

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 124 (2005)

**Artikel:** Durchsetzung der Innenhaftung der Leitungsorgane von Aktiengesellschaften

**Autor:** Kalss, Susanne

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-895781>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 03.05.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

# Durchsetzung der Innenhaftung der Leitungsorgane von Aktiengesellschaften

SUSANNE KALSS\*

## I. Einleitung

Die vorliegende Arbeit behandelt die Durchsetzung der Haftung von Geschäftsleitern (Vorstandsmitglieder, geschäftsführende Verwaltungsratsmitglieder, geschäftsführende Direktoren) in den europäischen Rechtsordnungen Österreich, Deutschland, Frankreich, Belgien, Spanien, Italien, den Niederlanden, Schweden, England, Slowakei, Slowenien und Polen. Ergänzend wird auch auf die Rechtsordnungen in Tschechien, Bulgarien und Ungarn hingewiesen. Die Behandlung der Haftungsdurchsetzung ist von wesentlicher Bedeutung, da die Durchsetzungsmechanismen für die Auswirkung der materiellen Haftungstatbestände auf das tatsächliche Verhalten der Geschäftsleiter eine entscheidende Rolle spielen.

Eine rechtsvergleichende Darstellung darf sich nicht darauf beschränken, verschiedene nationale Normen und deren Auslegung schematisch nebeneinander zu stellen<sup>1</sup> oder gar einzelne Regelungselemente herauszugreifen und argumentativ zu verwerten. Rechtsvergleichung bedeutet vielmehr, hinter die begrifflichen, systematischen und perspektivischen Zusammenhänge einer in eine bestimmte Rechtsordnung eingebetteten Regelung zu blicken und deren *Funktion* und Regelungsziel zu erforschen, um diese dann mit den sachlich-funktional korrespondierenden Regelungen anderer Rechtsordnungen zu vergleichen (*funktionale Rechtsvergleichung*).<sup>2</sup>

Gegenstand der Darstellung ist die Durchsetzung der Haftung gegenüber der Gesellschaft (Innenhaftung).<sup>3</sup> Der Unterscheidung liegen nicht nur

---

\* Prof. Susanne Kalss, LL. M., Wirtschaftsuniversität Wien.

1 SUSANNE KALSS/CHRISTINA BURGER/GEORG ECKERT, Entwicklung des Aktienrechts, Wien 2003, S. 25.

2 *Josef Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts<sup>3</sup>, Tübingen 1956, S. 350; KONRAD ZWEIGERT/HEIN KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung<sup>3</sup>, Tübingen 1984, S. 33 f.

3 Zur Außenhaftung gegenüber Investoren vgl. das umfassende Werk Klaus J. HOPT/HANS-CHRISTOPH VOIGT, Prospekt- und Kapitalmarktinformationshaftung, Tübingen 2005.

rechtswissenschaftliche Dogmatik und Systematisierung, sondern auch abweichende Funktionen zu Grunde: Schäden im Gesellschaftsvermögen können zur Entwertung der Beteiligungs- oder Forderungsrechte der Gesellschafter und Gläubiger führen. Die unmittelbare – d. h. auf Leistung in das Vermögen des betroffenen Anlegers oder Gläubigers gerichtete – Geltendmachung dieses Schadens durch ist regelmäßig ausgeschlossen, da sonst die Voraussetzungen der abgeleiteten Gesellschafter- bzw. Gläubigerklage – die auf Leistung in das Gesellschaftsvermögen gerichtet sind<sup>4</sup> – ausgehebelt würden. Eine direkte Geltendmachung durch Gesellschafter würde ferner den Grundsatz der Vorrangigkeit der Gläubigeransprüche verletzen. Schließlich wäre eine Liquidierung nur jeweils eines Bruchteils des Schadens durch viele Einzelprozesse ineffizient<sup>5</sup> und kann letztlich dazu führen, dass die Geltendmachung an rationaler Apathie der Aktionäre scheitert.<sup>6</sup>

## II. Haftungsdurchsetzung in der Organisationsverfassung

Die zivilrechtliche Haftung soll für das Organmitglied einen Anreiz schaffen, sich sorgfältig, loyal und im Rahmen der gesetzlichen und satzungsmäßigen Vorgaben zu verhalten (Präventionsfunktion der Haftung). Wenn die Haftung auch durchaus nicht das einzige und in vielen Bereichen auch nicht das wichtigste Mittel zur Verhaltenssteuerung ist,<sup>7</sup> gibt es doch einen Bereich von Pflichtverletzungen, der jedenfalls durch die Haftung sanktioniert sein muss. Die Entfaltung dieser Anreizwirkung hängt entscheidend davon ab, dass das Vorstandsmitglied auch damit rechnen muss, dass die Haftung im Fall eines Verstoßes tatsächlich geltend gemacht wird. Versagt der Mechanismus der Durchsetzung, versagt auch die Wirkung der Haftungsvorschriften. Aus ökonomischer Sicht kann von einem Problem der *Selbstverpflichtung* gesprochen werden: Die Gesellschaft muss in der Lage sein, dem Vorstandsmitglied die Verhängung von Sanktionen glaubwürdig anzudrohen.

Für die meisten Länder lässt sich aufgrund von Erfahrungsberichten sagen, dass die Haftung der Vorstandsmitglieder – selbst wenn sie relativ streng

---

4 Bei der Klagebefugnis des Gläubigers insoweit, als seine Forderung im Umfang der Ersatzleistung erlischt.

5 Siehe BEN PETTET, *Company Law*, London 2001, S. 227.

6 Siehe HOLGER FLEISCHER/SUSANNE KALSS, *Schadenersatzhaftung und Kurseinbrüche an der Börse, Die Aktiengesellschaft (AG) 2002*, S. 329.

7 So können die vorzeitige Abberufung, Weisungs- und Zustimmungsbefugnisse anderer Organe, Berichtspflichten etc. ebenso als Instrumente zur Prävention des Fehlverhaltens angesehen werden, siehe KALSS/ECKERT, *Generalbericht*, in: Kalss, *Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern*, Wien 2005, S. 27; GEORG ECKERT/KRISTOFFEL GRECHENIG/ALEXANDER STREMITZER, *Ökonomische Analyse der Organhaftung*, ebd., S. 95.

auf dem Papier steht – zumindest im Stadium der werbenden Gesellschaft nur in relativ seltenen Fällen tatsächlich durchgesetzt wird.<sup>8</sup> Für andere Rechtsordnungen fehlen derartige Erfahrungsberichte, eine besonders hohe praktische Bedeutung der Haftungsdurchsetzung wird aber nirgends beobachtet. Dies lässt sich uneingeschränkt aber nur für das Stadium der werbenden Gesellschaft sagen – in der Insolvenz der Gesellschaft wird gerade in den letzten Jahren eine Zunahme der praktischen Bedeutung der Haftung festgestellt.<sup>9</sup> In einigen Ländern scheint es deswegen zu einer verstärkten Nachfrage von D&O Versicherungen zu kommen.<sup>10</sup>

### 1. Verhältnis zum materiellen Haftungstatbestand

Die zivilrechtliche Haftung ist, wie schon erwähnt, nicht der einzige und in vielen Bereichen auch nicht der wirkungsvollste Anreiz zu sorgfältigem Verhalten. Ein zu strenger Haftungstatbestand läuft Gefahr, die Entscheidungsinitiative des Vorstands zu lähmen und einen Anreiz zu übervorsichtiger Geschäftsführung zu bilden. Aus diesem Grund könnte daran gedacht werden, die Vorstandsmitglieder durch Erschwerung der Haftungsdurchsetzung von einer Inanspruchnahme abzusichern. So begründete der deutsche Aktiengesetzgeber im Jahr 1884 die Einführung einer 20%-Schwelle für die abgeleitete Gesellschafterklage auch damit, dass sich ansonsten «tüchtige Männer» nicht mehr bereit finden würden, Vorstandsmandate zu übernehmen.<sup>11</sup> Jüngst hat der deutsche Gesetzgeber die Erleichterung der Gesellschafterklage mit einer gesetzlichen Kodifizierung der *business judgement rule* verknüpft, somit die Entscheidung des historischen Gesetzgebers zurückgenommen, dessen Gedanken aber auf Ebene des materiellen Haftungstatbestands Rechnung getragen. In anderen Rechtsordnungen fehlt – soweit zu sehen – zumindest ein ausdrückliches Bekenntnis zu einer Erschwerung der Haftungsdurchsetzung, um den Vorstand von einer Inanspruchnahme abzusichern. Eine sol-

---

8 Siehe für England, Frankreich und Deutschland: BERNARD S. BLACK/BRIAN CHEFFINS/MIKE KLAUSNER, *Outside Directors Liability*, 2004, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=438321](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=438321). Speziell für Deutschland siehe etwa HANS-JOACHIM MERTENS, in: Hommelhoff/Feddersen/Schneider, *Corporate Governance*, Köln 1996, S. 155, 159; JOHANNES SEMLER, in: Henze/Timm/Westermann, *Gesellschaftsrecht*, Köln 1996, S. 179, 229; HEINRICH GÖTZ, AG 1997, S. 219, 221; MARCUS LUTTER, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1995, S. 1133, 1134. In den Niederlanden ergab eine Studie des Versicherungsunternehmens AON Nederland *Verzekering Dingen 3*, dass niederländische Vorstandsmitgliedern ihr persönliches Haftungsrisiko als fünft höchstes Risiko ihrer Tätigkeit einstufen.

9 Hierzu unten VIII.

10 Siehe FN 8.

11 Amtliche Begründung zur Aktiennovelle 1884, abgedruckt bei SCHUBERT/HOMMELHOFF, *Hundert Jahre Modernes Aktienrecht*, Berlin 1984, S. 470.

che Zielsetzung ist wohl auch besser bei der Ausgestaltung des materiellen Haftungstatbestands aufgehoben.<sup>12</sup>

## 2. *Verhaltenssteuerung und Kosten der Anspruchsverfolgung: privater und sozialer Nutzen*

### a) *Kosten der Anspruchsverfolgung*

Die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche ist mit Kosten verbunden. Ein privater Kläger wird einen Anspruch nur dann durchsetzen, wenn sein Nutzen aus der Prozessführung die damit verbundenen Kosten übersteigt. Sowohl auf Nutzen- als auch auf Kostenseite lassen sich mehrere Elemente identifizieren:

*Primärer Nutzen und primäre Kosten:* Der primäre Nutzen besteht in der Leistung, die der Kläger vom Beklagten begehrt. Er lässt sich aber nicht mit dem eingeklagten Betrag gleichsetzen, weil sowohl Ausgang des Prozesses als auch die Zahlungsfähigkeit des Beklagten nicht mit Sicherheit vorhergesehen werden können. Diese Unsicherheit führt dazu, dass der Kläger den Nutzen aus der Prozessführung – je nach seiner Einschätzung der Wahrscheinlichkeit des Obsiegens, der Leistungsfähigkeit des Beklagten und seiner Risikopräferenz – geringer veranschlagt als den eingeklagten Betrag.

Auf der Kostenseite ist zwischen Kostenanteilen, die vom Prozesskostenersatz erfasst sind und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, zu unterscheiden. Gerichts-, Anwalts- und Sachverständigenkosten sind in den europäischen Rechtsordnungen von derjenigen Partei zu tragen, die im Prozess unterliegt (*loser pays*). Aus Sicht des Klägers bedeutet dies, dass er im Obsiegensfall gar keine, im Fall des Verlusts aber auch die Kosten des Beklagten zu tragen hat. Die ex-ante Bewertung dieser Kosten wird somit – neben der Risikopräferenz des Klägers – vor allem von der Einschätzung der Erfolgswahrscheinlichkeit durch den Kläger abhängen. Er wird aussichtsreiche Klagen erheben, weniger aussichtsreiche dagegen unterlassen.

Über die ersatzfähigen Kosten hinaus entstehen dem Kläger aber auch nicht ersatzfähige Kosten, wie etwa der Zeitaufwand des Klägers, Behinderung des «normalen» Geschäftsbetriebs durch Irritation, Vertrauensschwund, Versäumnis von Geschäftsgelegenheiten, Kosten der Faktensammlung, über tarifmäßige Entlohnung seines Rechtsbeistands. Diese Kosten muss der Kläger in jedem Fall tragen, auch wenn er obsiegt. Je höher sie im Verhältnis zum Streitwert sind, desto weniger wird der Kläger einen Prozess anstreben. Erreichen die Kosten den Streitwert, wird keinesfalls Klage erhoben werden.

---

<sup>12</sup> So das Ergebnis der deutschen Reformdiskussion im Vorfeld des UMAG, siehe unten VII.7.b).

Es ist anzunehmen, dass Streitigkeiten über die Haftung des Vorstands hohe Anteile sowohl von Prozesskosten als auch der nichtersatzfähigen Kosten anfallen werden, wenn der Sachverhalt komplex und damit sowohl für den Kläger im Vorfeld des Prozesses als auch für das Gericht schwierig aufzuarbeiten ist.

Insgesamt hängt die Entscheidung über die Klageerhebung von einer Reihe von Faktoren ab: An erster Stelle steht die Abwägung des (unsicheren) Nutzens aus der Zahlung des Beklagten gegen die (teilweise dem Eintritt nach sicheren) Kosten der Prozessführung. Je höher die Kosten im Verhältnis zum Streitwert und je niedriger die Einschätzung der Erfolgswahrscheinlichkeit, desto weniger wird sich eine Rechtsdurchsetzung auszahlen.

*Sekundärer Nutzen und sekundäre Kosten:* Über die oben dargestellten Faktoren lassen sich sekundäre Folgen eines Prozesses identifizieren, die mit der *Signalwirkung* des Prozesses verbunden sind: Der Kläger könnte etwa daran interessiert sein, zukünftigen Vertragspartnern (Organmitgliedern) zu signalisieren, dass er Vertrags- bzw. Sorgfaltspflichtverletzungen in jedem Fall gerichtlich verfolgt. Im Fall der Vorstandshaftung wäre es denkbar, eine höhere Präventionswirkung der Haftungsvorschriften anzustreben, der Prozess wäre so gesehen eine Investition in die Zukunft.<sup>13</sup>

Umgekehrt kann es aber auch sein, dass ein Prozess das Ansehen des Klägers schädigt und somit für diesen zusätzliche negative Folgen nach sich zieht. Im Fall der Vorstandshaftung wird vielfach eine negative Reputationswirkung gegenüber Anlegern, Gläubigern und Geschäftspartnern hervorgehoben, die durch jahrelange Prozesse überdies über einen langen Zeitraum wach gehalten werden; außerdem kann die Prozessführung zur Offenlegung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen führen.<sup>14</sup> Nach einer empirischen Untersuchung hat die Erhebung von Haftungsklagen bei börsennotierten Gesellschaften erhebliche negative Auswirkungen auf den Börsenwert der Anteile,<sup>15</sup> was eben mit der negativen Signalwirkung erklärt werden kann.

---

13 Ein solcher Effekt müsste von den Investoren honoriert werden. Empirische Untersuchungen zu (US-amerikanischen) börsennotierten Gesellschaften scheinen allerdings das Gegenteil zu indizieren: Siehe MARK L. CROSS/WALLACE N. DAVIDSON/JOHN H. THORNTON, *The Impact of Directors and Officers Liability Suits on Firm Value*, *Journal of Risk and Insurance* 56 (1989), S. 126 ff.

14 MERTENS, in: Hommelhoff/Feddersen/Schneider (FN 8), S. 155, 159; SEMLER, in: Henze/Timm/Westermann (FN 8), S. 179, 229; REINHARD BORK, *Das «Klageerzwingungsverfahren» nach § 147 Abs. 3 RefE AktG*, in: Hommenhoff/Röhrich, *Gesellschaftsrecht*, Köln 1997, S. 53, 54.

15 CROSS/DAVIDSON/THORNTON (FN 13), S. 128.

b) Privater und sozialer Nutzen: Auswirkung auf die Verhaltenssteuerung

Dem soeben dargestellten *privaten* Nutzenkalkül der Gesellschaft im konkreten Haftungsfall steht ein *soziales* Nutzenkalkül gegenüber: Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht sollten Haftungsprozesse immer dann geführt werden, wenn die dadurch für die Zukunft erzielte Abschreckungswirkung größer ist als sämtliche Kosten, die der Prozess verursacht. Außerdem kann noch berücksichtigt werden, dass ein soziales Interesse an den im Prozess generierten Ausdifferenzierung und Klarstellung rechtlicher Verhaltensvorgaben besteht.<sup>16</sup> Demgegenüber stellt sich aus Sicht eines Klägers allein die Frage, ob durch den Prozess sein persönlicher Nutzen – im hier erörterten Fall der Nutzen der Gesellschaft – erhöht wird oder nicht. Die sozial erwünschten und die privaten Anreize zur Klagseinbringung können daher auseinander fallen; insbesondere können sozial wünschenswerte Prozesse aufgrund von Kostenüberlegungen unterbleiben.<sup>17</sup>

Dies führt dazu, dass die Gesellschaft mit einem Problem der *Selbstverpflichtung* konfrontiert ist: Obwohl es *ex ante* – vor Eintritt des Fehlverhaltens – wünschenswert erscheint, dass das Vorstandsmitglied in jedem Fall mit der Verhängung der Sanktion rechnen muss, mögen die mit der Durchsetzung verbundenen Kosten *ex post* im Einzelfall dafür sprechen, von der Anspruchsverfolgung abzusehen. Wird dies vom Vorstandsmitglied vorhergese-

---

16 ROBERTA ROMANO, Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle, 1 J L Econ & Org (1985), S. 225, 277; W. M. LANDES/R. A. POSNER, Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis», 19 J L & Econ (1976), S. 249, 271 f.

17 Allgemein STEVEN SHAVELL, Foundations of Economic Analysis of Law, Boston 2004, S. 285 ff.; SHAVELL, The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System, Journal of Legal Studies 11 (1982), S. 333; KATHRYN A. SPIER, A Note on the Divergence Between the Private and Social Motive to Settle Under a Negligence Rule, Journal of Legal Studies 26 (1997), S. 613; SHAVELL, The Fundamental Divergence Between Private and Social Incentive to Use the Legal System, Journal of Legal Studies 26 (1997), S. 575; SUSAN ROSE-ACKERMAN/MARK GEISTFELD, The Divergence Between Social and Private Incentives to Sue: A Comment on Shavell, Menell, and Kaplow, Journal of Legal Studies 16 (1997), S. 483; s. a. MITCHELL POLINSKY/DANIEL L. RUBINFELD, The Deterrent Effects of Settlements and Trials, International Review of Law and Economics 8 (1988), S. 109; POLINSKY/RUBINFELD, The Welfare Implications of Costly Litigation for the Level of Liability, Journal of Legal Studies 17 (1988), S. 151; LOUIS KAPLOW, Private Versus Social Costs in Bringing Suit, Journal of Legal Studies 15 (1986), S. 371; JACK HYLTON, The Influence of Litigation Costs on Deterrence Under Strict Liability and Under Negligence, International Review of Law and Economics 10 (1990), S. 161. Soweit die zitierte Diskussion vom US-amerikanischen Kostenrecht ausgeht, kann sie selbstverständlich nicht unbesehen auf die europäischen Rechtsordnungen umgelegt werden; vielmehr ist anzunehmen, dass das Problem durch die Verpflichtung der unterlegenen Partei, der obsiegenden die Kosten zu ersetzen, entschärft wird. Die oben im Text beschriebenen nicht ersatzfähigen Kostenanteile, die Unsicherheit über den Prozessausgang sowie die Unsicherheit über die Durchsetzbarkeit der Haftung entfalten aber eine ähnliche Wirkung.

hen, kann es zu einer Einschränkung der Anreizwirkung von Haftungsvorschriften kommen. Bei Pflichtverletzungen, die unbedingt und unabhängig vom privaten Kalkül des Geschädigten sanktioniert werden müssen – hierzu gehören im hier behandelten Bereich vor allem vorsätzliche Bereicherungen auf Kosten der Gesellschaft –, greift hingegen das gerichtliche Strafrecht ein: Die Dispositionsbefugnis über die gerichtliche Verfolgung wird dem Geschädigten entzogen und die Entscheidung dem öffentlichen Ankläger übertragen.<sup>18</sup> Jenseits des strafrechtlich erfassten Bereichs erscheint eine Lösung des besprochenen Anreizproblems durch gesellschaftsrechtliche Vorschriften wohl nicht möglich und wird von den untersuchten Rechtsordnungen auch kaum angestrebt: In den meisten Rechtsordnungen sind es die Aktionäre, die «in letzter Instanz» über die Durchsetzung der Vorstandshaftung entscheiden.<sup>19</sup> Eine Verpflichtung die Vorstandshaftung gegen die Interessen der Gesellschaft geltend zu machen besteht nicht.

Für die Würdigung der gesellschaftsrechtlichen Durchsetzungsmechanismen lässt sich einstweilen zweierlei festhalten: *Erstens* erfordert die Entscheidung über die Klageerhebung die Abwägung einer Reihe von komplexen Faktoren und kann – soll sie im Interesse der Gesellschaft getroffen werden – nicht im Vorhinein determiniert werden. Ein Durchsetzungsautomatismus ist nicht wünschenswert; vielmehr muss die Entscheidung über die Anspruchsverfolgung im konkreten Einzelfall getroffen werden. Sie ist eine Entscheidung über die Verwendung von Gesellschaftsvermögen und sollte sich daher an den Interessen der Gesellschaft orientieren. Der deutsche Gesetzgeber hat dem jüngst durch die Befugnis des Gerichts Rechnung getragen, eine Minderheitsklage nicht zuzulassen, wenn überwiegende Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen.<sup>20</sup>

*Zweitens* sind die mit der Haftungsdurchsetzung verbundenen Kosten und deren Folgeprobleme – neben weiteren Funktionsdefiziten – ein wesentliches Argument für die Annahme, dass sich die Steuerung des Verhaltens von Geschäftsleitern keinesfalls ausschließlich und auch nicht vorwiegend auf Haftungsvorschriften verlassen sollte. Vielmehr ist das Augenmerk auf alternative Steuerungsmechanismen zu legen. Die untersuchten Aktienrechte sehen ein ganzes Bündel von Maßnahmen vor, die demselben Zweck dienen und insgesamt einen Gutteil der aktienrechtlichen Organisationsverfassung ausmachen, wie etwa die Befristung des Organmandats, die Möglichkeit der Abberufung, die Überwachung durch den Aufsichtsrat oder durch externe Direktoren samt den zugehörigen Verhaltenspflichten der geschäftsführenden Organe, wie Berichtspflichten und zustimmungspflichtiger Geschäfte, die

---

18 Hierzu unten IX.1.

19 Siehe unten VI.

20 Hierzu unten VII.7.b).

Überwachung durch Kollegen, die Rechnungslegung, Sonderprüfung etc. Zudem haben nachlässige und/oder illoyale Verhaltensweisen auch direkte Auswirkungen auf die Interessen des Vorstandsmitglieds, wie etwa eine erfolgsabhängige Entlohnung oder seine – auch soziale – Reputation<sup>21</sup> und damit seine Stellung am Arbeitsmarkt.

### 3. *Entscheidungsbefugnis und Interessenkonflikte*

Die spezifische Aufgabe der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften über die Haftungsdurchsetzung kann vor allem darin gesehen werden, die vielfältigen Interessenkonflikte, die bei der Entscheidung über die Durchsetzung der Haftung entstehen, auszugleichen und abzumildern. Es ist nicht die «Gesellschaft» selbst, die über die Durchsetzung entscheidet, vielmehr ist die Entscheidungsbefugnis unterschiedlichen Personengruppen übertragen, die sich bei deren Ausübung möglicherweise an ihren eigenen, durchaus unterschiedlichen Interessen orientieren. Dieses allgemeine gesellschaftsrechtliche Grundproblem erfährt bei der Durchsetzung der Vorstandshaftung eine besondere Ausprägung, weswegen die untersuchten Rechtsordnungen in diesem Bereich jeweils eigene, besondere Regelungen vorsehen.

### 4. *Mögliche Strategien*

Die Zuständigkeitsfrage wird in den untersuchten Rechtsordnungen auf verschiedene Weise gelöst. Die zentrale Frage liegt in der *Entscheidungsbefugnis* über die Anspruchsverfolgung; die Vertretungsbefugnis im Prozess ist eine eher technische Folgefrage. Vorweg lassen sich folgende Modelle unterscheiden:

- Entscheidung durch den Vorstand bzw. Board
- Entscheidung durch den Aufsichtsrat
- Entscheidung durch die Hauptversammlung
- Entscheidung durch einen Teil der Aktionäre
- (Mit-) Entscheidung durch eine Behörde

Die Aufzählung ist nicht als striktes Entweder-Oder zu verstehen: Die meisten Rechtsordnungen berufen mehrere der genannten Entscheidungsträger, teilweise in der Art einer subsidiären Kompetenz eines der genannten Organe.

---

21 Siehe dazu etwa DAVID A. SKEEL, *Shaming in Corporate Law*, 149 U. Pa. L. Rev. 1811, 1841 (2001); eher kritisch zu diesem Aspekt LYNN A. STOUT, *In Praise of Procedure: An Economic and Behavioral Defence of Smith v van Gorkom and the Business Judgement Rule*, 96 Nw. Univ. L. Rev. 675 (2002); siehe zum Ganzen ECKERT/GRECHENIG/STREMITZER, in: Kalss (FN 7), S. 118 ff.

### III. Entscheidungsmöglichkeiten

Die hier behandelten Entscheidungskompetenzen lassen sich in mehrere funktionell zusammengehörige Kompetenzen aufgliedern: An erster Stelle steht die Entscheidung, ob ein Haftungsanspruch zum gegebenen Zeitpunkt durchgesetzt werden soll, d. h. die Entscheidung zur Verfolgung des Anspruchs mit (notfalls) gerichtlichen Mitteln. Die negative Seite dieser Entscheidungsbefugnis liegt in der Abstandnahme von der Anspruchsverfolgung. Diese negative Entscheidung kann weiters eine vorläufige oder eine endgültige sein: Endgültig ist sie dann, wenn die Gesellschaft auf den Ersatzanspruch verzichtet oder sich darüber vergleicht. Die letztgenannte Kompetenz zur endgültigen Disposition über den Anspruch legen fast alle Rechtsordnungen in die Hände der Aktionäre,<sup>22</sup> während ein nur vorläufiges Abstandnehmen von der Verfolgung meist mit der jeweiligen Entscheidungskompetenz parallel läuft. Eine vorläufige Abstandnahme von der Anspruchsverfolgung hindert dagegen nicht die spätere Geltendmachung des Anspruchs.

#### 1. Positive Entscheidung über die Anspruchsverfolgung

Die positive Entscheidungskompetenz ist in den untersuchten Aktienrechten regelmäßig auf mehrere Organe bzw. Personengruppen in der Weise aufgeteilt, dass sowohl die eine als auch die andere Gruppe mit bindender Wirkung über die Geltendmachung entscheiden kann. Im Stadium der werbenden Gesellschaft kann z. B. sowohl das Leitungs- oder Aufsichtsorgan als auch die Hauptversammlung zur Geltendmachung berufen sein; zusätzlich besteht meist eine – i. d. R. subsidiäre – Kompetenz einer Minderheit von Gesellschaftern.

#### 2. Endgültige Abstandnahme von der Anspruchsverfolgung: *Verzicht und Vergleich*

Die endgültige Entscheidung, von der Verfolgung des Anspruchs abzusehen, ist fast durchwegs eine Prärogative der Hauptversammlung; den Leitungs- und Aufsichtsorganen kommt eine derartige Kompetenz i. d. R. nicht ohne Mitwirkung der Aktionäre zu.<sup>23</sup> Die Klagebefugnisse der Minderheit sind ebenso regelmäßig gegen einen Verzicht durch die Mehrheit geschützt.

---

22 Siehe unten VI.2.

23 Unten VI.2.

Schließlich bestehen Regelungen, die die Geltendmachung der Haftungsansprüche im Interesse der Gläubiger trotz eines Verzichts durch die Aktionäre ermöglichen.

### 3. Vorläufige Abstandnahme und Verjährung

Die vorläufige Abstandnahme von der Anspruchsverfolgung – d. h. die Entscheidung, einstweilen nichts zu unternehmen – ist an sich nirgends eigens geregelt. Sie hat unmittelbar keine, nach Ablauf der Verjährungsfrist aber die gleiche Wirkung wie die Entscheidung über einen Verzicht. Die Frage verlagert sich somit zum Bestehen und zur Ausgestaltung von Verjährungsregelungen. Alle untersuchten Rechtsordnungen sehen für die Vorstandshaftung eine oder mehrere Verjährungsfristen vor.

*Allgemeine Verjährungsfrist:* Die allgemeine Verjährungsfrist beträgt zwischen einem und sechs Jahren.<sup>24</sup> Allein die Dauer sagt aber wenig aus, da der effektive Verjährungszeitpunkt davon abhängt, wann die Frist zu laufen beginnt: In manchen Rechtsordnungen mit dem Eintritt des Schadens,<sup>25</sup> in anderen mit der Kenntnis der die Ersatzpflicht begründenden Tatsachen,<sup>26</sup> in

---

24 Schweden: 1 Jahr; Frankreich, Slowenien und Polen: 3 Jahre; Slowakei und Spanien: 4 Jahre; Österreich, Deutschland, Schweiz, Niederlande: 5 Jahre; England: 6 Jahre.

25 So in Frankreich: Art. L 225–254 C com; wohl auch in England, siehe Section 21 (3) Limitation Act 1980: «(. . .) an action by a beneficiary to recover trust property or in respect of any breach of trust (. . .) shall not be brought after the expiration of six years from the date on which the right of action accrued.» Siehe auch *JJ Harrison (Properties) Ltd v Harrison* [2002] 1 BCLC 162; *Belmont Finance Corporation v Williams Furniture Ltd (No 2)* [1980] 1 All ER 393; JILL E. MARTIN, *Modern Equity*, London 2001, S. 670 f.

26 Österreichisches Recht: §§ 84 Abs. 6 AktG iVm 1489 ABGB (OGH 2 Ob 356/74; 5 Ob 306/76; OGH 3 Ob 536/77 ua; zum Meinungsstand siehe LOTHAR SCHLOSSER, *Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft*, Wien 2002, S. 127 f). Die ö Rspr nimmt Kenntnis dann an, wenn der Geschädigte vom Sachverhalt soweit informiert ist, dass eine Klage mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden kann. Deutsches Recht: § 93 Abs. 6 dAktG iVm § 199 BGB, siehe WOLFGANG HEFERMEHL/GERALD SPINDLER, in: Kropff/Semler, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*<sup>2</sup>, § 93, Rz. 158; UWE HÜFFER, *Aktiengesetz*<sup>6</sup>, München 2003, § 93, Rz. 37; MARTIN SCHOCKENHOFF/CARSTEN FIEGE, *Neue Verjährungsfragen im Kapitalgesellschaftsrecht*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (ZIP)* 2002, S. 917; a. A. JÖRG HOFMEISTER, *Zur Auswirkung des neuen Verjährungsrechts auf die Nachhaftung der Gesellschafter*, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)* 2002, S. 851 (854); siehe ferner GERALD SPINDLER, in: *Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB*, München 2003, § 199, Rz. 17 ff; JÜRGEN SCHMIDT-RÄNTSCH/JAN MAIFELD/ANNE MEIER-GÖRING/MATTHIAS RÖCKEN, *Das neue Schuldrecht*, Heidelberg 2002, S. 16 f., 69. Schweiz: OR Art. 760, siehe PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, § 36, N 142; PETER WIDMER/OLIVER BANZ, in: *Honsell, Basler Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht*, II<sup>2</sup>, Basel 2002, Art. 760, Rz. 5; PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*<sup>3</sup>, Zürich 2004, § 18, Rz. 469. Kenntnis liegt dann vor, wenn der Geschädigte alle tatsächlichen Umstände kennt, die geeignet sind, eine Klage zu veranlassen und zu begründen, siehe WOLF-

wieder anderen mit dem Ausscheiden des Vorstandsmitglieds aus dem Amt,<sup>27</sup> in Schweden ab Vorlage des Jahresabschlusses bzw. des Prüfungsberichts für das Jahr, in dem die Pflichtverletzung begangen wurde.<sup>28</sup> Bezieht man den Beginn des Fristenlaufs mit ein, zeigen sich große Unterschiede in der effektiven Dauer der Verjährungsfrist: So lässt das schwedische Recht die Haftungsklage binnen eines Jahres ab Vorlage des Jahresabschlusses/Prüfberichts, das französische Recht binnen 3 Jahren ab Schadenseintritt ebenfalls unabhängig von der Kenntnis, das österreichische und deutsche Recht in 5 Jahren ab Kenntnis verjähren.

