlich auf die Ablösung des Vorstandes gemäß § 54 Abs. 3 Satz 1 und 2 AktG hinwirken, s. Henze, a.a.O.

<sup>13</sup> BGHZ 135, 244 = WM 1997, 970 = WuB II A. § 111 AktG 1.97 Reiser = NJW 1997, 1926; aus der umfangreichen Literatur dazu siehe insbesondere Dreher, JZ 1997, 1074; Geiz, NJW 1997, 3275; Henze, NJW 1998, 3309; Horn, ZIP 1997, 1129; Süßner, ZHR 1999, 58; Thümmel, DB 1997, 1117; Ulmer, ZHR 1999, 290; Winter, ZIP 2002, 1.

<sup>14</sup> BGHZ 135, 245, 253 = WM 1997, 970, 973 = WuB II A. § 111 AktG 1.97 Reiser = NJW 1997, 1926, 1927 re. Sp.

<sup>15</sup> BGHZ 135, 245, 253 = WM 1997, 970, 973 = WuB II A. § 111 AktG 1.97 Reiser = NJW 1997, 1926, 1928.

<sup>16</sup> MünchKommHefereform/Spindler, a.a.O. (Fn. 10), § 93 Rdn. 24; Inrig, WM 2004, 2058 ff. mit weiteren Nachw.

<sup>17</sup> Siehe MünchKommHefereform/Spindler, a.a.O. (Fn. 10), § 93 Rdn. 24 mit zahlreichen Nachw.

<sup>18</sup> Kort, in: Grobkornmentar zum AktG, 4. Aufl. 2002, vor § 76 Rdn. 12.

<sup>19</sup> Dazu Becker, Vorwahrungskontrolle durch Gesellschaftsrechte, 1997, S. 263 ff.; Fleischer, Festschr. Wiedemann, 2002, S. 827, 833 ff.; ders., ZIP 2004, Henze, NJW 1998, 3309, 3310 f.; Lutter, GmbHR 2000, 301, 308; Scheffler/Messling, NZG 1999, 441, 444; Witte/Hrubesch, BB 2004, 725, 727 f. jeweils mit weiteren Nachw.

<sup>20</sup> MünchKommHefereform/Spindler, a.a.O. (Fn. 10), § 93 Rdn. 33; Kort, a.a.O. (Fn. 18), § 76 Rdn. 5 f.; Paetzgen, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe, 2002, passim; Ulmer, DB 2004, 858, 860 f.

<sup>21</sup> RegE, S. 22; siehe bereits ReE, S. 17 a.E.

<sup>22</sup> RegE, S. 21 f.; ReE, S. 17; unzutreffend daher insoweit BDI u. a., a.a.O. (Fn. 1), S. 1 f., wonach die Abgrenzung zwischen ermessensspielraumhaften Geschäftsführungsmaßnahmen und anderen Pflichtverletzungen deutlicher werden müsse.

<sup>23</sup> Zweifelhaft BDI u. a., a.a.O. (Fn. 1), S. 7, die vorschlagen, den bisher nicht definierten Begriff der „unternehmerischen Entscheidung“ durch den bekannten Begriff „Geschäftsführungsmaßnahmen“ zu ersetzen; ebenso DAI, a.a.O. (Fn. 1), S. 2; denn dabei bestünde die Gefahr, dass auch nicht-unternehmerische, also Verwaltungsmaßnahmen erfasst würden. Für diese sollte die bisherige Haftungsfreiheit jedoch gerade nicht gelten.

folge ihrer Zukunftsbezogenheit durch Prognosen und Einschätzungen charakterisiert und dadurch von Pflichten aus dem Gesetz, der Satzung oder dem Anstellungsvertrag abzugrenzen<sup>21</sup>. Bei den letztgenannten Pflichten besteht kein Ermessensspielraum<sup>22</sup>.

#### bb) Handeln zum Wohle der Gesellschaft

Die unternehmerische Maßnahme, welche der Vorstand vornimmt, muss dem Wohle der Gesellschaft dienen. Dazu muss sie insbesondere der langfristigen Ertragsstärkung sowie der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens und seiner Produkte oder Dienstleistungen dienen. Sie muss unbeeinträchtigt von Interessenkonflikten und ohne unmittelbaren Eigennutz sein<sup>23</sup>. Diese Abgrenzung ist nach dem Wortlaut nahezu unmöglich. Denn eine unternehmerische Handlung, die frei von jeglichen Interessenkonflikten ist, ist schlechthin nicht denkbar. Richtig wäre vielmehr zu formulieren, dass sich der Geschäftsleiter bei der Vornahme der Handlung im Fall einer möglichen Kollision mit eigenen Interessen zugunsten des Unternehmens entscheidet<sup>24</sup>.

Ob das Handeln dem Wohl des Unternehmens diene, bestimmt sich auch zukünftig aufgrund einer ex-ante-Betrachtung im Zeitpunkt der Vorbereitung und Vornahme der Handlung. Denn eine ex-post-Betrachtung würde dazu führen, dass in Fällen eines Fehlschlagens – allein diese Fälle sind im Zusammenhang mit der Haftung von Vorstandsmitgliedern von Relevanz – stets ein Schadensersatzanspruch bestünde<sup>25</sup>.

#### cc) Handeln auf der Grundlage angemessener Information

Unternehmerische Entscheidungen sind nicht denkbar ohne Instinkt, Erfahrung, Phantasie und ein Gespür für künftige Entwicklungen. Hinzu kommt ein Gefühl für die Märkte sowie die Reaktion der Abnehmer und Konkurrenten. Um aber spontane Entscheidungen aus dem Bauch heraus zu erschweren, wird von dem Geschäftsleiter verlangt, dass er sich „angemessen“ informiert. Unter welchen Voraussetzungen dies der Fall ist, bleibt indessen weitgehend offen<sup>26</sup>. Deshalb muss der Geschäftsleiter seinen Informationsbedarf selbst einschätzen. Faktoren bei der Einschätzung des Informationsbedarfs sind der Zeitverlauf, das Gewicht und die Art der zu treffenden Entscheidung sowie „anerkannte betriebswirtschaftliche Verhaltensmaßstäbe“<sup>27</sup>. Jedoch soll keineswegs darauf gezielt werden, dass durch routinemäßiges Einholen von Sachverständigenurteilen, Beratervoten oder externen Marktanalysen eine rein formale Absicherung stattfindet. Zudem beurteile sich das individuell angemessene Informationsniveau bei jedem einzelnen Vorstandsmitglied ressortabhängig<sup>28</sup>.

Nicht nur wegen der Konturlosigkeit dieser Begriffe<sup>29</sup> wird der Geschäftsleiter im Unklaren gelassen, in welchem Maße er sich informieren muss. Bedenken bestehen gegen diese Regelung vor allem, weil betriebswirtschaftliche und damit aus rechtlicher Sicht fachfremde Begriffe zur Interpretation juristischer Verhaltensregeln herangezogen sind. Dies führt insbesondere dann zu Problemen, wenn Vorstandsentscheidungen, was immer öfter der Fall ist, einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich gemacht werden. Jedoch dürfte es häufig schwierig sein, von reinen Juristen das gerüttelte Maß an betriebswirtschaftlicher Kenntnis und praktischer Erfahrung zu erwarten, die notwendig ist, um

die neue Bestimmung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG-RegE rechtsfehlerfrei anzuwenden. Auch werden die Verhältnisse auf den Kopf gestellt, wenn sich Rechtspflichten aus der Betriebswirtschaft ergeben sollen. Allen Beteiligten ist vielmehr dann geholfen, wenn betriebswirtschaftliche Verhaltensweisen innerhalb der vom Recht gezogenen Grenzen stattfinden müssen<sup>30</sup>.

#### dd) Handeln „vernünftigerweise“

Eine Pflichtverletzung ist schließlich nur dann ausgeschlossen, wenn der Vorstand vernünftigerweise (im Referentenentwurf lautete die Formulierung noch: „ohne grobe Fahrlässigkeit“) annehmen durfte, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. In der Gesetzesbegründung findet sich dazu die sybillinische Erläuterung<sup>31</sup>: „Das Merkmal der ‚Annahme‘ zwingt zu einem Perspektivwechsel in der Beurteilung, die Voraussetzungen der Entscheidungsfindung sind also aus der Sicht des betreffenden Organs zu beurteilen. Diese Sichtweise wird durch das ‚annehmen dürfen‘ begrenzt und objektiviert.“

Dabei übernimmt der Regierungsentwurf bewusst nicht das Kriterium der „groben Fahrlässigkeit“ aus dem Referentenentwurf, gegen das – zu Recht – geltend gemacht worden ist, dass es eine Vermengung von Pflichten- und Sorgfaltsmaßstab bedeiute hätte<sup>32</sup>. Letztlich geht es bei dieser Voraussetzung darum, ob der Handelnde selbst an die Richtigkeit seiner Entscheidung glaubte<sup>33</sup>. Da dies jedoch schwerlich festzustellen sein wird – kein Handelnder wird erklären, an die Richtigkeit seiner Entscheidung nicht geglaubt zu haben –, dürfte auch die Feststellung dieses Tatbestandsmerkmals mit Schwierigkeiten verbunden sein, wenn man es ernst nimmt.

