

Die Aktionärsklage nach § 148 AktG

Anreizwirkungen *de lege lata* und Reformanregungen *de lege ferenda*

Dr. KLAUS ULRICH SCHMOLKE, LL.M. (NYU), Hamburg

Inhaltsübersicht

ZGR 2011, 398–442

I. Einführung	399
II. Anlass der Untersuchung – Die praktische Bedeutungslosigkeit der Aktionärsklage	401
1. Das Regelungsziel des § 148 AktG – Verbesserung der Haftungsdurchsetzung	401
2. Der Befund – Praktische Bedeutungslosigkeit der Aktionärsklage	402
3. Deutungsmöglichkeiten	403
III. Das Problem – Die Aktionärsklage als öffentliches Gut	404
1. Das allgemeine Klagekalkül nach dem theoretischen Standardmodell	404
2. Klagekalkül des Aktionärs und Kollektivhandlungsproblem der Aktionärsklage	406
3. Die Kostenregelung des § 148 Abs. 6 AktG	407
4. Die Handlungsanreize für den Klägervertreter	409
5. Zwischenfazit	410
IV. Die Gefahr des Klagemissbrauchs – Erfahrungen in den USA und ihr Niederschlag in den §§ 148, 149 AktG	411
1. Die U.S.-amerikanische derivative action und das Phänomen des „strike suit“	411
2. Missbrauchsvorkehrungen für die Aktionärsklage nach § 148 AktG im Vergleich	418
3. Zwischenfazit	422
V. Reformanregungen für eine bessere Anreizstruktur der Aktionärsklage	423
1. Zum Klagezulassungsverfahren	424
2. Besserer Zugang zu streiterheblichen Informationen durch besonderen Vertreter?	432
3. Einführung einer „Fangprämie“?	434
4. Stattdessen: Der Anwalt als Sachwalter der Gesellschaftsinteressen – Änderung der Anwaltsvergütung?	438
5. Obligatorische gerichtliche Vergleichsprüfung?	439
6. Änderung der Kostenregelung des § 148 Abs. 6 AktG?	440
VI. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	441

Die Aktionärsklage wurde im Jahr 2005 durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) eingeführt. Entgegen den Erwartungen des damaligen Reformgesetzgebers spielt sie bis heute praktisch keine Rolle. Der vorliegende Beitrag spürt den Gründen nach, warum die Regelung der §§ 148 f AktG ohne praktische Bedeutung geblieben ist. Er kommt zu dem Ergebnis, dass es an hinreichenden Anreizen der Aktionärminderheit zur gerichtlichen Geltendmachung des Gesellschaftsanspruchs fehlt. Demgegenüber hat der Gesetzgeber die Gefahr des Klagemissbrauchs überbewertet. An-

*knüpfend an diesen Befund untersucht der Beitrag, wie sich die praktische Wirksamkeit der Aktionärsklage steigern ließe. Er kommt zu dem Schluss, dass hierfür die bloße Verschlan-
kung der überbordenden Hürden des Klagezulassungsverfahrens nicht genügt. Vielmehr
bedarf es darüber hinaus positiver Anreize für das Tätigwerden der Aktionäre. Daher wird
die Einführung einer „Fangprämie“ für den aktiven Aktionärskläger vorgeschlagen, die an
den Klageerfolg und damit an das Gesellschaftsinteresse gekoppelt ist. Hierdurch ließe sich
die Aktionärsklage in ein effektives Corporate Governance-Instrument umformen.*

*In Germany, the shareholder derivative action was adopted by the Corporate Integrity and
Rescission Law Modernisation Act (Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung
des Anfechtungsrechts – UMAG) in the year of 2005. Contrary to the legislator’s expectations
the provisions of §§ 148 et seq. of the Stock Corporation Act (Aktengesetz – AktG) have
turned out to be effectively meaningless, and are thus still mere „law on the books“. In a first
step, this article searches for answers why this is so. It comes to the conclusion that the
shareholder derivative action in its present form lacks sufficient incentives to spur shareholder
activity. Compounding this, the legislator overstated the danger of non-meritorious strike
suits. Drawing on these findings, the article asks in a second step how a reform of the present
legal regime should look like in order to transform the German shareholder derivative action
into an effective corporate governance device. Since a mere lowering of procedural hurdles is
deemed to be insufficient to achieve this goal, an improvement of the shareholders’ incentives
to sue in meritorious cases is asked for. Therefore, it is proposed to empower the court to grant
a share of the damages awarded to the corporation as a premium to the shareholder who sued
on its behalf.*

I. Einführung

Als die Aktionärsklage durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)¹ im Jahre 2005 eingeführt wurde, zeichneten einige das Menetekel vom „Haftungstourismus“ an die Wand und sprachen vom „Öffnen der Büchse der Pandora“.² Die Mahner von damals können heute aufatmen. Denn die Erfahrung der letzten sechs Jahre hat gezeigt, dass die Regelung in §§ 148 f AktG keine Klageflut ausgelöst hat. Im Gegenteil: Die Aktionärsklage ist bis heute praktisch bedeutungslos geblieben.³ Es verwundert daher nicht, wenn im Zuge der juristischen Aufarbeitung der Finanzkrise die Stimmen lauter werden, die ein (fortdauerndes) Durchsetzungsdefizit von Haftungsansprüchen gegen Vorstände und Aufsichtsräte beklagen und dessen schleunige Behebung anmahnen.⁴ Zu diesem

1 BGBl. I 2005, S. 2802.

2 S. zu diesen Stimmen SEIBERT, NZG 2007, 841.

3 Die praktische Bedeutungslosigkeit der abgeleiteten Aktionärsklage ist kein rein deutsches, sondern offenbar ein europaweites Phänomen; s. GRECHENIG/SEKYRA, Int.Rev.L.&Econ. 31 (2011), 16 ff; vgl. auch MASOUIROS, ECL 7 (2010), 195 ff.

4 S. etwa die Bayerische Staatsministerin der Justiz und für Verbraucherschutz und Vorsitzende der Länder- und Arbeitsgruppe „Managerverantwortlichkeit“ der Bundesjustizministerkonferenz BEATE MERK in ihrer anlässlich des Vierten Hamburger Forums der Bucerius Law School am 25. Juni 2010 in Hamburg gehaltene Rede mit dem Thema

Zweck ist jüngst die Verjährung von Organhaftungsansprüchen auf zehn Jahre verlängert worden.⁵ Darüber hinaus hat man die stärkere Entflechtung von Vorstands- und Aufsichtsratsmandaten⁶ oder eine besondere Berichtspflicht des Aufsichtsrates gegenüber der Hauptversammlung⁷ vorgeschlagen. Die Frage nach weiterem Reformbedarf bezieht zunehmend auch die Aktionärsklage mit ein.⁸

Der vorliegende Beitrag untersucht, warum die Aktionärsklage bisher weitgehend „totes Recht“ geblieben ist. Hierauf aufbauend spürt er der Frage nach, wie sich die Aktionärsklage durch eine Verbesserung der Anreizstruktur der §§ 148 f AktG in ein praktisch wirksame(re)s Corporate Governance-Instrument umformen lässt.

„Managerverantwortung – weiterer Reformbedarf“. Das Redemanuskript ist online abrufbar unter: http://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/ministerium/ministerium/reden/2010/2010_06_25_managerverantwortung.pdf.

- 5 Diese von der Bundesjustizministerin in der Haushaltsdebatte des Bundestages vom 19. 1. 2010, Plenarprotokoll 17/14, S. 1204 f angekündigte Reformmaßnahme im Rahmen des Restrukturierungsgesetzes vom 9. 12. 2010 beschlossen, s. BGBl. I, 1900; s. zu deren Begr. RegE Restrukturierungsgesetz, BR-Drs. 534/10, S. 126 ff; s. hierzu BAUMS, ZHR 174 (2010), 593 ff; REDEKE, BB 2010, 910 ff; KEILUWEIT, GWR 2010, 445 ff; HARBARTH/JASPERS, NZG 2011, 368 ff.
- 6 S. Bericht der Länder- und Arbeitsgruppe „Managerverantwortlichkeit“ vom 19. Mai 2009, S. 1 f, online: http://www.justiz-bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/ministerium/ministerium/gesetzgebung/bericht_arbeitsgruppe_managerverantwortung_190509.pdf; vgl. auch den auf den Bericht der Arbeitsgruppe ergangenen Beschluss der 81. Justizministerkonferenz am 23. und 24. Juni 2010 in Hamburg, online: http://www.justiz.nrw.de/JM/justizpolitik/jumiko/beschluesse/2010/fruehjahrskonferenz10/I_4.pdf.
- 7 So sehen die Vorschläge der Länder- und Arbeitsgruppe „Managerverantwortlichkeit“ der Bundesjustizministerkonferenz auch eine Berichtspflicht des Aufsichtsrats gegenüber der Hauptversammlung über Feststellungen und Maßnahmen zu Sachverhalten vor, in denen der Aufsichtsrat Schadensersatzansprüche gegen Mitglieder des Vorstands geprüft hat und zu dem Ergebnis gekommen ist, eine Haftung des Vorstands bestehe.
- 8 S. PELTZER, FS Uwe H. Schneider, 2010, S. 953 ff; bereits zuvor DERS., NZG 2010, 976, 977; LUTTER, FS Uwe H. Schneider, 2010, S. 763 ff; ferner BACHMANN, Referat zum 68. DJT, 2010, Thesen II.6. und IV.2.a), b); zu diesem SPINDLER, AG 2010, 601, 608. S. aber auch G. BEZZENBERGER/T. BEZZENBERGER, in: Großkomm. z. AktG, 4. Aufl., 2008, § 148 Rdn. 22, die das Regime der Aktionärsklage für „gut gelungen“ halten. In der Schweiz hat der Fall UBS ebenfalls zu einer Diskussion um die notwendige Reform der jedenfalls im Hinblick auf Publikums-AGs weitgehend bedeutungslosen Aktionärsklage geführt; s. dazu nur NZZ vom 16. 10. 2010, S. 29.

II. Anlass der Untersuchung – Die praktische Bedeutungslosigkeit der Aktionärsklage

1. Das Regelungsziel des § 148 AktG – Verbesserung der Haftungsdurchsetzung

Die durch das UMAG neu eingeführte Aktionärsklage hat ebenso wie der aktuelle § 147 AktG zum Ziel, die praktische Durchsetzung der Ersatzansprüche der Gesellschaft aus Gründung und Nachgründung (§§ 46 bis 48, 53 AktG), aus unzulässiger Einflussnahme (§ 117 AktG) sowie namentlich aus der Geschäftsführung gegen ihre Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder (§§ 93, 116 AktG) zu erleichtern. Die Haftungsdurchsetzung wäre ohne besondere Vorkehrungen vielfach gefährdet, weil die Vertretung der Gesellschaft bei Vorstand oder Aufsichtsrat liegt (§ 78 bzw. 112 AktG) und die Verwaltungsorgane in der Gefahr stehen, das Gesellschaftsinteresse hinter das eigene Interesse zurücktreten zu lassen. Es kann typischerweise nicht erwartet werden, dass derjenige Ansprüche verfolgt, der dem Ersatzpflichtigen kollegial oder geschäftlich verbunden, ihm für seine eigene Bestellung zu Dank verpflichtet ist, oder der Gefahr läuft, dass im Verfahren seine eigenen Versäumnisse aufgedeckt werden.⁹ Zugleich soll aber auch der Gefahr missbräuchlicher Klagen vorgebeugt werden.¹⁰

Mit der gleichen Zielsetzung war bereits durch das KonTraG¹¹ in § 147 Abs. 3 AktG a. F. ein Verfolgungsrecht der Aktionärsminorität neben der Möglichkeit des Klageverlangens einer Minorität, deren Anteile zusammen 10% des Grundkapitals erreichen (§ 147 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 AktG a. F.), eingeführt worden.¹² Danach konnten Aktionäre, deren Anteile zusammen 5% des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von 500.000 Euro erreichten, für den Fall, dass der Anspruch nicht nach § 147 Abs. 1 AktG geltend gemacht wurde, vom Gericht die Bestellung eines oder mehrerer besonderer Vertreter verlangen, wenn Tatsachen vorlagen, die den dringenden Verdacht rechtfertigten, dass der Gesellschaft durch Unredlichkeit oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder der Satzung Schaden zugefügt worden war. Die anhaltende

9 Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 19 f; dort mit direktem Bezug zu § 147 Abs. 3 AktG i. d. F. des KonTraG.

10 Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 20 re.Sp. S. zu den einzelnen Maßnahmen der §§ 148 f AktG zur Abwehr allfälliger Missbrauchsgefahren ausführlich unten unter IV.2.b).

11 Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 27. 4. 1998, BGBl. I S. 768.

12 S. zu Ursprung und Entwicklung des Minderheitenverlangens etwa die Darstellungen bei SIEMS, ZVglRWiss 104 (2005), 376, 377 f; MOCK, in: Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., 2010, § 147 Rdn. 2, 3 und § 148 Rdn. 4.

Kritik¹³ an diesem Verfolgungsrecht mündete in der Abschaffung der Minderheitenrechte nach § 147 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 und § 147 Abs. 3 AktG und in der Einführung der neuen §§ 148 f AktG, die eine weitere Erleichterung der Verfolgung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft durch die Aktionärsminorität zum Ziel hatten.¹⁴

2. Der Befund – Praktische Bedeutungslosigkeit der Aktionärsklage

Die in der Regierungsbegründung artikulierten Sorgen vor Missbräuchen der neuen Aktionärsklage¹⁵ haben sich nicht bestätigt. Im Gegenteil, bis dato sind lediglich drei Fälle veröffentlicht worden, in denen das neue Verfahren nach §§ 148 f AktG eine Rolle gespielt hat¹⁶: In dem ersten Fall vor dem Hanseatischen OLG Hamburg ging es lediglich um die vom Gericht verneinte Frage, ob der Austausch eines bestellten besonderen Vertreters der Aktionärsminorität zur gerichtlichen Geltendmachung von Ersatzansprüchen auf deren Verlangen gegen Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats gem. §§ 147 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, 147 Abs. 2 Satz 1 AktG a. F. in einem laufenden Verfahren nach Abschaffung des Minderheiteninitiativrechts des § 147 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 AktG a. F. und Ersetzung der Klage eines besonderen Vertreters durch das selbständige Klagerecht der Minorität nach § 148 Abs. 1 Satz 1 AktG

13 S. für eine Zusammenfassung der Kritik Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 20 sowie den ausführlicheren Überblick bei BAUMS, Gutachten F für den 63. DJT, 2000, S. 246 ff.

14 S. Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 20 re.Sp. Damit folgte der Gesetzgeber im Wesentlichen den Empfehlungen der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 63. Deutschen Juristentages in Leipzig 2000 [s. Ständige Deputation des deutschen Juristentags (Hrsg.), Verhandlungen des 63. DJT, Beschlüsse der Abteilung Wirtschaftsrecht, 2000, O 79–82] und dem diese weitgehend abbildenden Bericht der Regierungskommission Corporate Governance [s. BAUMS, Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001, Rdn. 72 f].

15 S. Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 20: „Der Schwellenwert von 100.000 Euro ist niedrig und kann nur im Zusammenhang mit den weiteren Einschränkungen und Sicherungen [...] verstanden und vertreten werden. Jedenfalls wird die Bundesregierung nach einem Inkrafttreten sehr aufmerksam beobachten“.

16 So jedenfalls das Ergebnis einer juris-Recherche vom 27. Juni 2011; s. auch WINNEN, Die Innenhaftung des Vorstandes nach dem UMAG, 2009, S. 447. Darüber hinaus hat es mindestens zwei Aufforderungen im elektronischen Aktionärsforum gegeben, sich an einer Haftungsklage zu beteiligen. Diese haben aber in beiden Fällen nicht zur Antragstellung bzw. Klageerhebung geführt, s. dazu SEIBERT, NZG 2007, 841, 842; ferner WINNEN, Die Innenhaftung des Vorstandes nach dem UMAG, 2009, S. 447 ff. Größeren Zuspruch erfährt in der Praxis demgegenüber offenbar der Antrag auf Bestellung eines Sonderprüfers nach § 142 Abs. 2 AktG; vgl. TRÖLITZSCH/GUNSSER, AG 2008, 833, 833, 835 a. E.; BALTHASAR/HAMELMANN, WM 2010, 589, 592; MÜLLER-MICHAELS/WINGERTER, AG 2010, 903 ff. Für eine prominente Aktionärsklage nach §§ 317 Abs. 4 i. V. m. 309 Abs. 4 AktG s. BGH, Urt. v. 3. 3. 2008 – II ZR 124/06, NJW 2008, 1583.

noch in Betracht kommt.¹⁷ Auch der zweite, vom OLG München entschiedene Fall betraf eine durch einen besonderen Vertreter erhobene Klage, welche die betroffene Gesellschaft später selbst verfolgte, so dass das OLG § 148 Abs. 3 Satz 2 AktG analog anwandte.¹⁸ Über das bislang einzige (öffentlich gewordene) Klagezulassungsverfahren nach § 148 Abs. 1 Satz 1 AktG hatte das LG München I zu entscheiden.¹⁹ In der Sache ging es um einen angeblichen Verstoß gegen § 87 Abs. 1 AktG wegen überhöhter Vorstandsvergütung. Das Gericht wies den zulässigen Klagezulassungsantrag als unbegründet ab, da es die Voraussetzungen von § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG als nicht gegeben ansah.

Es lässt sich mithin festhalten: Die Aktionärsklage und der ihr vorgeschaltete Klagezulassungsantrag spielen vor Gericht bisher praktisch keine Rolle!

3. Deutungsmöglichkeiten

Dieser Befund lässt nun zwei ganz unterschiedliche Schlussfolgerungen zu: Zum einen könnte man aus der forensischen Bedeutungslosigkeit den Schluss ziehen, dass die §§ 148 f AktG perfekt funktionieren. Denn die Einführung der Aktionärsklage sollte schließlich nicht „massenhaft Haftungsklagen durch Minderheitsaktionäre generieren, sondern durch den Druck *möglicher* Haftungsklagen den Aufsichtsrat dazu [...] bewegen, solche Klagen selbst ernsthafter zu erwägen“²⁰. Die wirksame Präventivwirkung der Aktionärsklage könnte demnach deren forensische Bedeutungslosigkeit erklären.²¹

Zum anderen – und zumindest intuitiv naheliegender – lässt sich die beschriebene Datenlage als Zeugnis dafür interpretieren, dass – wie schon zuvor das KonTraG – auch das UMAG darin gescheitert ist, mit seiner Neuregelung der Verfolgungsrechte der Minderheit ein praktisch wirksames Corporate Governance-Instrument zur Verbesserung der Durchsetzung von Haftungsansprüchen gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder zu installieren. Die §§ 148 f AktG erscheinen demnach als „totes Recht“. Auf dieser Deutungslinie liegt die verbreitete Einschätzung, dass die Organwalterhaftung in der Aktiengesellschaft auch nach der UMAG-Reform weiterhin an einem Durchsetzungsdefizit leidet, auch wenn Haftungsklagen der Gesellschaft, vertreten durch ihren Aufsichtsrat, gegen Vorstandsmitglieder und vice versa in letzter Zeit zuge-

17 OLG Hamburg, Beschluss vom 19. 1. 2007 – 11 Wx 33/06, AG 2007, 331. S. dazu HAPP, FS Westermann, 2008, S. 971, 972 ff.

18 OLG München, Beschluss v. 21. 10. 2010 – 7 W 2040/10, ZIP 2010, 2202.

19 LG München I, Beschluss vom 29. 3. 2007 – 5HK O 12931/06, AG 2007, 458 = EWiR § 87 AktG 1/07 (Kort); dazu SPIEKERMANN, CCZ 2008, 158 ff.

20 SEIBERT, NZG 2007, 841, 842 (Herv. nur hier).

21 Angesichts der unzureichenden Datenlage ohne eigene Einschätzung SEIBERT, NZG 2007, 841, 842.

nommen zu haben scheinen.²² Diese Deutung liegt auch den zahlreichen, eingangs angesprochenen Reformüberlegungen der Politik²³ zugrunde.

III. Das Problem – Die Aktionärsklage als öffentliches Gut

Warum kommen Aktionärsklagen praktisch nicht vor? Welche der beiden möglichen Deutungen ist die richtige? Einen ersten Schritt zur Klärung dieser Frage verspricht ein Blick auf die Anreize des Gesellschafters zur klageweisen Geltendmachung von Ansprüchen seiner Gesellschaft.