Läuft die Frist ab Kenntnis der die Ersatzpflicht begründenden Tatsachen, kommt es meist auf die Kenntnis des vertretungsbefugten Organs bzw. dessen Mitglieder an,<sup>29</sup> die die Schädigung nicht selbst mitverursacht haben.<sup>30</sup> In Österreich und Deutschland läuft die Frist ab Kenntnisnahme durch ein unbefangenes Aufsichtsratsmitglied.<sup>31</sup>

Soweit der Fristenlauf mit der Kenntnis der haftungsbegründenden Tatsachen beginnt (subjektiv), ist immer auch eine zusätzliche, meist erheblich längere Frist vorgesehen, die objektiv, etwa mit dem Eintritt des Schadens<sup>32</sup> oder dem Tag der Pflichtverletzung<sup>33</sup> zu laufen beginnt.

Läuft die Frist unabhängig von der Kenntnis und knüpft an einem objektiven Ereignis an, etwa an den Schadenseintritt, die Pflichtverletzung oder wie

---

GANG BÜRGI/URSULA NORDMANN, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1979, Art. 760, N 10. Slowakisches Recht: § 397 ObZ. Niederlande: Art. 3:310 BW; Polen: Art. 488 HGGB. Slowenien: Art. 352 OZ.

- 27 So in Italien gem. Art. 2393 c. c. und Art. 2941 Nr. 7 c. c., wobei nicht klar ist, ob es sich bei Art. 2393 c. c. nicht um eine Präklusivbestimmung handelt, vgl. JANINE OELKERS, in: Kalss (FN 7), S. 542 ff.; STEFANO AMBROSINI, *Il termine per l'esercizio delle azioni di responsabilità: prescrizione o decadenza?*, *Le Società* 2004, S. 1480–1483. Ebenso in Spanien: MARTINEZ ARROYO/SERRA BOET, in: *Comentarios a la ley de sociedades de sociedades anónimas*, 2001, II, S. 1423; FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Administradores*, Bd. IV, in: *Sanchez Calero, Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, 2004, S. 301; NURIA FERNÁNDEZ PÉREZ, *La Protección Jurídica del Accionista Inversor*, Spanien 2000, S. 200 f.; alle mit Verweis auf Art. 949 Ccom.
- 28 Schweden: 15. Kap. § 10 Abs. 1 ABL.
- 29 Schweiz: HARALD BÄRTSCHI, *Verantwortlichkeit im Aktienrecht*, Zürich 2001, S. 328; FORSTMOSER, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*<sup>2</sup>, Zürich 1987, S. 164; siehe ferner BÜRGI/NORDMANN (FN 26), Art. 760, N 9, demzufolge die Kenntnis des zur Klageerhebung berechtigten Organ maßgeblich ist. Österreich: GEORG ECKERT/FLORIAN LINDER, *Die Verjährung von Haftungsansprüchen gegen Vorstandsmitglieder*, *ecolex* 2005, S. 449.
- 30 Schweiz: BÄRTSCHI, FN 29, S. 328. Österreich: ECKERT/LINDER, *ecolex* 2005, S. 449.
- 31 Österreich: ECKERT/LINDER (FN 29), S. 449; Deutschland: HEFERMEHL/SPINDLER, in: *Kropff/Semler (FN 26)*, § 93, Rz. 158; HÜFFER (FN 26), § 93, Rz. 37; SCHOCKENHOFF/FIEGE (FN 26), S. 917.
- 32 Österreich: § 1489 ABGB (30 Jahre); Niederlande: Art. 3:310 BW (20 Jahre); Slowenien: Art. 352 OZ (5 Jahre).
- 33 So in der Slowakei, § 398 ObZ (10 Jahre); in Polen: Art. 488 HGGB (5 Jahre); in der Schweiz: Art. 760 OR (10 Jahre).

in Schweden an die Vorlage des Geschäftsberichts, sind – vor allem bei relativ kurzen Fristenläufen – vielfach Ausgleichsmechanismen für den Fall der Verschleierung der Pflichtverletzung durch den Schädiger vorgesehen.<sup>34</sup> Ein ähnlicher Gedanke liegt wohl der Regelung in Italien und Spanien zu Grunde, die die Verjährung erst mit Ausscheiden des Organmitglieds aus dem Amt beginnen lassen.

*Besondere Fristen bei strafbaren Handlungen und sonstigen schweren Pflichtverletzungen:* Regelmäßig sind bei strafrechtlich relevanten Pflichtverstößen längere Fristen vorgesehen.<sup>35</sup> In den meisten Rechtsordnungen besteht schlicht eine verlängerte Frist, in anderen gilt die strafrechtliche Verjährungsfrist auch für die zivilrechtliche Verjährung<sup>36</sup> bzw. ist die zivilrechtliche Frist sonst wie an die strafrechtliche gekoppelt.<sup>37</sup>

Das englische Recht sieht überhaupt keine Verjährung vor, wenn der Direktor das Gesellschaftsvermögen in betrügerischer Absicht schädigt und die Klage darauf abzielt, den Täter zur Herausgabe des Gesellschaftsvermögens oder eines Veräußerungsgewinns zu verhalten.<sup>38</sup> Derartige Klagen können daher grundsätzlich ohne zeitliche Beschränkung eingebracht werden. Bei unmäßiger Verzögerung der Einbringung der Klage steht dem Beklagten aber eine Einrede offen.<sup>39</sup> Auch kann dem Kläger entgegengehalten werden,

34 In diesem Fall beginnt die Frist nach französischem Recht erst mit der Aufdeckung zu laufen: BARTHELEMEY MERCADAL/PHILIPPE JANIN, *Sociétés commerciales*, Levallois 2005, Tz. 8526; FRANÇOIS BASDEVANT/ANNE CHARVÉRIAT/Françoise MONOD, *Le guide de l'administrateur de société anonyme*, Paris 2004, Tz. 394; FRANÇOIS TERRÉ (Hrsg.), *Le dirigeant de société: risques & responsabilités*, 2002, Tz. 061–36; PAUL LE CANNU, *Droit des sociétés*, 2003, Rz. 484; MARINA PLANCK, *Aktionärsklagen im französischen und deutschen Recht*, Frankfurt am Main 1995, S. 58; YVES GUYON, *Droit des affaires I*, Paris 2003, Tz. 464. Die französische Rechtsprechung sieht hier aber wiederum eine Gegen Ausnahme vor: Hat die Hauptversammlung den Jahresabschluss genehmigt, beginnt die Frist jedenfalls zu laufen, selbst wenn der Verwaltungsrat Verluste verschleiert (Code de sociétés, Dalloz, Art. L 225–254 Anm. B. 3<sup>ter</sup>). Das schwedische Recht sieht bei falschen oder in wesentlichen Punkten unvollständigen Informationen im Jahresabschluss oder bei sonstigen wesentlichen Falschinformationen eine Verlängerung der Verjährungsfrist auf 5 Jahre vor, siehe 15. Kap. § 11 iVm § 12 ABL.

35 Frankreich: Art. L 225–254 C com.

36 BÖCKLI (FN 26), § 18, Rz. 475; WIDMER/BANZ, in: Honsell (FN 26), Art. 760, Rz. 9.

37 Nach schwedischem Recht verjährt der Anspruch erst dann, wenn auch die Straftat verjährt ist oder, falls der Täter verurteilt wird, nach Ablauf eines Jahres gerechnet von dessen Verkündung, Preskriptionslagen 1981:130 (Gesetz über die Verjährung von Forderungen). Liegt ein Fall des 15. Kap. § 11 iVm § 12 ABL vor, so verjährt der Anspruch jedoch erst nach fünf Jahren gerechnet von der gesetzten Handlung und nicht bereits nach Ablauf eines Jahres seit der Urteilsverkündung.

38 Section 21 (1) Limitations Act 1980; siehe dazu MARTIN (FN 25), S. 670 ff.

39 Sog. doctrine of laches; Re Pauling's S. T. [1964] Ch 303; MARTIN (FN 25), S. 673 ff. Siehe zur Interessenabwägung im Rahmen dieser Einrede Lindsay Petroleum Co v Hurd (1874) LR 5 PC 221 (239 ff.); aus dem Urteil in der Rechtssache Weld v Petre [1929] 1 Ch 33 (51 f.) scheint sich eine Verjährungsfrist von zwanzig Jahren zu ergeben, nach der eine Klage in equity nicht mehr eingebracht werden kann.

dass dieser das pflichtwidrige Verhalten des Direktor geduldet hat (*acquiescence*).<sup>40</sup>

*Besondere Fristen bei Verletzungen des Wettbewerbsverbots:* Vielfach müssen Ansprüche aufgrund von Verletzungen des Konkurrenzverbotes innerhalb einer viel kürzeren Frist geltend gemacht werden, etwa innerhalb von drei Monaten ab dem Tag, an dem die Gesellschaft über die Wettbewerbsverletzung Kenntnis erlangt hat, wobei auch hier meist zusätzlich objektive Fristen vorgesehen sind.<sup>41</sup>

#### IV. Entscheidung durch geschäftsführende Organe

##### 1. Allgemeines

Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Vorstands bzw. Boards erstreckt sich meist auch auf die Durchsetzung von Haftungsansprüchen gegen Organmitglieder. Hierbei entstehen vielfältige Interessenkonflikte innerhalb dieses geschäftsführenden Organs: Offensichtlich ist das Problem, wenn der Schädiger persönlich aufgerufen ist, namens der Gesellschaft einen Anspruch gegen sich selbst geltend zu machen. In diesem Fall ist die unbefangene Vertretung der Gesellschaft nicht sichergestellt – wenn auch in einzelnen Rechtsordnungen von einer Pflicht des jeweiligen Vorstandsmitglieds ausgegangen wird, einen Haftungsprozess gegen sich selbst zu initiieren.<sup>42</sup> Ein Interessenkonflikt kann aber auch dann auftreten, wenn die Gesellschaft von Organmitgliedern vertreten werden kann, die nicht unmittelbar in den Schadensfall verwickelt sind. Durchwegs wird betont, dass auch die anderen Organmitglieder kaum in der Lage sind, eine unbefangene Entscheidung über die Klageerhebung zu treffen: Zum einen können sie selbst in den Schadensfall entweder direkt oder doch mittelbar dadurch verwickelt sein, dass ihnen der Vorwurf der Verletzung ihrer Überwachungspflicht gemacht werden könnte.<sup>43</sup> Über eine solche eigene Betroffenheit hinaus kann eine langjährige Zusammenarbeit mit dem Anspruchsgegner dazu führen, dass aus «kameradschaftlichen» Erwägungen von der Prozessführung Abstand genommen wird.<sup>44</sup>

---

40 Siehe section 36 (2) Limitations Act 1980: «Nothing in this Act shall affect any equitable jurisdiction to refuse relief on the ground of acquiescence of otherwise.»

41 Österreich: § 79 Abs. 3 öAktG; Deutschland: § 88 dAktG; Slowakei: ANGELIKA MAŠUROVA, in: Kalss (FN 7), S. 817 ff.

42 Siehe für die Niederlande CECILE BERVOETS, in: Kalss (FN 7), S. 593 (618 ff.).

43 Aus der deutschen Diskussion etwa BORK, in: Hommelhoff/Röhricht (FN 14), S. 53, 54.

44 GÖTZ, AG 1997, S. 219, 221; LUTTER, NJW 1995, S. 1133, 1134; MERTENS, in: Hommelhoff/Fedderson/Schneider (FN 8), S. 155, 157 f.; BORK, in: Hommelhoff/Röhricht (FN 14), S. 53, 54.

Einer Kompetenz des geschäftsführenden Organs zur Geltendmachung des Anspruchs scheint somit keine optimale Lösung zu sein; sie ist aber in den untersuchten Aktienrechtsordnungen mehrfach anzutreffen (Schweiz, England, Frankreich), worauf im folgenden eingegangen wird. Dabei ist es zweckmäßig, zwischen monistischen und dualistischen Organisationsverfassungen zu unterscheiden, da die dualistische Verfassung wegen der institutionalisierten Trennung von Geschäftsführung und Überwachung mit dem Aufsichtsrat über ein Organ verfügt, bei dem die beschriebenen Probleme zumindest weniger wahrscheinlich auftreten.

Als dualistische Organisationsverfassung wird hier eine Verfassung verstanden, die eine organisatorische und funktionelle Trennung der Verwaltung in ein geschäftsführendes Organ mit Residualzuständigkeit (Vorstand) sowie ein nicht in die laufende Geschäftsführung eingebundenes Aufsichts- und Beratungsorgan (Aufsichtsrat) vorsieht. Darüber hinaus können die Bestellung des Vorstands durch den Aufsichtsrat, die Weisungsfreiheit des Vorstands, dessen Absicherung gegen die vorzeitige Abberufung sowie die gesetzlich zwingend vorgegebene Aufgabenverteilung zwischen den Organen als Merkmale der dualistischen Verfassung angesehen werden.<sup>45</sup> Eine Reihe von – ost-europäischen – Rechtsordnungen verwirklichen diese Merkmale jedoch nicht.<sup>46</sup> Für das hier gestellte Thema ist das Bestehen eines eigenen, organi-

---

45 Siehe mit Unterschieden im Einzelnen BÖCKLI, Konvergenz: Annäherung des monistischen und des dualistischen Führungs- und Aufsichtsmodell, in: HOMMELHOFF/HOPT/V. WERDER, Handbuch Corporate Governance, Stuttgart 2003, S. 209 ff.; BÖCKLI, Verwaltungsrat oder Aufsichtsrat?, Konvergenz der Systeme in der Spitzenverfassung der Aktiengesellschaft, in: Reist-FS, Zürich 1992, S. 1; KLAUS HOPT/PATRIC C. LEYENS, Board Models in Europe – Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France and Italy, ECFR 2004, S. 135; LEYENS, Deutscher Aufsichtsrat und U. S.-Board: ein- oder zweistufiges Verwaltungsratssystem?, Zum Stand der rechtsvergleichenden Corporate-Governance-Debatte, *Rabels Z* 2003, S. 57. Diese Elemente finden sich zum Teil in der SE-VO wieder: Nach Art. 39 Abs. 2 wird das Leitungsorgan grundsätzlich vom Aufsichtsorgan bestellt und abberufen, wenn durch Mitgliedstaaten und Satzung nichts anderes vorgesehen wird.

46 In Polen besteht zwar bei allen Aktiengesellschaften ein obligatorischer Aufsichtsrat, dem auch die Kompetenz zur Bestellung des Vorstands zukommt. Der Vorstand kann jedoch ohne Begründung sowohl vom Aufsichtsrat als auch von der Hauptversammlung abberufen werden, siehe dazu CHRISTIAN SCHNELL/JÖRN BROCKHUIS, Polen Gesetzbuch der Handelsgesellschaften – AG, *WiRO* (2002), S. 18; AGNES ARLT/CECILE BERVOETS/KRISTOFFEL GRECHENIG/SUSANNE KALSS, The Status of the Law on Stock Companies in Central and Eastern-Europe: Facing the Challenge to Enter the European Union and Implement European Company Law, *EBOR* 2003, S. 245, 249. Auch das tschechische, das slowakische und das ungarische Aktienrecht sehen einen obligatorischen Aufsichtsrat vor, die Kompetenz zur Bestellung und Abberufung des Vorstands liegt jedoch mangels anderer Regelung der Satzung bei der Hauptversammlung, siehe ARLT/BERVOETS/GRECHENIG/KALSS, ebd., S. 252 ff. Im slowenischen Aktienrecht ist der Aufsichtsrat nicht in allen Fällen obligatorisch, siehe ARLT/BERVOETS/GRECHENIG/KALSS, ebd.

satorisch und funktionell vom Vorstand getrennten Überwachungsorgans ausschlaggebend. Soweit die untersuchten Rechtsordnungen – über die SE hinaus – ein Wahlrecht vorsehen (Frankreich, Italien, Bulgarien), werden beide Verfassungen einbezogen.

## 2. *Monistische Systeme*

Die Mehrzahl der Rechtsordnungen mit monistischer Organisationsverfassung legt die Entscheidung über die Durchsetzung von Haftungsansprüchen als Akt der Geschäftsführung in die Hände des Verwaltungsrats.<sup>47</sup> Ausnahmen sind Spanien<sup>48</sup> und – im monistischen Organisationsmodell<sup>49</sup> – Italien, die eine Entscheidung über die Anspruchsverfolgung ausschließlich den Aktionären überlassen und keine entsprechende Entscheidungskompetenz des Verwaltungsrats vorsehen. Auch in Schweden bedarf die Erhebung der Klage gegen ein Vorstandsmitglied i. d. R. einer Ermächtigung durch die Hauptversammlung.<sup>50</sup>

---

47 So in der Schweiz (LUKAS GLANZMANN, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten, ZSR 2000 I, S. 139, 170; FORSTMOSE/MEIER-HAYOZ/NOBEL, FN 26, § 36, N 18; BÜRGI/NORDMANN, FN 26, Art. 753/754, N 100); in England (Regulation 70 Table A). Für die monistischen Organisationsmodelle des französischen Aktienrechts fehlt eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, weswegen grundsätzlich von einer Befugnis des P-DG (zentralistisches Modell) bzw. des directeur général (gemischtes Modell, siehe zu den verschiedenen Organisationsmodellen des französischen Aktienrechts ARLT, Organisation der Aktiengesellschaft in Frankreich [2005 in Vorbereitung]) auszugehen ist. Neben P-DG bzw. directeur général ist sowohl eine eigenständige Entscheidungs- und Vertretungsbefugnis des Gesamtverwaltungsrats als auch eine Weisungsbefugnis des Gesamtverwaltungsrats an den P-DG/directeur général anzunehmen, siehe MICHEL GERMAIN, in: Ripert/Roblot, *Traité de droit commercial*, Paris 1998, Tz. 1764. Auch nach englischem Recht liegt die Entscheidung über die Geltendmachung der Haftung regelmäßig zunächst in der Kompetenz des Board of Directors: Die gerichtliche Vertretung der Gesellschaft ist Teil der allgemeinen «powers of management», die dem Board of Directors durch Regulation 70 Table A oder eine ähnliche Satzungsbestimmung übertragen werden.

48 Art. 134.1 LSA.

49 Das italienische Aktienrecht sieht seit der Reform 2004 ein Wahlrecht zwischen drei verschiedenen Organisationsmodellen vor, siehe hierzu etwa HERIBERT HIRTE, Die Organisationsverfassung der italienischen Aktiengesellschaft nach neuem Recht – aus der Sicht des deutschen Juristen, in: Raiser-FS, Berlin 2005, S. 839, sowie OELKERS, in: Kalss (FN 7), S. 517 ff.; aus der italienischen Literatur etwa GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Turin 2003; EMANUELE CERVIO, *La governance trova i sistemi alternativi*, articolo tratto da Guida al Diritto – Il Sole 24 Ore, dossier mensile n 02/2003, S. 91 ff.

50 Diese Ermächtigung besteht in der Verweigerung der Entlastung durch die Hauptversammlung. Nur wenn sich der Ersatzanspruch auf eine strafbare Tat gründet, ist der Verwaltungsrat zu eigenständigem Vorgehen berechtigt, 15. Kap. § 12 ABL.

Regelungen, die den bei der Entscheidung des Verwaltungsrats auftretenden Interessenkonflikten vorbeugen sollen, existieren nur teilweise. Zu denken ist hier in erster Linie an ein Stimmverbot des betroffenen Organmitglieds. In der Schweiz und in Frankreich wird angenommen, dass die von der Verantwortungsklage direkt betroffenen Verwaltungsratsmitglieder beim Beschluss über die Einleitung des Verfahrens nicht mitwirken dürfen.<sup>51</sup> Eine breitere Diskussion dieses Themas ist allerdings nicht auszumachen.

Nur vereinzelt anzutreffen ist die ausdrückliche Erwähnung der Pflicht des Verwaltungsrats, Ersatzansprüche geltend zu machen.<sup>52</sup> In den meisten untersuchten Aktienrechten ist der Verwaltungsrat aber an eine Entscheidung der Aktionärsversammlung gebunden, die die Klageerhebung anordnet.<sup>53</sup>

Insgesamt dürften die Kompetenz- und Willensbildungsprobleme, die bei der Geltendmachung von Haftungsansprüchen durch den Verwaltungsrat gegen ein eigenes Mitglied auftreten, durch rechtliche Vorkehrungen nicht wirklich in den Griff zu bekommen sein. Offenbar ist eine funktionierende rechtliche Lösung der hier auftretenden Interessenkonflikte kaum möglich, weswegen sich die Rechtsliteratur erst gar nicht damit beschäftigt. Empirische Berichte betonen – soweit vorhanden – durchwegs, dass die Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch den Verwaltungsrat gegen einzelne Mitglieder fast nie vorkommt. Als einziger praktisch relevanter Fall gilt der Austausch des gesamten Managements im Fall eines Kontrollwechsels.

*Vertretung der Gesellschaft:* Wie bereits erwähnt, ist der Verwaltungsrat an die Entscheidung der Hauptversammlung gebunden. Besondere Vertretungsregeln – etwa in Gestalt eines besonderen Vertreters, der von der Hauptversammlung bestellt werden könnte – existieren in den untersuchten monistischen Rechtsordnungen jedoch nur teilweise.<sup>54</sup>

### 3. Dualistische Systeme

Bei Bestehen eines eigenen Überwachungsorgans obliegt meist diesem die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Mitglieder des geschäftsführenden Organs. Die entsprechende Kompetenz des Vorstands ist in manchen

---

51 GLANZMANN (FN 47), S. 139, 170, FN 225; BÖCKLI (FN 26), § 13, Rz. 643. Im französischen Recht lässt sich aus Art. L 225–40 C com ebenso ein Stimmverbot des betroffenen Organmitglieds ableiten; vgl. GERMAIN, in: Ripert/Roblot (FN 47), Tz. 1648, 1764.

52 So für die Schweiz GLANZMANN (FN 47). Nach schwedischem Recht macht der Verwaltungsrat, wenn eine Entlastungsverweigerung durch die Hauptversammlung vorliegt, den Anspruch unter eigener Verantwortung geltend, siehe STEN ANDERSSON/SVANTE JOHANSSON/ROLF SKOG, Aktiebolagslagen, 1–19 kap. – En kommentar, Del II3, Stockholm 2004, S. 15–22.

53 Schweiz, Schweden, England, Spanien, Niederlande, Spanien, Italien, siehe FN 66.

54 Siehe unten VI.1.

Rechtsordnungen explizit ausgeschlossen, so nach deutschem Recht<sup>55</sup> und in Polen.<sup>56</sup> Andere Rechtsordnungen beschneiden die umfassende Entscheidungs- und Vertretungskompetenz des Vorstands nicht ausdrücklich, so das österreichische Recht.<sup>57</sup> Nach niederländischem Aktienrecht scheidet die Vertretungsbefugnis des Vorstands nur dann aus, wenn ein offenkundiger Interessenkonflikt vorliegt, also ein Vorstandsmitglied etwa gegen sich selbst klagen müsste. In diesem Fall geht die Befugnis auf den Aufsichtsrat, einen von der Hauptversammlung bestellten Sondervertreter oder eine andere von der Satzung bestimmte Person über.<sup>58</sup> Im dualistischen System des französischen Aktienrechts vertritt der Vorstand bzw. sein Vorsitzender die Gesellschaft, eine Kompetenz des Aufsichtsrats ist überhaupt nicht vorgesehen.<sup>59</sup>

## V. Entscheidung durch Aufsichtsorgan

Besteht ein eigenes, vom geschäftsführenden Organ organisatorisch getrenntes Überwachungsorgan, bietet sich die Übertragung der Entscheidungskompetenz auf dieses Organ an, um die angesprochenen Interessenkonflikte zu vermeiden. Tatsächlich ist dies in den meisten Rechtsordnungen der Fall. Eine Ausnahme bildet, wie schon erwähnt, Frankreich, das dem Aufsichtsrat eine solche Befugnis nicht einräumt. Aus rechtsvergleichender Sicht sollten diejenigen Aktienrechte, die einen Aufsichtsrat nicht immer, sondern nur bei

---

55 § 112 dAktG.

56 Art. 379 HGGB.

57 In Österreich ist umstritten, ob nur dem Aufsichtsrat oder auch dem Vorstand die Befugnis zukommt, Klage gegen die Vorstandsmitglieder zu erheben, siehe KALSS, in: Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz, Wien 2003, § 97, Rn. 7, 14; M. CERNICKY, Die Vertretung der Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern, GesRZ 2002, S. 179, 183; a. A. SCHLOSSER (FN 26), S. 137; RUDOLF STRASSER, in: Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz<sup>4</sup>, Wien 1993, §§ 95–97, Rn. 71, 80; WALTHER KASTNER/PETER DORALT/CHRISTIAN NOWOTNY, Grudriss des österreichischen Gesellschaftsrechts<sup>5</sup>, Wien 1090, S. 257, Rn. 107.

58 MARIE-LUISE LENNARTS, Unternehmensleitung und Interessenskonflikte: Die Wechselbeziehung zwischen Präventivmaßnahme und Haftung, GesRZ-SH 2005, S. 41 ff.; C. ASSER-MAEIJER 2-III, *Vertegenwoordining en rechtspersoon. De naamleze en de besloten vennootschap*<sup>2</sup> (Vertretung und Juristische Personen. Die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung), Deventer 2000, Nr. 259 und 375; ausf. KOEN GEENS/KID SCHWARZ, *Het leerstuk van tegenstrijdig belang en zijn consequenties naar Nederlands en Belgisch recht; enige rechtsvergelijkende beschouwingen* [Die Lehre der Interessenskonflikte und sein Folgen nach niederländischem und belgischem Recht; Einige rechtsvergleichende Betrachtungen], in: De Kluiver/Wouters, *Beginselen van vennootschapsrecht in binationaal perspectief* [Grundsätze des Gesellschaftsrechts in binationaler Perspektive], Antwerpen-Groningen 1998, S. 288 ff.

59 Vgl. dazu ARLT (FN 49); PLANCK (FN 34), S. 37 f.

manchen Aktiengesellschaften vorsehen – wie die Niederlande und Slowenien – mit den Aktienrechten mit obligatorischem Aufsichtsrat nicht direkt verglichen werden, da bei letzteren der Aufsichtsrat in der Organisationsverfassung einen festeren Platz einnimmt.

In den Rechtsordnungen mit obligatorischem Aufsichtsrat ist dieser regelmäßig befugt, die Vorstandsmitglieder namens der Gesellschaft in Anspruch zu nehmen.<sup>60</sup> In der vollen Durchbildung des dualistischen Systems schließt diese Kompetenz des Aufsichtsrats jene des Vorstands aus<sup>61</sup> und wird als Teil seiner Überwachungsaufgabe angesehen. Konsequenterweise darf der Aufsichtsrat in einer Reihe von Rechtsordnungen ohne Zwischenschaltung der Hauptversammlung Klage gegen den Vorstand erheben.<sup>62</sup>

Obwohl bei der Entscheidung durch das Aufsichtsorgan auf den ersten Blick weniger Interessenkonflikte auftreten sollten als bei Entscheidung durch das geschäftsführende Organ selbst, belegt ein Blick auf die Praxis in Ländern mit dualem System, dass auch die Zuweisung der Entscheidungskompetenz an den Aufsichtsrat wohl keine optimale Lösung darstellt: In Deutschland wird betont, dass die Vorstandsmitglieder nur selten aufgrund eines Beschlusses des Aufsichtsrats in Anspruch genommen werden.<sup>63</sup> Auch in den Niederlanden werden Vorstandsmitglieder fast nie auf Initiative des Aufsichtsrats geklagt.<sup>64</sup> Eine vor kurzem erschienene Studie zum Thema führt dies auf die sozialen und gruppenpsychologischen Gründe zurück, die aber teilweise nur speziell in den Niederlanden Geltung beanspruchen können: Bei Gesellschaften, die dem sog. Strukturregime unterliegen, besteht

---

60 Deutschland: § 112 dAktG; Österreich: § 97 öAktG; Italien: Art. 2409<sup>decies</sup> c. c. Polen: Art. 379 HGGB. In der Slowakei ist nur eine Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats vorgesehen, eine ausdrückliche Regelung der Entscheidungsbefugnis fehlt. Teilweise besteht auch in Slowenien eine entsprechende Befugnis des Aufsichtsrats, nämlich dann, wenn sich die Klage nur gegen einzelne Vorstandsmitglieder richtet, Art. 275 ZGD.

61 Siehe oben IV.3.

62 Deutschland: § 112 dAktG; Italien (dualistisches System): Art. 2409<sup>decies</sup> c. c. und hierzu VINCENZO SALAFIA, Amministrazione e controllo delle società di capitali nella recente riforma societaria, *Le Società* 2002, S. 1465–1467. In Österreich besteht eine derartige Befugnis – wie nach dem dAktG 1937 – dann, wenn die «Verantwortlichkeit eines Aufsichtsratsmitglieds in Frage kommt», was aus historischer Sicht aber wohl eher auf Unterlassungsklagen gemünzt ist, siehe zur historischen Wurzel – nämlich Art. 167 des preußischen Entwurfs zum ADHGB – die Motive, Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten nebst Motiven (1856) II 86 f. Gleiches gilt wohl in Polen (Art. 379 HGG).

63 GÖTZ, *AG* 1997, S. 219, 221; LUTTER, *NJW* 1995, S. 1133, 1134; MERTENS, in: Hommelhoff/Fedderson/Schneider (FN 8), S. 155, 157 f.; BORK, in: Hommelhoff/Röhrich (FN 14), S. 53, 54.

64 Und ebensowenig auf Initiative anderer Vorstandsmitglieder: MAARTEN KROEZE, *Afgeleide schade und afgeleide actie* [Reflexschaden und Aktionärsklage], Deventer 2004, S. 125; BERVOETS, *Aufsichtsrat Aktuell*, Heft 5 2005, S. 14.

wegen des kooptationsartigen Organbestellungsmechanismus eine besonders enge soziale Verbundenheit der Organmitglieder untereinander.<sup>65</sup>

## VI. Entscheidung durch die Hauptversammlung

In den europäischen Aktienrechten lässt sich die Tendenz feststellen, der Hauptversammlung Entscheidungskompetenzen – insbesondere in Fragen der Geschäftsführung – vollständig zu entziehen und sie auf die geschäftsführenden und überwachenden Organe zu übertragen. Die Durchsetzung von Haftungsansprüchen ist aber eine Ausnahme: In diesem Punkt liegt der Schwerpunkt der Entscheidungsbefugnis bei der Hauptversammlung. Wie bereits ausgeführt, hat diese Entscheidungsbefugnis eine positive und eine negative Seite: Die positive Seite besteht darin, dass die Hauptversammlung die Geltendmachung von Ersatzansprüchen beschließen kann. Die negative Seite besteht darin, dass die Hauptversammlung darüber entscheidet, ob von einer Anspruchsverfolgung vorläufig, vor allem aber endgültig Abstand genommen wird.

### 1. Geltendmachung des Ersatzanspruchs

*Endgültige Entscheidung der Hauptversammlung:* In der großen Mehrzahl der untersuchten Rechtsordnungen sind Ersatzansprüche geltend zu machen, wenn dies die Hauptversammlung beschließt (Deutschland, England, Italien, Niederlande, Österreich, Schweden, Schweiz, Spanien).<sup>66</sup> Liegt ein solcher Beschluss vor, sind die entsprechenden Organe verpflichtet, den Anspruch zu verfolgen, wenn nicht ohnehin die Bestellung eines besonderen Vertreters

---

65 KROEZE (FN 64), S. 123 ff.

66 Siehe zum englischen Recht PAUL DAVIS, L. C. B. GOWER, *Gower and Davis's Principles of Modern Company Law*, 7. Aufl. 2003, S. 445; *Alexander Ward & Co Ltd v Samyang Navigation Co Ltd* [1975] 1 WLR 673. In Deutschland und Österreich ergibt sich dies aus ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen (§ 147 Abs. 1 dAktG und § 122 Abs. 1 öAktG). Spanien: Art. 134.1 LSA; siehe GRECHENIG, in: Kalss (FN 7), S. 892 ff. Zum schweizerischen Recht BÜRGI/NORDMANN (FN 26), Art. 753/754, N 100; FORSTMOSER (FN 29), S. 39; CLAUDIA GREDÄ, in: Kalss (FN 7), S. 779 ff. Zum niederländischen Recht LEVINUS TIMMERMAN, *Van afgeleide schade naar afgeleide actie* [Vom Reflexschaden zum Klagerecht zugunsten der HV], in: *Conflicten rondom de rechtspersoon*, Deventer 2000, S. 22; BERVOETS, in: Kalss (FN 7), S. 593. Zum schwedischen Recht Bo SVENSSON/JOHAN DANIELIUS, *Aktiebolagslagen – Kommentar och lagtexter*, 15. Aufl. 2002, S. 305; KNUT RODHE, *Aktiebolagsrätt*, 20. Aufl. 2002, S. 219; KATHARINA ZECHNER, in: Kalss (FN 7), S. 428 ff. Im italienischen Recht wird die Gesellschaft allerdings nur dann durch den Verwaltungsrat vertreten, wenn der Beklagte bereits ausgeschieden ist, ansonsten ist ein Sondervertreter zu bestellen, hierzu OELKERS, in: Kalss (FN 7), S. 540.

vorgenommen wird.<sup>67</sup> Nur im französischen und slowakischen Aktienrecht ist eine Befugnis der Hauptversammlung, über die Geltendmachung einer Haftungsklage zu beschließen, zumindest nicht ausdrücklich vorgesehen.

