

gleichsfähig ist. Das ist bei einer Gewährung von Upstream-Darlehen der Fall, soweit ein konkretes Ausfallrisiko für die Rückzahlung besteht. Die Aufsichtsratsmitglieder sind ersatzpflichtig, wenn sie die Ausreichung in einem solchen Fall nicht unterbinden. Gleiches gilt, wenn sie nicht dafür Sorge tragen, dass der Vorstand vor Bonitäts-

verlust ausgereichte Darlehen zurückfordert bzw. eine hinreichende Besicherung veranlasst. In beiden Fällen kann die Tochter-AG den Anspruch analog § 255 BGB nur Zug-um-Zug gegen Abtretung der ihr gegen die Obergesellschaft zustehenden Ersatzansprüche geltend machen.

Prof. Dr. Olaf Müller-Michaels / Eugen Wingerter, Düsseldorf/Münster*

Die Wiederbelebung der Sonderprüfung durch die Finanzkrise: IKB und die Folgen

Seit Ausbruch der Finanzkrise ist die praktische Bedeutung der aktienrechtlichen Sonderprüfung sprunghaft angestiegen. Im Vordergrund stehen dabei Fälle wie IKB und HVB; daneben gab es aber auch noch eine Reihe weiterer Gerichtsverfahren. Der Beitrag systematisiert diese aktuelle Rechtsprechung. Der Schwerpunkt liegt bei der Frage, wann der für die Anordnung der Sonderprüfung entscheidende Verdacht einer „groben Pflichtverletzung“ gegeben ist. Darüber hinaus wird versucht, Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Sonderprüfung herauszuarbeiten.

I. Einleitung

Die Sonderprüfung ist ein wichtiges Instrument der Aktionäre zur Überprüfung der Geschäftsführung.¹ Seit der Neufassung des § 142 AktG durch das UMAG² ist auch ihre Bedeutung als Minderheitenrecht erheblich gewachsen. Mit der Ausbreitung der Finanz- und Weltwirtschaftskrise stellte sich für viele Aktionäre die Frage, ob und inwieweit der Vorstand die eingetretenen Verluste der Gesellschaft zu vertreten hat.³ Um eine Antwort darauf zu erhalten, erwägen Aktionäre immer häufiger einen Antrag auf Sonderprüfung. Diese aktuelle Entwicklung spiegelt sich wider zum einen in der gestiegenen Anzahl der Anträge auf Anordnung der Sonderprüfung in der Hauptversammlung und zum anderen in der Anzahl bedeutender Gerichtsverfahren, die nach der Ablehnung des Antrags von Minderheitsaktionären geführt werden.⁴ Ausgehend

von den Voraussetzungen für einen erfolgreichen Antrag auf Anordnung der Sonderprüfungen betrachtet der Beitrag die aktuellen Entwicklungen in der Rechtsprechung und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Gesellschaft und ihre Organe. Am Ende wird der bisher wenig analysierten Frage der Verhältnismäßigkeit der Sonderprüfung nachgegangen.

II. Zweck der Sonderprüfung

Der Zweck der Sonderprüfung lässt sich aus der Perspektive der Agency-Theorie anknüpfend an das klassische Problem der asymmetrischen Informationsverteilung⁵ verdeutlichen. Im deutschen Aktienrecht übertragen die Aktionäre als Prinzipal dem Agent Aufsichtsrat die Kontrollaufgaben. Der Aufsichtsrat ermächtigt wiederum den Vorstand als Agent zur Führung der Gesellschaft. Anders als bei der klassischen Prinzipal-Agent-Beziehung steht zwischen dem Vorstand und den Gesellschaftern der Aufsichtsrat als Kontrollgremium. Es besteht somit eine Prinzipal(Gesellschafter)-Agent(Aufsichtsrat)-Agent(Vorstand)-Beziehung.