1. Das allgemeine Klagekalkül nach dem theoretischen Standardmodell

a) Klageerhebung bei positivem Erwartungswert

Die Frage, wann ein potentieller Kläger Klage erhebt und wann nicht, lässt sich im Ausgangspunkt mit einem recht einfachen rechtsökonomischen Grundmodell beantworten: Sieht man das „Ob“ der Klageerhebung als rein finanzielle Entscheidung an, dann erhebt ein potentieller Kläger nur Klage, wenn der Erwartungswert des Rechtsstreits höher ist als dessen erwartete Kosten.²⁴ Der Erwartungswert des Rechtsstreits wird dabei aus dem Produkt von Erfolgswahrscheinlichkeit und Wert des Richterspruchs im Erfolgsfall gebildet, die erwarteten Kosten aus dem Produkt der Unterliegenswahrscheinlichkeit und den diesfalls anfallenden Kosten.²⁵ Das Gesagte lässt sich anhand folgenden Rechenbeispiels²⁶ illustrieren: Die Kosten des Rechtsstreits betragen für den Kläger € 1.000, für den Beklagten € 1.500. Der Kläger schätzt den Wert der Gerichtsentscheidung im Erfolgsfall auf € 10.000. Schätzt er zudem die Erfolgswahrscheinlichkeit mit 75% ein, dann beträgt der Erwar-

22 S. etwa PELTZER, FS U.H. Schneider, 2010, S. 953 ff; DERS., NZG 2010, 976, 977; LUTTER, FS Uwe H. Schneider, 2010, S. 763, 764 ff; HELLWIG, FS Maier-Reimer, 2010, S. 201, 213 f; zurückhaltend hingegen BAUMS, ZHR 174 (2010), 593, 594.

23 S. dazu oben unter I.

24 S. etwa SHAVELL, 11 J. Legal Stud. 55, 58–59 (1982); ferner LEMOS, 95 Min.L.Rev. 782, 796 (2011); sowie bereits ADAMS, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, 1981, S. 4 ff.

25 Dies kann man mit SHAVELL, 11 J. Legal Stud. 55, 58 n. 15 und 16 (1982) auch formal ausdrücken: Setzt man P als die (subjektive Einschätzung) der Erfolgswahrscheinlichkeit des Klägers, w als den geschätzten Wert der Entscheidung im Erfolgsfall, x als die eigenen Kosten des Rechtsstreits und y als die Kosten des Beklagten, dann würde der Kläger bei Geltung des deutschen Kostenrechts („British Rule“) klagen, wenn $Pw > (1-P)(x + y)$. Bei unterstellter Risikoneutralität ist die Größe der Wahrscheinlichkeiten bei gleichem Produktwert ohne Bedeutung. Für einen Vergleich der Anreizwirkungen des U.S.-amerikanischen Kostenrechts („American Rule“) und der auch bei uns geltenden sog. „British Rule“, s. wiederum SHAVELL, 11 J. Legal Stud. 55, 59–60 (1982).

26 Dieses ist ebenfalls von SHAVELL, 11 J. Legal Stud. 55, 58–59 (1982).

tungswert des Rechtsstreits € 7.500 ($0,75 \times € 10.000$). Dieser Wert ist höher als die erwarteten Kosten von € 625 ($0,25 \times € 2.500$). Der Kläger würde also klagen. Bei einer geschätzten Erfolgswahrscheinlichkeit von nur 5% würde er hiervon absehen, da der Erwartungswert der Klage mit € 500 ($0,05 \times € 10.000$) niedriger ist als die erwarteten Kosten von € 2.375 ($0,95 \times € 2.500$).

b) Die Entscheidung für oder gegen einen Vergleich nach Klageerhebung

Hat der Kläger aufgrund des vorstehenden Kalküls Klage erhoben, stellt sich die weitere Frage, ob er mit der Gegenpartei einen Vergleich schließen wird oder den Prozess ausficht. Die Antwort hierauf lautet für den rational nutzenmaximierenden²⁷ Kläger: Er schlägt einen Vergleich aus und lässt es auf eine gerichtliche Entscheidung ankommen, wenn (und nur wenn) seine Schätzung des Erwartungswerts des Richterspruchs die Einschätzung des Beklagten um mindestens die Summe der bei Kläger und Beklagtem anfallenden Prozesskosten übersteigt.²⁸ In diesem Fall ist kein Betrag denkbar, dessen vergleichsweise Zahlung an den Kläger sowohl der Beklagte als auch der Kläger einer Entscheidung durch den Richter vorziehen würden. Hierzu wieder ein an obigen Fall anknüpfendes Beispiel nach *Shavell*²⁹: Gehen beide Parteien gleichermaßen von einer Erfolgswahrscheinlichkeit von 50:50 aus, werden sie sich vergleichen. Der Nettoerwartungswert eines Richterspruchs betrüge für den Kläger € 3.750 ($€ 5.000 [= 0,5 \times € 10.000]$ abzüglich der erwarteten Kosten des Rechtsstreits von € 1.250 [$= 0,5 \times € 2.500$]). Der vom Beklagten erwartete Verlust einer richterlichen Entscheidung betrüge demgegenüber € 6.250 ($€ 5.000 + 0,5 \times € 2.500$). Der Vergleichsbetrag läge mithin innerhalb des Intervalls von € 3.750 bis € 6.250. Ginge der Kläger hingegen von einer Erfolgswahrscheinlichkeit von 80% aus, dann betrüge die Differenz zwischen seiner Einschätzung des Erwartungswertes der richterlichen Entscheidung und derjenigen des Beklagten € 3.000 und wäre damit höher als die Summe der von beiden erwarteten Kosten von € 500 ($0,2 \times € 2.500$) und € 1.250 ($0,5 \times € 2.500$), also € 1.750. Ein Vergleich scheitert, weil der Kläger mindestens € 7.500 ($€ 8.000 - € 500$) verlangen wird, der Beklagte aber nur maximal € 6.250 ($€ 5.000 + € 1.250$) zu zahlen bereit ist.

27 Zu verhaltensökonomischen Erklärungsansätzen für das Scheitern eines für beide Seiten nützlichen Vergleichs s. beispielhaft BABCOCK/LOEWENSTEIN, in: Sunstein (ed.), *Behavioral Law & Economics*, 2000, S. 355 ff.

28 S. nur SHAVELL, 11 J. Legal Stud. 55, 64 (1982). Formal: Setzt man Q als die Einschätzung des Beklagten von der Wahrscheinlichkeit, dass der Kläger den Prozess gewinnt, und w' als den von ihm geschätzten Betrag, den er diesfalls zu zahlen hätte, dann würde der Kläger den Prozess ausfechten, wenn $Pw - Qw' = (1 - P)(x + y) + Q(x + y)$.

29 SHAVELL, 11 J. Legal Stud. 55, 65 (1982).

2. Klagekalkül des Aktionärs und Kollektivhandlungsproblem der Aktionärsklage

Die Frage, ob ein Aktionär einen Anspruch seiner Gesellschaft im eigenen Namen einklagt, beantwortet sich ebenso wie für jeden anderen Kläger danach, ob die Klageerhebung für ihn einen positiven Nettoerwartungswert hat. Es gilt also auch hier: Ist der Wert der erfolgreichen Klage für den Aktionär multipliziert mit seiner Einschätzung von deren Erfolgswahrscheinlichkeit höher als die Gesamtkosten des Rechtsstreits multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit des Unterliegens, wird der Aktionär klagen.³⁰

Der große Unterschied zur Klage aus eigenem Anspruch auf Leistung an sich selbst besteht darin, dass der Beklagte bei erfolgreicher Klage zur Leistung an die Gesellschaft als der Anspruchsinhaberin verurteilt wird (vgl. § 148 Abs. 4 Satz 2 AktG). Der Aktionär partizipiert am Klageerfolg mithin nur entsprechend seiner Beteiligung an der Gesellschaft, während er – sieht man zunächst einmal von der besonderen Kostenregelung des § 148 Abs. 6 AktG³¹ ab – das Kostenrisiko zur Gänze trägt. Hieraus folgt: Je kleiner die Beteiligung an der Gesellschaft ist, desto geringer ist *ceteris paribus* der Anreiz zur Klageerhebung.³² Splitteraktionären einer großen börsennotierten Aktiengesellschaft in Streubesitz fehlt daher in der Regel selbst bei sehr großen Klagesummen der Anreiz zur Klageerhebung.³³ Dies gilt umso mehr, als der Streitwert der Klage auch auf der Kostenseite zu Buche schlägt.³⁴

30 S. zum allgemeinen Klagekalkül soeben unter III.1.a).

31 Dazu sogleich unter III.3.

32 S. zur Anreizstruktur des zugunsten seiner Gesellschaft klagenden Aktionärs etwa VAN AAKEN, *RebelsZ* 68 (2004), 288, 315 ff, 320 ff. Dies ließe sich wiederum in Erweiterung der in Fn. 24 beschriebenen Formel formal wie folgt fassen: Setzt man s als den durch die Aktienbeteiligung des Klägers vermittelten Anteil am Gesellschaftsvermögen c , so würde der Aktionär nur dann Klage erheben, wenn $s/c(PW) > (1-p)(x + y)$.

33 Angesichts der nach § 148 Abs. 1 Satz 1 AktG erforderlichen Mindestbeteiligung für die Beantragung des vorgeschalteten Klagezulassungsverfahrens stellt sich die Frage für deren *alleiniges* Vorgehen für die Sache der Gesellschaft *de lege lata* ohnehin nicht. Die Gesetzesbegründung führt hierzu lapidar aus: „Mit diesem Schwellenwert sollen Klagen verhindert werden, bei denen der Grund und die Motivation der Klage nicht ernsthaft aus der wirtschaftlichen Beteiligung an der Gesellschaft hergeleitet werden kann“; s. Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 20 re. Sp. S. zum rationalen Verzicht des einzelnen Aktionärs auf die Erhebung einer abgeleiteten Aktionärsklage im gesamt-europäischen Kontext auch KALSS, *ZSR* 2005 II, 643, 669; ferner jüngst MASOUIROS, *ECL* 7 (2010), 195, 202.

34 Das schweizerische Aktienrecht legt für die Berechnung des Streitwerts der Aktionärsklage nach Art. 756 Abs. 1 OR in der Tat die gesamte Gesellschaftsforderung zugrunde und belastet den klagenden Aktionär – jedenfalls im Grundsatz – uneingeschränkt mit dem Prozesskostenrisiko (arg. e Art. 756 Abs. 2 OR). Dies wird als ein maßgeblicher Grund für die verschwindend geringe Zahl von Aktionärsklagen bei Publikumsgesell-

Sind danach die Anreize zur Erhebung der Aktionärsklage bereits gering, so werden diese noch weiter dadurch reduziert, dass die Klageerhebung ein öffentliches Gut (*public good*) ist. Denn die erfolgreiche Klage kommt den passiven Aktionären in gleicher Weise zugute wie dem Kläger, ohne dass sie die erwartbaren Kosten des Rechtsstreits, d. h. das Kostenrisiko, zu tragen hätten. Dementsprechend besteht ein Anreiz, von der Klage abzusehen und als Trittbrettfahrer auf die Klage eines anderen Aktionärs zu warten (sog. *free rider-Problem*).³⁵

Die beiden Phänomene des nur anteiligen Nutzens bei alleiniger Kostentragung und des *free rider*-Problems werden gemeinhin unter dem Begriff des *Kollektivhandlungsproblems* zusammengefasst und begründen die häufig rationale Apathie des einzelnen Aktionärs.³⁶ Diese Problematik gilt vielfach auch für institutionelle Aktionäre, obwohl diese aufgrund ihrer regelmäßig größeren Beteiligung und der Streuung des Abschreckungseffekts über eine Vielzahl von Portfoliogesellschaften regelmäßig einen höheren Nutzen an der Klageerhebung und aufgrund von Skaleneffekten wohl auch geringere Kosten zu gewärtigen hätten. Denn für die Akquise neuer Kunden müssen sie die durch ihre Konkurrenten erzielten Gewinne übertreffen. Dies wird ihnen durch eine aktive Strategie häufig deshalb nicht gelingen, wenn und weil die Wettbewerber an denselben Portfoliogesellschaften beteiligt sind. Auch der institutionelle Anleger bleibt dann also zum Schaden seiner Kunden rationaler Weise passiv.³⁷

3. Die Kostenregelung des § 148 Abs. 6 AktG

Das beschriebene Kollektivhandlungsproblem traktiert die Regelung der §§ 148 f AktG, indem sie den klagenden Aktionären einen Anspruch auf Erstattung der von ihnen zu tragenden Prozesskosten einschließlich der Kosten für das Zulassungsverfahren³⁸ gegen die Gesellschaft gewährt, wenn sie im Klageprozess ganz oder teilweise unterliegen (§ 148 Abs. 6 Satz 5 AktG). Die Gesetzesmaterialien begründen diese Zuweisung des Prozessrisikos an die Gesellschaft damit, dass „die Zulassung der Klage durch das Prozessgericht – zumal im Hinblick auf die Voraussetzung nach § 148 Abs. 1 Satz 2

schaften angesehen; vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, 4. Aufl., 2009, § 18 Rdn. 231 sowie die Ausführungen zur aktuellen Reformdiskussion in NZZ vom 16. 10. 2010, S. 29.

35 S. statt vieler VAN AAKEN, *RebelsZ* 68 (2004), 288, 317 f; MOCK, aaO (Fn. 12), § 148 AktG Rdn. 11; SIEMS, *ZVglRWiss* 104 (2005), 376, 386.

36 S. hierzu im Zusammenhang mit dem Abstimmungsverhalten der Aktionäre SCHMOLKE, *ZGR* 2007, 701, 707 f.

37 S. hierzu und zu weiteren Gründen für die Passivität traditioneller institutioneller Investoren SCHMOLKE, *ZGR* 2007, 701, 719 ff m. w. N.

38 S. Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092 S. 23.

Nr. 2 – ein sehr starkes Indiz dafür ist, dass die Klageerhebung im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft liegt“.³⁹

Allerdings muss die Aktionärsminderheit zunächst das vorgeschaltete Klagezulassungsverfahren passieren, um Klage erheben zu können und damit in den Genuss des Erstattungsanspruchs nach § 148 Abs. 6 Satz 5 AktG zu kommen. *Hierfür* tragen aber gem. § 148 Abs. 6 Satz 1 AktG die antragstellenden Aktionäre das Kostenrisiko, sofern nicht die Ausnahme des § 148 Abs. 6 Satz 2 AktG vorliegt. Begründet wird diese Risikozuweisung damit, dass „es noch an jeder Vorprüfung durch das Prozessgericht fehlt, die Höhe des vom Gericht entsprechend § 3 ZPO festzusetzenden Streitwerts überschaubar sein wird und nicht Anreize zu ‚kostenlosem‘ Austesten der Erfolgsaussichten gegeben werden sollen.“ Vielmehr sollte der Antragsteller „sich in diesem Stadium über die Validität des Verdachts ausreichend gewiss sein.“⁴⁰

Richtig hieran ist, dass der für das Kostenrisiko maßgebliche Streitwert entsprechend dem Interesse des Aktionärs an der Geltendmachung der Ersatzansprüche festzusetzen ist.⁴¹ Der Streitwert entspricht daher dem Produkt aus dem Anteil der antragstellenden Aktionäre am Grundkapital der Gesellschaft und der Höhe des Ersatzanspruchs, ist aber auf € 500.000 begrenzt (s. § 53 Abs. 1 Satz 2 GKG).⁴² Freilich wird damit nur *einem* Aspekt des Kollektivhandlungsproblems Rechnung getragen.⁴³ So ist ungeachtet des Kostenrisikos fraglich, ob das wirtschaftliche Eigeninteresse der Aktionärsminderheit allein ausreicht, damit diese zur Tat schreitet.⁴⁴ Auch bleibt das zur Passivität anhaltende *free rider*-Problem bestehen. Ihm entgegenwirkenden Sondervorteil-

39 Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092 S. 23 f.

40 Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092 S. 23; gleichwohl ein hohes Prozessrisiko konstatieren LUTTER, FS Uwe H. Schneider, S. 763, 765 f.; HELLWIG, FS Maier-Reimer, S. 201, 214.

41 Unstr., s. etwa MEILIKE/HEIDEL, DB 2004, 1479, 1482; TRETTER, in Schüppen/Schaub, Münchener Anwalts-Handbuch Aktienrecht, 2. Aufl., 2010, § 41 Rdn. 66.

42 TRETTER, aaO (Fn. 41), § 41 Rdn. 66; MOCK, aaO (Fn. 12), § 148 AktG Rdn. 97. Diese Bestimmung des Streitwertes führt also im Sinne der in Fn. 31 benutzten Nomenklatur zu einer Abhängigkeit der Kosten x und y von der Beteiligungsgröße s/c. Allgemein zur Bedeutung des Streitwertes für die Klage- und Vergleichsbereitschaft ADAMS, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, 1981, S. 32 ff.

43 Vgl. auch Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092 S. 20 re.Sp.: „Das Klagezulassungsverfahren soll der Minderheit die Möglichkeit verschaffen, einen ex ante aussichtsreichen Prozess in die Wege zu leiten, ohne das Risiko tragen zu müssen, im (späteren) Rechtsstreit mit dessen Kosten belastet zu werden.“

44 S. auch THÜMMEL, in: Gottwald (Hrsg.), Europäisches Insolvenzrecht – kollektiver Rechtsschutz, 2008, S. 235, 246 f.; PELTZER, FS Uwe H. Schneider, S. 953, 957. In diesem Zusammenhang sind auch ungeachtet der Verteilung des Kostenrisikos beim Aktionärskläger verbleibende, weil nicht ersatzfähige Kosten zu bedenken, wie etwa der Zeitaufwand oder die Kosten der Faktensammlung. S. dazu KALSS, ZSR 2005 II, 643, 669.

len für die aktiven Aktionäre steht die *lex lata* ausweislich der §§ 148 Abs. 6 Satz 6, 149 AktG abwehrend gegenüber.⁴⁵

4. Die Handlungsanreize für den Klägervertreter

Die Handlungsanreize für den Aktionär bleiben damit trotz der Kostenregelung in § 148 Abs. 6 AktG gering. Auf der Suche nach einem hinreichend inzentivierten Akteur, der anstelle des Aktionärs eine effektive Haftungsdurchsetzung der Gesellschaftsansprüche sicherstellen kann, fällt der Blick sogleich auf den Klägervertreter: Er – so die in den Vereinigten Staaten praktisch vorexerzierte Idee⁴⁶ – könnte aufgrund des ihm winkenden Anwalts-honorars ein hinreichendes *eigenes* wirtschaftliches Interesse an der Einleitung aussichtsreicher Aktionärsklagen haben, welches das fehlende Interesse des nominalen Aktionärsklägers kompensiert. Freilich wird sich dieser nur dann auf einen Handel mit einem klagewilligen Anwalt einlassen, wenn dieser mit ihm ein Erfolgshonorar vereinbart und sich noch darüber hinaus verpflichtet, im Unterliegensfall die Gerichtskosten und die Kosten der Gegenseite zu übernehmen.⁴⁷ Die Zulässigkeit einer solchen Abrede erscheint angesichts der immer noch geltenden Restriktionen für Erfolgshonorarvereinbarungen⁴⁸ allerdings äußerst zweifelhaft. Gem. § 4a Abs. 1 Satz 2 RVG darf nämlich für ein gerichtliches Verfahren – wozu auch das Klagezulassungsverfahren nach § 148 Abs. 1 AktG zählt – nur dann für den Fall des Misserfolgs vereinbart werden, dass keine oder eine geringere als die gesetzliche Vergütung zu zahlen

45 S. zu § 148 Abs. 6 S. 6 AktG etwa HÜFFER, AktG, 9. Aufl., 2010, § 148 Rdn. 23: „Schließlich soll § 148 VI 6 erreichen, daß mehrere Antragsteller oder Kläger aus dem Verfahren kein Geschäft machen.“; zum Zweck des § 149 AktG Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 24 f.

46 S. zur *derivative action* U.S.-amerikanischer Provenienz noch ausführlich unten unter IV.1.

47 Eine solche Regelung würde die Kostenregelung der *American Rule* mitsamt einer *contingency fee*-Vereinbarung nachempfinden. S. für einen (knappen) Vergleich von U.S.-amerikanischem und deutschem Kosten- und Gebührenrecht SIEMS, ZVglRWiss 104 (2005), 376, 390.