<sup>21</sup> So beispielsweise von der Verpflichtung, die Geschäftsernung für den Vorstand und eine daran erhaltene vorherige Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats zu einer bestimmten Maßnahme zu beachten.

<sup>22</sup> RegE, S. 22; siehe auch *Hauschka*, ZfP 2004, 65, 66.

<sup>23</sup> RegE, S. 22 f.

<sup>24</sup> In diese Richtung nannte RegE, S. 23: „Anderer mög der Fall ausnahmsweise zu beurteilen sein, wenn das Organmitglied zuvor den Interessenkonflikt offengelegt hat (...) und unter diesen Umständen die Annahme, gleichwohl zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, vernünftig und nachvollziehbar erscheint“.

<sup>25</sup> RegE, S. 23; ReffE, S. 16.

<sup>26</sup> *Bilchak* DfL, a.a.O. (Fn. 1), S. 2: „Wichtig erscheint es (...), dass insbesondere der Begriff ‚angemessene Information‘ soweit wie möglich mit Leben gefüllt wird“; wenig hilfreich ist angesichts der bestehenden anderen Maßstabstufen (der Hinweis im RegE, S. 23: „Das Gesetz möchte den Maß zum unternehmerischen Risiko nicht nehmen, zugleich aber Unbegonnenheit und Leichtsinn auf Kosten der Kapitalgeber und der Arbeitnehmer keinen Vorschub leisten“).

<sup>27</sup> RegE, S. 24; wegen der Organisationspflicht des Vorstands zu weitgehend DfL, a.a.O. (Fn. 1), S. 3, wonach weitere Gesichtspunkte angesprochen werden sollen; es könne, z. B. hergestellt werden, dass sich ein Vorstandsmitglied oft auf die wesentlichen Informationen und die zu diesem Zweck von seinen Mitarbeitern vorbereiteten Unterlagen verlassen muss“.

<sup>28</sup> RegE, S. 24; ausführlich *Kozi*, DB 2004, 1653, 1654; außerdem *ibid.*, WM 2004, 2026, 2105.

<sup>29</sup> So bereits Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz, a.a.O. (Fn. 1), S. 2; siehe auch *BDU* u. a., a.a.O. (Fn. 1), S. 7 f., die eine Konkretisierung im Gesetztext wünschen. „Sollte der Gesetzgeber in dieser Form verabschiedet werden, so würde dies den Standard Deutschland erheblich attraktiver machen, ist doch die derzeitige Rechtslage eine Ursache dafür, dass Umstrukturierungen, Investitionen und sonstige Transaktionen scheitern“ (*Wuth*, BB 2004, 449, 451).

<sup>30</sup> Ebenso ist Zurückhaltung geboten, wenn Juristen wirtschaftliche Bewertungen anstellen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn Feststellungen der Art getroffen werden: „Sollte der Gesetzgeber in dieser Form verabschiedet werden, so würde dies den Standard Deutschland erheblich attraktiver machen, ist doch die derzeitige Rechtslage eine Ursache dafür, dass Umstrukturierungen, Investitionen und sonstige Transaktionen scheitern“ (*Wuth*, BB 2004, 449, 451).

<sup>31</sup> RegE, S. 22; plakativ ReffE, S. 16: „Die ‚Annahme‘ ist ein subjektives Tatbestandsmerkmal, welches durch das ‚annehmen dürfen‘ objektiviert wird.“

<sup>32</sup> RegE, S. 22.

<sup>33</sup> *Fleischer*, ZfP 2004, 695, 691.

## c) Stellungnahme

Fragwürdig erscheint der Zweck der Neuregelung. Die Bundesregierung wollte mit Blick auf die ebenfalls vorgesehene Verschärfung des Verfolgungsrechts einer Aktionärsminorität (dazu sogleich unter B.II.2.) klarstellen, dass es keine Erfolgshaftung der Organmitglieder gegenüber der Gesellschaft gibt, wenn im Rahmen des unternehmerischen Ermessens ein zur Inanspruchnahme führender Fehler angenommen werden soll<sup>37</sup>. Dies suggeriert bei unbefangener Betrachtung eine Einschränkung der Haftung des Geschäftsleiters als Kompensation dafür, dass die Möglichkeiten einer Inanspruchnahme durch die Gesellschaft auf Betreiben einer Aktionärsminorität verschärft werden.

In der Tat war ursprünglich eine Einschränkung der Haftung in Form der Einführung von Haftungshöchstgrenzen erwogen worden<sup>38</sup>. Dies hätte vielleicht eine Kompensation für die Erleichterung der Inanspruchnahme gebracht. Der Gedanke wurde jedoch fallen gelassen. Damit ändert sich an der Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern durch die Neuregelung letztlich nichts<sup>39</sup>. Es wird auch dabei bleiben, dass die Darlegungs- und Beweislast für die Anwendung der Sorgfalt und für die Voraussetzungen des Haftungsausschlusses beim Geschäftsleiter verbleibt (§ 93 Abs. 2 Satz 2 AktG)<sup>40</sup>. Die Formulierung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG-RegE, wonach eine Pflichtverletzung ausscheidet, wenn „auf der Grundlage angemessener Informationen“ gehandelt wurde, dürfte jedoch den Dokumentationsaufwand in den Unternehmen erheblich erhöhen<sup>41</sup>.

Letztlich normiert die Änderung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG nur das, was die Gerichte bei der Beurteilung der Sorgfaltspflichtverletzung bereits in der Vergangenheit zugrunde legten. Der Gesetzgeber versucht nun, den Gerichten auf der Basis betriebswirtschaftlicher Grundsätze Anhaltspunkte zu geben, die jedoch erhebliche Kenntnisse der praktischen Unternehmensführung erfordern. Hinzu kommt, dass schon die notwendig nachträglich vorzunehmende ex-ante-Betrachtung des urteilenden Gerichts nur schwerlich darstellbar ist. Schwierig ist es außerdem, klarzumachen, welche Beweggründe insgesamt eine unternehmerische Maßnahme bedingten. Dies wird auch in einem Prozess nur unvollständig begreiflich zu machen sein. Andererseits muss es den Geschäftsleitern auch in Zukunft möglich sein, sich auf unternehmerische Risiken einzulassen, ohne Gefahr zu laufen, im Falle eines Misserfolgs unmittelbar in die persönliche (unbeschränkte!) Haftung zu geraten.

Bei allen Schwierigkeiten, die auch in Zukunft die Bewertung unternehmerischer Entscheidungen durch Dritte, insbesondere durch ein Gericht mit sich bringt, wird man in keinem Fall umhinkommen, sich bei der Auslegung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG-RegE an dessen Teilbestandsmerkmalen zu orientieren. Die von verschiedenen Autoren unter Bezugnahme auf das Merkmal „Good faith“ der „Business Judgement Rule“ in die Bestimmung hineininterpretierte Voraussetzung der „Gutgläubigkeit“<sup>42</sup> lässt sich jedenfalls nicht dem Wortlaut der Bestimmung entnehmen.

Es bedarf schließlich kaum des Hinweises, dass die Klarstellung, dass für Fehlschläge und Irrtümer im Bereich des unternehmerischen Ermessens keine Haftung des Geschäftsleiters besteht, über die Verweisung in § 116 AktG auch für die Mitglieder des Aufsichtsrats gelten wird. Auch insofern bleibt es bei der bislang ohnehin geltenden Rechtslage. Die Orientierung der Nor-

mierung an der „Business Judgement Rule“ im Aktienrecht führt außerdem zu keinen Änderungen bei den bislang schon für die Haftung des GmbH-Geschäftsführers gemäß § 43 GmbHG geltenden Grundsätzen. Auch hier ist anerkannt, dass dem Geschäftsführer ein unternehmerischer Ermessensspielraum zuzubilligen ist. Die Grundsätze aus der Entscheidung „ARAG/Garmenbeck“ wurden schon in der Vergangenheit auf die Geschäftsführerhaftung in der GmbH übertragen<sup>43</sup>.

## II. Durchsetzung der Ansprüche gegen Organmitglieder

## 1. Bisherige Rechtslage

## a) Prüfung der Durchsetzbarkeit der Ersatzansprüche durch den Aufsichtsrat

Besteht ein materiell-rechtlicher Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder (§ 93 Abs. 1 und 2 AktG) oder gegen Aufsichtsratsmitglieder (§ 93 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 116 AktG)<sup>44</sup>, so wird die Gesellschaft bei deren Geltendmachung vom Aufsichtsrat oder Vorstand vertreten (§§ 78, 112 AktG). Allerdings besteht hierbei in der Regel die Gefahr, dass das Gesellschaftsinteresse hinter das eigene Interesse zurücktritt. Denn die Organe, die für die Gesellschaft handeln, sind möglicherweise selbst ebenfalls ersatzpflichtig<sup>45</sup> oder dem Ersatzpflichtigen kollektiv verbunden<sup>46</sup> oder müssen damit rechnen, dass im Prozess auch sie selbst belastende Tatsachen bekannt werden<sup>47</sup>. Spätestens seit der BGH-Entscheidung „ARAG/Garmenbeck“<sup>48</sup> steht jedoch fest, dass der Aufsichtsrat, falls er bei einer Prüfung möglicher Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen ein Vorstandsmitglied zu dem Ergebnis kommt, dass sich der

<sup>37</sup> RegE, S. 21; RefE, S. 17.