Aufgrund des beschränkten Einsichtsrechts in die internen Verwaltungsvorgänge führt diese Konstellation zu einem bedeutenden Informationsvorsprung des Vorstands gegenüber den Aktionären. Insbesondere bei kollusiver Zusammenarbeit von Vorstand und Aufsichtsrat haben die Aktionäre kaum Möglichkeiten Unregelmäßigkeiten in der Geschäftsführung aufzudecken.⁶

Die Sonderprüfung gibt den Aktionären ein Recht, mit dessen Hilfe sie die beschriebene asymmetrische Informationsverteilung partiell ausgleichen können. Der bestellte Sonderprüfer ermittelt die tatsächliche Informationsgrundlage, auf deren Basis die Gesellschaft Ansprüche gegen Organmitglieder geltend machen kann. Alternativ können Aktionäre Ersatzansprüche für die Gesell-

* Prof. Dr. Olaf Müller-Michaels ist Rechtsanwalt im Düsseldorfer Büro von Orrick Hölters & Elsing und Professor für Wirtschaftsrecht an der FOM Hochschule für Oekonomie & Management in Essen. Eugen Wingerter ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Zivilverfahrensrecht bei Frau Prof. Dr. Petra Pohlmann an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

1 Mock in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 142 AktG Rz. 1.

2 Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts vom 22.9.2005, BGBl. I 2005, 2802 ff.

3 Fleischer, NJW 2010, 1504; Balthasar/Hamlemann, WM 2010, 589.

4 Vgl. bereits für das Jahr 2010: BGH v. 1.3.2010 – II ZB 1/10, AG 2010, 244; OLG München v. 30.8.2010 – 31 Wx 24/10, ZIP 2010, 1854; OLG Stuttgart v. 15.6.2010 – 8 W 391/08, AG 2010, 717 = NZG 2010, 864; OLG München v. 11.5.2010 – 31 Wx 14/10, AG 2010, 457; v. 25.3.2010 – 31 Wx 144/09, AG 2010, 598; OLG Köln

v. 22.2.2010 – 18 W 1/10, AG 2010, 414; OLG Düsseldorf v.

15.1.2010 – I-17 U 6/09, AG 2010, 330; LG München I v.

26.2.2010 – 5 HK 14083/09, Der Konzern 2010, 183.

5 Ausführlicher zum „Principal-Agent-Paradigma“: Martinek in Staudinger, 2006, Vorbem. zu §§ 662 ff. BGB Rz. 73–76.

6 Mock in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 142 AktG Rz. 1.



schaft nach § 147 AktG einklagen. Stellt der Sonderprüfer Tatsachen fest, die einen wichtigen Grund für die Abberufung darstellen, kann von den Aktionären die Abberufung des Vorstands (§ 84 Abs. 3 AktG) oder von Aufsichtsratsmitgliedern (§ 103 AktG) bewirkt werden.⁷ Durch diese Sanktionsmöglichkeiten soll die Sonderprüfung nicht nur repressiv, sondern auch präventiv wirken.⁸

Aus dem Zweck der Sonderprüfung lässt sich ihr Umfang bestimmen. Er beschränkt sich auf den Ausgleich des beschriebenen Informationsvorsprungs der Verwaltungsorgane. Deshalb ermittelt der Sonderprüfer allein die tatsächliche Grundlage, die dann vor Gericht als Beweis genutzt werden kann. Die Sonderprüfung dient nicht der Klärung von Rechtsfragen und ersetzt kein Gerichtsurteil.⁹

III. Arten der Bestellung

Es gibt zwei Möglichkeiten, die Anordnung der Sonderprüfung zu erreichen. Den Grundsatz bildet der § 142 Abs. 1 AktG, wonach die Hauptversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit den Sonderprüfer bestellen kann. Lehnt die Mehrheit den Antrag ab, so hat die Minderheit unter den strengeren Voraussetzungen des § 142 Abs. 2 AktG die Möglichkeit, die Sonderprüfung durch einen Gerichtsbeschluss anzuordnen.

IV. Risiken für das Unternehmen

Ein Antrag auf Sonderprüfung bringt aus Unternehmenssicht eine Reihe von Nachteilen mit sich. Allein der Antrag auf gerichtliche Anordnung kann bereits die Reputation des Unternehmens beeinträchtigen. Das gibt dem Antragsteller die Möglichkeit, eine Druckposition gegenüber der Gesellschaft aufzubauen, um eigenen Forderungen, insbesondere den Abkauf von Aktien vor der gerichtlichen Entscheidung über den Antrag, durchzusetzen.¹⁰ Spätestens mit der Anordnung der Sonderprüfung besteht für das Unternehmen das Risiko des Reputationsverlusts. Bei börsennotierten Unternehmen kann allein die Anordnung aufgrund der Medienwirksamkeit zu Kurseinbrüchen führen.

