

Die Aktionärsklage nach § 148 AktG – Status quo und Reform

Dirk A. Verse*

I. Einführung: Peter Ulmer als Wegbereiter der Aktionärsklage nach § 148 AktG

Ende der 1990er Jahre machte sich *Peter Ulmer* auf, um in den USA das Funktionieren der *shareholders' derivative action*, also der abgeleiteten Aktionärsklage, zu studieren. Das Ergebnis dieses Forschungsaufenthalts war ein Referat *Ulmers* auf der ZHR-Tagung 1999 mit dem Titel „Die Aktionärsklage als Instrument zur Kontrolle des Vorstands- und Aufsichtsratshandelns“.¹ Seine Kernthese war ebenso klar wie dezidiert: Vor dem Hintergrund der US-amerikanischen Erfahrungen sollte auch in Deutschland – freilich mit einigen wichtigen Adaptionen – ein Aktionärsklagerecht eingeführt werden, das es Minderheitsaktionären ermöglicht, im Wege der Prozessstandschaft (d.h. aus abgeleitetem Recht der AG) Organhaftungsansprüche gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder im eigenen Namen auf Leistung an die Gesellschaft einzuklagen.

Erklärtes Ziel dieses Vorstoßes von *Peter Ulmer* war die Effektivierung der Durchsetzung der Organhaftung, um diese „aus ihrem bisherigen Dornröschenschlaf zu wecken und ihr dadurch zugleich Abschreckungsfunktion zu verleihen“.² Der II. Zivilsenat des BGH hatte zwar erst zwei Jahre zuvor (1997) in seiner berühmten *ARAG/Garmenbeck*-Entscheidung die Aufsichtsratsmitglieder eindringlich an ihre Pflicht erinnert, das Bestehen von möglichen Schadensersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder zu prüfen und voraussichtlich bestehende Ansprüche auch durchzusetzen, sofern nicht ausnahmsweise zumindest gleichwertige Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen.³ Angesichts der verbleibenden Spielräume für den Aufsichtsrat im Rahmen der Interessenabwägung war *Peter Ulmer* aber skeptisch, ob diese Entscheidung für sich allein – also ohne Flankierung durch eine wirksame Aktionärsklagemöglichkeit – wirklich zu einer spürbar effektiveren Rechts-

* Dr. iur., M. Jur. (Oxford), Professor an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Direktor des Instituts für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht. Für engagierte Unterstützung und Diskussionsbereitschaft sei den Herren wiss. Mit. *Lennart Babel* und *Jonas Cornelsen* auch an dieser Stelle herzlich gedankt.

1 *Ulmer*, ZHR 163 (1999) 290.

2 *Ulmer*, ZHR 163 (1999) 290, 318 ff.

3 BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926.

durchsetzung führen würde.⁴ Und die seinerzeit geltenden Verfolgungsrechte nach § 147 AktG a.F., nach denen eine Aktionärsminorität ab einem Quorum von 10 %⁵ bzw. (bei dringendem Verdacht einer Unredlichkeit oder groben Gesetzes- oder Satzungsverletzung) 5 % des Grundkapitals⁶ die gerichtliche Bestellung eines besonderen Vertreters für die Anspruchsverfolgung beantragen konnte, hielt er wie viele andere auch für ineffektiv;⁷ von ihnen wurde in der Tat kaum Gebrauch gemacht.⁸

Nun wäre *Peter Ulmer* nicht *Peter Ulmer* gewesen, wenn er es dabei belassen hätte, sein Reformkonzept nur grob zu umreißen. Seinem ZHR-Referat legte er vielmehr einen ausgefeilten Gesetzesvorschlag bei,⁹ der sich als überaus einflussreich erweisen sollte. Schon ein Jahr später griff der Deutsche Juristentag, vorbereitet durch ein zustimmendes Gutachten von *Theodor Baums*¹⁰ und ein gleichfalls zustimmendes Referat von *Karsten Schmidt*,¹¹ den Vorschlag auf und empfahl dem Gesetzgeber die Einführung einer Regelung, die in allen wesentlichen Eckpunkten dem Vorschlag *Ulmers* entsprach.¹²

Gestützt auf diese Empfehlung des Juristentags¹³ und eine gleichlautende Empfehlung der Regierungskommission Corporate Governance¹⁴ entschied sich der Gesetzgeber 2005 dazu, im UMAG die bisherigen Verfolgungsrechte der Minorität tatsächlich durch ein neues Aktionärsklagerecht – geregelt in § 148 AktG – zu ersetzen. Legt man diese bis heute im Wesentlichen unveränderte Vorschrift neben den ursprünglichen Vorschlag von *Peter Ulmer*, zeigen sich so deutliche Ähnlichkeiten, dass heutzutage jede Plagiatssoftware an-

-
- 4 *Ulmer*, ZHR 163 (1999) 290, 296 f.
 - 5 § 147 Abs. 1 und Abs. 2 AktG in der bis zum Inkrafttreten des UMAG (Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, BGBl. I 2005, S. 2802) geltenden Fassung.
 - 6 § 147 Abs. 3 AktG in der seit dem KonTraG (Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich, BGBl. I 1998, S. 786) bis zum UMAG geltenden Fassung.
 - 7 Zur Kritik an dem erst durch das KonTraG 1998 eingeführten Verfolgungsrecht nach § 147 Abs. 3 AktG a.F. *Ulmer*, ZHR 163 (1999) 290, 292 ff. m.w.N.; deutlich auch schon *Bork*, RWS-Forum 10, Gesellschaftsrecht 1997, 1998, S. 53, 68 („legislative Totgeburt“).
 - 8 Rückblickend GroßKommAktG/G. *Bezenberger/T. Bezenberger*, 5. Aufl. 2021, § 148 Rdn. 19 ff.: Das Verfolgungsrecht der Minorität nach § 147 AktG a.F. hat „praktisch kaum eine Rolle gespielt“.
 - 9 *Ulmer*, ZHR 163 (1999) 290, 341 f.
 - 10 *Baums* in: Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentags, 2000, Bd. I, S. F 257 ff.
 - 11 *Karsten Schmidt* in: Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentags, 2000, Bd. II/1, S. O 11, 28 ff.
 - 12 Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentags, 2000, Bd. II/2, S. O 227 f., Beschlüsse III. 3.–8.
 - 13 Darauf ausdrücklich Bezug nehmend Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 20.
 - 14 *Baums*, Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2011, Rdn. 72 f.

schlagen würde. Völlig zu Recht ist *Peter Ulmer* daher als „richtungsweisend“ für die Reform und als ihr „Vordenker“ bezeichnet worden.¹⁵

Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, in einem Symposium zu seinem Gedenken der Frage nachzugehen, wie sich die Aktionärsklage nach § 148 AktG aus heutiger Sicht – gut 25 Jahre nach dem wegweisenden ZHR-Referat und bald 20 Jahre nach dem UMAG – darstellt, ob sie ihren Zweck im Großen und Ganzen erfüllt oder aber im Lichte der inzwischen gemachten Erfahrungen Nachbesserungsbedarf besteht.

II. Status quo

1. Grundelemente der geltenden Regelung

Die geltende Regelung zur Aktionärsklage nach § 148 AktG als einer aktienrechtlichen Sonderform der *actio pro socio*¹⁶ sieht bekanntlich ein zweistufiges Verfahren vor. Anders als bei der *actio pro socio* im Personengesellschafts- (§ 715b BGB) und GmbH-Recht¹⁷ und der konzernrechtlichen Aktionärsklage nach §§ 309 Abs. 4, 317 Abs. 4, 318 Abs. 4 AktG müssen die Aktionäre erst ein gerichtliches Klagezulassungsverfahren durchlaufen, bevor es ihnen gestattet ist, im anschließenden Klageverfahren den Anspruch der Gesellschaft im eigenen Namen einzuklagen. Diese separate Klärung der Prozessführungsbefugnis in einem Vorschaltverfahren soll einerseits nicht erfolgversprechende und missbräuchliche Klagen vorab aussondern, andererseits aber auch das Kostenrisiko der klagewilligen Aktionäre beschränken.¹⁸ Nach der Kostenregelung in § 148 Abs. 6 AktG tragen die Aktionäre das volle Kostenrisiko nämlich nur für ein Unterliegen im *Zulassungsverfahren*.¹⁹ Haben sie dort obsiegt, können sie die Kosten des anschließenden *Klageverfahrens* dagegen – sofern sie sich die Klagezulassung nicht durch vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtigen Vortrag erschlichen haben – auch dann von der AG er-

15 GroßKommAktG/G. *Bezenberger/T. Bezenberger* (Fn. 8), § 148 Rdn. 22 f. mit Fn. 53 f. („richtungsweisend“); *Habersack* in: Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentags, 2012, Bd. I, S. E 92 i.V.m. S. E 28 („Vordenker“).

16 Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 23; OLG Köln NZG 2019, 582, Rdn. 29; GroßKommAktG/G. *Bezenberger/T. Bezenberger* (Fn. 8), § 148 Rdn. 2, 29; Karsten Schmidt/Lutter/*Spindler*, AktG, 5. Aufl. 2024, § 148 Rdn. 2.

17 Zur (ungeschriebenen) GmbH-rechtlichen *actio pro socio* statt vieler Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 13 Rdn. 51 ff.; Henssler/Strohn/*Verse*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 14 Rdn. 120 ff.

18 Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 20; ebenso auch schon *Ulmer*, ZHR 163 (1999) 290, 329 f., 338 f.

19 Vorbehaltlich der Sonderregelung des § 148 Abs. 6 S. 2 AktG, nach der die Antragsteller die Kosten des Zulassungsverfahrens selbst bei einem Unterliegen nicht zu tragen haben, sofern die Abweisung auf entgegenstehenden Gründen des Gesellschaftswohls (§ 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG) beruht und die Gesellschaft diese den Antragstellern nicht rechtzeitig mitgeteilt hat.

stattet verlangen, wenn die Aktionärsklage letztlich abgewiesen wird (§ 148 Abs. 6 S. 5 AktG). Auch wenn die AG die zugelassene Aktionärsklage zum Anlass nimmt, selbst Klage zu erheben und die Aktionärsklage daher unzulässig wird (§ 148 Abs. 3 S. 1 Halbs. 2 AktG), sind die klagenden Aktionäre durch einen Kostenerstattungsanspruch geschützt (§ 148 Abs. 6 S. 4 AktG).

Um zur Klage zugelassen zu werden, müssen die Aktionäre neben der erfolglosen Aufforderung an die AG, selbst Klage zu erheben (§ 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AktG), drei Voraussetzungen erfüllen: Erstens müssen sie eine bestimmte Mindestbeteiligung (1 % des Grundkapitals oder € 100.000 nominal) halten und dieses Quorum auch schon vor Bekanntwerden der behaupteten Pflichtverletzung oder dem behaupteten Schaden gehalten haben (§ 148 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 1 AktG). Zweitens – und dies ist das eigentliche „Nadelöhr“ der Klagezulassung²⁰ – müssen sie Tatsachen nachweisen, die den Verdacht rechtfertigen, dass der Gesellschaft durch eine Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung ein Schaden entstanden ist (§ 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG). Drittens schließlich dürfen der Geltendmachung des Ersatzanspruchs keine überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen (§ 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG).

