

# Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

## Aufsätze

Marc-Philippe Weller / Moritz Böbel / Vivien Jung\*

### Aktionärsklimaklagen

ZIP0075811

*Der Beitrag untersucht – ausgehend von Fällen aus dem anglo-amerikanischen Ausland –, ob Aktionären deutscher Aktiengesellschaften gesellschaftsrechtliche Instrumente zur Verfügung stehen, um klageweise Einfluss auf die Klimastrategie des Unternehmens zu nehmen. Dabei wird festgestellt, dass verschiedene aktienrechtliche Instrumente dem Grunde nach dafür geeignet sind. Dies wirft die Frage auf, ob deutsche Gesellschaften im In- und Ausland künftig vermehrt in den Fokus von activist shareholders geraten könnten.*

#### I. Einführung

Die Bewältigung der Klimakrise gehört zu den großen Herausforderungen des 21. Jahrhunderts. Schon heute beobachten wir eine Zunahme von Extremwetterereignissen, den Anstieg des Meeresspiegels und eine Beschleunigung des Artensterbens.<sup>1</sup> Der Klimawandel ist ein wesentlicher Migrationstreiber; er befeuert soziale Spannungen, humanitäre Krisen, politische und militärische Konflikte.<sup>2</sup>

2015 setzte die internationale Staatengemeinschaft mit dem Pariser Klimaabkommen zwar einen wichtigen Meilenstein im Kampf gegen den Klimawandel.<sup>3</sup> Auch haben die EU-Mitgliedstaaten vor diesem Hintergrund vereinbart, den EU-Raum bis 2050 zur weltweit ersten klimaneutralen Wirtschaft und Gesellschaft umzubauen.<sup>4</sup> Allerdings fehlt es bislang noch weitgehend an einer diesbezüglichen Einbindung der Unternehmen.<sup>5</sup> Dies schafft Raum für NGOs, die via Klimaklagen gegen Großunternehmen die Klimatransformation zu beschleunigen versuchen.<sup>6</sup> In Deutschland dominieren dabei bisher deliktsrechtliche Klimaklagen.<sup>7</sup> Der rechtsvergleichende Blick in den angelsächsischen Raum offenbart indes: Denkbar sind auch gesellschaftsrechtliche Klimaklagen.<sup>8</sup>

So geht die NGO *Client Earth* vor Gerichten in London gegen das *Board of Directors* des britisch-niederländischen Mineralöl- und Erdgaskonzerns *Shell plc* wegen „*mismanaging climate risk*“ vor.<sup>9</sup> Und im US-Bundesstaat New York klagte *Zahava Rosenfeld* als Aktionärin im Wege einer *derivative action* gegen

\* Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, Licencié en droit (Montpellier), ist Direktor, Moritz Böbel ist Wissenschaftlicher Assistent und Vivien Jung ist studentische Mitarbeiterin am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg. Die Verf. danken Wiss. Mit. Theresa Hößl für wertvolle Hinweise.

1 IPCC, AR6 Synthesis Report: Climate Change 2023, abrufbar unter: [https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC\\_AR6\\_SYR\\_FullVolume.pdf](https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_FullVolume.pdf) (zuletzt abgerufen am 24.1.2025).

2 Vgl. Jahresgutachten 2023 des Sachverständigenrats für Integration und Migration der Bundesregierung, abrufbar unter: [https://www.svr-migration.de/wp-content/uploads/2023/06/SVR-Jahresgutachten\\_2023\\_barrierefrei.pdf](https://www.svr-migration.de/wp-content/uploads/2023/06/SVR-Jahresgutachten_2023_barrierefrei.pdf) (zuletzt abgerufen am 24.1.2025).

3 Die Signatarstaaten verpflichten sich in dessen Artikel 2, Maßnahmen zu ergreifen, die den Anstieg der durchschnittlichen Erdoberflächentemperatur deutlich unter 2 °C (und idealerweise unter 1,5°C) gegenüber dem vorindustriellen Niveau halten, Übereinkommen von Paris vom 12.12.2015 im Rahmen der 21. UN-Klimarahmenkonferenz (COP 21). Es zählt 195 Vertragsstaaten (Stand: 31.7.2024). Abrufbar unter: [www.unfccc.int/process/the-paris-agreement/status-of-ratification](http://www.unfccc.int/process/the-paris-agreement/status-of-ratification) (zuletzt abgerufen am 24.1.2025).

4 Vgl. Weller/Hößl/Seemann, ZIP 2024, 209.

5 Vgl. zu Art. 22 CSDDD und zu Vorschlägen *de lege ferenda* Weller, Klimatransformation des Gesellschaftsrechts, DJT-Gutachten 2024, I/F 1 ff.; Weller/Schwemmer, AG 2024, 517.

6 Vgl. Kahl/Weller, Climate Change Litigation, 2021.

7 Schwemmer et al., Global Perspectives on Corporate Climate Legal Tactics, in: British Institute of International and Comparative Law (BI-ICL), 2024; Tran, Grenzüberschreitende Klimaklagen, 2024.

8 Vgl. bereits Fleischer, AG 2023, 833.; Weller/Hößl/Radke, Nachhaltigkeit im Wirtschaftsrecht, 2023, S. 146 ff.

9 Pressemitteilung von *Client Earth* vom 9.2.2023, [www.clientearth.org/latest/press-office/press/clientearth-files-climate-risk-lawsuit-againstshell-s-b](http://www.clientearth.org/latest/press-office/press/clientearth-files-climate-risk-lawsuit-againstshell-s-b)

Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder der *Deutschen Bank AG*.<sup>10</sup> Den gleichen Ansatz verfolgten *Hausmann et al.* als Aktionäre der *Bayer AG*.<sup>11</sup> Die beiden US-amerikanischen *derivative suits* sind zwar nicht auf die Durchsetzung klimabezogener Sorgfaltspflichten gerichtet, zeigen aber das (Droh-)Potential von Aktionärsklagen auch für deutsche Aktiengesellschaften.

Die nachfolgende Tour d'horizon nimmt diese Auslandsverfahren zum Anlass, zunächst die Erfolgsaussichten von Primärleistungsklagen gegen Vorstandsmitglieder zu skizzieren. Da es bei diesen um die Erfüllung und Durchsetzung der Leitungspflicht des Vorstands aus § 76 Abs. 1 AktG<sup>12</sup> in einer spezifischen Art und Weise (*specific performance*) geht, werden diese Klagen im Folgenden als Primärleistungsklagen bezeichnet (unter II). Im Gegensatz dazu geht es bei Sekundärleistungsklagen um Schadensersatz bzw. Regress nach einer erfolgten Organpflichtverletzung; diese haben in Deutschland in § 93 Abs. 2, §§ 147 f. AktG eine spezifische materiellrechtliche und prozessuale Regelung erfahren (unter III). Anschließend werden Anträge auf Ergänzung der Tagesordnung der Hauptversammlung nach § 122 AktG (unter IV), Anfechtungsklagen gegen Entlastungsbeschlüsse nach §§ 120, 246 AktG (unter V) sowie gegen Gewinnverwendungsbeschlüsse nach §§ 174, 246 AktG (unter VI) als weitere potentielle Einfallstore für *shareholder climate activism* eruiert.

## II. Primärleistungsklagen gegen Mitglieder des Vorstands

Fraglich ist, ob Vorstandsmitglieder auf Vornahme (unter 1) oder Unterlassung (unter 2) bestimmter klimabezogener Geschäftsführungsmaßnahmen verklagt werden können oder ob – als Minus zu einer Leistungsklage – diesbezügliche Feststellungsklagen zulässig sind (unter 3).

### 1. Klagen auf Vornahme klimafreundlicher Geschäftsführungsmaßnahmen

#### a) UK: Client Earth's Derivative Claim gegen das Board of Directors von Shell

Aktionärsklagen auf Vornahme klimafreundlicher Geschäftsführungsmaßnahmen sind nicht undenkbar, wie das englische Recht erhellt. *Client Earth* hatte im Vorfeld 27 Aktien von *Shell* erworben und klagt nun als Aktionärin im Wege einer *derivative action* gegen die Verwaltungsratsmitglieder von *Shell*.<sup>13</sup> *Client Earth* macht geltend, diese hätten nur unzureichend Maßnahmen zur klimaneutralen Transformation des Unternehmens eingeleitet und damit ihre *statutory duties* aus Section 172 und 174 UK Companies Act 2006 verletzt („*mismanaging climate risk*“).<sup>14</sup> *Client Earth* leitet aus diesen generalklauselartigen Vorgaben konkrete klima- und umweltbezogene Verhaltenspflichten ab.<sup>15</sup> Die Klage von *Client Earth* ist erstens auf Feststellung dieser vorgetragenen Rechtsverletzungen („*declaratory relief*“) und zweitens auf Naturaldurchsetzung der angeführten klimabezogenen Organpflichten („*injunctive relief*“) gerichtet.<sup>16</sup> Diese Pflichten bestehen zwar nur im Verhältnis zwischen den Verwaltungsratsmitgliedern und der Gesellschaft, können aber in England von einzelnen Aktionären nach Maßgabe der Sections 260 – 264 UK Companies Act 2006 im Wege einer *derivative claim* (bis 1998: *derivative action*) geltend gemacht werden. Diese ist als Individualrecht, nicht als Minder-

heitenrecht ausgestaltet, kann also von jedem Aktionär mit nur einer Aktie erhoben werden.<sup>17</sup> Ob die Pflichtverletzung des Verwaltungsratsmitglieds vor oder nach Eintritt des Aktionärs in die Gesellschafterstellung erfolgt, ist unerheblich.<sup>18</sup>

Der Geltendmachung der Ansprüche ist allerdings nach Section 261 UK Companies Act ein gerichtliches Zulassungsverfahren vorgelagert. In diesem prüft das Gericht, ob das Vorbringen im Sinne eines *prima facie case* schlüssig ist.<sup>19</sup> Hieran ist die Klage von *Client Earth* vor dem High Court gescheitert<sup>20</sup>, der Court of Appeal hat die Berufung abgewiesen.<sup>21</sup> Der

oard-with-support-from-institutional-investors/ (zuletzt abgerufen am 24.1.2025).

10 *Zahava Rosenfeld, derivatively as a shareholder of Deutsche Bank AG and on behalf of Deutsche Bank AG v. Paul Achleitner et al.* (Index No. 651578/2020), New York State Supreme Court.

11 *Hausmann et al., derivatively as shareholder of Bayer AG and on behalf of Bayer AG v. Baumann et al.* (Index No. 651500/20), New York State Supreme Court.

12 § 76 AktG verbürgt nicht nur die Leitungsautonomie als *Recht* des Vorstands, sondern beinhaltet auch dessen *Pflicht*, das Unternehmen zu leiten; zur Einordnung des § 76 Abs. 1 AktG als „Pflichtrecht“ *Fleischer*, ZIP 2003, 1 (2).

13 Börsenwert der Beteiligung zum Zeitpunkt der Klageerhebung rund € 750. Daten von <https://www.boerse.de/historische-kurse/Shell-ex-Royal-Dutch-Shell-A-Aktie/GB00BP6MXD84> (zuletzt abgerufen am 3.1.2025). *Client Earth* gibt an, die Klage werde von institutionellen Investoren, die mehr als 12 Mio. Shell-Aktien halten, unterstützt, vgl. <https://www.clientearth.org/latest/press-office/press/clientearth-files-climate-risk-lawsuit-aga-inst-shell-s-board-with-support-from-institutional-investors/> (zuletzt abgerufen am 24.1.2025).

14 Pressemitteilung von *Client Earth* vom 9.2.2023: „ClientEarth has today filed a world-first lawsuit against the Board of Directors of Shell plc for failing to manage the material and foreseeable risks posed to the company by climate change.“, [www.clientearth.org/latest/press-office/press/clientearth-files-climate-risk-lawsuit-againstshell-s-board-with-support-from-institutional-investors/](http://www.clientearth.org/latest/press-office/press/clientearth-files-climate-risk-lawsuit-againstshell-s-board-with-support-from-institutional-investors/) (zuletzt abgerufen am 24.1.2025).