Ein weiteres Risiko bringt die Veröffentlichung des Prüfungsberichts durch den Sonderprüfer mit sich. Die Veröffentlichung kann dazu führen, dass nicht nur die Gesellschaft gegenüber dem Vorstand, sondern auch Dritte Ersatzansprüche gegenüber der Gesellschaft geltend machen, die durch die Ersatzansprüche der Gesellschaft nicht mehr ausgeglichen werden können. Zusätzlich schadet eine solche Klagewelle von Dritten und Aktionären wiederum der Reputation des Unternehmens und der Kursentwicklung.

Außerdem müssen gem. § 145 Abs. 6 Satz 1 AktG in den Bericht auch Tatsachen aufgenommen werden, deren Be-

kanntwerden geeignet ist, der Gesellschaft einen nicht unerheblichen Nachteil zuzufügen. Das bringt das Risiko der Ausforschung von Geschäftsgeheimnissen mit sich.¹¹ Insbesondere Wettbewerber könnten geeignete Informationen zu ihren Gunsten nutzen, um die Marktposition der Gesellschaft zu beeinträchtigen. Die typischen Nachteile hat der Gesetzgeber jedoch in Kauf genommen, um der präventiven, abschreckenden Wirkung der Sonderprüfung Gewicht zu verleihen. Sie stellen daher für sich genommen kein Argument gegen die Sonderprüfung dar.

V. Schutzinstrumente

Die Gesellschaft hat mehrere Möglichkeiten, eine richterliche Anordnung der Sonderprüfung abzuwenden. Die effektivste von ihnen ist die Prävention, also die Vermeidung der Voraussetzungen des § 142 Abs. 2 AktG. Gehen die Verwaltungsorgane ihren Pflichten ordnungsgemäß nach und nehmen ihre Kontroll- und Führungsaufgaben pflichtgemäß wahr, so hat der Antrag auf richterliche Anordnung keine Aussicht auf Erfolg. Der Antrag hat ebenfalls keinen Erfolg, wenn der Antragsteller zum Zeitpunkt der Entscheidung nicht mehr Aktieninhaber ist. Dies kann mit einem Abkauf der Aktien durch andere Aktionäre oder mit einem Squeeze-out¹² erreicht werden.

Im Fall einer bereits beschlossenen Anordnung der Sonderprüfung hat der Vorstand nur noch die Möglichkeit mit Hilfe des Schutzantrags gem. § 145 Abs. 4 AktG die Aufnahme besonders sensibler Informationen in den Prüfungsbericht zu verhindern.¹³

VI. Anordnung durch die Hauptversammlung

Die Bestellung des Sonderprüfers durch die Hauptversammlung ist die einfachere, aber auch wenig praxisrelevante Alternative. Erforderlich sind ein zulässiger Untersuchungsgegenstand und ein ordnungsgemäß gefasster Beschluss mit einfacher Stimmenmehrheit.

1. Zulässiger Untersuchungsgegenstand

Die Prüfung kann nur in Bezug auf einen ganz bestimmten Vorgang der Gründung oder Geschäftsführung erfolgen.¹⁴ Die Begriffe sind weit auszulegen. So umfasst die Geschäftsführung den gesamten Verantwortungsbereich des Vorstands.¹⁵ Den Untersuchungsgegenstand kann auch ein komplexer Vorgang bilden, der sich über einen längeren Zeitraum erstreckt. Eine allgemeine Prüfung oder eine Untersuchung ganzer Zeitabschnitte ist dagegen unzulässig.¹⁶ Der Sonderprüfer soll nur konkrete Informationsvorsprünge ausgleichen und nicht ein zweites Kontroll-

¹¹ *Hirschmann* in Hölters, 2010, § 142 AktG Rz. 2.

¹² Siehe dazu unten unter VII.1.b.; vgl. auch *Müller-Michaels* in Hölters, 2010, § 327a AktG Rz. 9 ff.

¹³ Ausführlich zum Schutzantrag *Wilsing/von der Linden/Ogorek*, NZG 2010, 729.

¹⁴ *Mock* in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 142 AktG Rz. 39; *Hirschmann* in Hölters, 2010, § 142 AktG Rz. 9.

¹⁵ OLG Düsseldorf v. 15.1.2010 – I-17 U 6/09, AG 2010, 330; *Hirschmann* in Hölters, 2010, § 142 AktG Rz. 13; *Hüffer*, 9. Aufl. 2010, § 142 AktG Rz. 4.

¹⁶ *Mock* in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 142 AktG Rz. 36; *Hirschmann* in Hölters, 2010, § 142 AktG Rz. 9.

⁷ *Hirschmann* in Hölters, 2010, § 142 AktG Rz. 3 f.