<sup>38</sup> So etwa Bundesregierung, Maßnahmenkatalog zur Stärkung der Unternehmensintegrität und des Anlegerschutzes vom 25.2.2003 (a.a.O. Fn. 4), unter 1.

<sup>39</sup> Zutreffend BDI u. a., a.a.O. (Fn. 1), S. 7: „[...] fragt sich, welchen Erkenntnisgewinn die vorgeschlagene Formulierung gegenüber dem geltenden deutschen Recht bringt“; a.A. DAL, a.a.O. (Fn. 1), S. 2, das begründet, dass Rechtssicherheit geschaffen werde.

<sup>40</sup> Darauf weist der RegE, S. 24, - allerdings ohne Bezugnahme auf § 93 Abs. 2 AktG - hin. A.A. DAL, a.a.O. (Fn. 1), S. 2: „Es wäre zu überlegen, ob aufgrund des angestrebten ‚sicheren Hafens‘ nicht auch auf die vorgeschlagene Beweislastumkehr zugunsten des Vorstandsmitglieds verzichtet werden sollte, da ein solcher Entlastungsbevorzug häufig mit besonderen Risiken behaftet ist.“

<sup>41</sup> Deutsche Schlichtervereinigung für Wertpapierbesitz, a.a.O. (Fn. 1), S. 2 f. Parallel dazu räumt die Bundesregierung (RegE, S. 2 f.) ein, die „Verbesserung des haftungsrechtlichen Verfahrens“ könne zu höheren Kosten für Organversicherungen führen, obwohl es im Kern um Ansprüche im nicht-versicherbaren Bereich (Unredlichkeiten) geht; zudem sei eine Auswirkung des Gesetzentwurfes auf Einzelpreise, Preisniveau und Verbraucherpreisniveau nicht zu erwarten.

<sup>42</sup> RegE, S. 22; etwa auch Hauschke, ZRP 2004, 65, 66 f.; Fieischer, ZIP 2004, 685, 690.

<sup>43</sup> Altmeyer, a.a.O. (Fn. 10), § 43 Rdn. 8; Schneider, in: Scholz, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 43 Rdn. 70 ff.; Zöfner, a.a.O. (Fn. 10), § 43 Rdn. 19, jeweils mit weiteren Nachw. Zur (Außen-)Haftung des Geschäftsführers der GmbH siehe im Übrigen Dreier, Die Verkehrspflichthaftung des Geschäftsführers der GmbH, 2002, passim.

<sup>44</sup> Der haftungsrelevante Sachverhalt ist gegebenenfalls durch eine Sonderprüfung gemäß § 142 AktG zu ermitteln (dazu Hüffer, a.a.O. (Fn. 9), § 142 Rdn. 1, 4 ff.; MünchKommSchR, AktG, Band 4, 2. Aufl. 2004, § 142 Rdn. 1 ff.).

<sup>45</sup> Das ist beispielsweise der Fall, wenn der Aufsichtsrat den Vorstand im Zusammenhang mit einer zum Schaden des Unternehmens führenden Maßnahme nicht genügend überwacht hat.

<sup>46</sup> Aufgrund der noch immer herrschenden Praxis in Deutschland, dass pensionierte Vorstandsmitglieder in den Aufsichtsrat wechseln, ist dies in der Regel der Fall. Zur Zuständigkeit in diesem Fall Brauer/Dreier, NZG 2003, 57, 59.

<sup>47</sup> Diskmann/Leuering, NZG 2004, 249; Hüffer, a.a.O. (Fn. 9), § 147 Rdn. 1; ebenso RegE, S. 42.

<sup>48</sup> BGHZ 135, 244 = WM 1997, 970 = WuB II A, § 111 AktG 1.97 Häser = NJW 1997, 1926.

Vorstand schadenersatzpflichtig gemacht hat, aufgrund einer Risikoanalyse abschätzen muss, ob und in welchem Umfang die gerichtliche Geltendmachung zu einem Ausgleich des entstandenen Schadens führen kann. Dies erfordert zum einen die Feststellung des zum Schadensersatz verpflichtenden Tatbestandes in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht. Zum anderen bedarf es einer Analyse des Prozessrisikos und der Beitreibbarkeit der Forderung unter Berücksichtigung des dem Vorstand zustehenden Handlungsspielraums<sup>60</sup>.

Maßgeblich für das weitere Vorgehen des Aufsichtsrates ist, ob die Aktiengesellschaft nach einer sorgfältigen und sachgerechten Prozessrisikoanalyse durchsetzbare Schadensersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder hat. Es genügt, wenn diese der Gesellschaft „voraussichtlich“ zustehen. Der BGH hat ausdrücklich festgestellt, dass insoweit nach Lage der Dinge keine Gewissheit verlangt werden kann, dass die Schadensersatzklage zum Erfolg führen wird<sup>61</sup>.

Auf der nächsten Stufe stellt sich die Frage, ob der Aufsichtsrat trotz Bestehens der Ansprüche gegen Vorstandsmitglieder ausnahmsweise von der Verfolgung des Anspruchs und damit einer Wiedergutmachung des der Gesellschaft entstandenen Schadens absehen kann. In der Regel hat der Aufsichtsrat diese Ansprüche zu verfolgen<sup>62</sup>. Er darf davon jedoch absehen, wenn gewichtige Gründe des Gesellschaftswohls dagegen sprechen und diese Umstände die Gründe, die für eine Rechtsverfolgung sprechen, überwiegen oder ihnen zumindest gleichwertig sind<sup>63</sup>. Diese abstrakten Aussagen hat der BGH durch Beispiele konkretisiert. Von Bedeutung sind etwa negative Auswirkungen der Anspruchsverfolgung auf die Geschäftstätigkeit und das Ansehen der Gesellschaft in der Öffentlichkeit, die Behinderung der Vorstandsarbeit und eine Beeinträchtigung des Betriebsklimas. Anderen Gesichtspunkten als denen des Unternehmenswohls, etwa der Schonung eines verdienten Vorstandsmitglieds oder dem Ausmaß der mit der Beitreibung für das Vorstandsmitglied und seine Familie verbundenen sozialen Konsequenzen, darf der Aufsichtsrat dagegen nur in Ausnahmefällen Raum geben. Ein solcher Ausnahmefall soll beispielsweise vorliegen, wenn einerseits das pflichtwidrige Verhalten nicht allzu schwerwiegend ist und die der Gesellschaft zugefügten Schäden verhältnismäßig gering sind und andererseits einschneidende Folgen für das ersatzpflichtig gewordene Vorstandsmitglied drohen<sup>64</sup>. Diese Beispiele machen das Verhältnis von Regel (Verfolgung des Ersatzanspruchs) und Ausnahme (Absehen davon) anschaulich<sup>65</sup>. Nur innerhalb dieser engen Grenzen hat der Aufsichtsrat ein Ermessensmaß, das erst dann einsetzt, nachdem die gegeneinander abzuwägenden Umstände festgestellt worden sind<sup>66</sup>.

## b) Geltendmachung der Ersatzansprüche

### aa) Geltendmachung durch den Aufsichtsrat

Damit nicht zum Nachteil der Gesellschaft - und damit zu Lasten der Aktionäre - von der Anspruchsdurchsetzung abgesehen wird, sieht § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG derzeit vor, dass der Aufsichtsrat in jedem Fall die Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen ihre Vorstandsmitglieder geltend machen muss, wenn die Hauptversammlung dies mit einfacher Stimmenmehrheit beschließt oder eine Aktionärsmehrheit, deren Anteile zusammen 10% des Grundkapitals erreichen, dies ver-

langt. In diesem Fall soll der Anspruch binnen sechs Monaten, gerechnet ab dem Tag der Hauptversammlung, geltend gemacht werden (§ 147 Abs. 1 Satz 4 AktG). Die Geltendmachung umfasst insbesondere die Erhebung einer Klage oder das Erwirken eines Mahnbesehens. Die Verabsäumung der Frist begründet wiederum eine Ersatzpflicht, wenn die Gesellschaft dadurch beispielsweise Zinsschäden erleidet<sup>67</sup>.

### bb) Geltendmachung durch besondere Vertreter

Anstatt dem Aufsichtsrat die Geltendmachung des Ersatzanspruches zu überlassen, kann die Hauptversammlung besondere Vertreter bestellen, die den Ersatzanspruch der Gesellschaft geltend machen (§ 147 Abs. 2 Satz 1 AktG). Sie haben innerhalb ihres Aufgabenkreises die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates und verdrängen diesen insoweit<sup>68</sup>.