2. Die rechtstatsächliche Entwicklung in Deutschland

a) Quantitativer Befund: (sehr) wenige Verfahren

In den bald zwanzig Jahren des Bestehens dieser Regelung hat es bekanntermaßen nur wenige – um nicht zu sagen: sehr wenige – Klagezulassungsanträge nach § 148 AktG gegeben. Eine empirische Untersuchung aus dem Jahr 2019 hat ergeben, dass in den ersten 14 Jahren seit Einführung der Regelung bundesweit nur sechs Zulassungsanträge gestellt wurden.²¹ Kein einziger dieser Anträge hatte Erfolg.²² An dieser spärlichen Bilanz hat sich offenbar auch danach nichts geändert. In den juristischen Datenbanken findet sich seither nur noch ein weiteres Klagezulassungsverfahren, das ebenfalls keinen Erfolg hatte.²³

Die Entscheidungsgründe zu den Zulassungsverfahren wurden nur in zwei Fällen veröffentlicht. In beiden Fällen scheiterte der Antrag daran, dass die

20 Treffend *Bachmann* in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentags, 2014, Bd. I, S. E 94; siehe auch noch unter II. 2. a) zu den bisher vorliegenden Entscheidungen.

21 *Redenius-Hövermann/Henkel*, AG 2020, 349 Rdn. 36 f., 45.

22 *Redenius-Hövermann/Henkel*, AG 2020, 349 Rdn. 37. Veröffentlicht sind im Zeitraum bis 2019, soweit ersichtlich, nur Entscheidungen in zwei Verfahren: LG München I NZG 2007, 477 und OLG Köln NZG 2019, 582 (Vorinstanz LG Köln BeckRS 2017, 155641; zur Streitwertfestsetzung in diesem Verfahren OLG Köln NZG 2019, 826).

23 OLG Stuttgart NZG 2023, 238 (Entscheidung über Streitwert eines Klagezulassungsantrags, der als unzulässig zurückgewiesen wurde).

Aktionäre keine hinreichenden Verdachtstatsachen im Sinne des § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG vorgetragen hatten.²⁴

b) Gründe für diese Entwicklung

Fragt man nach den Gründen, warum so wenige Klagezulassungsanträge gestellt werden, so besteht weithin Einigkeit, dass neben einer konsequenter gewordenen Verfolgungspraxis durch die Gesellschaft selbst²⁵ vor allem zwei Aspekte von Bedeutung sind.

aa) (Häufig) fehlende Klageanreize

Der erste besteht darin, dass es selbst im Fall von erfolgversprechenden Klagen bei Abwägung der Chancen und Risiken oftmals an einem hinreichenden Klageanreiz für die Aktionäre fehlt.²⁶

Da es um die Geltendmachung von Ansprüchen auf Leistung an die Gesellschaft geht, profitieren die klagenden Aktionäre im Fall einer erfolgreichen Anspruchsverfolgung nur in Höhe ihrer Beteiligungsquote, d.h. in der Regel nur zu einem kleinen Bruchteil und *pro rata* nicht mehr als andere Aktionäre auch. Eine besondere Belohnung für ihre Mühen sieht das geltende Recht nicht vor. Daraus ergibt sich zugleich ein Anreiz, als Aktionär lieber zuzuwarten und als „Trittbrettfahrer“ darauf zu hoffen, dass andere Aktionäre aktiv werden.²⁷

Dem somit in der Regel bescheidenen oder jedenfalls eingeschränkten persönlichen Nutzen der Aktionärskläger steht ein Kostenrisiko gegenüber, das trotz der erwähnten Beschränkung auf das Zulassungsverfahren immer noch erheblich ist. Für das Klagezulassungsverfahren gilt zwar gem. § 53 Abs. 1 Nr. 5 GKG eine Streitwertobergrenze von einem Zehntel des Grundkapitals, höchstens jedoch € 500.000, die nur überschritten werden darf, soweit die Bedeutung der Sache für die Parteien höher zu bewerten ist.²⁸ Innerhalb dieser (Regel-)Obergrenze soll aber nach einer neueren Entscheidung des OLG Stuttgart grundsätzlich der volle Betrag der geltend zu machenden Forderung

24 LG München I NZG 2007, 477; OLG Köln NZG 2019, 582, Rdn. 25 ff.

25 Siehe dazu noch unter III. 2. a).

26 Zu diesem Aspekt etwa *Gaschler*, Das Klagezulassungsverfahren gem. § 148 AktG, 2017, S. 311 ff.; *Lochner*, FS Heidel, 2021, S. 547, 552 ff.; *Redenius-Hövermann/Henkel*, AG 2020, 349 Rdn. 50f.; *Schmolke*, ZGR 2011, 398, 404 ff.; *Wagner*, ZHR 168 (2014) 227, 242 ff.

27 *Schmolke*, ZGR 2011, 398, 407; *J. Vetter*, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 1317, 1321; *Wagner*, ZHR 178 (2014) 227, 244.

28 Zu einem Fall der Überschreitung der Regelobergrenze OLG Köln NZG 2019, 826: Grundkapital € 75.000, Regelobergrenze daher € 7.500, geltend gemachter Schaden aber über € 100 Mio. und Beteiligung der Antragsteller am Grundkapital 33,3 %. In diesem Fall soll eine „angemessene Vervielfachung“ des durch die Regelobergrenze definierten Betrags geboten sein (im konkreten Fall mehr als das 25-Fache von € 7.500, nämlich € 200.000).

anzusetzen sein, nicht nur der Bruchteil, welcher der Beteiligung der Aktionärsminderheit am Grundkapital entspricht.²⁹ Bei Streitwerten in der Größenordnung von € 500.000 können sich die Kosten des Zulassungsverfahrens, die bei einem Unterliegen allein von den Antragstellern zu tragen sind, auf mehrere Zigtausend Euro summieren, insbesondere dann, wenn mehrere Organwalter in Anspruch genommen werden sollen, die jeweils durch einen eigenen Anwalt vertreten werden.³⁰ Es kommt hinzu, dass aktienrechtlich versierte Anwälte häufig nicht zu RVG-Sätzen arbeiten, so dass die Antragsteller selbst dann auf einem Teil ihrer Anwaltskosten sitzen bleiben, wenn sie im Zulassungsverfahren obsiegen. Und wenn es die klagewilligen Aktionäre erst einmal ins Klageverfahren geschafft haben, sind sie dort zwar durch den erwähnten Kostenerstattungsanspruch gegen die AG (§ 148 Abs. 6 S. 5 AktG) geschützt; sie müssen aber, sofern die AG nicht selbst Klage erhebt, den gesamten Prozess vorfinanzieren und können erst am Ende Erstattung verlangen.³¹

Angesichts all dessen muss je nach Umfang der Beteiligung der klagewilligen Aktionärsminderheit das Produkt aus einzuklagendem Betrag und Erfolgswahrscheinlichkeit schon sehr hoch sein, damit die Anspruchsverfolgung

-
- 29 OLG Stuttgart NZG 2023, 238; ebenso MünchKommAktG/*Arnold*, 6. Aufl. 2024, § 148 Rdn. 113; abw. – Bruchteil des Betrags des Ersatzanspruchs maßgeblich, der dem Anteil der Antragsteller am Grundkapital entspricht – BeckOGK/*Mock*, Stand: 1. 10. 2024, § 148 AktG Rdn. 121; wieder anders – für Begrenzung auf 10 % des Betrags des Ersatzanspruchs – KölnKommAktG/*Rieckers/J. Vetter*, 3. Aufl. 2015, § 148 Rdn. 634f.; GroßkommAktG/*G. Bezenberger/T. Bezenberger* (Fn. 8), § 148 Rdn. 367.
- 30 Eingehend dazu *Gaschler* (Fn. 26), S. 200ff., insbes. 207ff. mit dem Hinweis, dass die drohende Vervielfachung der Anwaltsgebühren bei Anträgen, die gegen mehrere Antragsgegner mit je einem eigenen Anwalt gerichtet sind, in der bisherigen Diskussion übersehen worden ist; ferner Großkomm-AktG/*G. Bezenberger/T. Bezenberger* (Fn. 8), § 148 Rdn. 368f. Berechnungsbeispiel bei einem Streitwert des Zulassungsverfahrens von € 500.000 und drei jeweils gesondert anwaltlich vertretenen Antragsgegnern: Gerichtskosten € 3901 (1,0 Gebühr Nr. 1640 GKG); eigene Anwaltskosten des Antragstellers € 5.288,06 (0,75 Verfahrensgebühr [Nr. 3325 RVG] und ggf. 0,5 Terminsgebühr [Nr. 3332 RVG] bei Gebühr von € 3.539, zzgl. € 20 Auslagenpauschale und 19 % USt); Kosten für die drei Anwälte der Antragsgegner 3 × € 5.288,06; Kosten für den Anwalt der AG, sofern diese dem Verfahren als streitgenössische Nebenintervenientin auf Seiten der Antragsgegner beigetreten ist, ebenfalls € 5.288,06 (zur Erstattung auch dieser Kosten GroßkommAktG/*G. Bezenberger/T. Bezenberger* (Fn. 8), § 148 Rdn. 359 m.w.N., str.); Gesamtsumme der Gerichts- und Anwaltskosten somit € 30.341,30.
- 31 Kritisch zu dieser Vorleistungspflicht etwa *Bachmann* (Fn. 20), S. E 99; *Kahnert*, AG 2013, 663, 664; *Peltzer*, FS Schneider, 2011, S. 953, 956f.; *Sailer-Coceani* in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentags, 2014, Bd. II/1, S. N 11, 23; Karsten Schmidt/*Lutter/Spindler* (Fn. 16), § 148 Rdn. 60. Siehe dazu auch noch unter III. 2. b) im Text zu Fn. 100.

für die Aktionäre trotz der Kostenrisiken und der Mühewaltung insgesamt einen positiven Erwartungswert aufweist.

bb) Schwierigkeiten der Informationsbeschaffung

Aus der Praxis wird indes auch von Fällen berichtet, in denen Aktionäre durchaus bereit wären, das Kostenrisiko zu schultern, aber an einer zweiten wesentlichen Hürde scheitern: nämlich dem Zugang zu den für die Anspruchsverfolgung relevanten Informationen.³² Da das Auskunftsrecht der Aktionäre (§ 131 AktG) beschränkt ist, wird häufig erst die Durchführung einer Sonderprüfung erforderlich sein, um Kenntnis von hinreichenden Verdachtstatsachen zu erlangen und diese auch nachweisen zu können.³³

Sofern nicht schon die Hauptversammlung eine Sonderprüfung beschließt (§ 142 Abs. 1 AktG), steht die aufklärungswillige Aktionärsminorität allerdings vor dem Problem, dass ein Antrag auf gerichtliche Bestellung von Sonderprüfern nach § 142 Abs. 2 AktG seinerseits voraussetzt, dass hinreichende Verdachtstatsachen vorliegen. Stellt man den Wortlaut des § 142 Abs. 2 S. 1 AktG demjenigen des § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG gegenüber, fällt auf, dass beide Vorschriften das Vorliegen von Tatsachen verlangen, die den Verdacht einer Unredlichkeit oder groben Verletzung des Gesetzes oder der Satzung rechtfertigen. Im Fall des § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG müssen sich die Verdachtstatsachen zusätzlich auch auf die Verursachung eines Schadens beziehen, aber im Übrigen stimmen die Formulierungen überein. Angesichts dieser Wortlautparallele erscheint es auf den ersten Blick nachvollziehbar, dass nach obergerichtlicher Rechtsprechung und auch im Schrifttum verbreiteter Ansicht schon ein Antrag nach § 142 Abs. 2 AktG voraussetzen soll, dass die Unredlichkeit oder grobe Pflichtverletzung auf Grundlage der vorliegenden Tatsachen überwiegend wahrscheinlich ist,³⁴ was genau dem Verdachtsgrad ent-

32 Eindringlich insbes. *Lochner*, Stellungnahme v. 26. 2. 2020 zum Gesetzesentwurf der AfD-Fraktion zur Änderung des Aktiengesetzes BT-Drs. 19/8233 (abrufbar unter www.bundestag.de/webarchiv/Ausschuesse/ausschuesse19/a06_Recht/anhoerungen/stellungnahmen-681700), S. 6 („In dem fehlenden Zugang zu Informationen besteht das Kernproblem von § 148 AktG...“); *ders.*, FS Heidelberg, 2021, S. 547, 548 ff., 555 ff.; ferner *Redenius-Hövermann/Henkel*, AG 2020, 349 Rdn. 49 („massive Beweisnot“); *Schmolke*, ZGR 2011, 398, 432 („bedeutsames Hindernis“); *Dose*, Aktionärsklage, D&O-Versicherung und Vorstandshandeln, 2019, S. 232 i.V.m. S. 218 ff.; eingehend *Gaschler* (Fn. 26), S. 144 ff.