⁸ *Schröer* in MünchKomm/AktG, 2. Aufl. 2004, § 142 AktG Rz. 4; *Spindler* in K. Schmidt/Lutter, 2. Aufl. 2010, § 142 AktG Rz. 2.

⁹ *Hirschmann* in Hölters, 2010, § 142 AktG Rz. 3; *Schröer* in MünchKomm/AktG, 2. Aufl. 2004, § 142 AktG Rz. 7.

¹⁰ *Trölitzsch/Gunßer*, AG 2008, 833.

gremium der Aktionäre neben dem Aufsichtsrat bilden. Der Vorgang muss einen Bezug zur Gründung oder Geschäftsführung haben. Das Geschehen in einer Tochtergesellschaft stellt beispielsweise an sich noch keinen geeigneten Untersuchungsgegenstand dar. Erst die Beziehung zwischen der Mutter- und der Tochtergesellschaft, geprägt durch Weisungen oder faktische Kontrolle, hat einen ausreichenden Bezug zum Vorstand der Muttergesellschaft und kann einen Untersuchungsgegenstand der Sonderprüfung im Mutterunternehmen bilden.¹⁷

2. Ordnungsgemäße Abstimmung

Bei der Abstimmung über die Anordnung der Sonderprüfung dürfen gem. § 142 Abs. 1 Satz 2 AktG die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats nicht mitstimmen, wenn durch die Sonderprüfung Vorgänge erfasst werden, die mit der Entlastung eines Mitglieds des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder der Einleitung eines Rechtsstreits zwischen der Gesellschaft und einem Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats zusammenhängen. Das Stimmverbot ist eine konkretisierende Ausprägung des allgemeinen Verbots, in eigener Sache zu richten, und soll die Abstimmung von jedem potentiellen Sonderinteresse der Verwaltungsmitglieder freihalten.¹⁸

Für das LG München¹⁹ stellte sich die Frage, ob auch ein gerade gewähltes Aufsichtsratsmitglied von der anschließenden Abstimmung über die Sonderprüfung ausgeschlossen ist. Da der Gewählte in der Vergangenheit weder dem Vorstand noch dem Aufsichtsrat angehört hat, war die Gefahr eines potentiellen Sonderinteresses bei ihm selbst ausgeschlossen. Deshalb sah das LG München seine Teilnahme an der Abstimmung als zulässig an.²⁰ Anderenfalls würde die Reihenfolge, in der die Beschlüsse auf der Hauptversammlung erfolgen, die Anzahl der abstimmungsberechtigten Aktionäre beeinflussen. Das würde die Möglichkeit eröffnen, über die Bestimmung der Reihenfolge der Tagesordnung Einfluss auf das Ergebnis der Abstimmung über die Anordnung der Sonderprüfung zu nehmen.

VII. Anordnung durch das Gericht

Gemäß § 142 Abs. 2 AktG kann auf Antrag der Aktionäre das Gericht die Sonderprüfung anordnen. Diese Entscheidung erfolgt gegen den Willen der Mehrheit der Aktionäre und dient dem Minderheitenschutz.²¹ Daher muss dieses Instrument erhöhten Anforderungen genügen, um einem Missbrauch vorzubeugen. Die Voraussetzungen für die

gerichtliche Anordnung lassen sich in formelle und materielle unterteilen.

1. Formelle Voraussetzungen

a) Ablehnender Hauptversammlungsbeschluss

Als erstes ist ein ablehnender Hauptversammlungsbeschluss notwendig. Die Aktionäre müssen versuchen, die Anordnung in der Hauptversammlung zu bewirken. Erst bei Scheitern steht ihnen der Rechtsweg offen.

Im Fall „IKB Deutsche Industriebank AG“ musste das OLG Düsseldorf darüber entscheiden, ob eine spätere Aufhebung eines Hauptversammlungsbeschlusses auf Anordnung der Sonderprüfung einem ablehnenden Hauptversammlungsbeschluss gleichsteht.²² Das Gericht sprach sich mit der Literatur²³ gegen eine formalistische Betrachtung aus. Demnach ist nicht entscheidend, dass der Beschluss formell abgelehnt wurde, sondern dass die Aktionäre in der Hauptversammlung erfolglos versucht haben, die Anordnung der Sonderprüfung zu bewirken. Ob die Sonderprüfung an einer sofortigen Ablehnung oder an einer späteren Aufhebung scheitert, ist unerheblich.

b) Anteil am Grundkapital

Für die Antragsbefugnis reicht der Aktionärsstatus allein nicht aus. Darüber hinaus müssen die Aktienanteile ein bestimmtes Quorum erfüllen. Seit der Neufassung des § 142 Abs. 2 AktG durch das UMAG sind die Anforderungen an die Anteile der Antragsteller auf einen Prozent des Grundkapitals bzw. 100.000 € nominal gesenkt worden. Der Aktionär muss diese Anteile mindestens drei Monate vor der Hauptversammlung erworben haben und die Inhabereigenschaft bis zur gerichtlichen Entscheidung behalten.