*Beschlussfassung:* Die einzelnen Rechtsordnungen enthalten vielfach besondere Regelungen für die Entscheidung über die Durchsetzung der Organhaftung. Verbreitet sind Regelungen, die in dieser Frage eine unverfälschte Willensbildung der Mehrheit sicherstellen, etwa durch die Regelung, dass keine höhere als die einfache Mehrheit festgesetzt werden darf.<sup>68</sup> Nach schweizerischem Recht ist das Stimmrecht in dieser Frage zwingend nach dem Nennwert der Aktien zu bemessen, d. h. insb. Mehrstimmrechtsaktien haben keine besondere Stimmkraft.<sup>69</sup> Nach spanischem Recht kann die Hauptversammlung einen entsprechenden Beschluss auch fassen, wenn die Angelegenheit nicht auf der Tagesordnung steht,<sup>70</sup> ähnliches gilt in Italien.

*Stimmverbot:* Eher für geschlossene Gesellschaften relevant ist die Frage, ob der von der Haftungsklage betroffene Aktionär bei Beschlussfassung über die Haftungsklage stimmberechtigt ist oder nicht. Eine Reihe von Rechtsordnungen sehen für diesen Gegenstand ausdrücklich ein Stimmverbot vor (Deutschland, Italien, Österreich, Schweden, wohl auch Spanien und Frankreich).<sup>71</sup> Dagegen kennen das englische, das schweizerische und jedenfalls das frühere spanische Recht kein Stimmverbot,<sup>72</sup> vielmehr wird die Minder-

67 In den Niederlanden wird die diesbezügliche Pflicht der Organe jedoch in Zweifel gezogen und vertreten, dass die Organe den Beschlusses dann nicht durchführen müssten, wenn eine Anspruchsverfolgung gegen die Interessen der Gesellschaft sei: KROEZE (FN 64), S. 104.

68 Spanisches Recht Art. 93 LSA und hierzu GRECHENIG, Spanisches Aktien- und GmbH-Recht, Wien 2005, S. 53 m.w.N.; GRECHENIG, in: Kalss (FN 7), S. 892 f. Österreichisches Recht NIKOLAUS ADENSAMER/GEORG ECKERT, in: Kalss (FN 7), S. 198 ff.; Deutsches Recht § 147 Abs. 1 dAktG (vgl. HÜFFER, FN 26, § 23, Rn. 35); zum schweizerischen Recht ebenso FORSTMOSER (FN 29), S. 39.

69 Siehe etwa GLANZMANN (FN 47), S. 139, 171, FN 227; BÜRGI/NORDMANN (FN 26), Art. 753/754, N 100; FORSTMOSER (FN 29), S. 39.

70 Art. 134.1 aE LSA.

71 Österreich: § 114 AktG. Deutschland: § 136 AktG. Italien: Art. 2373 Abs. 2 c. c. Schweden: 9. Kap. § 36 ABL. In Spanien sieht der neu eingeführte Art. 127<sup>ter</sup>.3 LSA ein Stimmverbot für «Operationen» mit Interessenkonflikten vorsieht, ob die Bestimmung auch auf die Erhebung der Haftungsklage anwendbar ist, ist unklar; davor waren die betroffenen Aktionäre jedenfalls stimmberechtigt, siehe SÁNCHEZ CALERO (FN 27), S. 290 ff.; ELENA PÉREZ CARILLO, La administración de la sociedad anónima, 1999, S. 197 f. Für Frankreich siehe GUYON, in: Baums/Wymeersch, Shareholder Voting Rights and Practice in Europe and the United States, 1999, S. 103. In der Schweiz besteht kein Stimmverbot, FORSTMOSER (FN 29), S. 146.

72 Das Stimmrecht des Aktionärs wird traditionell als proprietary right bezeichnet, das der Gesellschafter auch gegen die Interessen der Gesellschaft im eigennützigen Interesse ausüben kann, so z. B. um eine Klage gegen sich selber zu verhindern oder um seine Haftung auszuschließen. Siehe Burland v Earle [1902] AC 83, PC; Northern Counties Securities Ltd v Jackson & Steeple Ltd [1974] 1 WLR 1133; siehe ferner Estmanco Ltd v Greater London Council

heitsklage teilweise als funktionales Äquivalent für ein Stimmverbot und dieses daher als nicht notwendig angesehen.<sup>73</sup>

*Besonderer Vertreter:* Zusätzlich zur Entscheidungsbefugnis ist in den Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises das Recht der Hauptversammlung vorgesehen, durch Bestellung eines besonderen Vertreters die unbefangene Prozessführung namens der Gesellschaft sicherzustellen.<sup>74</sup> In Italien ist, wenn die beklagten Geschäftsleiter im Amt bleiben, auf Antrag des Kontrollorgans gerichtlich ein *curatore speciale* zu bestellen (Art. 78 Abs. 2 c. p. c.).

## 2. Verzicht und Vergleich

Die endgültige Disposition über den Haftungsanspruch ist regelmäßig besonderen Vorkehrungen unterworfen. Das französische Recht schließt einen gültigen Verzicht über einen Haftungsanspruch überhaupt aus.<sup>75</sup>

Soweit dies nicht der Fall ist, bestehen eine Reihe von Sonderregelungen mit unterschiedlicher Zielrichtung: Zum einen ist sicherzustellen, dass die Minderheit nicht um ihre Möglichkeit zur Geltendmachung des Haftungsanspruchs gebracht wird. Dies geschieht etwa dadurch, dass die Minderheit das Zustandekommen eines Beschlusses durch ihr Veto verhindern kann oder durch die Vorschrift, dass der Beschluss der klagenden Minderheit gegenüber nicht wirkt. Diese Regelungen dienen der Absicherung der Minderheitsklage und sind in diesem Kontext zu behandeln.<sup>76</sup> In ähnlicher Weise ist die Möglichkeit des Verzichts und Vergleichs in manchen Rechtsordnungen dadurch eingeschränkt, dass sich ihre Wirkungen nicht auf die Gläubiger und den Insolvenzverwalter erstrecken.<sup>77</sup> Die dritte, jetzt zu behandelnde Gruppe von Vorschriften betrifft den Schutz der Gesellschaft vor einem Verlust der Haftungsansprüche durch kollusives Zusammenwirken der Organe. Damit in Zusammenhang steht die Funktion der Hauptversammlungskompetenz, die Publizität von Vergleichen und Verzichten sicher zu stellen.<sup>78</sup>

---

[1982] 1 All ER 437; JENNIFER PAYNE, A Re-Examination of Ratification, CLJ 1999, S. 604; HANS C. HIRT, Enforcement of Directors' Duties in Britain and Germany, 2004, S. 98 ff. Im Rahmen der geplanten Reform des englischen Gesellschaftsrechts wird die Einführung eines Stimmverbots bei der Beschlussfassung über die Erhebung von Haftungsklagen erwogen, siehe *Company Law Review, Completing the Structure* (1999), 5.85. und 5.101.

73 Siehe zur alten spanischen Rechtslage SÁNCHEZ CALERO (FN 27), S. 291.

74 Österreich: § 122 Abs. 1 AktG; Deutschland: § 147 Abs. 1 AktG. Für das schweizerische Recht siehe FORSTMOSER (FN 29), S. 40; BÜRGI/NORDMANN (FN 26), Art. 753/754, N 100.

75 Frankreich: Art. L 225–253 C com.

76 Siehe unten VII.

77 Hierzu siehe unten VIII.

78 Kritisch SEMLER, AG 2005, S. 333 f.

*Zuständigkeit der Hauptversammlung:* Die große Mehrzahl der untersuchten europäischen Aktienrechte legen die Entscheidung über den Verzicht bzw. Vergleich – soweit überhaupt möglich<sup>79</sup> – insoweit in die Zuständigkeit der Hauptversammlung, als diese Rechtshandlungen zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der Hauptversammlung bedürfen.<sup>80</sup> Die Mitwirkung eines anderen Organs ist in manchen Rechtsordnungen ebenso erforderlich, so bedürfen Verzicht und Vergleich nach österreichischem und deutschem Recht einer Entscheidung des Aufsichtsrats, der auch in dieser Frage nicht weisungsgebunden ist.<sup>81</sup> Jedenfalls wird die Initiative für Verzicht oder Vergleich regelmäßig von der Verwaltung ausgehen. Nur Polen verzichtet auf die Einbindung der Hauptversammlung und begnügt sich mit der Zuständigkeit des Aufsichtsrats oder eines besonderen Bevollmächtigten.<sup>82</sup>

*Stimmverbot:* Wie bei der Entscheidung über die Geltendmachung der Haftung ist auch bei einem Verzicht das Stimmverbot des betroffenen Aktionärs ein traditionelles aktienrechtliches Instrument, das von den meisten Rechtsordnungen eingesetzt wird.<sup>83</sup>

*Zeitliche Einschränkung der Verzichtsmöglichkeit:* In manchen Ländern ist der Verzicht überhaupt nur nach Ablauf einer gewissen Frist nach Schadenseintritt – 3 bzw. 5 Jahre – möglich,<sup>84</sup> womit den Aktionären eine Nachdenkpause verschafft und sichergestellt wird, dass ein Verzicht erst dann ab-

79 Siehe FN 75.

80 Österreich § 84 Abs. 4 öAktG. Deutschland § 93 Abs. 4 dAktG. Slowakei: § 194 Abs. 8 S. 2 ObZ. Slowenien: Art. 258 Abs. 4 ZGD. Schweden: 15. Kap. § 8 ABL. Für Spanien vgl. ARROYO/BOET, in: Arroyo/Embid (FN 27), II, S. 1425 ff. Für Italien siehe OELKERS, in: Kalss (FN 7), S. 531 f. In England gilt dies jedenfalls für die nachträgliche Genehmigung (ratification), erfasst ist aber wohl auch der Verzicht (release), siehe HIRT (FN 72), S. 96; EVA-DESIRÉE LEMBECK, in: Kalss (FN 7), S. 424 ff., wengleich es kein einschlägiges Fallrecht zu dieser Frage geben dürfte. In der Schweiz bildet OR Art. 758 die Grundlage, siehe GREDA, in: Kalss (FN 7), S. 777; FORSTMOSER (FN 29), S. 140 ff; ferner WIDMER/BANZ, in: Honsell (FN 26), Art. 758, Rz. 1 ff; BÖCKLI (FN 26), § 18, Rz. 450 ff; BÄRTSCHI (FN 29), S. 321.

81 Deutschland: KLAUS ZIMMERMANN, Vereinbarungen über die Erledigung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften, in: Duden-FS, München 1977, S. 773, 782; in Österreich gilt Entsprechendes.

82 Art. 379 HGGB; ROMANA CIERPIAL, in: Kalss (FN 7), S. 667 f.

83 Der österreichische § 114 AktG umfasst auch Verzicht und Vergleich, siehe SABINE SCHMIDT, in: Doralt/Nowotny/Kalss (FN 57), § 114, Rn. 64; ebenso im deutschen Recht § 136 dAktG, siehe KARSTEN SCHROER, in: Kropff/Semler (FN 26), § 136, Rn. 13 f.; HÜFFER (FN 26), § 136, Rn. 23 («Erledigung»); in Polen gem. Art. 413 HGGB; zum schweizerischen OR WIDMER/BANZ, in: Honsell (FN 26), Art. 695, Rz. 1 ff.; BÄRTSCHI (FN 29), S. 321 ff. Auch in Italien sind die betroffenen Organmitglieder gemäß Art. 2373 Abs. 2 c. c. vom Stimmrecht ausgeschlossen, vgl. CONFORTI, La responsabilità civile degli amministratori di società, 2003, S. 630 f. England sieht kein Stimmverbot vor, siehe bereits oben FN 72; in Spanien ist die Rechtslage nicht klar, siehe oben FN 71.

84 Österreich: § 84 Abs. 4 öAktG; Deutschland: § 93 Abs. 4 dAktG. Slowakei: § 194 Abs. 8 S. 2 ObZ. Slowenien: Art. 258 Abs. 4 ZGD.

gegeben wird, wenn das Ausmaß des Schadens feststeht.<sup>85</sup> Historisch war die Frist zunächst nur für Haftungsansprüche gegen Gründer vorgesehen und trug – wie eine Reihe anderer Regelungen auch – dem Gedanken Rechnung, dass die Gesellschaft in den ersten Jahren nach der Gründung durch die Gründer beherrscht werde und erst im Lauf der Zeit aus diesem Einfluss heraus-trete.

*Sachliche Einschränkung der Verzichtsmöglichkeit:* Das englische Recht kennt zwei Arten der nachträglichen Disposition über einen entstandenen Haftungsanspruch: Die nachträgliche Genehmigung (*ratification*), die die Rechtswidrigkeit eines Fehlverhaltens beseitigt und den eigentlichen Verzicht (*release*). In beiden Fällen kann die Gesellschaft keine Haftungsklage mehr erheben. Diese Maßnahmen sind im Interesse der Minderheitsaktionäre in der Weise eingeschränkt, dass sie bei bestimmten Arten von Pflichtverletzungen nicht wirksam beschlossen werden können.<sup>86</sup>

*Bedeutung von Vergleichen im Haftungsprozess:* In allen untersuchten Ländern sind die Möglichkeiten der Gesellschaft zur rechtsgeschäftlichen Disposition über einen Haftungsanspruch mehr oder weniger stark eingeschränkt und formalisiert. Schon dieser insoweit völlig übereinstimmende rechtsvergleichende Befund spricht für die Notwendigkeit solcher rechtlichen Regelungen. Allerdings stellt sich insbesondere für gerichtliche Vergleiche die Frage, ob einzelne Rechtsordnungen nicht über das Ziel hinausschießen, indem sie etwa wie das österreichische Recht für einen wirksamen Vergleich jedenfalls den Ablauf einer 5jährigen Frist verlangen, wodurch die Option des gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleichs<sup>87</sup> praktisch fast völlig abgeschnitten wird.

### 3. Entlastung

Den meisten Rechtsordnungen ist die jährliche Entlastung der Organmitglieder vertraut. Die Rechtswirkungen auf Haftungsansprüche sind unterschiedlich: Soweit in der betreffenden Rechtsordnung ein Verzicht auf Haftungsansprüche überhaupt ausgeschlossen ist – wie nach französischem Recht – kommt auch der Entlastung eine solche Wirkung nicht zu. Andere Rechtsordnungen lassen einen Verzicht zu, schreiben aber ausdrücklich vor, dass der

---

85 So die überwiegende Deutung des Zwecks der 3-Jahres Frist nach deutschem Recht, siehe ZIMMERMANN, in: Duden-FS (FN 81), S. 773, 774.

86 Hierzu unten VII.12.a).

87 In der Schweiz, die eine derartige Einschränkung nicht kennt, wird laut BÖCKLI (FN 26), § 13, Rz. 855, die Mehrzahl von Verantwortlichkeitsklagen durch Vergleich beendet.

Entlastung gerade keine Verzichtswirkung zukommt.<sup>88</sup> In Rechtsordnungen, die einen Verzicht erst nach Ablauf einiger Jahre zulassen,<sup>89</sup> scheidet die Verzichtswirkung in den meisten Fällen ebenso aus.

In anderen Rechtsordnungen kann der Entlastung grundsätzlich Verzichtswirkung zukommen. Diese Wirkung ist aber jedenfalls auf Handlungen, die vom jeweils behandelten Jahresabschluss erfasst und aus den vorgelegten Urkunden erkennbar sind, beschränkt.<sup>90</sup> Das niederländische Recht schränkt die Wirkung des Entlastungsbeschlusses darüber hinaus noch insoweit ein, als Entlastungsbeschlüsse innerhalb eines Jahres angefochten und aufgehoben werden können.<sup>91</sup> Auch kann die Unternehmenskammer des Amsterdamer Gerichtshofes im Rahmen eines Enquêteverfahrens<sup>92</sup> Entlastungsbeschlüsse aufheben.<sup>93</sup>

Nach schweizerischem Recht kann sich das Vorstandsmitglied zwar gegenüber einem Aktionär, der der Entlastung nicht zugestimmt hat, nicht auf diese berufen. Der Beschluss begründet aber den Lauf einer sechsmonatigen Verwirkungsfrist, nach deren Ablauf auch jene Aktionäre, die der Entlastung nicht zugestimmt haben, ihr Klagsrecht verlieren.<sup>94</sup>

## VII. Die abgeleitete Gesellschafterklage

### 1. Abgrenzung

Im Folgenden werden die verschiedenen Ausformungen der Minderheitsklage in einzelnen Europäischen Rechtsordnungen – in notwendig kursorischer Form – vorgestellt und anhand dieser Darstellung die wichtigsten Sachprobleme erörtert. Wiederum bezieht sich die Untersuchung auf die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen für Schäden im Gesellschaftsvermögen – die Liquidierung von Schäden der Gesellschafter, die über einen Gesellschaftsschaden hinausgehen, wird nicht behandelt. Da ein Ersatzanspruch der

---

88 Spanien: Art. 134.3 LSA; hierzu SÁNCHEZ CALERO (FN 27), S. 296 f. Zu Italien PETER KINDLER, *Italienisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, Heidelberg 2002, S. 264. Slowakei: Art. 282a ZGD.

89 Siehe die oben in FN 84 genannten Länder.

90 HANS BECKMAN, *Misverstanden om en rond decharge* [Missverständnisse über die Entlastung], OR 2004, S. 393; nach schweizerischem OR Art. 758 erstreckt sich der Entlastungsbeschluss nur auf bekannt gegebene Tatsachen. Zum polnischen Recht CIERPIAL, in: Kalss (FN 7), S. 665.

91 Art. 2:15 BW.

92 Dazu unten IX.2.b).

93 OK 2.11.1998, NJ 1998, S. 882; BERVOETS, in: Kalss (FN 7), S. 616 f.

94 GREDA, in: Kalss (FN 7), S. 776.

Gesellschaft geltend gemacht wird und die Minderheit meist im eigenen Namen im Prozess auftritt, kann von einer *abgeleiteten Gesellschafterklage* gesprochen werden.

Fast alle Rechtsordnungen (Ausnahme: Niederlande) kennen das Recht einzelner Gesellschafter oder einer Minderheit, Haftungsansprüche der Gesellschaft gegen Organmitglieder selbst geltend zu machen oder die Geltendmachung zu erzwingen.

Sämtlichen untersuchten Rechtsordnungen liegt das Prinzip zu Grunde, dass Schadenersatzansprüche aus fehlerhafter Geschäftsführung zum Gesellschaftsvermögen gehören; die Minderheit kann somit nicht die Ersatzleistung nicht an sich selbst, sondern an die Gesellschaft begehren.<sup>95</sup> Auch kann der Aktionär nicht nur einen seiner Beteiligungsquote entsprechenden Betrag, sondern nur den gesamten Schaden – bzw. auch einen Teilbetrag, diesen aber nicht aliquotiert – liquidieren.<sup>96</sup> In den einzelnen Rechtsordnungen wird dieses Prinzip auf unterschiedliche Weise verwirklicht: Teils kann die Minderheit die Klage nur erzwingen, tritt aber nicht selbst im Prozess auf; teilweise klagt die Minderheit im Namen der Gesellschaft, teils nur auf deren Rechnung (Prozessstandschaft).

## 2. *Mögliche Bedeutung der Minderheitsklage*

Theoretisch könnten der Möglichkeit der Verfolgung von Ersatzansprüchen durch eine Minderheit zwei verschieden weit Zielsetzungen zu Grunde liegen. Die erste Zielsetzung liegt in der Reaktion auf einen Konflikt zwischen Mehrheit und Minderheit: Die Gesellschafterversammlung sieht von der Geltendmachung ab, weil die Schädiger selbst die Kontrolle ausüben – sei es aufgrund einer Mehrheitsbeteiligung oder aufgrund von Stimmrechtsvollmachten – oder die Mehrheit das Verhalten der Geschäftsleiter deckt, etwa weil die Pflichtverletzung gerade in der rechtswidrigen Begünstigung des Hauptaktionärs lag. Die Bewältigung eines derartigen Konflikts scheint die Hauptzielrichtung der Minderheitsklage zu sein, was in der historischen Diskussion zum deutschen und österreichischen Aktienrecht, am deutlichsten aber im geltenden englischen Recht zum Ausdruck kommt. Zwischen dem bereits

---

95 Für die Schweiz BÜRGI/NORDMANN (FN 26), Art. 755, N 11; BÄRTSCHI (FN 29), S. 153; England: Wallersteiner v. Moir (no 2) [1975] QB 373.

96 Dies war in den untersuchten Rechtsordnungen nicht immer so; eine entsprechende Regelung wurde etwa in der Schweiz durch die Revision des Aktienrechts 1936 eingeführt, in Frankreich durch die Aktienrechtsreform 1967. Siehe etwa die Diskussion in Italien VALERIO SANGIOVANNI, Stärkung der Minderheitsrechte notierter Gesellschaften im italienischen Recht, RIW 2003, S. 248–253; zur Entwicklung der Judikatur in England vgl. LEMBECK, in: Kalss (FN 7), S. 430 ff.

oben erörterten, vielfach vorgesehenen Stimmverbot<sup>97</sup> und der Minderheitsklage besteht zwar eine teilweise funktionelle Übereinstimmung, aber keine Deckung: Stimmverbote erfassen traditionell nur das eigentliche Abstimmen in eigener Sache, d. h. wenn sich die Haftungsklage gegen den Aktionär richtet, der zugleich Geschäftsleiter ist. Wird ein Organmitglied jedoch von der Hauptversammlungsmehrheit gedeckt, weil die Pflichtverletzung in dessen Interesse begangen wurde, kann dem durch Stimmverbote – zumindest in ihrer in den untersuchten Rechtsordnungen anzutreffenden Ausprägung – nicht begegnet werden. Dementsprechend sehen die meisten untersuchten Rechtsordnungen sowohl ein Stimmverbot als auch die Minderheitsklage vor. Aus dieser Sicht dient die Minderheitsklage vor allem auch der Effektuierung der Vorstandspflicht zur Gleichbehandlung der Aktionäre. Eine Ausnahme gilt für das englische Recht, das die Minderheitsklage nur für den Fall des *wrongdoer control* vorsieht und deren Gehalt daher kaum über den eines Stimmverbots hinausgeht.<sup>98</sup>

In der modernen Diskussion wird der Minderheitsklage aber teilweise auch eine darüber hinaus gehende Zielsetzung zugeschrieben: Die Minderheit soll unabhängig von einem Konflikt mit der Mehrheit zur Geltendmachung berufen sein, um die Wirkung der materiellen Haftungsvorschriften zu effektuieren.<sup>99</sup>

### 3. Betrachtung des gesamten Regelungsgefüges

Die Effektivität des Minderheitsrechts auf Geltendmachung von Ersatzansprüchen hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab. Eine rechtsvergleichende Darstellung des Minderheitsrechts muss in besonderem Maß bedacht sein, einen schematischen Vergleich einzelner Regelelemente zu vermeiden und diejenigen Elemente zu identifizieren, die für die Effektivität der Durchsetzung von Minderheitsrechten tatsächlich relevant sind. So fehlt etwa im englischen Recht eine Beteiligungsschwelle, in einer Gesamtbetrachtung beschränkt es den Zugang zur Gesellschafterklage aber von allen untersuchten Rechtsordnungen wohl am restriktivsten.

### 4. Anreizprobleme

Auch die Minderheit sollte optimalerweise nur dann Haftungsansprüche durchsetzen, wenn die Klagsführung im Interesse der Gesellschaft liegt. Die

---

97 Siehe oben VI.1.

98 Siehe unten VII.12.

99 So etwa SCHROER, in: Kropff/Semler (FN 26), § 147, Rn. 6.

Interessen der Minderheit können von jenen der Gesellschaft jedoch abweichen, sodass sich eine doppelte Anreizverzerrung ergeben kann: Die abweichende Anreizstruktur könnte dazu führen, dass die Minderheit *nicht* klagt, obwohl dies im Interesse der Gesellschaft läge. Umgekehrt kann sich auch ergeben, dass die Minderheit Klage erhebt, obwohl dies nicht im Gesellschaftsinteresse liegt.

*Keine Klageerhebung, obwohl im Interesse der Gesellschaft:* Ein Aktionär mit einer kleinen Beteiligungsquote hat nur ein geringes vermögensmäßiges Interesse an einer Erhebung der Klage, soweit er sich daraus keinen Sondervorteil erhofft. Die Klage ist auf Leistung in das Gesellschaftsvermögen gerichtet; der Aktionäre profitiert von einer stattgebenden Klage somit bestenfalls mittelbar im Ausmaß seiner Beteiligungsquote. Ist er bei Prozessverlust zum Kostenersatz verpflichtet, steht dem erzielbaren Vorteil ein unverhältnismäßiges Kostenrisiko gegenüber.<sup>100</sup> Einer Verpflichtung zum Kostenersatz durch die Gesellschaft stehen die meisten Rechtsordnungen ablehnend gegenüber, weil die Prozessführung auf Kosten aller anderen Aktionäre, also entgegen dem Mehrheitsprinzip, als nicht sachgerecht empfunden wird. Selbst wenn dem Aktionär das Kostenrisiko abgenommen wird, bleiben immer noch die oben angesprochenen nicht ersatzfähigen Kosten, wie der Zeitaufwand des Klägers, Kosten der Faktensammlung, nicht ersatzfähige Kosten des Rechtsbeistands.<sup>101</sup> Zu den Prozesskosten tritt das Risiko, dass der Kläger gerade durch die Prozessführung seine Beteiligung entwertet, wenn der Aktienmarkt auf die Veröffentlichung von Haftungsklagen mit Kursverlusten reagiert,<sup>102</sup> sodass der klagende Aktionär sich selbst, den anderen Aktionären und der Gesellschaft möglicherweise mehr schadet als nützt.

*Klageerhebung gegen das Interesse der Gesellschaft:* Aus der Möglichkeit, der Gesellschaft und dem Beklagten durch die Klagsführung einen Reputationsnachteil zuzufügen, ergibt sich einerseits das Erpressungspotential, andererseits die Überlegung, dass Aktionäre mit einer sehr kleinen Beteiligung überhaupt nur klagen werden, wenn sie sich durch die Erpressung eines Sondervorteils erhoffen. Aus dieser Sicht erscheint die Anknüpfung an *Beteiligungsquoten* sachgerecht, weil der Kläger einen erheblichen Teil des Nachteils, den er der Gesellschaft zufügt, selbst mittragen muss.

---

100 Siehe für eine ausführliche Analyse ECKERT/GRECHENIG/STREMITZER, in: Kalss (FN 7), S. 136 ff. Es kann nicht einmal davon ausgegangen werden, dass der Aktionäre im Ausmaß seiner Beteiligungsquote von einer Ersatzleistung profitiert, da der Ersatz ja eben ins Gesellschaftsvermögen geleistet wird.

101 Siehe oben II.2.a).

102 Siehe oben FN 15. Diese Annahme findet sich bereits in der Amtlichen Begründung zur deutschen Aktienrechtsnovelle 1884, abgedruckt bei SCHUBERT/HOMMELHOFF (FN 11), S. 470. Auch bei nicht börsennotierten Gesellschaften wird anzunehmen sein, dass Haftungsklagen den bei potentiellen Drittkäufern erzielbaren Preis vermindern.

## 5. Sachprobleme

Die Darstellung konzentriert sich auf die für das Funktionieren und die Effektivität des Minderheitsrechts wichtigen Sachprobleme:

*Beteiligungsschwellen:* Eine Reihe von Rechtsordnungen gesteht das Recht zur Klageerhebung nicht jedem Aktionär zu, vielmehr wird eine bestimmte Beteiligungsquote von bis zu 20% des Grundkapitals verlangt; vereinzelt kommt es auch auf das Erreichen eines bestimmten Nominalbetrags an.

*Informationsbedürfnis und -möglichkeiten im Vorfeld:* Von entscheidender Bedeutung ist weiters, welche *Informationen* die Minderheit benötigt, um die Durchsetzung von Haftungsansprüchen überhaupt zu initiieren und wie sie sich diese Informationen beschaffen kann. Die Frage stellt sich besonders dann, wenn die jeweilige Rechtsordnung ein eigenes gerichtliches Verfahren vorsieht, in dem eine Zulassung der Klage geprüft wird. Aber auch in Rechtsordnungen, in denen ein solches Verfahren nicht vorgesehen ist, ist der Gesellschaft – meist anlässlich einer Hauptversammlung – regelmäßig Gelegenheit zu geben, die Ansprüche auf regulärem Weg zu verfolgen. Auch dafür ist ein Mindestmaß an Information erforderlich.

*Informationsbedürfnis für die Prozessführung:* Ist die erste Hürde überwunden, muss der Prozess geführt werden, was den Zugang zu gesellschaftsinterner Information wenn nicht notwendig voraussetzt, so doch erheblich erleichtert. Der Grad der notwendigen Informationsversorgung wird entscheidend von der *Beweislastverteilung* im Haftungsprozess abhängen. Weiters ist zu beachten, ob die Minderheit selbst im Prozess auftritt oder sich eines besonderen Vertreters bedient, der mit Zugang zu den gesellschaftsinternen Informationen ausgestattet ist.

*Kostenfragen:* Schließlich ist besonderes Augenmerk auf das Prozesskostenrisiko zu legen, das die Minderheit bei Durchsetzung der Ansprüche zu tragen hat und ob die Minderheit umgekehrt ihre eigenen Kosten ersetzt bekommt. Manche Rechtsordnungen sehen die Kostentragung durch die Gesellschaft vor, in anderen Ländern muss die Minderheit das volle Kostenrisiko tragen. Die Auswirkung einer solchen Regelung hängt freilich auch von der Höhe des Kostenrisikos ab, das – soweit dies beurteilt werden kann – in einzelnen Ländern variiert.

*Weitere Haftungsrisiken:* Die einzelnen Rechtsordnungen sehen zum Schutz des Beklagten Schadenersatzpflichten der Minderheit vor. Diese Bestimmungen sind allerdings – soweit zu sehen – von überaus geringer praktischer Relevanz; ihre Anwendung scheiterte bisher daran, dass es in den betreffenden Ländern ohnehin fast nie zu einer Durchsetzung von Haftungsansprüchen durch eine Minderheit kam. Dennoch zeigen sie die «Haltung» des jeweiligen Gesetzgebers zu derartigen Fragen.

*Sonstige Voraussetzungen:* Die genannten Schwerpunkte ergeben sich aus den in den meisten untersuchten Rechtsordnungen gemeinsamen Problemen. Hinzu kommen Regelungen, die nur in einzelnen Rechtsordnungen eine Rolle spielen; sie werden bei der jeweiligen Rechtsordnung einbezogen.

## 6. Österreich

Das österreichische Aktienrecht (§§ 122 f öAktG) gibt einer Minderheit von i. d. R. 10% des Grundkapitals das Recht, Schadenersatzansprüche und darüber hinaus auch andere Ansprüche aus der Geschäftsführung geltend zu machen. Die Minderheit tritt im Prozess nicht selbst auf, sie kann nur die Geltendmachung durch die Gesellschaft erzwingen. Die Vertretung der Gesellschaft obliegt einem von der Minderheit namhaft gemachten Vertreter.