Außerdem besteht die Möglichkeit der Bestellung besonderer Vertreter durch das Gericht, um eine umfassende Verfolgung der Ansprüche der Gesellschaft sicherzustellen (§ 147 Abs. 2 Satz 2 AktG). Das Gericht des Gesellschaftssitzes ist auf Antrag der Hauptversammlung oder einer Aktionärsmehrheit, die zusammen mit 10% oder 1 000 000,- € am Grundkapital beteiligt ist, verpflichtet, einen oder mehreren besondere Vertreter zu bestellen. Voraussetzung dafür ist, dass dies dem Gericht zweckmäßig erscheint. Zugleich werden durch die gerichtlich bestellten besonderen Vertreter sowohl der Vorstand als auch der Aufsichtsrat, aber auch die von der Hauptversammlung bestellten Vertreter von der Verfolgung der Gesellschaftsansprüche ausgeschlossen<sup>69</sup>.

Schließlich besteht seit 1998 die Möglichkeit, dass das Gericht einen besonderen Vertreter bestellt, wenn der Aufsichtsrat den Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder trotz Hauptversammlungsbeschluss oder Verlangen einer Aktionärsmehrheit von 10% des Grundkapitals nicht geltend macht (§ 147 Abs. 3 Satz 1 AktG<sup>70</sup>). Hierfür genügt der Antrag einer Aktionärsmehrheit, die zusammen lediglich mit 5% oder 500 000,- € am Grundkapital beteiligt ist. Die insoweit erleichterte Bestellung besonderer Vertreter setzt andererseits voraus, dass Tatsachen den dringenden Verdacht rechtfertigen, dass der Gesellschaft durch Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung Schaden zugefügt wurde (§ 147 Abs. 3 Satz 1, 2. Halbs. AktG). Der gerichtlich bestellte Vertreter hat den Ersatzanspruch nicht in jedem Fall geltend zu machen. Vielmehr ist er dazu nur verpflichtet,

<sup>60</sup> BGHZ 135, 244, 253 = WM 1997, 970, 973 = WuB II A, § 111 AktG 1, 97 *Hasser* = NJW 1997, 1926, 1927.

<sup>61</sup> BGHZ 135, 244, 254 = WM 1997, 970, 973 = WuB II A, § 111 AktG 1, 97 *Reiser* = NJW 1997, 1926, 1928.

<sup>62</sup> BGHZ 135, 244, 254 ff. = BGH WM 1997, 970, 973 f. = WuB II A, § 111 AktG 1, 97 *Reiser* = NJW 1997, 1926, 1928.

<sup>63</sup> BGHZ 135, 244, 245 = BGH WM 1997, 970 = WuB II A, § 111 AktG 1, 97 *Reiser* = NJW 1997, 1926.

<sup>64</sup> BGHZ 135, 244, 256 = BGH WM 1997, 970, 974 = WuB II A, § 111 AktG 1, 97 *Reiser* = NJW 1997, 1926, 1928.

<sup>65</sup> BGHZ 135, 244, 255 = BGH WM 1997, 970, 974 = WuB II A, § 111 AktG 1, 97 *Reiser* = NJW 1997, 1926, 1928; vorher schon *Hasser*, NJW 1995, 562, 563; *Jaeger*, WfB 1997, 10, 15.

<sup>66</sup> BGHZ 135, 244, 254 ff. = BGH WM 1997, 970, 974 = WuB II A, § 111 AktG 1, 97 *Reiser* = NJW 1997, 1926, 1928.

<sup>67</sup> *Höller*, a.a.O. (Fn. 9), § 147 Rdn. 5; *MünchKommSchR*, a.a.O. (Fn. 44), § 147 Rdn. 36 f.

<sup>68</sup> *Höller*, a.a.O. (Fn. 9), § 147 Rdn. 6; *MünchKommSchR*, a.a.O. (Fn. 44), § 147 Rdn. 44.

<sup>69</sup> *Höller*, a.a.O. (Fn. 9), § 147 Rdn. 7.

<sup>70</sup> Eingeführt durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG, BGBl. 1998 I, S. 786).

soweit er aufgrund einer pflichtgemäßen Beurteilung die hinreichende Erfolgsaussicht der Rechtsverfolgung bejaht (§ 147 Abs. 3 Satz 3 AktG). Der besondere Vertreter prüft die Erfolgsaussichten abschließend und in eigener Verantwortung. Letztlich kann die den Antrag stellende Minderheit nicht erreichen, dass die Ansprüche der Gesellschaft in jedem Fall geltend gemacht werden müssen<sup>91</sup>.

## 2. Zukünftige Rechtslage

### a) § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG-RegE

§ 147 Abs. 1 Satz 1 AktG soll durch das UMAG so geändert werden, dass für die Durchsetzung von Ersatzansprüchen gegen Organmitglieder in jedem Fall ein Beschluss der Hauptversammlung erforderlich ist. Auf das Verlangen einer Minderheit, die zusammen 10% des Grundkapitals hält, kommt es in Zukunft nicht mehr an.

### b) Abschaffung des § 147 Abs. 3 AktG

Die erleichterte Bestellung besonderer Vertreter gemäß § 147 Abs. 3 AktG, welche erst 1998 in das AktG eingefügt wurde, soll nun wieder völlig abgeschafft werden. An ihre Stelle soll ein neues Klagezulassungsverfahren treten, das in § 148 AktG-RegE geregelt wird (dazu sogleich unter c). Der Gesetzgeber begründet die geplante Abschaffung des § 147 Abs. 3 AktG nur wenige Jahre nach seiner Einführung und die Schaffung eines neuen Klagezulassungsverfahrens nach § 148 AktG-RegE damit, dass der Erlass des § 147 Abs. 3 AktG im Jahr 1998 unter den damaligen Umständen das maximal Erreichbare gewesen sei. Dennoch sei die Diskussion zur Organhaftung auch nach dem Inkrafttreten des KonTraG nicht zur Ruhe gekommen. Mit der Änderung des § 147 AktG und der Einführung des neuen § 148 AktG wird das System der Verfolgungsrechte der Minderheit neu geregelt. Damit soll nach Ansicht des Gesetzgebers der Tatsache Rechnung getragen werden, dass sich in dieser Frage seit Inkrafttreten des KonTraG „unter dem Eindruck der Übertreibungen und Skandale an den Aktienmärkten in den Jahren 1999 und 2000“ ein grundlegender Stimmungswandel vollzogen hat, der durch die kritischen Stimmen im Schrifttum und nicht zuletzt durch die Empfehlungen der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 63. Deutschen Juristentages im Jahr 2000 dokumentiert wird. Ersatzansprüche sollen künftig unter erleichterten Voraussetzungen verfolgt werden können. Die Hindernisse, welche die bisherige Regelung der Durchsetzbarkeit von Ersatzansprüchen durch eine Minderheit in den Weg stellte, und die falschen Anreize, die sie vermittelte, sollen soweit wie möglich beseitigt werden. Zugleich soll der Gefahr missbräuchlicher Klagen vorgebeugt werden. Schließlich sei auch nicht bekannt geworden, dass die Neuregelung des Minderheitsrechts durch das KonTraG von der Praxis angenommen worden wäre<sup>92</sup>.

### c) Einführung eines Klagezulassungsverfahrens (§ 148 AktG-RegE)

#### aa) Zweck des Klagezulassungsverfahrens

Im Gegenzug zur Abschaffung des § 147 Abs. 3 AktG wird ein neues Klagezulassungsverfahren einge-

führt (§ 148 AktG-RegE). Demnach können Aktionäre, deren Anteile zusammen lediglich 1% des Grundkapitals oder einen Börsenwert von 100 000,- € erreichen, beantragen, in einem Folgeverfahren im eigenen Namen die Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder geltend zu machen. Die Aktionäre erheben also im eigenen Namen Klage auf Leistung an die Gesellschaft (§ 148 Abs. 3 Satz 2 AktG-RegE). Daher handelt es sich um einen gesetzlich geregelten Fall der Prozessstandschaft in Gestalt einer *actio pro socio*<sup>93</sup>.

Mit dem Begriff Börsenwert ist der nach Umsätzen gewichtete durchschnittliche Börsenkurs der Aktien während der letzten drei Monate vor Antragstellung gemeint (§§ 148 Abs. 1 Satz 1, 142 Abs. 2 Satz 2 AktG-RegE)<sup>94</sup>. Dieser niedrige Schwellenwert wird von Aktionärsvertretern verständlicherweise sehr positiv aufgenommen<sup>95</sup>. Dagegen stellt er nach Ansicht des Bundesverbands der Deutschen Industrie ein „gefundenes Fressen für Klägeranwälte“ dar<sup>96</sup>. Jedenfalls ist damit zu rechnen, dass die Zahl der in die Wege geleiteten Verfahren in Zukunft deutlich steigen wird. Bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften, für die freilich kein Börsenkurs ermittelt werden kann, soll dagegen allein die prozentuale Schwelle von 1% des Grundkapitals gelten<sup>97</sup>.