Auch nach der Absenkung der Schwellenwerte durch das UMAG erfordert § 142 Abs. 2 AktG eine nicht unerhebliche Kapitalbindung über einen längeren Zeitraum. Dadurch besteht immer noch eine starke Barriere gegen den Missbrauch dieses Instruments, der mit kurzfristigem Kauf von einer Aktie betrieben werden könnte. Diese Barriere ist auch notwendig, da die Sonderprüfung auf Kosten der Gesellschaft erfolgt und zahlreiche bereits beschriebene Risiken mit sich bringt.

Die Sonderprüfung ist kein Selbstzweck, sondern erfolgt, um die Grundlage für weitere Schritte der Aktionäre zu schaffen.²⁴ Diese Informationsgrundlage kann einem Antragsteller, der seine Aktien bereits vor der Entscheidung über die Anordnung veräußert hat, nicht mehr zu Gute kommen. Deshalb wird die Anordnung der Sonderprüfung überflüssig.

Für das OLG München stellte sich die Frage, ob auch ein unfreiwilliger Verlust der Aktien durch einen Squeeze-out

17 OLG Düsseldorf v. 15.1.2010 – I-17 U 6/09, AG 2010, 330.

18 LG München I v. 26.2.2010 – 5 HK 14083/09, Der Konzern 2010, 183 (185); *Schröer* in MünchKomm/AktG, 2. Aufl. 2004, § 142 AktG Rz. 7; *Spindler* in K. Schmidt/Lutter, 2. Aufl. 2010, § 142 AktG Rz. 27.

19 LG München I v. 26.2.2010 – 5 HK 14083/09, Der Konzern 2010, 183.

20 LG München I v. 26.2.2010 – 5 HK 14083/09, Der Konzern 2010, 183 (185).

21 *Hirschmann* in Hölters, 2010, § 142 AktG Rz. 5; *Spindler* in K. Schmidt/Lutter, 2. Aufl. 2010, § 142 AktG Rz. 2.

22 OLG Düsseldorf v. 9.12.2009 – I-6 W 45/09, AG 2010, 126.

23 *Hirschmann* in Hölters, 2010, § 142 AktG Rz. 32 m.w.N.

24 OLG München v. 11.5.2010 – 31 Wx 14/10, AG 2010, 457 (458).



zu einem Verlust der Antragsbefugnis führt.²⁵ Das Gericht hat den Lösungsweg des BGH in Sachen „Massa“²⁶ zur Fortführung von Anfechtungsklagen durch ausgeschiedene Aktionäre nicht übernommen und sich gegen die Fortführung des Verfahrens analog § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO entschieden. Aufgrund des dargestellten Ziels der Sonderprüfung kommt es nicht darauf an, ob der Verlust der Aktionärsenschaft freiwillig oder unfreiwillig erfolgt ist. Entscheidend ist allein, ob der Antragsteller zumindest theoretisch die durch die Sonderprüfung ermittelten Tatsachen für die Zwecke der Gesellschaft nutzen könnte.²⁷ Das kann der ausgeschlossene Aktionär nicht mehr. Für ihn ist nach dem Squeeze-out nur noch der Abfindungsanspruch von Bedeutung. Etwaige Schadensersatzansprüche kann er als werterhöhend im dafür vorgesehenen Spruchverfahren behandeln lassen.²⁸

c) Zulässiger Untersuchungsgegenstand

Der Untersuchungsgegenstand muss zunächst die gleichen Anforderungen erfüllen, wie für die Anordnung durch die Hauptversammlung. Einschränkend fordert § 142 Abs. 2 AktG, dass der Vorgang nicht länger als fünf Jahre vor dem ablehnenden Hauptversammlungsbeschluss zurückliegt. Dabei ist ausreichend, dass das Geschehen in den letzten fünf Jahren noch andauerte. Dass der gesamte Vorgang innerhalb der letzten fünf Jahre stattgefunden hat, ist nicht erforderlich.²⁹