15 *Client Earth v Shell Plc.* [2023] EWHC 1897 (Ch) Rz. 22: The duties owed by the Directors of Shell, as pleaded by ClientEarth, include what are pleaded as six necessary incidents of the statutory duties „when considering climate risk for a company such as Shell“. These are said to be: i) a duty to make judgments regarding climate risk that are based upon a reasonable consensus of scientific opinion; ii) a duty to accord appropriate weight to climate risk; iii) a duty to implement reasonable measures to mitigate the risks to the long-term financial profitability and resilience of Shell in the transition to a global energy system and economy aligned with the global temperature objective of 1.5°C („GTO“) under the Paris Agreement on Climate Change 2015 (the „Paris Agreement“); iv) a duty to adopt strategies which are reasonably likely to meet Shell's targets to mitigate climate risk; v) a duty to ensure that the strategies adopted to manage climate risk are reasonably in the control of both existing and future directors; and vi) a duty to ensure that Shell takes reasonable steps to comply with applicable legal obligations.“ Näher *Fleischer*, AG 2023, 833 (834).

16 *Client Earth v Shell Plc.* [2023] EWHC 1897 (Ch) Rz. 19: „The relief sought is for a declaration that the Directors have breached their duties in the manner described in the particulars of claim and a mandatory injunction requiring the Directors (a) to adopt and implement a strategy to manage climate risk in compliance with their statutory duties and (b) to comply immediately with the Dutch Order, with which it is said that Shell has failed to comply.“

17 *Fleischer*, AG 2023, 833 (834).

18 Section 260(4) UK Companies Act.

19 Section 261(2) UK Companies Act: „(1) A member of a company who brings a derivative claim under this Chapter must apply to the court for permission (in Northern Ireland, leave) to continue it. (2) If it appears to the court that the application and the evidence filed by the applicant in support of it do not disclose a prima facie case for giving permission (or leave), the court- (a) must dismiss the application, and (b) may make any consequential order it considers appropriate.“

20 *Client Earth v Shell Plc.* [2023] EWHC 1897 (Ch) Rz. 99.

21 *Client Earth v. Shell Plc.* [2023] EWCA 14.11.2023 – CA-2023-001866.

High Court führt mehrere Gründe für die Nichtzulassung der *derivative claim* an<sup>22</sup>:

Das Gericht könne Verwaltungsratsmitgliedern im Regelfall keine konkreten Leitungspflichten vorgeben; vielmehr sei nach Section 172 UK Companies Act die Abwägung widerstreitender Belange (*competing considerations*) Aufgabe der Verwaltungsratsmitglieder.<sup>23</sup> Gerichte übten sich daher diesbezüglich – „*except in a clear case*“ – in Zurückhaltung.<sup>24</sup> Soweit die Sorgfaltsausübung nach Section 174 UK Companies Act in Rede stehe, beschränke sich der gerichtliche Prüfungsmaßstab auf die Vertretbarkeit des beanstandeten Handelns.<sup>25</sup> Nach Section 263(4) UK Companies Act komme es für die Frage der Klagezulassung überdies auf die Meinung der anderen Gesellschafter („*views of the members of the company who have no personal interest*“) an; eine deutliche Mehrheit der Aktionäre von Shell habe indes dem *Energie Transition Plan* des Boards zugestimmt.<sup>26</sup> *En passant* stellt das Gericht fest, *Client Earth* stehe als „*proper forum*“ vielmehr die Hauptversammlung zur Verfügung.<sup>27</sup>

## b) Deutschland

Im Unterschied zum englischen Gesellschaftsrecht kennt das deutsche Recht auf Primärebene – anders als auf der sekundären Regress-/Schadensersatzebene, vgl. § 147 AktG – keine derivativen Aktionärsklagen auf Durchsetzung eines bestimmten Verhaltens des Vorstands. Dies betrifft nicht nur die Vornahme unternehmerischer Geschäftsführungsmaßnahmen, bei denen der Vorstand ein weites Ermessen hat, vgl. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG (unter aa). Auch die Umsetzung externer Pflichten der Gesellschaft, die der Vorstand qua Legalitätspflicht analog § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG vorzunehmen hat, kann von den Aktionären nicht eingeklagt werden (unter bb).

### aa) Keine Naturaldurchsetzung bestimmter unternehmerischer Geschäftsführungsmaßnahmen

Im Kompetenzgefüge deutscher Aktiengesellschaften ist (allein) dem Vorstand die eigenverantwortliche Leitung des Unternehmens zugewiesen, § 76 Abs. 1 AktG.<sup>28</sup> Dies beinhaltet ein weites Ermessen bei Geschäftsführungsmaßnahmen aufgrund unternehmerischer Entscheidungen.<sup>29</sup> Die Hauptversammlung hat demgegenüber – anders als die Gesellschafterversammlung der GmbH<sup>30</sup> – keine „Allzuständigkeit“ in Geschäftsführungsangelegenheiten.<sup>31</sup> Ein Mitbestimmungsrecht in Angelegenheiten der Geschäftsführung hat sie nach Maßgabe der §§ 76, 119 Abs. 2 AktG nur, falls und soweit der Vorstand es ihr einräumt.<sup>32</sup> Vor diesem Hintergrund ist der Vorstand zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, Klimaschutz- und Nachhaltigkeitsbelange bei seinen unternehmerischen Entscheidungen zu berücksichtigen.<sup>33</sup>

Dass die maßgeblichen §§ 147 f. AktG ihrem Wortlaut nach ausschließlich auf (sekundäre) „Ersatzansprüche“, hingegen nicht auf (primäre) Ansprüche auf Vornahme einer bestimmten Handlung/eines Unterlassens gerichtet sind, ist Korrespondat der aktienrechtlichen Kompetenzverteilung.<sup>34</sup> Eine Naturaldurchsetzung bestimmter Geschäftsführungsmaßnahmen im Wege einer derivativen Aktionärsklage unterliefe das aktienrechtliche Kompetenzgefüge und widerspräche dem Wortlaut der §§ 147 f. AktG und scheidet daher aus.<sup>35</sup>

### bb) Keine Naturaldurchsetzung externer Pflichten der Gesellschaft via Legalitätspflicht

Mit Blick auf die Erfüllung heteronomer Pflichten, welche die Gesellschaft treffen (z.B. öffentlich-rechtliche Pflichten), hat der Vorstand kein unternehmerisches Ermessen.<sup>36</sup> Externe Pflichten der Gesellschaft hat der Vorstand vielmehr nach der aus § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG abgeleiteten Legalitätspflicht zu beachten und unternehmensintern umzusetzen.<sup>37</sup> Die Legalitätspflicht fungiert als Transmissionsriemen, um ein rechtstreuces Verhalten der Gesellschaft via Vorstandshandeln sicherzustellen.<sup>38</sup>

Ein dem *Haager Shell-Urteil*<sup>39</sup> vergleichbares Klimaurteil gegen eine deutsche Aktiengesellschaft fiele, Vollstreckbarkeit unterstellt, in diese Kategorie.<sup>40</sup> Der Vorstand wäre in so einem Fall zur Umsetzung des Tenors eines solchen Urteils verpflichtet.<sup>41</sup> Der Vorstand könnte dem auch nicht mit der Begründung entgegen, eine Nichtbefolgung würde sich für die Gesellschaft wirtschaftlich rechnen (kein „*efficient breach of public law*“).<sup>42</sup>

Die Existenz der Legalitätspflicht besagt indes noch nichts über ihre Rechtsfolgen. Im Regelfall sind Nichtleistungspflichten (z.B. Rücksichtspflichten nach § 241 Abs. 2 BGB, deliktische Verkehrssicherungspflichten oder die Legalitätspflicht im Gesellschaftsrecht) privatrechtlich weder als solche (ein)klagbar noch in Natur durchsetzbar; sie lösen im *Verletzungsfall* ledig-

22 Vgl. auch *Fleischer*, AG 2023, 833 (835 f.).

23 *Client Earth v Shell Plc.* [2023] EWHC 1897 (Ch) Rz. 37.

24 *Client Earth v Shell Plc.* [2023] EWHC 1897 (Ch) Rz. 28 mit Verweis auf *Iesini v Westrip Holdings* [2011] 1 BCLC 498 Rz. 85: „The weighing of all these considerations [as set out in s.172] is essentially a commercial decision, which the court is ill-equipped to take, except in a clear case.“

25 *Client Earth v Shell Plc.* [2023] EWHC 1897 (Ch) Rz. 31; vgl. auch *Fleischer*, AG 2023, 833 (835 f.).

26 *Client Earth v Shell Plc.* [2023] EWHC 1897 (Ch) Rz. 96.

27 *Client Earth v Shell Plc.* [2023] EWHC 1897 (Ch) Rz. 83.

28 *Fleischer* in BeckOGK/AktG, § 76 AktG Rz. 10 (Stand: Februar 2024).

29 *Fleischer*, AG 2023, 833 (841 f.).

30 „Omnipotenz als oberstem Organ der GmbH“ *Liebscher* in MünchKomm/GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 46 GmbHG Rz. 241.

31 *Rieckers/Vetter* in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2014, § 147 AktG Rz. 134.

32 Vgl. zu Fragen des Menschenrechtsschutzes *Mock/Mohamed*, NZG 2022, 350 (356).

33 *Weller/Fischer*, ZIP 2022, 2253 (2258).

34 *Bezenberger/Schmolke* in Großkomm/AktG, 5. Aufl. 2021, § 147 AktG Rz. 100; *Kropff*, AktG, 1965, S. 215; *Arnold* in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2022, § 147 AktG Rz. 28; *Rieckers/Vetter* in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2020, § 147 AktG Rz. 135.

35 Vgl. auch *Mock*, NZG 2015, 1013 (1016); *Arnold* in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2022, § 147 AktG Rz. 28.

36 *Fleischer* in BeckOGK/AktG, § 93 AktG Rz. 28 (Stand: Oktober 2024).

37 *Zöllner*, ZGR 1988, 392 (414); *Lieberknecht*, Die internationale Legalitätspflicht, 2021, S. 11 ff.

38 *Fleischer* in BeckOGK/AktG, § 93 AktG Rz. 19 (Stand: Februar 2024).

39 *Milieudefensie v Royal Dutch Shell Plc.* Rechtbank Den Haag, Urt. v. 26.5.2021 – C/09/571932/HA ZA 19-379, ECLI:NL:RBDHA:2021:5339. Am 12.11.2024 hob das Berufungsgericht in Den Haag das erstinstanzliche Urteil auf und wies die Klage ab, Gerichtshof Den Haag, Urt. v. 12.11.2024 – E-CLI:NL:GHDHA:2024:2099. Eine Entscheidung des Hoge Raad der Nederlanden steht aus.

40 *Weller/Höfl/Radke*, Nachhaltigkeit im Wirtschaftsrecht, 2023, S. 150.

41 *Weller/Benz*, ZGR 2022, 563 (572).