48 Das in Reaktion auf die Entscheidung des BVerfG vom 12. 12. 2006, NJW 2007, 979, erlassene Gesetz zur Neuregelung des Verbots der Vereinbarung von Erfolgshonoraren vom 12. 6. 2008, BGBl. I S. 1000, hat am Grundsatz der Nichtigkeit von Erfolgshonorarabreden gem. § 49b Abs. 2 BRAO i. V. m. § 134 BGB nichts geändert. Gem. § 4a Abs. 1 Satz. 1 RVG darf ein Erfolgshonorar „nur für den Einzelfall und nur dann vereinbart werden, wenn der Auftraggeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse bei verständiger Betrachtung ohne die Vereinbarung eines Erfolgshonorars von der Rechtsverfolgung abgehalten würde.“ Für einen Überblick über die aktuelle Rechtslage s. VOGELER, JA 2011, 321 ff; zur vorhergehenden Diskussion monographisch KILIAN, Der Erfolg und die Vergütung des Rechtsanwalts, 2003; SCHEPKE, Das Erfolgshonorar des Rechtsanwalts, 1998.

ist, wenn für den Erfolgsfall ein angemessener Zuschlag auf die gesetzliche Vergütung vereinbart wird. Auf einen solchen „angemessenen Zuschlag“ wird sich der Nominalkläger aber nicht einlassen, da er ihn aus eigener Tasche zu berappen hätte.⁴⁹

Aus der Warte des Anwalts wird schließlich der auf das subjektive Klägerinteresse beschränkte und auf eine Maximalhöhe von € 500.000 gedeckelte Streitwert⁵⁰ zum Bumerang: Ganz abgesehen von der Vereinbarung eines Erfolgshonorars wird für ihn die Stellung eines Klagezulassungsantrags nach § 148 Abs. 1 AktG wegen des (vergleichsweise) geringen Streitwerts häufig ein wenig lukratives Geschäft darstellen.

5. Zwischenfazit

Die praktische Bedeutungslosigkeit der Aktionärsklage nach § 148 AktG lässt sich überzeugend mit den fehlenden Anreizen des Aktionärs bzw. der Aktionärsminderheit zur gerichtlichen Geltendmachung des Gesellschaftsanspruchs erklären. Als rationaler Nutzenmaximierer wird der Aktionär einen Anspruch der Gesellschaft nur dann gerichtlich geltend machen, wenn dieses Vorgehen für ihn selbst einen positiven Erwartungswert hat. An einem möglichen Klageerfolg partizipiert der Aktionär aber nur entsprechend seiner Beteiligung an der Gesellschaft. Die Regelung des § 148 Abs. 6 AktG beschränkt zwar das Kostenrisiko auf das Klagezulassungsverfahren, wobei der Streitwert entsprechend des bloß anteiligen Nutzens am Klageerfolg festzulegen ist. Hierdurch werden aber noch keine positiven Anreize zur Geltendmachung des Gesellschaftsanspruchs gesetzt, ohne die insbesondere Kleinaktionäre in großen Publikumsgesellschaften nicht aktiv werden. Hinzu tritt der Umstand, dass die Geltendmachung des Haftungsanspruchs der Gesellschaft für die Aktionärgesamtheit ein öffentliches Gut ist, die erfolgreiche Klage also allen Gesellschaftern zu Gute kommt. Hierdurch entstehen Anreize zu strategischer Passivität, dem sog. Trittbrettfahrerverhalten. Dieses mit bloß anteiliger Nutznießung und strategischem Verhalten verbundene Kollektivhandlungsproblem ist freilich schon lange bekannt. Hellsichtige Stellungnahmen haben der Aktionärsklage daher bereits bei ihrer Einführung durch das UMAG allenfalls eine geringe praktische Bedeutung vorhergesagt.⁵¹

49 Darüber hinaus wird ein klagewilliger Aktionär regelmäßig nicht aufgrund seiner „wirtschaftlichen Verhältnisse“ i. S. d. § 4a Abs. 1 Satz. 1 RVG von der Rechtsverfolgung abgehalten, sondern weil er kein „Verlustgeschäft“ machen will. Für eine extensive Auslegung des § 4a RVG BAETGE, RabelsZ 73 (2009), 669, 681, da die Anreizwirkungen des Erfolgshonorars wesentlich weniger problematisch seien als vom Gesetzgeber befürchtet. Im Ergebnis wie hier THÜMMEL, aaO (Fn. 44), S. 235, 246 f.

50 S. soeben unter 3.

51 S. etwa SIEMS, ZVglRWiss 104 (2005), 376, 389 ff, 394; THÜMMEL, DB 2004, 471, 474;

IV. Die Gefahr des Klagemissbrauchs – Erfahrungen in den USA und ihr Niederschlag in den §§ 148, 149 AktG

Die §§ 148 f AktG zielen aber nicht nur auf eine effektive Durchsetzung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft, namentlich ihrer Ansprüche aus Organhaftung, sondern sollen zugleich der Gefahr missbräuchlicher Klagen vorbeugen.⁵² Dass diese dem deutschen Juristen von der Anfechtungsklage bekannte Gefahr nicht nur theoretischer Natur ist, lehren die U.S.-amerikanischen Erfahrungen mit ihrer abgeleiteten Gesellschafterklage (*shareholder derivative action*), dem Pendant der Aktionärsklage nach § 148 f AktG. Von Interesse erscheint daher, wie das U.S.-Recht den Zielkonflikt zwischen effektiver Anspruchsdurchsetzung und Abwehr der Gefahr des Klagemissbrauchs im Rahmen seiner *derivative action* aufgelöst hat, zumal die dort entwickelten Vorkehrungen gegen missbräuchliche Klagen der deutschen Regelung offensichtlich als Vorbild und Inspirationsquelle gedient haben.⁵³

1. Die U.S.-amerikanische *derivative action* und das Phänomen des „*strike suit*“

Die *derivative action* ist gleichsam die U.S.-amerikanische *actio pro socio*. Mit ihr wird dem einzelnen Gesellschafter ausnahmsweise die Befugnis zur Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft zugestanden, wenn und weil die grundsätzlich hierzu berufenen Direktoren der Gesellschaft aufgrund eigener Interessen oder sonst sachfremder Erwägungen von der Geltendmachung der Gesellschaftsklage Abstand nehmen, obwohl eine Klageerhebung im Interesse der Gesellschaft wäre.⁵⁴

gleichsinnig später auch DERS., aaO (Fn. 44), S. 235, 244 ff. Der Gesetzgeber ging seinerzeit wohl noch davon aus, dass die Erhöhung des Gesellschaftsvermögens bei erfolgreicher Klage Anreiz genug ist, vgl. Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 20 re.Sp., wo in Bezug auf das Quorumserfordernis des § 148 Abs. 1 Satz 1 AktG ausgeführt wird: „Mit diesem Schwellenwert sollen Klagen verhindert werden, bei denen der Grund und die Motivation der Klage nicht ernsthaft aus der wirtschaftlichen Beteiligung an der Gesellschaft hergeleitet werden kann.“

52 S. dazu bereits oben unter II.2.

53 S. allgemein zur Vorbildfunktion des U.S.-amerikanischen *derivative suit* für die §§ 148 f AktG auch SIEMS, ZVglRWiss 104 (2005), 376, 378; ferner bereits die Überlegungen bei ULMER, ZHR 163 (1999), 290 ff. Zu den offensichtlichen Anleihen der §§ 148 f AktG bei der *derivative action* s. noch unten unter IV.2.2.

54 Besonders augenfällig wird dieser (potentielle) Interessenkonflikt in der Person der Direktoren, wenn es um eine Klage der Gesellschaft gegen einen der ihren geht. S. zum Ganzen etwa BAINBRIDGE, *Corporate Law*, 2nd ed. 2009, S. 187; CHOPER/COFFEE/GILSON, *Cases and Materials on Corporations*, 7th ed. 2008, S. 826.

a) Anreizstruktur und Missbrauchsgefahr

Als Instrument zur besseren Durchsetzung von Gesellschaftsansprüchen gedacht, ist die *derivative action* zugleich anfällig für missbräuchliches Klageverhalten. Die reale Gefahr des Missbrauchs der *derivative action* in Form sog. *strike suits* ist dabei seit langem bekannt. Diese *strike suits* definiert der U.S. Supreme Court als „[nonmeritorious actions brought] by people who might be interested in getting quick dollars by making charges without regard to their truth so as to coerce corporate managers to settle worthless claims in order to get rid of them.“⁵⁵

Die Ursache für derartige *strike suits* sind monetäre Fehlanreize, die sich nach prominenter Ansicht daraus ergeben, dass die eigentlich am *derivative suit* interessierte Partei nicht der klagende Gesellschafter selbst, sondern der in seinem Namen auftretende Anwalt ist.⁵⁶ Der Gesellschafter selbst profitiert nämlich von einem Prozesserfolg nur entsprechend seinem Anteil an der Gesellschaft.⁵⁷ Um daher den einzelnen Gesellschafter überhaupt zu einer Klage zu bewegen, ist man von der üblichen Kostenregelung der *American Rule*, wonach jede Partei ungeachtet des Prozessausgangs ihre Kosten selbst trägt, abgewichen und hat dem erkennenden Gericht die Möglichkeit eingeräumt, die Gesellschaft mit den Anwaltsgebühren und sonstigen Kosten der Klägerseite zu belasten, wenn ihr aus dem Prozesserfolg substantielle Vorteile erwachsen (sog. *substantial benefit doctrine*). Die Gerichtspraxis ist relativ großzügig darin, solche Vorteile zu bejahen. Angesichts dieser Kostenregelung bestehen nach einer Literaturansicht starke finanzielle Anreize für die Anwälte, den Gesellschafter als nominalen Kläger für derartige *strike suits* einzuspannen. Denn ein mit dem Hebel des Lästigkeitswertes der Klage erreichter Vergleich führt (jedenfalls) zu entsprechenden Gebührenerstattungsansprüchen gegen die Gesellschaft. Diese Kosten der Gesellschaft tragen aber im Endergebnis wiederum deren Gesellschafter.⁵⁸ Umgekehrt besteht nicht nur bei den Klägeranwälten ein Anreiz, sich auch bei berechtigten Klagen allzu bereitwillig zu vergleichen. Auch den Verwaltungsmitgliedern der Gesellschaft ist hieran gelegen, wenn sich die Gesellschaftsklage gegen sie selbst richtet.⁵⁹

55 SUROWITZ v. HILTON HOTELS CORP., 383 U.S. 363, 371 (1966). Die Parallelen zur rüberischen Aktionärsklage deutscher Provenienz sind unübersehbar.

56 S. etwa ABA, Model Business Corporation Act Annotated, 2009 Revision, 7-282; BAINBRIDGE, aaO (Fn. 54), S. 189 f.; vgl. auch CHOPER/COFFEE/GILSON, aaO (Fn. 54), S. 826 f.

57 S. zu dieser Problematik ausführlich soeben unter III.2.

58 BAINBRIDGE, aaO (Fn. 54), S. 189 f.

59 Dieser Anreiz wird noch durch Ansprüche der Organwalter gegen die Gesellschaft auf Freistellung von den Prozesskosten verstärkt, die bestehen, wenn der Organwalter „has been successful on the merits or otherwise in defense of any action, suit or proceeding“ (s. § 145(c) DGCL), worunter die Gerichte auch den Abschluss eines Vergleichs fassen, in dem der Organwalter keine Zahlungen an die Gesellschaft zu leisten hat. S. bspw.

Angesichts dieser Ausgangslage ist es sowohl für die Klägeranwälte als auch für die beklagten Verwaltungsmitglieder unattraktiv, eine Entscheidung des Gerichts herbeizuführen.⁶⁰

Zusammengefasst bedeutet dies: Die Gesellschaft und ihre Gesellschafter verlieren in beiden Vergleichsszenarien. Jenseits von Sonderzahlungen oder sonstigen Sondervorteilen hat der rationale Gesellschafter kein Interesse an einem *strike suit*, da dieser den Unternehmenswert und damit den Wert seiner Anteile belastet. Die Klägeranwälte haben keine solchen Nachteile zu gewärtigen, vielmehr bestehen die beschriebenen Anreize, auch unberechtigte Derivatklagen zu erheben. Umgekehrt ist es nicht im Interesse rationaler Gesellschafter, sich über eine berechtigte Klage für weniger als ihren vollen Wert zu vergleichen. Auf Seiten der Klägeranwälte wie auch auf Seiten der Geschäftsleiter bestehen derartige Anreize hingegen sehr wohl. Eben dieser Gemengelage aus potentiellen Fehlanreizen versucht das Recht des *derivative suit* Rechnung zu tragen.^{61/62}

b) Instrumente der Missbrauchsabwehr

aa) Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen des *derivative suit*

Der Verhinderung von *strike suits* dienen vor allem die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen des *derivative suit* und dessen gerichtliche Vergleichskontrolle, die im Wesentlichen in der *Federal Rule of Civil Procedure* 23.1

WALTUCH v. CONTICOMMODITY SERVS., INC., 88 F.3d 87, 95–97 (2d Cir.1996); ausführlich zum Freistellungsanspruch der verklagten Direktoren gegenüber ihrer Gesellschaft CHOPER/COFFEE/GILSON, aaO (Fn. 54), S. 920–935.

60 BAINBRIDGE, aaO (Fn. 54), S. 190; auch DAVIS, JR., 61 Vand. L. Rev., 388, 408 f (2008) und Fn. 106 mit Beispiel sowie S. 417 mit dem Verweis auf die zusätzlichen Auswirkungen einer D&O-Versicherung; ferner etwa SOCKOL, 77 Tul. L. Rev. 1095, 1104 (2003); ausführlich COFFEE, Law & Contemp. Probs, 7(3) (1985), 5, 23 ff; mit Hinweis auf empirische Daten ROMANO, J. L. Econ. & Org. 7 (1991), 55, 63 ff.

61 Konzise BAINBRIDGE, aaO (Fn. 54), S. 190 f. Vgl. auch BRENDLE v. SMITH, 46 F.Supp. 522, 526 [3] (S.D. New York 1942): „Necessity compels the imposition of some measure of control over the conduct of stockholder’s suits for the benefit of large corporations having many thousands of stockholders.“

62 Neuere Stimmen weisen freilich darauf hin, dass sich dieses als typisch angenommene Anreiztableau bei der *close corporation* sowie bei *derivative suits*, die sich gegen den Missbrauch der Mehrheitsmacht richten, anders darstellen kann, weil in der *close corporation* die Prozesse weniger von Anwaltsinteressen bestimmt sind („client driven more frequently than lawyer driven“) und bei Klagen auf Rückerstattung von Sondervorteilen, die sich ein Mehrheitsgesellschafter angeeignet hat, den Beklagten weder Freistellungsansprüche der Gesellschaft noch ein Versicherungsschutz zugute komme. S. DAVIS, JR., 61 Vand. L. Rev., 387, 418 (2008) et passim.

zusammengefasst werden.⁶³ Zu den wichtigsten Zulässigkeitsvoraussetzungen gehört zunächst die sog. *verification*: Der Kläger muss eidlich erklären bzw. eidesstattlich versichern, dass seine in der Klage vorgetragene Behauptungen der Wahrheit entsprechen.⁶⁴ Die ALI *Principles of Corporate Governance* schlagen alternativ eine sanktionsbewehrte⁶⁵ *attorney certification* vor, in welcher der Anwalt versichern muss, dass er nach hinreichender Nachforschung zu dem Ergebnis gekommen ist, dass die Klage sowohl tatsächlich als auch rechtlich wohlbegründet ist, und dass sie keinem unlauteren Zweck dient.⁶⁶ Desweiteren muss der Kläger dem sog. *contemporaneous ownership*-Erforder-

- 63 S. zur Zweckrichtung der Vorgängervorschrift *SUROWITZ v. HILTON HOTELS CORP.*, 383 U.S. 363, 371 (1966): „Rule 23 (b) [...] unquestionably [...] was originally adopted and has served since in part as a means to discourage ‚strike suits‘ [...]“. S. ferner zu den entsprechenden, wenn auch in Details abweichenden Vorschriften der Gliedstaaten etwa für das Recht von Delaware die Delaware Chancery Court Rule 23.1 mit § 327 DGCL; für New York § 626 N.Y.B.C.L.; für das Recht von Kalifornien § 800 Cal.Corp.Code; und schließlich §§ 7.40 bis 7.46 MBCA; zu weiteren hier nicht interessierenden Zulässigkeitsvoraussetzungen des *derivative suit* nur BAINBRIDGE, aaO (Fn. 54), S. 191 ff.
- 64 S. Federal Rule 23.1(b). Das *verification*-Erfordernis findet sich ferner in den *corporation statutes* von 20 Bundesstaaten; für eine Auflistung ABA, Model Business Corporation Act Annotated, 2009 Revision, 7-286 sub 3. Es soll sicherstellen, „that the plaintiff or some other person has investigated the charges and found them to have substance [...] and thereby prevent the filing of strike suits“ [SMACHLO v. BIRKELO, 576 F.Supp. 1439, 1442 (D.Del. 1983) unter Verweis auf PORTE v. HOME FEDERAL SAVINGS & LOAN ASSOCIATION, 409 F.Supp. 752, 754 (N.D.Ill. 1976)]. Freilich handhabt die Spruchpraxis des *verification*-Erfordernis gleichwohl großzügig [vgl. bspw. DEAKTOR v. FOX GROCERY CO., 332 F.Supp. 536, 541 (W.D.Pa. 1971); ROGOSIN v. STEADMAN, 65 F.R.D. 365, 367 (S.D.N.Y.1974); ALFORD v. SHAW, 398 S.E.2d 445, 447 (N.C. 1990); WEISFELD v. SPARTANS INDUS., INC., 58 F.R.D. 570, 577-58 (S.D.N.Y. 1972)], da dieser Zweck „must be tempered by the recognition that the verification requirement is [...] not to be a general impediment to shareholder derivative actions“ [LEWIS v. CURTIS, 671 F.2d 779, 787 (3d Cir. 1982); SMACHLO v. BIRKELO, 576 F.Supp. 1439, 1442 (D.Del. 1983)]. Kritische Stimmen sehen das derart erodierte *verification*-Erfordernis als obsolet an [s. etwa BAINBRIDGE, aaO (Fn. 54), S. 194 („pointless“)]. Der MBCA verzichtet hierauf in den §§ 7.40–7.44 ganz.
- 65 Für die mit dem Verstoß gegen § 7.04(b) ALI Principles verbundenen Sanktionen s. den cmt. f zu dieser Vorschrift [ALI, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, vol. 2 Part VII, 1994, S. 88 f].
- 66 S. § 7.04(b) ALI Principles of Corporate Governance. Diese Regelung wird als effektiveres Mittel zur Abwehr von *strike suits* angesehen [s. BAINBRIDGE, aaO (Fn. 54), S. 194], während sie gleichzeitig verhindert, dass auch solche Gesellschafterklagen abgewiesen werden, die zwar auf begründeten Verdachtsmomenten beruhen, deren tatsächliche Grundlagen der Gesellschafter aber mangels hinreichender Fachkenntnisse oder Zugang zu den relevanten Informationen nicht „verifizieren“ kann. S. zu diesem Einwand gegen das *verification*-Erfordernis *SUROWITZ v. HILTON HOTELS CORP.*, 383 U.S. 363, 370-71 (1966) sowie ALI, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, vol. 2 Part VII, 1994, cmt. g zu § 7.04 (S. 90).

nis genügen⁶⁷, d. h. darlegen, dass er zur Zeit des als rechtswidrig angegriffenen Ereignisses⁶⁸ bereits Gesellschafter der *corporation* war und dies zur Zeit der Klageerhebung noch ist⁶⁹.⁷⁰ Die Zulässigkeit einer Derivativklage wird ferner davon abhängig gemacht, dass der klagende Gesellschafter ein „fairer und adäquater Repräsentant“ der durch ihn vertretenen Interessen⁷¹ ist (sog. *fair and adequate representation*).⁷² Die Prüfung der fairen und adäquaten Vertretung erfolgt unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls⁷³, wobei die Spruchpraxis ein Bündel von Faktoren in die erforderliche Abwägung einstellt.⁷⁴ Schließlich muss der Gesellschafter vor Erhebung der Deri-

67 S. Federal Rule 23.1(b)(1). Die meisten Bundesstaaten bilden dieses Erfordernis in ihren *corporation law statutes* nach; s. etwa § 327 DGCL; § 626(b) N.Y.B.C.L.; teilweise abweichend hingegen § 800(b)(1) Cal. Corp. Code; vgl. ferner die Regelung des § 7.41(1) MBCA, die das *contemporaneous ownership*-Erfordernis zur Voraussetzung der Klagebefugnis (*standing*) macht, so dass die Klage auch bei erst späterem Wegfall der Gesellschafterstellung während des Prozesses abzuweisen ist.