d) Rechtsmissbrauch

Als letzte formelle Hürde darf der Aktionär mit seinem Antrag nicht illoyale, grob eigennützige Ziele verfolgen, anderenfalls ist sein Antrag rechtsmissbräuchlich. Insbesondere darf er den Antrag nicht als Druckmittel für den Erhalt von Abfindungszahlungen verwenden.³⁰ Da die Sonderprüfung auf Kosten der Gesellschaft erfolgt, muss sie auch den Zwecken der Gesellschaft und nicht eines Einzelnen dienen. Darüber hinaus muss der Antrag den Aktionären neue Perspektiven eröffnen, ein Antrag auf Sonderprüfung über bereits geklärte Sachverhalte ist ebenfalls rechtsmissbräuchlich.³¹

2. Materielle Voraussetzungen

a) Verdacht einer groben Pflichtverletzung

Neben dem Antragsquorum stellen die materiellen Voraussetzungen eine weitere Hürde für die gerichtliche Anordnung der Sonderprüfung dar. Um die Entscheidung der Mehrheit nicht zu unterlaufen, sollen nur Unredlichkeiten und grobe Verletzungen des Gesetzes oder der Satzung zu einer gerichtlichen Anordnung berechtigen.³² Die Verstöße

musste der Antragsteller allerdings nicht beweisen.³³ Die Sonderprüfung wird gerade angestrebt, um eine Beweisgrundlage zu schaffen. Liegen alle erforderlichen Beweise vor, so ist der Antrag auf die Sonderprüfung überflüssig und sogar rechtsmissbräuchlich.³⁴ Auch muss der Antragsteller die Verstöße nicht glaubhaft machen.³⁵ Er muss aber substantiiert Tatsachen vortragen, aus denen sich für das Gericht ein hinreichender Tatverdacht ergibt.³⁶ Zu diesem Themenkomplex sind zuletzt einige Gerichtsentscheidungen ergangen.

aa) OLG Düsseldorf v. 9.12.2009 – IKB Deutsche Industriebank AG

In der „IKB Deutsche Industriebank AG“-Entscheidung³⁷ musste das OLG Düsseldorf beurteilen, inwieweit ein hinreichender Verdacht i.S.d. § 142 Abs. 2 AktG darüber besteht, dass die Umstände, die zur Krise der Bank geführt haben, auf Pflichtverletzungen der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder beruhen.

Eine Unredlichkeit i.S.d. § 142 Abs. 2 AktG ist ein subjektiv vorwerfbares, sittlich anstößiges Verhalten.³⁸ Bei Verstößen muss die Pflichtverletzung so grob sein, dass ihre Nichtverfolgung unerträglich erscheint.³⁹ Maßgebliche Faktoren für die Beurteilung sind der Verschuldensgrad und die Schadenshöhe.⁴⁰ Im Fall der IKB kamen mehrere solcher Pflichtverletzungen in Betracht:

(1) Grobe Pflichtverletzungen des Vorstands

(a) Überschreitung des Unternehmensgegenstands

Im Geschäftsjahr 2006/2007 erreichte der Verbriefungssektor der IKB ca. 46 % des Gesamtgeschäftsvolumens. Dagegen forderte die Satzung, dass die Förderung der gewerblichen Wirtschaft den Unternehmensgegenstand bildet. Die Finanzierung des Mittelstandes sollte dabei den Vorzug bekommen.

Das Gericht bejahte den Verdacht eines groben Verstoßes gegen die Satzung durch die Verfolgung eines unternehmensfremden Gegenstands ohne diesen vom Unternehmenszweck abzugrenzen. Dazu werden in der Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Auffassungen vertreten,⁴¹ wobei die vorgeschlagenen Trennlinien keine klare Abgrenzung ermöglichen. Jedenfalls stellt sowohl die Überschreitung des Unternehmensgegenstands als auch eine Betätigung in einem von der Satzung nicht getrage-

25 OLG München v. 11.5.2010 – 31 Wx 14/10, AG 2010, 457.

26 BGH v. 9.10.2006 – II ZR 46/05, AG 2006, 931.

27 So auch von der Linden, GWR 2010, 297.

28 OLG München v. 11.5.2010 – 31 Wx 14/10, AG 2010, 457 (458).

29 Hüffer, 9. Aufl. 2010, § 142 AktG Rz. 19; Spindler in K. Schmidt/Lutter, 2. Aufl. 2010, § 142 AktG Rz. 51.

30 OLG Düsseldorf v. 9.12.2009 – I-6 W 45/09, AG 2010, 126; Hüffer, 9. Aufl. 2010, § 142 AktG Rz. 21; Hirschmann in Hölters, 2010, § 142 AktG Rz. 42.