Gibt das Gericht dem Zulassungsantrag statt, so können der bzw. die Kläger die Schadensersatzklage gegen die Vorstandsmitglieder auf Leistung an die Gesellschaft innerhalb von drei Monaten ab Zustellung der Zulassungsentscheidung erheben (§ 148 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 AktG-RegE).

Der Schwellenwert soll Klagen verhindern, die auf wenige Aktien gestützt sind und bei denen „der Grund und die Motivation (...) jedenfalls nicht aus der wirtschaftlichen Beteiligung an der Gesellschaft hergeleitet werden kann“<sup>98</sup>. Damit sind Klagen gemeint, die aus Gründen der Eitelkeit oder vorrangig zum Zweck eines Vergleichsabschlusses erhoben werden. Widersprüchlich erscheint diese Zielsetzung des Gesetzgebers jedoch vor dem Hintergrund, dass andererseits die Quotenregelung in Verbindung mit der Einführung des Aktionärsforums den Aktionären die Möglichkeit gibt, untereinander zu kommunizieren und durch Zusammenschluss eine Minderheit von wirtschaftlichem Gewicht zu bilden<sup>99</sup>. Während also der einzelne rechts-

<sup>91</sup> Vgl. *Thümmel*, DR 1997, 261, 263 f.

<sup>92</sup> RegE, S. 41 ff.

<sup>93</sup> Siehe zur *Dobmann/Leusong*, 147G 2004, 249, 250 mit zahlreichen Nachw.

<sup>94</sup> Der RegE, S. 44, verweist bezüglich des durchschnittlichen Börsenkurses auf die Ermittlung der Gegenleistung für Übernahmeangebote und Pflichtangebote gemäß § 5 WpÜG-Angebotsverordnung in Verbindung mit §§ 148 Abs. 1 Satz 1, 142 Abs. 2 Satz 2 AktG-RegE, § 31 Abs. 7 WpÜG. Demnach werden die gewichteten durchschnittlichen tagesweisen Börsenkurse täglich fortlaufend auf der Internetseite der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin, [www.bafin.de](http://www.bafin.de)) veröffentlicht. Maßgeblicher Börsenwert soll das Produkt aus der Anzahl der von den handelnden Aktionären gehaltenen Aktien und dem von der BaFin für diese Aktien berechneten und veröffentlichten Börsenkurs sein, jeweils bezogen auf das Tag der Antragstellung durch die Aktionäre. In der Praxis dürfte dieses einfach klingende Verfahren jedoch die klageerfüllenden Aktionäre vor nicht unerheblichen Hürden stellen. Denn die einschlägige Datenbank der BaFin ist bislang nur auf Umwegen zu erreichen: Der Internetbenutzer muss zunächst auf die Startseite der BaFin gehen ([www.bafin.de](http://www.bafin.de)), weiter über „Datenbanken & Statistiken“ - „Datenbanken“ - „Gehhe zu ... Marktpreise gemäß Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz“ - „Recht zu den Mindestpreisen“, um schließlich nach die Wertpapierkennnummer einzugeben. Eine Vereinfachung des Verfahrens ist insofern in Aussicht gestellt. Vor, danken für diesen Hinweis der Deutschen Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz.

<sup>95</sup> Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz, a.a.O. (Fn. 1), S. 11. Handeltblatt vom 6.4.2004, S. 26.

<sup>96</sup> RegE, S. 44 f. Dort befindet sich auch die Erläuterung, dass für Gesellschaften, die an ausländischen Finanzplätzen notiert sind, die Vorschriften des § 6 WpÜG-Angebotsverordnung gelten.

<sup>97</sup> RegE, S. 44.

<sup>98</sup> RegE, S. 45 f.

missbräuchlich agierende Kleinaktionär nicht soll klagen können, bleibt es ihm auch in Zukunft unbenommen, sich mit Gleichgesinnten zusammenzuschließen.

Der Zusammenschluss von Kleinaktionären zum Zweck der Klageerhebung wird in Zukunft durch die Zuhilfenahme eines Aktionärsforums im Internet erleichtert. Dort kann jeder Aktionär andere Aktionäre auffordern, gemeinsam oder in Vertretung einen Antrag oder ein Verlangen nach dem AktG zu stellen oder in einer Hauptversammlung das Stimmrecht ausüben. Technisch wird dies so ablaufen, dass der elektronische Bundesanzeiger seine Internet-Plattform zur Verfügung stellt. Diese soll nach den Planungen der Bundesregierung künftig in ein deutsches Unternehmensregister einbezogen werden<sup>60</sup>. Dort können alle Unternehmensinformationen einschließlich solcher Aktionärsaufforderungen „zentral von überall her und von jedermann“ eingesehen werden<sup>61</sup>. Allerdings hat der Aktionär keinen Anspruch gegen den elektronischen Bundesanzeiger auf Veröffentlichung seiner Aufforderung. Vielmehr ist er erst nach Abschluss eines Vertrages mit dem elektronischen Bundesanzeiger berechtigt, seine Aufforderung zu veröffentlichen<sup>62</sup>.

Die Schaffung einer zentralen Basis für Aufforderungen zur Klage verträgt sich allerdings nicht mit dem Bestreben, „missbräuchliche“ Aktionärsklagen zu verhindern. In Verbindung mit der auf einen Börsenwert von 100 000,- € herabgesetzten Schwelle zur Geltendmachung von Haftungsansprüchen (§ 148 Abs. 1 Satz 1 AktG-RegE) könnte die Einführung des Aktionärsforums ein neues Feld für Klagen so genannter räuberischer Aktionäre eröffnen<sup>63</sup>. Zweckmäßiger gewesen wäre es, sofern es überhaupt eines solchen Forums bedürfen sollte<sup>64</sup>, die Veröffentlichungen auf den Internetseiten der jeweiligen Gesellschaft durchzuführen. Die von der Bundesregierung angegebene Begründung, die Veröffentlichung auf der Internetseite der Gesellschaft würde zusätzliches Konfliktpotential schaffen<sup>65</sup>, überzeugt nicht<sup>66</sup>. Denn dann könnte man genauso gut Mitteilungen von Gegenanträgen für die Hauptversammlung (§ 126 Abs. 1 AktG) oder die Bekanntmachung der Erhebung einer Anfechtungsklage in den Gesellschaftsblättern (§ 246 Abs. 4 AktG) von der Gesellschaft auslagern<sup>67</sup>. Sollte die Kommunikation zwischen den Aktionären mithilfe des elektronischen Bundesanzeigers tatsächlich möglich werden, so ist diese Kommunikationsplattform in der Zukunft schließlich noch deutlich benutzerfreundlicher zu gestalten<sup>68</sup>.

#### bb) Voraussetzungen des Klagezulassungsverfahrens

Die Zulassung der Klage hängt von vier Voraussetzungen ab (§ 148 Abs. 1 Satz 2 AktG-RegE). Diese werden im Folgenden dargestellt.

##### (1) Aktienwerb vor Kenntniserlangung vom Pflichtverstoß

Erste Voraussetzung ist, dass die klagenden Aktionäre ihre Aktien vor dem Zeitpunkt erworben haben, in dem sie von den beanstandeten Pflichtverstößen aufgrund einer Veröffentlichung Kenntnis erlangen mussten (§ 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG-RegE). Damit will der Gesetzgeber sicherstellen, dass solche Aktionäre als Antragsteller ausscheiden, die ihre Aktien in Kenntnis des möglichen Pflichtverstoßes und damit im Zwei-

fel zu Zwecken missbräuchlicher Klageerhebung nur kurzfristig erworben haben<sup>69</sup>.

Offen bleibt indessen, wie der Antragsteller seine Nichtkenntnis als Zulassungsvoraussetzung glaubhaft machen soll<sup>70</sup>. Durch Urkunden kann dies jedenfalls nicht geschehen. Vorzugswürdig erscheint es, insoweit einen schlüssigen Sachvortrag ausreichen zu lassen<sup>71</sup>. Nach den Vorstellungen der Bundesregierung wird der Antragsgegner in dem Verfahren darauf achten, dass der früheste Veröffentlichungszeitpunkt in das Verfahren eingeführt wird<sup>72</sup>. Gemeint sind damit Veröffentlichungen in breiten Medien, der Wirtschaftspresse oder weit verbreiteten Online-Diensten. Ist ein Vorgang in dieser Weise bekannt gemacht, muss die Minderheit nachweisen, dass sie die Aktien schon vorher besaß, oder vortragen und beweisen, dass sie trotzdem keine Kenntnis erlangen konnte. Dabei kommt es auf jeden einzelnen Aktionär der antragstellenden Minderheit an. Angesichts der Vielzahl an Publikationen besteht indessen für jeden einzelnen Aktionär die Gefahr, dass er eine (unbedeutende) Veröffentlichung nicht kennt und sein Antrag aufgrund dessen abgewiesen wird. Ansonsten bleibt der Aktionär mit seiner Klage hinsichtlich aller Pflichtverstöße ausgeschlossen, welche der Vorstand vor seinem Aktienwerb begangen hat<sup>73</sup>. Unbeantwortet bleibt bislang die weitere Frage, wie es sich hinsichtlich der Zulassungsschwelle von 100 000 € und dem Erfordernis der Unkenntnis vom Pflichtverstoß des Vorstands vor Aktienwerb im Falle eines Aktionärs verhält, der vor dem Pflichtverstoß nur wenige Aktien hatte, aber nach dem Pflichtverstoß des Vorstandsmitglieds seinen Besitz so erhöhte, dass er nunmehr das erforderliche Quorum erreicht.