*Geltendmachung nur in der Hauptversammlung:* Das Minderheitsbegehren kann nur in der Hauptversammlung gestellt werden. Die Geltendmachung muss in der Tagesordnung – die von der Minderheit erforderlichenfalls nach § 106 öAktG zu ergänzen ist – angekündigt werden.<sup>103</sup>

*Anspruchsverfolgung aufgrund Mehrheitsbeschlusses:* Nach überwiegender Meinung zum österreichischen Recht wird das Minderheitsrecht nach § 122 *nicht* dadurch ausgeschlossen, dass gleichzeitig ein Mehrheitsbeschluss auf Verfolgung der Ansprüche gefasst wird.<sup>104</sup> Auf diese Weise hat die Minderheit auf jeden Fall die Möglichkeit, die Bestellung eines besonderen Prozessvertreters durchzusetzen.

*Beteiligungsschwellen:* Die Minderheit muss mit mindestens 10% am Grundkapital beteiligt sein. Die Schwelle ist auf 5% herabgesetzt, wenn in einem Gründungs-, Nachgründungs- oder Sonderprüfungsbericht Tatsachen festgestellt wurden, aus denen sich die Ersatzansprüche ergeben.

*Nicht offenkundig unbegründet:* Die durch die Minderheit behaupteten Ansprüche dürfen nicht offenkundig unbegründet sein, was vom Firmenbuchgericht anlässlich der Bestellung des besonderen Vertreters geprüft wird. «Offenkundig» bedeutet *gerichtsnotorisch*, ein Beweis- oder Bescheinungsverfahren über die Begründetheit der Ansprüche ist vom Firmenbuchgericht nicht durchzuführen. Sind die Ansprüche offenkundig unbegründet,

---

103 Der Tagesordnungspunkt «Entlastung» genügt hierfür nicht: OGH *ecolex* 1991, S. 465 = RdW 1991, S. 178.

104 STRASSER, in: Jabornegg/Strasser (FN 57), § 122, Rn. 5; SCHLOSSER (FN 26), S. 138 f.; ebenso zum AktG 1937 REINHARD GODIN/HANS WILHELMI, AktG<sup>2</sup>, § 122, Anm. 4; WALTER SCHMIDT/JOACHIM MEYER-LANDRUT, in: Gardow/Heinichen, Großkommentar zum Aktiengesetz, Bd. I<sup>2</sup>, Berlin 1961, § 122, Anm. 6; BAUMBACH-HUECK, Kommentar zum Aktiengesetz, München 1965<sup>12</sup>, § 122, Anm. 2d; a. A. ULLRICH SAURER, in: Doralt/Nowotny/Kalss (FN 57), § 122, Rn. 15.

ist der Antrag auf Bestellung des Sondervertreters abzuweisen; in diesem Fall muss auch der Aufsichtsrat die Ansprüche nicht verfolgen.

*Besonderer Vertreter:* Partei des Haftungsprozesses ist in jedem Fall die Gesellschaft, die dabei entweder durch den Aufsichtsrat oder durch besondere Vertreter vertreten wird. Die Minderheit hat das Recht, die gerichtliche Bestellung eines besonderen Prozessvertreters zu verlangen, wenn die behaupteten Ansprüche nicht offenkundig unbegründet sind. Die Person des besonderen Vertreters kann gem. § 122 Abs. 2 AktG von der Minderheit benannt werden; sie ist zu bestellen, wenn der Bestellung kein wichtiger Grund entgegensteht. Der Sondervertreter hat einen umfassenden Auskunftsanspruch gegen die Gesellschaft und befindet sich somit im Vergleich zur Minderheit – die auf den Auskunftsanspruch in der Hauptversammlung verwiesen ist – in der weit vorteilhafteren Position. Er kann, wenn die Auskunft verweigert wird, das Firmenbuchgericht um Abhilfe ersuchen.<sup>105</sup> Die Minderheitsaktionäre sind nicht Prozesspartei, aber gem. § 19 öZPO zur einfachen Nebenintervention berechtigt.

*Beweislast:* Der Gesellschaft obliegt der Beweis für das Vorliegen eines Schadens, eine Ausnahme gilt für bestimmte Fälle rechtswidriger Auszahlungen gem. § 84 Abs. 3 öAktG. Dagegen liegt der Beweis für das Verschulden, d. h. für die subjektive Vorwerfbarkeit, beim Vorstandsmitglied. Dies ist allerdings von geringer praktischer Relevanz, da das Verschulden bei der Vorstandshaftung nur in Ausnahmefällen – vor allem bei fehlender Deliktsfähigkeit – eine eigenständige Rolle spielt.<sup>106</sup> Für Kausalität und objektive Pflichtwidrigkeit ist die Beweislast geteilt: Der Kläger muss Tatsachen vortragen, aus denen in Verbindung mit dem eingetretenen Erfolg ein Schluss auf die Pflichtwidrigkeit des Vorstandsmitglieds gezogen werden kann. Der Beklagten obliegt es, diese Indizwirkung zu erschüttern.<sup>107</sup> Der Kläger muss Umstände vortragen und beweisen, aus denen sich eine konkrete Sorgfaltspflicht ergibt. Das Vorstandsmitglied kann darauf entweder dartun und beweisen, dass er dieser Pflicht nachgekommen ist, oder er kann besondere Umstände

---

105 SZ 34/62.

106 Hier wird die objektive Sorgfaltswidrigkeit mit der in Österreich vorherrschenden Terminologie der Rechtswidrigkeit zugeordnet. Weist man die objektive Sorgfaltswidrigkeit dem Verschulden zu, was der Terminologie des ABGB wohl eher entspricht (siehe RUDOLF REISCHAUER, Entlastungsbeweis des Schuldners, ACP 1975, S. 123 ff., resümierend S. 131 f.), verläuft die Grenze zwischen objektiver und subjektiver Sorgfaltswidrigkeit; dies ist eine bloße Terminologiefrage. Die Besonderheit der Vorstandshaftung liegt gleich wie bei § 1299 ABGB darin, dass sich der Schädiger nicht darauf berufen kann, dass er geringere Kenntnisse und Fähigkeiten als die Maßfigur hat, somit die Prüfung der subjektiven Sorgfaltswidrigkeit insoweit unterbleibt.

107 3Ob34/97i.

vortragen und beweisen, die die prima-facie-Annahme der Sorgfaltspflicht widerlegen.

*Aktienbesitzdauer und Hinterlegung:* Die zur Erreichung der Beteiligungsschwellen erforderlichen Aktien sind gerichtlich zu hinterlegen. Es ist glaubhaft zu machen, dass die Minderheit seit mindestens 3 Monaten im Besitz der Aktien ist.

*Schadenersatz und Sicherheitsleistung:* Entsteht dem Beklagten durch eine unbegründete Inanspruchnahme ein Schaden, ist die Minderheit diesem gegenüber zum Ersatz verpflichtet, wenn ihr Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt (§ 122 Abs. 5 öAktG). Bei teilweiser Stattgebung ist die Klage nicht unbegründet.<sup>108</sup> Für derartige Schadenersatzansprüche – nicht aber für die Prozesskosten – des Beklagten hat die Minderheit eine Sicherheit zu leisten. Der Beklagte hat aber glaubhaft zu machen, dass ihm solche Ersatzansprüche erwachsen können.

*Vorzeitige Prozessbeendigung durch Sachdispositionen:* Die Möglichkeiten für Verzicht und Vergleich sind bei der Geltendmachung durch die Minderheit doppelt eingeschränkt. Allgemein kann die Gesellschaft erst nach 5 Jahren seit Entstehung des Anspruchs verzichten oder sich über den Anspruch vergleichen (§ 84 öAktG); zudem besteht ein Widerspruchsrecht einer Minderheit von 20% des Grundkapitals, bei dessen Ausübung der Verzicht oder Vergleich nicht wirksam ist.<sup>109</sup> Vom Zeitpunkt der Stellung des Minderheitsverlangens in der Hauptversammlung müssen dem Verzicht oder Vergleich zusätzlich so viele Minderheitsaktionäre zustimmen, dass die verbleibende Minderheit nicht mehr die erforderliche Schwelle erreicht. Solange die Minderheit ihr Begehren aufrechterhält, kann der Prozess somit nicht vorzeitig beendet werden. Zieht sie das Begehren jedoch zurück, ist damit nicht notwendig die Prozessbeendigung verbunden. Eine echte Sachdisposition (Verzicht, Vergleich, Klagerücknahme unter Anspruchsverzicht) ist nur bei Vorliegen der Voraussetzungen nach § 84 öAktG, d. h. Ablauf der 5-Jahresfrist und Zustimmung der HV, zulässig. Selbst wenn diese Voraussetzungen vorliegen, ist der Prozessvertreter dazu nicht verpflichtet, die Maßnahmen stehen vielmehr in seinem Ermessen: Er ist weder der Gesellschaft noch der Minderheit gegenüber weisungsgebunden.

*Ersatz der Prozesskosten:* Die Gesellschaft ist als (teilweise) unterliegende Prozesspartei Schuldnerin der Kostenersatzpflicht nach den §§ 41 ff öZPO. Die Minderheit ist aber der Gesellschaft gegenüber zur Kostentragung verpflichtet. Dies umfasst auch die Leistung von Vorschüssen nach tatsächlichem Anfall. Unterliegt die Gesellschaft, muss die Minderheit auch die Kosten der Gegenpartei tragen. Diese Pflicht besteht auch bei nur teilweise Un-

108 STRASSER, in: Jabornegg/Strasser (FN 57), § 123, Rn. 12.

109 Siehe bereits oben VI.2.

terliegen; der Vermögensvorteil der Gesellschaft, den diese durch eine Ersatzleistung in das Gesellschaftsvermögen erlangt, wird – anders als nach deutschem Recht – nicht angerechnet.

*Praktische Bedeutung:* Die praktische Bedeutung der Minderheitsklage ist gering; die letzten veröffentlichten höchstgerichtlichen Entscheidungen stammen aus den 1960er-Jahren.<sup>110</sup> Für Kleinaktionäre erscheint es nicht möglich und auch wirtschaftlich keinesfalls sinnvoll, die zahlreichen Hürden zu überwinden und eine Klagsführung durchzusetzen. Die wirksamsten Hemmnisse zur Klageerhebung werden in der Beteiligungsschwelle und in der Prozesskostenregelung gesehen.<sup>111</sup> Insgesamt entfaltet die Regelung bei Gesellschaften mit Streubesitz keinerlei Wirkung. Die – geringe – praktische Bedeutung dürfte die Minderheitsklage in Familien- und anderen geschlossenen Gesellschaften entfalten, wie die Parallelregelung der GmbH zeigt: Das Klagerecht der Minderheit ist bei der GmbH ähnlich ausgestaltet; dort existieren einige höchstgerichtliche Entscheidungen jüngerer Datums.

## 7. Deutschland

Auch das deutsche Recht ist – derzeit noch – durch eine recht weitgehende Einschränkung der Durchsetzungsmöglichkeiten und die volle Tragung des Prozesskostenrisikos durch die Minderheit gekennzeichnet. Die diesbezüglichen Vorschriften wurzeln in der deutschen Aktiennovelle 1884, die der Gewährung von Minderheitsrechten allgemein sehr zurückhaltend gegenüberstand und die Erpressung von Sondervorteilen durch einzelne Aktionäre («Kollusion zu Gunsten Einzelner») verhindern wollte; zudem wurde auf die möglichen nachteiligen Folgen einer öffentlichen Prozessführung verwiesen. Der historische Gesetzgeber befürchtete außerdem eine negative Anreizwirkung auf die Vorstandsmitglieder: Es könne nicht erwartet werden, dass tüchtige Vorstandsmitglieder die Verwaltung übernehmen würden, wenn diese dauernd gewärtigen müssten, von einem der zahlreichen Aktionäre in Anspruch genommen zu werden.<sup>112</sup> Die Anforderungen wurden durch das dAktG 1965 und zuletzt durch das KonTraG 1997<sup>113</sup> herabgesetzt, ohne dass diese Maßnahmen eine spürbare Zunahme von Minderheitsklagen nach sich gezogen hätten. Aus diesem Grund wurde ein Regierungsentwurf eines «Ge-

---

110 Siehe OGH ÖBA 1965, S. 105; OGH SZ 35/61.

111 Vgl. KALSS, Anlegerinteressen. Der Anleger im Handlungsdreieck von Vertrag, Verband und Markt, Wien 2001, S. 345 ff., 353 ff.

112 Amtliche Begründung zur Aktiengesetznovelle 1884, abgedruckt bei SCHUBERT/HOMMELHOFF (FN 11), S. 470.

113 Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich, BGBl 1998 I, S. 786.

setzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)»,<sup>114</sup> vorgelegt, womit unter anderem die Minderheitsklage grundlegend reformiert werden soll. Der Entwurf soll bereits im November 2005 in Kraft treten. Die noch in Geltung stehenden Vorschriften idF des KonTraG werden in die Darstellung einbezogen.

a) Geltendes Recht

Das geltende deutsche Aktienrecht regelt das Verfolgungsrecht durch eine Minderheit auf zweifache Weise, nämlich einerseits von 10 % des Grundkapitals, andererseits von 5 % oder den anteiligen Betrag von 500 000 Euro, wobei die Minderheit im letzteren Fall noch weitere Erfordernisse erfüllen muss. Die beiden Minderheitsrechte sind unterschiedlich ausgestaltet und daher gesondert darzustellen.

(i) Minderheit von 10 % des Grundkapitals (§ 147 Abs. 1 dAktG)

Gem. § 147 Abs. 1 Satz 1 dAktG müssen Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder geltend gemacht werden, wenn es eine Minderheit verlangt, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen.

*Geltendmachung nur in der Hauptversammlung:* Das Minderheitsbegehren kann nur in der Hauptversammlung gestellt werden und muss in der Tagesordnung angekündigt werden.<sup>115</sup>

*Besonderer Vertreter:* Zusätzlich zu dem Antragsrecht hat die Minderheit das Recht, die gerichtliche Bestellung eines besonderen Vertreters zu verlangen, der die Gesellschaft im Prozess vertritt. Dabei soll es die von der

---

114 Siehe zur Neuregelung des Minderheitsrechts ULRICH SEIBERT/CARSTEN SCHÜTZ, Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts – UMAG, ZIP 2004, S. 252; HANS DIEKMANN/DIETER LEUERING, Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, NZG 2004, S. 249; HANS-ULRICH WILSING, Der Regierungsentwurf des Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, DB 2005, S. 35, zur gleichfalls durch das UMAG geplanten Kodifizierung eines unternehmerischen Ermessens des Vorstands nach Vorbild der Business Judgement Rule etwa WALTER G. PAEFGEN, Dogmatische Grundlagen, Anwendungsbereich und Formulierung einer Business Judgement Rule im künftigen UMAG, AG 2004, S. 245; FLEISCHER, Die «Business Judgement Rule»: Vom Richterrecht zur Kodifizierung, ZIP 2004, S. 685; MARTIN KOCK/RENATE DINKEL, Die zivilrechtliche Haftung von Vorständen für unternehmerische Entscheidungen, NZG 2004, S. 441; MARKUS ROTH, Das unternehmerische Ermessen des Vorstands, BB 2004, S. 1066; PETER ULMER, Haftungsfreistellung bis zur Grenze grober Fahrlässigkeit bei unternehmerischen Entscheidungen von Vorstand und Aufsichtsrat?, DB 2004, S. 859.

115 Siehe nur HÜFFER (FN 26), § 147, Rn. 4.

Minderheit benannte Person bestellen, sofern dem nicht besondere Umstände entgegenstehen.<sup>116</sup> Anders als nach österreichischem Recht ist der Sondervertreter aber nicht jedenfalls, sondern nur dann zu bestellen, wenn es dem Gericht für die gehörige Geltendmachung zweckmäßig erscheint. Der besondere Vertreter hat einen Auskunftsanspruch gegen die Gesellschaft, der im Klageweg durchgesetzt werden kann.<sup>117</sup>

*Anspruchsverfolgung aufgrund eines Mehrheitsbeschlusses:* Das Minderheitsrecht ist gegenüber der Geltendmachung durch Mehrheitsbeschluss subsidiär. Eine Minderheit von 10% des Grundkapitals oder dem anteiligen Betrag von einer Million Euro hat aber das Recht, gerichtlich die Bestellung eines besonderen Vertreters zu verlangen (§ 147 Abs. 2 dAktG). Solche Sondervertreter sind aber nicht jedenfalls zu bestellen, sondern nur, wenn es dem Gericht für eine gehörige Rechtsverfolgung zweckmäßig erscheint. Der Sondervertreter hat einen umfassenden Auskunftsanspruch gegen die Gesellschaft und befindet sich somit im Vergleich zur Minderheit – die auf den Auskunftsanspruch in der Hauptversammlung verwiesen ist – in der weit vorteilhafteren Position.

*Beweislast:* Der Gesellschaft obliegt der Beweis für das Vorliegen eines Schadens, eine Ausnahme gilt für bestimmte Fälle rechtswidriger Auszahlungen gem. § 93 Abs. 3 dAktG.<sup>118</sup> Dagegen liegt der Beweis für die subjektive Vorwerfbarkeit beim Vorstandsmitglied. Für Kausalität und objektive Pflichtwidrigkeit ist die Beweislast dagegen geteilt: Der Kläger muss Tatsachen vortragen, aus denen ein Schluss auf die Pflichtwidrigkeit des Vorstandsmitglieds gezogen werden kann. Dem Beklagten obliegt dann der Beweis, dass trotzdem keine Pflichtwidrigkeit vorliegt. Das deutsche Recht sieht somit zumindest in bestimmtem Umfang eine Beweislastumkehr für die Pflichtwidrigkeit vor. Einzelheiten sind stark umstritten.<sup>119</sup>

*Informationsversorgung:* Wegen der Prozessführung durch den besonderen Vertreter sind die Notwendigkeiten der Informationsversorgung der Minderheit zumindest weniger intensiv als bei einer Prozessführung durch die Gesellschaft. Das deutsche Aktienrecht gibt einer Minderheit von 10% des Grundkapitals oder dem anteiligen Betrag von einer Million Euro das Recht, die gerichtliche Bestellung eines Sonderprüfers durchzusetzen, wenn Tatsachen vorliegen, die den Verdacht auf Unredlichkeiten oder grobe Gesetzes-

---

116 RegBegr KonTRaG, BT-Drucksachen 13/9712, S. 21.

117 SCHROER, in: Kropff/Semler (FN 26), § 147, Rn. 45; s. A. RGZ 83, S. 248, 252.

118 HOPT, in: Gardow/Heinichen (FN 104), § 93, Rn. 235.

119 Siehe HOPT, in: Gardow/Heinichen (FN 104), § 93, Rn. 285; HANS-JOACHIM MERTENS, in: Zöllner, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz<sup>2</sup>, § 93, Rn. 102; HEFERMEHL/SPINDLER, in: Kropff/Semler (FN 26), § 93, Rn. 86; HÜFFER (FN 26), § 93, Rn. 16. Für eine umfassende Darstellung der Rechtsprechung siehe WULF GOETTE, Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast der objektiven Pflichtwidrigkeit bei der Organhaftung, ZGR 1995, S. 648.

verletzungen rechtfertigen (§ 142 Abs. 2 AktG). Die Minderheit gem. § 147 Abs. 1 AktG kann somit in jedem Fall auch die Bestellung eines Sonderprüfers durchsetzen.

*Aktienbesitzdauer:* Es ist glaubhaft zu machen, dass die Minderheit seit mindestens 3 Monaten im Besitz der Aktien ist.

*Vorzeitige Prozessbeendigung durch Sachdispositionen:* Für die Möglichkeiten für Verzicht und Vergleich gelten auch bei Geltendmachung durch die Minderheit die allgemeinen Beschränkungen.<sup>120</sup> Die Minderheit kann das Zustandekommen eines Beschlusses der Hauptversammlung durch ihr Veto verhindern.

*Ersatz der Prozesskosten:* Die Gesellschaft ist als (teilweise) unterliegende Prozesspartei Schuldnerin der Kostenersatzpflicht. Die Minderheit ist aber der Gesellschaft gegenüber gem. § 147 Abs. 4 dAktG zur Kostentragung verpflichtet. Unterliegt die Gesellschaft, muss die Minderheit auch die Kosten der Gegenpartei tragen. Diese Pflicht besteht bei teilweisem Unterliegen nur insoweit, als die Prozesskosten den Betrag, den die Gesellschaft auf Grund der Klage erlangt hat, übersteigen.

(ii) Minderheit von 5 % oder 500 000 Euro Nennbetrag (§ 147 Abs. 3 dAktG)

*Nur Initiierungsrecht:* Seit dem Kontroll- und Transparenzgesetz 1998 (KonTraG) hat darüber hinaus eine Minderheit von 5 % oder 500.000 Euro Nominalbetrag die Möglichkeit, die Geltendmachung von Ersatzansprüchen zu initiieren. Anders als § 147 Abs. 1 dAktG gibt Abs. 3 der Minderheit jedoch keine Möglichkeit zur *Erzwingung* der Geltendmachung des Anspruchs, vielmehr ist die Entscheidung über die Geltendmachung zweifach durch zwischengeschaltete Instanzen vermittelt:

*Entscheidung des Gerichts:* Die Minderheit kann bei Gericht die Bestellung eines besonderen Vertreters verlangen, wenn Tatsachen vorliegen, die den dringenden Verdacht rechtfertigen, dass der Gesellschaft durch Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes ein Schaden entstanden ist. Anders als bei der Sonderprüfung müssen die Tatsachen den «dringenden» Verdacht rechtfertigen. Die Tatsachen müssen nicht bewiesen und auch nicht glaubhaft gemacht werden, vielmehr genügt ihre Behauptung.<sup>121</sup>

*Entscheidung des Sondervertreters:* Im Gegensatz zum Minderheitsrecht nach § 147 Abs. 1 dAktG ist der besondere Vertreter nicht jedenfalls verpflichtet, die Ansprüche geltend zu machen. Er hat vielmehr zu prüfen, ob die Klage mit hinreichender Aussicht auf Erfolg erhoben werden kann. Bei seiner Entscheidung hat er auch zu berücksichtigen, ob überwiegende Belange der

120 Siehe oben VI.2.

121 SCHROER, in: Kropff/Semler (FN 26), § 147, Rn. 64; HÜFFER (FN 26), § 142, Rn. 20.

Gesellschaft gegen die Klageerhebung sprechen.<sup>122</sup> Ansonsten ist die Stellung des Sondervertreters gleich wie nach Abs. 1.

*Verhältnis zum Minderheitsrecht nach § 147 Abs. 1 dAktG:* Das Minderheitsrecht nach § 147 Abs. 3 ist gegenüber dem Minderheitsrecht nach Abs. 1 subsidiär. Mit Ausnahme der dargestellten Unterschiede gelten für beide Instrumente die gleichen Regelungen.

*Praktische Bedeutung:* Beide Minderheitsrechte haben in der Praxis kaum Bedeutung erlangt, die Neuregelung durch das KonTraG dürfte daran nichts geändert haben.<sup>123</sup>

*Zusammenschau, praktische Bedeutung, Kritik:* Als offensichtlicher Mangel der geltenden Regelung wird – neben der Höhe der Schwellen, die in Publikumsgesellschaften nur schwer erreicht werden können<sup>124</sup> – die mangelnde Abstimmung des Minderheitsrechts gem. § 147 Abs. 3 dAktG mit dem Recht auf Durchsetzung einer Sonderprüfung gem. § 142 Abs. 2 dAktG,<sup>125</sup> das nach wie vor nur von Aktionären mit einer Beteiligungsquote von 10% des Grundkapitals oder mit dem anteiligen Betrag von 1 Million Euro geltend gemacht werden kann. Allerdings wird das Informationsbedürfnis der Minderheit durch die Einrichtung des besonderen Vertreters vermindert. Auf der anderen Seite wurde kritisiert, dass das Minderheitsrecht gem. § 147 Abs. 1 dAktG nicht von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht wurde, die in einem besonderen Klagezulassungsverfahren geprüft würden. Aus diesem Grund habe die Gesellschaft bzw. die Mehrheit keine Möglichkeit, der Klagsführung entgegenstehende Gründe des Gesellschaftswohls geltend zu machen.<sup>126</sup> Schließlich wurde die Prozesskostenregelung im Zusammenhang mit der Einrichtung des besonderen Vertreters kritisiert: Die Minderheit habe auf die Prozessführung durch den besonderen Vertreter keinen Einfluss, was im Zusammenhang mit der Tragung des Kostenrisikos die Durchsetzung der Haftungsansprüche unangemessen erschwere.

## b) Neuregelung (UMAG)

Da die dargestellte Regelung nicht die angestrebte Erleichterung der Durchsetzung von Haftungsansprüchen brachte, entschloss sich der deutsche Ge-

---

122 SCHROER, in: Kropff/Semler (FN 26), § 147, Rn. 67, in Anlehnung an BGHZ 135, S. 244, 255.

123 SCHROER, in: Kropff/Semler (FN 26), § 147, Rn. 9.

124 ULMER, Aktionärsklage als Instrument zur Kontrolle des Vorstands- und Aufsichtsrats handeln, ZHR 163 (1999), S. 290, 330 f.; SEMLER, in: Henze/Timm/Westermann, Gesellschaftsrecht, Köln 1996, S. 179, 230 ff.; gegen eine Herabsetzung der Schwellen aber REINHARD MARSCHBARNER, Referat 63. DJT (2000) O 55, 66 f.

125 SCHROER, in: Kropff/Semler (FN 26), § 147, Rn. 9.

126 SCHROER, in: Kropff/Semler (FN 26), § 147, Rn. 10.

setzgeber – auf Anraten der Regierungskommission Corporate Governance<sup>127</sup> und nach Vorarbeiten in der Literatur<sup>128</sup> und durch den Deutschen Juristentag<sup>129</sup> – zur Neuregelung des Minderheitsrechts. Die Neuregelung will einerseits die Geltendmachung von Ersatzansprüchen erleichtern und damit pflichtwidriges Verhalten des Managements wirkungsvoll ahnden, zugleich aber unternehmerische Entscheidungen nicht behindern und erpresserische Klagen von Aktionären hintanhaltend.<sup>130</sup> Zu diesem Zweck wird der Kern der Neuregelung, nämlich die Herabsenkung der für die Erhebung der Klage erforderlichen Schwelle auf 1 % oder EUR 100.000.– Börsenwert von einer Kodifizierung des unternehmerischen Ermessens nach Vorbild der US-amerikanischen *business judgement rule*, einem gerichtlichen Vorverfahren, das aussichtslose Klagen herausfiltern soll, sowie einer umfassenden Publizität von Vergleichen begleitet.

*Geltendmachung durch die Minderheit selbst:* Die Neuregelung lässt den bisher vorgesehenen besonderen Vertreter entfallen und die Minderheit selbst am Prozess teilnehmen. Ein besonderes Auskunfts- oder Einsichtsrecht hat die Minderheit freilich nicht, vielmehr fehlt der Zugang zu gesellschaftsinternen Informationen. Nur wenn die Hauptversammlung die Geltendmachung von Ersatzansprüchen beschließt, hat eine Minderheit von 10 % oder mit dem anteiligen Betrag von einer Million Euro – wie bisher – das Recht, die gerichtliche Bestellung eines eigenen Sondervertreters zu verlangen.

*Beteiligungsschwelle:* Die Schwelle für die Geltendmachung von Haftungsklagen wird erheblich herabgesetzt, nämlich auf 1 % Beteiligung am Grundkapital oder eine Million Euro Börsenwert. Die Aktionäre müssen die Aktien vor dem Zeitpunkt erworben haben, in dem sie von den beanstandeten Pflichtverstößen erfahren haben.

*Weitere Voraussetzungen der Minderheitsklage:* Wie nach der bisherigen Regelung § 147 Abs. 3 dAktG müssen Tatsachen vorliegen, die den Verdacht rechtfertigen, dass Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes begangen wurde; ein «dringender» Verdacht ist nicht mehr notwendig. Des Weiteren dürfen der Geltendmachung keine überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen. Schließlich müssen die Kläger die Gesellschaft zuvor aufgefordert haben, selbst Klage zu erheben.

---

127 Siehe THEODOR BAUMS, Regierungsbericht Corporate Governance (2001), Rn. 72 f.

128 Siehe etwa GERD KRIEGER, ZHR 193 (1999), S. 155; MERTENS, Unternehmensleitung und Organhaftung, in: Feddersen/Hommelhoff/Schneider (FN 8), S. 155; ECKART SÜNNER, Aktionärsklage zur Kontrolle des Vorstands- und Aufsichtsratshandelns, ZHR 163 (1999), S. 364; ULMER, Die Aktionärsklage als Instrument zur Kontrolle des Vorstands- und Aufsichtsratshandelns, ZHR 163 (1999), S. 290.

129 BAUMS, Gutachten F zum 63 DJT (2000); MARSCH-BARNER, Referat, ebd., O 55, 65 ff.; GÖTZ, Referat, ebd., O 39; K. SCHMIDT, Referat, ebd., O 11, 43 ff.

130 SEIBERT/ SCHÜTZ (FN 114), S. 252, 253.

*Klagezulassungsverfahren:* § 148 dAktG neu sieht ein besonderes gerichtliches Klagezulassungsverfahren vor, in dem die Voraussetzungen der Aktivlegitimation geprüft werden, d. h. die Beteiligungsschwelle, der Erwerb der Aktien vor Kenntnis der Pflichtwidrigkeit, das Vorliegen von Tatsachen, die den Verdacht auf Unredlichkeit oder grobe Gesetzesverletzung begründen und entgegenstehende Gründe des Gesellschaftswohls. Die Gesellschaft ist dem Klagezulassungsverfahren beizuladen, dem betroffenen Vorstandsmitglied ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Wird dem Antrag auf Klagezulassung stattgegeben, kann die Minderheit binnen 3 Monaten nach Zustellung der Zulassung Klage erheben.

*Prozesskosten:* Wird der Antrag auf Klagezulassung abgewiesen, hat die Minderheit die Kosten für dieses Verfahren zu tragen. Gibt das Gericht dem Antrag dagegen statt, trägt das Kostenrisiko die Gesellschaft: Unterliegt die Minderheit im Verfahren gegen das Vorstandsmitglied, hat sie gegen die Gesellschaft einen Kostenerstattungsanspruch. Der Anspruch entfällt, wenn die Kläger die Zulassung durch vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtigen Vortrag erwirkt haben.

*Informationsbedürfnis, Beweislast im Prozess:* Wie bereits erwähnt, besteht auf Seiten der klagenden Minderheit wegen des Entfalls des bisher vorgesehenen besonderen Vertreters ein gesteigertes Informationsbedürfnis. An der Beweislastverteilung ändert die Neuregelung nichts: Wie bisher hat der Kläger Schaden, Kausalität und in gewissem Umfang auch eine Pflichtverletzung zu beweisen.

*Sonderprüfung:* Die Novelle gleicht auch die Erfordernisse einer Sonderprüfung der Minderheitsklage an: Die für die Einleitung einer Sonderprüfung erforderliche Beteiligung entspricht der Schwelle für die Erhebung der Minderheitsklage, ebenso müssen Tatsachen vorliegen, die den Verdacht rechtfertigen, dass Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes begangen wurde.

*Verzicht und Vergleich:* Das oben erwähnte Vetorecht von Aktionären mit einer Beteiligungsquote von 10% des Aktienkapitals wurde nicht an die gesenkte Schwelle für die Erhebung der Minderheitsklage angepasst. Wohl aber kommt der Minderheit die Regelung gem. § 93 Abs. 4 dAktG zu Gute, wonach innerhalb von 3 Jahren ab Entstehen des Ersatzanspruchs überhaupt keine Verzichte und Vergleiche abgeschlossen werden können.

*Publizität:* Bekanntmachung und Beendigung sind bei börsennotierten Gesellschaften unverzüglich in den Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen. Die Bekanntmachung der Verfahrensbeendigung hat deren Art, alle mit ihr in Zusammenhang stehenden Vereinbarungen einschließlich Nebenabreden im vollständigen Wortlaut sowie den Namen der Beteiligten zu enthalten. Leistungen der Gesellschaft sind gesondert zu beschreiben und hervorzuheben. Werden diese Vorschriften nicht eingehalten, können Leistungspflichten nicht wirksam vereinbart werden.