68 BAINBRIDGE, aaO (Fn. 54), S. 196 hält jedenfalls bei börsennotierten Gesellschaften nicht den Zeitpunkt des angeblich rechtswidrigen Ereignisses für maßgeblich, sondern dessen öffentliches Bekanntwerden. Auf dieser Linie liegt auch § 7.02(a)(1) der ALI-Principles.

69 So jedenfalls die herkömmliche Interpretation des *contemporaneous ownership*-Erfordernisses durch die Rspr. S. bspw. HAWES v. OAKLAND, 104 U.S. 450, 461 (1881); WERFEL v. KRAMARSKY, 61 F.R.D. 674, 679 (S.D.N.Y.1974); GREEN v. BRADLEY CONST., INC., 431 So.2d 1226, 1229 (Ala. 1983). BAINBRIDGE, aaO (Fn. 54), S. 194 apostrophiert diese Interpretation als „long-standing common law rule“.

70 S. zu den Unsicherheiten bei der Rechtfertigung der *contemporaneous ownership*-Voraussetzung nur BAINBRIDGE, aaO (Fn. 54), S. 196.

71 Um welche Interessen es hierbei geht, wird freilich nicht einheitlich geregelt. Während FRCP 23.1(a) auf die „interests of shareholders [...] who are similarly situated in enforcing the right of the corporation“ abstellt, nimmt § 7.41(2) MBCA in bewusster Abkehr von FRCP 23.1(a) die Interessen der *corporation* selbst in Bezug. Da im Rahmen des *derivative suit* ein Anspruch der *corporation* geltend gemacht wird, erscheint das letztere Konzept naheliegender. In diesem Sinne ABA, Model Business Corporation Act Annotated, 2009 Revision, § 7.41 Official Comment (7-296 f); zust. BAINBRIDGE, aaO (Fn. 54), S. 200. Die Regelung in FRCP 23.1 hat auch bereits für Unsicherheiten gesorgt, vgl. NOLEN v. SHAW-WALKER COMPANY, 449 F.2d 506, 508 n. 4 (6th Cir. 1972).

72 S. FRCP 23.1(a) sowie § 7.41(2) MBCA.

73 Vgl. auch BAINBRIDGE, aaO (Fn. 54), S. 201.

74 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung nennt namentlich die folgenden Abwägungsfaktoren: (1) das Vorliegen eines Interessenkonflikts zwischen dem klagenden Gesellschafter und der durch ihn repräsentierten Gruppe; (2) die vom Kläger ersuchte Rechtsfolge; (3) Anzeichen dafür, dass der Kläger nicht die treibende Kraft hinter der Klage ist, sondern seine Anwälte; (4) die fehlende Vertrautheit des Klägers mit dem Verfahren; (5) andere laufende Verfahren zwischen Kläger und Beklagten; (6) Anzeichen für ein persönliches Vergeltungsmotiv des Klägers gegenüber den Beklagten und (7) der Grad der Unterstützung, die der Kläger von anderen Gesellschaftern erhält. S. die Auflistungen in ROTHENBERG v. SECURITY MGMT. CO., INC., 667 F.2d 958, 961 (11th Cir. 1982); DAVIS v. COMED, INC., 619 F.2d 588, 593-94 (6th Cir. 1980).

vativklage zunächst die Gesellschaft, d. h. den zuständigen *board*, auffordern, den in Rede stehenden Gesellschaftsanspruch selbst geltend zu machen (sog. *demand*-Erfordernis). Erst nach abschlägiger Entscheidung darf der Gesellschafter den Anspruch einklagen, es sei denn, die an die Verwaltung der Gesellschaft gerichtete Aufforderung ist von vorneherein aussichtslos (sog. *demand futility*).⁷⁵ Im anschließenden Klageverfahren trägt der Gesellschafter die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Weigerung des *board*, Klage namens der Gesellschaft zu erheben, fehlerhaft war (*wrongful refusal*). Die *board*-Entscheidung ist jedenfalls nach dem Gesellschaftsrecht von Delaware gerichtlich nur noch eingeschränkt überprüfbar; es gilt die *business judgment rule*.⁷⁶ Angesichts dieser eingeschränkten Überprüfbarkeit der *board*-Reaktion auf das Klageverlangen des Gesellschafters entscheidet sich dieser *in praxi* unter Verweis auf die (angebliche) Aussichtslosigkeit dieses Verlangens regelmäßig für eine sofortige Derivativklage.⁷⁷

bb) Gerichtliche Prüfung bei Vergleich oder Klagerücknahme

Sowohl das Bundesrecht als auch das Gesellschaftsrecht zahlreicher Gliedstaaten verlangen eine obligatorische Prüfung durch das Gericht, bevor ein wirksamer Vergleich zwischen den Parteien eines *derivative suit* geschlossen

75 S. zur Ausdifferenzierung der *demand*-Doktrin in der Rspr. sowie zur alternativen *universal demand*-Regelung von MBCA und ALI-Principles die konzise Darstellung bei BAINBRIDGE, aaO (Fn. 54), S. 203 ff.

76 S. GRIMES v. DONALD, 673 A.2d 1207, 1219 [14, 15] (Del. 1996): „If a demand is made and rejected, the board rejecting the demand is entitled to the presumption of the business judgment rule unless the stockholder can allege facts with particularity creating a reasonable doubt that the board is entitled to the benefit of the presumption“; der Kläger ist dabei nicht zur Durchführung einer *discovery* berechtigt, s. SCATTERED CORPORATION v. CHICAGO STOCK EXCHANGE, 701 A.2d 70, 77 (Del. 1997). S. ferner SPIEGEL v. BUNTROCK, 571 A.2d 767, 776 [11, 12] (Del. 1990); ARONSON v. LEWIS, 473 A.2d 805, 813 (Del. 1984); ZAPATA CORP. v. MALDONADO, 430 A.2d 779, 784 n. 10 (Del. 1981) (dicta). Der Maßstab der *business judgment rule* bedeutet konkret, dass das Gericht die ablehnende Entscheidung auf die Unabhängigkeit des *board* (*independence*), dessen angemessene Prüfung der zugrundeliegenden Umstände (*reasonableness of its investigation*) und die Beachtung der Gebote von Treu und Glauben (*good faith*) hin untersucht. Die Anwendung der *business judgment rule* hingegen ablehnend, wenn die Direktoren selbst verklagt worden sind, GALEF v. ALEXANDER, 615 F.2d 51 (2d Cir. 1980) unter Anwendung des Rechts von Ohio; s. auch die Kritik in der *concurring opinion* von Judge EASTERBROOK in STARRELS v. FIRST NAT'L BANK OF CHICAGO, 870 F.2d 1168, 1172 et seqq. (7th Cir. 1989); für die Anwendung einer „modifizierten Business Judgment Rule“ *In re PSE & G SHAREHOLDER LITIGATION*, 801 A.2d 295 (N.J. 2002).

77 Vgl. BAINBRIDGE, aaO (Fn. 54), S. 211. Dies gilt zumal deshalb, weil nach der Rspr. des *Delaware Supreme Court* ein Klageverlangen gegenüber der Gesellschaft vor eigener Klageerhebung eine stillschweigende Konzession beinhaltet, dass dieses Verlangen auch erforderlich war; s. etwa SPIEGEL v. BUNTROCK, 571 A.2d 767, 777 [15, 16] (Del. 1990).

oder die Klage wirksam zurückgenommen werden kann.⁷⁸ Vor Genehmigung des Vergleichs oder der Klagerücknahme sind die nicht am Verfahren beteiligten Gesellschafter zu benachrichtigen. Der Zweck des Genehmigungserfordernisses ist ein doppelter: Zum einen sollen hierdurch die Anreize für missbräuchliche Klagen gesenkt, zum anderen aber auch verhindert werden, dass berechtigte Klagen „abgeschenkt“ werden.⁷⁹ Dementsprechend prüft das Gericht, ob die Vergleichsvereinbarung als Ergebnis eines gleichberechtigten Verhandlungsprozesses (*arm's length negotiations*) auf der Grundlage einer der Sache angemessenen Beweisaufnahme erscheint. Der Delaware Supreme Court begreift diese Prüfung als gerichtliche Anwendung der *business judgment rule*.⁸⁰ Haben Gesellschafter Einwände gegen den Vergleich erhoben und treten dem Verfahren daraufhin bei, ist die Prüfdichte der Gerichte in der Regel deutlich höher als in Fällen, in denen die übrigen Gesellschafter den ausgehandelten Vergleich stillschweigend billigen.⁸¹

cc) Prozesskostenregelung bei missbräuchlicher Klage

Der in einer Reihe von Bundesstaaten umgesetzte § 7.46(2) MBCA versucht der Gefahr des Klagemissbrauchs *kostenrechtlich* zu begegnen, indem er das Gericht ermächtigt, dem Derivativkläger die Prozesskosten der Beklagten aufzuerlegen, wenn das Verfahren „was commenced or maintained without reasonable cause or for an improper purpose“.⁸² Die Kostenregelung in § 7.17

78 S. FRCP 23.1(c) sowie § 7.45 MBCA. Für die entsprechende Regelung bei der *class action* s. FRCP 23(e). Nach CHOPER/COFFEE/GILSON, aaO (Fn. 54), S. 896 sehen mehr als die Hälfte der Gliedstaatenrechte eine vergleichbare Regelung vor, s. etwa Del.Ch.Ct.R. 23.1 oder § 626(d) N.Y.B.C.L.

79 BAINBRIDGE, aaO (Fn. 54), S. 201 f unter Verweis auf *In re GENERAL TIRE & RUBBER CO. SEC. LITIG.*, 726 F.2d 1075 (6th Cir. 1984).

80 S. *IN RE RESORTS INT'L SHAREHOLDER LITIG. APPEALS*, 570 A.2d 259, 266 (Del. 1990); ferner *POLK v. GOOD*, 507 A.2d 531, 536 (Del. 1986). Als maßgebliche Faktoren für die Genehmigungsentscheidung des Gerichts werden etwa genannt: (1) Die maximale sowie die wahrscheinliche Höhe des streitigen Ersatzanspruchs, (2) die Komplexität, die Kosten und die Dauer einer Prozessfortführung, (3) die Erfolgsaussichten, (4) das Prozessstadium, (5) die finanzielle Leistungsfähigkeit der Beklagten, (6) allgemein die Angemessenheit der vereinbarten Vergleichsbedingungen, (7) ob der Vergleich eventuell betroffenen öffentlichen Belangen gerecht wird, (8) ob der Vergleich von den unabhängigen Direktoren der Gesellschaft gebilligt worden ist, (9) ob andere Gesellschafter Widerspruch gegen den Vergleich erhoben haben. S. dazu BAINBRIDGE, aaO (Fn. 54), S. 201 unter Verweis auf *SHELESKY v. DORSEY*, 574 F.2d 131 (3d Cir. 1978); *KRASNER v. DREYFUS CORP.*, 500 F.Supp. 36, 42 (S.D.N.Y. 1980); s. ferner *POLK v. GOOD*, 507 A.2d 531, 536 (Del. 1986).

81 *WHITE v. AUERBACH*, 500 F.2d 822, 828-29 (2d Cir. 1974).

82 Der Verweis auf den unlauteren Zweck der Klage nimmt auf FRCP 11 Bezug und soll vor allem schikanöse Klagen erfassen. § 7.46(3) MBCA sieht wiederum in Anlehnung an FRCP 11 eine allgemeine, nicht auf den Kläger beschränkte kostenrechtliche Sanktion für obstruktives oder gar schikanöses Prozessgebaren vor. Zur ungeschriebenen Er-

ALI-Principles versucht die kostenrechtlichen Anreize für missbräuchliche Klagen hingegen dadurch einzudämmen, dass sie den entsprechend der *substantial benefit doctrine* bestehenden Kostenersatzanspruch des Klägers dahin deckelt, dass „in no event should the attorney’s fee award exceed a reasonable proportion of the value of the relief (including nonpecuniary relief) obtained by the plaintiff for the corporation“.⁸³

2. Missbrauchsvorkehrungen für die Aktionärsklage nach § 148 AktG im Vergleich

a) Klage- und Vergleichsmisbrauch bei der Aktionärsklage

Das Problem des Klagemisbrauchs ist kein spezifisches Problem des *derivative suit* U.S.-amerikanischer Provenienz, sondern betrifft die Gesellschafterklage im Allgemeinen und damit auch die deutsche Aktionärsklage. Die für das U.S.-amerikanische Recht beschriebenen Anreizmechanismen bestehen nämlich auch bei Geltung der europäischen Kostenregelung (sog. *British Rule*), der sich das U.S.-amerikanische Recht durch die Anwendung der *substantial benefit*-Doktrin gerade annähert.⁸⁴ Zudem ergeben sich für die dargestellten Missbrauchsszenarien keine wesentlichen Unterschiede, wenn man den *plaintiff’s attorney* durch einen Aktionär ersetzt, der auf den Erhalt von Sondervorteilen zielt, die seine Kosten einschließlich des Wertverlusts seiner Anteile infolge der Schädigung des Gesellschaftsvermögens übersteigen. In der deutschen Debatte steht dabei die Gefahr von Anträgen oder Klagen mit Lästigkeitswert im Vordergrund, die trotz ihrer sehr geringen Erfolgswahrscheinlichkeit für den Fall der Ausurteilung für die Gesellschaft einen Vergleichsdruck erzeugen.⁸⁵ Der an sich negative Erwartungswert des Verfahrens für den Kläger (bzw. Antragsteller) bei geringer Erfolgswahrscheinlichkeit dreht sich dadurch ins Positive.⁸⁶ Allerdings darf vor dem

mächtigung der Bundesgerichte zur kostenrechtlichen Berücksichtigung obstruktiven Prozessverhaltens s. ROADWAY EXPRESS, INC. v. PIPER, 447 U.S. 752, 765-767 (1980). S. zu § 7.46 insgesamt ABA, MODEL BUSINESS CORPORATION ACT ANNOTATED, 2009 Revision, *Official Statement* zu § 7.46 (S. 7-347 ff).

83 Zum Zweck dieser Deckelung s. ALI, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, 1994, *comment a* zu § 7.17.

84 ROSENBERG/SHAVELL, 5 Int. Rev. L. & Econ. 3, 6 (1985) kommen nur deshalb zu einem anderen Ergebnis, weil sie den Lästigkeitswert mit den Kosten für die Verteidigung des Beklagten im Prozess gleichsetzen.

85 Je nach den Kosten des einzelnen Verfahrens könnte die Gesellschaft auch versuchen, eine Reputation als unnachgiebiger Verfahrensgegner auszubauen, um so insgesamt Kosten zu sparen.

86 S. für ein Modell etwa ROSENBERG/SHAVELL, 5 Int. Rev. L. & Econ. 3 (1985); allgemein zu den denkbaren Ursachen für sog. *negative-expected-value suits* BEBCHUK/KLEMENT,

Hintergrund der deutschen Erfahrungen mit räuberischen Anfechtungsklägern nicht verkannt werden, dass sich der Lästigkeitswert der *Haftungsklage* aus anderen Kostenpositionen speist, wozu wohl vor allem eine schlechte Presse für das Unternehmen und die daran anknüpfenden negativen Konsequenzen zählen.⁸⁷

Ebenso denkbar ist aber natürlich auch das aus Gesellschaftsperspektive gleichfalls interessenswidrige Vergleichsszenario, dass der begründet klagende Gesellschafter aufgrund von Sonderzahlungen auf ein Ausprozessieren der Klage zum Schaden der Gesellschaft verzichtet.

b) Vorkehrungen für die Aktionärsklage nach §§ 148 f AktG im Vergleich

Vergleicht man die Vorkehrungen des U.S.-amerikanischen Rechts gegen den Missbrauch der Gesellschafterklage mit denjenigen des deutschen Aktienrechts, so erkennt man zunächst in den im Klagezulassungsverfahren zu prüfenden Voraussetzungen der Nr. 1 und 2 des § 148 Abs. 1 Satz 2 AktG⁸⁸ das *contemporaneous ownership*- sowie das *demand*-Erfordernis amerikanischer Provenienz wieder.

Als Besonderheit des deutschen Rechts erscheint es demgegenüber, dass für die Klagezulassung der Verdacht einer Unredlichkeit oder „groben“ Rechtsverletzung sowie das Fehlen überwiegender Gründe des Gesellschaftswohls vorausgesetzt wird (§ 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 und 4 AktG).⁸⁹ Freilich dient das Erfordernis des Verdachts eines Schadens aufgrund einer „groben“ Gesetzes-

Harvard Law School Olin Discussion Paper No. 656, December 2009, erscheint in: Elgar Encyclopedia of Law and Economics, 2nd ed.

87 S. für den Antrag auf Sonderprüfung nach § 142 Abs. 2 AktG etwa TRÖLITZSCH/GUNSSER, AG 2008, 833 (kostspieliger Reputationsverlust insbesondere bei börsennotierten Unternehmen); andererseits aber auch HAPP, FS Westermann, 2008, S. 971, 992, der die Bedeutung des „Ansehens der Gesellschaft in der Öffentlichkeit“ als Grund des Gesellschaftswohls im Sinne des § 148 Abs. 1 Satz. 2 Nr. 3 AktG für unerheblich erachtet, wenn die zugrundeliegende Pflichtverletzung schon bekannt ist. Der Gesetzgeber geht jedenfalls vom Bestehen eines Lästigkeitswertes der Aktionärsklage aus, wenn er etwa die Publizität eines Prozessvergleichs vorschreibt, vgl. zum Zweck des § 149 AktG nur MOCK, aaO (Fn. 12), § 149 AktG Rdn. 1. S. zu § 149 AktG noch sogleich unter 2.b).

88 Danach lässt das Gericht die Aktionärsklage nur zu, wenn „1. die Aktionäre nachweisen, dass sie die Aktien vor dem Zeitpunkt erworben haben, in dem sie oder im Falle der Gesamtrechtsnachfolge ihre Rechtsvorgänger von den behaupteten Pflichtverstößen oder dem behaupteten Schaden auf Grund einer Veröffentlichung Kenntnis erlangen mussten,“ und „2. die Aktionäre nachweisen, dass sie die Gesellschaft unter Setzung einer angemessenen Frist vergeblich aufgefordert haben, selbst Klage zu erheben“.

89 So SIEMS, ZVglRWiss 104 (2005), 376, 385.

oder Satzungsverletzung⁹⁰ ausweislich der Gesetzesbegründung allein dem Ausschluss leichter und leichtester Rechtsverstöße.⁹¹ Hiermit ist nach einem Teil des Schrifttums daher kein Klageausschluss für Verstöße aufgrund einfacher Fahrlässigkeit verbunden⁹², vielmehr wird § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG nach dieser Ansicht großzügig ausgelegt⁹³. Die wohl überwiegende Gegenmeinung sieht die Voraussetzungen des § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG hingegen nur im Ausnahmefall⁹⁴ bei besonders schweren Pflichtverstößen⁹⁵, für die nach Ansicht einiger grobe Fahrlässigkeit und entsprechend gravierende Schäden erforderlich sind.⁹⁶ Zumeist wird daher verlangt, dass „die Pflichtverletzung sowohl hinsichtlich des Verschuldens als auch nach Art und Umfang des eingetretenen Schadens außergewöhnlich und für die Gesellschaft nicht hinnehmbar ist“.⁹⁷ Abgesehen von der damit verbundenen Erhöhung der Klagezulassungshürden führt die Unschärfe der nicht weiter konkretisierten Begriffe der Unredlichkeit und des groben Verstoßes⁹⁸ in jedem Fall zu Unsicherheiten, die einen antragsberechtigten Aktionär mit zusätzlichen Risiken belasten.⁹⁹

Was schließlich den Ausschluss einer Klage aus überwiegenden Gründen des Gesellschaftswohls nach § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AktG betrifft, so findet sich ein solches Erfordernis zwar nicht ausdrücklich im U.S.-amerikanischen Gesellschaftsrecht. Allerdings wird bei der gerichtlichen Prüfung der ablehnenden Entscheidung über die Klageaufforderung durch die Gesellschaft (*de-*

90 Ob dem Tatbestandsmerkmal der Unredlichkeit neben der groben Verletzung des Gesetzes oder der Satzung eigenständige Bedeutung zukommt, erscheint zweifelhaft, s. nur MOCK, aaO (Fn. 12), § 148 AktG Rdn. 75.