31 Spindler in K. Schmidt/Lutter, 2. Aufl. 2010, § 142 AktG Rz. 59.

32 Vgl. Reg.-Begr., BT-Drucks. 15/5092, 18.

33 Hirschmann in Hölters, 2010, § 142 AktG Rz. 37.

34 Spindler in K. Schmidt/Lutter, 2. Aufl. 2010, § 142 AktG Rz. 59.

35 Hirschmann in Hölters, 2010, § 142 AktG Rz. 37.

36 Mock in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 142 AktG Rz. 128; Hirschmann in Hölters, 2010, § 142 AktG Rz. 37; a.A. Trölitzsch/Gunßer, AG 2008, 833 (836).

37 OLG Düsseldorf v. 9.12.2009 – I-6 W 45/09, AG 2010, 126.

38 OLG Köln v. 22.2.2010 – 18 W 1/10, AG 2010, 414; Hirschmann in Hölters, 2010, § 142 AktG Rz. 36.

39 OLG Köln v. 22.2.2010 – 18 W 1/10, AG 2010, 414 (415); OLG Düsseldorf v. 9.12.2009 – I-6 W 45/09, AG 2010, 126 (127).

40 OLG Düsseldorf v. 9.12.2009 – I-6 W 45/09, AG 2010, 126 (127); Hirschmann in Hölters, 2010, § 142 AktG Rz. 36.

41 Vgl. zum Meinungsstand Fleischer in MünchKomm/GmbHG, 2010, § 1 GmbHG Rz. 7.

nen Bereich oder Umfang eine organschaftliche Pflichtverletzung dar. Ob diese Betätigung eine Überschreitung des Unternehmensgegenstands darstellt, kann deshalb dahin stehen. Entgegen einiger Literaturstimmen⁴² war es denklogisch wahrscheinlich, dass die Tätigkeit im Vertriebssektor den Umfang eines Hilfsgeschäftes längst überschritten hatte. Spätestens mit der Überschreitung der 50 %-Grenze würde der Vertriebssektor die Geschäftstätigkeit der IKB dominieren. Doch auch wenn man die lebensfremde Annahme zulässt, dass die IKB die restlichen 54 % des Gesamtvolumens ausschließlich für die Förderung der gewerblichen Wirtschaft verwendete, hatte der Vorstand unzulässigerweise mit dem Vertriebssektor einen zweiten von Bedeutung vergleichbaren Unternehmensgegenstand aufgebaut, der von der Satzung allenfalls als Hilfsgeschäft, nicht aber in der praktizierten Größe vorgesehen war. Das reicht für einen „hinreichenden Tatverdacht“.

(b) Handeln ohne ausreichende Informationsgrundlage

Als nächstes hat das Gericht eine grobe Pflichtverletzung darin gesehen, dass der Vorstand der IKB sich bei der Entscheidungsfindung allein auf die Informationen der externen Rating-Agenturen verlassen hatte, die sich nach Ansicht des OLG für den Vorstand erkennbar in einem Interessenkonflikt befanden. Es sei nicht ausreichend, sich auf die Informationen Dritter zu verlassen, der Vorstand müsse eigene Informationsquellen schaffen und nutzen.⁴³

Bei genauerer Betrachtung hatte nach Auffassung des Gerichts der Vorstand gegen seine Pflichten gleich mehrfach verstoßen. Zum einen hat der Vorstand nicht alle zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausgeschöpft und keine eigenen Informationsquellen geschaffen. Zum anderen hat er sich auf die Informationen eines Dritten verlassen, der sich für den Vorstand erkennbar in einem Interessenkonflikt befand.