##### (2) Erfolgreiche Fristsetzung

Zweitens müssen die den Antrag stellenden Aktionäre vorher der Gesellschaft erfolglos eine angemessene Frist zur Klageerhebung gesetzt haben (§ 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG-RegE). Dadurch kommt der subsidiäre Charakter des Verfolgungsrechts der Minderheit

<sup>60</sup> Die Schaffung eines zentralen deutschen Unternehmensregisters wurde 2004 in der Vergangenheit angekündigt. Mit einer Veröffentlichung dieses Vorhabens ist zurzeit jedoch nicht zu rechnen (Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz, a.a.O. (Fn. 1), S. 6).

<sup>61</sup> RegE, S. 32.

<sup>62</sup> RegE, S. 33.

<sup>63</sup> So auch DfW, a.a.O. (Fn. 1), S. 11.

<sup>64</sup> Mit beachtlichen Argumenten dagegen bangt etwa die BfW u. a., a.a.O. (Fn. 1), S. 11 f. Denn die Gefahr missbräuchlicher Aktionärsklagen steigt erheblich. Ferner könne die Gesellschaft bereits durch die Aufforderung zur Teilnahme an einem Begehren über das Internet-Forum in ihrem Image geschädigt werden. Außerdem sei die Gesellschaft unzureichend vor belästigenden, gesellschaftsschädigenden oder gar missbräuchlichen Inhalten geschützt.

<sup>65</sup> RegE, S. 34.

<sup>66</sup> Nach Ansicht des Bundesverbandes der Deutschen Industrie stellt die Nutzung des elektronischen Bundesanzeigers für private Initiativen zur Diskussion von Aktionärsklagen „fast eine Aufforderung“ für vom Börsenkerz entauschte Aktionäre dar, leichtfertig zu klagen (Handelsblat vom 6.4.2004, S. 33).

<sup>67</sup> In diesem Sinne bereits DfW, a.a.O. (Fn. 1), S. 7.

<sup>68</sup> Vgl. die Beispiele bei Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz, a.a.O. (Fn. 1), S. 6.

<sup>69</sup> RegE, S. 48.

<sup>70</sup> Ähnlich BfW u. a., a.a.O. (Fn. 1), S. 10, die die Gefahr sehen, dass der Aktionär behauptet, er habe von einer Tatsache erst deutlich nach der Veröffentlichung dieser Tatsache Kenntnis erlangt, beispielsweise wegen einer längeren Urlaubsdauer oder Krankheit.

<sup>71</sup> So auch Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz, a.a.O. (Fn. 1), S. 13.

<sup>72</sup> RegE, S. 48.

<sup>73</sup> Dies begründet Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz, a.a.O. (Fn. 1), S. 12 f. „Kein Aktionär soll sich in ein Klagericht einkaufen können ( ) er wird schließlich nicht zum Kauf der Aktie gezwungen.“

zum Ausdruck. Die zuständigen Gesellschaftsorgane sollen zunächst selbst darüber entscheiden, ob die verpflichtete Person zur Verantwortung gezogen werden soll oder nicht. Angemessen ist eine Frist von zwei Monaten. Da jedoch für die Frist nach Ansicht der Bundesregierung „die allgemeinen Regeln“ gelten, soll zum Beispiel die Fristsetzung bei eindeutiger Erklärung der Gesellschaft, nicht Klage erheben zu wollen, nach dem Rechtsgedanken des § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich sein<sup>52</sup>.

Für den Fall, dass sich die Gesellschaft innerhalb der ihr gesetzten Frist nicht zu einer Klageerhebung entscheidet, ist dies für die Gesellschaft unschädlich. Sie kann auch zu einem späteren Zeitpunkt Klage erheben. Die Sanktion dieser Fristversäumung soll lediglich darin bestehen, dass die Gesellschaft der Aktionärsminderheit die dieser zwischenzeitlich entstandenen Kosten zu erstatten hat<sup>53</sup>. Auf diese Weise hat die Gesellschaft die Möglichkeit, zunächst die Erhebung der Klage durch die Aktionärsminderheit zu beobachten. Bei Bedenken gegen die Klage der Aktionärsminderheit hat die Gesellschaft die Möglichkeit, die Aktionärsklage nachträglich unzulässig werden zu lassen. Hier sind Zweifel angebracht, ob diese Befugnis der Gesellschaft nach der Absicht des Gesetzgebers entspricht, effektiven Minderheitenschutz zu verwirklichen.

### (3) Verdacht der Unredlichkeit oder einer groben Rechtsverletzung

Drittens müssen Tatsachen den Verdacht rechtfertigen, dass der Gesellschaft durch Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung ein Schaden entstanden ist (§ 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG-RegE). Demnach darf das Gericht dem Antrag auf Klagezulassung nur stattgeben, wenn für die Klage hinterzogene Erfolgsaussichten bestehen. Diese Zulassungsvoraussetzung ersetzt die gegenwärtige Regelung des § 147 Abs. 3 Satz 1 AktG, welche ersatzlos gestrichen werden soll<sup>54</sup>.

An der neuen Bestimmung wurde zu Recht kritisiert, dass sie zu einem Wertungswiderspruch zu § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG-RegE führt<sup>55</sup>. Denn im Zusammenhang mit der letztgenannten Norm wurde ausdrücklich klar gestellt, dass es bei einem Verstoß des Vorstands gegen Gesetz oder Satzung in keinem Fall einen „sicheren Hafen“ geben soll. Daher soll der Vorstand bei solchen Verstößen immer haften. Dementsprechend darf das Zulassungsverfahren für Aktionärsklagen aber nicht lediglich auf grobe Rechtsverstöße von Vorstandsmitgliedern beschränkt sein. Es ist daher nicht sinnvoll, beim Klagezulassungsverfahren wegen Verstößen gegen Gesetz oder Satzung nach dem Verschuldensgrad zu differenzieren<sup>56</sup>.

### (4) Keine Überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls

Viertens dürfen der Geltendmachung von Ersatzansprüchen keine überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen (§ 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AktG-RegE). Hierin unterscheidet sich die Regelung von dem Urteil im Fall „ARAG/Garmenbeck“, wo der BGH ausdrücklich von gewichtigen Gründen sprach<sup>57</sup>. Die Neuregelung soll zum Ausdruck bringen, dass eine Haftungsklage bei Vorliegen der Voraussetzungen der Nrn. 1-3 in aller Regel zuzulassen ist; die Bestimmung soll beispielsweise „mehrfache, nicht Neues beitragen-

de Klagen“ verhindern<sup>58</sup>. Jedoch bleibt im Dunkeln, ob damit weitere Kläger gemeint sind, die inhaltlich identische Klagen erheben und damit abgehalten werden sollen. Demgegenüber will der Gesetzgeber gerade auch Aktionären mit geringer Beteiligung die Klageerhebung ermöglichen, indem sie sich zusammenschließen. Mit der kryptischen Formulierung könnte aber auch der Fall gemeint sein, dass derselbe Kläger mehrmals nacheinander Klage erhebt. Dieser Fall ist indes für die Praxis wenig relevant<sup>59</sup>.

### cc) Subsidiarität

Wegen der Pflicht für die klagenden Aktionäre, der Gesellschaft selbst eine Frist zur Klageerhebung gegen die Organmitglieder zu setzen, ist das Verfahren gemäß § 148 AktG-RegE lediglich subsidiär im Verhältnis zur Klage der Gesellschaft gegen ihre Organmitglieder. Sobald das Gericht dem Antrag im Klagezulassungsverfahren stattgibt, können die Aktionäre binnen drei Monaten nach Zustellung der Entscheidung Klage erheben (§ 148 Abs. 3 Satz 1 AktG-RegE). Bei genauer Betrachtung handelt es sich nicht um ein zweistufiges<sup>60</sup>, sondern um ein dreistufiges Verfahren. Dieses besteht in der ersten Stufe aus der außergerichtlichen Aufforderung an die Gesellschaft, selbst Klage zu erheben, verbunden mit der Setzung einer angemessenen Frist (§ 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG-RegE). Die zweite Stufe umfasst das gerichtliche Klagezulassungsverfahren (§ 148 Abs. 1 AktG-RegE). Erst in der dritten Stufe findet die Klage der Aktionärsminderheit gegen die Gesellschaft im Wege der *actio pro socio* statt.

### cd) Kostentragung beim Zulassungsverfahren

Wird der Antrag abgewiesen, haben die Antragsteller die Kosten des Klagezulassungsverfahrens zu tragen. Dagegen sind bei einer Stattgabe die Verfahrenskosten selbst im Fall der späteren Klageabweisung grundsätzlich von der beklagten Gesellschaft zu tragen

<sup>52</sup> RegE, S. 46 f.