33 *Bachmann*, Stellungnahme v. 26. 2. 2020 zum Gesetzesentwurf der AfD-Fraktion zur Änderung des Aktiengesetzes BT-Drs. 19/8233 (abrufbar unter www.bundestag.de/webarchiv/Ausschuesse/ausschuesse19/a06_Recht/anhoerungen/stellungnahmen-681700), S. 7; *Kabnert*, AG 2013, 663, 665; BeckOGK/*Mock* (Fn. 29), § 148 AktG Rdn. 34; *Peltzer*, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 953, 958 f.; *Redenius-Hövermann/Henkel*, AG 2020, 349 Rdn. 49.

34 OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2012, 10249 („wenn ... im Ergebnis mehr für als gegen das Vorliegen einer Unredlichkeit oder einer groben Pflichtverletzung spricht“); ebenso OLG Celle NZG 2017, 1381, Rdn. 32; OLG Stuttgart AG 2019,

spricht, den die h.M. auch im Rahmen des § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG verlangt.³⁵ Erstaunlich selten thematisiert wird dabei aber der naheliegende Einwand, dass man die verfolgungswilligen Aktionäre in einen Teufelskreis schiebt, wenn man sie zur Vorbereitung des Klagezulassungsverfahrens auf die Sonderprüfung verweist, zur Initiierung derselben dann aber einen gleich hohen Verdachtsgrad voraussetzt wie im Klagezulassungsverfahren.³⁶

Eine gewisse Erleichterung ergibt sich für die Aktionäre zwar im Ansatz daraus, dass das Verfahren über die Bestellung von Sonderprüfern anders als das Klagezulassungsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit untersteht und daher der Amtsermittlungsgrundsatz des FamFG anwendbar ist (§ 142 Abs. 8 AktG i.V.m. § 26 FamFG). Allerdings sehen die Gerichte nur dann Anlass zur Amtsermittlung, wenn ein ausreichend substantiiertes Vortrag vorliegt; bloße Verdächtigungen oder Vermutungen reichen hierfür nicht aus.³⁷ Eine nen-

527, 530; im Erg. auch OLG Köln BeckRS 2010, 9506 (wie hinreichender Tatverdacht i.S. der StPO, dieser setzt nach herrschendem Verständnis ebenfalls überwiegende Wahrscheinlichkeit voraus; MünchKommStPO/Wenske, 2. Aufl. 2024, § 203 Rdn. 10 ff.); aus dem Schrifttum etwa MünchKommAktG/Arnold (Fn. 29), § 142 Rdn. 137; KölnKommAktG/Rieckers/J. Vetter (Fn. 29), § 142 Rdn. 293 m.w.N. Deutlich weniger streng hingegen unter Hinweis auf das Stufenverhältnis von Sonderprüfung und Klagezulassung Harnos, FS Heidel, 2021, S. 483, 494 ff. (bloße Möglichkeit der groben Pflichtverletzung soll genügen); vermittelnd – wahrscheinlich, aber nicht überwiegend wahrscheinlich – Dietz-Vellmer, FS Heidel, 2021, S. 441, 451 f. („einfache“ Wahrscheinlichkeit); Bürgers/Lieder/Holzborn/Faulhaber, AktG, 6. Aufl. 2024, § 142 Rdn. 20; Jänig, Die aktienrechtliche Sonderprüfung, 2005, S. 285; etwas strenger GroßkommAktG/Verse/Gaschler, AktG, 5. Aufl. 2020, § 142 Rdn. 231 (annähernd gleich, aber nicht überwiegend wahrscheinlich).

35 LG Köln BeckRS 2017, 155641, Rdn. 33; offenbar auch OLG Köln NZG 2019, 582, Rdn. 29 („wahrscheinlich“ unter Bezugnahme auf OLG Köln BeckRS 2010, 9506 zu § 142 Abs. 2 AktG, wo die Parallele zum hinreichenden Tatverdacht i.S. der StPO gezogen wird; siehe vorige Fn.); ferner GroßkommAktG/G. Bezenberger/T. Bezenberger (Fn. 8), § 148 Rdn. 146; KölnKommAktG/Rieckers/J. Vetter (Fn. 29), § 148 Rdn. 331; Gaschler (Fn. 26), S. 102 f.; Kanzow, Aktionärsklagen in Deutschland und England, 2016, S. 94 f.; a.A. Heidel/Lochner, Aktien- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2024, § 148 Rdn. 15: gleitender Maßstab; Verdachtsgrad umso niedriger anzusiedeln, je höher der mögliche Schaden ausfällt.

36 Deutliche Kritik aber bei Harnos, FS Heidel, 2021, S. 483, 495; für Notwendigkeit einer Abstufung der Verdachtsgrade im Sonderprüferbestellungs- und im Klagezulassungsverfahren auch Bürgers/Lieder/Holzborn/Faulhaber (Fn. 34), § 142 Rdn. 20, § 148 Rdn. 8. Siehe dazu auch noch unter III. 2. c).

37 Ständige Rechtsprechung, etwa OLG München AG 2008, 33, 35; AG 2010, 598, 599; AG 2010, 840, 841; ZIP 2011, 1364, 1365; OLG Düsseldorf ZIP 2010, 28, 30; OLG Frankfurt a.M. AG 2011, 755, 756; OLG Stuttgart AG 2019, 527, 529. Näher dazu GroßkommAktG/Verse/Gaschler (Fn. 34), § 142 Rdn. 234 ff. mit der Mahnung, die Anforderungen an den Tatsachenvortrag nicht zu überspannen; ebenso bereits Bachmann (Fn. 20), S. E 105.

nenswerte Rolle hat die Amtsermittlung in den Verfahren zur Bestellung von Sonderprüfern daher, soweit ersichtlich, bisher nicht gespielt.³⁸

Es bleibt also bei dem Befund, dass die an einer Anspruchsverfolgung interessierten Aktionäre vor ganz erheblichen Schwierigkeiten der Informationsbeschaffung stehen.

3. Neuere Entwicklung: Aktionärsklagen in deutschen Aktiengesellschaften in den USA

Bevor nachfolgend (unter III.) die Diskussion um eine mögliche Reform aufgegriffen wird, sei zuvor im Rahmen der Bestandsaufnahme noch eine zweite – jüngere und noch weniger intensiv diskutierte – rechtstatsächliche Entwicklung zur Aktionärsklage in Erinnerung gerufen.

a) Ausgangspunkt

In den letzten Jahren ist in prominenten Fällen versucht worden, den Beschränkungen der Klagezulassung nach § 148 AktG dadurch zu entkommen, dass Aktionärsklagen gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder deutscher Aktiengesellschaften nicht hierzulande, sondern in den USA erhoben wurden.³⁹ Die angeblich pflichtwidrige Übernahme von Monsanto durch Bayer,⁴⁰ die Verwicklung der Deutschen Bank in diverse Compliance-Verstöße,⁴¹ die Dieselfaffäre bei Volkswagen⁴² – in all diesen Fällen haben Aktionäre Haftungsansprüche gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder aus § 93 bzw. § 116 AktG (und hier nicht interessierende Ansprüche gegen weitere Personen) nicht am Sitz der Gesellschaften in Deutschland, sondern in New York geltend gemacht.⁴³ Dieses Phänomen betrifft im Übrigen nicht nur deutsche

38 Ebenso *Dietz-Vellmer*, FS Heidel, 2021, S. 441, 450 („spielt ... praktisch keine Rolle“), der diese Praxis zugleich als unzureichend kritisiert (a.a.O. S. 452 f., 453 f.); in dieselbe Richtung *Lochner*, FS Heidel, 2021, S. 547, 572 f.

39 Näher dazu *Mock*, AG 2020, 929; *BeckOGK/ders.* (Fn. 29), § 148 AktG Rdn. 134 ff.; *Mohamed*, ZVglRWiss 120 (2021) 388; ferner *MünchKommAktG/Arnold* (Fn. 29), § 148 Rdn. 10, 61, 65; *Goette/Arnold/Goette*, Hdb. Aufsichtsrat, 2. Aufl. 2024, Rdn. 2347 aff.; *Koch*, AktG, 18. Aufl. 2024, § 148 Rdn. 12a; jüngst auch *Weller/Böbel/Jung*, ZIP 2025, 345, 351.

40 *Haussmann v. Baumann*; dieses Verfahren ist derzeit in dritter Instanz beim höchsten New Yorker Gericht, dem Court of Appeals, anhängig (Motion No. 2024–718). Zu den beiden erstinstanzlichen Entscheidungen sogleich im Text zu Fn. 52 f.

41 *Rosenfeld v. Achleitner*; dieses Verfahren ist derzeit in zweiter Instanz beim Supreme Court of New York, Appellate Division, First Department, anhängig (Case No. 2023–05018). Zu der erstinstanzlichen Entscheidung sogleich im Text zu Fn. 52 f.

42 *Lambinet v. Pötsch*; dieses Verfahren ist seit 2021 noch in erster Instanz am Supreme Court of New York anhängig (Index No. 652830/2021).

43 Neben den Organwaltern ist auch die jeweilige Gesellschaft mitverklagt worden, obwohl diese Inhaberin des geltend gemachten angeblichen Organhaftungsanspruchs ist. Dies erklärt sich daraus, dass nach dem Recht der *derivative action* in

Gesellschaften, sondern in entsprechender Weise auch prominente Gesellschaften aus anderen europäischen Staaten (Barclays, Credit Suisse, Novartis, Société Générale, Standard Chartered, UBS).⁴⁴

b) Die Kernfrage: Qualifikation der Klagezulassungsvoraussetzungen als Prozessrecht oder materielles Recht?

Die dahinterstehende Idee der Kläger – oder wohl treffender: ihrer US-amerikanischen Rechtsanwältinnen, die hier ein neues Geschäftsmodell wittern – lässt sich im Kern wie folgt zusammenfassen:

Die Zuständigkeit der New Yorker Gerichte für eine Aktionärsklage in einer ausländischen Gesellschaft ist nach New Yorker Recht prinzipiell schon dann gegeben, wenn die Gesellschaft in New York geschäftlich tätig ist,⁴⁵ was auf Bayer, Deutsche Bank etc. natürlich in irgendeiner Form zutrifft. Bei nur marginalem Bezug des Falls zu New York lässt sich der Zuständigkeit zwar der Einwand des *forum non conveniens* entgegenhalten,⁴⁶ was aber von den Umständen des Einzelfalls abhängt und aufgrund der vagen Kriterien dieses Einwands mit Unwägbarkeiten behaftet ist. Unterstellt man mit dem Vortrag der Kläger zunächst einmal die Zuständigkeit nach New Yorker Recht, kommt es in einem zweiten Schritt entscheidend auf die Frage an, wie das Erfordernis der Klagezulassung und die Zulassungsvoraussetzungen nach § 148 AktG kollisionsrechtlich zu qualifizieren sind. Ordnet man sie dem materiellen Aktienrecht zu, muss sie auch ein New Yorker Gericht beachten; denn in einer nach deutschem Recht verfassten AG kommt auch aus New Yorker Sicht deutsches Aktienrecht als Gesellschaftsstatut zur Anwendung.⁴⁷ Qualifiziert man das Erfordernis der Klagezulassung nach § 148 AktG hingegen als pro-

den USA die Gesellschaft als „nominal defendant“ in den Prozess einzubeziehen ist; dazu *Merkel*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 2013, Rdn. 1129; *T. Bezenberger*, ZGR 2018, 584, 598, 603; *Ulmer*, ZHR 163 (1999) 290, 304 f.