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

92 S. etwa SIEMS, ZVglRWiss 104 (2005), 376, 386; MOCK, aaO (Fn. 12), § 148 AktG Rdn. 74, 77; zurückhaltend auch SEIBERT, FS Priester, 2007, S. 763, 770.

93 SIEMS, ZVglRWiss 104 (2005), 376, 386; WEISS/BUCHNER, WM 2005, 162, 169; MOCK, aaO (Fn. 12), § 148 AktG Rdn. 74.

94 S. etwa HÜFFER, aaO (Fn. 45), § 148 AktG Rdn. 8 m. w. N.

95 SPINDLER, NZG 2005, 865, 867; tendenziell auch DERS., in: Schmidt/Lutter, AktG, 2. Aufl., 2010, § 148 Rdn. 25 f; s. ferner SEIBERT, FS Priester, S. 763, 769 f: Es gehe um „krasse“ Verletzungshandlungen.

96 S. etwa THÜMMEL, aaO (Fn. 44), S. 235, 244 f; G. BEZZENBERGER/T. BEZZENBERGER, aaO (Fn. 8), § 148 AktG Rdn. 136 f.

97 S. etwa G. BEZZENBERGER/T. BEZZENBERGER, aaO (Fn. 8), § 148 AktG Rdn. 136 f; MOCK, aaO (Fn. 12), § 148 AktG Rdn. 77; HÜFFER, aaO (Fn. 45), § 148 AktG Rdn. 8; SEIBERT, FS Priester, S. 763, 768 f; demgegenüber für eine Beschränkung des Ausschlusses auf Bagatellfälle SIEMS, ZVglRWiss 104 (2005), 376, 386.

98 S. dazu G. BEZZENBERGER/T. BEZZENBERGER, aaO (Fn. 8), § 148 AktG Rdn. 127 ff; MOCK, aaO (Fn. 12), § 148 AktG Rdn. 74.

99 In diesem Sinne auch SIEMS, ZVglRWiss 104 (2005), 376, 390 f. Diese Risiken werden nur verringert, aber nicht gänzlich beseitigt, wenn man dem Aktionärsquorum lediglich die Darlegungs-, nicht aber die Beweislast für die den Verdacht stützenden Tatsachen auferlegt. S. zum Streitstand nur MOCK, aaO (Fn. 12), § 148 AktG Rdn. 79 m. w. N.

mand refusal) sehr wohl das Gesellschaftsinteresse berücksichtigt.¹⁰⁰ Mit der Anwendung der *business judgment rule*¹⁰¹ geht jedenfalls das Recht von Delaware sogar noch insofern über das deutsche Recht hinaus, als hierzulande das Vorliegen überwiegender Gründe des Gesellschaftswohls nach der h. L. der vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit und keiner Einschätzungsprerogative der zuständigen Gesellschaftsorgane unterliegt.¹⁰²

Die in § 149 AktG statuierte Pflicht zur Bekanntmachung der Prozessbeendigung einschließlich aller damit zusammenhängender Vereinbarungen sowie allfälliger *prozessvermeidender* Vereinbarungen soll den beschriebenen Klage- und Vergleichsmisbrauch verhindern, bei dem sich der Aktionärskläger sein Klagerecht zum Schaden der Gesellschaft „abkaufen“ lässt.¹⁰³ Diese nur für börsennotierte Gesellschaften geltende Bekanntmachungspflicht bleibt hinter der in den U.S.A. geltenden und auch für das deutsche Aktienrecht erwogenen gerichtlichen Vergleichskontrolle zurück.¹⁰⁴ Freilich ist ihre praktische Bedeutung ohnehin gering, da die Gesellschaft auf Ersatzansprüche gegen ihre Organmitglieder gem. § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG erst drei Jahre nach Entstehung des Anspruchs und nur dann verzichten oder sich über sie vergleichen kann, wenn die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen, zur Niederschrift Widerspruch erhebt.¹⁰⁵ Die Erledigung der praktisch wichtigsten Fälle der §§ 148 f AktG im Vergleichswege wird daher zumeist bereits durch § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG verhindert.¹⁰⁶

Einen Unterschied zum U.S.-amerikanischen Recht begründet auch die Vorschaltung eines eigenständigen Klagezulassungsverfahrens vor die eigentliche Aktionärsklage.¹⁰⁷ Diese führt aus Sicht des klagewilligen Aktionärs jedenfalls zu einer gewissen zeitlichen Verzögerung.¹⁰⁸ Zwar wird nicht zu Unrecht darauf verwiesen, dass auch in den U.S.A. ein gestufter Prozess stattfindet, da mit der *pre-trial discovery* ein intensives (Vor-)Verfahren in Gang gesetzt

100 S. auch THÜMMEL, aaO (Fn. 44), S. 235, 245.

101 S. dazu bereits oben unter 1.b)aa).

102 S. SPINDLER, NZG 2005, 865, 867; MOCK, aaO (Fn. 12), § 148 AktG Rdn. 86.

103 S. nur Begr. RegE UMAG, BT/Drs. 15/5092, S. 24 („abschreckende Wirkung“); ferner G. BEZZENBERGER/T. BEZZENBERGER, aaO (Fn. 8), § 149 AktG Rdn. 3.

104 S. für entsprechende rechtspolitische Vorschläge ULMER, ZHR 163 (1999), 290, 332 f, 342; BAUMS, Gutachten F für den 63. DJT, 2000, S. 262 f.

105 S. etwa auch G. BEZZENBERGER/T. BEZZENBERGER, aaO (Fn. 8), § 149 AktG Rdn. 4; MOCK, aaO (Fn. 12), § 149 AktG Rdn. 5. Zum Verzicht auf Schadensersatzansprüche gegen Organmitglieder auch HASSELBACH, DB 2010, 2037, 2039 ff. Zur Geltung derartiger Regelungen in zahlreichen weiteren europäischen Rechtsordnungen KALSS, ZSR 2005 II, 643, 663 f.

106 S. etwa WEISS/BUCHNER, WM 2005, 162, 171.

107 SIEMS, ZVglRWiss 104 (2005), 376, 385 f.

108 SIEMS, ZVglRWiss 104 (2005), 376, 386.

werde.¹⁰⁹ Allerdings stellt sich das *discovery*-Verfahren für den Gesellschafterkläger nicht lediglich als ihn belastende prozedurale Hürde im Rahmen einer Missbrauchskontrolle dar, sondern gibt ihm vielmehr ein wertvolles Mittel an die Hand, an die für die Klage notwendigen Informationen zu gelangen.¹¹⁰ Das U.S.-amerikanische Recht kennt überdies auch kein Quorumfordernis, wie es das deutsche Recht für den Klagezulassungsantrag aufstellt.¹¹¹

Letztlich hat auch die Kostenregelung des § 148 Abs. 6 Satz 1 AktG missbrauchseindämmende Funktion.¹¹² Sie geht insofern über das U.S.-amerikanische Recht des *derivative suit* hinaus, als dort grundsätzlich die *American Rule* gilt, die Aktionärsminderheit also im Unterliegensfalle nicht die Kosten der Gegenseite zu tragen hat.¹¹³

3. Zwischenfazit

Zur Abwehr missbräuchlicher Haftungsklagen hat der deutsche Gesetzgeber bei Einführung der §§ 148 f AktG das *contemporaneous ownership*- und das *demand*-Erfordernis U.S.-amerikanischer Provenienz nachgebildet. Auch die Berücksichtigung von Gründen des Gesellschaftswohls, die einer Gesellschafterklage entgegenstehen, ist dem U.S.-amerikanischen Recht nicht fremd. Das deutsche Recht sieht darüber hinaus aber eine Reihe zusätzlicher Maßnahmen zum Schutz vor missbräuchlichen Klagen vor, die dem U.S.-amerikanischen Recht des *derivative suit* unbekannt sind. Hierzu gehört die Vorschaltung eines eigenständigen Klagezulassungsverfahrens, ferner das Quorumfordernis für den Klagezulassungsantrag. Schließlich ist die als „entscheidende Hürde und Mittelpunkt des Klagezulassungsverfahrens“¹¹⁴ apostrophierte Beschränkung der Klagemöglichkeit¹¹⁵ auf Unredlichkeiten und grobe Rechtsverletzungen, d. h. nach mehrheitlichem Verständnis außergewöhnlich schwe-

109 SIEMS, ZVglRWiss 104 (2005), 376, 386.

110 Auf diese Funktion der *pre-trial discovery* hinweisend MOCK, aaO (Fn. 12), § 148 AktG Rdn. 21.

111 S. dazu oben unter II.1 pr.; für einen rechtsvergleichenden Überblick SIEMS, ZVglRWiss 104 (2005), 376, 378 ff, 385. Für die neue *derivative action* nach dem englischen Companies Act 2006 BRAUN/STROTHOTTE, RIW 2010, 424, 429. Für die eigentliche Aktionärsklage nach erfolgreicher Klagezulassung wird – wie dargelegt – allerdings auch im deutschen Recht kein Quorum gefordert. Zur Reformdiskussion in den U.S.A. s. noch unten unter V.1.a) in Fn. 126 bis 127 und V.1.b).

112 S. zur Begründung dieser Kostenregelung mit der Verhinderung eines „kostenlosen Austestens der Erfolgsaussichten der Klage“ oben unter III.3.

113 Vgl. SIEMS, ZVglRWiss 104 (2005), 376, 390. Zur ökonomischen Aufbereitung der Konsequenzen dieses Unterschieds für die Anreize zur Klageerhebung SHAVELL, 11 J. Legal Stud. 55, 58 ff (1982).

114 S. G. BEZZENBERGER/T. BEZZENBERGER, aaO (Fn. 8), § 148 AktG Rdn. 127.

115 Praktisch kaum relevant ist der theoretisch zutreffende Hinweis, dass nach positiver

ren Pflichtverstößen, eine Eigentümlichkeit des deutschen Rechts. Die Zulassungshürden für eine Aktionärsklage sind mithin – dies zeigt nicht nur der Vergleich mit der U.S.-amerikanischen *derivative action* – sehr hoch, obgleich ein Großteil missbräuchlicher Haftungsklagen bereits durch das außerhalb des Aktionärsklageregimes existierende befristete Vergleichs- und Verzichtsverbots des § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG verhindert werden dürfte. Bedenkt man ferner, dass jedenfalls für den typischen Minderheitsaktionär keine positiven Anreize zur Klageverfolgung bestehen, kann die praktische Bedeutungslosigkeit der Aktionärsklage nicht mehr überraschen.¹¹⁶

V. Reformanregungen für eine bessere Anreizstruktur der Aktionärsklage

Die Aktionärsklage der §§ 148 f AktG hat für die Corporate Governance der Aktiengesellschaft praktisch keine Bedeutung.¹¹⁷ Die vorstehenden Überlegungen haben gezeigt, dass hierfür vor allem ein Mangel an Anreizen zur Erhebung der Aktionärsklage bzw. zur Stellung des vorgeschalteten Klagezulassungsantrags verantwortlich ist. Hinzu kommt, dass der deutsche Gesetzgeber im Vergleich (nicht nur¹¹⁸) zum U.S.-amerikanischen Vorbild des *derivative suit* hohe prozedurale Hürden errichtet hat, um einen Klagemissbrauch zu verhindern. Die auf eine Verbesserung der praktischen Wirksamkeit der Aktionärsklage zielende Reformdiskussion hat an diesen Punkten anzusetzen. Dabei ist das Anliegen des Gesetzes, missbräuchliche Aktionärsklagen zu verhindern, ernst zu nehmen. Allerdings zeigt die gegenwärtige rechtstatistische Bedeutungslosigkeit der Aktionärsklage, dass der Gesetzgeber die Gefahr des Klagemissbrauchs bei Einführung der §§ 148 f AktG überbewertet hat.¹¹⁹

Klagezulassungsentscheidung die eigentliche Klage auch auf einfache Rechtsverstöße gestützt werden kann, s. dazu THÜMMEL, aaO (Fn. 44), S. 235, 245 m. w. N.

116 Klar THÜMMEL, aaO (Fn. 44), S. 235, 247 f; die praktische Bedeutungslosigkeit wurde aus diesen Gründen bereits prophezeit von SIEMS, ZVglRWiss 104 (2005), 376, 390 f, 394.

117 S. dazu bereits oben unter II.3 und 4, III.5 und IV.3.

118 S. den Vergleich mit der Aktionärsklage nach U.S.-amerikanischem, japanischem, französischem und italienischem Recht bei SIEMS, ZVglRWiss 104 (2005), 376 ff; zur englischen *derivative action* etwa REISBERG, ECFR 2009, 219 ff; aus dem deutschen Schrifttum ferner BRAUN/STROTHOTTE, RIW 2010, 424 ff.

119 Vgl. für einen ähnlichen Befund in Bezug auf die große Mehrzahl der nationalen Rechtsordnungen der EU MASOUIROS, ECL 7 (2010), 195, 201.

1. Zum Klagezulassungsverfahren

Will man die Aktionärsklage als Corporate Governance-Instrument stärken, indem man die Anreize für eine Klageerhebung verbessert, erscheint es weniger bedeutsam, ob man die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Derivativklage aus der eigentlichen Aktionärsklage auskoppelt und ihr in einem selbständigen Klagezulassungsverfahren vorschaltet oder nicht.¹²⁰ Entscheidend ist vielmehr, wie man ein solches Verfahren ausgestaltet, insbesondere welche Voraussetzungen man an die Klagezulassung knüpft:

a) Abschaffung des Quorums?

Das Quorumerfordernis des § 148 Abs. 1 Satz 1 AktG dient ausweislich der Gesetzesbegründung dazu, Klagen zu verhindern, bei denen der Grund und die Motivation der Klage nicht ernsthaft aus der wirtschaftlichen Beteiligung an der Gesellschaft hergeleitet werden kann.¹²¹ Die Quorenregelung versuche in typisierender Betrachtung Aktionäre mit eher unternehmerischen Interessen von solchen mit vorrangiger Anlageorientierung anhand des ökonomischen Gewichts der Beteiligung zu unterscheiden.¹²² Dieser Argumentation ist nicht zu Unrecht entgegenghalten worden, dass eine größere Gruppe von Anlegeraktionären, die sich zu einem den Anforderungen des § 148 Abs. 1 Satz 1 AktG genügenden Quorum zusammenfindet, hierdurch noch kein „unternehmerisches Interesse“ ausbildet.¹²³ Auch wird bezweifelt, dass der gegenwärtige Schwellenwert eine nennenswerte Hürde für räuberische Aktionärskläger darstellt.¹²⁴ Umgekehrt ist das Quorumerfordernis aber im Einzelfall wiederum geeignet, das Klagebegehren von Anlegeraktionären scheitern zu lassen.¹²⁵

120 S. dazu LUTTER, FS Uwe H. Schneider, S. 763, 767 f; wie hier wohl auch SIEMS, ZVglRWiss 104 (2005), 376, 386, der freilich – zu Recht – konzidiert, dass das „Zulassungsverfahren als solches [...] zu einer gewissen zeitlichen Verzögerung [führt].“ Im Hinblick auf das „Ob“ eines vorgeschalteten Zulassungsverfahrens erscheint auch die Tatsache interessant, dass der englische Gesetzgeber ein solches Verfahren erst kürzlich in ss. 260-264 des Companies Act 2006 eingeführt hat. S. dazu nur BRAUN/STROTHOTTE, RIW 2010, 424, 428 ff.

121 Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 20 re.Sp. Daher allgemein ein Quorumerfordernis befürwortend KALSS, ZSR 2005 II, 643, 669.

122 Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 21. S. auch SEIBT, WM 2137, 2145 f, der eine Beschränkung von Sonderprüfung und Verfolgungsrecht auf „unternehmerisch orientierte“ Aktionäre befürwortet und daher für einen Schwellenwert von 5% eintritt.

123 SIEMS, ZVglRWiss 104 (2005), 376, 385.

124 S. etwa MOCK, aaO (Fn. 12), § 148 AktG Rdn. 24; WEISS/BUCHNER, WM 2005, 162, 167 f; vgl. auch die Einschätzung in der Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 20 re.Sp. selbst.

125 So bereits die Einschätzung von SIEMS, ZVglRWiss 104 (2005), 376, 385 bei Einführung der §§ 148 f AktG. Diese hat sich im Nachhinein bestätigt, wie die dokumentierten

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Der dem Quorumerfordernis zugrundeliegende Gedanke, dass der stärker an der Gesellschaft beteiligte Aktionär *ceteris paribus* eher im Interesse der Gesellschaft und nicht aus gesellschaftsschädigenden Sonderinteressen klagen wird als ein nur gering beteiligter Aktionär, weil er ein größeres Interesse an einem hohen Unternehmenswert hat, ist zwar richtig.¹²⁶ Die Einführung eines fixen Schwellenwerts ist aber ein vergleichsweise krudes Mittel zur Eindämmung missbräuchlicher Klagen, dass einerseits überschießende, andererseits defizitäre Wirkung zeitigen kann.¹²⁷ Es spricht daher einiges dafür, auf das Quorumerfordernis ebenso wie viele andere Rechtsordnungen¹²⁸ zu verzichten und räuberischen Klein- und Kleinstaktionären auf andere Weise zu begegnen.¹²⁹ Freilich darf man sich von einer Abschaffung des Quorums allein keine allzu große Verbesserung der praktischen Wirksamkeit der Aktionärsklage versprechen, zumal damit noch nicht über eine entsprechende Abschaffung des Quorums in § 142 Abs. 2 AktG entschieden ist.¹³⁰

Fälle vergeblicher Aufrufe zur Quorenbildung im Aktionärsforum belegen. S. zu diesen SEIBERT, NZG 2007, 841, 842; s. ferner WEISS/BUCHNER, WM 2005, 162, 168, die im Anschluss an BAUMS, Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001, Rdn. 131 eine Veröffentlichungspflicht des Aufrufs zur Quorenbildung auf der Internetseite der betroffenen Gesellschaft für vorzugswürdig halten.

- 126 S. zu diesem Zusammenhang bereits oben unter III.2; ferner THÜMMEL, aaO (Fn. 44), S. 235, 247. Vgl. aus der U.S.-amerikanischen Diskussion auch FISCHEL/BRADLEY, 71 Cornell L. Rev. 261, 271 (1986). Daher wird etwa auch in der fortdauernden U.S.-amerikanischen Debatte um die Reform des *derivative suit* diskutiert, ob die Zulässigkeit einer Derivativklage davon abhängig gemacht werden sollte, dass der Kläger eine „sufficient financial interest“ bzw. einen „significant stake“ am Ausgang des Verfahrens hat [s. SOCKOL, 77 Tul. L. Rev. 1095, 1107 (2003)]. Freilich hat das Erfordernis des „significant stake“ im Rahmen der *securities class action* dazu geführt, dass Klägeranwälte die angeblichen Verluste ihres Mandanten künstlich aufgebläht haben, um als *lead plaintiff* bestellt zu werden, s. dazu mit dem Petitem der verbesserten gerichtlichen Prüfung U.S. Chamber Inst. For Legal Reform, Securities Class Action Litigation – The problem, its impact, and the path to reform, July 2008, S. 34 sowie 40 f.
- 127 So wird in der U.S.-amerikanischen Diskussion dem Vorschlag der Einführung eines Quorums der dem deutschen Betrachter nicht ganz unbekannt Einwand entgegengehalten, dass hiermit die Funktion der Derivativklage als Rechtmäßigkeitskontrolle stark geschwächt wird, weil der Kleinaktionär nunmehr als Wächter rechtmäßigen Verhaltens in der und für die Gesellschaft ausfällt [s. SOCKOL, 77 Tul. L. Rev. 1095, 1107 (2003)].
- 128 Abgesehen vom U.S.-amerikanischen Recht sieht etwa auch die neue englische Regelung in s. 260 CA 2006 kein Quorumerfordernis vor; s. dazu BRAUN/STROTHOTTE, RIW 2010, 424, 429. Gleiches gilt für das schweizerische und das französische Recht. Demgegenüber stellen etwa das spanische und das österreichische Recht erhebliche Quorenschwellen von 5 bzw. 10% auf; s. nur den Überblick bei GRECHENIG/SEKYRA, Int.Rev.L.&Econ. 31 (2011), 16 in Fn. 4 sowie S. 20; ausführlich auch KALSS, ZSR 2005 II, S. 643 ff.
- 129 S. zu einem möglichen Instrument hierfür sogleich unter 1.2.
- 130 S. dazu noch sogleich unter 2. GRECHENIG/SEKYRA, Int.Rev.L.&Econ. 31 (2011), 16 ff,

b) Stattdessen: Einführung eines „lead plaintiff“-Auswahlverfahrens?