<sup>53</sup> RegE, S. 47. Nicht nachvollziehbar ist allerdings die Festsetzung im RegE, S. 51, dass mit der späteren Klageerhebung durch die Gesellschaft selbst das Rechtsschutzinteresse entfällt und die Minderheit „nur recht Begehrter nach dem Verbot der §§ 65 Abs. 2, 66 WvGO“ sei. Vielmehr sind die Möglichkeiten, welche die ZPO zur Verfügung stellt, einschlägig und einschließend. Der Rückgriff auf die WvGO in diesem Zusammenhang ist erstaunlich.

<sup>54</sup> RegE, S. 47.

<sup>55</sup> Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz, a.o. (Fn. 1), S. 14 f. Istreffend § 147 a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG-RegE.

<sup>56</sup> A.A. RegE, S. 47: „Die Minderheit kann also auch bei offensichtlichen und ohne Zweifel feststehenden leichten und leichtem Verletzungen des Gesetzes oder der Satzung mit Schadensfolge eine Klagezulassung verlangen. In solchen Fällen soll eine kleine Minderheit der schweigenden oder anders denkenden Mehrheit ihren Verfolgungswunsch nicht aufzuringen können“ - zweifelhaft.

<sup>57</sup> BGHZ 135, 244, 245 = WM 1997, 970 (a. Sp.) = WvB II A, § 111 AktG 1, 87 Rzgr = NJW 1997, 1926; mit Recht kritisch *Meßke/Hessl*, DB 2004, 1479, 1482.

<sup>58</sup> RegE, S. 36; unklar ist, warum sich der RegE, insbesondere S. 46 ff., nicht zu § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AktG-RegE äußert.

<sup>59</sup> Die Verfasser des RegE hatten bei dieser Regelung offenbar den Fall der subjektiven Klagehäufung vor Augen. Ist aber erst einmal eine Klage zugelassen, so ist für eine zweite, dritte usw. stets zu fragen, ob der Klagehäufung nicht überlegende Gründe des Gemeinwohls entgegenstehen, und das weit - wie die amtliche Begründung ausführt - der Fall z.B., wenn die weitere Klage nicht ganz neue Informationen, andere Informationsquellen oder eine wesentlich bessere und vertrauenswürdigere aktuelle Vertretung nachweisen kann als die erste. Es darf nicht vergessen werden: (...) (Es geht nicht um die Verfolgung individueller Ansprüche der Aktionäre, sondern um einen Anspruch der Gesellschaft, also um einen einzigen Streitgegenstand“ (Sabert/Schütz, ZIP 2004, 252, 253 (a. Sp.).

<sup>60</sup> So aber RegE, S. 43.



(§ 149 Abs. 5 Satz 1 und 5 AktG-RegE)<sup>52</sup>. Nicht erstattungsfähig sind dagegen die Kosten für die Aufforderung im Aktionärsforum des elektronischen Bundesanzeigers (so aber noch § 127a Abs. 2 AktG-RegE)<sup>53</sup>. Nur wenn ausnahmsweise die Kläger die Klagezulassung vorsätzlich oder durch (prob) fahrlässig unrichtigen Vortrag erwirkt haben, fallen ihnen die Kosten ebenfalls anheim (§ 148 Abs. 5 Satz 5 2. Halbs. AktG-RegE).

Die letztgenannte Ausnahme dürfte wohl rein theoretischer Natur bleiben. Regelmäßig wurden Aktionäre in der Vergangenheit nicht durch eine drohende Kostentragungspflicht davon abgehalten, bislang als missbräuchlich bewertete Klagen zu erheben. Im Widerspruch zu dieser abschabaren Folge stehen die Bekundungen der Bundesregierung. Danach deutet die Zulassung der Klage nach summarischer Prüfung darauf hin, dass die Klageerhebung im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft liegt. Daher erscheine es angemessen, der Gesellschaft nicht nur den Klageerfolg zugute kommen zu lassen, sondern sie auch mit dem Risiko des Prozessverlustes zu belasten. Allein zu dem Zweck, Fohlanreize wie etwa ein „kostenloses“ Ausloten der Erfolgsaussichten zu vermeiden, sollen Kläger nicht die Schwelle des Zulassungsverfahrens durch fahrlässig oder vorsätzlich falschen, aufgebauschten, sensationell aufgemachten oder frei erfundenen Sachverhalt überspringen und damit in den anschließenden Genuss der Kostenersatzung im Hauptverfahren kommen<sup>54</sup>.

#### e) Verfahrensbeendigung durch Vergleich

In der Vergangenheit war zu beobachten, dass Verfahren von Aktionären gegen die Gesellschaft angeht oder erhoben wurden, um auf dem Wege von Vergleichen das Verfahren - aus Gesellschaftersicht schnell und aus Klägersicht lakrativ - zu beenden. So kam es vor, dass Gesellschaftsorgane ihnen lästige Kläger durch die Zahlung hoher Vergleichssummen zum Schweigen brachten. In der Regel vereinbarten die Parteien Stillschweigen über den Inhalt der Vergleichsvereinbarung. Es liegt auf der Hand, dass auf diese Weise zu Lasten der Gesellschaft häufig (unangemessen) hohe Beträge an einzelne Aktionäre gezahlt wurden.

Ebenso wie bei Anfechtungsklagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse (§ 248a AktG-RegE) soll der Vorstand einer börsennotierten Gesellschaft in Zukunft verpflichtet sein, jede Beendigung von Haftungsprozessen - also insbesondere die Beendigung durch Vergleich - bekannt zu machen (§ 149 Abs. 1 AktG-RegE)<sup>55</sup>. Dasselbe gilt für Vereinbarungen, die im Vorteil zur Vermeidung eines Prozesses geschlossen werden (§ 149 Abs. 3 AktG-RegE)<sup>56</sup>. Die Verfahrensbeendigung muss in den Geschäftsblättern und im Bundesanzeiger veröffentlicht werden (§ 25 AktG).

Die Bekanntmachung ist mit umfangreichen Angaben zu versehen, insbesondere mit allen Nebenabreden im vollständigen Wortlaut und den Namen der Beteiligten. Etwaige Leistungen der Gesellschaft sind gesondert zu beschreiben<sup>57</sup>. Unklar ist, ob außerdem der Aktienbesitz der Beteiligten anzugeben ist. Diese Verpflichtung war in § 147 a Abs. 4 Satz 2 AktG-RegE ursprünglich vorgesehen. Demgegenüber nennt § 149 Abs. 2 AktG-RegE dieses Erfordernis nicht mehr. Deshalb handelt es sich bei dem Hinweis in der Regierungrückmeldung, es sei die Anzahl der Aktien bekannt zu machen, die jeder Anfechtungskläger hält<sup>58</sup>, um ein Redaktionsversehen. Die Angabe der Anzahl der Aktien ist daher in Zukunft nicht erforderlich.

Um auf die vollständige Bekanntmachung hinzuwirken, erhält sie den Charakter einer Wirksamkeitsvoraussetzung für alle Leistungen der Gesellschaft und in ihrem Interesse handelnder Dritter. Folglich bleiben alle Leistungspflichten der Gesellschaft ohne vollständige Bekanntmachung rechtlich nicht durchsetzbar. Dessen ungeachtet behalten verfahrensbeendende Prozesshandlungen ihre Wirksamkeit<sup>59</sup>.

Von dieser neuen Publizierungspflicht verspricht man sich eine abschreckende Wirkung auf „missbräuchliche“ Haftungsklagen und auf Vergleichsleistungen, die eine verbotene Einlagenrückgewähr darstellen<sup>60</sup>. Im Dunkeln bleibt allerdings, worauf sich die abschreckende Wirkung der Publizierungspflicht stützt. Womöglich geht das Bundesministerium der Justiz von einer Art Prangerwirkung aus, weil alle Einzelheiten der in dem Vergleich getroffenen Vereinbarung dargestellt werden müssen<sup>61</sup>.

Denkbar wäre nun, dass die Gesellschaft, vertreten durch den Aufsichtsrat (§ 112 AktG), mit dem Schadensersatzkläger einen Vergleich schließt, in dem sich der Kläger zur Rücknahme der Haftungsklage verpflichtet, während die Gesellschaft den Vergleich nicht in den Geschäftsblättern bekannt macht und im Bundesanzeiger einrücken lässt (§ 25 AktG). Denn das Unterlassen der Publizierung berührt nicht die Wirksamkeit des Vergleichs als den Prozess beendende Handlung (§ 149 Abs. 2 Satz 4 AktG-RegE). Dadurch könnte die Gesellschaft im Ergebnis verhindern, dass die im Vergleich begründeten Ansprüche der Anfechtungsklägers gegen die Gesellschaft zivilrechtlich wirksam werden. Um einer solchen bewussten Verschleierung bei den Bekanntmachungen entgegenzuwirken, ist die Publizierungspflicht des Vorstandes gemäß § 149 Abs. 1 AktG-RegE als individueller Anspruch des einzelnen Anfechtungsklägers gegen die Gesellschaft ausgestaltet<sup>62</sup>.