42 *Fleischer* in BeckOGK/AktG, § 93 AktG Rz. 52 (Stand: Februar 2024).

lich (aber immerhin) einen Schadensersatzanspruch aus (§ 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB, § 93 Abs. 2 AktG).<sup>43</sup>

Die *ausnahmsweise* Naturaldurchsetzbarkeit von Nichtleistungspflichten hat für das allgemeine Schuldrecht erstmals Rolf Stürner diskutiert.<sup>44</sup> Deren *specific performance* komme (nur) in Frage, wenn (1.) das konkret eingeforderte verkehrsrichtige Verhalten ex-ante hinreichend bestimmbar sei und (2.) ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse an der Naturaldurchsetzung bestehe.<sup>45</sup>

Eine Naturaldurchsetzung der gesellschaftsrechtlichen Legitimitätspflicht gegenüber dem Vorstand wird im Gesellschaftsrecht indes ungeachtet der von Stürner herausgearbeiteten Kriterien weder dem Aufsichtsrat noch den Aktionäre zugebilligt.<sup>46</sup> Die differenzierten Systeme des Leistungsstörungen- und Deliktsrechts sorgten für das richtige Maß an Rechtsbefolgung und -durchsetzung.<sup>47</sup> Es gehöre nicht zum Telos der Legitimitätspflicht, das Deliktsrecht und andere Rechtsgebiete gesellschaftsrechtlich zu verstärken.<sup>48</sup>

Dies bedeutet, dass selbst dort, wo der Vorstand qua Legitimitätspflicht gegenüber der Gesellschaft gehalten ist, bestimmte klimaschützende Geschäftsführungsmaßnahmen zu ergreifen, also im Wesentlichen dort, wo der Klimaschutz der Gesellschaft heteronom vorgegeben ist, das deutsche Aktienrecht keine Handhabe der Hauptversammlung oder gar einzelner Aktionäre kennt, die externe Pflichterfüllung durch die Gesellschaft gegenüber dem Vorstand einzuklagen.<sup>49</sup> In Deutschland droht dem Vorstand im Fall der Legitimitätspflichtverletzung nur (aber immerhin) auf Sekundärebene eine vom Aufsichtsrat geltend zu machende Schadensersatzhaftung aus § 93 Abs. 2, § 112 AktG oder die Abberufung aus wichtigem Grund, § 84 Abs. 4 AktG. Hinzu kommen ggf. behördliche Maßnahmen zur Durchsetzung der externen Pflichten der Gesellschaft (*public enforcement*). Was deren *private enforcement* durch Aktionärsklagen anbelangt, unterscheidet sich das deutsche Recht also insofern vom englischen, das gegenüber einer Naturaldurchsetzung zumindest „in a clear case“ offen ist.<sup>50</sup>

## 2. Klagen auf Unterlassen klimaschädlicher Geschäftsführungsmaßnahmen

Nicht ganz so klar ist der Meinungsstand hinsichtlich der Frage, ob Aktionäre vom Vorstand verlangen können, dass er bestimmte Geschäftsführungsmaßnahmen *unterlässt*, sofern dadurch ein (weiterer) Schadenseintritt bei der Gesellschaft abgewandt werden kann.<sup>51</sup> Mit Blick auf Klimaschutzbelange wäre etwa vorstellbar, dass – aus Sorge vor der etwaigen Haftung für CO<sub>2</sub>-Emissionen – vom Vorstand die Nicht-Errichtung eines neuen fossilen Kraftwerks verlangt wird.<sup>52</sup>

Die herrschende Ansicht lehnt Unterlassungsansprüche der Aktionäre gegen den Vorstand ab.<sup>53</sup> Dagegen sprächen (1.) der Wortlaut „Ersatzansprüche“ in §§ 147 f. AktG und (2.) die Unabhängigkeit des Vorstands gegenüber der Hauptversammlung in Geschäftsführungsangelegenheiten (§ 76 Abs. 1, § 119 Abs. 2 AktG).<sup>54</sup> Zum Recht der GmbH<sup>55</sup> könne wegen des unterschiedlichen Kompetenzgefüges von Haupt- und Gesellschafterversammlung kein Parallelschluss gezogen werden.<sup>56</sup>

In Anlehnung an das englische Urteil im Fall *Client Earth v. Shell Plc.* lässt sich ergänzen, dass ein Gericht ansonsten eine „commercial decision“<sup>57</sup> treffen müsste, etwa ob ein Haftungs-

schaden infolge des angegriffenen Vorstandshandelns hinreichend wahrscheinlich ist. Das Gericht würde – funktionswidrig – zum „supervisory board over decisions within the powers of management“<sup>58</sup>. Diesen Bedenken hilft auch eine vermittelnde Ansicht<sup>59</sup> nicht entscheidend ab, die einen Unterlassungsanspruch als Annex zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen zulassen will.<sup>60</sup>

## 3. Feststellungsklagen

Uneinigkeit herrscht bezüglich der Frage, ob Aktionäre im Rahmen des § 148 AktG eine Klage erheben können, die nur auf Feststellung einer Organpflichtverletzung gerichtet ist.<sup>61</sup> Ein solches Vorgehen findet sich im Fall *Client Earth v. Shell Plc.*; den erstrebten *declaratory relief* wies das Gericht indes als unzulässig ab, weil nicht klar sei, „[...] what legitimate purpose the grant of a declaration would fulfil.“<sup>62</sup> In den hier diskutierten Klimakonstellationen könnte eine Feststellungsklage in zweierlei Hinsicht relevant werden: Sie würde es einerseits er-

43 Näher Weller, Die Vertragstreue, 2009, S. 268 ff.

44 Stürner, JZ 1976, 384 (386 f.).

45 Hierzu Weller, Die Vertragstreue, 2009, S. 268 ff.

46 Lieberknecht, Die internationale Legitimitätspflicht, 2021, S. 82 f.; Grigoleit/Tomasic in Grigoleit, 2. Aufl. 2020, § 93 AktG Rz. 17; Habersack in FS Uwe H. Schneider, 2011, S. 429 (436 ff.).

47 Lieberknecht, Die internationale Legitimitätspflicht, 2021, S. 84.

48 Lieberknecht, Die internationale Legitimitätspflicht, 2021, S. 80.

49 Anders verhält es sich bei der GmbH: Schindler in BeckOK/GmbHG, § 46 GmbHG Rz. 97 (Stand: August 2023).

50 *Client Earth v. Shell Plc.* [2023] EWHC 1897 (Ch) Rz. 28 m.V.a. *Iesini v Westrip Holdings* [2011] 1 BCLC 498 Rz. 85: „The weighing of all these considerations [as set out in s.172] is essentially a commercial decision, which the court is ill-equipped to take, except in a clear case.“

51 Für die Zulässigkeit eines Unterlassungsanspruchs i.R.d. § 147 AktG: G. Bezenberger in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 2009, § 147 AktG Rz. 14; Holzborn/Jänig in HeidelbKomm/AktG, 4. Aufl. 2017, § 147 AktG Rz. 3.

52 Ausgeklammert wird hier die ebenfalls umstrittene Frage, ob die Hauptversammlung die nicht auf die Geschäftsführung bezogenen Pflichten des Vorstands gegenüber der Gesellschaft, insbesondere Wettbewerbsverbote nach § 88 Abs. 1 AktG bei außergesellschaftlichem Konkurrenzverhalten des Vorstands, im Wege der §§ 147 f. AktG *in natura* durchsetzen kann, s. dazu Bezenberger/Schmolke in Großkomm/AktG, 5. Aufl. 2021, § 147 AktG Rz. 101.

53 Arnold in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2022, § 147 AktG Rz. 28; Mock, NZG 2015, 1013 (1016); Spindler in Schmidt/Lutter, 5. Aufl. 2024, § 147 AktG Rz. 3; Koch, 18. Aufl. 2024, § 147 AktG Rz. 4.

54 Arnold in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2022, § 147 AktG Rz. 28; Mock, NZG 2015, 1013 (1016); vgl. auch Spindler in MünchKomm/AktG, 6. Aufl. 2023, § 76 AktG Rz. 31: „[keine] Durchsetzung von Erfüllungsansprüchen der Hauptversammlung gegen den Vorstand hinsichtlich der Vornahme oder des Unterlassens bestimmter Vorstandshandlungen im Wege der §§ 147 f.“

55 In § 48 Nr. 8 GmbHG ist, wie in §§ 147 f. AktG, von „Ersatzansprüchen“ die Rede. Die h.M. legt den Terminus hier indes extensiv aus und erlaubt der Gesellschafterversammlung auch die Naturaldurchsetzung von Geschäftsführerpflichten, Noack in Noack/Servatius/Haas, 23. Aufl. 2022, § 46 GmbHG Rz. 58 m.w.N.

56 Bezenberger/Schmolke in Großkomm/AktG, 5. Aufl. 2021, § 147 AktG Rz. 102.

57 *Client Earth v. Shell Plc.* [2023] EWHC 1897 (Ch) Rz. 28 m.w.N.

58 *Client Earth v. Shell Plc.* [2023] EWHC 1897 (Ch) Rz. 30 m.w.N.

59 Bezenberger/Schmolke in Großkomm/AktG, 5. Aufl. 2021, § 147 AktG Rz. 102.

60 Arnold in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2022, § 147 AktG Rz. 28; Mock, NZG 2015, 1013 (1016).

61 Mock in BeckOGK/AktG, § 148 AktG Rz. 56 (Stand: Juni 2024).

62 *Client Earth v. Shell Plc.* [2023] EWHC 1897 (Ch) Rz. 83.

lauben, externe klimabezogene künftige Zielvorgaben für die Gesellschaft zu konturieren, ohne – anders als bei einer Leistungsklage – vom Vorstand ein konkretes Verhalten zur Art und Weise der Zielerreichung einzufordern. Andererseits könnte man die Verletzung von Organpflichten in der Vergangenheit feststellen lassen, auch wenn der Gesellschaft (zumindest bislang) kein Schaden entstanden ist. Insoweit ließe sich auch das erforderliche Feststellungsinteresse der Gesellschaft (§ 256 ZPO) begründen.

Der Wortlaut des § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG „Ersatzansprüche“ und des § 148 Abs. 4 Satz 2 AktG „Leistung an die Gesellschaft“ sprechen gegen die Zulässigkeit einer isolierten Feststellungsklage.<sup>63</sup> Die Gegenansicht hält die Feststellungsklage zumindest dann für zulässig, wenn ein Feststellungsinteresse besteht und schon die Klageaufforderung an die Gesellschaft auf Feststellung gerichtet war, § 148 Abs. 4 Satz 1 AktG.<sup>64</sup>

Überzeugend ist es u.E., eine Feststellungsklage als Annex zur Leistungsklage zuzulassen, wenn die Aktionäre nach § 148 AktG vom Gericht ermächtigt wurden, für die Gesellschaft eine Schadensersatzklage zu erheben.<sup>65</sup> In Betracht kommt in den Klimakonstellationen insbesondere die Klage auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht dem Grunde nach, wenn sich künftige Schäden noch nicht beziffern lassen. Unzulässig ist hingegen eine Feststellungsklage, die nicht zumindest mittelbar der Sicherung und Durchsetzung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft dient. Als Forum für die isolierte Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns stehen den Aktionären die Hauptversammlung und der Entlastungsbeschluss nach § 120 AktG offen.<sup>66</sup>

### III. Sekundärleistungsklagen (Schadensersatz/Regress) gegen Mitglieder des Vorstands

Im folgenden Abschnitt verlagert sich der Fokus von der Primär- auf die Sekundärebene; die zu diskutierenden Schadensersatzklagen werden im Folgenden auch als Aktionärsregressklagen bezeichnet. Zunächst sind die materiellen Voraussetzungen zu skizzieren, unter denen ein Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder erwächst (unter 1). In einem zweiten Schritt wird eruiert, unter welchen prozessualen Voraussetzungen Aktionäre diesen Anspruch der Gesellschaft gerichtlich geltend machen können (unter 2). Anlässlich zweier US-amerikanischer Entscheidungen wird schließlich erörtert, ob deutschen Aktiengesellschaften auch im Ausland Aktionärsregressklagen drohen (unter 3).