44 Im Fall der Société Générale (*Willmann v. Smaghi*, Case No. 605452) wurde die Klage freiwillig zurückgenommen; zu den übrigen genannten Fällen siehe die Nachw. in Fn. 54 f.

45 Nach Section 1319 (a) (2) New York Business Corporation Law sind die Bestimmungen über die *derivative action* (Section 626 New York Business Corporation Law) auch anwendbar auf „a foreign corporation doing business in this state“.

46 Section 327 (a) New York Civil Practice Law and Rules: „(a) When the court finds that in the interest of substantial justice the action should be heard in another forum, the court, on the motion of any party, may stay or dismiss the action in whole or in part on any conditions that may be just.“ Siehe dazu speziell im vorliegenden Kontext *Koch* (Fn. 39), § 148 Rdn. 12a; *Mohamed*, ZVglRWiss 120 (2021) 388, 407 ff.

47 Zur Geltung der Gründungstheorie in allen US-Bundesstaaten und zur Reichweite des Gesellschaftsstatuts, das u.a. den gesamten Komplex des Innenverhältnisses der Gesellschaft umfasst („internal affairs doctrine“), *Merkel* (Fn. 43), Rdn. 218 f.; *Hay/Kern*, US-amerikanisches Recht, 8. Aufl. 2024, Rdn. 279, 281; siehe auch Restatement (Second) of Conflict of Laws (1971), § 302.

zessrechtlich – und das ist die Rechtsauffassung der Kläger in den genannten Verfahren –, dann bleibt es in New York außer Betracht; denn das Prozessrecht richtet sich nach der *lex fori*, hier also nach dem Recht des Bundesstaats New York.

Die Einordnung als prozessrechtlich hätte somit zur Folge, dass anstelle von § 148 AktG das New Yorker Recht der *derivative action* für die Prozessführungsbefugnis maßgeblich wäre. Und damit wäre man in einer ganz anderen Welt: Zwar gibt es auch nach dem Recht von New York und anderen US-Bundesstaaten bestimmte einschränkende Voraussetzungen für die Aktionärsklagebefugnis, aber es bedarf weder eines Quorums noch überhaupt eines eigenständigen gesonderten Klagezulassungsverfahrens.⁴⁸ Das Klageverfahren könnte also sofort eingeleitet werden, ohne dass zuvor in einem Vorschaltverfahren Verdachtstatsachen nachgewiesen werden müssen, die den Erfolg der Haftungsklage als überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen. Auch wäre das Kostenrisiko hier kein wirklicher Hemmschuh für die klagewilligen Aktionäre, da in den USA Erfolgshonorare der Anwälte zulässig sind und den Klägern nach der sog. *American rule* im Fall des Unterliegens grundsätzlich keine Kostenerstattungspflicht für die Anwaltskosten der Beklagten droht.⁴⁹ Die geringen Klageanreize von Minderheitsaktionären werden in den USA zudem dadurch kompensiert, dass stattdessen die Rechtsanwälte der Kläger einen großen Anreiz haben, auch nur halbwegs erfolgversprechende Klagen zu erheben; denn viele dieser Verfahren enden in einem Vergleich, in dem in aller Regel die Gesellschaft das Honorar für die klägerischen Anwälte übernimmt.⁵⁰ Die *derivative action* hat sich daher in den USA weitgehend von einer Aktionärs- zu einer Anwaltsklage entwickelt und gerade deshalb dort große Bedeutung erlangt – eine Eigenheit des US-amerikanischen Rechts, die schon *Peter Ulmer* in seinem ZHR-Referat deutlich herausgestellt hat.⁵¹

Kurzum: Würden die New Yorker Gerichte dem Vortrag der Kläger folgen, würde damit über den Umweg New York die Aktionärsklage auch in deutschen Aktiengesellschaften doch noch eine viel größere praktische Bedeutung erlangen als bisher.

48 Eingehend zur derivativen Aktionärsklage in den US-Bundesstaaten etwa *Bainbridge*, *Corporate Law*, 3. Aufl. 2015, S. 207 ff.; aus dem deutschen Schrifttum *Merkt* (Fn. 43), Rdn. 1126 ff., insbes. 1141 ff.; *T. Bezenberger*, ZGR 2018, 584, 598 ff.; *v. Hein*, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland, 2008, S. 821 ff.; *Tröger*, ZHR 179 (2015) 453, 472 ff.; *Ulmer*, ZHR 163 (1999) 290, 302 ff.

49 Darauf hinweisend schon *Ulmer*, ZHR 163 (1999) 290, 307.

50 Näher dazu *T. Bezenberger*, ZGR 2018, 584, 599, 605 ff.

51 *Ulmer*, ZHR 163 (1999) 290, 307; ferner etwa *Bainbridge* (Fn. 48), S. 209 ff. („the real party in interest is the plaintiffs’ attorney rather than the plaintiff-shareholders themselves“); *Merkt* (Fn. 43), Rdn. 1217 f.; pointiert *T. Bezenberger*, ZGR 2018, 584, 598 ff., 625: „Rechtsanwalts-Bereicherungsklage“.

c) Erste instanzgerichtliche Entscheidungen

Die genannten Verfahren sind, soweit ersichtlich, noch nicht rechtskräftig abgeschlossen. Es liegen aber inzwischen in den Fällen Bayer und Deutsche Bank instanzgerichtliche Urteile aus New York vor (Bayer in erster und zweiter Instanz, Deutsche Bank in erster Instanz). Diese kommen übereinstimmend zu dem Ergebnis, dass das Erfordernis der Klagezulassung und die Zulassungsvoraussetzungen nach § 148 AktG als materiellrechtlich (*substantive*) einzustufen und daher auch in New York zu beachten sind. Infolgedessen haben die New Yorker Gerichte in den bisher entschiedenen Fällen die Klagen abgewiesen, da es wegen Nichteinhaltung der Voraussetzungen des § 148 AktG an der Prozessführungsbefugnis der Kläger fehlte (*lack of standing*).⁵² Zum Teil haben sich die Gerichte daneben auch auf den zuständigerrechtlichen Einwand des *forum non conveniens* (und weitere hier nicht interessierende Einwendungen gegen die Zuständigkeit) berufen.⁵³ Auch die erwähnten Aktionärsklagen in Gesellschaften aus anderen europäischen Staaten sind von den New Yorker Instanzgerichten bisher durchweg abgewiesen worden, teils unter Hinweis auf das *lack of standing* nach dem anwendbaren ausländischen Gesellschaftsrecht,⁵⁴ teils aus zuständigerrechtlichen Erwägungen.⁵⁵

Der Plan der Kläger scheint also jedenfalls nach bisherigem Stand *nicht* aufzugehen. Allerdings steht eine Entscheidung des höchsten New Yorker Gerichts, des Court of Appeals, noch aus. In dem Bayer-Verfahren, das inzwi-

52 *Hausmann v. Baumann*, Supreme Court of New York, Appellate Division, First Department, 22. 6. 2023, 2023 NY Slip Op 03407: „we agree (...) that the German Stock Corporation Act § 148 is a substantive law rather than a procedural one and requires plaintiffs to seek leave from the German court to bring a derivative action“ (Bestätigung der erstinstanzlichen Entscheidung des Supreme Court of New York v. 27. 12. 2021, Index No. 651500/2020, 2021 N.Y. Misc. LEXIS 6649); *Rosenfeld v. Achleitner*, New York Supreme Court, 20. 3. 2023, Index No. 651578/2020, S. 49ff.

53 So in erster Instanz *Hausmann v. Baumann*, Supreme Court of New York, 27. 12. 2021, Index No. 651500/2020, 2021 N.Y. Misc. LEXIS 6649, 11 ff. (in der Folgeinstanz von der Appellate Division nicht mehr aufgegriffen); ferner *Rosenfeld v. Achleitner*, New York Supreme Court, 20. 3. 2023, Index No. 651578/2020, S. 53ff.

54 *Ezrasons v. Rudd*, Supreme Court of New York, Appellate Division, First Department, 1. 6. 2023, 2023 NY Slip Op 02938 (Barclays, Bestätigung der erstinstanzlichen Entscheidung des Supreme Court of New York); *City of Philadelphia Bd. of Pensions & Retirement v. Winters*, Supreme Court of New York, 2. 2. 2022, 2022 NY Slip Op 34589 (U) (Standard Chartered).

55 *Cattan v. Ermotti*, Supreme Court of New York, 30. 12. 2021, Index. No. 652270/2020 (UBS, Abweisung wegen Gerichtsstandsklausel zugunsten der Schweizer Gerichte in der Satzung der Gesellschaft); *Cattan v. Vasella*, Supreme Court of New York, 18. 8. 2022, Index No. 65043/2021 (Novartis, Abweisung wegen Gerichtsstandsklausel zugunsten der Schweizer Gerichte in der Satzung der Gesellschaft); *Cattan v. Rohner*, Supreme Court of New York, 10. 4. 2023, 2023 NY Slip Op 31213(U) (Credit Suisse, Abweisung wegen *forum non conveniens*).

schen beim Court of Appeals anhängig ist, haben die US-amerikanische Handelskammer und Wirtschaftsverbände der Wertpapier- und Finanzmarktindustrie unlängst zwei ausführliche *amicus curiae*-Stellungnahmen eingereicht. Beide sprechen sich nachdrücklich dafür aus, an der materiellrechtlichen Einstufung festzuhalten und die Klage dementsprechend abzuweisen.⁵⁶

d) Würdigung

In den genannten Verfahren hat es dem Vernehmen nach nicht an Rechtsgutachten renommierter deutscher Kollegen gemangelt, die – wie könnte es anders sein – teils der prozessrechtlichen und teils der materiellrechtlichen Qualifikation zuneigen. Der Verf. dieses Beitrags war selbst nicht beteiligt und ist daher ganz unvoreingenommen, hat aber doch eine dezidierte Position: Jedenfalls nach deutschem Verständnis – und dieses hat für die New Yorker Gerichte nach dortiger Rechtsprechung immerhin indizielle Bedeutung⁵⁷ – kann allein die materiellrechtliche Einordnung überzeugen,⁵⁸ die bisherigen Urteile aus New York treffen also im Ergebnis das Richtige.

Zutreffend ist zwar, dass es bei der Klagezulassung nach § 148 AktG selbstredend nicht um die Frage geht, wem der geltend gemachte Anspruch materiellrechtlich zusteht, sondern um eine Prozessstandschaft, also um die Frage der Prozessführungsbefugnis, die nach § 148 Abs. 1–2 AktG in einem gesonderten Vorschaltverfahren vor dem eigentlichen Klageverfahren zu klären ist. Aber dies allein genügt nicht für eine Qualifikation als prozessrechtlich.⁵⁹ Nach ganz h.M. im internationalen Zivilverfahrensrecht kommt es vielmehr

56 Motion of the Chamber of Commerce of the United States of America to Appear as *Amicus Curiae* in dem Verfahren *Haussmann v. Baumann* v. 28. 10. 2024; Brief for *Amici Curiae* Securities Industry and Financial Markets Association and Institute of International Bankers in dem Verfahren *Haussmann v. Baumann* v. 28. 10. 2024. Ganz ähnliche *amicus curiae*-Stellungnahmen haben die Vorgenannten am selben Tag auch in dem Verfahren *Ezrasons v. Rudd* (Fn. 54) eingereicht, das die englische Barclays-Bank betrifft und inzwischen ebenfalls in dritter und letzter Instanz am New York Court of Appeals anhängig ist.