Ein deutlich zielgenaueres Instrument zur Auslese solcher Aktionärskläger, die auch im Gesellschaftsinteresse handeln und nicht in missbräuchlicher Absicht, wird in den U.S.A. für den *derivative suit* diskutiert. Dort wird vorgeschlagen, die Voraussetzung der „adäquaten Vertretung“ der Gesellschaftergesamtheit durch den Kläger¹³¹ aus ihrem „Dornröschenschlaf“ zu erwecken,¹³² indem man Anleihen bei der durch den *Private Securities Litigation Reform Act* (PSLRA) für *securities class actions* eingeführten Regelung des *lead plaintiff* mache¹³³: Das Gericht sollte sich aktiv an einen oder mehrere Gesellschafter wenden, die das Gericht bei der Auswahl und Bestätigung eines Klägeranwalts beraten.¹³⁴ Für unseren Fall bedeutet dies, dass sich das Gericht nach Stellung des Klagezulassungsantrags durch einen Aktionär aktiv um einen für das Verfahren geeigneten – und das heißt sicher auch geeignet anwaltlich vertretenen – Aktionärskläger, eben eine Art *lead plaintiff*, bemüht, der die Klage im Interesse der Gesellschaft und damit aller anderen Gesellschafter fortführt. Da es hierfür auch auf die Vorbereitung der Klage ankommt, findet mithin eine Art Auktionierung der Klagebefugnis unter den Aktionären statt. So erhält idealerweise derjenige Aktionär den Zuschlag, der das größte Interesse an der Klage hat. Negative Begleiterscheinungen eines „Wettlaufs potenzieller Kläger“ könnten so vermieden werden.¹³⁵ Dem naheliegenden Einwand, dass das Risiko der Absetzung des Erstklägers diesen abschrecke, Zeit und Geld in die Vorbereitung einer Derivativklage zu investieren¹³⁶, kann dadurch begegnet werden, dass eben dieser Einsatz bei der gerichtlichen Prüfung berücksichtigt wird oder dem abgesetzten Erstkläger

halten die in zahlreichen europäischen Aktienrechten bestehenden Quorenerfordernisse hingegen für einen wesentlichen, wenn nicht den maßgeblichen Grund für die Bedeutungslosigkeit der abgeleiteten Aktionärsklage in Europa. Freilich können sie diesen Befund für die Schweiz und Frankreich, wo kein Quorum erforderlich ist, hiermit nicht erklären, s. DIES., ebenda, S. 20.

131 S. zu diesem Zulässigkeitsanfordernis oben unter IV.1.b) aa).

132 COX, 65 Brook. L. Rev. 3, 41 (1999): „The easiest step for more closely harnessing the derivative suit to the corporate interest it represents is for the courts to invigorate the long dormant requirement that the suit’s representative be an adequate one.“

133 S. die ausführlichen gesetzlichen Vorgaben zur Bestellung des *lead plaintiff* in Sec. 21D(a)(3) SEA 1934.

134 S. COX, 65 Brook. L. Rev. 3, 41 (1999); s. auch das Auktionsmodell von MACEY/MILLER, 58 U. Chi. L. Rev. 1, 105 ff (1991); für eine Auktionierung des Klagerechts auch COFFEE, 48 Law & Contemp. Probs. 5, 77-79 (1985).

135 S. dazu DAV-Handelsrechtsausschuss, BB-Beilage 4/2003, S. 4.

136 S. etwa SOCKOL, 77 Tul. L. Rev. 1095, 1105-6 (2003), der ein erhöhtes Absetzungsrisiko für den Anwalt eines Aktionärs mit nur geringer Beteiligung annimmt und daher eine Benachteiligung klagender Kleingesellschafter befürchtet.

eine Aufwandsentschädigung zugesprochen wird.¹³⁷ Ein gerichtlich begleitetes Auswahlverfahren könnte darüber hinaus auch Auswahlkriterien beinhalten, die missbräuchlichen Klagen entgegenwirken.¹³⁸ Wie ein Blick über den Ärmelkanal zeigt, entspricht eine solche verstärkte Rolle des Gerichts im Rahmen des Gesellschafterklageverfahrens durchaus der internationalen Fließrichtung.¹³⁹ Schließlich ist die Zuweisung einer derartigen Auswahlmöglichkeit an die Gerichte auch kein gänzlich neuartiges Verfahren, wie die Regelung zur gerichtlichen Bestellung eines besonderen Vertreters in § 147 Abs. 2 Satz 2 AktG zeigt.¹⁴⁰ Die Auswahl eines „Leitklägers“ ließe sich wohl ohne größere Schwierigkeiten mit dem Klagezulassungsverfahren verknüpfen bzw. in dieses integrieren.

Dabei wird hier nicht verkannt: Die Einführung eines derartigen Klägerauswahlverfahrens führt nicht zu mehr Aktionärsklagen. Es ist jedoch im Vergleich zum geltenden Quorumerfordernis das zielgenauere und zugleich geschmeidigere Mittel, auch um missbräuchliche Klagen abzuwehren, und mag daher an anderer Stelle des Aktionärsklageregimes Spielräume schaffen, um die Aktionärsklage als Instrument der Corporate Governance zu stärken.

c) *Abschaffung des contemporaneous ownership-Erfordernisses nach § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG?*

§ 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG bildet das *contemporaneous ownership*-Erfordernis des U.S.-amerikanischen *derivative suit* nach, das dort auf eine lange Tradition zurückblicken kann¹⁴¹. Gleichwohl lohnt es sich, über dessen Abschaffung für das deutsche Recht nachzudenken. Anlass hierfür bietet etwa s. 260(4) CA 2006, die für die Neuregelung der englischen *derivative action* in den ss. 260-264 CA 2006 ausdrücklich bestimmt, dass die Klagebefugnis eines Gesellschafters nicht davon abhängt, ob der Klagegrund schon vor oder erst

137 Cox, 65 Brook. L. Rev. 3, 41-42 (1999). S. zur Einführung einer „Fangprämie“ noch unten unter 3.

138 Vgl. diesbzgl. auch die für die Prüfung der *adequate representation* von den U.S.-amerikanischen Gerichten herangezogenen Kriterien in Fn.74. Ferner wird in Sec. 21D(a)(3)(B)(vi) SEA 1934 die Anzahl der Bestellungen eines Klägers als *lead plaintiff* einer *securities class action* im Grundsatz auf maximal fünf für einen Zeitraum von drei Jahren beschränkt.

139 S. zum neuen Klagezulassungsverfahren im Rahmen der *derivative action* nach ss. 260-264 CA 2006 Law Commission, Shareholder Remedies: A consultation Paper (LCCP142), 1996, paras. 14.11, online: <http://www.lawcom.gov.uk/docs/cp142.pdf>; Law Commission Report (No. 246), Shareholder Remedies, 1997, para. 1.9, online: <http://www.lawcom.gov.uk/docs/lc246.pdf>; dazu BRAUN/STROTHOTTE, RIW 2010, 424, 428, 431.

140 S. dazu nur Mock, aaO (Fn. 12), § 147 AktG Rdn. 44 ff.

141 S. dazu bereits oben unter IV.1.b)aa).

während seiner Mitgliedschaft entstanden ist.¹⁴² Konstruktiv ist dies für die Geltendmachung eines *Gesellschaftsanspruchs* nur folgerichtig.¹⁴³ Auch erscheint der durch § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG abgewehrte „Kauf“ der Klagebefugnis über den Erwerb der Mitgliedschaft nicht *per se* problematisch oder gar anstößig.¹⁴⁴ Im Gegenteil mag dies dazu führen, dass sich Kläger mit „Know how“ um die Durchsetzung von Ansprüchen der Gesellschaft gegen ihre Organwalter kümmern,¹⁴⁵ vorausgesetzt sie erhalten hinreichende finanzielle Anreize.¹⁴⁶ Allfälligen Missbrauchsgefahren ließe sich über einen flexibleren allgemeinen Missbrauchseinwand Rechnung tragen.¹⁴⁷

d) *Änderung der sachlichen Voraussetzungen der Klagezulassung?*

Die in § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG festgeschriebene Notwendigkeit einer fruchtlosen Aufforderung der zuständigen Gesellschaftsorgane zur Klage im Namen der Gesellschaft trägt dem Umstand Rechnung, dass der Aktionär nur dann und deshalb in die Bresche springen soll, wenn und weil die grundsätzlich geltende aktienrechtliche Kompetenzordnung aufgrund von Interessenkonflikten in den Personen der eigentlich zuständigen Organwalter nicht funktioniert.¹⁴⁸ Auf die vorherige Klageaufforderung durch den Aktionär sollte daher im Rahmen der Klagezulassung allenfalls dann verzichtet werden können, wenn es sich dabei angesichts der offensichtlich ablehnenden Position

142 Auf ein entsprechendes Erfordernis verzichtet etwa auch das stark vom U.S.-amerikanischen Recht beeinflusste japanische Recht der Derivativklage. S. dazu ODA, FS Hopt, Bd. 2, 2010, S. 3213, 3218.

143 S. aus der englischen Rspr. bereits SMITH v. CROFT (No. 2) [1988] Ch. 114, 172; s. auch WEDDERBURN [1957] CLJ 194, 206 m. w. N.; speziell zu s. 260(4) CA 2006 MAYSON/FRENCH/Ryan, Company Law, 27th ed. 2010, S. 552; BRAUN/STROTHOTTE, RIW 2010, 424, 431.

144 Andeutungsweise anders aus englischer Perspektive HANNIGAN, Company Law, 2nd ed. 2009, 18-17.

145 Vgl. für die Stimmrechtsakkumulation vor einer Hauptversammlung durch Wertpapierleihe oder anderweitigen *record date capture* CHRISTOFFERSEN/GECZY/MUSTO/REED, J. Fin. 62 (2007), 2897 ff; zum *trade-off* zwischen Agenturkosten und Informationseffizienzgewinnen BRAV/MATHEWS, Empty Voting and the Efficiency of Corporate Governance, 2010, online: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1108632.

146 Zu deren Notwendigkeit s. auch HANNIGAN, Company Law, 2nd ed. 2009, 18-17: „[T]here is little advantage to a person acquiring a single share with a view to bringing a derivative claim since any recovery is for the benefit of the company and the claimant runs the risk that he will be penalised in costs.“ Zur Einführung einer „Fangprämie“ s. unten unter 3.

147 So für die englische *derivative action* unter Hinweis auf das *good faith*-Abwägungskriterium in s. 263(3)(a) CA 2006. S. dazu nur BRAUN/STROTHOTTE, RIW 2010, 424, 431.

148 S. dazu oben unter II.1.

der zuständigen Geschäftsorgane um eine bloße „Förmelei“ handelte.¹⁴⁹ Darlegung und Beweis einer solchen Ausnahme oblägen dann freilich dem klagewilligen Antragsteller.

In der Literatur ist die Regelung des § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG heftig angegriffen worden, weil sie der Verwaltung jenseits von Unredlichkeiten und groben Rechtsverletzungen einen sicheren Hafen für Rechtsverstöße gewähre.¹⁵⁰ Die Gesetzesmaterialien begründen den Klageausschluss für „leichteste und leichte“ Rechtsverletzungen damit, dass in diesen Fällen „eine kleine Minderheit der schweigenden oder andersdenkenden Mehrheit ihren Verfolgungswunsch nicht aufdrängen können“ solle.¹⁵¹ Diese Argumentation ist aber wenig überzeugend, unterstellt sie doch schlicht, dass die Aktionärsmehrheit typischerweise auf die klageweise Geltendmachung „leichter“ Rechtsverletzungen verzichten würde, würde sie nur gefragt.¹⁵² Bezeichnenderweise hat das englische Recht gerade erst von einem Klageausschluss bei bloßer *ratifiability* des Rechtsverstoßes Abstand genommen und verlangt für eine zwingende Versagung der *derivative action* eine tatsächlich erfolgte Autorisierung oder Ratifizierung des schadensbegründenden Verhaltens (vgl. s. 263(2)(c) CA 2006). Auch in die gerichtliche Abwägungsentscheidung ist eine hypothetische Genehmigung des anspruchsbegründenden Verhaltens nur einzustellen, wenn sie nach den Umständen wahrscheinlich („likely“) wäre (vgl. s. 263(3)(c) CA 2006).¹⁵³ Jedenfalls aber geht es zu weit, wenn die h. L. lediglich solche Pflichtverletzungen im Rahmen des Klagezulassungsverfahrens passieren las-

149 S. zur sog. *demand futility*-Doktrin im U.S.-amerikanischen Recht nur den Überblick bei BAINBRIDGE, aaO (Fn. 54), S. 203 ff. Demgegenüber sieht das neue englische Recht der *derivative action* die allfällige, aber nicht notwendige (!) Entscheidung der Gesellschaft gegen die Anspruchsdurchsetzung lediglich als eines von mehreren Abwägungskriterien für die gerichtliche Zulassungsentscheidung an (vgl. s. 263(3)(e) CA 2006).

150 MEILICKE/HEIDEL, DB 2004, 1479, 148 zur entsprechenden Regelung des Referententwurfs; krit. ferner MOCK, aaO (Fn. 12), § 148 AktG Rdn. 74; LUTTER, FS Uwe H. Schneider, S. 763, 765; PELTZER, FS Uwe H. Schneider, S. 953, 958 f.; s. zu dieser Klagezulassungsvoraussetzung deutlich auch THÜMMEL, aaO (Fn. 44), S. 235, 244 f. Die Fragwürdigkeit dieses Klagefilters tritt noch deutlicher hervor, wenn man bedenkt, dass die notwendige Handlungsfreiheit der Organwalter durch die zeitgleich in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG eingeführte Business Judgment Rule gewährleistet wird; vgl. in diesem Zusammenhang auch Begr. RegE KonTraG, BT-Drs. 13/9712, S. 21 zu § 147 Abs. 3 AktG a. F.

151 Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 22 li.Sp.

152 Dieser Schluss lässt sich m.E. nicht einmal bei vorheriger Sonderprüfung auf Minderheitsverlangen nach § 142 Abs. 2 AktG ohne weiteres ziehen, waren der die Sonderprüfung ablehnenden Mehrheit (vgl. § 142 Abs. 2 Satz 1 AktG) doch die erst im Rahmen der Sonderprüfung ermittelten Tatsachen im Zweifel nicht bekannt.

153 S. zum Ganzen nur BRAUN/STROTHOTTE, RIW 2010, 424, 432, die es für möglich halten, dass die englischen Gerichte nunmehr zunehmend dazu übergehen, dass Klagezulassungsverfahren zu unterbrechen, um die Angelegenheit der Gesellschafterversammlung vorzulegen.

sen will, die „sowohl hinsichtlich des Verschuldens als auch nach Art und Umfang des eingetretenen Schadens außergewöhnlich und für die Gesellschaft nicht hinnehmbar“ sind.¹⁵⁴ Schon *de lege lata* sollte § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG vielmehr als bloßer Ausschluss bagatellartiger Rechtsverletzungen interpretiert werden.¹⁵⁵ Dies sollte allerdings auch *de lege ferenda* im Wortlaut der Vorschrift klargestellt werden, auch um den klagewilligen Aktionären die mit der opaken Terminologie des gegenwärtigen Gesetzestextes verbundenen Unsicherheiten zu nehmen.¹⁵⁶

Verschiedentlich kritisiert worden ist auch die in § 148 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AktG statuierte Voraussetzung, dass der Geltendmachung des Ersatzanspruchs keine überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen.¹⁵⁷ Diese an die ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH¹⁵⁸ angelehnte Regelung soll der Klagezulassung ausweislich der Gesetzesbegründung nur ausnahmsweise entgegenstehen. Gedacht wird dabei etwa an die Geltendmachung sehr geringer Schadenssummen, vor allem aber an mehrfache, nichts neues beitragende Klagen (sog. Mee-too-Klagen).¹⁵⁹ Dieser Ausnahmecharakter sollte sich freilich im Gesetzeswortlaut stärker niederschlagen¹⁶⁰, um eventuelle Zweifel hieran auszuräumen. Ein solcher nur *ausnahmsweise* eingreifender Klageausschluss aus Gründen des Gesellschaftswohls ist sachgerecht, ein Verzicht auf die Voraussetzung des § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AktG nicht angezeigt.¹⁶¹ Es können nämlich durchaus einmal Gründe vorliegen, die aus Sicht der Gesellschaft gegen eine Klageerhebung sprechen, etwa wenn der Anspruch offensichtlich uneinbringlich ist und die Klage daher nur Kosten hervorbringt.¹⁶²

154 S. dazu oben unter IV.2.b) m.N.

155 So etwa SIEMS, ZVglRWiss 104 (2005), 376, 386.

156 S. dazu bereits oben unter IV.2.b). Kritisch zu den nicht weiter konkretisierten Begriffen der Unredlichkeit und der groben Rechtsverletzung auch MOCK, aaO (Fn. 12), § 148 AktG Rdn. 74 ff; vgl. auch SIEMS, ZVglRWiss 104 (2005), 376, 390 f.

157 S. MEILICKE/HEIDEL, DB 2004, 1479, 1482 zur entsprechenden Regelung des Referentenentwurfs des UMAG; auch MOCK, aaO (Fn. 12), § 148 AktG Rdn. 25 („fragwürdig“); LUTTER, FS Uwe H. Schneider, S. 763, 765 („Todesstoß“); vgl. ferner den sehr zurückhaltenden Standpunkt von SIEMS, ZVglRWiss 104 (2005), 376, 385 f.

158 BGHZ 135, 244.

159 Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 22 re.Sp.; zust. WINNEN, aaO (Fn. 16), S. 373 f; zweifelnd hingegen THÜMMEL, aaO (Fn. 44), S. 235, 245.

160 Die Gesetzesbegründung sieht dies bereits dadurch verwirklicht, dass auf „überwiegende“ und nicht nur auf „gewichtige“ Gründe abgestellt wird, s. Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 22 re.Sp. Für die Irrelevanz des § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AktG im „Normalfall“ auch SIEMS, ZVglRWiss 104 (2005), 376, 386.

161 Wie hier PELTZER, FS Uwe H. Schneider, S. 953, 957 f; a. A. MEILICKE/HEIDEL, DB 2004, 1479, 1482 mit dem Argument, dass „[n]ur durch die Klage [...] die lädierte Unternehmensintegrität wieder hergestellt werden“ könne.

162 So etwa Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 22 re. Sp.; vgl. auch HAPP, FS Westermann, 2008, S. 971, 992; ferner BAUMS, ZHR 174 (2010), 593, 594 mit Blick auf das Klagekalkül des Aufsichtsrats. Freilich ist in eine Kosten-Nutzen-Analyse [vgl. dazu

Diese Gründe hat aber auch der für die Gesellschaft in Prozessstandschaft klagende Aktionär zu beachten.¹⁶³ Bestätigt wird dieses Ergebnis durch einen rechtsvergleichenden Seitenblick auf das U.S.-amerikanische sowie das englische Recht.¹⁶⁴ Letzteres schreibt nicht nur gem. s. 263(2)(a) CA 2006 die zwingende Versagung der Klagezulassung für den Fall vor, dass eine zum Wohle der Gesellschaft handelnde Person nicht klagen würde¹⁶⁵, sondern gibt dem über die Klagezulassung entscheidenden Gericht in s. 263(3)(b) CA 2006 ferner auf, im Rahmen seiner Abwägung zu berücksichtigen, welche Bedeutung eine Person, die im wohlverstandenen Gesellschaftsinteresse handelt, der Anspruchsverfolgung beimessen würde¹⁶⁶. Richtig ist aber, und dies lehrt insbesondere die U.S.-amerikanische Diskussion, den für die Gesellschaft handelnden Organwaltern wegen ihrer „strukturellen Voreingenommenheit“ (*structural bias*) hinsichtlich der nach § 148 AktG verfolgbaren Klagen keinen unternehmerischen Beurteilungsspielraum für die Feststellung eines überwiegenden Gesellschaftsinteresses am Klageverzicht zuzubilligen.¹⁶⁷ Dieses unterliegt ausweislich der systematischen Zusammenschau von § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und 4 AktG und entsprechend der h. M.¹⁶⁸ vielmehr der vollen gerichtlichen Überprüfung. Die Gesellschaft trägt ausweislich des § 148 Abs. 6 Satz 4 AktG auch die Darlegungslast für dessen Vorliegen.¹⁶⁹

G. BEZZENBERGER/T. BEZZENBERGER, aaO (Fn. 8), § 148 AktG Rdn. 157] immer auch der nur schwer quantifizierbare Nutzen des mit der Klagerhebung verbundenen Signals an die potentiellen Klagegegner einzustellen, dass bei anspruchsbegründendem Verhalten ernsthaft mit einer Klage zu rechnen ist. S. zu diesem „sekundären Nutzen“ der Anspruchsverfolgung nur KALSS, ZSR 2005 II, 643, 647.