Abgesehen von der Publizierung des Vergleichs in den Geschäftsblättern und dem Bundesanzeiger war im Referentenentwurf eine Pflicht des Vorstandes vorgesehen, der Hauptversammlung über die Verfahrensbeendigung mit allen wesentlichen Umständen zu berichten (§ 147a Abs. 4 Satz 7 AktG-RegE). Diese Berichtspflicht war im Unterschied zur Publizierungspflicht keine Voraussetzung für die Wirksamkeit des Vergleichs. Ihr kam deshalb eine geringere Bedeutung

<sup>52</sup> Krüger (2014), a. a. O. (Fn. 1), S. 19, die mit Recht auf das Risiko hinweisen, dass Haftungsklagen wegen der Kostenregelung in Verbindung mit der Absenkung des Quorums „Phanda für Rechtswahrer“ werden könnten.

<sup>53</sup> Zu weitgehend Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz, a. a. O. (Fn. 1), S. 6, wonach die Erstattungspflicht bereits eintritt, wenn der Aktionär, der die Aufforderung inliefert hat, das Quorum erreicht.

<sup>54</sup> RegE, S. 51, grundsätzlich zustimmend DAt, a. a. O. (Fn. 1), S. 12.

<sup>55</sup> Zustimmung zu dieser Regelung Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz, a. a. O. (Fn. 1), S. 23. BDI u. a., a. a. O. (Fn. 1), S. 25. Bei der nicht bürokratisierten, kleinen AG gibt es andere Kommunikationskanäle, so dass in diesem Fall die Informationen im geschlossenen Geschäftskreis bleiben können (RegE, S. 52).

<sup>56</sup> Dazu insbesondere Medelke/Heeser, DB 2004, 1479, 1486 f.

<sup>57</sup> § 149 Abs. 2 Satz 2 AktG-RegE verlangt, dass die Leistungen der Gesellschaft „zu beschreiben und hervorzuheben“ sind; bei dieser Formulierung dürfte es sich jedoch um einen Planzirkus handeln (zuletzt Diermann/Leisering, NZG 2004, 249, 250, Fn. 23).

<sup>58</sup> RegE, S. 55.

<sup>59</sup> Dadurch sollen Umgehungen der Verneinung vermieden werden (Scholz, DB 2004, 419, 426).

<sup>60</sup> RegE, S. 53.

<sup>61</sup> RegE, S. 53 f.; Jörn, BB 2005, S. 10 vermutet eine Ablehnung an den Grundgedanken der Geldwäschebekämpfung insbesondere bei der Raubschifferei (nämlich die Aufdeckung der Finanzströme soll potentielle Täter um ihre Beute bringen).

<sup>62</sup> RegE, S. 54; nach Diermann/Leisering, NZG 2004, 249, 251 m. Sp., soll außerdem das Registergericht in entsprechender Anwendung von § 407 Abs. 1 Satz 1 AktG-RegE befugt sein, den Vorstand durch Festsetzung eines Zwangsgeldes zur Bekanntmachung anzuhalten.

zu<sup>162</sup>. Aus diesem Grund statuiert § 149 AktG-RegE keine Berichtspflicht des Vorstandes mehr. Jedoch ist es den Aktionären unbenommen, ergänzende Fragen zu den Hintergründen und zum Zustandekommen des Vergleiches auf der folgenden Hauptversammlung zu stellen<sup>163</sup>.

Im Ergebnis bleiben Zweifel an der Effizienz der neuen Regelung. Beachtlich ist vor allem der gegen den Sinn der Publizierungspflicht vorgebrachte Einwand<sup>164</sup>, dass es Vergleiche der in § 149 AktG-RegE genannten Art praktisch nicht gibt. Dies liegt an den Beschränkungen des § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG, der - entgegen den Vorschlägen der Regierungskommission Corporate Governance - nicht geändert werden soll. Demnach ist ein Vergleich erst wirksam, wenn die Mehrheit der Hauptversammlung seinem Inhalt zugestimmt hat. Das ist frühestens drei Jahre nach Anspruchsentstehung möglich. Außerdem darf nicht eine Aktionärsminorität von mindestens 10% des Grundkapitals widersprochen haben. Bei Publikumsgesellschaften sind diese Hürden kaum zu überwinden. In der Praxis verhindert deshalb § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG bei Aktiengesellschaften häufig die Erledigung von Managerhaftungsansprüchen im Vergleichswege

### C. Zusammenfassung

Durch den Versuch der Normierung der „Business Judgement Rule“ im Rahmen der Voraussetzungen der

Vorstandshaftung werden sich in der Praxis kaum Änderungen ergeben. Letztlich bleiben sowohl die Anspruchsvoraussetzungen als auch die Voraussetzungen für den Entlastungsbeweis des Vorstands unverändert bestehen. Die Neuregelung hat allenfalls die Wirkung, dass den Unternehmensleitern stärker als bisher deutlich wird, dass sie die Findung einer unternehmerischen Entscheidung dokumentieren müssen. Diese Dokumentation ist erforderlich, um Dritten, insbesondere auch einem Gericht, durch die Vorlage möglichst umfassender Dokumentation nachweisen zu können, dass die Entscheidung ausreichend vorbereitet und durchdacht war.

Die Herabsetzung der Schwelle für die Klagebefugnis von Aktionären, einhergehend mit der Möglichkeit, sich über den elektronischen Bundesanzeiger zu sammeln, wird in der ersten Zeit nach Inkrafttreten der Neuregelung voraussichtlich zum Versuch einer Prozessflut führen. Je nachdem, wie großzügig oder restriktiv die Gerichte dann die Zulassungsvoraussetzungen anwenden, wird sich erweisen, ob die Vorstände ihre Entscheidungen noch öfter vor Gerichten rechtfertigen müssen.

<sup>162</sup> RegE, S. 51.

<sup>163</sup> Zutreffend RegE, S. 53.

<sup>164</sup> Siehe bereits *Thimmel*, DB 2004, 471, 474, dem folgend nunmehr RegE, S. 53, wonach der Schwerpunkt der Wirkung eher bei den Anfechtungsklagen als bei den Haftungsklagen liegt.

## Rechtsprechung

Ein Kontoauszug, der ohne jeden weiteren Hinweis als „neuen Kontostand“ einen Betrag ausweist, in dem zwar bereits gebuchte, aber noch nicht wertgestellte Zahlungseingänge enthalten sind, ist irreführend, denn er lässt nicht erkennen, dass der Kunde über den noch nicht wertgestellten Zahlungseingang nicht zinsfrei verfügen kann.

BGB §§ 676f, 676g  
UWG § 3

O L G Celle, Urteil vom 16. Juni 2004  
(3 U 38/04)\*

### Aus den Gründen

#### A.

Der Kläger ist der Dachverband der 16 Verbraucherzentralen und weiterer verbraucherorientierter Organisationen in Deutschland. Er verlangt von der Beklagten die Unterlassung der Verwendung von - seiner Auffassung nach - irreführenden Kontoauszugsvordrucken, die auf der Vorderseite links die Spalten „Buchungstag“ und „Tag der Wertstellung“ enthalten und in denen rechts unten in einem optisch hervorgehobenen Feld der „neue Kontostand“ wiedergegeben wird. Der in jenem Feld ausgewiesene Betrag enthält auch solche Gutschriften, die im Zeitpunkt des Kontoausdrucks zwar gebucht, aber noch nicht wertgestellt sind.

Der Kläger hält die verwendeten Formulare für irreführend, da den Kunden der Beklagten Guthaben mitgeteilt würden, über die sie im Zeitpunkt des Konto-

ausdrucks gegebenenfalls nicht zinsfrei verfügen könnten. Die Differenzierung zwischen Buchungs- und Wertstellungstag sei nicht ausreichend, um eine Irreführung zu verhindern.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und zur Begründung ausgeführt, die Gestaltung der Kontoauszüge mache die Diskrepanz zwischen dem Kontoguthaben und dem zinsfrei verfügbaren Betrag nicht hinreichend deutlich.

Mit ihrer Berufung erstrebt die Beklagte die Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung und die Abweisung der Klage. Sie vertritt die Auffassung, sie erfülle mit dem Kontoauszug in der vorliegenden Form in plausibler und nicht zu beanstandender Weise ihre Auskunftspflicht gegenüber ihren Kunden. Durch die Wiedergabe von Wertstellungsdatum und Buchungstag werde klar und eindeutig auf die spätere Wertstellung hingewiesen; die im Kontoauszug enthaltenen Angaben seien klar und eindeutig und versetzten den Kunden in die Lage, den Betrag, über den er jeweils zinsfrei verfügen könne, zu ermitteln. Vorsorglich weist die Beklagte darauf hin, dass die - bei richtigen Angaben notwendigerweise erhöhte - Quote irreführender Kunden jedenfalls ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht festzustellen sei. Schließlich handele sie nicht in Wettbewerbsabsicht: Die von ihr verwendete Form der Kontoauszüge entspreche derjenigen anderer konkurrierender Bankunternehmen.

#### B.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.