*Zusammenschau:* Das Zusammenspiel der Regelungen im deutschen UMAG bewältigt die aus der alten Regelung und aus anderen Rechtsordnungen bekannten Rechtsordnungen auf umfassende Weise. Deutschland geht mit der Minderheitsklage in Europa neue Wege und erleichtert die Klageerhebung wie keine andere europäische Rechtsordnung. Zugleich ist das Bemühen des Gesetzgebers erkennbar, die Erhebung erpresserischer Klagen durch möglichst umfassende Regelungen auszuschließen. Die einzige Schwachstelle der Neuregelung scheint in der Beseitigung des besonderen Vertreters zu liegen, da die Minderheit nunmehr selbst im Prozess auftreten und Wege finden muss, den notwendigen Prozessstoff zu sammeln. Ob die Minderheitsklage – erstmals in Europa – eine echte praktische Bedeutung erlangen wird, bleibt deshalb abzuwarten. Das geringe ökonomische Interesse der Minderheit an einer Erhebung der Klage bleibt durch die Neuregelung aber letztlich unberührt.

## 8. Schweiz

Das schweizerische Obligationenrecht gibt jedem Aktionär das Recht, Ersatzansprüche der Gesellschaft zu verfolgen. Die Geltendmachung geschieht im eigenen Namen, jedoch auf Rechnung der Gesellschaft.<sup>131</sup>

*Keine Beteiligungsschwellen, keine sonstigen Hürden:* Das schweizerische Recht kennt weder bestimmte Beteiligungsschwellen noch sonstige besondere Voraussetzungen der Klagezulassung,<sup>132</sup> auch ist eine vorherige Aufforderung der Gesellschaft, selbst Klage zu erheben, nicht notwendig.<sup>133</sup> Der Kläger muss nur zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens Aktionär sein.<sup>134</sup>

*Beweislast:* Nach schweizerischem Recht hat der Kläger nicht nur den Eintritt eines Schadens<sup>135</sup> und die Kausalität, sondern auch die objektive Pflichtwidrigkeit des Vorstandshandelns zu behaupten und zu beweisen. Dem

---

131 Siehe etwa WALTER STOFFEL, in: Druey/Forstmoser, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Zürich 1994, S. 15, 30; ferner WIDMER/BANZ, in: Honsell (FN 26), Art. 756, Rz. 9 f.; BÖCKLI (FN 26), § 18, Rz. 226; für eine rechtsvergleichende Darstellung siehe NIRMAL ROBERT BANERJEA, Die Gesellschafterklage im GmbH- und Aktienrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 2000, S. 74 ff.

132 Vgl. zu Deutschland unten VII.7.b).

133 So STOFFEL, in: Druey/Forstmoser (FN 131), S. 15, 30.

134 Vgl. WIDMER/BANZ, in: Honsell (FN 26), Art. 756, Rz. 5; siehe ferner GLANZMANN (FN 47), S. 139, 173.

135 Siehe zur Möglichkeit der Schadensschätzung durch den Richter gem. Art. 42 Abs. 2 OR, wenn die genaue Bezifferung der Schadenshöhe nicht möglich oder unzumutbar ist WIDMER/BANZ, in: Honsell (FN 26), Art. 754, Rz. 21.

Kläger obliegt damit der Nachweis einer Verletzung von Sorgfalts-, Treue- oder anderen Rechtspflichten.<sup>136</sup> Lediglich vom Verschulden hat sich der Beklagte freizubeweisen.<sup>137</sup> Dem kommt jedoch wegen der Objektivierung des Verschuldensmaßstabs keine große Bedeutung zu.<sup>138</sup> Für die Aktionärsklage gibt es keine Beweiserleichterungen. Insgesamt bürdet das schweizerische Recht dem Kläger somit weitergehende Beweisobliegenheiten auf als das deutsche und österreichische Recht, das für die objektive Pflichtwidrigkeit zumindest teilweise eine Beweislastumkehr vorsieht.

*Informationsbedürfnisse und -möglichkeiten:* Da das schweizerische Recht nicht wie andere Rechtsordnungen eine Mediatisierung der Prozessführung durch einen Prozessvertreter mit Zugang zu gesellschaftsinterner Information kennt und auch keine Beweiserleichterungen vorsieht, liegt das praktische Hauptproblem auf der Informationsversorgung des Klägers. Aus diesem Grund schuf die Aktienrechtsreform 1991 das Institut der *Sonderprüfung* (OR Art. 697 a),<sup>139</sup> das gerade als Instrument zur Vorbereitung von Verantwortlichkeitsklagen konzipiert ist.<sup>140</sup> Jeder Aktionär ist berechtigt, in der Generalversammlung die Einsetzung eines Sonderprüfers zu begehren. Lehnt die Generalversammlung einen Antrag auf Einsetzung eines Sonderprüfers ab, können Aktionäre mit einer Beteiligungsquote von mindestens 10% oder im Nennwert von 2 Millionen Franken die gerichtliche Bestellung eines Sonderprüfers zu beantragen. Dabei ist glaubhaft zu machen, dass Gründer oder Organe Gesetz oder Statuten verletzt und damit die Gesellschaft oder die Aktionäre geschädigt haben.<sup>141</sup>

*Prozesskosten:* Seit der Aktienrechtsrevision 1991 sieht OR Art. 756 Abs. 2 eine teilweise Tragung des Prozesskostenrisikos durch die Gesellschaft vor:<sup>142</sup> Danach kann der Richter die Kosten, die den unterliegenden Aktionär treffen würden, nach freiem Ermessen ganz oder teilweise der Gesellschaft auftragen, wenn der Kläger aufgrund der Sach- und Rechtslage be-

---

136 BÖCKLI (FN 26), § 18, Rz. 136 a.

137 FORSTMOSER (FN 29), S. 120; URS BERTSCHINGER, AJP 1998, S. 1286, 1288; WIDMER/BANZ, in: Honsell (FN 26), Art. 754, Rz. 35; s. A. BÖCKLI (FN 26), § 18, Rz. 436. Nach BERTSCHINGER (FN 137) ist dieser Grundsatz allerdings bei Übertragung der Geschäftsführung dadurch eingeschränkt, dass der Beklagte nachzuweisen hat, dass die Person, an die eine bestimmte Aufgabe oder die Geschäftsführung delegiert wurde, nach ihren Kenntnissen und Fähigkeiten geeignet war, die erforderlichen Anweisungen bei der Ausführung der konkreten Aufgabe erteilt wurden und dass schließlich die delegierenden Organe ihrer Kontroll- und Aufsichtspflicht nachgekommen sind. Insoweit besteht eine Beweislastumkehr auch für den objektiven Pflichtenverstoß.

138 Vgl. FORSTMOSER (FN 29), S. 121; BÖCKLI (FN 26), § 18, Rz. 432.

139 ROLF H. WEBER, in: Honsell (FN 26), Art. 697 a, Rz. 1.

140 Siehe GLANZMANN (FN 47), S. 139, 152.

141 Vgl. dazu WEBER, in: Honsell (FN 26), Art. 697 a, Rz. 5; GLANZMANN (FN 47), S. 139, 152.

142 Siehe dazu WIDMER, Die Verantwortlichkeit, AJP 1992, S. 796, 797.

gründeten Anlass zur Klage hatte.<sup>143</sup> Folgende Elemente können für den richterlichen Ermessensentscheid bei der Kostenverteilung maßgeblich sein: Erfolgsaussichten bei Einleitung des Prozesses, Informationsstand des Klägers vor dem Prozess, vorprozessuales Verhalten der Gesellschaft bzw. der Parteien und finanzielle Interessen und Verhältnisse des Klägers.<sup>144</sup>

*Zusammenschau und praktische Bedeutung:* Trotz der Einführung der Sonderprüfung und der Entschärfung des Prozesskostenrisikos hat die Aktionärsklage keine große Bedeutung erlangt.<sup>145</sup> Dies könnte daran liegen, dass die Voraussetzungen für die Sonderprüfung weiterhin schwierig zu erfüllen sind und der Kläger daher kaum Möglichkeiten hat, sich die für die Prozessführung notwendige Information zu beschaffen. Da der Prozess durch den Aktionär selbst geführt wird, wäre er jedoch in besonderem Maß darauf angewiesen. Ferner scheint die Prozesskostenregelung ihren Zweck nicht optimal erfüllen zu können, weil über die Kostentragung erst am Ende des Prozesses entschieden wird.

## 9. Frankreich

Das französische Aktienrecht gibt jedem Aktionär die Möglichkeit der Verfolgung von Haftungsansprüchen (*action sociale ut singuli*).<sup>146</sup>

*Beteiligungsschwellen:* Aktiv legitimiert ist jeder einzelne Aktionär unabhängig von der Größe seines Anteils an der Gesellschaft.<sup>147</sup> Art. L 225–252 C com iVm Art. 200 D 1967<sup>148</sup> ermöglicht zudem, dass eine Aktionärsgruppe von 5% die *action sociale ut singuli* gemeinsam erhebt. Bei Gesellschaften mit einem Nennkapital von mehr als EUR 750 000.– reichen auch geringere (nach der Höhe des Nennkapitals gestaffelte) Beteiligungsschwellen aus. We-

---

143 Die Kostenüberwälzung auf die Gesellschaft kann mit dem Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag nach OR Art. 422 begründet werden; BÖCKLI (FN 26), § 18, Rz. 235.

144 DIETER DUBS/ROLAND TRUFFER, in: Honsell (FN 26), Art. 706a, Rz. 10.

145 Vgl. GLANZMANN (FN 47), S. 139, 174 f.

146 Art. L 225–252 C com: Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, les actionnaires peuvent, soit individuellement, soit par une association répondant aux conditions fixées par décret en Conseil d'État, intenter l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation de l'entier préjudice subi par la société, à laquelle, le cas échéant, les dommages-intérêts sont alloués. Siehe zur Streitfrage, ob die Klage im Namen der Gesellschaft erhoben wird GUYON (FN 34), Tz. 462; PAUL DIDIER, Droit commercial. L'entreprise em société. Les groupes de société, 2000, S. 253; MAURICE COZIAN/ALAIN VIANDIER/FLORENCE DEBOISSY, Droit des sociétés, 2004, Tz. 364; ausführlich PLANCK (FN 34), S. 25 ff., 44.

147 Art. L 225–252 C com; GERMAIN, in: Ripert/Roblot, Traité de Droit commercial, 1998, Tz. 1765; PLANCK (FN 34), S. 25.

148 Décret n° 67–236 du 23 mars 1967 (Durchführungsdekret zum 2. Buch des Code de commerce über die Handelsgesellschaften).

gen der Aktivlegitimation auch eines einzelnen Aktionärs hat das Beteiligungserfordernis keine große Bedeutung; der Vorteil des Zusammenschlusses erschöpft sich in der Möglichkeit der Bestellung eines besonderen Prozessvertreters aus der Mitte der Aktionärsgruppe.<sup>149</sup>

*Verhältnis zur Geltendmachung durch die Gesellschaft:* Das Klagerecht der Aktionäre ist subsidiär, d. h. es besteht nur, wenn der *société anonyme* der Streit verkündet wird<sup>150</sup> und das primär entscheidungsbefugte Organ die Schäden gegenüber den *dirigeants* nicht geltend macht.<sup>151</sup>

Voraussetzung für die Geltendmachung der *action sociale ut singuli* ist die Aktionärs-eigenschaft des Klägers, die während des gesamten Prozesses bestehen bleiben muss.<sup>152</sup>

*Sonderprüfung:* Eine Aktionärs-minderheit von 5 % hat das Recht, eine *expertise de gestion*<sup>153</sup> – Sonderprüfung – gerichtlich zu beantragen.<sup>154</sup> In diesem Fall können die Aktionäre in einem Vorverfahren dem Verwaltungsratsvorsitzenden/Generaldirektor Fragen zu einer oder mehreren Maßnahmen in der Geschäftsführung stellen.<sup>155</sup> Bleibt die Frage ein Monat lang unbeantwortet oder nicht ausreichend beantwortet, kann die Minderheit die Ernennung eines Sachverständigen (Sonderprüfers) beantragen, der einen Bericht über die betreffenden Fragen über die Geschäftsführung zu verfassen hat, welcher dann im Haftungsprozess als Beweismittel verwendet werden kann.<sup>156</sup>

---

149 Art. 200 Décret n° 67–236 du 23 mars 1967 iVm Art. L 225–252 C com. Dieser muss einstimmig gewählt werden; MERCADAL/JANIN (FN 34), Rz. 8517; GUYON (FN 34), Tz. 462.

150 Art. 201 D 1967; GERMAIN, in: Ripert/Roblot (FN 47), Tz. 1765; TERRÉ (FN 34), Tz. 061–21; PLANCK (FN 34), S. 48.

151 ARLT, in: Kalss (FN 7), S. 491.

152 Code des sociétés (Dalloz) Art. L 225–252 Anm. I. B.5.: «L'actionnaire qui exerce l'action sociale peut agir contre les administrateurs à condition de conserver sa qualité d'actionnaire et la demande formée postérieure à la cession de la totalité de ses titres est irrecevable.» «La qualité d'actionnaire doit avoir été conservée pendant toute la durée de l'instance.»

153 Die «expertise de gestion» ist eine aktienrechtliche Sonderprüfung durch Sachverständigen-gutachten über Geschäftsführungsmaßnahmen. Sie wurde 1966 nach deutschem Vorbild eingeführt und hat sich in der französischen Praxis als wichtiges Kontroll- und Informationsinstrument etabliert. Dem Gang zu Gericht muss eine «demande amiable» vorangehen. Durch das Gesetz n° 84–148 vom 1.3.1984 wurde dieses Klagerecht auf den Unternehmensaus-schuss, den Staatsanwalt (ministère public) und – bei einer börsennotierten Aktiengesellschaft – die COB ausgeweitet. Durch die «expertise de gestion» soll die sich Minderheit Informationen über die (hinterfragte) Geschäftsführung verschaffen können, deren Objektivität durch die Unabhängigkeit des Sachverständigen gewährleistet sein soll (vgl. GUYON, JCP E 1998, S. 37; dazu rechtsvergleichend FLEISCHER, Aktienrechtliche Sonderprüfung und Corporate Governance, RIW 2000, S. 809 ff.).

154 Art. L 225–231 C com; vgl. GERMAIN, in: Ripert/Roblot (FN 47), Tz. 1746–1 ff.; LE CANNU (FN 34), Rz. 877 ff.

155 Dieses Recht steht auch dem Staatsanwalt, dem Betriebsrat und der COB zu. Im Konzern hat auch eine beherrschte Gesellschaft i. S. d. Art. L 233–3 C com ein solches Recht.

156 BASDEVANT/CHARVÉRIAT/MONOD (FN 34), Tz. 382.

Mithilfe der *action sociale ut singuli* können Aktionäre auch vor den Strafgerichten – z. B. bei Verurteilung aufgrund von Unterschlagung oder Veruntreuung (*détournement*) – Schäden der Gesellschaft geltend machen. Als Privatbeteiligte können Sie auch Prozesshandlungen setzen, die denen der gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft widersprechen.<sup>157</sup>

## 10. Italien

Das italienische Aktienrecht gibt Aktionären das Recht, Haftungsansprüche der Gesellschaft gegen Organmitglieder im eigenem Namen im Weg einer gesetzlichen Prozessstandschaft (Art. 81 c. p. c.) geltend zu machen.<sup>158</sup> Die übrigen Aktionäre sind berechtigt, sich als Nebenkläger (Art. 105 Abs. 3 c. p. c.) anzuschließen.<sup>159</sup>

*Beteiligungsschwellen:* Das italienische Aktienrecht sieht für börsennotierte und nicht börsennotierte Gesellschaften unterschiedliche Schwellenwerte vor. Bei börsennotierten Gesellschaften kann eine Minderheit von 5% des Grundkapitals die Klageerhebung durchsetzen (Art. 2393<sup>bis</sup> S 2 c. c., gleich lautend Art. 129 des Testo Unico<sup>160</sup>). Diese Quote kann durch die Satzung verringert werden, eine Erhöhung ist unzulässig. Für börsenferne Aktiengesellschaften sieht Art. 2393<sup>bis</sup> S 1 c. c. eine Schwelle von einem Fünftel des Gesellschaftskapitals vor. Die Schwelle kann durch die Satzung beliebig herabgesetzt, aber nur bis auf ein Drittel des Grundkapitals erhöht werden. Die Beteiligungsschwelle ist während des Verfahrens aufrecht zu erhalten.<sup>161</sup>

*Besonderer Vertreter:* Sobald mehrere Aktionäre die Erhebung der Haftungsklage beabsichtigen, schreibt Art. 2393<sup>bis</sup> c. c. die Bestellung zumindest

---

157 TERRÉ (FN 34), Tz. 061–22.

158 Hierzu ausf OELKERS, in: Kalss (FN 7), S. 543 f.

159 So RENATO RORDORF, I poteri degli azionisti di minoranza nel testo unico sui mercati finanziari in Scritti di diritto societario in onore di Vincenzo Salafia, 1998, S. 159 ff.

160 Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n 58 = Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria. Die übliche deutsche Übersetzung lautet: Einheitsgesetz über die Finanzvermittlung, vgl. PAOLO SPADA, Typologie der italienischen Kapitalgesellschaften und börsennotierten Società per azioni, in: FS Lutter, 2000, S. 735–748. Da der Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria weit mehr regelt also die bloße Regelung von Finanzvermittlungen, wird er regelmäßig mit Bezeichnungen erfasst, die seine inhaltliche Spannbreite besser zum Ausdruck bringen, etwa Test unico della finanza (TUF); Testo unico dei mercati finanziari (TUMF) oder eben schlicht Testo Unico. Vgl. KINDLER, Konzernrecht und Kapitalmarktrecht in Italien in Hommelhoff/Hopt/Lutter, Konzernrecht und Kapitalmarktrecht (2001), S. 139 f. Siehe ferner CARLA RABITTI BEDOGNI (Hrsg.), Il Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria – Commentario al d lgs 24 febbraio 1998, n 58 (1998).

161 Vgl. LOREDANA NAZZICONE, in: Nazzicone/Providenti, Società per azioni/amministrazione e controllo, 2003, S. 207.

eines gemeinsamen Vertreters vor, der mit der Kapitalmehrheit zu bestimmen ist.<sup>162</sup> Dem gemeinsamen Vertreter obliegt die Prozessführung namens der Minderheit.<sup>163</sup> Verzicht und Vergleich sind von der Befugnis des Vertreters jedoch nicht erfasst, sondern erfordern die vorherige mehrheitliche Beschlussfassung durch die Gesellschafter. Der besondere Vertreter hat ein Auskunfts- und Einsichtsrecht gegenüber der Gesellschaft.

*Verhältnis zur Prozessführung durch die Gesellschaft:* Die Klagsführung durch die Minderheit ist zulässig, sofern die Gesellschaft untätig bleibt oder der Gesellschafter seine Klage auf Vorbringen stützt, die von dem Versammlungsbeschluss für eine Klageerhebung nicht erfasst sind.<sup>164</sup>

*Gesellschaft als Prozesspartei:* Neben der klagenden Minderheit ist auch die Gesellschaft Partei des Haftungsprozesses. Die Einbeziehung der Gesellschaft geschieht im Weg der Klagszustellung an den Vorsitzenden des Kontrollrats (*collegio sindacale*) bzw. im dualistischen System an den Vorsitzenden des Aufsichtsrats. Die Vertretung der Gesellschaft obliegt aber nicht dem Vorsitzenden des Prüferkomitees/Aufsichtsrats, sondern einem von der Hauptversammlung oder vom Gericht bestellten besonderen Vertreter.<sup>165</sup> Die Gesellschaft kann selbständig tatsächliches Vorbringen erstatten, und auch über den Streitgegenstand disponieren; für einen Verzicht oder Vergleich müssen aber die allgemeinen Vorschriften eingehalten werden.<sup>166</sup>

*Informationsversorgung:* Für die Informationsversorgung der Minderheit stellt das italienische Recht mehrere Wege zur Verfügung. Jeder Aktionär hat zunächst das Recht, den Kontrollrat aufzufordern, bestimmte Vorgänge in der Geschäftsführung zu untersuchen. Wird eine solche Aufforderung von 2% – bei nicht börsennotierten Gesellschaften 5% – des Aktienkapitals unterstützt, hat der Kontrollrat unverzüglich Ermittlungen anzustellen, deren Ergebnis in der Hauptversammlung zu behandeln ist.<sup>167</sup> Zusätzlich hat eine Minderheit von 10% – bei nicht börsennotierten Gesellschaften 5% – des Kapitals das Recht, im Falle des Verdachts schwerwiegender Pflichtverletzungen eine Prüfung durch gerichtlich bestellte Sonderprüfer zu beantragen. Die Kosten trägt der Antragsteller, sofern nicht der Kontrollrat, der Aufsichtsrat, der Kontrollausschuss oder – bei börsennotierten Gesellschaften – der Staatsanwalt den Antrag unterstützt, in diesem Fall trägt die Gesellschaft selbst die Kosten. Gleiches gilt für die ebenfalls antragberechtigte CONSOB.<sup>168</sup> Die Einleitung

---

162 Auch die Bestellung mehrere Gemeinsamer Vertreter ist zulässig, das Gesetz spricht von «[...] uno o più rappresentanti [...]».

163 Art. 2393<sup>bis</sup> cc spricht vom «[...] compimento degli atti conseguenti [...]».

164 Vgl. SALAFIA (FN 62), S. 1465 ff.

165 Siehe RORDORF (FN 159), S. 159 ff.

166 Siehe oben VI.2.

167 Art. 2408 Abs. 2 cc. Vgl. HIRTE (FN 49), S. 839–857, 852.

168 Falls der Kontrollrat seiner Antragspflicht nicht nachkommt, vgl. Art. 152 Abs. 2 Testo Unico.

der Sonderprüfung steht im freien Ermessen des Gerichts. Es kann die Prüfung auch dann ablehnen, wenn die Anhörung der Verwaltungs- bzw. Kontrollräte ausreichende Anhaltspunkte für Pflichtverletzungen bietet. In diesem Fall ist das Gericht berechtigt,<sup>169</sup> die Phase der Sonderprüfung zu überspringen und die Verwaltungsräte unmittelbar durch einen von ihm bestellten Verwaltungsrat (*amministratore giudiziario*) zu ersetzen, der gegen die abberufenen Geschäftsleiter auch ohne Genehmigung der Gesellschafterversammlung mit der Haftungsklage vorgehen kann (Art. 2409 Abs. 5 c. c.). Umgekehrt schließt die Einsetzung eines gerichtlich bestellten Verwalters die Sonderprüfung nicht aus.<sup>170</sup> Eine Sonderprüfung kann auch parallel zu der Bestellung eines gerichtlichen Verwalters angeordnet werden.<sup>171</sup> Wird ausschließlich eine Sonderprüfung angeordnet, bleiben die Organbefugnisse der Verwaltungsräte voll aufrecht.<sup>172</sup>

*Verzicht und Vergleich:* Nach Art. 2393 Abs. 5 c. c. kann sowohl die Gesellschaft selbst als auch eine betreibende Minderheit eine Klage zurückziehen oder einen Vergleich abschließen; im Fall des Verzichts durch die Gesellschaft kann der Beschluss durch das Veto einer Minderheit verhindert werden, die das für die Erhebung der Haftungsklage erforderliche Quorum erreicht.<sup>173</sup> Eine Vergleichszahlung muss gem. Art. 2393<sup>bis</sup> Abs. 6 c. c. der Gesellschaft zufließen.<sup>174</sup>

---

169 Die Frage nach der entsprechenden Befugnis des Gerichts wurde umfassend ausjudiziert, vgl. etwa Trib Verona 13 luglio 1994, *Le Società* 1994, S. 1572: Die Staatsanwaltschaft hat um die Prüfung einer Gesellschaft ersucht, nachdem sie von deren Kontrollräten wiederholt detaillierte Hinweise auf Unregelmäßigkeiten erhalten hatte. Das Gericht war der Ansicht, dass sich die Verfehlungen der Geschäftsleitung bereits im Verhör derart offenkundig zeigten, dass auf eine Sonderprüfung zu verzichten und das Leitungsorgan unmittelbar durch einen gerichtlich bestellten Verwalter zu ersetzen war. Dem gerichtlich eingesetzten Verwalter wurde zunächst die Erstellung eines Jahresabschlusses aufgetragen. Die sich aus der Bilanz ergebenden Fehlbeträge erwiesen sich als von den ehemaligen Verwaltungsräten hinterzogen; mittels der Haftungsklage wurden sie zur Erstattung gezwungen.

170 Nach Art. 2409 Abs. 3 cc kann das Gericht die Durchführung der Sonderprüfung für eine bestimmte Zeit aussetzen, wenn die Hauptversammlung neue Geschäftsleiter wählt.

171 Vgl. Trib Lecco 19 febbraio 1999, *Le Società* 1999, S. 859.

172 So ausdrücklich Trib Milano 24 maggio 1996, *Foro Italiano* 1996, S. 2898.

173 Dagegen erlaubt Art. 2409<sup>decies</sup> c. c. für das dualistische System die Geltendmachung der Minderheitenklage auch dann, wenn die Gesellschaft zuvor auf den Haftungsanspruch verzichtet; im dualistischen Modell folgt das italienische Recht somit nicht der oben beschriebenen Vetolösung, sondern statuiert wie das schweizerische Recht eine partielle Unwirksamkeit des Verzichts: Dieser Widerspruch wird in der Literatur teilweise durch eine analoge Anwendung des Art. 2409<sup>decies</sup> c. c. auch auf das traditionelle Konzept gelöst.

174 Die gesetzliche Formulierung, dass der Vergleich «a vantaggio della società» zu erfolgen hat, ist bemerkenswert vage und läßt nach Ansicht einiger Autoren den Schluss zu, dass jeglicher Nutzen die Vorgabe des Art. 2393<sup>bis</sup> Abs. 6 cc erfüllt und daher nicht zwangsläufig die volle Vergleichssumme an die Gesellschaft fließen muss, vgl. NAZZICONE/PROVIDENTI (FN 161), S. 209 ff.

*Praktische Relevanz:* Die Minderheitsklage hat – insbesondere bei börsennotierten Gesellschaften – nur geringe praktische Relevanz.<sup>175</sup> Dies führt das italienische Schrifttum auch auf den geringen ökonomischen Anreiz zur Erhebung der Minderheitsklage zurück.<sup>176</sup>

## 11. Spanien

*Prozessführung im eigenen Namen:* Auch das spanischem Recht gestaltet die Minderheitsklage nach dem Modell einer Prozessstandschaft aus: Die Minderheit macht den Anspruch der Gesellschaft geltend, tritt aber selbst als Kläger auf.<sup>177</sup> Eine Entscheidung über den Anspruch verhindert eine neuerliche Geltendmachung durch die Gesellschaft.<sup>178</sup> Ein einheitlicher Prozessvertreter ist ebenso wenig vorgesehen<sup>179</sup> wie eine zwingende vorherige Einberufung der Hauptversammlung durch das Gericht.<sup>180</sup>

*Beteiligungsschwelle:* Das Recht zur Klageerhebung setzt voraus, dass die Minderheit 5% des Aktienkapitals auf sich vereinigt. Dabei sind stimmrechtslose Aktien mit einbezogen.<sup>181</sup> Ob die Beteiligung nur bei Klageeinbringung vorliegen oder während des gesamten Verfahrens aufrechterhalten werden muss, ist strittig.<sup>182</sup>

*Verhältnis zur Prozessführung durch die Gesellschaft:* Das Minderheitsrecht ist als subsidiäres Klagerecht konzipiert, d. h. es greift nur, wenn die Gesellschaft nicht selbst Klage erhebt.<sup>183</sup> Die Minderheit muss zuvor die Einberufung einer Hauptversammlung verlangen und kann nur Klage erheben, die Verwalter die Hauptversammlung nicht einberufen,<sup>184</sup> die Hauptver-

---

175 Vgl. SANGIOVANNI (FN 96), S. 248–253.

176 SANGIOVANNI (FN 96).

177 Art. 134.4 LSA; hierzu GRECHENIG, in: Kalss (FN 7), S. 893 f.; SÁNCHEZ CALERO (FN 27), S. 303; ARROYO/BOET, in: Arroyo/Embid (FN 27), II, S. 1429 f. Die 5% Grenze bezieht stimmberechtigte und stimmrechtslose Anteile mit ein.

178 PÉREZ CARILLO (FN 71), S. 206. Die Frage ist nicht ganz unstrittig, siehe ARROYO/BOET, in: Arroyo/Embid (FN 27), II, S. 1431.

179 SÁNCHEZ CALERO (FN 27), S. 309 f. SÁNCHEZ CALERO meint, dass de facto allerdings eine einheitliche Leitung und Vertretung notwendig sei.

180 SÁNCHEZ CALERO (FN 27), S. 305. SÁNCHEZ CALERO macht darauf aufmerksam, dass die übrigen Aktionäre von der Klage nicht erfahren.

181 ARROYO/BOET, in: Arroyo/Embid (FN 27), II, S. 1430; PÉREZ CARILLO (FN 71), S. 202.

182 Siehe PÉREZ CARILLO (FN 71), S. 202 m.w.N. SÁNCHEZ CALERO (FN 27), S. 310, meint, dass die Aktionärsminorität ihre Aktivlegitimation verliert, wenn Aktionäre ihr Begehren zurückziehen bzw. ihre (Prozess)vollmachten widerrufen, sodass weniger als 5% übrig bleiben.

183 GRECHENIG, in: Kalss (FN 7), S. 893.

184 Art. 134.4 LSA; ARROYO/BOET, in: Arroyo/Embid (FN 27), II, S. 1429 ff.; SÁNCHEZ CALERO (FN 27), S. 304 ff.

sammlung die Erhebung der Haftungsklage ablehnt oder die Gesellschaft nicht innerhalb eines Monats ab Beschlussfassung keine Klage erhebt, obwohl die Hauptversammlung dies beschlossen hat.<sup>185</sup> Die Klagebefugnis der Aktionärsminorität kann bei Verzögerung des Verfahrens wieder aufleben.<sup>186</sup>

*Prozesskosten:* Nach spanischem Zivilprozessrecht trägt jede Partei grundsätzlich die eigenen Kosten des Verfahrens.<sup>187</sup> Das Gericht kann die Kosten allerdings auf Antrag einer Prozesspartei auferlegen, was im praktischen Ergebnis zur Kostentragung durch die unterlegene Partei führt.<sup>188</sup> Für die Minoritätsklage sind keine besonderen Kostenregeln vorgesehen. Daher ist davon auszugehen, dass die Minorität als Prozesspartei das volle Kostenrisiko trägt.<sup>189</sup>

*Beweislast:* Die Anspruchsvoraussetzungen sind grundsätzlich von der klagenden Partei zu beweisen: Schaden, Kausalität und Sorgfaltswidrigkeit sind vom Kläger zu beweisen.<sup>190</sup> In bestimmten Fällen wird jedoch das objektiv sorgfaltswidrige Verhalten der Verwaltungsratsmitglieder vermutet; für die subjektive Vorwerfbarkeit des Fehlverhaltens greift eine Beweislastumkehr.

*Verzicht und Vergleich:* Bei einem Verzicht und Vergleich kommt der Minorität ein gesetzliches Vetorecht zu, das sich auch auf die Beendigung des Verfahrens durch Vergleich, nachträglichen Verzicht etc. bezieht.<sup>191</sup>

## 12. England

### a) Die traditionellen Regeln

Die abgeleitete Gesellschafterklage nach *englischem* Recht ist völlig anders gestaltet als nach den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen<sup>192</sup> und er-

---

185 So die Entscheidungen STS vom 5. Dez. 1991, vom 26. Feb. 1993, vom 25. Mai 1993 sowie zur geltenden Rechtslage STS vom 1. Dez. 1993, 5. Nov. 1997 und vom 21. Nov. 1997; siehe FERNANDO CERDÁ ALBERO, *Responsabilidad civil de los administradores sociales: Solo ante el peligro? Un análisis jurisprudencial*, 1990–2000, InDret 1/2001.

186 Siehe dazu die Entscheidung des spanischen Höchstgerichts (STS) vom 30. Nov. 2000.

187 Art. 241 LEC.

188 JOSÉ BAGRERÍ LLOBREGAT, *Introducción al Nuevo Proceso Civil*, 2002, S. 316 f. mit Nachweisen aus der Judikatur. Siehe im Einzelnen die Art. 394 ff. LEC und RICARDO JUAN SÁNCHEZ, in: Ortells Ramos, *Derecho Procesal Civil*, 2001, S. 700 ff.

189 GRECHENIG, in: Kalss (FN 7), S. 896.

190 Siehe z. B. Entscheidungen des spanischen Höchstgerichts vom 4. April 2003 (322/2003) und vom 20. Juli 2001 (749/2001) mit Verweisen auf eine Vielzahl von Entscheidungen.