#### 1. Bestehen eines Ersatzanspruchs der Gesellschaft nach § 93 Abs. 2 AktG

Gemäß § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG sind die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft verpflichtet, „[...] bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.“ Entsteht der Gesellschaft, infolge der schuldhaften Verletzung dieser Pflicht ein Schaden, haften die Vorstandsmitglieder der Gesellschaft dafür persönlich, § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG. Die weltweite Zunahme von deliktischen Klima(-außen-)haftungsklagen<sup>67</sup> gibt Anlass zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen sich Aktiengesellschaften im etwaigen Außenhaftungsfall bei ihren Leitungsorganen regressieren können.<sup>68</sup>

#### a) Schuldhaftes Sorgfaltspflichtverletzung eines Vorstandsmitglieds

Die (z.B. deliktische) Pflichtverletzung der Gesellschaft im Außenverhältnis ist keineswegs *eo ipso* zugleich eine Legalitätspflichtverletzung des Vorstands gegenüber der Gesellschaft im Innenverhältnis. Die externen (Sorgfalts-/Verkehrs-)Pflichten der Gesellschaft (z.B. aus § 823 BGB oder § 3 LkSG) und die internen (Sorgfalts-/Legalitäts-)Pflichten der Vorstandsmitglieder gegenüber der Gesellschaft (aus § 93 Abs. 1 Satz 1 BGB) sind nicht deckungsgleich.<sup>69</sup> Ihr Inhalt und ihre Verletzung sind jeweils einzelfallabhängig und getrennt zu prüfen. Ein Vorstandsmitglied haftet in Fällen einer Außenhaftung der Gesellschaft nur, wenn der Regresschaden auf einer kausalen Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds im Innenverhältnis beruht.<sup>70</sup>

Die Legalitätspflicht beinhaltet nicht, deliktische Schädigungen Dritter um jeden Preis zu vermeiden.<sup>71</sup> Sie hält den Vorstand jedoch dazu an, Klimarisiken im Rahmen seiner allgemeinen Risikosteuerungsverantwortung unter Berücksichtigung der Branchenzugehörigkeit und des Geschäftsmodells zunächst zu erfassen und zu bewerten, § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG.<sup>72</sup> Diese „Gefahrerforschungspflicht“ bezieht sich erstens auf die Auswirkungen der Unternehmenstätigkeit auf den Klimawandel als Realphänomen (*inside-out*-Perspektive) und zweitens auf die sich aus dem Klimawandel ergebenden transitorischen und physischen Risiken und Schäden für die Gesellschaft (*outside-in*-Perspektive). Dabei trifft Vorstände besonders treibhausgasintensiver Unternehmen eine gesteigerte Gefahrerforschungspflicht.<sup>73</sup> Das findet in § 91 Abs. 2 AktG eine gesetzliche Stütze, denn bei besonders treibhausgasintensiven Unternehmen sind sowohl die transitorischen Risiken (die drohende Obsoleszenz des eigenen Geschäftsmodells infolge der Dekarbonisierung der Wirtschaft) als auch die physischen Risiken (z.B. eine etwaige

63 Mock in BeckOGK/AktG, § 148 AktG Rz. 56 (Stand: Juni 2024); Vorbehalte daher auch bei: Happ in FS Westermann, 2008, S. 971 (993 f.).

64 Bezenberger/Schmolke in Großkomm/AktG, 5. Aufl. 2021, § 148 AktG Rz. 115, 196.

65 Bezenberger/Schmolke in Großkomm/AktG, 5. Aufl. 2021, § 148 AktG Rz. 196.

66 Vgl. auch *Client Earth v Shell Plc.* [2023] EWHC 1897 (Ch) Rz. 83: „The proper forum for generating those types of view as to the Directors' conduct is by vote of the members in general meeting, a remedy which Client Earth is entitled to take steps to procure in its capacity as a shareholder.“

67 Vgl. die internationale Studie mit Länderberichten des *British Institute of International and Comparative Law* (BIICL), *Global Perspectives on Corporate Climate Legal Tactics*, 2024.

68 Vgl. dazu bereits Weller/Benz, ZGR 2022, 563 (583); Schirmer, ZIP 2023, 234–240.

69 Spindler in MünchKomm/AktG, 6. Aufl. 2023, § 93 AktG Rz. 26; Grigoleit/Tomasic in Grigoleit, 2. Aufl. 2020, § 93 AktG Rz. 13, 17; Habersack, AcP 220 (2020), 654 f.; wohl a.A.: Schirmer, ZIP 2023, 234 (235 f.) „Die deliktische Produktionsbeobachtungspflicht wird im Binnenverhältnis zur Folie für die Legalitäts(kontroll)plicht.“

70 Koch, 18. Aufl. 2024, § 93 AktG Rz. 76, 87.

71 Lieberknecht, Die internationale Legalitätspflicht, 2021, S. 82 f.; Grigoleit/Tomasic in Grigoleit, 2. Aufl. 2020, § 93 AktG Rz. 17; Habersack in FS Uwe H. Schneider, 2011, S. 429 (436 ff.).

72 Fleischer in BeckOGK/AktG, § 93 AktG Rz. 127 (Stand: Februar 2024); Fleischer, DB 2022, 37 (41).

73 Zutreffend Schirmer, ZIP 2023, 234 (236 f.).

anteilige Haftung für Klimaschäden<sup>74</sup>) potenziell existenzgefährdend.

Über die Gefahrerforschungspflicht hinausgehend ist eine allgemeine Verkehrspflicht von Großunternehmen zur CO<sub>2</sub>-Reduktion indes bislang noch nicht anerkannt worden.<sup>75</sup>

Inwiefern der Vorstand den ermittelten Klimagefahren begegnet, ist seine unternehmerische Entscheidung.<sup>76</sup> Nach dem herrschenden *stakeholder interest approach* kann der Vorstand dabei Klimaschutzabwägungen in gewissem Umfang Vorrang vor wirtschaftlichen Gewinninteressen einräumen, muss das aber nicht.<sup>77</sup> So mag er – auf Basis der *business judgment rule* in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG – eine ambitionierte Dekarbonisierung des Geschäftsmodells initiieren, er kann aber auch an der bisherigen Emissionstätigkeit festhalten und ein gewisses künftiges Haftungsrisiko für die Gesellschaft in Kauf nehmen.<sup>78</sup> Solange sich das Klimahaftungsrisiko der Gesellschaft nicht infolge eines Wandels der Rechtslage erhöht, ist der Vorstand gegenüber der Gesellschaft indes nicht zu bestimmten Klimaschutzmaßnahmen verpflichtet.

## b) Schaden der Gesellschaft

Unabhängig von einer schuldhaften Organpflichtverletzung würde sich im Fall eines Regresses gegen den Vorstand noch die Folgefrage stellen, ob der Gesellschaft durch die Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist. Das richtet sich nach der schadensrechtlichen Differenzhypothese, §§ 249 ff. BGB.<sup>79</sup> Dabei müsste sich die Gesellschaft die Gewinne aus den emissionsintensiven Geschäften grundsätzlich als Vorteil anrechnen lassen, sodass es sich durchaus um eine für die Gesellschaft *profitable Pflichtverletzung* handeln könnte.<sup>80</sup> Ob es dem Vorstand indes gelingt, sich auf die Vorteilsanrechnung<sup>81</sup> zu berufen, wäre dabei nicht nur nach der Lehre vom normativen Schaden zu prüfen<sup>82</sup>; es würde auch davon abhängen, ob die Gewinne mit ihrem Nominalwert in die Differenzhypothese eingestellt werden können oder nur mit einem hypothetischen Abschlag, weil sie mit drohenden Klimahaftungsansprüchen Dritter belastet sind.<sup>83</sup>

## c) Verjährung des Ersatzanspruchs, § 93 Abs. 6 AktG

Der Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder verjährt gem. § 93 Abs. 6 AktG nach fünf Jahren, bei börsennotierten Gesellschaften nach zehn Jahren. Es handelt sich um eine kenntnisunabhängige, objektive Frist. Die Frist beginnt mit dem Eintritt des Schadens zu laufen, d.h. sobald das Gesellschaftsvermögen mit dem Außenhaftungsanspruch belastet ist.<sup>84</sup> Dieser entsteht aber erst mit dem Eintritt des Klimaschadens (z.B. der Überflutung des Grundstücks), aufgrund der Trägheit des Weltklimas also zeitlich deutlich verzögert.<sup>85</sup> In Klimahaftungsfällen könnte daher die absolute Grenze des § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB zum Tragen kommen. Danach verjähren Organhaftungsansprüche nach dreißig Jahren ab dem Datum der Pflichtverletzung, unabhängig von einem Schadenseintritt.<sup>86</sup>

## 2. Geltendmachung des Ersatzanspruchs durch die Aktionäre (§ 148 AktG)

Die Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft gegen Mitglieder des Vorstands fällt in den Aufgabenbereich des Aufsichtsrats, § 112 AktG.<sup>87</sup> Seit dem ARAG/Garmenbeck-Urteil des BGH aus dem Jahr 1997 ist der Aufsichtsrat grundsätzlich verpflichtet, Ansprüche gegen den Vorstand zu verfolgen; er kann ausnahmsweise nur dann von der Geltendmachung absehen, wenn mindestens gleichwertige Belange der Gesellschaft entgegenstehen.<sup>88</sup> Für den Fall, dass der Aufsichtsrat untätig bleibt, stellen die §§ 147 f. AktG Mechanismen bereit, mittels derer die Hauptversammlung (§ 147 Abs. 1 AktG) oder eine Aktionärsminorität (§ 147 Abs. 2, § 148 AktG) Ansprüche der Gesellschaft verfolgen (lassen) können.<sup>89</sup>

Die Hauptversammlung kann gem. § 147 Abs. 1 AktG mit einfacher Mehrheit beschließen, die Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen Verwaltungsorgane geltend zu machen; nach § 147 Abs. 2 AktG kann die Hauptversammlung oder das Gericht auf Antrag einer qualifizierten Minorität einen besonderen Vertreter mit der Geltendmachung des Ersatzanspruchs betrauen.

Auch die Geltendmachung des Ersatzanspruchs durch eine Aktionärsminorität ist im deutschen Recht konzeptionell vorgesehen und richtet sich nach § 148 AktG. Dieser stellt die *actio pro socio* indes unter den Vorbehalt eines gerichtlichen „Klagezulassungsverfahrens“, das fünf Hürden beinhaltet<sup>90</sup>: Erstens setzt die Klagezulassung nach § 148 Abs. 1 AktG den Antrag einer qualifizierten Aktionärsminorität<sup>91</sup> voraus, ist also nicht wie der funktionsäquivalente *derivative claim* im

- 74 Zu den weltweiten Schäden des Klimawandels vgl. Kotz/Levermann/Wenz, The economic commitment of climate change, Nature 2024 (Vol. 628), 551.
- 75 Vgl. OLG Stuttgart v. 8.11.2023 – 12 U 170/22, ESG 2023, 361 (368); OLG München v. 12.10.2023 – 32 U 936/23, ESG 2023, 370 (378).
- 76 Weller/Benz, ZGR 2022, 567 (588).
- 77 Weller, DJT-Gutachten, 2024, S. 23.
- 78 Kritisch Schirmer, ZIP 2023, 234 (237 f.) demzufolge der Vorstand mit der Serienreife nichtfossiler Energietechnologie ab Ende der 1980er Jahre im Rahmen angemessener Klima-Compliance gegenüber der Gesellschaft verpflichtet sei, deren Geschäftsmodell zu dekarbonisieren.
- 79 Fleischer in BeckOGK/AktG, § 93 AktG Rz. 254 (Stand: Februar 2024).
- 80 Schirmer, ZIP 2023, 234 (239).
- 81 Zur Vorteilsanrechnung Flume in BeckOK/BGB, § 249 BGB Rz. 331 ff. (Stand: Mai 2024).
- 82 Zur Lehre vom normativen Schaden Brand in BeckOGK/BGB, § 249 BGB Rz. 17 ff. (Stand: März 2022).
- 83 Vgl. Schirmer, ZIP 2023, 234 (239), der im Rahmen einer „klimaökonomischen Großrechnung“ darauf hinweist, dass die Gewinne die ersatzfähigen Klimaschäden nicht notwendig aufwiegen.
- 84 BGH v. 23.3.1987 – II ZR 190/86, BGHZ 100, 228 (231) = ZIP 1987, 776 = EWIR 1987, 739 (Müller); Fleischer, AG 2014, 457 (460).
- 85 Schirmer, ZIP 2023, 234 (239).
- 86 Fleischer in BeckOGK/AktG, § 93 AktG Rz. 368 (Stand: Februar 2024) m.w.N.; kritisch Schirmer, ZIP 2023, 234 (240).
- 87 Mock in BeckOGK/AktG, § 147 AktG Rz. 2 (Stand: Juni 2024).
- 88 BGH v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244 (254 ff.) = ZIP 1997, 883 = EWIR 1997, 677 (Priester).
- 89 Mock in BeckOGK/AktG, § 147 AktG Rz. 4, 39 (Stand: Juni 2024).
- 90 Näher Verse, ZHR 2025 (im Erscheinen).
- 91 Erforderlich ist gem. § 148 Abs. 1 Satz 1 AktG der einhundertste Teil des Grundkapitals oder anteiliger Betrag von 100 000 €.

englischen Recht als Individualrecht ausgestaltet.<sup>92</sup> Zweitens müssen die Aktionäre gem. § 148 Abs. 1 Nr. 1 AktG nachweisen, dass sie die Aktien vor dem Zeitpunkt erworben haben, in dem sie Kenntnis von der Pflichtverletzung oder dem Schaden auf Grund einer Veröffentlichung erlangen mussten. Drittens müssen die Aktionäre gem. § 148 Abs. 1 Nr. 2 AktG darlegen, die Gesellschaft erfolglos unter Fristsetzung zur Klageerhebung aufgefordert zu haben. Viertens muss der Schaden der Gesellschaft durch Unredlichkeit oder grobe (!) Verletzung des Gesetzes oder der Satzung entstanden sein, § 148 Abs. 1 Nr. 3 AktG. Fünftens dürfen der Geltendmachung des Ersatzanspruchs keine überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen, § 148 Abs. 1 Nr. 4 AktG.