163 Ganz richtig Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 22 re. Sp. Die deutsche Regelung befürwortend daher auch KALSS, ZSR 2005 II, 643, 649.

164 S. zu ersterem bereits oben unter IV.2.b).

165 Wörtlich heißt es dort: „Permission (or leave) must be refused if the court is satisfied[...] that a person acting in accordance with section 172 (duty to promote the success of the company) would not seek to continue the claim“. S. zu diesem sehr eng verstandenen Versagungsgrund etwa ARSALIDOU, Comp. Law. 2009, 30(7), 205, 208 f.

166 Die Vorschrift lautet im Original: „In considering whether to give permission (or leave) the court must take into account, in particular[...] the importance that a person acting in accordance with section 172 (duty to promote the success of the company) would attach to continuing it“.

167 S. die *concurring opinion* von Judge EASTERBROOK in STARRELS v. FIRST NAT'L BANK OF CHICAGO, 870 F.2d 1168, 1172 et seqq. (7th Cir. 1989); s. zur U.S.-amerikanische Diskussion die N. in Fn. 76.

168 S. etwa SPINDLER, NZG 2005, 865, 867; MOCK, aaO (Fn. 12), § 148 AktG Rdn. 86 jew. unter Verweis darauf, dass es sich bei der Frage um das Bestehen von Gründen des überwiegenden Gesellschaftswohls um eine Rechtsfrage handle. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die im Text dargestellte Regelung des CA 2006.

169 Vgl. auch Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 22 re. Sp.: „§ 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 gibt der Gesellschaft im Zulassungsverfahren die Möglichkeit[...] einzuwenden, dass Gründe des Gesellschaftswohls dem Schadensersatzprozess entgegenstehen.“

Spricht somit einiges dafür, die allzu hohen Hürden des Zulassungsverfahrens abzusenken, erscheint es im Gegenzug erwägenswert, einen allgemeinen Missbrauchsvorbehalt in das Gesetz aufzunehmen, der zwar naturgemäß unbestimmt ist und zumindest teilweise schon durch § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AktG abgedeckt ist, den Gerichten aber signalisiert, dass ihnen ein flexibles Instrument zur Abwehr von missbräuchlichen Klagen zur Verfügung steht, dass sie in geeigneten Fällen auch gebrauchen sollen.¹⁷⁰

2. Besserer Zugang zu streiterheblichen Informationen durch besonderen Vertreter?

Ein bedeutsames Hindernis für die praktische Wirksamkeit der Einzelklage stellt der beschränkte Zugang des Aktionärs zu den streiterheblichen Informationen dar. Zur Beschaffung der für eine erfolgreiche Klage notwendigen Informationen sieht das AktG in den §§ 142 ff das Sonderprüfungsverfahren vor. Dieses wird auch als oftmals einzige Möglichkeit erachtet, um ein anschließendes Klagezulassungsverfahren nach § 148 AktG erfolgreich zu bestreiten.¹⁷¹ Anders als die Aktionärsklage nach § 148 AktG scheint das Sonderprüfungsverfahren auch eine gewisse forensische Relevanz erlangt zu haben.¹⁷² Gleichwohl haben sich seinerzeit nicht wenige Stimmen für eine Beibehaltung des besonderen Vertreters gerade auch mit dem Argument ausgesprochen, dass dieser besonders geeignet sei, die für eine Klage erforderlichen Informationen von der Gesellschaft zu besorgen, und zwar ungeachtet der parallelen Ausgestaltung der Schwellenwerte in § 142 Abs. 2 Satz 1 und § 148 Abs. 1 Satz 1 AktG.¹⁷³ Ob der informationsbedürftige Aktionär mit einem besonderen Vertreter wirklich besser steht als mit einer Sonderprüfung, scheint angesichts der weitgehenden Prüf- und Auskunftsrechte des Sonderprüfers (vgl.

170 Vgl. für das englische Recht auch s. 263(3)(a) CA 2006, wonach das Gericht für die Klagezulassungsentscheidung zu ermitteln hat, „whether the member is acting in good faith in seeking to continue the claim“.

171 S. MOCK, aaO (Fn. 12), § 148 AktG Rdn. 31, 26; PELTZER, FS Uwe H. Schneider, S. 953, 967 f schlägt die Ersetzung der Sonderprüfung durch ein Verfahren vor der Prüfstelle für Rechnungslegung vor.

172 So hat etwa das Sonderprüfungsverfahren in Sachen IKB inzwischen einige Prominenz erlangt. S. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9. 12. 2009 – 6 W 45/09 – IKB = BeckRS 2010, 532 und dazu die Besprechungsaufsätze von FLEISCHER, NJW 2010, 1504 ff; FLORSTEDT, AG 2010, 315 ff; SPINDLER, NZG 2010, 281 ff. Allgemein zur Zunahme der Anträge auf Sonderprüfung TRÖLITZSCH/GUNSSER, AG 2008, 833, 833, 835 a. E. und öfter.

173 S. etwa DAV-Handelsrechtsausschuss, BB-Beilage 4/2003, S. 4 f; MEILICKE/HEIDEL, DB 2004, 1479, 1481; weiterhin MOCK, aaO (Fn. 12), § 148 AktG Rdn. 26; krit. im Hinblick auf die limitierten Befugnisse des Aktionärs zur Erleichterung seiner Informationslast etwa auch SEIBT, WM 2004, 2137, 2142 li. Sp.; SEMLER, AG 2005, 321, 331.

§ 145 Abs. 1-3 AktG)¹⁷⁴ keineswegs zweifelsfrei.¹⁷⁵ Vielmehr geht etwa das OLG München von weitergehenden Ermittlungsbefugnissen des Sonderprüfers aus.¹⁷⁶

Die im Zusammenhang mit der Befugnis zur Stellung des Klagezulassungsantrags dargelegten Nachteile eines Quorumerfordernisses¹⁷⁷ provozieren die Frage, ob sich hiermit nicht auch die Abschaffung des für die Einleitung eines Sonderprüfungsverfahrens notwendigen Quorums begründen ließe. Freilich steht dort mit dem vorgestellten Verfahren zur Auswahl eines „Leitklägers“ ein auch unter dem Aspekt des Klagemissbrauchs schlagkräftiges Substitut zur Verfügung.¹⁷⁸ Hinzu kommt, dass dem Minderheitsantrag auf Sonderprüfung die Ablehnung der Hauptversammlungsmehrheit unmittelbar vorausgeht (vgl. § 142 Abs. 2 AktG) und im Gegensatz zu § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AktG auch keine Verdachtstatsachen für den Eintritt eines auf einer Pflichtverletzung beruhenden Schadens dargelegt werden müssen. Mit Blick auf die Kostenregelungen in § 146 AktG wird man sich mit einer Abschaffung des Quorumerfordernisses für die Sonderprüfung daher sicher deutlich schwerer tun als bei der Befugnis zur Stellung des Klagezulassungsantrags.¹⁷⁹ Allerdings erscheint ein solcher Verzicht zumindest für einen Antrag auf Sonderprüfung *nach* erfolgter Klagezulassung¹⁸⁰ nicht gänzlich ausgeschlossen, zumal der Rechtsmissbrauch oder die Unverhältnismäßigkeit der Sonderprüfung ihrer Anordnung ohnehin als ungeschriebene Negativvoraussetzungen entgegenstehen.¹⁸¹ Für ein solches Vorgehen bedürfte es freilich einer Anpassung der Fristenregelung in § 148 Abs. 4 Satz 1 AktG.

174 S. dazu nur HÜFFER, aaO (Fn. 45), § 145 AktG Rdn. 2 ff m. w. N.

175 Identische Informationsbefugnisse von Sonderprüfer und besonderem Vertreter nimmt etwa BÖBEL, Die Rechtsstellung der besonderen Vertreter gem. § 147 AktG, 1999, S. 92 ff an.

176 OLG München, NZG 2008, 230, 233 f; aus dem Schrifttum auch WIRTH, FS Hüffer, 2010, S. 1129, 1146; ferner FABRITIUS, GS Gruson 2009, S. 133, 146 ff. Dementsprechend schlägt die Länder- und Arbeitsgruppe „Managerverantwortlichkeit“ der Justizministerkonferenz eine Angleichung der Rechte des besonderen Vertreters an diejenigen des Sonderprüfers vor, s. Bericht der Länder- und Arbeitsgruppe „Managerverantwortlichkeit“ vom 19. Mai 2009 (Fn. 6), S. 3.

177 S. oben unter 1.a).

178 S. oben unter 1.b).

179 Bereits die gegenwärtigen Schwellenwerte in § 142 Abs. 2 AktG für problematisch niedrig haltend etwa HÜFFER, aaO (Fn. 45), § 142 AktG Rdn. 22 m. w. N.; TRÖLITZSCH/GUNSSER, AG 2008, 833, 835 f.

180 § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG geht – wie bereits im Text angedeutet – über § 142 Abs. 2 Satz 1 AktG nur (aber immerhin) insofern hinaus, als auch Verdachtstatsachen für das Entstehen eines (kausalen) Schadens dargelegt werden müssen.

181 S. nur TRÖLITZSCH/GUNSSER, AG 2008, 833, 837 f.

3. Einführung einer „Fangprämie“?

Die bisherigen Überlegungen zu einer Reform der Aktionärsklage haben sich vor allem mit dem möglichen Abbau prozeduraler Hürden beschäftigt, die für eine Abwehr missbräuchlicher Klagen nicht unbedingt notwendig erscheinen.¹⁸² Zudem ist das Problem der Informationsbeschaffung gestreift worden.¹⁸³ Wem rechtspolitisch an einer praktisch wirksamen Aktionärsklage gelegen ist, der muss aber vor allem die positiven Anreize für ein Tätigwerden der Aktionäre verbessern, um das beschriebene *public good*-Problem¹⁸⁴ zu bewältigen.¹⁸⁵ Ein naheliegendes Mittel hierfür wäre die gesetzliche Einführung einer „Fangprämie“ für den – im Sinne des Gesellschaftsinteresses – erfolgreichen Aktionärskläger.¹⁸⁶ So führt etwa der seinerzeitige Chancellor des Delaware Chancery Court *Allen* zu den besonderen Kosten- und Gebührenregelungen des *derivative suit*¹⁸⁷ in der Entscheidung *Bird v. Lida, Inc.*¹⁸⁸ aus: „[W]e appreciate the collective action problem of shareholders and the neat solution to the collective action problem that paying a bounty to successful shareholders lawyers represents“.¹⁸⁹ Es spricht aber nichts dagegen, eine solche Fangprämie direkt dem klagenden Aktionär zuzusprechen, anstatt sie

182 S. oben unter 1.

183 S. soeben unter 2.

184 S. oben unter III.

185 Vgl. auch im Zusammenhang mit der Aktivierung des Aktionärs zur Verfolgung von Insiderhandel HOPT/WILL, *Europäisches Insiderrecht*, 1973, S. 158: „[D]er einzelne Aktionär [muss] als „private Attorney General“, als Vertreter des öffentlichen Interesses, aktiviert werden. Das wird jedoch nur gelingen, wenn dieser Einsatz des Aktionärs im fremden Interesse zugleich in seinem eigenen liegt [...]“; dazu jüngst BUXBAUM, FS Hopt, Bd. 2, 2010, S. 1671 ff. Diesen Schritt wollen LUTTER, FS Uwe H. Schneider, S. 763 ff und PELTZER, FS Uwe H. Schneider, S. 953 ff offenbar nicht gehen und erwägen stattdessen ein Klagerecht der BaFin oder der Prüfstelle für Rechnungslegung bzw. deren Einbeziehung in das Aktionärsklageverfahren.

186 Für eine erste Überlegung s. SCHMOLKE, *Der Aufsichtsrat* 2010, 145; ferner bereits HOPT/WILL, aaO (Fn. 185), S. 159: „Zu erwägen bliebe schließlich [...], ob für den Kläger persönlich als Honorar für seine der Gesellschaft zugute kommende Tätigkeit eine Anwaltsgebühr vorzusehen wäre“. Aktuell wird die Einführung einer „Vorabzahlung“ an den klagenden Aktionär im Erfolgsfall auch in der Schweiz diskutiert; s. dazu sowie zu weiteren Reformvorschlägen zur Erleichterung der schweizerischen Aktionärsklage NZZ vom 16. 10. 2010, S. 29. Explizit gegen eine solche Prämie die Abstimmungsmehrheit des 63. DJT in Leipzig, s. Ständige Deputation des deutschen Juristentags (Hrsg.), *Verhandlungen des 63. DJT*, Beschlüsse der Abteilung Wirtschaftsrecht, 2000, O 81; sowie hieran anknüpfend Baums (Hrsg.), *Bericht der Regierungskommission Corporate Governance* 2001, Rdn. 73 (S. 113); ferner DAV-Handelsrechtsausschuss, BB-Beilage 4/2003, S. 4.

187 S. dazu oben unter IV.1.

188 681 A.2d 399 (Del. Ch. 1996). S. zu dieser Entscheidung auch die Besprechung von J.M. SMITH, 47 *Duke L.J.* 161 (1997).

189 *BIRD v. LIDA, INC.*, 681 A.2d 399, 407 (Del. Ch. 1996).

über einen Erstattungsanspruch für anwaltliche Gebühren auszukehren.¹⁹⁰ Das Mittel der Fangprämie ist etwa auch im Zuge des Dodd-Frank Act¹⁹¹, der regulatorischen Antwort der USA auf die jüngste Finanzkrise, ausgebaut worden, um die kapitalmarktrechtliche Rechtsbefolgung und -durchsetzung zu stärken. So wird ein sog. *whistleblower* für den Fall, dass seine Informationsweitergabe zur Verhängung eines Bußgeldes durch die SEC führt, mit einer Prämie von 10 bis 30% des verhängten Bußgeldes belohnt.¹⁹²

Ganz ähnlich ließe sich eine Fangprämie für den klagenden Aktionär in der Weise ausgestalten, dass er im Falle des Obsiegens einen bestimmten Anteil der der Gesellschaft zugesprochenen Klagesumme für sich selbst vereinnahmen darf, der im Rahmen einer gesetzlich festgelegten Spanne vom Prozessgericht festzulegen ist.¹⁹³ Hierdurch ließe sich der Klageanreiz des Aktionärs einfach, aber wirkungsvoll an das Gesellschaftsinteresse koppeln, was nicht nur Vergleichsabschlüssen zu Lasten der Gesellschaft¹⁹⁴, sondern auch dem Einklagen von Bagatellschäden entgegengewirkt. Bei einem Festhalten an einem Quorumfordernis¹⁹⁵ und einer daraus folgenden Zulassung einer Klägermehrheit wird der Klageanreiz durch eine Fangprämie allerdings für den einzelnen Aktionärskläger verwässert. Es kann dadurch ein neues Kollektiv-

190 Vgl. BUXBAUM, FS Hopt, Bd. 2, S. 1671, 1692 f, der auch mit Blick auf das deutsche Recht ausführt: „[N]owhere is it written in stone that adequate financial incentives to stimulate an appropriate amount of private enforcement action need to rest solely on the contingent fee system.“; ferner die weiteren Ausführungen in BIRD v. LIDA, INC., 681 A.2d 399, 407 (Del. Ch. 1996). Zu Fragen des anwaltlichen Gebührenrechts noch unten unter 4.

191 Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010, H.R. 4173 (111th Cong.).

192 S. § 922 des Frank-Dodd Act, der eine neue Vorschrift Sec. 21F Securities Exchange Act 1934 (SEA 1934) einführt. Schon länger besteht hingegen die – bisher kaum praktisch gewordene – Möglichkeit von Fangprämien für Informanten bei Insiderhandelsdelikten s. Sec. 21A(e) SEA 1934. Für eine positive Bewertung dieser *bounty programs* aus ökonomischer Sicht FERZIGER/CURRELL, U. Ill. L. Rev. 1999, 1141; grds. auch BOWEN MATTHEW, 40 U. Mich. J. L. Reform 281 (2007), die freilich die Gefahr des „overenforcement“ bei der gegenwärtigen gesetzlichen Regelung des *False Claims Act* für real hält. In diese Richtung argumentieren auch DEPOORTER/DE MOT, 13 Sup. Ct. Econ. Rev. 135 (2005).

193 Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Kostenregelung in § 7.17 ALI-Principles of Corporate Governance, die den Kostenersatzanspruch des Klägers dahingehend deckelt, dass „in no event should the attorney’s fee award exceed a reasonable proportion of the value of the relief [...] obtained by the plaintiff for the corporation“. Zum Zweck dieser Deckelung s. ALI, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, 1994, *comment a* zu § 7.17.

194 S. zu diesem Problem nach U.S.-amerikanischem Recht oben unter IV.1.a).

195 Dazu oben unter 1.a).

handlungsproblem entstehen, das sich bei der hier angedachten Auswahl eines „Leitklägers“¹⁹⁶ nicht einstellt.¹⁹⁷

Aus der Einführung einer Fangprämie der beschriebenen Art ergibt sich freilich ein gewisser Abstimmungsbedarf im Hinblick auf das Recht der Gesellschaft zur Übernahme des Klageverfahrens und die aktienrechtliche Vermögensbindung. Dieser sollte jedoch überschaubar bleiben: Erhebt die Gesellschaft nach erfolgreicher Klagezulassung des Aktionärs selbst Klage oder macht sie von ihrem Eintrittsrecht nach § 148 Abs. 3 Satz 2 AktG Gebrauch, so kann der geringere Aufwand des Aktionärs in Fortschreibung des in § 148 Abs. 6 Satz 4 AktG zum Ausdruck kommenden Gedankens durch das Gericht im Rahmen der Festsetzung der Fangprämienhöhe berücksichtigt werden. Der Gefahr, dass die Gesellschaft ihre nunmehr angenommene Klägerrolle nicht mit dem gebotenen Engagement ausfüllt und so den Erfolg des Haftungsprozesses (und damit auch die Fangprämie des Aktionärs) gefährdet, trägt das Gesetz durch die Beiladung der bisherigen Antragsteller oder Kläger gem. § 148 Abs. 3 Satz 3 AktG sowie gem. § 148 Abs. 6 Satz 4 AktG dadurch Rechnung, dass die Gesellschaft die Klage nur unter den Voraussetzungen des § 93 Abs. 4 Satz 3 und 4 AktG mit Ausnahme der Sperrfrist zurücknehmen kann. Darüber hinaus mag man als Maßnahme des Aktionärs- und damit letztlich auch des Gesellschaftsschutzes ein Recht zur Fortsetzung der Gesellschaftsklage durch einen Aktionär in Anlehnung an s. 262 CA 2006 unter den dort genannten hohen Voraussetzungen¹⁹⁸ erwägen.

Im Hinblick auf die aktienrechtliche Vermögensbindung ergeben sich durch die Einführung einer Fangprämie keine Probleme. Der Gesetzgeber kann Ausnahmen vom Prinzip der Vermögensbindung schaffen, wie er dies aus Gründen des Anlegerschutzes etwa bei der Kapitalmarktinformationshaftung getan hat.¹⁹⁹ Aus den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben der Kapitalrichtlinie²⁰⁰ ergibt sich nichts anderes: So lässt sich gegen eine Fangprämie unter

196 S. dazu oben unter 1.b).

197 Das Problem späterer „Trittbrettfahrer“-Kläger, die ein *weiteres* Klagezulassungsverfahren anstrengen, hat der UMAG-Reformgesetzgeber gesehen und verweist für eine Remedur auf § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AktG, s. Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, S. 23. Demgegenüber steht der späteren Klage einer weiteren Aktionärsgruppe nach Ansicht des DAV-Handelsrechtsausschuss, BB-Beilage 4/2003, S. 4 die anderweitige Rechtshängigkeit der früheren Aktionärsklage entgegen.