191 ARROYO/BOET, in: Arroyo/Embid (FN 27), II, S. 1425 ff.

192 Siehe zum Folgenden die umfassende Aufarbeitung von HIRT (FN 72); ferner LEMBECK, in: Kalss (FN 7), S. 428 ff.

fordert daher eine etwas nähere Darstellung. Die englische Rechtsprechung betont den Grundsatz, dass die Klagebefugnis ausschließlich bei der Gesellschaft liegt und die Entscheidung über die Erhebung der Klage dem Mehrheitsprinzip unterworfen ist (*Foss v Harbottle*-Prinzip).<sup>193</sup> Wie bereits erwähnt, besteht bei einer Entscheidung der Gesellschafter kein Stimmverbot eines betroffenen Gesellschafters.<sup>194</sup>

Die von der umfangreichen, auf dem *leading case Foss v Harbottle*<sup>195</sup> aufbauenden Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen reflektieren das grundsätzliche Bekenntnis zum Mehrheitsprinzip.<sup>196</sup> Obwohl die *derivative action* ein Instrument des *Equity Law* ist, gibt es keine breite Durchbrechung der Grundregel der Mehrheitsentscheidung aus allgemeinen Gründen der Gerechtigkeit und Fairness.<sup>197</sup>

Die von der Rechtsprechung etablierten Regeln lassen sich in drei kumulative Voraussetzungen zusammenfassen:<sup>198</sup> (i) der Pflichtverstoß darf nicht von der Gesellschafterversammlung genehmigungsfähig sein (*non ratifiable wrong*); (ii) die Täter müssen die Gesellschaft tatsächlich beherrschen (*wrongdoer control*) und (iii) eine unabhängige Instanz darf sich nicht gegen die Klageerhebung aussprechen.

(i) *Kein genehmigungsfähiger Pflichtenverstoß*: Kann eine Pflichtverletzung der Direktoren durch eine nachträgliche Genehmigung der Gesellschafterversammlung saniert werden, ist ein Minderheitsgesellschafter daran gehindert, einen eventuellen Schaden einzuklagen.<sup>199</sup> Eine tatsächliche Ge-

---

193 *Foss v. Harbottle* (1843) 2 Hare 461, 67 E. R. 189.

194 Das Stimmrecht eines Gesellschafters kann auch gegen die Interessen der Gesellschaft im eigennützigen Interesse ausgeübt werden. Siehe *Burland v Earle* [1902] AC 83, PC; *Northern Counties Securities Ltd v Jackson & Steeple Ltd* [1974] 1 WLR 1133.

195 *Foss v Harbottle* (1843) 2 Hare 461.

196 Vgl. etwa *MacDougall v Gardiner* (1875) 1 Ch D 13: «(...) if the thing complained of is a thing which in substance the majority of the company are entitled to do (...) there can be no use in having litigation about it, the ultimate end of which is only that a meeting has to be called, and then ultimately the majority gets its wishes.»

197 *Prudential Assurance Co Ltd v Newman Industries Ltd (no 2)* [1982] Ch 204. Dies gilt allerdings nicht uneingeschränkt: Im Fall *Hodgson v National and Local Government Officers Association*, [1950] 2 All ER 1064 (CA) wurde die Minderheitsklage zugelassen, weil eine Mehrheitsentscheidung nicht rechtzeitig herbeigeführt werden konnte. Siehe zur «interest of justice exemption» HIRT (FN 72), S. 140 ff.

198 Ausführlich HIRT (FN 72), S. 93 ff., 135 ff., 142 ff.

199 Siehe *Jenkins LJ in Edwards v Halliwell* [1950] 2 All ER 1064 (1066): «First, the proper plaintiff in an action in respect of a wrong alleged to be done to a company or association of persons is prima facie the company or the association of persons itself. Secondly, where the alleged wrong is a transaction which might be made binding on the company or association and on all its members by a simple majority of the members, no individual member of the company is allowed to maintain an action in respect of that matter for the simple reason that, if a mere majority of the members of the company or association is in favour of what has been done, then cadit quaestio.»

nehmung ist nicht erforderlich.<sup>200</sup> Die Genehmigungsfähigkeit knüpft an inhaltlichen Kriterien an, indem sie bestimmte Pflichtverletzungen von der nachträglichen Sanierungsfähigkeit ausnimmt. Die gemessen am vorhandenen *case law* für abgeleitete Gesellschafterklagen allein praktisch bedeutsame Gruppe solcher nicht genehmigungsfähiger Pflichtverstöße wird unter dem Begriff der *fraud on the minority* zusammengefasst. Der Begriff ist allerdings irreführend, da i. d. R. nicht der Minderheitsgesellschafter, sondern die Gesellschaft durch die Pflichtverletzung des Direktors geschädigt wird.<sup>201</sup> Der Terminus ist aus der Verbindung mit dem unten dargestellten Erfordernis der *wrongdoer control* erklärlich. Weiters ist der Begriff *fraud* nicht auf Betrug im strafrechtlichen Sinn einzuschränken,<sup>202</sup> es werden auch fahrlässige Pflichtverletzungen erfasst.<sup>203</sup> Es scheint weniger auf subjektive Erfordernisse als vielmehr darauf anzukommen, dass die *directors* von der Pflichtverletzung selbst profitieren. Im Kern werden Fälle erfasst, in denen sich die *directors* Gesellschaftsvermögen auf direkte oder indirekte Weise zuwenden, etwa indem Vermögenswerte auf eine andere Gesellschaft, an der die *directors* beteiligt sind, übertragen werden.<sup>204</sup> Weiters ist die Genehmigung einer Handlung *ultra vires* durch einfachen Mehrheitsbeschluss ausgeschlossen.<sup>205</sup> Allgemein können Geschäfte, die der Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit bedürfen, nicht nachträglich durch einfache Mehrheit ratifiziert werden.<sup>206</sup>

(ii) *Wrongdoer control*: Eine nicht genehmigungsfähige Pflichtverletzung allein berechtigt noch nicht zur Klageerhebung, vielmehr müssen die klagenden Minderheitsgesellschafter nachweisen, dass die Mehrheitsverhältnisse in der Gesellschaft die Erhebung der Klage durch die Gesellschaft selber verhindern, d. h. die *wrongdoer* müssen die Entscheidung der Gesellschaft kontrollieren. Dies ist jedenfalls der Fall, wenn die *directors* selbst über die Mehrheit der Stimmrechte verfügen.<sup>207</sup> Darüber hinaus könnte der Tatbestand auch dann erfüllt sein, wenn die Anteilseigner zwar nicht selbst die Pflichtverletzung begangen haben, ihr Stimmrecht aber nach Weisung der Pflicht-

---

200 Siehe z. B. das Urteil des Court of Appeal in der Rechtssache Prudential Assurance Co Ltd v Newman Industries Ltd (No 2) [1982] Ch 204, CA.

201 K. WEDDERBURN, Shareholders' Rights and the Rule, in: Foss v Harbottle [1958] CLJ 93 f.; HIRT (FN 72), S. 153 f.

202 Estmanco (Kilner House) Ltd v Greater London Council [1982] 1 All ER 437.

203 Daniels v Daniels [1978] Ch 406, 414.

204 Cook v Deeks [1916] 1 AC 554; Menier v Hooper's Telegraph Works (1874) 9 Ch App 350 (CA).

205 Section 35(3) CA 1985 sieht für die Ratifizierung eines ultra-vires Geschäftes einen Beschluß mit qualifizierter Mehrheit vor.

206 Siehe Edwards v Halliwell [1950] 2 All ER 1064 (1066): «(…) the effect would be to allow a company acting in breach of its articles to do de facto by ordinary resolution that which according to its own regulations could only be done by special resolution (…).»

207 Spokes v. Grossvenor Hotel Co [1897] 2 QB 124 CA.

verletzer ausüben müssen.<sup>208</sup> Auch die *de facto* Kontrolle mittels Stimmrechtsvollmacht dürfte ausreichend sein.<sup>209</sup> Das Erfordernis der Kontrolle durch die Pflichtverletzer dürfte in Publikumsgesellschaften dennoch selten erfüllt sein.<sup>210</sup>

(iii) Keine unabhängige Minderheit gegen die Klageerhebung: Schließlich ist noch erforderlich, dass die Klage von der Mehrheit der unabhängigen – also in die Pflichtverletzung nicht involvierten – Minderheitsgesellschafter (*majority of the independent minority*) unterstützt wird.<sup>211</sup> Dieses Erfordernis relativiert die Bedeutung der fehlenden Mindestbeteiligungsschwellen deutlich.

*Prüfung der Voraussetzungen in eigenem Vorverfahren:* Die engen Voraussetzungen der *derivative action* werden in einem eigenen Vorverfahren geprüft, in dem über die Zulässigkeit der Klage entschieden wird. Neben den bereits genannten Voraussetzungen muss der Kläger nachweisen, dass er an der Pflichtwidrigkeit keinen Anteil hatte (*clean hands* Prinzip),<sup>212</sup> er die Klageerhebung nicht unangemessen verzögert hat<sup>213</sup> und die Klage das einzige geeignete Mittel darstellt.<sup>214</sup> Ist das Gericht *prima facie* davon überzeugt, dass dies der Fall ist, erlaubt es dem Kläger, das Verfahren weiter zu betreiben.<sup>215</sup>

*Prozessstandschaft:* Der Minderheitsgesellschafter erhebt die Klage anstelle der eigentlich geschädigten Gesellschaft. Er klagt in eigenem Namen<sup>216</sup> einen Schaden ein, der nicht ihm persönlich, sondern der Gesellschaft entstanden ist.<sup>217</sup> Beklagte sind der oder die Direktoren, denen ein pflichtwidriges Verhalten vorgeworfen wird, sowie die Gesellschaft<sup>218</sup> als *nominal defen-*

---

208 Pavlides v Jensen [1956] Ch 565.

209 Siehe HIRT (FN 72), S. 160 ff.

210 Kritisch daher ELISABETH J. PARKINSON, *Corporate Power and Responsibility*, 1993, S. 247 ff.

211 Smith v Croft (No 2) [1988] Ch 114, [1987] 3 All ER 909.

212 Overton v. Bannister [1844] 3 Hare 503. «He who comes to equity must come with clean hands». Siehe auch JENNIFER PAYNE, «Clean Hands» in *Derivative Actions*, CLJ 2002, S. 76.

213 Towers v Africa Tug Co [1904] 1 Ch 558; Barrett v Duckett [1995] 1 BCLC 243.

214 Barrett v Duckett [1995] 1 BCLC 243.

215 R 19.9 Civil Procedure Rules 1998.

216 R 19.6 Civil Procedure Rules 1998 sieht vor, daß er außerdem noch andere Minderheitsgesellschafter durch seine Klage repräsentieren kann. Dies ist insofern von Vorteil, als das Urteil alle repräsentierten Gesellschafter bindet und so auf einfachem Weg eine Klagshäufung vermieden werden kann.

217 Sein Schaden entsteht lediglich indirekt durch die Schmälerung oder den Verlust seiner Investition; solche indirekten Schäden können aber nach gültigem case law nicht vom Gesellschafter geltend gemacht werden: «A shareholder cannot bring a personal claim against a wrongdoer, even in a claim based on fraud or deceit, when the loss which he claims that he has suffered is the diminution in the value of his investment in the company as a consequence of the effect of the fraud on the company. The company alone can sue for such wrong». Prudential Assurance Co Ltd v. Newman Industries Ltd (No 2) [1982] Ch 204, [1982] 1 All ER 354.

218 R 19.9 (2) Civil Procedure Rules 1998.

dant.<sup>219</sup> Der hauptsächliche Nutznießer der erfolgreichen Klage ist die Gesellschaft und nicht der klagende Gesellschafter; wird die Klage abgewiesen, kann die Gesellschaft nach dem Grundsatz *ne bis in idem* keinen neuen Rechtsstreit beginnen.<sup>220</sup>

*Prozesskosten:* Da der klagende Gesellschafter im eigenen Namen tätig wird, trägt er grundsätzlich das Kostenrisiko der Klage. Diese Grundregel wurde durch die Rechtsprechung<sup>221</sup> und später durch den Gesetzgeber in den Civil Procedure Rules 1998<sup>222</sup> dahingehend modifiziert, dass das Gericht nach eigenem Ermessen die Kostentragung der Gesellschaft anordnen kann. Die Entscheidung über die Kostentragung wird üblicherweise mit der Entscheidung über die Klagszulassung verbunden.<sup>223</sup> In der gerichtlichen Anordnung der Erstattung der Prozesskosten an den Kläger (*indemnity order*) wird dem Kläger üblicherweise aufgetragen, etwaige Vergleichsangebote durch das Gericht genehmigen zu lassen. Im Verlauf des Verfahrens wird die *indemnity order* regelmäßig überprüft und erneuert; das Gericht hat somit die Möglichkeit, den Gang des Verfahrens genau zu kontrollieren.

#### b) Die *unfair prejudice petition* gemäß section 459 CA 1985

Seit 1980<sup>224</sup> kennt das englische Recht eine gesetzliche Bestimmung, die die sehr weitgehenden Einschränkungen der *Foss v Harbottle-Regel* zumindest

---

219 Dies ist ein Kunstgriff, um die Bindungswirkung des Urteils auch auf die Gesellschaft, die ja in Ermangelung eines entsprechenden Beschlusses ihres Board oder der Gesellschaftermehrheit nicht als Klägerin auftreten kann, zu erstrecken.

220 *Spokes v. Grossvenor Hotel Co* [1897] 2 QB 124.

221 *Wallersteiner v. Moir (No 2)* [1975] 2 QB 124.

222 R 19.9 (7) Civil Procedure Rules 1998.

223 Siehe R 19.9 (3) Civil Procedure Rules 1998.

224 Bis zum Companies Act 1948 konnte ein Minderheitsgesellschafter, der sich von der Mehrheit «improperly and unfairly» benachteiligt fühlte, lediglich das Gericht ersuchen, die Gesellschaft aufzulösen bzw. konnte versuchen, im Rahmen der engen Tatbestandsvoraussetzungen der derivative action einen Schaden gerichtlich geltend zu machen. Das Ansuchen um die Liquidation durch Gerichtsurteil war aber in der Regel in weder im Interesse des Minderheitsgesellschafters noch der Gesellschaft selber, da sich der Gesellschafter damit die Möglichkeit auf künftige Renditen nahm. Aus diesem Grund schlug das Cohen Committee vor, ein weiteres Rechtsmittel zu schaffen, das dem beschwerten Minderheitsgesellschafter Rechtshilfe verschaffen sollte, ohne gleichzeitig die Existenz der Gesellschaft in Frage zu stellen. Der Companies Act 1948 führte daher in seiner section 120 einen dem Ermessen des Gerichtes obliegenden Rechtsbehelf (*discretionary remedy*) ein, der dann zur Anwendung kommen sollte, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen eines gerichtlichen Auflösungsbeschlusses zwar gegeben waren, aber die Erhaltung der Gesellschaft als angemessenere Lösung erschienen. In Weiterentwicklung dieser Bestimmung schuf der Gesetzgeber im CA 1985 mit section 459 ein effektives Instrument des Minderheitenschutzes und eine direkte Alternative zu einer derivative action.

teilweise rückgängig zu machen scheint. Gem. sec. 459 CA kann ein Gesellschafter gerichtliche Abhilfe beantragen (*petition*), wenn die Angelegenheiten der Gesellschaft in einer Weise geführt werden, die als *unfairly prejudicial* gegenüber der Gesamtheit der Gesellschafter und/oder mindestens einem Gesellschafter angesehen werden kann. Hält das Gericht einen dementsprechenden Antrag für begründet, stehen ihm nach section 461 CA 1985 weitreichende Abhilfemöglichkeiten zur Verfügung. In der Praxis werden häufig *purchase orders* ausgesprochen, die es dem Minderheitsgesellschafter ermöglichen, gegen volle Abfindung aus der Gesellschaft auszuscheiden. Das Gericht kann aber auch anordnen, dass Mitglieder, Direktoren oder Dritte Leistungen an die Gesellschaft erbringen.<sup>225</sup> Eine weitere mögliche Erledigung des Antrags ist die Ermächtigung des Antragstellers, im Namen der Gesellschaft Klage zu erheben. Die Regelung ist eine allgemeine, d. h. sie ist nicht nur auf Fehlverhalten von *directors* anwendbar, auf solche aber jedenfalls auch.

Das Spannungsverhältnis zu den traditionellen Regeln ist offensichtlich und jedenfalls noch nicht abschließend geklärt. Konzeptionell handelt es sich nicht um eine abgeleitete Gesellschafterklage, sondern um einen Antrag des Gesellschafters aus eigenem Recht. Dies ändert aber nichts an der praktischen Konkurrenz zur abgeleiteten Gesellschafterklage, da mit dem sec. 459-Antrag zumindest theoretisch dasselbe Ergebnis erreicht werden kann. Fälle, in denen einem Fehlverhalten eines *directors* erfolgreich mit einem sec. 459-Antrag begegnet wurde, betrafen vor allem die Übertragung von Gesellschaftsvermögen auf Gesellschaften, die von der Mehrheit kontrolliert wurden sowie Treuepflichtverletzungen eines *directors*.<sup>226</sup> Jedenfalls scheint schwierig zu sein, im Weg eines sec. 459-Antrags die Ermächtigung zur Erhebung der Gesellschafterklage zu erreichen.<sup>227</sup> Ein Kommentator charakterisiert den Zugang der englischen Judikatur mit dem Schlagwort «*keep the floodgates shut and try to stem the tide of litigation.*»<sup>228</sup>

Insgesamt lässt sich für das englische Recht festhalten, dass die traditionellen Klagemöglichkeiten eines einzelnen Aktionärs oder einer Minderheit auf Fälle des Missbrauchs der Mehrheitsmacht zugeschnitten waren und sehr restriktiv gehandhabt wurden. Die Klagemöglichkeiten wurden mit der *Company Law Reform 1980* maßgeblich ausgeweitet, ohne dass der Anwendungs-

225 Re a Company [1986] BCLC 68; Lowe v. Fahey [1996] 1 BCLC 262.

226 Sie betrafen in einem Fall die Proper-Purpose-Regel, in einem anderen Fall die Bona-Fide-Regel, siehe oben LEMBECK, in: Kalss (FN 7), S. 411 ff.

227 Vgl. Re Charnley Davies [1990] BCLC 760: In dieser Entscheidung wird ein Gesellschafter aber immer noch auf den (mühsamen) Weg der derivative action verwiesen, wenn es darum geht, Rechte der Gesellschaft durchzusetzen, während section 459 CA 1985 dann zur Anwendung kommt, wenn der Gesellschafter zugleich in seinen eigenen Rechten verletzt ist.

228 PETTET (FN 5), S. 226.

bereich der neuen Regelung klar abgrenzbar wäre. Weiterhin konzentrieren sich die entschiedenen Fälle auf Interessenkonflikte zwischen Mehrheit und Minderheit sowie auf Treuepflichtverletzungen. Eine Ausdehnung auf bloße Verletzungen der *duty of care, skill and diligence* abseits von schwerem Missmanagement werden zwar für möglich gehalten, wurde aber bisher noch nicht entschieden.

### 13. Schweden

Alternativ zur Klage durch die Gesellschaft kann eine Aktionärsminorität von mindestens zehn Prozent sämtlicher auf der Hauptversammlung vertretener Aktien im eigenen Namen<sup>229</sup> die Schadenersatzklage erheben.<sup>230</sup> Davor muss auf der ordentlichen Hauptversammlung<sup>231</sup> eine mindestens zehnpromzentige Minderheit gegen den Entlastungsbeschluss gestimmt haben, wobei jene Minderheit personell nicht mit der die Klage erhebenden Minderheit übereinstimmen muss.

Die Minderheit ist unabhängig davon zur Klageerhebung befugt, ob die Hauptversammlung die Klageerhebung beschliesst.<sup>232</sup> Die Klage kann auch von mehreren Minderheiten parallel geführt werden.<sup>233</sup>

---

229 Das die Klagsführung im eigenen Namen erfolgt, untermauert bereits das Urteil NJA 2002, S. 446. Der Gesetzesentwurf zum neuen Aktiengesetz bestätigt dieses Urteil, vgl. ZECHNER, in: Kalss (FN 7), S. 724, und Gesetzesentwurf zum neuen Aktiengesetz, Prop 2004/05:85, S. 897. Anders ist die Lage in Norwegen und Finnland, wo die Klage im Namen der Gesellschaft geführt wird, vgl. 17. Kap. § 17–4 Allmennaksjeselskapsloven/Aksjeselskapsloven bzw. 15. Kap. § 6 /Aktiebolagslagen. Dies würde dem Zweck der schwedischen Bestimmung entgegenlaufen, da die Minderheit erst durch den Verwaltungsrat zur Klagsführung bevollmächtigt werden müsste – in Norwegen geht die Lehre davon aus, dass § 17–4 die Minderheit unmittelbar zur Stellvertretung der Gesellschaft bevollmächtige – und dieser so die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen durch die Minorität de facto verhindern könnte, vgl. CARL SVERNLÖV, Actio pro socio och minoritetägares talerätt enligt 15. Kap. 9 § aktiebolagslagen, in: JT 2002/03, S. 911, 916 f.

230 15. Kap. § 9 Abs. 1 ABL. Anders etwa das dänische Aktienrecht, dass, bei Widerspruch einer 10%-igen Mehrheit zum Entlastungsbeschluss, jeden einzelnen Aktionär aktivlegitimiert, vgl. § 144 Abs. 3 Aktieselskabsloven.

231 Jeder Aktionär ist im Rahmen des ihm zukommenden Initiativrechts dazu berechtigt, die Behandlung der Frage der Verantwortlichkeit der Leitungsorgane auf der ordentlichen Hauptversammlung binnen offener Frist zu beantragen, vgl. 9. Kap. § 11 ABL. Zudem ist eine 10%-ige Aktionärsminorität dazu befugt, zwecks Behandlung von Haftungsfragen eine außerordentliche Hauptversammlung einzuberufen, welche in der Folge binnen zwei Wochen durch den Verwaltungsrat einzuberufen ist, vgl. 9 Kap. § 8 Abs. 2 ABL.

232 ANDERSSON/JOHANSSON/SKOG (FN 52), 15:24; SVERNLÖV (FN 229), S. 911, 913.

233 ANDERSSON/JOHANSSON/SKOG (FN 52), 15:24; SVERNLÖV (FN 229), S. 911, 913.

#### 14. Polen

*Prozessführung im eigenen Namen:* Auch das polnische Recht gestaltet die Minderheitsklage<sup>234</sup> nach dem Modell einer Prozessstandschaft aus: Der Aktionär klagt im eigenen Namen, aber für Rechnung der Gesellschaft.

*Keine Beteiligungsschwelle:* Eine Mindestbeteiligung für die Befugnis zur Klageerhebung sieht das polnische Recht nicht vor, vielmehr kann jeder Aktionär oder jede andere Person, die einen Titel zur Teilnahme am Gesellschaftsgewinn innehat, eine solche erheben (Art. 486 HGGB). Klagen mehrerer Aktionäre sind voneinander unabhängig: Der von einem Aktionär geführte Prozess ist kein Hindernis für weitere Klageerhebungen.<sup>235</sup>

*Verhältnis zur Prozessführung durch die Gesellschaft:* Das Minderheitsrecht ist als subsidiäres Klagerecht konzipiert, d. h. es greift nur, wenn die Gesellschaft nicht selbst Klage erhebt. Die Wahrung des primären Verfolgungsrechts der Gesellschaft geschieht im Fall des polnischen Rechts durch die lange Frist von einem Jahr ab Kenntnis der schädigenden Handlung: Innerhalb dieser Frist kann nur die Gesellschaft Klage erheben, erst nach ihrem Ablauf ist auch ein einzelner Aktionär zur Klageerhebung befugt.

*Verzicht und Vergleich:* Für Verzicht und Vergleich wählt das polnische Recht einen ähnlichen Weg wie die Schweiz: Im Fall der Klageerhebung durch den Aktionär stehen dem beklagten Vorstandsmitglied Einreden aus einem mit der Gesellschaft abgeschlossenen Vergleich oder Anspruchsverzicht nicht zu (Art. 487 HGGB).

*Prozesskosten:* Für die Kostentragung im Prozess gelten die allgemeine Bestimmungen der Art. 98–110 ZVG: Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Kosten werden der unterlegenen Partei auferlegt. Das Prinzip gilt auch bei der abgeleiteten Gesellschafterklage, auch ist eine Kostentragung durch die Gesellschaft nicht vorgesehen und die Aktionäre sind mit dem vollen Prozessrisiko belastet.

*Schadenersatzpflicht und Sicherheitsleistung:* Ein Aktionär, der unbegründet eine Klage erhoben hat, ist verpflichtet, dem Beklagten den vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit verursachten Schaden zu ersetzen. Als Sicherheit für den möglichen Anspruch des Beklagten auf Schadenersatz kann das Gericht auf Verlangen des Beklagten die Stellung einer Kautions anordnen. Wird die Sicherheit nicht erbracht, ist die Klage abzuweisen (Art. 486 § 2 HGGB).

*Praktische Bedeutung:* Die abgeleitete Gesellschafterklage hat nur geringe praktische Bedeutung, was auf das Kostenrisiko und die Schadenersatzpflichten zurückgeführt wird.<sup>236</sup>

---

234 Siehe CIERPIAL, in: Kalss (FN 7), S. 667 f.

235 Dies soll «fingierte» Prozesse verhindern, siehe CIERPIAL, in: Kalss (FN 7), S. 668.

236 Siehe ROMANA CIERPIAL/AGATA WACAWIK/THOMAS BACHNER, Einführung in das polnische Aktienrecht, Arbeitspapier Nr. 99 des FOWI, Wien 2003, S. 101 f.

### 15. Folgerungen für die Sachprobleme

*Prozesskosten:* Die abgeleitete Gesellschafterklage ist dadurch gekennzeichnet, dass sie – selbst wenn sie im eigenen Namen erhoben wird – auf Leistung des Ersatzes in das Gesellschaftsvermögen gerichtet ist. Der klagende Aktionär profitiert damit notwendigerweise nur indirekt und nur in Höhe seiner Beteiligungsquote. Auf der anderen Seite steht das Kostenrisiko: In allen Rechtsordnungen muss der klagende Aktionär damit rechnen, unter bestimmten Voraussetzungen persönlich mit den *gesamten* Prozesskosten – und nicht nur in Höhe der Beteiligungsquote – belastet zu werden. Hieraus resultiert ein stark verzerrender Effekt, der eine Klageerhebung durch Aktionäre mit geringer Beteiligungsquote als wirtschaftlich höchst unvernünftig erscheinen lässt, wenn der klagende Aktionär eine Kostentragung als nicht völlig unwahrscheinlich ansehen kann. Die Mehrzahl der untersuchten Rechtsordnungen – nämlich 6 von den hier näher untersuchten 9 (Österreich, Deutschland, Schweden, Frankreich, Spanien, Italien) – belässt es auch bei der abgeleiteten Gesellschafterklage beim allgemeinen Erfolgshaftungsprinzip (*loser pays*). Tritt die Minderheit selbst als Kläger auf, ergibt sich dies aus allgemeinen Regeln; anderenfalls ist eine Erstattungspflicht gegenüber der Gesellschaft vorgesehen. In der Schweiz kann der Richter die Kosten nach seinem Ermessen der Gesellschaft auferlegen, wenn der Kläger begründeten Anlass zur Erhebung der Klage hatte. Diese Regelung kann die Abschreckungswirkung der Kostenersatzpflicht nur zum Teil ausgleichen, da sich der klagende Aktionär der Kostenentlastung nicht sicher sein kann. In England besteht eine ähnliche Regel; die Entscheidung über die Kostentragung fällt hier allerdings bereits am Ende eines besonderen Klagszulassungsverfahrens, sodass der Kläger gegebenenfalls kein Kostenrisiko zu tragen hat. Die Kosten des Klagezulassungsverfahrens bleiben aber in jedem Fall beim Kläger. In ähnlicher Weise entlastet das neue deutsche Recht den Kläger vom Kostenrisiko: Wird die Klage zugelassen, trägt die Verfahrenskosten die Gesellschaft, dem Kläger können die Kosten nur ausnahmsweise auferlegt werden, wenn er die Klagszulassung durch zumindest grob fahrlässig falsche Angaben erwirkt hat. Die Kostenregelungen Englands und Deutschlands erscheinen aus dem Blickwinkel des Verhaltensanreizes weit wirksamer als jene der Schweiz, da der Kläger in den beiden erstgenannten Rechtsordnungen bereits bei Beginn der Verfahrens Gewissheit über die Kostentragung erlangt.

*Informationsbedürfnis:* Ein weiterer für die Effektivität der Minderheitsklage entscheidender Faktor ist die Belastung der Minderheit mit der Sammlung der für den Prozess relevanten Information. Die Kosten der Informationsbeschaffung erreichen für die Minderheit leicht eine prohibitive Höhe, zumal der direkte Zugang zu den relevanten Informationen fehlt. Hier lassen sich die *Beweislast* und die *Mediatisierung der Klagsführung* durch einen be-

sonderen Vertreter als relevante Regelungskomplexe identifizieren: Einige Rechtsordnungen lassen die Minderheit nicht selbst Prozess führen, sondern geben ihr zumindest die Möglichkeit, meist aber auch die Pflicht, sich dabei eines besonderen Vertreters zu bedienen, der mit einem umfassenden Informations- und Auskunftsanspruch gegenüber der Gesellschaft ausgestattet ist. Ein solcher Vertreter ist in Österreich, Italien und nach altem deutschem Recht vorgesehen. Die übrigen Rechtsordnungen belasten die Minderheit voll mit der Sammlung des Prozessstoffes. In diesen Ländern gewinnt die Beweislast besondere Bedeutung. Eine gewisse Informationsversorgung ist jedenfalls überall unabdingbar: Zwar muss die Minderheit nicht überall den gesamten Prozess führen. Für die Erzwingung der Klagsführung ist jedoch jedenfalls erforderlich, dass bestimmte Tatsachen vorgetragen werden, aus denen sich die Ersatzpflicht ergibt.

*Beweislast:* Keine der untersuchten Rechtsordnungen sieht für die Minderheitsklage besondere Beweislastregeln vor, generell wird nicht nach dem konkreten Kläger differenziert. Der Beweislastverteilung im Haftungsprozess liegt die Beweislastgrundregel zu Grunde, wonach der Kläger die Anspruchsvoraussetzungen zu behaupten und zu beweisen hat. Von dieser Grundregel bestehen in den einzelnen Rechtsordnungen in unterschiedlichem Umfang Ausnahmen. Regelmäßig ist vorgesehen, dass der Beweis des Verschuldens nicht vom Kläger erbracht werden muss, sondern sich der Beklagte freizubeweisen hat. In einzelnen Ländern ist auch vorgesehen, dass auch die Beweislast für das Vorliegen einer Pflichtverletzung zumindest teilweise umgekehrt ist (Österreich, Deutschland, Polen, teilweise auch Spanien). Ansonsten bestehen in Einzelfällen weitere Beweiserleichterungen, etwa bezüglich des Schadens bei nachgewiesener «Einlagenrückgewähr» in Deutschland und Österreich.

*Informationsmöglichkeiten:* Soweit die Minderheit mit der Sammlung des Prozessstoffes belastet ist und sich nicht des soeben erwähnten besonderen Vertreters bedienen kann, gewinnt die *Sonderprüfung* als Vorbereitung der Erhebung von Haftungsklagen besondere Bedeutung. Die Sonderprüfung ist in allen Rechtsordnungen mit Ausnahme Spaniens und Englands<sup>237</sup> geregelt. Hierbei zeigt sich, dass die Voraussetzungen zur Durchsetzung einer Sonderprüfung nicht überall gleich laufen. So kann in der Schweiz zwar jeder Aktionär eine Haftungsklage gegen ein Verwaltungsratsmitglied erheben, für die Durchsetzung einer Sonderprüfung sind aber 10 % des Kapitals erforderlich, wodurch das Instrument der Minderheitsklage erheblich entwertet wird. Ähn-

---

237 In England fehlt zumindest ein direktes Äquivalent zur Sonderprüfung, es besteht aber eine Überprüfungsöglichkeit durch das Department of Trade and Industry (inspection), die ein einzelner Gesellschafter zwar anregen, aber nicht durchsetzen kann.

liches gilt in Frankreich, wo die Durchsetzung einer Sonderprüfung eine Beteiligung von 5% voraussetzt.