### 3. Aktionärsregressklagen gegen Vorstandsmitglieder deutscher Aktiengesellschaften im Ausland (*forum shopping*)

Diese hohen Hürden haben § 148 AktG den Ruf eingebracht, „totes Recht“ zu beinhalten.<sup>93</sup> Aktionäre der Deutschen Bank und der Bayer haben daher versucht, die etwaigen Ansprüche gegen ihre Organmitglieder im Ausland durchzusetzen in der Hoffnung, das inländische Klagezulassungsverfahren durch ein ausländisches Forum international-zivilverfahrensrechtlich umgehen zu können.<sup>94</sup>

So wurden in den einleitend erwähnten Fällen betreffend die Deutsche Bank und Bayer (*Zahava Rosenfeld v. Paul Achleitner et al.*<sup>95</sup> und *Hausmann et al. v. Baumann et al.*<sup>96</sup>) die Aktionärsregressklagen vor Gerichten des US-Bundesstaats New York anhängig gemacht. Möglich machen soll dies § 626(a) New York Business Corporation Law,<sup>97</sup> demzufolge einzelne Aktionäre Rechte der Gesellschaft gegen *directors, officers* oder einen Dritten einklagen können.<sup>98</sup> Die Norm gilt gem. § 1319(a)(2) New York Business Corporation Law<sup>99</sup> auch für ausländische Gesellschaften mit Unternehmenstätigkeit im Staat New York. Die gerichtliche Zuständigkeit gegenüber beklagten Organmitgliedern mit Wohnsitz im Ausland (*non-domiciliaries*) ergibt sich nach Maßgabe von § 302(a)(1) New York Civil Practice Law and Rules.<sup>100</sup> Insoweit ist das New Yorker Recht bei der Frage der internationalen Zuständigkeit im Rechtsvergleich vergleichsweise großzügig.<sup>101</sup>

In den beiden Verfahren befanden die New Yorker Gerichte indes, die Geltendmachung von Ansprüchen der deutschen Gesellschaften gegen ihre Organmitglieder sei im Wege der *derivative action* nicht möglich:

(1.) Im Verfahren *Hausmann et al. v. Baumann et al.* hält die *Appellate Division* des *Supreme Court of New York* dazu fest:

„The court [gemeint ist das Gericht der ersten Instanz] correctly dismissed the complaint, finding that the internal affairs doctrine mandated dismissal for lack of standing. The internal affairs doctrine is a conflict of laws principle providing that claims concerning the relationship between the corporation, its directors, and a shareholder are governed by the substantive law of the state or country of incorporation – in this case, Germany“<sup>102</sup>.

Das Gericht hebt entscheidend auf die *internal affairs doctrine* ab, derzufolge interne Angelegenheiten der Gesellschaft einschließlich ihrer Klagezulassungsvoraussetzungen („*standing*“) dem jeweiligen Gesellschaftsstatut unterliegen. Das führt in *casu* zur kollisionsrechtlichen Anwendbarkeit deutschen Gesellschaftsrechts und damit zu den hier gerade nicht erfüllten Voraussetzungen des Klagezulassungsverfahrens in § 148

AktG. Das Gericht hat mithin § 148 AktG nicht als prozessrechtlich, sondern als gesellschaftsrechtlich qualifiziert<sup>103</sup>, was überzeugt.<sup>104</sup>

(2.) Den Fall *Zahava Rosenfeld v. Paul Achleitner et al.* hat der New York Supreme Court ebenfalls abgewiesen,<sup>105</sup> hier allerdings unter Verweis auf die *forum non conveniens doctrine* in § 327 New York Civil Practice Law and Rules.<sup>106</sup>

Beide Beispiele verdeutlichen, dass Aktionärsregressklagen gegen Organmitglieder inländischer Aktiengesellschaften auch im Ausland vor hohen Hürden stehen und – jedenfalls bisher<sup>107</sup> – gescheitert sind.

92 S. oben unter II 1 a.

93 Schmolke, ZGR 2011, 398 (400); vgl. auch Verse, ZHR 2025 (im Erscheinen).

94 Vgl. hierzu Mohamed, ZVglRWiss 120 (2021), 388 (392); Fleischer, AG 2023, 833, 838, vgl. den Klägervortrag in *Zahava Rosenfeld v. Paul Achleitner et al.*, New York Supreme Court v. 20.3.2023, S. 38 Zeile 21: „The German procedural requirements impose impossible burdens. There has never been a successful derivative lawsuit in German courts involving a public company.“

95 S. oben Fn. 10.

96 S. oben Fn. 11.

97 § 626. Shareholders' derivative action brought in the right of the corporation to procure a judgment in its favor; (a) An action may be brought in the right of a domestic or foreign corporation to procure a judgment in its favor, by a holder of shares or of voting trust certificates of the corporation or of a beneficial interest in such shares or certificates.

98 Mohamed, ZVglRWiss 120 (2021), 388 (397 f.).

99 § 1319. Applicability of other provisions; (a) In addition to articles 1 (Short title; definitions; application; certificates; miscellaneous) and 3 (Corporate name and service of process) and the other sections of article 13 (foreign corporations), the following provisions, to the extent provided therein, shall apply to a foreign corporation doing business in this state, its directors, officers and shareholders: [...]; (2) Section 626 (Shareholders' derivative action brought in the right of the corporation to procure a judgment in its favor).

100 § 302 – Personal Jurisdiction by Acts of Non-Domiciliaries; (a) Acts which are the basis of jurisdiction. As to a cause of action arising from any of the acts enumerated in this section, a court may exercise personal jurisdiction over any non-domiciliary, or his executor or administrator, who in person or through an agent: 1. transacts any business within the state or contracts anywhere to supply goods or services in the state [...].

101 Mock in BeckOGK/AktG, § 148 AktG Rz. 136.1 (Stand: Juni 2024).

102 Hausmann v. Baumann, New York Supreme Court, Appellate Division, First Department v. 22.6.2023, 2023 N.Y. Slip Op 03407, 1.

103 „Accordingly, we agree with Supreme Court that the internal affairs doctrine applies to this shareholder derivative action on [\*571] behalf of a foreign corporation to make applicable relevant substantive German laws. Furthermore, we agree with Supreme Court's implicit finding that the German Stock Corporation Act § 148 is a substantive law rather than a procedural one and requires plaintiffs to seek leave from the German court to bring a derivative action. As plaintiffs concede, they failed to satisfy § 148; thus, they lack standing to maintain this action.“ Hausmann v. Baumann, New York Supreme Court, Appellate Division, First Department v. 22.6.2023, 2023 N.Y. Slip Op 03407, 2.

104 Im Falle der Klagezulassung gem. § 148 AktG erhält der Aktionär die Sachbefugnis, den Anspruch der Gesellschaft selbst geltend zu machen. Die Prozessstandschaft folgt nur dieser Sachbefugnis, vgl. Mock, RabelsZ 72 (2008), 264 (292).

105 *Zahava Rosenfeld v. Paul Achleitner et al.*, New York Supreme Court v. 20.3.2023, S. 49 ff., 52 ff. hierzu Fleischer, AG 2023, 833, 838;

106 NY CPLR § 327 (2023) Inconvenient forum. (a) When the court finds that in the interest of substantial justice the action should be heard in another forum, the court, on the motion of any party, may stay or dismiss the action in whole or in part on any conditions that may be just. The domicile or residence in this state of any party to the action shall not preclude the court from staying or dismissing the action.

107 Eine Entscheidung der *Appellate Division* des *Supreme Court of New York* im Fall *Zahava Rosenfeld v. Paul Achleitner et al.*, vgl. *Zahava Ro-*

#### IV. Tagesordnungsergänzungsverlangen (§ 122 Abs. 2 AktG)

Als Instrument strategischer Aktionärsbeteiligung bereits erprobt sind Tagesordnungsergänzungsverlangen nach § 122 Abs. 2 AktG. Diese ermöglichen es einer qualifizierten Aktionärsminorität, bestimmte Beschlussgegenstände auf die Tagesordnung der Hauptversammlung setzen zu lassen. Ein rechtmäßiger Beschluss der Hauptversammlung bindet den Vorstand gem. § 83 Abs. 2 AktG; regelmäßig ist aber bereits die Befassung der Hauptversammlung mit dem Anliegen unabhängig vom Beschlusserfolg ein aufmerksamkeitsökonomischer Etappensieg der Aktionäre.

Vorbild für die inländischen ESG-Tagesordnungsergänzungsverlangen ist die erfolgreiche Kampagne des US-amerikanischen Hedgefonds „Engine No 1“ dem es im Jahr 2021 mit einer Beteiligung von 0,02 % an *Exxon Mobil* – unterstützt von *BlackRock*, *State Street* und *Vanguard* sowie der Stimmrechtsberater *ISS* und *Glass Lewis* – gelungen ist, drei der vier zur Wiederwahl gestellten *board*-Sitze zu besetzen.<sup>108</sup>

Entsprechend wollte die *Enkraft Capital GmbH* im Jahr 2022 mit einer Beteiligung von 0,07 % an der *RWE AG* im Wege des Tagesordnungsergänzungsverlangen dafür sorgen, dass sich der Essener Energiekonzern von seiner Braunkohlesparte trennt.<sup>109</sup> Auch wenn dieser Versuch des sog. *Brownspinnings*<sup>110</sup> an der Aktionärsmehrheit gescheitert ist,<sup>111</sup> nimmt dieser Beitrag den Fall zum Anlass aufzuzeigen, inwiefern Tagesordnungsergänzungsverlangen probate Mittel strategischer Aktionärsbeteiligung sein können. Dabei wird in einem Zwischschritt zunächst auf die materiellen Voraussetzungen des Tagesordnungsergänzungsverlangens eingegangen (unter 1) und anschließend aufgezeigt, wie dieses Verlangen prozessual durchgesetzt werden kann (unter 2).