57 *Davis v. Scottish Re Group Ltd*, New York Court of Appeals v. 20. 11. 2017, 30 NY3d 249, 252: „the foreign jurisdiction’s designation of the rule as procedural or substantive, while ‘instructive’ ist not dispositive“ (unter Bezugnahme auf *Tanges v. Heidelberg N. Am.*, New York Court of Appeals, 30. 3. 1999, 93 NY2d 48, 54).

58 Ebenso MünchKommAktG/*Arnold* (Fn. 29), § 148 Rdn. 61; Goette/*Arnold/Goette* (Fn. 39), Rdn. 2347b; *Koch* (Fn. 39), § 148 Rdn. 12a; *Mohamed*, ZVglRWiss 120 (2021) 388, 406f.; *Weller/Böbel/Jung*, ZIP 2025, 345, 351; *Bose*, Das Europäische Internationale Privat- und Prozessrecht der actio pro socio, 2015, S. 154; trotz Zweifeln letztlich auch *Mock*, AG 2020, 929 Rdn. 7; ferner BeckOGK/*ders.* (Fn. 29), § 148 AktG Rdn. 135.3, allerdings mit dem unzutreffenden Hinweis, dass dies von den New Yorker Gerichten anders gesehen werde (a.a.O. Rdn. 136.1); a.A. *Mankowski*, Stellungnahme v. 13. 4. 2021 im Verfahren *Haussmann v. Baumann*, New York Supreme Court, Index No. 651500/2020, Rdn. 22 ff.

59 A.A. *Mankowski* (Fn. 58), Rdn. 22 ff., der schon von den im Gesetz verwendeten Begriff „Klagezulassungsverfahren“ und der im Schrifttum üblichen Charakterisie-

darauf an, ob die Gründe für die Prozesstandschaft im Prozessrecht liegen – wie z.B. im Fall der Prozesstandschaft nach Veräußerung der streitbefangenen Sache (§ 265 Abs. 2 ZPO), die der Vermeidung unnötiger Doppelprozesse dienen soll⁶⁰ – oder stattdessen im materiellen Recht.⁶¹

Stellt man die Frage so, liegt die Antwort m.E. auf der Hand. Die Prozessführungsbefugnis nach § 148 AktG dient dazu, ein materielles Recht, nämlich den Organhaftungsanspruch der AG, dadurch abzusichern, dass ausnahmsweise auch eine Aktionärsminorität dieses Recht durchsetzen kann, wenn die Anspruchsverfolgung durch die AG selbst entgegen dem Gesellschaftsinteresse unterbleibt. Es handelt sich um ein mitgliedschaftliches, d.h. im Gesellschaftsverhältnis wurzelndes Recht der Aktionäre,⁶² das (neben weiteren Instrumenten) die Organwähler zu verantwortungsvollem Handeln anhalten und so die Corporate Governance der AG stärken soll.⁶³ Zugleich sind das Erfordernis der Klagezulassung und die einschränkenden Zulassungsvoraussetzungen auf das Engste verwoben mit den – ebenfalls gesellschaftsrechtlich zu qualifizierenden – Regeln über die Kompetenzordnung der AG;⁶⁴ sie sind nur vor dem Hintergrund zu verstehen, dass für die Verfolgung von Ansprüchen in erster Linie die Verwaltungsorgane zuständig sind (im Verhältnis zum Vorstand also der Aufsichtsrat) und zudem auch die Hauptversammlung nach § 147 AktG eine Anspruchsverfolgung beschließen kann, so dass der Aktionärsklage nur die Aufgabe eines subsidiären Auffangrechtsbehelfs bei Versagen der regulären Kompetenzordnung zugewiesen ist.⁶⁵ All dies spricht ein-

– rung als „Vorschaltverfahren“ auf eine prozessrechtliche Qualifikation schließen will.

60 Zu diesem (prozessrechtlich zu qualifizierenden) Beispiel BGHZ 118, 312, 315; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021, Rdn. 671; *Rixen*, Die Anwendung ausländischen Verfahrensrechts im deutschen Zivilprozess, 1999, S. 140; aus dem älteren Schrifttum bereits *Riezler*, Internationales Zivilprozessrecht, 1949, S. 427 f.; *Wunderlich*, Zur Prozesstandschaft im internationalen Recht, 1970, S. 160.

61 *Schack* (Fn. 60), Rdn. 671; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2024, Rdn. 2234 f.; *Schütze*, Deutsches Internationales Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2015, Rdn. 192 ff.; *Fragistas*, FS Lewald, 1953, S. S. 471, 481; *Mock*, *RabelsZ* 72 (2008) 264, 293; *H. Koch*, *ZZP* 127 (2014) 493, 499 ff.; *Bose* (Fn. 58), S. 153; *Rixen* (Fn. 60), S. 140; *Wunderlich* (Fn. 60), S. 158 f.

62 Siehe nur *GroßkommAktG/G. Bezenberger/T. Bezenberger* (Fn. 8), § 148 Rdn. 4; speziell im vorliegenden Kontext *Goette/Arnold/Goette* (Fn. 39), Rdn. 2347b.

63 Vgl. *BeckOGK/Mock* (Fn. 29), § 148 AktG Rdn. 46: „Kernbereich der Corporate Governance“ betroffen.

64 Gleichsinnig *MünchKommAktG/Arnold* (Fn. 29), § 148 Rdn. 61; ebenso zur *actio pro socio* im Personengesellschafts- und GmbH-Recht *MünchHdBGesR VI/Servatius*, 5. Aufl. 2022, § 15 Rdn. 52 („hängt untrennbar mit der Organisationsverfassung der Gesellschaft zusammen“).

65 Statt vieler *GroßkommAktG/G. Bezenberger/T. Bezenberger* (Fn. 8), § 148 Rdn. 3.

deutig für eine gesellschaftsrechtliche und gegen eine prozessrechtliche Qualifikation. Für die *actio pro socio* im Personengesellschafts- und GmbH-Recht wird dies im Übrigen schon lange so gesehen;⁶⁶ für § 148 AktG als Sonderform der *actio pro socio* kann nichts anderes gelten.

Im Ergebnis deuten also nicht nur die bisherigen Entscheidungen aus New York, sondern auch die weitaus besseren Sachargumente darauf hin, dass das Ausweichen der Aktionärskläger auf den Justizstandort New York eine erfolglose Episode bleiben wird.

III. Reform

1. Stand der Reformdiskussion

Richtet man den Blick wieder nach Deutschland, so drängt sich für die Zukunft die Frage auf, ob die nach 20 Jahren immer noch sehr geringe Zahl von Klagezulassungsverfahren Anlass dazu geben sollte, die geltende Regelung zu reformieren. Zu dieser Frage ist schon bald, nachdem die geringe Resonanz des § 148 AktG in der Praxis erkennbar wurde, eine lebhafte Reformdiskussion entbrannt. Diese Diskussion hat aber bisher nicht (oder allenfalls am Rande) zu konsentierten Verbesserungsvorschlägen geführt. *Jens Koch* bringt es in seinem Aktienrechtskommentar treffend auf den Punkt: „Es scheint leichter zu sein“, schreibt er, „das gegenwärtige Modell zu kritisieren, als ein überlegenes Modell zu entwickeln.“⁶⁷

a) Beschlüsse des 69. und 70. Deutschen Juristentags (2012, 2014)

Die wirtschaftsrechtliche Abteilung des Deutschen Juristentags hat sich in den Jahren 2012 (unter dem allgemeinen Thema „Staatliche und halbstaatliche Eingriffe in die Unternehmensführung“) und sodann noch intensiver 2014 im Zusammenhang mit der Reform der Organhaftung mit einer möglichen Überarbeitung der Aktionärsklage befasst. Während der Juristentag 2012 alle seinerzeit diskutierten Änderungen ablehnte und sich lediglich dafür aussprach, dass eine mögliche Reform des § 148 AktG im Zusammenhang mit einer grundsätzlichen Überprüfung der materiellen Organhaftung erfolgen sollte,⁶⁸ hat er 2014 immerhin zwei Korrekturen befürwortet.

So wurde zum einen mit denkbar knapper Mehrheit beschlossen, die Zulassungsvoraussetzung, dass sich der Verdacht gerade auf eine „Unredlichkeit oder grobe Verletzung des Gesetzes oder der Satzung“ beziehen muss (§ 148

66 *Geimer* (Fn. 61), Rdn. 2236; *MünchKommBGB/Kindler*, 9. Aufl. 2025, IntGesR, Rdn. 560; *Mock*, *RabelsZ* 72 (2008) 264, 294; *Schack* (Fn. 60), Rdn. 673; *Schütze* (Fn. 61), Rdn. 194; *MünchHdBGesR VI/Servatius* (Fn. 64), § 15 Rdn. 52; *Bose* (Fn. 58), S. 161 ff.; *Rixen* (Fn. 60), S. 141.

67 *Koch* (Fn. 39), § 148 Rdn. 3.

68 Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentags, 2012, Bd. II/2, S. N 235, Beschlüsse 22 a)–d), 23.

Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG), zu entschärfen.⁶⁹ Offen blieb allerdings, wie weit diese „Entschärfung“ gehen soll, ob also künftig bereits der Verdacht jeder einfachen Pflichtverletzung genügen soll⁷⁰ oder ob nur an präzisierende (Rand-) Korrekturen gedacht ist, wie sie im Schrifttum in verschiedenen Nuancierungen vorgeschlagen werden.⁷¹ Ersteres wäre nicht unbedenklich, da die *ratio legis* der Beschränkung auf qualifizierte Pflichtverletzungen – eine kleine Minderheit soll der Mehrheit nicht den Verfolgungswunsch schon bei leichten Verfehlungen aufdrängen können⁷² – nach wie vor Einiges für sich hat.⁷³ Letzteres mag hingegen der Rechtsklarheit dienen,⁷⁴ wird aber Aktionärsklagen, wenn überhaupt, allenfalls geringfügig erleichtern.

Die zweite Änderung, die der Juristentag 2014 empfohlen hat, besteht darin, dass die klagewillige Aktionärsminorität statt der eigenen Klagezulassung wahlweise auch die (gerichtliche) Bestellung eines besonderen Vertreters beantragen können soll, der dann seinerseits (auf Rechnung der Gesellschaft) die

69 Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentags, 2014, Bd. II/2, S. N 215, Beschluss 12 c) (27:26 Stimmen bei 20 Enthaltungen).

70 Dafür Gesetzesentwurf der AfD-Fraktion zur Änderung des Aktiengesetzes v. 12. 3. 2019, BT-Drs. 19/8233, S. 7, 10; *Meilicke/Heidel*, DB 2004, 1479, 1481 f.; ferner erst recht diejenigen, die das Klagezulassungsverfahren ganz abschaffen wollen (Nachw. in Fn. 80); weniger weit gehend *Schmolke*, ZGR 2011, 398, 429 f.: nur „bagatellartige“ Pflichtverletzungen sollten ausgenommen sein.