*Wirtschaftlicher Anreiz zur Klageerhebung:* Die Informationsprobleme der klagewilligen Minderheit schlagen sich in Kosten nieder, die in jedem Fall – auch bei Prozessgewinn und auch dann, wenn die jeweilige Rechtsordnung der Minderheit das Prozesskostenrisiko abnimmt – von der Minderheit zu tragen sind. Dies führt nochmals deutlich vor Augen, dass der ökonomische Anreiz zur Erhebung der Klage gering ist; der mit der Durchsetzung des Anspruchs aus Sicht der Minderheit erzielte Nutzen wird die damit verbundenen Kosten in der Regel nicht aufwiegen. Die Lösung dieses Problems – etwa durch gezielte Schaffung einer Ergreiferprämie – im Sinne eines speziellen Entgelts für die besondere Mühewaltung zu Gunsten der Gesellschaft und der gesamten Aktionärscommunity, um nicht in die Falle der «Einlagenrückgewähr» zu stürzen<sup>238</sup> – als Anreiz zur Klageerhebung – wird derzeit von keiner Rechtsordnung angestrebt, auch die schweizerische Regelung für insolvente Gesellschaften vermag dies nicht zu vermitteln.<sup>239</sup> Im Gegenteil ist etwa die deutsche Neuregelung besonders darauf bedacht, die Erzielung von Sondervorteilen durch die klagenden Aktionäre zu erschweren.

*Beteiligungsschwellen:* Die meisten Rechtsordnungen gestehen das Recht zur Klageerhebung nicht jedem Aktionär zu, vielmehr wird eine bestimmte Beteiligungsquote von bis zu 20% des Grundkapitals verlangt; vereinzelt kommt es auch auf das Erreichen eines bestimmten Nominalbetrags an (z. B. Deutschland: Eine Million Euro). Den Beteiligungsschwellen dürfte allerdings keine so große Bedeutung zukommen, da mit fallender Beteiligungsquote der wirtschaftliche Anreiz für eine Klageerhebung sehr gering wird. Dies belegen auch eine Reihe von Rechtsordnungen, die keine Mindestbeteiligung vorsehen (Schweiz, Frankreich, Polen) und die Minderheitsklage trotzdem keine wirkliche praktische Bedeutung erlangt hat. Die Funktion von Beteiligungsschwellen besteht darin, den Kläger einen Teil des von der Gesellschaft getragenen wirtschaftlichen Risikos selbst tragen zu lassen und damit den ökonomischen Anreiz für erpresserische Klagen zu verringern.

*Klage nur bei Involvierung der Aktionärsmehrheit:* Ohne Parallele ist die Regelung Englands, wonach zur Durchsetzung der Aktionärsklage unter anderem gefordert wird, dass die Schädiger die Gesellschaft tatsächlich kontrollieren. Die Gesellschafterklage ist damit auf ihren Kernbereich zurückgeschnitten und ersetzt eigentlich nur ein Stimmverbot des betroffenen Gesellschafters. Fälle, in denen der Schädiger nur im Einvernehmen mit der Mehrheit handelt und aus diesem Grund von ihr gedeckt wird, fallen bereits aus dem Anwendungsbereich heraus. Das englische Recht beschränkt die

---

238 KALSS, Österreichisches Bank Archiv (ÖBA) 2005, S. 322, 324.

239 Siehe unten VIII.1.

Klage damit – und im Zusammenhalt mit der gleich zu erörternden Einschränkung auf bestimmte Ansprüche – am stärksten.

*Einschränkung auf bestimmte Ansprüche:* Das englische Recht sieht darüber hinaus eine Einschränkung auf bestimmte Ansprüche vor, nämlich solche, die durch die Gesellschaft bzw. die Mehrheit nicht genehmigt werden können.

*Verzicht und Vergleich:* Die Möglichkeit zur (endgültigen) Disposition über den Haftungsanspruch hängt offensichtlich mit der Minderheitsklage zusammen, da das Klagerecht der Minderheit durch eine umfassende Verzichtsmöglichkeit entwertet würde. Dieses Regelungsziel wird in den einzelnen Ländern auf unterschiedliche Weise erreicht: In Frankreich ist die Haftung überhaupt unverzichtbar, das Problem des Minderheitsschutzes stellt sich somit nicht weiter. Eine andere im Rechtsvergleich anzutreffende Alternative besteht darin, dass ein Verzicht oder Vergleich zwar zulässig ist, aber nur durch die Hauptversammlung beschlossen werden kann und ein der für die Minderheitsklage erforderlichen Beteiligungsschwelle entsprechendes Quorum die Beschlussfassung durch ihr Veto verhindern kann (Italien, Spanien, Schweden); in Österreich und Deutschland (UMAG) stimmen die entsprechenden Quoten nicht überein. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, einen Verzicht oder Vergleich zwar zuzulassen, aber Aktionäre, die nicht für den Beschluss gestimmt haben, von der Wirkung auszunehmen, sodass sich das Vorstandsmitglied ihnen gegenüber nicht auf den Verzicht oder Vergleich berufen kann (Schweiz, Polen).

*Koordination mit dem Klagerecht der Gesellschaft:* In allen untersuchten Rechtsordnungen ist die Gesellschaft primärer Träger des Klagerechts. Demzufolge besteht in den meisten Rechtsordnungen das Klagerecht der Minderheit nur, wenn die Klage nicht auf regulärem Weg erhoben wird. In Österreich, Deutschland, Spanien und Schweden wird dies dadurch erreicht, dass das primär zuständige Organ (Aktionärsversammlung oder Aufsichtsrat) die Klageerhebung abgelehnt haben oder binnen einer bestimmten Frist untätig geblieben sein muss. In Frankreich ist der Gesellschaft der Streit zu verkünden. Nach dem dUMAG-Entwurf müssen die Kläger glaubhaft machen, dass sie die Gesellschaft fruchtlos zur Klageerhebung aufgefordert haben, es muss somit nicht jedenfalls die Hauptversammlung befasst werden.

## VIII. Insolvenzverwalter und Gläubiger

### 1. Geltendmachung der Haftung durch individuelle Gläubiger

In einer Reihe von Ländern besteht die Befugnis der Gläubiger, die Vorstandsmitglieder auch außerhalb des Zwangsvollstreckungsverfahrens (Pfän-

dung des Haftungsanspruchs der Gesellschaft) in Anspruch zu nehmen (Österreich, Deutschland, Italien, Spanien, Slowakei, Slowenien). Meist handelt es sich ähnlich wie bei der oben dargestellten Aktionärsklage um eine *abgeleitete Klage*, d. h. sie setzt voraus, dass das Vorstandsmitglied seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt und *dieser* einen Schaden zugefügt hat.<sup>240</sup> Regelmäßig ist es zudem erforderlich, dass der Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen kann.<sup>241</sup> In Österreich und Deutschland ist zusätzlich Voraussetzung, dass der Ersatzanspruch auf grober Fahrlässigkeit beruht oder bestimmte Kapitalerhaltungsvorschriften verletzt wurden. Ebenso wirken haftungsentlastende Beschlüsse gegenüber den Gläubigern nicht.<sup>242</sup>

Eine hohe praktische Bedeutung scheint diese Befugnis der Gläubiger nicht erlangt zu haben,<sup>243</sup> was wohl vor allem auf die Informationsprobleme des klagenden Gläubigers zurückzuführen ist. Die Klagebefugnis ist zudem mit erheblichen prozessualen Problemen verbunden, vor allem wenn mehrere Klagen erhoben werden,<sup>244</sup> der Anspruch vom beklagten Geschäftsleiter durch Leistung an die Gesellschaft erfüllt wird oder die Gesellschaft sonst darüber verfügt. Dennoch spielt die Klagebefugnis für Gesellschaften eine gewisse Rolle, bei denen ein Konkursverfahren unterbleibt.<sup>245</sup>

Während in den zuvor genannten Rechtsordnungen die Klagebefugnis der Gläubiger schon vor dem Konkursverfahren besteht – aber durch dessen Eröffnung für die Dauer des Verfahrens erlischt – kennt das schweizerische

---

240 Österreich: § 84 Abs. 4 öAktG; Deutschland: § 93 Abs. 4 dAktG. Spanien: SÁNCHEZ CALERO (FN 27), S. 312 ff. Slowakei: § 194 ObZ. Slowenien: Art. 258 Abs. 5 ZGD. In Italien haften die Verwaltungsrats- (bzw. Vorstandsmitglieder) den Gesellschaftsgläubigern gemäß Art. 2394 c. c. für Schäden, die aus der Verletzung ihrer Verantwortung zur Bewahrung des Gesellschaftsvermögens als Haftungsfond für die Gläubiger entstanden sind, Voraussetzung ist somit zu einer Verringerung des Gesellschaftsvermögens, siehe die Entscheidungen Trib Pavia 2 gennaio 2003 sowie Trib Pavia 6 novembre 2002, kommentiert von SUCCI/VITTONI, *Le Società* 2004, S. 219–225. Das Verhältnis der Haftungsklage gegenüber den Gesellschaftsgläubigern gemäß Art. 2394 c. c. zu der allgemeinen Innenhaftung nach Art. 2392 c. c. seit langem umstritten, die Judikatur sieht die Klage einmal als autonomen Rechtsbehelf der Gläubiger (so Cfr Cass 22 ottobre 1998, n 10 488, in: *Le Società* 1999, S. 557), ein anderes mal als untergeordneten Anspruch (Cfr Cass 22 ottobre 1998, n 10 488, in: *Le Società* 1999, S. 557). Wegen der unterschiedlichen Voraussetzungen gehen etwa CASPER/REISS, *Italien: Haftung des Vorstands einer AG*, RIW 2004, S. 431 m. w. N. von einem eigenen Anspruch aus.

241 Österreich: § 84 Abs. 5 öAktG; Deutschland: § 93 Abs. 5 dAktG; Italien: Art. 2394 Abs. 2 c. c. Spanien: SÁNCHEZ CALERO (FN 27), S. 317 f. (Zahlungsunfähigkeit ist aber nicht erforderlich). Slowakei: § 194 Abs. 9 ObZ. Slowenien: Art. 258 Abs. 5 ZGD.

242 Österreich: § 84 Abs. 4 AktG. Deutschland: § 93 Abs. 4 AktG. Slowakei: § 194 Abs. 9 ObZ.

243 In Österreich ist keine höchstgerichtliche Entscheidung zum Thema ersichtlich, ebenso zum deutschen Recht. Für Spanien SÁNCHEZ CALERO (FN 27), S. 318.

244 Zum spanischen Recht SÁNCHEZ CALERO (FN 27), S. 313 m. w. N.

245 Für Spanien SÁNCHEZ CALERO (FN 27), S. 318.

Recht die Befugnis der Gläubiger, einen Schaden der Gesellschaft geltend zu machen, wenn die Konkursverwaltung den Anspruch nicht geltend macht.<sup>246</sup> Die Klagebefugnis besteht parallel zu jener der Aktionäre,<sup>247</sup> treten beide als Kläger auf, bilden sie eine Streitgenossenschaft.<sup>248</sup> Die Kläger machen den Anspruch der Gläubigergesamtheit als Prozessstandschafter geltend,<sup>249</sup> es handelt sich um eine abgeleitete Klage.<sup>250</sup> Die Zuweisung des Erlöses folgt gem. OR Art. 757 Abs. 2 einem dreistufigen Verfahren: An erster Stelle werden die klagenden Gläubiger – nach der konkursrechtlichen Rangordnung – befriedigt.<sup>251</sup> Danach sind die klagenden Aktionäre nach Maßgabe ihrer Beteiligung zu befriedigen:<sup>252</sup> Sie erhalten soviel von dem noch übrigen Erlös, wie ihrer Beteiligungsquote entspricht.<sup>253</sup> Erst ein danach bestehender Überschuss kommt den übrigen Gläubigern zu Gute.<sup>254</sup> Der Vorrang der Kläger gegenüber der Masse bzw. den nicht klagenden Gläubigern soll nicht nur einen Anreiz darstellen, eine Verantwortlichkeitsklage zu erheben, sondern auch einen Ausgleich für das übernommene Prozesskostenrisiko.<sup>255</sup> Die dargestellte Regelung ist sicher die «Befriedigung» noch vor den nicht klagenden Gläubigern, eine echte Anreizwirkung zur Klageerhebung geht aber von ihr nicht aus.

## 2. *Insolvenzverwalter*

Der Insolvenzverwalter spielt für die Haftung der Vorstandsmitglieder praktisch durchwegs die größte Rolle.<sup>256</sup> Er ist regelmäßig – teils nach eigener

---

246 Siehe FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 26), § 36, N 26; BÄRTSCHI (FN 29), S. 133, 158; BÖCKLI (FN 26), § 18, Rz. 276; STOFFEL, in: Druey/Forstmoser (FN 131), S. 15, 33.

247 Siehe dazu oben VII.8.

248 Vgl. STOFFEL, in: Druey/Forstmoser (FN 131), S. 15, 36.

249 BGE 117 II 440; WIDMER/BANZ, in: Honsell (FN 26), Art. 757, Rz. 22; BÄRTSCHI (FN 29), S. 161; kritisch BÖCKLI, in: Baer, Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, S. 27, 34.

250 BÖCKLI (FN 26), § 18, Rz. 288.

251 STOFFEL, in: Druey/Forstmoser (FN 131), S. 15, 36; BÖCKLI (FN 26), § 18, Rz. 355.

252 Vgl. WIDMER/BANZ, in: Honsell (FN 26), Art. 757, Rz. 31 ff.; BÖCKLI (FN 26), § 18, Rz. 353.

253 Besitzt ein klagender Aktionär 15% der Aktien und ein andere klagender Aktionär 35% der Aktien, erhalten sie zusammen 50% des Betrags, der nach vollständiger Befriedigung der klagenden Gläubiger noch übrig bleibt; siehe WIDMER/BANZ, in: Honsell (FN 26), Art. 757, Rz. 32; BÖCKLI (FN 26), § 18, Rz. 356; BÄRTSCHI (FN 29), S. 179.

254 Vgl. STOFFEL, in: Druey/Forstmoser (FN 131), S. 15, 37.

255 BÄRTSCHI (FN 29), S. 180 f.

256 Siehe für die Niederlande KROEZE (FN 64), S. 125; K. WEZEMAN, Tien jaar Wet bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement [Zehn Jahre Vorstandshaftung für Herbeiführung der Insolvenz], TvI 1997, S. 3 ff.; siehe B. WESSELS, Vijftien jaar bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement [Fünfzehn Jahre Vorstandshaftung für Herbeiführung der

Entscheidungsbefugnis, teils mit Zustimmung des Gerichts oder eines Gläubigergremiums<sup>257</sup> – befugt, Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder einzuziehen; seine Befugnis geht der Klagelegitimation der Gläubiger oder Aktionäre jedenfalls vor.<sup>258</sup> Zusätzlich sehen die meisten Rechtsordnungen<sup>259</sup> spezielle Haftungstatbestände vor, die an der Herbeiführung der Insolvenz oder der Verschleppung der Insolvenz oder der Unternehmenskrise anknüpfen. Die beiden Arten von Haftungstatbeständen sind dogmatisch zwar zu trennen – schon weil die Verschleppungstatbestände teilweise als *Außenhaftung* konzipiert sind, deren Geltendmachung aber dem Insolvenzverwalter übertragen ist –, in der praktischen Handhabung gehen sie dagegen meist eine Einheit ein, weil sich der Masseverwalter auf beide Grundlagen stützt.<sup>260</sup>

Der Grund für die vergleichsweise hohe praktische Bedeutung der Haftungsdurchsetzung im Konkurs liegt in mehreren Faktoren, nämlich vor allem im Fehlen von Interessenkonflikten und in den mehrfach verringerten Kosten der Anspruchsverfolgung: Der als Kläger berufene Insolvenzverwalter braucht nicht befürchten, durch die Klageerhebung eigene Pflichtverletzungen zu Tage treten zu lassen; auch wird er in der Regel mit den in Anspruch genommenen Personen nicht in einer Weise persönlich verbunden sein wie ein Organwalter oder Großaktionär, die von der Erhebung einer an sich begründeten Klage abgehalten sein könnten. Im Vergleich zu einer Aktionärs-

---

Insolvenz], SV&V 2003, S. 168. Für Spanien MUÑOZ PLANAS/MUÑOZ PAREDES, *Repercusiones del Concurso de la Sociedad sobre la Responsabilidad de los Administradores*, Revista de Derecho Mercantil 250/2003, S. 1348. In Österreich beruhen alle drei veröffentlichten die Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern betreffenden Entscheidungen Klagen, die vom Masseverwalter initiiert wurden. Auch der weit überwiegende Teil der höchstgerichtlichen Entscheidungen betreffend die Vorstandshaftung erging aufgrund von Klagen des Masseverwalters. Der überwiegende Teil der übrigen Fälle betraf die einredweise Geltendmachung von Haftungsansprüchen der Gesellschaft gegen Gehalts-, Abfertigungs- oder Pensionsansprüche.

257 In der Schweiz bedarf die Entscheidung zur Einleitung des Verfahrens gem Art. 253 Abs. 2 SchKG iVm Art. 207 eines Beschlusses der zweiten Gläubigerversammlung; siehe BÄRTSCHI (FN 29), S. 130; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 26), § 36, N 20. In Italien ist die Gläubigerversammlung anzuhören und der Richter in die Entscheidung einzubeziehen.

258 Österreich: § 84 Abs. 5 öAktG; Deutschland: § 93 Abs. 5 dAktG; Slowakei: § 194 Abs. 9 S. 4 ObZ. Slowenien: Art. 105 ZPPSL. Für die Schweiz BÄRTSCHI (FN 29), S. 158. Allerdings macht der Konkursverwalter nach der vom schweizerischen Bundesgericht geprägten Raschein-Doktrin einen eigenständigen und einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit geltend. Einen Überblick über die kritische Auseinandersetzung der Lehre mit dem Entscheid BGE 117 II 432 ff. bieten ROLF WATTER/ROLAND TRUFFER, AJP 1996, S. 1578 ff.; WIDMER/BANZ, in: Honsell (FN 26), Art. 757, Rz. 4 ff.

259 Siehe die Darstellung im Einzelnen unten VIII.2.b).

260 In Italien sind die vom Insolvenzverwalter geltend Ansprüche aus Art. 2393 c. c. (interne Haftung) und Art. 2394 c. c. (externe Haftung) zwingend zu einer Klage zu kumulieren; Trib Como 25 agosto 1987, *Le Società* 1987, S. 1179.

minderheit und zur Hauptversammlung hat er auf der anderen Seite auch nicht mit Informationsproblemen zu kämpfen, sodass die Faktensammlung und Prozessführung gegenüber diesen Personengruppen erheblich verbilligt werden. Die Durchsetzung der Vorstandshaftung ist im Stadium der Insolvenz aber noch auf andere Weise kostengünstiger: Der Insolvenzverwaltung braucht auf eine mögliche Entwertung des Gesellschaftsvermögens durch negative Signalwirkungen des Prozesses nicht mehr Rücksicht zu nehmen.

a) Geltendmachung von bestehenden Haftungsansprüchen

Wie bereits erwähnt, kann der Insolvenzverwalter die Ersatzansprüche der Gesellschaft geltend machen. Für die Geltendmachung der Innenhaftung durch den Insolvenzverwalter sehen ein Teil der untersuchten Rechtsordnungen als typische Begleitregelungen vor, dass der Insolvenzverwalter nicht an einen haftungsentlastenden Verzicht, Vergleich, an eine Entlastung oder Weisung der Gesellschaft gebunden ist: Regelmäßig wirkt eine solche durch die Gesellschaftsorgane wirksam beschlossene Haftungsbefreiung in der Insolvenz der Gesellschaft nicht.<sup>261</sup> Auch in England scheint aus der neueren Rechtsprechung hervorzugehen, dass der *director* bei seiner Geschäftsführung in der Nähe der Insolvenz auf die Interessen der Gläubiger Rücksicht zu nehmen hat, was den Gesellschaftern u. U. die Möglichkeit nimmt, Pflichtverstöße nachträglich zu genehmigen oder auf Haftungsansprüche zu verzichten.<sup>262</sup>

b) Spezielle Haftungstatbestände in Insolvenznähe

(i) England – Wrongful Trading

Gemäß Section 214 des Insolvency Act 1986 kann das Gericht auf Antrag des *liquidator* feststellen, dass dem *director* der insolventen Gesellschaften

---

261 Österreich: § 84 Abs. 4 öAktG. Deutschland: § 93 Abs. 4 dAktG. Niederlande: Art. 2: 138 Abs. 6 bzw. Art. 2:248 Abs. 6 BW. Schweden: 15. Kap. § 14 ABL. Schweiz: BGE 117 II 432 (keine Einreden, die der Beklagte gegen die Gesellschaft hat).

262 Siehe dazu *Aveling Barford v Perion Ltd* [1989] BCLC 626; *Re DKG Contractors Ltd* [1990] BCC 903; *Official Receiver v Stern* [2002] 1 BCLC 119. Im Rahmen der Gesellschaftsrechtsreform wurde daher auch vorgeschlagen, dass die nachträgliche Genehmigung des pflichtwidrigen Verhaltens unwirksam sein soll, wenn die Gesellschaft insolvent ist, von der Insolvenz akut bedroht ist und die Genehmigung dazu beitragen würde, das Gesellschaftsvermögen weiter zu vermindern: *Company Law Review, Completing the Structure* (1999) 3.30.

*wrongful trading* zur Last liegt und persönlich für die Schulden der Gesellschaft haftet.<sup>263</sup>

Die Anwendung der Bestimmung setzt voraus, dass (i) die Gesellschaft insolvent ist, (ii) der Täter die Geschäfte der Gesellschaft fortgeführt hat, obwohl keine vernünftige Aussicht bestand, dass die Gesellschaft der Insolvenz entgeht und (iii) der Täter zu diesem Zeitpunkt *director* der Gesellschaft war.<sup>264</sup> Hat der *director* alles unternommen, den Schaden der Gläubiger abzuwenden, entfällt die Haftung.

Eine strenge Kausalitätsprüfung wird nicht vorgenommen, vielmehr obliegt es dem Gericht, einen angemessenen Haftungsbetrag anzuordnen.<sup>265</sup>

*Praktische Bedeutung:* Die praktische Bedeutung der Bestimmung ist – trotz eines verhältnismäßig großen internationalen wissenschaftlichen Echos – relativ gering,<sup>266</sup> weswegen die Bestimmung jüngst novelliert wurde.<sup>267</sup> Ob dies zu einer Belebung der Haftung wegen *wrongful trading* führen wird, bleibt offen.<sup>268</sup>

(ii) Frankreich – *action en comblement du passif*

Mit der *action en comblement du passif* können geschäftsführende Organmitglieder einer Aktiengesellschaft im Insolvenz-, Reorganisationsverfahren oder

---

263 Die Bestimmung gelangte aufgrund einer Empfehlung des Cork Committee on Insolvency Law and Practice in das englische Unternehmensinsolvenzrecht: siehe Cmnd. 8558, Chapter 44, para. 1775–1806 und dazu BACHNER, *Wrongful Trading – A New European Model for Creditor Protection?*, EBOR 2004, S. 293; MATHIAS HABERSACK/DIRK VERSE, *Wrongful Trading – Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?*, ZHR 2004, S. 174.

264 Siehe zur Einbeziehung faktischer Organe sec 251 IA 1986 und die Parallelbestimmung sec 741 CA 1985; zur Interpretation *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell* [2002] 2 BCLC 133; GOWER/DAVIES (FN 66), S. 197 f.; ANDREW HICKS, *Advising on Wrongful Trading: Part 2*, Co Law 1993, S. 55, 58; FLEISCHER, *Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe*, AG 2004, S. 517–528.

265 Siehe dazu *Re Produce Marketing* [1989] BCLC 520, 553d-e; *Re Purpoint Ltd* [1991] BCLC 491 (499).

266 RICHARD SCHULTE, *Enforcing wrongful trading as a standard of conduct for directors and a remedy for creditors: the special case of corporate insolvency*, 1999, 20 Co Law 80; CAROL COOK, *Wrongful Trading – Is it a Real Threat to Directors or a Paper Tiger?*, 1999, *Insolvency Lawyer* 99; HICKS, *Director Disqualification: Can it Deliver?*, 2001, JBL 433 at 456–7; BACHNER (FN 263), S. 293, 300; HABERSACK/VERSE (FN 263), S. 174, 183.

267 Rule 4.218 (1) (a) of the Insolvency Rules 1986, SI 1986/1925, as amended by the Insolvency (Amendment) (No 2) Rules 2002, SI 2002/2712.

268 Siehe zur Heranziehung des englischen Modells für eine europarechtliche Regelung FLEISCHER, *Erweiterte Außenhaftung der Organmitglieder im Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, ZGR 2004, S. 437, 462; SILJA MAUL, *Verantwortlichkeit der Organmitglieder*, WM 2004, S. 2146, 2149.

im gerichtlichen Liquidationsverfahren<sup>269</sup> zur Haftung für den Ausfall der Gläubiger herangezogen werden.<sup>270</sup> Voraussetzungen sind die Eröffnung eines solchen Verfahrens und das Vorliegen eines durch einen Fehler in der Geschäftsführung (*faute de gestion*) verursachten Gläubigerschadens heranzuziehen.<sup>271</sup>

Die Höhe der Ersatzpflicht wird vom Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt, die Obergrenze bildet der gesamte Ausfall der Gläubiger.<sup>272</sup>

Aktiv legitimiert sind gemäß Art. L 624–6 C com nicht die einzelnen Gläubiger,<sup>273</sup> vielmehr ausschließlich der Vertreter der Gläubiger (*représentant des créanciers*), der für das Verfahren eingesetzte *administrateur* und *commissaire à l'exécution du plan*, der *liquidateur* oder auch der *procureur de la République*.<sup>274</sup> Der Ersatz wird in das Gesellschaftsvermögen bzw. die Masse geleistet.<sup>275</sup>

### (iii) Italien, Spanien

Das spanische und das italienische Recht sehen spezielle Informations-, Einberufungs- und Handlungspflichten der Geschäftsleitung vor, wenn das Stammkapital der Gesellschaft durch Verluste um einen bestimmten Bruch-

---

269 Bei Zahlungseinstellung (*cessation de paiements*) kennt das französische Recht (loi n° 85–98 du 25. janvier 1985; sowie décrets n° 85–1387 und n° 85–1388) ein gerichtliches Reorganisations- bzw. Liquidationsverfahren (*redressement judiciaire et liquidation judiciaire*). Das Reorganisationsverfahren wird dann eingeleitet, wenn eine Chance der Unternehmensfortführung besteht, ansonsten kommt das Liquidationsverfahren zur Anwendung. Das *redressement judiciaire* besteht aus verschiedenen Phasen: (i) Überwachung (*phase d'observation*), welche sechs Monate dauert, innerhalb derer ein vom Gericht ernannter Geschäftsführer (*administrateur nommé en justice*) eine wirtschaftliche, soziale Bilanz des Unternehmens sowie einen Sanierungsplan (*projet de plan de redressement*) erstellen muss; (ii) nach Ablauf der sechs Monate muss das Gericht auf Grundlage eines Berichts des Geschäftsführers einen Sanierungsplan (*plan de redressement*) entweder über die Fortführung (*continuation*) der Gesellschaft oder den Verkauf (*cession*) des gesamten oder einen Teil des Unternehmens beschließt. Kann kein Sanierungsplan festgelegt werden, wird das gerichtliche Liquidationsverfahren eingeleitet; vgl. hierzu MERCADAL/JANIN (FN 34), Tz. 28 610 ff.

270 Siehe hierzu BASDEVANT/CHARVÉRIAT/MONOD (FN 34), Tz. 399; MERCADAL/JANIN (FN 34), Rz. 28 765 ff.; GUYON (FN 34), Tz. 1374.

271 GUYON (FN 34), Tz. 1374.

272 Vgl. Art. L 624–3 C com; CRISTINA PERNICE, Die Insolvenzverschleppung durch das Geschäftsführungsorgan der kleinen Kapitalgesellschaft im deutschen, englischen und französischen Recht – eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Entwicklung eines europäischen Lösungsansatzes, Diss. Saarbrücken 2001, S. 162.

273 Einen persönlichen Schaden kann jedoch jeder Gläubiger persönlich nach allgemeinem Zivilrecht geltend machen; GUYON (FN 34), Tz. 1374.

274 Siehe nur GUYON (FN 34), II, Tz. 1378 ff.

275 Art. L 624–3 al 3 C com; HABERSACK (FN 263), S. 205.

teil<sup>276</sup> vermindert ist.<sup>277</sup> In diesem Fall hat die Geschäftsleitung die Gesellschafterversammlung einzuberufen und diese zu informieren. Werden in der Versammlung keine Kapitalmaßnahmen beschlossen, die die Verluste (zumindest teilweise)<sup>278</sup> ausgleichen können, liegt ein Auflösungsgrund vor.<sup>279</sup> Die Geschäftsleiter haben in diesem Fall die Pflicht, beim Handelsregister die Auflösung der Gesellschaft anzumelden.

Die Verletzung der Einberufungs- und Anmeldepflichten ist durch strenge Haftungsvorschriften sanktioniert. Wird die Gesellschafterversammlung nicht einberufen oder verletzt das Leitungsorgan die Pflicht zur Anmeldung der Auflösung und die sonstigen damit verbundene Pflichten, kommt es zu einer persönlichen, solidarischen Haftung gegenüber der Gesellschaft, Gesellschaftern sowie Gläubigern. Der Umfang der Haftung ist in Italien der Höhe nach auf den kausalen Schaden beschränkt, in Spanien dagegen nicht.<sup>280</sup>

Die Geltendmachung der Haftung obliegt in der Insolvenz dem Insolvenzverwalter;<sup>281</sup> die Haftung kann zwar theoretisch schon vorher bestehen,<sup>282</sup> ist aber von geringer praktischer Relevanz.

---

276 Italien: Ein Drittel; Spanien: Die Hälfte.

277 Hierzu ADENSAMER/OELKERS/ZECHNER, Verhaltenspflichten der Geschäftsleiter in der Unternehmenskrise, Zeitschrift für Rechtsvergleichung (ZfRV) 2005 (in Druck); OELKERS, Mindestkapital und Nennkapital – Leistungskraft für den Gläubigerschutz, GesRZ 2004, S. 360–372 (Teil 1), und GesRZ 2005, S. 27–33 (Teil 2); zu Italien LUCIA MAGELLI/SIMONE MASOTTO, Reform des italienischen Gesellschaftsrechts: Kapitalmaßnahmen in italienischen Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RIW 2003, S. 575; STEFANO GUIDANTONI, Un'analisi delle crisi d'impresa: Quali le responsabilità dell'organo amministrativo?, Amministrazione & Finanza 2004, S. 15–20. Zum spanischen Recht MUÑOZ PLANAS/MUÑOZ PAREDES (FN 256), S. 1348; ADOLFO SEQUEIRA MARTIN, in: Arroyo/Embid, III, S. 2470 ff.; Zur GmbH JOSÉ RAMÓN SALELLES, in: Arroyo/Embid, Comentarios a la Ley de sociedades de responsabilidad limitada, 1997, S. 1028 ff.

278 Ein vollständiger Verlustausgleich ist etwa nach spanischem Recht nicht vorgesehen: siehe SEQUEIRA MARTIN, in: Arroyo/Embid (FN 27), III, S. 2482. Zur GmbH RAMÓN SALELLES, in: Arroyo/Embid (FN 277), S. 1030.

279 Italien: Art. 2447 c. c. Spanien: Art. 260.1.4 LSA.

280 STS vom 7. Mai 2004 (328/2004). PÉREZ CARILLO (FN 71), S. 156 ff., 158; SEQUEIRA MARTIN, in: Arroyo/Embid (FN 27), III, S. 2507. Art. 262.5 LSA. Siehe auch RAMÓN SALELLES, in: Arroyo/Embid (FN 277), S. 1042 f. mit Nachweisen zur Judikatur.