198 S. 262(2) CA 2006 sieht vor, dass „[a] member of the company may apply to the court for permission [...] to continue the claim as a derivative claim on the ground that [...] (a) the manner in which the company commenced or continued the claim amounts to an abuse of the process of the court, (b) the company has failed to prosecute the claim diligently, and (c) it is appropriate for the member to continue the claim as a derivative claim.“.

199 S. dazu jüngst wieder HENZE, FS Hopt, Bd. 2, 2010, S. 1933, 1943 ff.

200 Richtlinie 77/91/EWG vom 13. Dezember 1976, ABl. Nr. L 26 vom 31. 1. 1977, S. 1.

dem Aspekt des Gläubigerschutzes wenig einwenden, ist es doch gerade auch im Gläubigerinteresse, wenn der hierdurch inzentivierte Aktionär für die Durchsetzung der Gesellschaftsansprüche sorgt.²⁰¹ Schließlich erscheint das Instrument einer Fangprämie auch im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot gegenüber den Aktionären unbedenklich.²⁰² Dieses verbietet bekanntlich nur eine willkürliche Ungleichbehandlung der Aktionäre.²⁰³ Der für die Gesellschaft aktiv werdende Aktionär befindet sich aber nicht in „denselben Verhältnissen“ wie seine passiven Mitaktionäre. Soweit die Prämie über die tatsächliche Kostenlast des Aktionärsklägers hinausgeht, ist auch dieser Überschuss sachlich gerechtfertigt, da im Gesellschaftsinteresse erforderlich, um die erstrebte Anreizwirkung zu erzielen und damit die gerichtliche Durchsetzung der gesellschaftlichen Haftungsansprüche zu verbessern.²⁰⁴ Aufgrund des andernfalls unterbleibenden Zuflusses (großer Teile) der Haftungssumme in das Gesellschaftsvermögen stehen hierdurch auch die passiven Mitaktionäre besser als ohne Prämienregelung.

Die Einführung einer solchen Fangprämie würde zwar insofern einen Paradigmenwechsel bedeuten, als die geltende Regelung Sondervorteile für die klagenden Aktionäre gerade verhindern will. Die Legitimität der Fangprämie beruht aber darauf, dass der individuelle Vorteil des Aktionärs an einen Vorteil für die Gesellschaft geknüpft ist. Die Wirksamkeit dieses Anreizes für die Aktionäre hängt dabei natürlich auch davon ab, dass die Gerichte diesen Paradigmenwechsel gedanklich nachvollziehen und einer Aktionärsklage bzw. einem Klagezulassungsantrag nicht gerade wegen der winkenden Fangprämie Vorbehalte entgegenbringen.²⁰⁵

201 Der unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes hier allein erhebliche Art. 15 der Kapitalrichtlinie wird freilich überhaupt nur relevant, wenn man von dieser Vorschrift mit der h. M. auch „verdeckte Ausschüttungen“ erfasst sieht; s. dazu etwa GRUNDMANN, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl., 2011, Rdn. 343; HABERSACK, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 3. Aufl., 2006, § 6 Rdn. 34.

202 Dieses ist gemeinschaftsrechtlich vor allem in Art. 42 der Kapitalrichtlinie verankert. S. dazu nur GRUNDMANN, aaO (Fn. 201), Rdn. 325, 343; HABERSACK, aaO (Fn. 201), § 6 Rdn. 77.

203 S. nur BGHZ 120, 141, 150 f.; OLG Köln, ZIP 2001, 2049, 2051; FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, *AktG*, 2. Aufl., 2010, § 53a Rdn. 34 ff; tw. anders aber GRUNDMANN, aaO (Fn. 201), Rdn. 325.

204 S. allgemein zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung durch ein anerkanntes Gesellschaftsinteresse, sofern im weiteren auch den Grundsätzen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit Rechnung getragen wird, nur FLEISCHER, aaO (Fn. 203), § 53a AktG Rdn. 35 m. w. N.; für den Fall der Zahlung einer angemessenen Prämie für die Umwandlung von Vorzugs- in Stammaktien OLG Köln ZIP 2001, 2049, 2051 f.

205 S. zu diesem (möglichen) Effekt gesetzlicher Klageanreize LEMOS, 95 Minn.L.Rev. 782, 823 ff (2011) unter der Überschrift „Judicial Backlash“. Vgl. ferner zu den Beharrungskräften der englischen Rspr., welche den vom Gesetzgeber intendierten Abbau pro-

4. Stattdessen: Der Anwalt als Sachwalter der Gesellschaftsinteressen – Änderung der Anwaltsvergütung?

Im U.S.-amerikanischen Recht der Gesellschafterklage gilt der Klägeranwalt als „Champion“ der klagenden Gesellschafter und ihrer Interessen.²⁰⁶ Die Klageinzentivierung setzt daher bei der Anwaltsvergütung an, und zwar über die beschriebenen Mechanismen des Erfolgshonorars (*contingency fee*) und – vor dem Hintergrund der American Rule – des *fee shifting* nach der *substantial benefit doctrine*.²⁰⁷ Die zentrale Rolle des Anwalts im rechtlichen Anreizsystem, der damit nach Ansicht vieler zur eigentlich am Verfahren interessierten Partei wird²⁰⁸, kann aber wiederum Fehlanreize zu opportunistischem Verhalten begründen, das zu Klagemissbrauch und allgemein dem Interesse der Gesellschaftergesamtheit zuwiderlaufenden Ergebnissen führt. Die Minimierung dieser Agenturkosten ist Gegenstand einer fortlaufenden rechtspolitischen Debatte.²⁰⁹ Die schon erwähnte Kostenregelung des § 7.17 ALI-Principles²¹⁰ etwa schlägt für eine Koppelung der Anreize des Klägeranwalts an das Interesse der Gesellschaftergesamtheit vor, die erstattungsfähigen Anwaltsgebühren auf einen „angemessenen Anteil“ vom Wert des obsiegenden Urteils für die Gesellschaft zu begrenzen.²¹¹

Mithilfe entsprechender Regelungen der Anwaltsvergütung ließe sich sicher auch in Deutschland die Rolle der Anwälte als „Streiter“ für das Aktionärs- bzw. Gesellschaftsinteresse institutionalisieren. Die Berücksichtigung des Anwalts als eines weiteren „Spielers“ würde allerdings die Suche nach einem Klageregime, das die gewünschten Anreize setzt, sicher nicht vereinfachen. Hinzu kommt, dass dieser Weg angesichts des traditionellen Verständnisses des Anwalts als Organ der Rechtspflege und den auch daraus resultierenden Vorbehalten gegenüber dem Erfolgshonorar für Anwälte im Verhältnis zur

zeduraler Hürden für die *derivative action* zumindest teilweise unterläuft, REISBERG, ECFR 2009, 219, 232 f.

206 Vgl. nur COFFEE, *The unfaithful Champion: The Plaintiff as Monitor in Shareholder Litigation*, 48 *Law & Contemp. Probs.* 5 (1985).

207 S. dazu oben unter IV.1.a).

208 S. dazu bereits oben unter IV.1.a) bei Fn. 56.

209 S. statt vieler nur die prominenten Beiträge von COFFEE, 48 *Law & Contemp. Probs.* 5 (1985) und MACEY/MILLER, 58 *U. Chi. L. Rev.* 1 (1991).

210 S. oben unter IV.1.b)cc).

211 Zum Zweck dieser Deckelung s. ALI, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, 1994, *comment a* zu § 7.17. Ähnlich, aber unter Berücksichtigung weiterer Kostenpositionen für die Gesellschaft, wie etwa steigende Prämien für die D&O-Versicherung des verurteilten Managers, KRAAKMAN/PARK/SHAVELL, 82 *Geo. L.J.* 1733, 1765–1766 (1994).

Einführung einer Fangprämie zugunsten des aktiv werdenden Aktionärs²¹² der wesentlich weitere und steinigere Reformpfad wäre.²¹³

5. Obligatorische gerichtliche Vergleichsprüfung?

§ 149 AktG schreibt die Bekanntmachung der Verfahrensbeendigung einschließlich aller dabei getroffenen Vereinbarungen und Absprachen zur Prozessvermeidung vor. Dies ist als Maßnahme gegen unzulässige Leistungen an verfahrensbetreibende Aktionäre oder ihnen gleichstehende Dritte und damit letztlich gegen missbräuchliche Anträge und Klagen angesichts der U.S.-amerikanischen Erfahrungen²¹⁴ sowie dem in Deutschland praktizierten Vorgehen räuberischer Anfechtungskläger gut und richtig. Diese Publizitätspflicht flankiert die praktisch sicher bedeutsamere Vergleichs- und Verzichtsbekanntmachung des § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG.²¹⁵ Ungeachtet dieser besonderen Sicherheitsmaßnahme des deutschen Rechts erscheint die Einführung einer gerichtlichen Inhaltsprüfung des Vergleichs oder vergleichsähnlicher Vereinbarungen bei Klagerücknahme nach U.S.-amerikanischem Vorbild²¹⁶ durchaus erwägenswert.²¹⁷ Hierdurch würden die Anreize zu einem Tätigwerden der Aktionäre im Interesse der Gesellschaft jedenfalls nicht nachteilig berührt. Ein solches Genehmigungserfordernis hätte allerdings – auch dies lehren die U.S.-amerikanischen Erfahrungen – nur dann echten „Biss“, wenn die Gerichte die am Gesellschaftsinteresse ausgerichtete Inhaltsprüfung auch ernst nehmen.²¹⁸

212 S. dazu soeben unter 3.

213 S. für eine Darstellung der vom Gesetzgeber vorgebrachten und vom BVerfG gebilligten Bedenken gegen ein Erfolgshonorar für Anwälte nur die Darstellung bei BAETGE, *RabelsZ* 73 (2009), 669 ff, der selbst mit ökonomischer Begründung für einen permissiveren Standpunkt wirbt.

214 S. dazu oben unter IV.1.a).

215 S. dazu bereits oben unter IV.2.b).

216 S. dazu bereits oben unter IV.1.b)bb).

217 In diesem Sinne DAV-Handelsrechtsausschuss, BB-Beilage 4/2003, S. 4: „Die Wirksamkeit eines Prozessvergleichs sollte von der Zustimmung des Prozessgerichts abhängig gemacht werden“.

218 In der U.S.-amerikanischen Spruchpraxis hat sich das dort geltende Erfordernis der richterlichen Vergleichsgenehmigung weitgehend als zahnlöser Tiger erwiesen. So beklagt die Literatur, dass auch Vergleiche, welche für die Beklagten nur minimale Sanktion, für die Gesellschaft nur symbolische Vorteile, für die Klägeranwälte aber hohe Vergütungen vorsehen, das gerichtliche Prüfverfahren regelmäßig passieren. BAINBRIDGE, aaO (Fn. 54), S. 202 spricht plastisch davon, dass „[t]he judicial approval requirement commonly seems all bark and no bite.“ Empirische Studien scheinen diese Einschätzung zu belegen: So wurden in der Zeit von den späten 1960er Jahren bis zum Jahr 1987 ca. 65% der gegen börsennotierte Gesellschaften erhobenen Derivativklagen verglichen, während nur 6% der ausjudizierten Klagen Erfolg hatten. Bei den ver-

6. Änderung der Kostenregelung des § 148 Abs. 6 AktG?

Die Kostenregelung des § 148 Abs. 6 AktG wird in der Literatur weithin als gelungen angesehen.²¹⁹ Soweit es unter dem Gesichtspunkt mangelnder Klageanreize als problematisch erachtet wird, dass die Aktionärsminorität bei einem erfolglosen Zulassungsverfahren nicht nur mit den eigenen, sondern auch mit den Kosten der Gegenseite und den Gerichtskosten belastet wird²²⁰, würde diese Wirkung durch die Einführung einer hier propagierten Fangprämie kompensiert.²²¹ Ungeachtet dessen kann dem Aktionär nicht jegliches Kostenrisiko abgenommen werden, will man nicht leistungsfähige oder gar rechtsmissbräuchliche Zulassungsanträge provozieren.²²²

Bei erfolgreicher Klagezulassung trägt zwar die Gesellschaft grundsätzlich auch bei erfolgloser Aktionärsklage die Kosten, die Interessen der Gesellschaft werden jedoch durch die Kostentragungspflicht der Aktionäre bei einem vorsätzlich oder fahrlässig unrichtigen Vortrag (§ 148 Abs. 6 Satz 5 AktG) und durch die Beschränkung der Kostenerstattung für einen Bevollmächtigten (§ 148 Abs. 6 Satz 6 AktG) hinreichend berücksichtigt.²²³ Hieran würde sich auch durch die Einführung einer Fangprämie grundsätzlich nichts ändern: Einer absichtlichen „Kostenschinderei“ des Aktionärsklägers mit dem Ziel, trotz schlechter Erfolgsaussichten der Klage einen Vergleich herbeizuführen, der ihm die erstrebte Fangprämie sichert, wird nicht nur durch die Maßnahmen gegen unangemessene Vergleiche (Publizitätspflicht, Unwirksamkeit nach § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG, ggf. gerichtliches Zustimmungserfordernis) entgegengewirkt. Die Gesellschaft kann das „Treiben“ des Aktionärs zudem jederzeit durch den Eintritt in das Verfahren nach § 148 Abs. 3 Satz 2 AktG

gleichsweise beendeten Prozessen erhielten die Gesellschaften nur in der Hälfte der Fälle Geldersatz zugesprochen, während Ansprüche auf Zahlung von Anwaltsgebühren gegen die Gesellschaft in über 90% der Fälle zugestanden wurden. S. zu diesen Ergebnissen ROMANO, J. L. ECON. & ORG. 7 (1991), 55, 60-61.

219 S. etwa MOCK, aaO (Fn. 12), § 148 AktG Rdn. 27; vgl. auch den ähnlichen Vorschlag des DAV-Handelsrechtsausschusses, BB-Beilage 4/2003, S. 4; krit. aber nunmehr LUTTER, FS Uwe H. Schneider, S. 763, 765; PELTZER, FS Uwe H. Schneider, S. 953, 956 f.

220 So SIEMS, ZVglRWiss 104 (2005), 376, 390; vgl. auch PELTZER, FS Uwe H. Schneider, S. 953, 957.

221 Freilich wäre es dann wohl nur folgerichtig, wenn sich der nach § 3 ZPO festzulegende Streitwert des Zulassungsverfahrens entsprechend erhöht.

222 Zutr. DAV-Handelsausschuss, BB-Beilage 4/2003, S. 4. S. zur schweizerischen Kostenregelung, die dem Richter in Art. 756 Abs. 2 OR bisher auch nur dann das Recht einräumt, die Kosten in Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen nach seinem Ermessen auf den Kläger und die Gesellschaft zu verteilen, wenn der Aktionär begründeten Anlass zur Klage hatte, etwa BÖCKLI, aaO (Fn. 34), § 18 Rdn. 232 ff; WIDMER/GERICKE/WALLER, BSK, 3. Aufl., 2008, Art. 756 Rdn. 14 ff; STAEHELIN/STEBLER, GesKR 2009, 479, 496 jew. mit Hinweisen zu den eingeleiteten Reformmaßnahmen.

223 Wie hier MOCK, aaO (Fn. 12), § 148 AktG Rdn. 27.

beenden. Hält man diese Schutzmechanismen nicht für ausreichend, ließe sich der Vorbehalt in § 148 Abs. 6 Satz 5 AktG a. E. noch um den Fall missbräuchlicher Kostenverursachung erweitern.

VI. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Die bei Einführung der Aktionärsklage durch das UMAG geäußerten Befürchtungen, § 148 AktG werde zu einer Klageflut führen, haben sich nicht bestätigt. Im Gegenteil: Die Aktionärsklage oder auch nur das vorgeschaltete Klagezulassungsverfahren spielen in der Praxis keine Rolle. Die §§ 148 f AktG sind weitgehend „totes Recht“.

2. Die praktische Bedeutungslosigkeit der Aktionärsklage lässt sich überzeugend mit den fehlenden Anreizen des Aktionärs bzw. der Aktionärsminderheit zur gerichtlichen Geltendmachung des Gesellschaftsanspruchs erklären: An einem Klageerfolg partizipiert der klagende Gesellschafter nur zu einem seiner Beteiligung entsprechenden Bruchteil. Dies und die strategische Überlegung, dass man ohne eigenes Zutun vom Tätigwerden eines anderen Aktionärs profitieren könnte (Trittbrettfahrerproblem), veranlassen vor allem Kleinaktionäre von Publikumsgesellschaften zur Passivität. Die Kostenregelung in § 148 Abs. 6 AktG versucht diesem Kollektivhandlungsproblem durch eine Beschränkung des Kostenrisikos entgegenzusteuern, liefert aber keine positiven Anreize zum Tätigwerden.

3. Die Regelung der §§ 148 f AktG ist vielmehr von der Absicht geprägt, missbräuchliche Klagen und Vergleiche zu verhindern. Hierfür stellt sie gerade auch im internationalen Vergleich sehr hohe Verfahrenshürden für den klagewilligen Aktionär auf: So kennen weder das U.S.-amerikanische noch das englische Recht der Gesellschafterklage ein Quorumfordernis. Eine deutsche Eigentümlichkeit stellt auch die Beschränkung der Klagezulassung auf angebliche „Unredlichkeiten“ und „grobe Gesetzes- und Satzungsverletzungen“ dar, die nach herrschendem Verständnis außergewöhnlich schwere Pflichtverstöße voraussetzen. Schließlich darf nicht unbeachtet bleiben, dass das deutsche Recht sog. „strike suits“ bereits mit dem befristeten Vergleichs- und Verzichtsverbot gem. § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG ein wirksames Hindernis entgegengestellt.

4. Die praktische Bedeutungslosigkeit der Aktionärsklage zeigt, dass der Gesetzgeber die Gefahr des Klagemissbrauchs überbewertet hat. Vielmehr wird allenthalben ein Durchsetzungsdefizit bei der Organhaftung beklagt. Will man die Aktionärsklage zu einem effektiven Corporate Governance-Instrument umformen, sind insbesondere folgende Reformmaßnahmen zur Verbesserung ihrer praktischen Wirksamkeit ins Auge zu fassen:

a) Für eine Verschlanung der überbordenden Verfahrenshürden und eine zielgenauere Auslese solcher Aktionärskläger, die auch im Gesellschaftsinter-

resse und nicht in missbräuchlicher Absicht handeln, sollte über eine Abschaffung des Quorumersfordernisses und seine Ersetzung durch ein gerichtliches Auswahlverfahren zur Bestimmung eines „Leitklägers“ nachgedacht werden, das an dem U.S.-amerikanische Verfahren zur Auswahl eines „lead plaintiff“ bei kapitalmarktrechtlichen Sammelklagen Maß nehmen könnte.

b) Zudem erscheint das dem U.S.-amerikanischen Recht entlehnte *contemporaneous ownership*-Erfordernis in § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG verzichtbar. Ferner sollte die Regelung in § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AktG bereits *de lege lata* als bloßer Ausschluss von Bagatellklagen verstanden werden, was zur Vermeidung von Unsicherheiten auch *de lege ferenda* im Wortlaut der Vorschrift klargestellt werden sollte. Im Gegenzug könnte ein allgemeiner Missbrauchsvorbehalt in das Gesetz als Signal an die Gerichte aufgenommen werden, jenseits formaler Verfahrenshürden missbräuchlichen Rechtsersuchen die Anerkennung zu verweigern.

c) Zur Überwindung des Kollektivhandlungsproblems der Aktionäre bietet sich die Einführung einer „Fangprämie“ an. Hierdurch würden positive Klageanreize gesetzt, die sich am Gesellschaftsinteresse ausrichten lassen, indem man die Auskehrung der Prämie an den Erfolg der Klage knüpft und die Prämie ihrer Höhe nach an die der Gesellschaft zugesprochene Klagesumme koppelt. Demgegenüber erscheint eine alternative Inzentivierung der Klägeranwälte über das Vergütungssystem angesichts der starken Vorbehalte gegen Erfolgshonorare deutlich schwieriger.

d) Die gelegentlich vorgeschlagene obligatorische Prüfung verfahrensvermeidender oder -beendender Vereinbarungen durch das Gericht nach dem Vorbild des U.S.-amerikanischen Rechts ist hierzulande wegen der Regelung des § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG zwar von geringerer praktischer Bedeutung, aber als flankierende Maßnahme durchaus erwägenswert. Die weithin als gelungen erachtete Kostenregelung des § 148 Abs. 6 AktG sollte hingegen im Wesentlichen unverändert bleiben. Sie liefert auch dann angemessene Ergebnisse, wenn man der Einführung der hier vorgeschlagenen „Fangprämie“ nähertritt.