##### 1. Voraussetzungen von Tagesordnungsergänzungsverlangen

Ein Anspruch auf Bekanntgabe von Gegenständen zur Beschlussfassung der Hauptversammlung besteht, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind, § 122 Abs. 1, 2 AktG. *Erstens* muss das Ergänzungsverlangen rechtzeitig und schriftlich unter Mitteilung einer Begründung oder Beschlussvorlage eingereicht werden.<sup>112</sup> *Zweitens* muss das Verlangen von einer qualifizierten Minorität vorgebracht werden, die gem. § 122 Abs. 2 Satz 1 AktG Anteile hält, die zusammen mindestens den zwanzigsten Teil des Grundkapitals oder den anteiligen Betrag von 500.000 € ausmachen. *Drittens* muss der Entscheidungsgegenstand in den Kompetenzbereich der Hauptversammlung fallen.<sup>113</sup> Diese Voraussetzung stellt aktivistische Aktionäre vor gewisse Hürden, denn einzelne Geschäftsführungsmaßnahmen sind nach der aktienrechtlichen Kompetenzverteilung dem Vorstand zugeordnet und damit dem Zugriff der Hauptversammlung entzogen.<sup>114</sup> Dennoch beweisen aktivistische Aktionäre Findigkeit, indem sie Vehikel im Kompetenzbereich der Hauptversammlung<sup>115</sup> für ESG-Anliegen nutzbar machen, zum Beispiel:

- (1.) Ein Vertrauensentzug gegenüber Vorstandsmitgliedern, § 84 Abs. 4 AktG;

- (2.) eine Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern, § 103 AktG;
- (3.) die Bestellung von Sonderprüfern nach § 142 Abs. 1 AktG;
- (4.) die Bestellung eines besonderen Vertreters zur Prüfung und Geltendmachung etwaiger Ansprüche gegen die Verwaltungsorgane nach § 147 Abs. 2 AktG;
- (5.) die Herabsetzung der Maximalvergütung von Vorstandsmitgliedern nach § 87 Abs. 4, § 87a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG;
- (6.) eine Satzungsänderung nach § 119 Abs. 1 Nr. 6 AktG, sofern das Anliegen vor dem Hintergrund der aktienrechtlichen Satzungsstrenge in § 23 Abs. 5 AktG aufgenommen werden darf;<sup>116</sup> dabei kommt insbesondere ein Antrag auf Änderung des Unternehmensgegenstands nach § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG in Betracht;<sup>117</sup>
- (7.) Anträge, die den Vorstand verpflichten, eine Maßnahme vorzubereiten, über die die Hauptversammlung entscheiden muss, § 83 Abs. 1 AktG.<sup>118</sup> Im Fall von *Enkraft* ./ *RWE* wurde dieser Ansatz gewählt.<sup>119</sup>

*senfeld v. Paul Achleitner et al.*, 2024 N.Y. Slip Op. 73401, Motion No. 2024-03239 steht aus. Motion abrufbar unter: *Rosenfeld v. Achleitner* | 2024 N.Y. Slip Op. 73401 | N.Y. App. Div. | Judgment | Law | CaseMine (Stand: Januar 2025).

108 Vgl. den Bericht der *New York Times* vom 9.6.2021, abrufbar unter: <https://www.nytimes.com/2021/06/09/business/exxon-mobil-engine-no1-activist.html> (zuletzt abgerufen am 24.1.2025).

109 Vgl. dazu bereits *Weller/Benz*, ZGR 2022, 563 (598 ff.); *Fuhrmann/Döding*, AG-R 2022, 168. Der Antrag von ENKRAFT ist aufrufbar unter: <https://www.rwe.com/-/media/RWE/documents/05-investor-relations/finanzkalender-und-veroeffentlichungen/hv2022/ergaenzung-der-tagesordnung-2022.pdf>.

110 Brownspinning bezeichnet die Abtrennung von emissionsintensiven Geschäftsbereichen und Vermögensgegenständen, *Fuhrmann/Döding*, AG-R 2022, 168 (168).

111 Der Antrag wurde mit 97,56 % Gegenstimmen abgelehnt. Die Abstimmungsergebnisse sind abrufbar unter: <https://www.rwe.com/-/media/RWE/documents/05-investor-relations/finanzkalender-und-veroeffentlichungen/hv2022/abstimmungsergebnisse-rwe-ohv2022.pdf>. (zuletzt abgerufen am 24.1.2025).

112 *Koch*, 18. Aufl. 2024, § 122 AktG Rz. 7, 9.

113 *Koch*, 18. Aufl. 2024, § 122 AktG Rz. 18; KG v. 12.3.2020 – 22 W 73/19, ZIP 2020, 1174 = NZG 2020, 710 Rz. 18 = EWIR 2020, 517 (*Trölitzsch*); *Butzke* in FS Marsch-Barner, 2018, S. 107. Rechtswidrig wäre daher ein Antrag auf Fassung eines Konsultativbeschlusses in Klimaschutzfragen, vgl. *Weller/Hoppmann*, AG 2022, 640 (644).

114 *Kubis* in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2022, § 122 AktG Rz. 15.

115 Vgl. Übersicht bei *Rieckers* in BeckOGK/AktG, § 122 AktG Rz. 6 (Stand: Juni 2024).

116 *Koch*, 18. Aufl. 2024, § 122 AktG Rz. 18.

117 Nicht abschließend geklärt ist die Frage, welche produkt- und produktionsbezogenen Vorgaben im Spannungsfeld zwischen Satzungs Gewalt und Leitungsautonomie des Vorstands zulässig sind, *Fest*, AG 2024, 269 (270 ff.).

118 *Spindler* in MünchKomm/AktG, 6. Aufl. 2023, § 83 AktG Rz. 2; *Weller/Benz*, ZGR 2022, 563 (599).

119 Im Fall *ENKRAFT/RWE* lautete der Antrag: „Der Vorstand wird nach § 83 Abs. 1 AktG angewiesen, zum nächstmöglichen Zeitpunkt, spätestens zur nächsten ordentlichen Hauptversammlung der RWE Aktiengesellschaft, Vertrags- bzw. Planentwürfe und entsprechende Berichte für die rechtmäßige Abspaltung gemäß § 123 Abs. 2 UmwG der Beteiligung der RWE Aktiengesellschaft an der RWE Power AG zur Aufnahme auf einen bereits bestehenden Rechtsträger oder zur Neugründung auf einen dadurch gegründeten neuen Rechtsträger, nach pflichtgemäßer Auswahl des Vorstands, vorzubereiten und der Hauptversammlung zur Beschlussfassung vorzulegen. Der Vorstand wird angewiesen, sämtliche zur Durch-

Unzulässig sind dagegen Tagesordnungsergänzungsverlangen, die unter dem Vorwand offensichtlich unbeabsichtigter Umstrukturierungsmaßnahmen lediglich eine Diskussionsplattform für einzelne Aktionäre bieten sollen.<sup>120</sup>

## 2. Prozessuale Durchsetzung des Ergänzungsverlangens

Liegen die materiellen Voraussetzungen eines Ergänzungsverlangens nach § 122 Abs. 1, 2 AktG vor, ist der Vorstand verpflichtet, die Tagesordnung zu ergänzen.<sup>121</sup> Hinsichtlich der formellen und materiellen Voraussetzungen des § 122 Abs. 1, 2 AktG hat der Vorstand zwar ein Prüfungsrecht; dieser erstreckt sich aber nur auf die Rechtmäßigkeit, nicht auf die Zweckmäßigkeit des Verlangens.<sup>122</sup>

Kommt der Vorstand einem Tagesordnungsergänzungsverlangen nicht nach, kann es in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach § 122 Abs. 3 AktG durchgesetzt werden.<sup>123</sup> Im Erfolgsfall ermächtigt das Gericht die Aktionäre, den Beschlussgegenstand selbst bekanntzumachen.<sup>124</sup>

## 3. Zwischenergebnis

Die in den letzten Jahren zu beobachtenden Tagesordnungsergänzungsverlangen sind Symptom eines praktischen Bedürfnisses nach effektiver Beteiligung der Aktionäre bei der ESG-Transformation von Unternehmen. In diese Richtung deutet auch der Beschluss der wirtschaftsrechtlichen Abteilung des 74. Deutschen Juristentages, der dem Gesetzgeber die Einführung eines „Say on Climate“ empfiehlt.<sup>125</sup> Tagesordnungsergänzungsverlangen nach obigem Muster werden sich auch in Zukunft gegenüber Redebeiträgen in der Generaldebatte und Konsultativbeschlüssen behaupten, da sie – soweit zulässig – geeignet sind, die ESG-Transformation auch gegen den Willen des Vorstands anzustoßen.<sup>126</sup>

## V. Anfechtungsklagen gegen Entlastungsbeschlüsse (§ 120 AktG)

Aktionäre können auch den Tagesordnungspunkt über die Entlastung von Vorstandsmitgliedern nach § 119 Abs. 1 Nr. 4, § 120 AktG nutzen, um die Klimastrategie des Unternehmens über Redebeiträge oder Auskunftsverlangen zur Sprache zu bringen, §§ 130a, 131 AktG.

Mit dem jährlichen Entlastungsbeschluss billigt die Hauptversammlung die Verwaltung als im Großen und Ganzen gesetz- und satzungsmäßig, § 120 Abs. 2 Satz 1 AktG.<sup>127</sup> Gemäß § 120 Abs. 2 Satz 2 AktG enthält die Entlastung, anders als bei der GmbH, keinen Verzicht auf Ersatzansprüche.<sup>128</sup> Auch wenn die rechtlichen Implikationen einer verweigerten oder erfolgreich angegriffenen Entlastung juristisch überschaubar sind, haftet der Verwaltung damit ein – bei großen Publikumsgesellschaften öffentlichkeitsrelevanter – Reputationsmakel an.<sup>129</sup>

Das gibt Anlass zu fragen, unter welchen Voraussetzungen einzelne – überstimmte – Aktionäre den mit einfacher Mehrheit gefassten Entlastungsbeschluss nach §§ 243 ff. AktG anfechten können.

Nach der Rechtsprechung des BGH hat die Hauptversammlung bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungs-

handelns zwar ein Ermessen, dieses ist jedoch eingeschränkt: Im Falle eindeutiger und schwerwiegender Gesetzes- oder Satzungsverstöße ist die Entlastung rechtswidrig und gem. § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar.<sup>130</sup> Dabei ist noch nicht im Einzelnen ausbuchstabiert, wann ein Rechtsverstoß als „schwerwiegend“ zu qualifizieren ist.<sup>131</sup> Der BGH bemüht die Formel, dass eine Gesetzes- oder Satzungsverletzung „über einen Formalverstoß hinausgehen und auch im konkreten Einzelfall Gewicht haben [müsse]“.<sup>132</sup>

Mit Blick auf das Emissionsverhalten der Unternehmen großer Aktiengesellschaften seien zwei Beispiele herausgegriffen: (1.) Setzt sich ein Vorstand systematisch und sehenden Auges über öffentlich-rechtliche Vorgaben zur Treibhausgasemission hinweg (z.B. über das Europäische Emissionshandelssystem), handelt es sich um eine klare Legalitätspflichtverletzung – ein schwerwiegender Verstoß dürfte im Regelfall vorliegen. (2.) Setzt sich der Vorstand über satzungsmäßige Vorgaben des Unternehmenszwecks oder -gegenstandes hinweg, dürfte ein Verstoß gleichfalls zu bejahen sein. Investiert zum Beispiel der Vorstand eines Energiekonzerns entgegen der statutarischen Beschränkung des Unternehmensgegenstands auf „Energieerzeugung durch erneuerbare Energien“ in fossile Energieerzeugung, liegt ein Verstoß gegen die Satzung vor. Da das deutsche Aktienrecht, anders als das englische, keine Aktionärsklage vorsieht, die auf die bloße Feststellung einer Pflichtverletzung gerichtet ist (*declaratory relief*),<sup>133</sup> ist die Anfechtung der Entlastung eine Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit auch dann gerichtlich prüfen zu lassen, wenn die Gesellschaft keinen Vermögensschaden erleidet.

führung der vorgeschriebenen Abspaltung erforderlichen Voraussetzungen nach pflichtgemäßem Ermessen entsprechend dieses Beschlusses zu erfüllen“, <https://www.rwe.com/-/media/RWE/documents/05-investor-relations/finanzkalender-und-veroeffentlichungen/hv2022/ergaenzung-der-tagesordnung-2022.pdf> (zuletzt abgerufen am 24.1.2025); vgl. bereits Weller/Benz, ZGR 2022, 563 (599).

120 Stroh, ZHR 182 (2018), 114 (125 f.).

121 Kubis in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2022, § 122 AktG Rz. 36; OLG Stuttgart v. 25.11.2008 – 8 W 370/08, AG 2009, 169 (170).

122 Kubis in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2022, § 122 AktG Rz. 36f.

123 Kubis in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2022, § 122 AktG Rz. 54.

124 Koch, 18. Aufl. 2024, § 122 AktG Rz. 24.

125 Beschluss Nr. 17: „Say on Climate“: Der Gesetzgeber sollte einer Aktionärsminderheit das Recht einräumen, zu verlangen, dass die Hauptversammlung unter einem eigenen Tagesordnungspunkt einen unverbindlichen Beschluss über den Klimatransformationsplan und ggf. die Klimaquote des Vorstands fasst.