71 Für Beschränkung auf grob fahrlässige Pflichtverletzungen *Gaschler* (Fn. 26), S. 234; *Peltzer*, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 953, 963; *Sailer-Coceani* (Fn. 31), S. N 23, 26 (These 10 a); für Begrenzung auf grob fahrlässige Pflichtverletzungen und solche Fälle, in denen der Ersatzanspruch aufgrund von Interessenkonflikten nicht geltend gemacht wird, *J. Vetter*, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 1317, 1332 f.; KölnKommAktG/*Rieckers/J. Vetter* (Fn. 29), § 148 Rdn. 104; für Beschränkung auf grobe Sorgfaltspflichtverletzungen, aber Erfassung sämtlicher Treuepflichtverletzungen *Dose* (Fn. 32), S. 259 ff. (was indes nicht überzeugt, da auch Treuepflichtverletzungen Bagatellverstöße sein können, wie das Beispiel einer leicht fahrlässigen Verletzung der Verschwiegenheitspflicht mit geringfügigen Folgen zeigt); zu weiteren Vorschlägen *Kanzow* (Fn. 35), S. 257 ff.

72 Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 22.

73 *Bachmann* (Fn. 20), S. E 95; GroßkommAktG/*G. Bezenberger/T. Bezenberger* (Fn. 8), § 148 Rdn. 55 f., 132; *T. Bezenberger*, ZGR 2018, 584, 612 ff.; *Lochner* (Fn. 32), S. 9 f.; ausführliche und abgewogene Diskussion bei *Gaschler* (Fn. 26), S. 223 ff. m.w.N. Zur Paralleldiskussion im Rahmen der Sonderprüfung (§ 142 Abs. 2 S. 1 AktG) siehe GroßkommAktG/*Verse/Gaschler* (Fn. 34), § 142 Rdn. 47 sowie Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentags, 2014, Bd. II/2, S. N 215, Beschlüsse 14 a) und b): Verzicht auf das Erfordernis einer „groben“ Pflichtverletzung nicht generell, sondern nur bei außerordentlichem Verlust, eingeschränktem Prüfervermerk oder Antrag einer Aktionärsminorität von 10 % oder mehr.

74 Nach bisher h.M. soll für die Grobheit der Pflichtverletzung eine nicht leicht zu prognostizierende „wertende Zusammenschau“ aller Umstände des Einzelfalls (Ausmaß von Pflichtverletzung und Verschulden, Bedeutung der verletzten Norm, Art und Umfang des Schadens etc.) maßgeblich sein; siehe nur GroßkommAktG/*G. Bezenberger/T. Bezenberger* (Fn. 8), § 148 Rdn. 134 ff. m.w.N.

Ansprüche verfolgen kann.⁷⁵ Allerdings sind auch hier zentrale Fragen offen geblieben, namentlich die, ob die gerichtliche Bestellung des Sondervertreters unter denselben Voraussetzungen wie nach § 148 Abs. 1 BGB möglich sein oder hierfür ein höheres Quorum gelten soll,⁷⁶ und ob und inwiefern der so bestellte Sondervertreter eine andere Stellung haben soll als eine Aktionärs minderheit, die selbst zum Klageverfahren zugelassen wird.⁷⁷ Grundsätzlich ist gegen einen gerichtlich bestellten Sondervertreter als optionales Instrument des Minderheitenschutzes sicher nichts einzuwenden. Da es ungereimt wäre (und offenkundig auch nicht beabsichtigt ist), die Voraussetzungen für die gerichtliche Bestellung des Sondervertreters niedriger anzusetzen als diejenigen der Zulassung der eigenen Klage der Aktionärs minderheit, würde sich aber auch durch diesen Vorschlag an den wirklich entscheidenden Hürden der Anspruchsverfolgung (geringer Klageanreiz, Schwierigkeiten der Informationsbeschaffung zur Begründung des Zulassungs- bzw. Sondervertreterbestellungsantrags) nichts ändern.

Alle weitergehenden Reformvorschläge hat auch der Juristentag von 2014 zurückgewiesen. Dies gilt für den Vorschlag, dass künftig auch öffentliche Stellen (z.B. die BaFin) zur Anspruchsdurchsetzung befugt sein sollten,⁷⁸ ebenso wie für die Idee, die Aktionäre durch erfolgsabhängige „Fangprämien“

75 Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentags, 2014, Bd. II/2, S. N 215, Beschluss 13; ebenso zuvor der Gutachter *Bachmann* (Fn. 20), S. E 93, 105 f.; für ein Wahlrecht auch KölnKommAktG/*Rieckers/J. Vetter* (Fn. 29), § 148 Rdn. 100; in dieselbe Richtung BeckOGK/*Mock* (Fn. 29), § 148 AktG Rdn. 26; zuletzt auch die Vorschläge der VGR zum besonderen Vertreter (dazu sogleich im Text zu Fn. 83 ff.). Weitergehend *Gaschler* (Fn. 26), S. 280 ff., insbes. 285 f.: Zulassungsverfahren sollte nur noch auf die Bestellung eines besonderen Vertreters ausgerichtet sein, das Klagerrecht der Aktionäre mithin ersetzt werden (u.a. mit dem Argument, dass der während des Klageverfahrens ggf. nötig werdende Zugriff auf Informationen der AG aus Vertraulichkeitsgründen besser einem Sondervertreter als einer Aktionärs minderheit überantwortet werden kann).

76 Wohl zu Letzterem tendierend *Bachmann* (Fn. 20), S. E 93, 106 (5 oder 10 % des Grundkapitals); für dasselbe Quorum dagegen KölnKommAktG/*Rieckers/J. Vetter* (Fn. 29), § 148 Rdn. 100.

77 Neben der schon zum geltenden § 147 Abs. 2 AktG vieldiskutierten Frage der Informationsbefugnisse des Sondervertreters (dazu nur *Koch* [Fn. 39], § 147 Rdn. 26 ff. m.w.N.: „Abstandsgebot“ zur Sonderprüfung; *de lege ferenda Gaschler* [Fn. 26], S. 302 ff.) stellt sich u.a. die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen das eigentlich zuständige Gesellschaftsorgan nach gerichtlicher Bestellung des Sondervertreters noch die Möglichkeit haben soll, selbst anstelle des Sondervertreters Klage zu erheben.

78 Dafür *Hellwig*, FS Maier-Reimer, 2010, S. 201, 215 (BaFin); *Lutter*, FS Schneider, 2011, S. 763, 770 (Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung, die indes inzwischen aufgelöst ist); ablehnend Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentags, 2014, Bd. II/2, S. N 216, Beschlüsse 16 und 17; BeckOGK/*Mock* (Fn. 29), § 148 AktG Rdn. 30; KölnKommAktG/*Rieckers/J. Vetter* (Fn. 29), § 148 Rdn. 99; *Wagner*, ZHR 178 (2014) 227, 263 ff.

zur Anspruchsverfolgung zu incentivieren oder das Kostenrisiko weiter abzusenkten.⁷⁹ Auch Vorschläge, wie im Konzernrecht (§§ 309 Abs. 4, 317 Abs. 4, 318 Abs. 4 AktG) die *actio pro socio* auch ohne Klagezulassungsverfahren zu eröffnen⁸⁰ oder zumindest einzelne Zulassungsvoraussetzungen (namentlich Quorum und Vorbesitzerfordernis, § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AktG) abzuschaffen,⁸¹ hat der Juristentag jeweils mit deutlichen Mehrheiten abgelehnt. Ebenso wenig Erfolg hatte der Vorschlag, das auch nach erfolgreicher Klagezulassung fortbestehende Selbsteintrittsrecht der Gesellschaft (§ 148 Abs. 3 AktG) wegen seiner für die Aktionäre (angeblich) entmutigenden Wirkung zu beseitigen.⁸²

b) Die Vorschläge der VGR (2024)

Ähnlich wie die Beschlüsse des Juristentags verhalten sich auch die Vorschläge für eine „große Aktienrechtsreform“, die eine Arbeitsgruppe der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung (VGR) unlängst vorgestellt hat.⁸³ Die VGR-Vorschläge sehen im Zusammenhang mit einer grundsätzlichen Neuordnung der Bestimmungen zum besonderen Vertreter (§ 147 Abs. 2 AktG)

79 Näher dazu noch unter III. 2. b).

80 *Habersack* (Fn. 15), S. E 94f.; *ders.*, ZHR 177 (2013) 782, 793f.; *Wagner*, ZHR 178 (2014) 227, 238, 267f. Dieser Vorschlag hat auf dem Juristentag 2014 keine einzige Ja-Stimme erhalten; Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentags, 2014, Bd. II/2, Beschluss 12 b); ablehnend etwa auch *Bachmann* (Fn. 20), S. E 91f.; KölnKommAktG/*Rieckers/J. Vetter* (Fn. 29), § 148 Rdn. 97; jew. unter Hinweis darauf, dass die Verselbstständigung des Zulassungsverfahrens eine Linderung des Kostenrisikos der Antragsteller ermöglicht oder jedenfalls vereinfacht.

81 Gegen das Quorum *Habersack* (Fn. 15), S. E 94f.; *ders.*, ZHR 177 (2013) 782, 793f.; *Schmolke*, ZGR 2011, 398, 424f.; *Wagner*, ZHR 178 (2014) 227, 238, 267f.; *Gaschler* (Fn. 26), S. 238ff.; gegen das Vorbesitzerfordernis *Bachmann* (Fn. 20), S. E 93f.; GroßkommAktG/*G. Bezenberger/T. Bezenberger* (Fn. 8), § 148 Rdn. 67; *J. Vetter*, FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 1317, 1331f. Für Beibehaltung von Quorum und Vorbesitzerfordernis jedoch Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentags, 2014, Bd. II/2, S. N 215, Beschlüsse 12 a), e); für das Quorum auch *Dose* (Fn. 32), S. 253f.; KölnKommAktG/*Rieckers/J. Vetter* (Fn. 29), § 148 Rdn. 101f. m.w.N. und unter Hinweis auf den Zusammenhang mit § 142 Abs. 2 AktG. Für Absenkung des Quorums Gesetzesentwurf der AfD-Fraktion (Fn. 70), BT-Drs. 19/8233, S. 7, 10; GroßkommAktG/*G. Bezenberger/T. Bezenberger* (Fn. 8), § 148 Rdn. 65f.

82 Kritisch zum Selbsteintrittsrecht auch nach erfolgreicher Klagezulassung etwa *Bachmann* (Fn. 20), S. E 97f.; *Peltzer*, FS Schneider, 2011, S. 953, 959f., 963f.; für Beibehaltung der Regelung aber Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentags, 2014, Bd. II/2, S. N 215, Beschluss 12 f); GroßkommAktG/*G. Bezenberger/T. Bezenberger* (Fn. 8), § 148 Rdn. 53; KölnKommAktG/*Rieckers/J. Vetter* (Fn. 29), § 148 Rdn. 106.