281 Italien: Art. 146 Abs. 2 und 31 fall. Der Insolvenzverwalter bedarf die Genehmigung des Richters, außerdem ist zuvor die Anhörung des Gläubigerausschusses vorgesehen. Die ausschließliche Klagebefugnis des Insolvenzverwalters wird in Italien dadurch durchbrochen, dass Neugläubigern auch im Konkurs eine eigene Klagslegitimation bleibt, vgl. Cass 20 giugno 2000, n 8368, Il Fallimento 2001, S. 745; Cass 19 settembre 1995, n 9887, Giurisprudenza Commerciale 1996, S. 3255, sowie Il Fallimento 1996, S. 241; Gaffuri, Nota a Trib Torino 10 febbraio 1995, Fa 1153 f.: kritisch hierzu etwa ROBERTO WEIGMANN, Nota a Cass 19 settembre 1995, n 9887, Giurisprudenza Italiana, S. 295 ff. Nach spanischem Recht ist die Haftung als persönliche, direkte Haftung für die Gesellschaftsschulden konzipiert, die aber dennoch vom Insolvenzverwalter geltend gemacht wird.

282 Spanien: SEQUEIRA MARTIN, in: Arroyo/Embid (FN 27), III, S. 2506 f.

(iv) Niederlande

Art. 2:138/248 BW sieht eine Haftung jedes Vorstandsmitglieds für die im Konkurs nicht gedeckten Verbindlichkeiten vor,<sup>283</sup> wenn es seine Aufgaben offenbar schlecht erfüllt<sup>284</sup> und dadurch die Insolvenz der Gesellschaft herbeigeführt hat. Bei Verletzung der Pflicht zur Buchführung und zur Erstellung des Jahresabschlusses wird eine offenbare schlechte Geschäftsführung unwiderleglich und die Kausalität der Herbeiführung der Insolvenz widerleglich vermutet, was für die hohe praktische Bedeutung der Regelung eine entscheidende Rolle spielt.<sup>285</sup> Die Aktivlegitimation für die Geltendmachung der Haftung liegt ausschließlich beim Insolvenzverwalter, der sich zugleich aber auch auf die allgemeine Vorstandshaftung stützen kann.<sup>286</sup>

## IX. Entscheidung durch eine Behörde

### 1. Strafgerichtsbarkeit

Eine Gemeinsamkeit der untersuchten Rechtsordnungen besteht in der Pflicht des Vorstands, seine Entscheidungen am Gesellschaftsinteresse und nicht an seinen eigenen Interessen auszurichten (Treuepflicht), die durch die zivilrechtliche Haftpflicht sanktioniert ist. Die Pflicht zum Schadenersatz entfaltet aber in Fällen vorsätzlicher persönlicher Bereicherungen keine ausreichende Präventivwirkung. Die Verlockung der Bereicherung kann so groß, die Entdeckungswahrscheinlichkeit so gering sein, dass das Vorstandsmitglied das Risiko, die «gestohlene» Bereicherung zurückgeben zu müssen und zusätzlich seine Stellung zu verlieren, in Kauf nehmen wird. Hier muss die Strafsanktion um vieles höher sein als der monetäre Schaden der Gesellschaft. Als gemeinsames Prinzip aller untersuchten Rechtsordnungen lässt sich formulieren, dass dieser erhöhte Sanktionsbedarf nicht ausschließlich vom zivilen Haftpflichtrecht, sondern zusätzlich vom gerichtlichen *Strafrecht* befriedigt wird. Eine ebenfalls denkbare Vervielfachung des «Schadenersatzes» gibt es

---

283 Der Richter kann den Betrag, für den die Vorstandsmitglieder haften, herabsetzen, wenn dieser im übermäßig hoch erscheint. Er hat die Art. und der Schwere der schlechten Pflichterfüllung, sowie anderen Ursachen des Konkurses zu berücksichtigen. Auch für das einzelne Vorstandsmitglied besteht diese Herabsetzungsmöglichkeit (Abs. 4).

284 Hierunter ist leichtsinniges und unverantwortliches Verhalten des Vorstands zu verstehen, deren Pflichtwidrigkeit offen zu Tage liegt, siehe etwa HR 8.6.2001, NJ 2002, S. 454. Im Zweifel ist eine solche Pflichtverletzung nicht anzunehmen, siehe OLG Den Haag, 8.7.1999, JOR 2000, S. 93. Entscheidungsüberblick bei WESSELS, Vijftien jaar bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement [Fünfzehn Jahre Vorstandshaftung für Herbeiführung der Insolvenz], SV&V 2003, S. 168.

285 Siehe WESSELS (FN 284), S. 168.

286 Vgl. HR 8.7.2001, Rs C-99/298 und Rs C-99/299, m. Anm. WEZEMAN, OR 2001/12.

in den hier untersuchten europäischen Rechtsordnungen nicht, wofür sich ökonomische Überlegungen<sup>287</sup> und allgemein der Ausgleichsgedanke des Schadenersatzrechts<sup>288</sup> anführen lassen. Als weiterer Grund für das Eingreifen des gerichtlichen Strafrechts lässt sich die *unbedingte Sanktionierung* schwerer Pflichtenverstöße identifizieren: Der öffentliche Ankläger verfolgt die Pflichtverletzung jedenfalls und nicht nur dann, wenn die Verfolgung für den Geschädigten ökonomisch vorteilhaft ist.<sup>289</sup>

Die besondere Bedeutung des Strafrechts gerade für die Vorstandshaftung lässt sich auch daraus erkennen, dass das – vielfach einschlägige – Vermögensdelikt der *Untreue* historisch im Rahmen gesellschaftsrechtlicher Reformbestrebungen diskutiert wurde<sup>290</sup> und teilweise – in Österreich – auch systematisch zuerst in gesellschaftsrechtlichen Gesetzen normiert werden sollte, bis der allgemeine strafrechtliche Gedanke erkannt wurde.<sup>291</sup> In Österreich wurde die Untreue gerade wegen gesellschaftsrechtlicher Anlassfälle geschaffen und sogar rückwirkend in Kraft gesetzt.<sup>292</sup> Der Mannesman-Fall in Deutschland<sup>293</sup> zeigt auch in diese Richtung, unabhängig davon, wie die Bedeutung im Einzelnen aussehen mag.

## 2. Sonstige wesentliche Behördenkompetenzen

### a) Italien – Zwangsverwaltung

Das italienische Recht kennt in Gestalt der gerichtlichen Einsetzung eines *Zwangsverwalters* ein Instrument gegen schwere Pflichtverletzungen durch die Geschäftsleiter. Ihre Bedeutung liegt weniger in einem zusätzlichen Sanktions-, sondern vielmehr in einem Durchsetzungsmechanismus, da sie die Befugnis des Gerichts vorsieht, auf Antrag einer Minderheit die Geschäftslei-

---

287 Vermögensrestriktion des Vorstandsmitglieds und – damit verbunden – Zuwachs an Glaubwürdigkeit der Verhängung der Sanktion: siehe ECKERT/GRECHENIG/STREMITZER, in: KALSS (FN 7), S. 108 f.

288 Siehe HELMUT KOZIOL, JBI 1998, S. 619; KOZIOL, Principles of European Tort Law, ZeuP 2004, S. 234.

289 Siehe hierzu bereits oben II.2.b).

290 Siehe zu Art. 249 ADHGB idF 1884 die Aml. Begründung abgedruckt bei SCHUBERT/HOMMELHOFF (FN 11), S. 514.

291 Siehe zum österreichischen GmbHG die Rede FRANZ KLEINS vor dem Abgeordnetenhaus, abgedruckt bei DORALT/KALSS, Franz Klein – Vorreiter des modernen Aktien- und GmbH-Rechts, 2004, S. 249 f.

292 Der Anlassfall war der Verwaltungsratsvorsitzende der Boden-Creditanstalt Fritz Ehrenfest Ende der 1920er-Jahre, der sich jedoch durch Flucht ins Ausland der Strafverfolgung entzog, siehe VIKTOR LIEBSCHER, in: Wiener Kommentar zum StGB, Wien 1982, § 153, Rn. 1; s. a. KARL AUSCH, Als die Banken fielen – Eine Soziologie der politischen Korruption, Wien, Frankfurt/Zürich 1968, S. 363 ff.

293 Zum aktuellen Stand des Verfahrens (Mai 2005) siehe Der Spiegel 19/2005, S. 102 ff.

tung zu ersetzen; die neue Geschäftsleitung ist dann zur Geltendmachung von Haftungsklagen gegen die alten Verwalter befugt.

Die Zwangsverwaltung ist im Rahmen der bereits oben erörterten Sonderprüfung vorgesehen. Die Einsetzung eines Zwangsverwalters kann im Falle des fundierten Verdachts auf grobe Unregelmäßigkeiten in der Geschäftsführung auf das Betreiben von einer Minderheit, die 10 % des Grundkapitals oder eine statutarisch bestimmte niedrigere Quote hält, verlangt werden (Art. 2409 c. c.). Die vorherige Einleitung der Sonderprüfung steht im freien Ermessen des Gerichts. Es kann diese nicht nur im Fall offensichtlich unbegründeter Anträge (ohne nähere Untersuchung) ablehnen, sondern auch dann, wenn bereits die Anhörung der Verwaltungs- bzw. Kontrollräte ausreichende Anhaltspunkte für Pflichtverletzungen bot. Diesfalls ist das Gericht berechtigt,<sup>294</sup> die Phase der Sonderprüfung zu überspringen und die Verwaltungsräte unmittelbar durch einen von ihm bestellten Verwaltungsrat (*amministratore giudiziario*) zu ersetzen, der gegen die abberufenen Geschäftsleiter auch ohne Genehmigung der Gesellschafterversammlung mit der Haftungsklage vorgehen kann (Art. 2409 Abs. 5 c. c.).<sup>295</sup>

## b) Enquête nach niederländischem Recht

Das niederländische Recht kennt keine abgeleitete Gesellschafterklage.<sup>296</sup> An deren Stelle tritt vor allem das sog. Enquêterecht.<sup>297</sup> Dabei handelt es sich

---

294 Die Frage nach der entsprechenden Befugnis des Gerichts wurde umfassend ausjudiziert, vgl. allein Trib Verona 13 luglio 1994, *Le Società* 1994, S. 1572: Die Staatsanwaltschaft hat um die Prüfung einer Gesellschaft ersucht, nachdem sie von deren Kontrollräten wiederholt detaillierte Hinweise auf Unregelmäßigkeiten erhalten hatte. Das Gericht war der Ansicht, dass sich die Verfehlungen der Geschäftsleitung bereits im Verhör derart offenkundig zeigten, dass auf eine Sonderprüfung zu verzichten und das Leitungsorgan vielmehr unmittelbar durch einen gerichtlich bestellten Verwalter zu ersetzen war, um ohne weitere Verzögerung ein Funktionieren der Gesellschaft sicher zu stellen. Dem gerichtlich eingesetzten Verwalter wurde zunächst die Aufgabe übertragen, für das Jahr 1993 einen Abschluss zu erstellen, der die Mittel der Gesellschaft korrekt abbildet. Die sich aus der Bilanz ergebenden Vermögensdefizite erwiesen sich als von den ehemaligen Verwaltungsräten hinterzogen; mittels der Haftungsklage wurden sie zur Erstattung gezwungen.

295 Vgl. oben VI.1.

296 Siehe zu Ansätzen in der Vergangenheit, insbesondere zu entsprechenden Gesetzentwürfen aus 1890 bzw. 1910 KROEZE (FN 64), S. 228. Die Aufnahme der Minderheitsklage in das niederländische Recht wurde vor allem deshalb abgelehnt, weil sie in den Nachbarländern keine praktische Bedeutung erlangt hatte.

297 Vgl. HR 2.12.1994, NJ 1995, S. 288 (Poot/ABP). Ob das Enquêterecht tatsächlich ein ausreichendes Instrument darstellt, wird unterschiedlich beurteilt, siehe KROEZE, *Zelfstandige vorderingsrechten van de aandeelhouder voor schade aan het vennootschapsvermogen* [Selbständige Klagerechte für Anteilsinhaber für Schaden am Gesellschaftsvermögen], H.-J. DE KLUIVER/J. WOUTERS, *Beginselen van vennootschapsrecht in binationaal perspectief* [Grundsätze des Gesellschaftsrechts in binationaler Perspektive], 1998, S. 217 m. w. N.

zwar nicht um ein direktes Äquivalent zur Gesellschafterklage, weil es nicht auf die Durchsetzung einer Schadenersatzleistung in das Gesellschaftsvermögen gerichtet ist. Das Enquêterecht ist vielmehr ein Instrument zur Informationsbeschaffung und zur Beseitigung von Missständen durch richterliche Verhängung einstweiliger oder auch dauerhafter Maßnahmen wie z. B. die Entlassung von Vorstandsmitgliedern. Zudem ist – formal betrachtet – nicht das Verhalten des Vorstands Gegenstand der Untersuchung, sondern die Gesellschaft selbst.<sup>298</sup> Das Enquêteverfahren soll aber auch feststellen, wer für Misswirtschaft der Gesellschaft verantwortlich ist.<sup>299</sup> Aus funktionaler Sicht ist das Instrument durchaus der Minderheitsklage vergleichbar, weil es Vorstandsmitglieder dazu anhalten soll, sich pflichtgemäß zu verhalten. Das starke Interesse der Öffentlichkeit an den Verfahren der *Ondernemingskamer* kann schwerwiegende Auswirkungen auf die Reputation der betroffenen Organmitglieder haben.<sup>300</sup> Aus diesem Grund wird dem Enquêteverfahren ein starke präventive Wirkung zugeschrieben.<sup>301</sup>

Die praktische Bedeutung des Enquêterecht ist – im Gegensatz zur Minderheitsklage – erheblich: Eine 2002 gezogene Bilanz verzeichnete 171 Sonderprüfungen in 30 Jahren, die zu 90 % schlechte Unternehmensführung feststellten.<sup>302</sup> Die Tendenz ist steigend: allein im Jahr 2002 wurden 68 Anträge eingereicht.<sup>303</sup> Im Folgenden sollen einige Einzelheiten des Enquêterechts dargestellt werden.<sup>304</sup>

*Zuständigkeit:* Die Durchführung des Verfahrens liegt bei der sog. «Unternehmenskammer» (*Ondernemingskamer* – OK – oder *Companies and Business Court*),<sup>305</sup> einem beim OLG Amsterdam eingerichteten Rechtsprechungsorgan, das aus einem Senat von drei Richtern und zwei Laienrichtern besteht.<sup>306</sup> Als Laienrichter werden Experten mit langjähriger Erfahrung in

---

298 Prozessrechtlich sind die Vorstandsmitglieder im Enquêteverfahren damit nicht Partei, sondern nur Auskunftspersonen oder Zeugen, vgl. HR 3.4.2003, OR 2003/10 m. Anm. Veenstra.

299 So der HR 10.1.1990, NJ 1990, S. 466 (OGEM).

300 THEO RAAIJMAKERS, Corporate Governance en het enquêterecht [Corporate Governance und Enquêterecht], NJB 2003, S. 027.

301 LEVINIUS TIMMERMAN, De slechtheid van de groepsmens [Das Schlechte des Gruppenmens], OR 2004, S. 327.

302 H.-J. SMIT, Na 30 Jaar enquêterechtspraak van de Ondernemingskamer [Nach 30 Jahren Sonderprüfungsrechtsprechung der Unternehmenskammer], OR 2002, S. 2.

303 A. K. VAN DE VORST-GLERUM, Kort jaarverslag van de Ondernemingskamer [Kurzer Jahresübersicht der Unternehmenskammer], OR 2003, S. 13.

304 Siehe für Ausführungen in Deutscher Sprache: JAN GERNOTH/MARTHA MEINEMA, Niederländisches Enquêterecht: Vorbild für das deutsche Sonderprüfungsrecht?, RIW 2000, S. 844 ff.

305 Siehe den Tagungsband gewidmet: Josephus Jitta et al., *The Companies and Business Court from a comparative law perspective*, 2004.

306 Art. 66 des nGerichtsorganisationsgesetz (Wet van 18 April 1827 op de rechterlijke organisatie).

(meist größeren) Unternehmen, als Wirtschaftsprüfer oder im akademischen Bereich bestellt. Durch die Spezialisierung des Gerichtes und durch spezielle verfahrensrechtliche Vorschriften können die – zahlreichen – Verfahren rasch abgewickelt werden.

*Antragsberechtigung:* Antragsberechtigt sind Anteilseigner, die mindestens 10% des Kapitals oder Anteile mit einem Nennwert von mindestens EUR 225 000.– halten.<sup>307</sup> Überdies kann der Generalstaatsanwalt<sup>308</sup> und unter bestimmten Voraussetzungen auch Arbeitnehmervereinigungen<sup>309</sup> die Durchführung einer Sonderprüfung beantragen, was allerdings kaum vorkommt.<sup>310</sup> Die Satzung kann die Antragsbefugnis erweitern; auch der Masseverwalter hat ein Antragsrecht.<sup>311</sup>

*Weitere Voraussetzungen:* Die OK gibt dem Antrag statt, wenn an einer *richtigen Führung* der Gesellschaft begründete Zweifel bestehen, wobei an die Darlegung solcher Zweifel ein relativ niedriger Maßstab angelegt wird.<sup>312</sup> Zudem ist es Voraussetzung, dass die Beschwerden zuvor dem Vorstand und dem Aufsichtsrat bekannt gegeben und diesen damit die Möglichkeit gegeben wird, die Beschwerden innerhalb angemessener Frist zu beseitigen.<sup>313</sup>

*Sonderprüfung:* Die OK bestellt sodann einen oder mehrere Prüfer, die die Geschäftsführung und den Geschäftsbetrieb untersuchen.<sup>314</sup> Die Prüfer können in sämtliche Unterlagen der Gesellschaft Einsicht nehmen, Auskünfte von Organmitgliedern und Arbeitnehmern verlangen und diese auch als Zeugen vorladen. Die Untersuchung verläuft unter der Aufsicht der OK, die Prüfer haben regelmäßig über den Verlauf zu berichten. Ziel der Prüfung ist die Feststellung, ob «Misswirtschaft» (*wanbeleid*) vorliegt, d. h. eine den ele-

---

307 Die Schwellen können in der Satzung herabgesetzt werden, Art. 2:346b BW. Bei börsenkotierten Unternehmen kommt es vor, dass Enquêteverfahren durch Anlängerverbände, z. B. der Vereniging van Effectenbezitters (VEB) in Gang gesetzt werden, siehe JOSEPHUS JITTA, Procedural aspects of the right of inquiry, in: Josephus Jitta et al. (FN 305), S. 13. Erst vor kurzem wurde einem Antrag auf Untersuchung nach der Ablauf beim Ahold Konzern von der Unternehmenskammer stattgegeben, siehe OLDEN, Anm. zu OK 6. 1. 2005, OR 2005, S. 99 (Ahold). In diesem Fall wurde die Antragsberechtigung durch das Erreichen der Nennbetragsschwelle (EUR 225 000.–) erreicht, einem Anteil von bloß 0,06% des gezeichneten Kapitals entsprach.

308 Art. 3:345 Abs. 2 BW.

309 Art. 2:347 BW.

310 JOSEPHUS JITTA, Procedural aspects of the right of inquiry, in: Josephus Jitta et al. (FN 305), S. 13.

311 OK 20. 1. 1997, NJ 1998, S. 613, bestätigt in HR 19. 5. 1999, NJ 1999, S. 760.

312 Art. 2:350 Abs. 1 BW. Aus den vorgebrachten Umständen muss das Gericht entnehmen können, dass bei näherer Untersuchung eine unrichtige Betriebspolitik offen gelegt werden würde. So kann z. B. das Nicht-Reagieren des Vorstandes auf die Beschwerdengründe bereits einen solchen Grund darstellen.

313 Art. 3:349 BW.

314 Die Auswahl des Prüfers erfolgt in der Praxis zumeist nach Rücksprache mit allen Beteiligten, ASSER-MAEIJER (FN 58), 2-III, Nr. 529.

mentaren Grundsätzen verantwortlicher Unternehmensleitung widersprechende Geschäftsführung.<sup>315</sup>

*Anordnung von Maßnahmen:* Nach Feststellung von Misswirtschaft kann die OK auf Antrag eine oder mehrere gesetzlich festgelegte Maßnahmen anordnen. Als Maßnahmen kommen z. B. die Abberufung von Organmitgliedern, die Nichtigerklärung von Gesellschafterbeschlüssen, die einstweilige Übertragung von Gesellschaftsanteilen auf Dritte, schließlich die Auflösung der Gesellschaft in Betracht. Seit 1994 hat die OK überdies die Möglichkeit, diese Maßnahmen einstweilig, d. h. während der laufenden Sonderprüfung, anzuordnen.

## X. Zusammenfassung

1. Die Haftung des Geschäftsleiters hat die Aufgabe, diesen zu sorgfältigem und loyalen Verhalten anzuhalten. Durchsetzungskosten wirken ganz allgemein hemmend auf die anreizstiftende Funktion dieser Regelungen.
2. Es ist Aufgabe des Strafrechts, eine Sanktionierung schwerer Pflichtverletzungen unabhängig vom privaten Interesse des Klägers durchzusetzen.
3. Über den strafrechtlich sanktionierten Bereich hinaus ist ein «Durchsetzungsautomatismus» der zivilrechtlichen Haftung des Vorstands nicht empfehlenswert und in den untersuchten europäischen Aktienrechtsordnungen auch nicht anzutreffen.
4. Die Entscheidung über die Durchsetzung der Haftung ist am Gesellschaftsinteresse auszurichten und erfordert eine Abwägung einer Reihe von Faktoren, wie die erwartete Ersatzleistung in das Gesellschaftsvermögen, erwartete ersatzfähige und nicht ersatzfähige Prozesskosten, sonstige Auswirkungen auf das Gesellschaftsvermögen sowie die Zahlungsfähigkeit des Haftpflichtigen. Dies schließt eine – wiederum haftungsrechtliche – Überprüfung der Entscheidung des jeweils befugten Organs nicht aus.
5. Die untersuchten Aktienrechte sehen für die Entscheidung über die Durchsetzung der Vorstandshaftung durchwegs besondere Regelungen vor. Vorrangiger Zweck dieser Regelungen ist es, die vielfältigen, bei dieser Entscheidung auftretenden Interessenkonflikte auszugleichen und eine möglichst am Gesellschaftsinteresse ausgerichtete Entscheidung sicherzustellen.

---

315 HR 10.1.1990, NJ 1990, S. 466 (OGEM). Die OK tendiert dazu, den Begriff der Misswirtschaft breit auszulegen. So stellte die OKM in der Rs HGB fest, weil sich der Vorstand ohne vorherige Konsultation der Hauptversammlung dafür entschieden hatte, ein anderes Unternehmen nicht zu übernehmen, sondern mit diesem statt dessen im Rahmen eines Joint Venture zu kooperieren. Dieses Verhalten war laut OK eine Verletzung der in den Niederlanden herrschenden Auffassungen von guter Unternehmensführung. Die Entscheidung der OK wurde durch den Hoge Raad aufgehoben, HR 21.2.2003, NJ 2003, S. 182.

6. In monistischen Systemen kann die Entscheidung über die Haftungsdurchsetzung in manchen Ländern eigenständig vom Verwaltungsrat (Board) getroffen werden, andere schließen diese Befugnis ausdrücklich aus und verlangen einen Hauptversammlungsbeschluss. Eine ausschließliche Kompetenz des Verwaltungsrats besteht nirgends.
7. In der vollen Durchbildung des dualistischen Systems hat der Aufsichtsrat die Befugnis zur Geltendmachung der Vorstandshaftung, der Vorstand hat eine solche Kompetenz nicht. Diese Regelung ist allerdings nur in drei Staaten anzutreffen, nämlich in Deutschland, Italien und Polen; auch in Österreich wird dies in der Rechtsliteratur zunehmend vertreten. Andere Rechtsordnungen sehen eine mit der des Vorstands konkurrierende Befugnis des Aufsichtsrats vor (so eine Meinung in Österreich) oder ermächtigen den Aufsichtsrat für den Fall konkreter Interessenkonflikte zur Klageerhebung (Niederlande). Frankreich sieht nur eine Kompetenz des Vorstands vor.
8. Insgesamt lässt sich sowohl für dualistische als auch für monistische Systeme sagen, dass die Vorstandshaftung im Stadium der werbenden Gesellschaft nur selten durchgesetzt wird. Dies mag mit der Befangenheit der entscheidungsbefugten Personen zusammenhängen, könnte aber auch daran liegen, dass die Durchsetzungskosten – und hier besonders die schwer abschätzbaren Auswirkungen auf die Reputation der Gesellschaft – im Fall der Vorstandshaftung besonders hoch sind. Zudem mag die Ersatzleistung vielfach an Vermögensrestriktionen (nicht versicherter) Vorstandsmitglieder scheitern.
9. Die Mehrzahl der untersuchten Rechtsordnungen sehen die Befugnis der Hauptversammlung vor, über die Geltendmachung von Haftungsansprüchen zu beschließen (Deutschland, England, Italien, Niederlande, Österreich, Schweden, Schweiz, Spanien). Diese Befugnis konkurriert mit einer allenfalls bestehenden Kompetenz des Verwaltungs- oder Aufsichtsrats.
10. Typischerweise sind begleitende Regelungen vorgesehen, die eine unverfälschte Willensbildung der Hauptversammlung sicherstellen wollen, etwa ein Stimmverbot der (direkt) betroffenen Personen (Deutschland, Italien, Österreich, Schweden, wohl auch Spanien), die zwingende Bemessung der Stimmkraft nach dem Nennwert der Aktien (Schweiz) oder auch Regelungen, die eine Ergänzung der Tagesordnung erleichtern (Italien, Spanien).
11. Zudem ist die Hauptversammlung in manchen Rechtsordnungen ausdrücklich befugt, einen besonderen Prozessvertreter zur Geltendmachung der Ansprüche zu bestellen (Deutschland, Österreich, Schweiz).
12. Die Zuständigkeit der Hauptversammlung ist auch für die *negative* Durchsetzungsentscheidung gegeben, nämlich für die Entscheidung über

Verzicht und Vergleich: Fast durchwegs bedürfen diese Rechtsgeschäfte der Zustimmung der Hauptversammlung (Ausnahme: Polen). In Frankreich sind Haftungsansprüche überhaupt nicht verzichtbar. Dies soll einem kollusiven Zusammenwirken der Mitglieder der Verwaltungsorgane vorbeugen.

13. Darüber hinaus sind durchwegs – soweit es ein Minderheitsrecht auf Durchsetzung der Haftungsansprüche gibt – Regelungen zur Wahrung des Minderheitsrechts vorgesehen. Dies geschieht entweder dadurch, dass Verzicht und Vergleich den dissentierenden Minderheitsgesellschaften gegenüber nicht wirksam sind (Schweiz, Polen) oder durch ein Vetorecht einer entsprechenden Beteiligungsquote (Italien, Spanien, Schweden, Slowakei, Slowenien). Allein im österreichischen und – seit der Neuregelung durch das UMAG – auch im deutschen Recht fallen die für die Durchsetzung der Geltendmachung der Ersatzansprüche und die für ein Veto erforderlichen Beteiligungsquoten auseinander.
14. Vielfach ist vorgesehen, dass ein Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft den Gläubigern bzw. dem Insolvenzverwalter gegenüber nicht wirksam ist (Deutschland, England, Niederlande, Österreich, Schweden, Schweiz).
15. In fast allen Rechtsordnungen (Ausnahme: Niederlande) ist die Befugnis einzelner Aktionäre oder einer bestimmten Minderheit vorgesehen, Haftungsansprüche der Gesellschaft geltend zu machen.
16. Diese Befugnis ist in zwei Grundmodellen ausgeprägt: Als Befugnis der Minderheit, im eigenen Namen Ersatzansprüche der Gesellschaft auf deren Rechnung zu verfolgen (abgeleitete Gesellschafterklage), und als Befugnis, die Verfolgung von Ersatzansprüchen durch die Gesellschaft durchzusetzen.
17. In den meisten Rechtsordnungen muss die Minderheit eine bestimmte Beteiligungsschwelle – bei börsennotierten Gesellschaften zwischen 1 % und 10 % des Nennkapitals – erreichen, andere sehen eine derartige Begrenzung nicht vor (England, Frankreich, Schweiz). Da der wirtschaftliche Anreiz zur Klageerhebung mit fallender Beteiligungsquote sinkt, haben derartige Regelungen keine allzu große Auswirkung.
18. Von weit größerer Bedeutung sind die Regelungen über die Tragung der Prozesskosten: Die Mehrzahl der untersuchten Rechtsordnungen sehen vor, dass die Minderheit auf eigenes Risiko prozessiert (Frankreich, Italien, Österreich, Schweden, Spanien), woraus ein starker negativer Anreiz zur Klageerhebung resultiert: Die Minderheit profitiert von der Ersatzleistung nur in Höhe der Beteiligungsquote, muss aber das gesamte Prozesskostenrisiko tragen. Dies lässt die Klageerhebung gerade bei kleineren Beteiligungsquoten nur in Ausnahmefällen wirtschaftlich sinnvoll erscheinen.

19. Demgegenüber sieht die Schweiz die Befugnis des Richters vor, die Gesellschaft (am Ende des Haftungsprozesses) nach seinem Ermessen an den Prozesskosten zu beteiligen. Da die Ausübung des Ermessens nur eingeschränkt vorhersehbar ist, beseitigt die Regelung den negativen Anreiz nur teilweise.
20. In England und Deutschland wird bereits am Ende eines gerichtlichen Vorverfahrens – i. d. R. endgültig – über die Tragung des Kostenrisikos durch die Gesellschaft entschieden.
21. Für die Effektivität des Minderheitsrechts ist es von entscheidender Bedeutung, wie sich die Minderheit mit den für die Klagsführung notwendigen Informationen versorgen kann. Das Informationsbedürfnis hängt davon ab, ob die Geltendmachung der Haftungsansprüche einem besonderen Prozessvertreter mit Zugang zu gesellschaftsinternen Informationen übertragen wird. In diesem Fall ist diese Hürde als erheblich geringer einzuschätzen.
22. In den meisten Rechtsordnungen kann sich die Minderheit zuvor durch eine Sonderprüfung mit Informationen versorgen, regelmäßig läuft die hierzu erforderliche Beteiligungsschwelle mit jener für die Erhebung der Haftungsklage parallel. Allein in der Schweiz verlangt die Sonderprüfung eine Beteiligung von 10%, wodurch das Fehlen einer Schwelle bei der Durchsetzung von Haftungsansprüchen in seinen Auswirkungen wohl erheblich vermindert wird.
23. Das geltende englische Recht schränkt die Minderheitsklage auf andere Weise ein: Haftungsansprüche können nur bei bestimmten (nicht nachträglich genehmigungsfähigen) Pflichtverletzungen erhoben werden und überdies nur dann, wenn die Haftpflichtigen die Willensbildung der Gesellschafterversammlung kontrollieren. Die Minderheitsklage ist damit im Wesentlichen auf die Substitution eines Stimmverbots zurückgeschnitten.
24. Insgesamt hat die Minderheitsklage in keiner untersuchten Rechtsordnung größere Bedeutung erlangt, was angesichts der dargestellten restriktiven Regelungen nicht überrascht. Das neue deutsche Recht erleichtert den Zugang zur Minderheitsklage weitaus am meisten.
25. Angesichts dieser Beobachtung lohnt ein Blick auf das niederländische Recht, das zwar keine Minderheitsklage und Sonderprüfung, dafür aber ein funktionales Äquivalent in Gestalt des sog. Enquêterechts kennt. Mit der Minderheitsklage (und der Sonderprüfung) hat es gemeinsam, dass das Verfahren auf Betreiben einer Minderheit initiiert werden kann. Es unterscheidet sich von der Minderheitsklage durch die behördliche Informationsbeschaffung und der Breite der Sanktionen, die im Einzelfall verhängt werden können: Die Palette reicht von der bloßen Feststellung einer Pflichtverletzung über die Abberufung von Geschäftsleitern zur

Auflösung der Gesellschaft. Im Gegensatz zur Minderheitsklage hat das Verfahren große praktische Bedeutung. Auch das italienische Recht kennt in Gestalt der Zwangsverwaltung ein ähnliches – allerdings bei weitem nicht so durchgebildetes – Instrument.

26. In den meisten untersuchten Rechtsordnungen ist die Befugnis einzelner Gläubiger vorgesehen, Haftungsansprüche der Gesellschaft durchzusetzen. Ihre – relativ geringe – praktische Bedeutung entfaltet dieses Instrument dann, wenn ein Insolvenzverfahren unterbleibt.
27. Die weitaus größte praktische Bedeutung hat die Befugnis des Insolvenzverwalters, Haftungsansprüche der Gesellschaft geltend zu machen. Diese Befugnis konkurriert in vielen Rechtsordnungen mit der Möglichkeit der Verfolgung spezieller insolvenzrechtlicher Haftungstatbestände.