126 Fest, AG 2024, 269 (270).

127 Koch, 18. Aufl. 2024, § 120 AktG Rz. 11.

128 Kubis in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2022, § 120 AktG Rz. 33.

129 Hoffmann in BeckOGK/AktG, § 120 AktG Rz. 2 (Stand: Juni 2024).

130 BGH v. 25.11.2002 – II ZR 133/01, BGHZ 153, 47 = ZIP 2003, 387 m. Anm. Streit; BGH v. 18.10.2004 – II ZR 250/02, ZIP 2004, 2428 = EWIR 2005, 241 (Wagner); BGH v. 21.9.2009 – II ZR 174/08, ZIP 2009, 2051 = EWIR 2010, 1 (Priester); OLG Stuttgart, NZG 2012, 425.

131 Hoffmann in BeckOGK/AktG, § 120 AktG Rz. 53 (Stand: Juni 2024).

132 BGH v. 14.5.2013 – II ZR 196/12, NZG 2013, 783.

133 Vgl. oben unter II 1 a.

## VI. Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen gegen Jahresabschluss und Gewinnverwendung

In Deutschland soweit ersichtlich bislang noch nicht aktiviert wurden Beschlussmängelklagen gegen die Feststellung des Jahresabschlusses und den Gewinnverwendungsbeschluss mit der Begründung, darin seien Belastungen des Gesellschaftsvermögens infolge von Klima(haftungs)risiken nicht oder nicht hinreichend abgebildet.<sup>134</sup>

### 1. Jahresabschluss und Gewinnverwendung

Der Jahresabschluss wird gem. § 264 Abs. 1 HGB i.V.m. § 78 Abs. 1, § 170 Abs. 1 AktG vom Vorstand einer Aktiengesellschaft aufgestellt. Anschließend wird er von Vorstand und Aufsichtsrat festgestellt, § 172 AktG. Ausnahmsweise ist die Hauptversammlung zur Feststellung des Jahresabschlusses berufen, wenn Vorstand und Aufsichtsrat es ihr überlassen hat, § 173 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 AktG, oder der Aufsichtsrat den Jahresabschluss nicht billigt, § 173 Abs. 1 Alt. 2 AktG. Der Beschluss über die Verwendung des im Jahresabschluss gem. § 174 Abs. 1 Satz 2 AktG verbindlich ausgewiesenen Bilanzgewinns ist stets der Hauptversammlung zugewiesen, § 174 Abs. 1 Satz 1 AktG.<sup>135</sup>

Die Folgen inhaltlicher Mängel des Jahresabschlusses ergeben sich aus § 256 AktG. Aus Gründen der Rechtssicherheit kann der Jahresabschluss bei Feststellung durch Vorstand und Aufsichtsrat gar nicht, bei Feststellung durch die Hauptversammlung zumindest nicht wegen inhaltlicher Mängel nach §§ 241 ff. AktG angefochten werden, § 257 Abs. 1 Satz 2 AktG.<sup>136</sup> Aktionäre können inhaltliche Mängel des Jahresabschlusses jeweils nur im Wege der Nichtigkeitsklage nach § 256 Abs. 7, § 249 AktG geltend machen.<sup>137</sup>

### 2. Inhaltliche Mängel des Jahresabschlusses

Als inhaltlicher Mangel sind in den hier erwogenen Klimakonstellationen Verletzungen von Bewertungsvorschriften vorstellbar; insofern kommt eine Nichtigkeit des Jahresabschlusses allerdings nur nach Maßgabe der in § 256 Abs. 5 Satz 1 AktG genannten Verstöße in Betracht. Aktionäre könnten geltend machen, dass die Auswirkungen transitorischer und physischer Klimarisiken auf Aktiv- und Passivposten nicht oder nicht adäquat im Jahresabschluss abgebildet wurden.<sup>138</sup> Denkbar ist nach § 256 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 AktG sowohl die Überbewertung von Aktivposten (unter a) als auch von Passivposten (unter b). Aktivposten sind überbewertet, wenn sie mit einem höheren Wert angesetzt sind, als es nach §§ 253–256a HGB zulässig ist, Passivposten, wenn sie mit einem niedrigeren Betrag angesetzt sind, § 256 Abs. 5 Satz 2 AktG. Auf dieser Grundlage soll zu den Erfolgsaussichten von Nichtigkeitsklagen gegen die Feststellung des Jahresabschlusses (unter 3) und Beschlussmängelklagen gegen den Gewinnverwendungsbeschluss Stellung genommen werden (unter 4).

#### a) Auswirkungen transitorischer Klimarisiken auf Aktivposten

Auf Aktivseite kommen Posten in Betracht, deren Wert durch transitorische Risiken gemindert ist. Verkürzt sich zum Beispiel

in Folge der Dekarbonisierung der Wirtschaft die Restlaufzeit (Nutzungsdauer des Vermögensgegenstands) eines Kohlekraftwerks (Sachanlage) um Jahre oder Jahrzehnte, muss dem – so bald absehbar – mit höheren Abschreibungen entsprochen werden (§ 253 Abs. 3 Satz 1 HGB)<sup>139</sup>, gegebenenfalls mit einer außerplanmäßigen Abschreibung nach § 253 Abs. 3 Satz 5 HGB.<sup>140</sup> Dabei gibt es grundsätzlich einen Beurteilungsspielraum; mit Blick auf den Grundsatz der kaufmännischen Sorgfalt ist die Fehlertoleranz bei einer Überbewertung aber geringer als bei einer Unterbewertung.<sup>141</sup>

#### b) Auswirkungen physischer Klimarisiken auf Passivposten

Auf Passivseite können Klimaaspekte Rückstellungen beeinflussen oder erforderlich machen.<sup>142</sup> Gemäß § 249 Abs. 1 Satz 1 HGB sind Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten zu bilden. Diese können in zweifacher Hinsicht ungewiss sein.<sup>143</sup>

*Erstens* kann ihr rechtliches Be- und Entstehen ungewiss sein. Hier kommt es darauf an, dass mit dem Be- oder Entstehen der Verbindlichkeit *ernsthaft zu rechnen ist*, die bloße Entstehungsmöglichkeit reicht nicht aus.<sup>144</sup> Umstritten ist der erforderliche Wahrscheinlichkeitsgrad. Der BFH stellt auf die sog. „51 %-Formel“ ab, derzufolge mehr Gründe für das Bestehen als für das Nichtbestehen vorliegen müssen.<sup>145</sup> Literaturstimmen nehmen eine hinreichende Wahrscheinlichkeit bereits dann an, wenn ein hypothetischer Erwerber des Unternehmens die Verpflichtung bei der Kalkulation des Kaufpreises mindernd berücksichtigen würde.<sup>146</sup>

*Zweitens* kann die Inanspruchnahme aus der rechtlich sicheren oder wahrscheinlichen Verpflichtung ungewiss sein.<sup>147</sup>

Für die hier eruierten Klimarisiken lässt sich jeweils in beide Richtungen argumentieren. Einerseits erhebt die herrschende Meinung gewichtige dogmatische Einwände gegen die Annahme einer deliktischen Klimahaftung.<sup>148</sup> Andererseits ist das

134 Die Verf. danken Prof. Dr. Jochen Vetter, München, für diesen Hinweis im Rahmen des Seminars „Greening Corporate Law“ an der Universität Heidelberg im Juli 2024.

135 Bayer in MünchKomm/AktG, 6. Aufl. 2024, § 58 AktG Rz. 8.

136 Hoffmann-Becking in MHD/B/GesR IV, 6. Aufl. 2024, § 48 Rz. 1, 3.

137 Hoffmann-Becking in MHD/B/GesR IV, 6. Aufl. 2024, § 48 Rz. 3.

138 Zu den Auswirkungen von klima- und umweltbezogenen Aspekten auf HGB-Abschlüsse vgl. Reinke/Müller, BC 2022, 250 und Reinke/Müller, BC 2022, 363.

139 Schubert/Schieler in Beck/BilKomm, 14. Aufl. 2024, § 253 HGB Rz. 260.

140 Reinke/Müller, BC 2022, 250 (251f., 254).

141 Schubert/Schieler in Beck/BilKomm, 14. Aufl. 2024, § 253 HGB Rz. 260.

142 Reinke/Müller, BC 2022, 363 (366).

143 Schubert in Beck/BilKomm, 14. Aufl. 2024, § 249 HGB Rz. 77.

144 Schubert in Beck/BilKomm, 14. Aufl. 2024, § 249 HGB Rz. 50; Moxter in FS Forster, 1992, S. 427 (430); BFH v. 17.7.1980 – IV R 10/76, BStBl. II 1981, 669.

145 BFH v. 1.8.1984 – I R 88/80, BStBl. II 1985, 44; BFH v. 19.10.2005 – XI R 64/04, BStBl. II 2006, 371; BFH v. 27.9.2017 – I R 53/15, BStBl. II 2018, 702.

146 Schubert in Beck/BilKomm, 14. Aufl. 2024, § 249 HGB Rz. 51a; Moxter in FS Forster, 1992, S. 427 (430).

147 Schubert in Beck/BilKomm, 14. Aufl. 2024, § 249 HGB Rz. 77f.

148 Vgl. OLG Stuttgart v. 8.11.2023 – 12 U 170/22, ESG 2023, 361 (368); OLG München v. 12.10.2023 – 32 U 936/23, ESG 2023, 370 (378); Schwemmer

OLG Hamm im Rechtsstreit *Lliuya* ./ RWE in die Beweisaufnahme eingetreten.<sup>149</sup> Es ist nicht absehbar, wie sich deutsche und ausländische Höchstgerichte letztlich positionieren werden.

Unterstellt man *argumenti causa*, dass es sich dem Grunde nach um ungewisse Verbindlichkeiten der Gesellschaft i.S.d. § 249 Abs. 1 Satz 1 HGB handelt, schließt sich die Frage an, wie diese als Passivposten einzustellen sind. Die einzustellende Verpflichtung kann sich aus dem Zivilrecht oder dem öffentlichen Recht ergeben,<sup>150</sup> bei den hier vornehmlich interessierenden zivilrechtlichen Verpflichtungen aus unerlaubter Handlung und Geschäftsführung ohne Auftrag, gelten folgende Grundsätze bei der Passivierung: Diese sind grundsätzlich selbst dann rückstellungsfähig, wenn die Person des Gläubigers unbekannt ist.<sup>151</sup>

Diese Voraussetzungen sind bei den hier erwogenen Haftungsschäden nur in Einzelfällen erfüllt: Dass Klimawandelgeschädigte ihre Schadensersatzanforderungen gegenüber der Gesellschaft geltend machen ist – bisher – kein Massenphänomen. Auch genügt die abstrakte Kenntnis vom Klimawandel, den dadurch weltweit verursachten physischen Schäden und dem Beitrag des eigenen Emissionsverhaltens gerade nicht, um Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen *im Einzelfall* anzunehmen.