83 Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (VGR), Reformbedarf im Aktienrecht, Vorschläge für eine große Aktienrechtsreform, 2024. Verf. gehörte der Arbeitsgruppe der VGR an, die die Vorschläge erarbeitet hat, allerdings nicht federführend in den Abschnitten zu §§ 147f. AktG.

ebenfalls vor, dass die Aktionäre unter den Voraussetzungen des § 148 Abs. 1 AktG berechtigt sein sollen, die gerichtliche Bestellung eines besonderen Vertreters zu beantragen.⁸⁴ Da dieses Recht offenbar neben die bestehende Regelung des § 148 Abs. 1 AktG treten soll, ergibt sich damit im Ergebnis wie nach dem Juristentagsbeschluss von 2014 ein Wahlrecht zwischen eigener Rechtsverfolgung durch die Aktionärsminderheit und Verfolgung durch einen besonderen Vertreter.⁸⁵ Im Übrigen sieht die VGR-Gruppe keinen Reformbedarf hinsichtlich der Aktionärsklage.⁸⁶

2. Skizzierung der eigenen Position

a) Ausgangspunkt

Hinter dieser Ablehnung weiterreichender Reformvorschläge steht ganz offensichtlich die Einschätzung, dass die geringe Anzahl von Zulassungsanträgen für sich allein noch kein Nachweis für ein gravierendes Durchsetzungsdefizit der Organhaftung ist. So verweist die VGR-Arbeitsgruppe darauf, dass dieser Umstand umgekehrt auch ein Beleg dafür sein könne, dass die bestehenden anderweitigen Durchsetzungsmechanismen in aller Regel ausreichen.⁸⁷ In der Tat wird die eingangs erwähnte, seinerzeit noch allseits geteilte Beobachtung von *Peter Ulmer*, dass die Organhaftung kaum verfolgt werde und sich daher in einem „Dornröschenschlaf“ befinde,⁸⁸ heute in dieser Zuspitzung niemand mehr unterschreiben. Auch wenn es nach wie vor an empirischen Untersuchungen fehlt, entspricht es doch allgemeiner Wahrnehmung, dass *ARAG/Garmenbeck*, aber auch der inzwischen übliche D&O-Versicherungsschutz dazu beigetragen haben, dass namentlich die Aufsichtsräte – häufig unterstützt von externen Beratern – mögliche Organhaftungsfälle viel intensiver prüfen und auch häufiger verfolgen als früher.⁸⁹ Die gestiegenen Aufwendun-

84 *Bayer/Roßkopf* in: VGR (Fn. 83), Rdn. 12.09 ff.; kritisch zu Änderungen des § 147 AktG aber *Beneke/Heidel/Lochner*, AG 2024, 528 Rdn. 38. Anders als nach § 148 Abs. 3 AktG soll das für die Anspruchsverfolgung eigentlich zuständige Gesellschaftsorgan nach dem VGR-Vorschlag offenbar nicht ohne weiteres die Möglichkeit haben, auf die von der Minderheit durchgesetzte Sondervertreterbestellung mit der Erhebung einer eigenen Klage zu reagieren. Vorgesehen ist nur die Möglichkeit, die gerichtliche Abberufung des Sondervertreters zu beantragen, wenn dessen Bestellung nicht mehr zweckmäßig ist; *Bayer/Roßkopf* in: VGR (Fn. 83), Rdn. 12.18 f.

85 Die Vorschläge der VGR-Arbeitsgruppe sind insoweit allerdings nicht widerspruchsfrei, da sie an anderer Stelle ein derartiges Wahlrecht ablehnen; *Bachmann/Goette* in: VGR (Fn. 83), Rdn. 11.50.

86 *Bachmann/Goette* in: VGR (Fn. 83), Rdn. 11.49 ff.

87 *Bachmann/Goette* in: VGR (Fn. 83), Rdn. 11.49.

88 *Ulmer*, ZHR 163 (1999) 290, 318.

89 Übereinstimmend von einer veränderten Verfolgungspraxis ausgehend etwa *Bachmann* (Fn. 20), S. E 12 ff.; *BeckOGK/Fleischer*, Stand: 1. 10. 2024, § 93 AktG Rdn. 7; *Koch* (Fn. 39), § 93 Rdn. 2; *Lutter/Krieger/Schneider* in: *Krieger/Schneider*, Hdb. Managerhaftung, 4. Aufl. 2023, Rdn. 1.25 ff.; *Backhaus/Tielmann/Theusin-*

gen der D&O-Versicherer und der damit einhergehende signifikante Anstieg der Versicherungsprämien⁹⁰ sowie die gewachsene Zahl der veröffentlichten Gerichtsentscheidungen zur Organhaftung⁹¹ belegen, dass es sich dabei nicht nur um eine gefühlte Veränderung handelt. Aber dieser Befund ändert gewiss nichts daran, dass man schon aus präventiven Gründen⁹² ergänzend auch eine nicht durch prohibitive Zugangshürden versperrte Aktionärsklagemöglichkeit für Fälle benötigt, in denen das reguläre Durchsetzungsregime – sei es auch nur ausnahmsweise – versagt.⁹³ Allein mit dem Hinweis auf die intensiver gewordene Verfolgungspraxis wird man sich der Reformfrage daher nicht entziehen können.

Die Möglichkeiten, die bisherigen Zugangshürden wirksam abzubauen, ohne zugleich Kollateralschäden zu verursachen, sind allerdings auch nach meinem Eindruck eng begrenzt. Wenn man etwas Substanzielles bewegen will, kommen nur die beiden Stellschrauben in Betracht, die bisher die Haupthindernisse für Klagezulassungsanträge darstellen, also die fehlenden Klageanreize einerseits und das Problem der Informationsbeschaffung andererseits.

b) Verstärkung der Klageanreize?

Was zunächst die Klageanreize betrifft, steht der Gesetzgeber ganz offenkundig vor einem Dilemma. Natürlich kann man den Erwartungswert einer Anspruchsverfolgung für die verfolgungswilligen Aktionäre leicht dadurch

ger/Dolff, Der Aufsichtsrat, 2. Aufl. 2023, § 116 AktG Rdn. 10ff. Nicht nachvollziehbar daher die Behauptung in dem Gesetzesentwurf der AfD-Fraktion (Fn. 70), BT-Drs. 19/8233, S. 1, dass die Organhaftung in der Praxis „kaum jemals schlagend“ werde; ganz ähnlich aber wieder Entschließungsantrag der AfD-Fraktion vom November 2019, BT-Drs. 19/15153, S. 51.

90 Aktuelle Zahlen dazu finden sich in einer Mitteilung des Gesamtverbands der Versicherer (GDV) v. 1. 10. 2024, „D&O-Versicherung: Manager werden öfter zur Kasse gebeten“ (www.gdv.de/gdv/themen/schaden-unfall/d-and-o-versicherung-manager-kosten-182564).

91 Detaillierte Auswertung bis 2005 bei *Ihlas*, D&O, 2009, S. 113 ff., 609 ff., der davon ausgeht, dass die Zahl der publizierten deutschen Entscheidungen zur Organhaftung in dem Zehnjahreszeitraum 1996–2005 um 261 % gegenüber den vorangehenden zehn Jahren (1986–1995) gewachsen ist, dabei allerdings nicht allein die AG betrachtet. Nach *Lochner* (Fn. 32), S. 3 Fn. 11, finden sich in den juristischen Datenbanken (Juris, Beck-Online) allein zwischen 2014 und 2019 ca. 250 Entscheidungen, die sich mit Fragen der Organhaftung nach § 93 AktG befassen. Freilich ist bei den Zahlen auch die zunehmende Publikationsdichte mitzubersichtigen.

92 Den Präventionseffekt betonend auch GroßkommAktG/G. *Bezenberger/T. Bezenberger* (Fn. 8), § 148 Rdn. 57 f.; ferner *Koch* (Fn. 39), § 148 Rdn. 3 a.E. Dagegen meinen *Grigoleit/ders./Rachlitz*, AktG, 2. Aufl. 2020, § 148 Rdn. 3, dass die „Sinnhaftigkeit der nur symbolischen Aktionärsklage insgesamt in Frage zu stellen“ sei.

93 Man denke dabei insbesondere auch an die Geltendmachung von Ansprüchen gegen (amtierende) Aufsichtsratsmitglieder, da der Vorstand kaum jemals gegen diese vorgehen wird; *J. Vetter* in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentags, 2014, S. N 171 f.

beeinflussen, dass man ihnen im Erfolgsfall einen Anspruch auf Belohnung („Fangprämie“) aus der Gesellschaftskasse gewährt. Vorgeschlagen worden ist etwa, ihnen einen Anteil an dem Betrag zuzusprechen, den sie oder auf ihr Betreiben die AG – falls diese die Klage nach erfolgreicher Klagezulassung selbst übernimmt (§ 148 Abs. 3 AktG) – erfolgreich eingeklagt oder durch Vergleich zugunsten der Gesellschaftskasse erzielt haben.⁹⁴ Andere wollen die Belohnung an dem Prozesskostenrisiko orientieren und den Klägern z.B. das Dreibis Fünffache der Prozesskosten zusprechen, die sie im Fall des Unterliegens hätten tragen müssen.⁹⁵ Aber der Nachteil solcher Incentivierungsmodelle liegt auf der Hand: Es wird sich nie perfekte Deckungsgleichheit zwischen dem Gesellschaftsinteresse und dem Interesse des individuellen Klägers herstellen lassen. Wenn der Anreiz auch nur etwas zu hoch angesetzt ist, provoziert man Klagezulassungsanträge auch in Fällen, in denen Aktionäre trotz fragwürdiger Erfolgsaussichten nur um des eigenen Verdienstes willen aktiv werden, so wie die Anwälte in vielen *derivative actions* in den USA. Ist der Anreiz dagegen zu niedrig, wird er praktisch wenig bewirken.⁹⁶ Angesichts dessen kann man die weit verbreitete Ablehnung gegenüber solchen Belohnungsmodellen verstehen. Bezeichnenderweise hat sich auf dem Juristentag von 2014 hierfür keine einzige Ja-Stimme gefunden.⁹⁷

Erwägen mag man allerdings, ob immerhin an den Kostenregelungen noch das eine oder andere Detail nachjustiert werden sollte, um das Kostenrisiko zu reduzieren. Die Spielräume, die von den Antragstellern bei Unterliegen im Zulassungsverfahren zu tragenden Kosten weiter abzusenken (z.B. durch weitere Begrenzung des Streitwerts),⁹⁸ sind allerdings begrenzt, wenn man die Kosten nicht auf die Allgemeinheit (durch unrealistisch niedrige Gerichtskosten

94 Dafür Gesetzesentwurf der AfD-Fraktion (Fn. 70), BT-Drs. 19/8233, S. 7, 11, § 148 Abs. 7 AktG-E (5 % des erfolgreich eingeklagten Betrags); zuvor bereits *Schmolke*, ZGR 2011, 398, 434 ff.

95 *Wagner*, ZHR 178 (2014) 227, 270 ff.; ihm folgend *Dose* (Fn. 32), S. 272; ähnlich *Gaschler* (Fn. 26), S. 325 ff.

96 Wie hier *J. Vetter* (Fn. 93), S. N 172; KölnKommAktG/*Rieckers/J. Vetter* (Fn. 29), § 148 Rdn. 108 a.E.

97 Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentags, 2014, Bd. II/2, S. N 215, Beschluss 12 h); gleichfalls ablehnend schon Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentags, 2000, Bd. II/2, S. O 228, Beschluss 6 b); aus dem Schrifttum neben den in Fn. 96 Genannten auch *GroßkommAktG/G. Bezenberger/T. Bezenberger* (Fn. 8), § 148 Rdn. 36 a.E., 60 ff.; *Bachmann* (Fn. 20), S. E 100 f.; *Habersack* (Fn. 15), S. E 95 f.; *Kanzow* (Fn. 35), S. 285 ff.

98 Für Einführung einer Streitwertspaltung nach dem Vorbild des § 247 Abs. 2 AktG *Habersack* (Fn. 15), S. E 96 (allerdings bezogen auf die von ihm befürwortete Einführung einer allgemeinen *actio pro socio* ohne vorausgehendes Zulassungsverfahren); ablehnend jedoch Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentags, 2012, Bd. II/2, S. N 235, Beschluss 22 d); KölnKommAktG/*Rieckers/J. Vetter* (Fn. 29), § 148 Rdn. 107; *Kahnert*, AG 2013, 663, 664 („würde zu einer Umlegung der Kosten des Zulassungsverfahrens auf die Allgemeinheit führen“).

ten) und die Gegenseite (durch Begrenzung der zu erstattenden Anwaltskosten auf ein unrealistisch niedriges Maß) abwälzen will. Eher schon kommt in Betracht, den Antragstellern im Fall des Obsiegens im Zulassungsverfahren immerhin eine Erstattung der Anwaltskosten auch insoweit zuzuerkennen, als sie zwar über dem RVG-Satz liegen, aber gleichwohl angemessen (marktüblich) sind.⁹⁹ Zudem ist es sicher nicht falsch vorzusehen, dass ein Kläger, der sich erfolgreich durch das Klagezulassungsverfahren gekämpft hat, im anschließenden Klageverfahren nicht auch noch mit der Vorfinanzierung der Kosten des Klageverfahrens belastet wird.¹⁰⁰ Nach Klagezulassung wird sich zwar das zuständige Gesellschaftsorgan (bei Verfolgung von Ansprüchen gegen den Vorstand also der Aufsichtsrat) in der Regel ohnehin veranlasst sehen, doch noch selbst zu klagen.¹⁰¹ Da dies aber für die verfolgungswilligen Aktionäre *ex ante* nicht sicher vorherzusagen ist, empfiehlt es sich gleichwohl, ihnen die Sorge vor einer drohenden Vorfinanzierung des Klageverfahrens von vornherein abzunehmen.

c) (Maßvolle) Erleichterung der Informationsbeschaffung

Lassen sich die Kostenrisiken somit lediglich in engen Grenzen abmildern, bleibt nur noch die zweite größere Stellschraube: die Möglichkeiten der Informationsbeschaffung der Aktionäre. Damit ist namentlich die schon erwähnte Sonderprüfung angesprochen.

Dass hier ein Defizit des geltenden Rechts – jedenfalls in seiner Auslegung durch die obergerichtliche Rechtsprechung – besteht, ist im Vorstehenden schon angedeutet worden. Wenn man den Aktionären im Klagezulassungsverfahren abverlangt, hinreichende Verdachtstatsachen zu präsentieren, und sie zur Informationsbeschaffung auf das Instrument der Sonderprüfung verweist, kann es m.E. nicht richtig sein, wenn man schon für die Sonderprüferbestellung denselben Verdachtsgrad – überwiegende Wahrscheinlichkeit einer groben Pflichtverletzung – verlangt wie anschließend im Klagezulassungsverfah-

⁹⁹ Dafür *Bachmann* (Fn. 20), S. E 99 (mit weiteren Vorschlägen); *Dose* (Fn. 32), S. 271; *Lochner*, FS Heidel, 2021, S. 547, 567; KölnKommAktG/*Rieckers/J. Vetter* (Fn. 29), § 148 Rdn. 107; *Sailer-Coceani* (Fn. 31), S. N 11, 26 (These 10 b).

¹⁰⁰ Dafür auch *Bachmann* (Fn. 20), S. E 99; *Dose* (Fn. 32), S. 271; *Kahnert*, AG 2013, 663, 664; *Sailer-Coceani*, (Fn. 31), S. N 11, 23; Karsten Schmidt/*Lutter/Spindler* (Fn. 16), § 148 Rdn. 60.

¹⁰¹ KölnKommAktG/*Rieckers/J. Vetter* (Fn. 29), § 148 Rdn. 525; GroßkommAktG/*G. Bezenberger/T. Bezenberger* (Fn. 8), § 148 Rdn. 267; vgl. auch Gegenäußerung der Bundesregierung zum UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 43 re. Sp.: „Der Entwurf geht davon aus, dass regelmäßig dann, wenn ein Landgericht (...) eine Haftungsklage gegen den Vorstand zugelassen hat, die Gesellschaft vertreten durch den Aufsichtsrat sich gezwungen sieht, selbst zu klagen.“ Zu der Streitfrage, ob (im Regelfall) auch eine entsprechende Verpflichtung des Aufsichtsrats anzunehmen ist, einerseits MünchKommAktG/*Arnold* (Fn. 29), § 148 Rdn. 84 ff.; andererseits *Koch* (Fn. 39), § 148 Rdn. 14; *ders.*, FS Hüffer, 2010, S. 447, 455 ff.

ren.¹⁰² Vielmehr muss zwischen beiden Instrumenten ein Stufenverhältnis bestehen: Da die Sonderprüfung die Sachlage erst aufklären soll, muss für die Einleitung dieses Verfahrens ein weniger hoher Verdachtsgrad genügen als später im Klagezulassungsverfahren. In der Literatur wird dies auch schon zum geltenden Recht verschiedentlich anerkannt,¹⁰³ aber das hilft den Aktionären wenig, solange die Rechtsprechung dem wie bisher nicht folgt. Hier könnte der Gesetzgeber also sinnvollerweise ansetzen und korrigierend eingreifen.

Allerdings muss man auch bei der (kostspieligen) Sonderprüfung dafür Sorge tragen, dass diese nicht vorschnell zulasten der Gesellschaft instrumentalisiert werden kann. Die bloße Möglichkeit einer qualifizierten Pflichtverletzung sollte daher auch künftig nicht für die gerichtliche Bestellung von Sonderprüfern genügen,¹⁰⁴ wohl aber sollten es Tatsachen, die eine erhebliche, aber noch nicht überwiegende Wahrscheinlichkeit einer groben Pflichtverletzung begründen.¹⁰⁵ Das wäre zugegeben kein großer Schritt, aber immerhin eine gewisse Erleichterung. Wenn man die Anforderungen an den Verdacht in diesem Sinne lockert, sollte man allerdings zugleich als Korrektiv nach dem Vorbild des § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG klarstellen, dass auch die Sonderprüferbestellung zu unterbleiben hat, wenn ihr überwiegende Interessen des Gesellschaftswohls entgegenstehen (z.B. weil die Kosten der Sonderprüfung zu dem aufzuklärenden Anlass außer Verhältnis stehen). Dies wird zwar schon zum geltenden Recht aus gutem Grund vielfach so vertreten,¹⁰⁶ in Rechtsprechung und Schrifttum aber bisher nicht durchweg anerkannt.¹⁰⁷

102 So aber die obergerichtliche Rechtsprechung und erhebliche Teile des Schrifttums; siehe nochmals die Nachw. in Fn. 34.

103 Deutlich *Harnos*, FS Heidel, 2021, S. 483, 494 ff.; *Bürgers/Lieder/Holzborn/Faulhaber* (Fn. 34), § 142 Rdn. 20.

104 So aber *Harnos*, FS Heidel, 2021, S. 483, 496 f.

105 Ähnlich schon zum geltenden Recht *Bürgers/Lieder/Holzborn/Faulhaber* (Fn. 34), § 142 Rdn. 20: nicht bloße Möglichkeit, aber nicht nur graduell weniger als überwiegende Wahrscheinlichkeit.

106 MünchKommAktG/*Arnold* (Fn. 29), § 142 Rdn. 139; *Koch* (Fn. 39), § 142 Rdn. 21; MünchHdbGesR VII/*Lieder*, 6. Aufl. 2020, § 26 Rdn. 133; GroßkommAktG/*Verse/Gaschler* (Fn. 34), § 142 Rdn. 237 f.; *Holle*, ZHR 182 (2018) 569, 592 ff.; im Erg. auch *Meinert*, ZHR 187 (2023) 671, 678 ff. (teleologische Reduktion des § 142 Abs. 2 AktG; dort auch Versuch einer Präzisierung der vorzunehmenden Abwägung der Gegengründe). Häufig wird stattdessen auch von „Verhältnismäßigkeitsprüfung“ gesprochen (siehe etwa OLG Düsseldorf ZIP 2010, 28, 30, 33 f.; OLG Stuttgart AG 2019, 527, 530; jeweils im Anschluss an Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 18), wobei allerdings nicht immer klar wird, ob damit genau derselbe Prüfungsmaßstab gemeint ist oder die Unverhältnismäßigkeit erst bei einem deutlichen (nicht nur einfachen) Überwiegen der Gegengründe erreicht sein soll. Richtigerweise sollte wie im Fall des § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG schon ein einfaches Überwiegen dem Antrag entgegenstehen; näher GroßkommAktG/*Verse/Gaschler* (Fn. 34), § 142 Rdn. 248 f. m.w.N.

107 Aus der Rechtsprechung zurückhaltend etwa OLG Celle NZG 2017, 1381, Rdn. 36 ff.; aus dem Schrifttum für Beschränkung auf den allgemeinen Miss-

IV. Resümee und Schlussbemerkung

Nach alledem lässt sich einerseits festhalten, dass das Klagezulassungsverfahren nach § 148 AktG nach wie vor kaum genutzt wird und sich auch der von (vermeintlich) findigen Anwälten ersonnene Ausweg, Aktionärsklagen stattdessen in den USA anhängig zu machen, aller Voraussicht nach als Sackgasse erweisen wird. Andererseits hat sich aber auch gezeigt, dass es trotz intensiver Reformdiskussion alles andere als leicht ist, den geltenden Rechtsrahmen so zu verbessern, dass die bestehenden Hürden wirksam abgebaut werden und damit die (insbesondere präventive) Funktion der Aktionärsklagemöglichkeit gestärkt wird, ohne zugleich bedenkliche Anreize für unwillkommene, nicht im Gesellschaftsinteresse liegende Klagezulassungsanträge zu setzen. Neben (Rand-)Korrekturen hinsichtlich der Verfahrenskosten sollte wie dargelegt aber wenigstens darauf gedrungen werden, die Schwierigkeiten der Aktionäre bei der Informationsbeschaffung abzumildern: Die übertrieben strengen Anforderungen, die die obergerichtliche Rechtsprechung an den für die Sonderprüferbestellung nach § 142 Abs. 2 AktG erforderlichen Verdacht einer groben Pflichtverletzung stellt (überwiegende Wahrscheinlichkeit), sind zu korrigieren; dem Stufenverhältnis zwischen vorbereitender Sonderprüfung und anschließender Anspruchsverfolgung nach § 148 AktG ist stattdessen durch eine Abstufung der Verdachtsgrade angemessen Rechnung zu tragen.

Lassen Sie mich zum Schluss noch einmal den Bogen zurück zu *Peter Ulmer* schlagen. Als junger Professor habe ich einmal einen Festschriftenbeitrag zu der Frage verfasst, welche Folgerungen man aus § 148 AktG für die *actio pro socio* im Personengesellschafts- und GmbH-Recht ziehen kann.¹⁰⁸ Diesen Beitrag habe ich damals *Peter Ulmer* zugeschickt. Einige Zeit später erhielt ich von ihm eine vielleicht schon altersmilde, aber jedenfalls sehr wohlwollende Rückmeldung. Es war einer meiner ersten Kontakte mit dem großen *Peter Ulmer*, und ein sehr erfreulicher. Auch deshalb war es mir ein Bedürfnis, zu dem hier gegebenen Anlass das Thema der Aktionärsklage aufzugreifen.

brauchseinwand *Fleischer*, NJW 2005, 3525, 3527; *Bürgers/Lieder/Holzborn/Faulhaber* (Fn. 34), § 142 Rdn. 21; *Junginger*, Die Sonderprüfung gem. §§ 142 ff. AktG, 2018, S. 152 ff.; gegen Übertragbarkeit des § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG auch *Grigoleit/ders./Rachlitz* (Fn. 92), § 142 Rdn. 23 ff.

108 *Verse*, FS Schneider, 2011, S. 1325.