### 3. Nichtigkeitsklagen gegen die Feststellung des Jahresabschlusses

Gemäß § 256 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 AktG ist der Jahresabschluss nichtig, wenn gegen die vorgenannten Bewertungsvorschriften verstoßen wird. Dem gleichgestellt und ebenfalls von § 256 Abs. 5 AktG erfasst sind Ansatzfehler, also insbesondere die Fälle, in denen die Passivierung ganz unterblieben ist.<sup>152</sup> Dabei legt die Legaldefinition von § 256 Abs. 5 Satz 2 AktG zwar nahe, dass eine Überbewertung (mit Nichtigkeitsfolge) bereits vorliegt, wenn ein Aktivposten zu hoch und ein Passivposten zu niedrig angesetzt wurde. Die herrschende Meinung schränkt diesen Grundsatz jedoch ein, indem sie auf die verobjektivierte Ex-ante-Sicht eines ordentlichen Kaufmanns abstellt<sup>153</sup> sowie eine – wenn auch im Detail umstrittene – Bagatellausnahme vorsieht.<sup>154</sup>

Vor dem Hintergrund der dynamischen Entwicklungen in der Klimaaußenhaftungsfrage und den öffentlich-rechtlichen Vorgaben mit Einfluss auf die Aktivseite lassen sich die Erfolgsaussichten von Nichtigkeitsklagen gegen die Feststellung des Jahresabschlusses nicht seriös beurteilen. Insbesondere ist noch nicht höchstrichterlich entschieden, ob es bei unklarer Rechtslage, wie in der Außenhaftungsfrage, ebenfalls auf die verobjektivierte Ex-ante-Perspektive eines ordentlichen Kaufmanns ankommt.<sup>155</sup> In diesem Fall wäre eine Bilanz auf Grundlage der – Stand heute – jedenfalls vertretbaren Ansicht, es drohe keine deliktische Außenhaftung infolge legalen Emissionsverhaltens selbst dann rechtmäßig, wenn die Gerichte diese Frage später anders beantworten. Auch nach der Gegenansicht kann sich die Verwaltung zumindest der persönlichen Inanspruchnahme im Wege der Organhaftung erwehren, indem sie auf die Vertretbarkeit der Beurteilung aus Ex-ante-Perspektive verweist.<sup>156</sup>

### 4. Beschlussmängelklagen gegen den Gewinnverwendungsbeschluss

Gemäß § 174 Abs. 1, § 58 Abs. 3 AktG beschließt die Hauptversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinns. Die Hauptversammlung ist dabei an den festgestellten Jahresabschluss<sup>157</sup> und die im Rahmen des § 58 Abs. 2 AktG (freiwillig) gebildeten Rücklagen gebunden (§ 174 Abs. 1 Satz 2 AktG)<sup>158</sup>, nicht aber an die vom Vorstand gem. § 170 Abs. 2 AktG vorzulegenden Vorschlag über die Gewinnverwendung.<sup>159</sup> Die Hauptversammlung kann, wie § 172 Abs. 2 Halbs. 2 AktG erhellt, beschließen, den Bilanzgewinn an die Aktionäre auszuschütten, in Gewinnrücklagen einzustellen oder auf neue Rechnung vorzutragen.<sup>160</sup> Begrenzt ist die Entscheidungsfreiheit der Hauptversammlung durch § 254 Abs. 1 AktG, der Minderheitsaktionäre vor übermäßiger Thesaurierung durch Einstellung in sonstige Gewinnrücklagen (§ 58 Abs. 3 Satz 1 AktG) oder Gewinnvortrag schützen soll.<sup>161</sup> Tatbestandlich von § 254 AktG nicht erfasst ist der umgekehrte Fall der – aus Sicht der Minderheitsaktionäre<sup>162</sup> – untermäßigen Rücklagenbildung. Zwar entfaltet § 254 Abs. 1 AktG nach seinem Wortlaut keine Sperrwirkung gegenüber den allgemeinen Anfechtungsgründen des § 243 AktG, doch kommt auch eine Anfechtung hiernach kaum in Betracht: Denn durch die Ausschüttung der Gewinne, die alle Aktionäre gleichermaßen erreicht, wird eben kein *Sondervorteil* i.S.d. § 243 Abs. 2 Satz 1 AktG gewährt. Die unternehmerische Entscheidung, wie viele Gewinnrücklagen – auch für die nachhaltige Unterneh-

et al., Global Perspectives on Corporate Climate Legal Tactics, in: British Institute of International and Comparative Law (BIICL), 2024, S. 13 ff. Vgl. auch Gerhard Wagner, der vor einer „Gefährlichen Politisierung des Privatrechts im Klimaschutz“ warnt, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 24.9.2024, S. 18.

149 Vgl. Pressemitteilung des OLG Hamm v. 17.6.2022, abrufbar unter: [https://www.olg-hamm.nrw.de/behoerde/presse/Pressemitteilungen/zt-Archiv/2022\\_Pressearchiv/19\\_22\\_PE\\_Beweisaufnahme-in-Peru-im-Rechtsstreit-Lliuya-\\_-RWE/index.php](https://www.olg-hamm.nrw.de/behoerde/presse/Pressemitteilungen/zt-Archiv/2022_Pressearchiv/19_22_PE_Beweisaufnahme-in-Peru-im-Rechtsstreit-Lliuya-_-RWE/index.php) (zuletzt abgerufen am 24.1.2025).

150 Schubert in Beck/BilKomm, 14. Aufl. 2024, § 249 HGB Rz. 55.

151 Schubert in Beck/BilKomm, 14. Aufl. 2024, § 249 HGB Rz. 58, 130.

152 H.M.: Jansen in BeckOGK/AktG, § 256 AktG Rz. 74 (Stand: Juni 2024); Koch in MünchKomm/AktG, 5. Aufl. 2021, § 256 AktG Rz. 58; Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung Rz. 39; Schwab in K. Schmidt/Lutter, 5. Aufl. 2024, § 256 AktG Rz. 6; Arnold in KölnKomm/AktG, 3. Aufl. 2017, § 256 Rz. 68.

153 Jansen in BeckOGK/AktG, § 256 AktG Rz. 72 (Stand: Juni 2024).

154 Jansen in BeckOGK/AktG, § 256 AktG Rz. 71 (Stand: Juni 2024) m.w.N.

155 So: Jansen in BeckOGK/AktG, § 256 AktG Rz. 72 (Stand: Juni 2024); Hennrichs, NZG 2013, 681 (686 f.); a.A. Schulze-Osterloh, ZHR 2015, 9 (32 ff.) mit Verweis auf BFH DStR 2013, 633.

156 Schulze-Osterloh, ZHR 2015, 9 (32 ff.).

157 Ist die Feststellung des Jahresabschlusses nichtig, ist auch der – darauf aufbauende – Gewinnverwendungsbeschluss nichtig, § 253 Abs. 1 Satz 1 AktG. Im Falle der Heilung der Feststellung des Jahresabschlusses, § 256 Abs. 6 Satz 1 AktG, kann auch die Nichtigkeitsklage gegen den Gewinnverwendungsbeschluss nicht mehr auf den Mangel der Feststellung des Jahresabschlusses gestützt werden, § 253 Abs. 1 Satz 2 AktG.

158 OLG Stuttgart NJOZ 2006, 2226 (2231 f.).

159 Cahn/v. Spannenberg in BeckOGK/AktG, § 58 AktG Rz. 20 (Stand: Juni 2024).

160 Koch, 18. Aufl. 2024, § 174 AktG Rz. 5.

161 Ganzer, NZG 2023, 1251 (1256); LG Stuttgart v. 28.7.2020 – 31 O 4/20 KfH.

162 So ist vorstellbar, dass die überstimmte Minderheit mehr Rücklagen als Verwaltung und Hauptversammlungsmehrheit bilden wollten, um die nachhaltige Unternehmenstransformation zu finanzieren.

menstransformation zu bilden sind – ist daher dem Zugriff der (qualifizierten) Aktionärsminorität entzogen.

## VII. Zusammenfassung in Thesenform

1. Aktionärsklimaklagen dürften künftig im In- und Ausland häufiger vorkommen, da sie die beiden jüngeren Phänomene *shareholder activism* und *strategic litigation* vereinen.

2. Der englische Fall *Client Earth v. Shell's Board of Directors* gibt Anlass zu untersuchen, ob Aktionärsklimaklagen gegen Vorstandsmitglieder inländischer Aktiengesellschaften Aussicht auf Erfolg haben könnten.

3. Aufgrund der aktienrechtlichen Kompetenzverteilung scheiden Primärleistungsklagen der Aktionäre gegen Vorstandsmitglieder auf Vornahme konkreter klimafreundlicher Geschäftsleitungsmaßnahmen aus. Dies gilt nicht nur bei Geschäftsleitungsmaßnahmen, die auf einem *business judgment* beruhen, sondern auch bei solchen Maßnahmen, zu deren Vornahme der Vorstand aufgrund seiner Legalitätspflicht mit Blick auf eine externe Pflichtenbindung der Gesellschaft gehalten ist.

4. Klagen auf Unterlassung klimaschädlicher Maßnahmen sind im Regelfall ebenfalls unbegründet.

5. Aktionärsregressklagen gegen Vorstandsmitglieder aufgrund der schuldhaften Verletzung klimabezogener Organpflichten (§ 93 Abs. 2 AktG) stehen *de lege lata* vor hohen Hürden.

a) So ist schon materiell-rechtlich fraglich, ob und in welcher Höhe ein Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen ihre Organmitglieder aus § 93 Abs. 2 AktG besteht.

b) Die Geltendmachung solcher Ersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder wäre kompetenziell überdies nach § 112 Satz 1 AktG Sache des Aufsichtsrats. Demgegenüber hat die Geltendmachung durch Aktionäre gemäß der gesetzlichen Konzeption in §§ 147 f. AktG nur Ausnahmecharakter.

c) Versuche aktivistischer Aktionäre, die strengen Voraussetzungen der §§ 147 f. AktG durch Klagen im Ausland (USA) international-zivilverfahrensrechtlich zu umgehen, sind bisher nicht von Erfolg gekrönt.

6. Tagesordnungsergänzungsverlangen treten in den letzten Jahren vermehrt als Ausdruck eines gewandelten *shareholder climate activism* in Erscheinung. § 122 Abs. 2 AktG wird genutzt, um ESG-Belange in die Hauptversammlung zu tragen. Bislang sind indes nur mediale Erfolge zu verzeichnen. *De lege ferenda* ist erwägenswert, dem *shareholder climate activism* eine gesellschaftsrechtliche Form in Gestalt eines *say on climate* zu geben.

7. Beschlussmängelklagen gegen die von der Hauptversammlung mehrheitlich beschlossene Entlastung der Verwaltung (§ 120 AktG) und gegen die Feststellung des Jahresabschlusses wegen Bewertungsverstößen bei der Passivierung von Klimarisiken spielen im Klimakontext bislang eine untergeordnete Rolle, könnten aber im künftigen Ringen um die Klimatransformation von Unternehmen an praktischer Bedeutung gewinnen.

**Nikolai Unmuth / Max Paul Waimer\***

# Identische Firma von Haupt- und Zweigniederlassung im Konflikt mit § 30 Abs. 3 HGB

Raum für eine teleologische Reduktion?

ZIP0075812

Im Bestreben, sich räumlich zu erweitern, errichten Unternehmen in der Praxis regelmäßig Zweigniederlassungen. Häufig ist dabei gewünscht, dass die Zweigniederlassung die Firma der Hauptniederlassung führt. Bei einer Zweigniederlassung, die am selben Ort oder in derselben Gemeinde wie die Hauptniederlassung errichtet wird, steht der Firmierung unter gleichem Namen vermeintlich aber § 30 Abs. 3 HGB entgegen. Der Beitrag behandelt den Konflikt um Zweigniederlassungen am selben Ort oder in derselben Gemeinde wie die Hauptniederlassung und begründet, warum § 30 Abs. 3 HGB teleologisch zu reduzieren ist, wenn hinter der bestehenden und der neu einzutragenden Firma derselbe Rechtsträger steht.

## A. Einleitung

Zweigniederlassungen firmieren unter einem eigenen Namen, der in der Praxis regelmäßig zu dem Namen der Hauptnieder-

lassung identisch ist. Damit wird an den Rechtsverkehr signalisiert, dass die Niederlassungen einander zuzuordnen sind. Errichtet eine Gesellschaft ihre Zweigniederlassung in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Hauptniederlassung, scheint einer identischen Firma § 30 Abs. 3 HGB entgegenzustehen. Danach müssen Zweigniederlassungen unterscheidungskräftige Firmenzusätze führen, die sie als Zweigniederlassung erkennbar machen, wenn an dem Ort oder in der Gemeinde, in der sie errichtet werden, bereits eine gleiche, eingetragene Firma besteht. Der Wortlaut des § 30 Abs. 3 HGB reicht weit – möglicherweise weiter, als vom Gesetzgeber ursprünglich intendiert.

\* Dr. Nikolai Unmuth, LL.M. (Los Angeles) ist Rechtsanwalt und Assoziierter Partner bei Gleiss Lutz in Stuttgart, und Max Paul Waimer ist Doktorand an der Universität Heidelberg und Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Gleiss Lutz in Stuttgart.