Die Pflicht zur umfassenden Informationsbeschaffung einschließlich der Schaffung eigener Informationsquellen wird auch in der Literatur gefordert.⁴⁴ Diese generelle Forderung lässt jedoch zu Unrecht die wirtschaftlichen Aspekte der konkreten Entscheidungssituation außer Betracht. Der Umfang der Informationsbeschaffung darf nicht ohne Rücksicht auf Kosten und Nutzen der Tatsachenermittlung sowie der Möglichkeiten der Gesellschaft erfolgen.⁴⁵ Auch der mit dem Aufbau einer Informationsquelle verbundene Aufwand kann in vielen Fällen die Nutzung dieser Quelle wirtschaftlich nicht rechtfertigen. Eine Pflichtverletzung liegt erst dann vor, wenn der Vorstand die Beschaffung von Informationen unterlässt, obwohl deren voraussichtlicher Nutzen die Beschaffungskosten deutlich übersteigt. Eine Ermittlung von Informationen „um jeden Preis“ ist nicht erforderlich.⁴⁶

Besteht keine generelle Pflicht, alle Informationsquellen auszuschöpfen, stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Vorstand sich allein auf die Informationen Dritter verlassen kann. Eine generelle Pflicht, eigene Informationsquellen für jedes Problem zu generieren, kann aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht gefordert werden. Viele Unternehmen haben nicht die Fähigkeiten und die Kapazitäten, sich Informationen zu verschaffen, die über das Gutachten eines unabhängigen Experten hinausgehen. Es ist eine logische Konsequenz der Spezialisierung, dass für Unternehmen in unbekanntem Bereichen externe fachliche Gutachten die einzige wirtschaftlich sinnvolle Alternative darstellen. Beispielsweise kann ein kleineres Unternehmen ohne die notwendige Spezialisierung keine Informationen generieren, die das umfassende Rechtsgutachten eines Anwalts oder die Bewertung eines Wirtschaftsprüfers spürbar ergänzen könnten.

Falls ein Expertengutachten die einzige wirtschaftlich sinnvolle Möglichkeit für die Informationsbeschaffung darstellt, bleibt für den Vorstand die Pflicht, eine persönlich zuverlässige und fachlich sachkundige Person zu beauftragen.⁴⁷ Auch muss das Gutachten einer kritischen Plausibilitätskontrolle unterzogen werden.⁴⁸ Die persönliche Zuverlässigkeit fehlt, wenn die Person sich in einem Interessenkonflikt befindet,⁴⁹ wie das OLG Düsseldorf für die Rating-Agenturen festgestellt hatte.⁵⁰ Jedenfalls wenn der Interessenkonflikt für den Vorstand erkennbar ist, begeht er eine Pflichtverletzung, falls er sich dennoch allein auf die Informationen dieses Dritten verlässt.

(c) Bewusstes Eingehen übergroßer Risiken

Durch die Verlagerung ihrer Geschäftstätigkeit auf den Vertriebssektor hatte die IKB ähnliche Risiken i.H.v. mehreren Milliarden übernommen und ist damit ein sog. Klumpenrisiko eingegangen. Darin sah das Gericht eine nicht hinreichende Diversifikation und damit eine grobe Pflichtverletzung im Bereich des Bankmanagements.

Auch hier überzeugt die Begründung des Gerichts nicht, da ihr die notwendige Differenzierung fehlt. Zuerst ist anzumerken, dass mit wachsender Diversifikation die Transaktionskosten steigen, womit die Diversifikation immer nur bis zu einem bestimmten Grad wirtschaftlich sinnvoll sein kann. Des Weiteren unterstellen das Gericht und ein Teil der Literatur⁵¹ eine allgemeine Pflicht des Vorstands, sich risikoscheu zu verhalten bzw. das Risiko zu minimieren. Diese Auffassung übersieht, dass auch risikoneutrales und sogar risikofreudiges Verhalten nicht per se irrational ist.⁵² Es ist erst dann irrational, wenn bei gleicher Gewinn-

42 Vgl. Spindler, NZG 2010, 281.

43 OLG Düsseldorf v. 9.12.2009 – I-6 W 45/09, AG 2010, 126.

44 Hopt in Großkomm/AktG, 4. Aufl. 1999, § 93 AktG Rz. 84; Balthasar/Hamelmann, WM 2010, 589 m.w.N.

45 Spindler in MünchKomm/AktG, 3. Aufl. 2008, § 93 AktG Rz. 47; Fleischer in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 93 AktG Rz. 73 m.w.N.

46 Fleischer in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 93 AktG Rz. 73 m.w.N.

47 Fleischer, ZIP 2009, 1397 (1403).

48 Fleischer, ZIP 2009, 1397 (1404).

49 Fleischer, ZIP 2009, 1397 (1403).

50 Diese Feststellung bestreitend Balthasar/Hamelmann, WM 2010, 589 (592).

51 Landwehrmann in Heidel, Aktien- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2007, § 93 AktG Rz. 63.

52 Vgl. Gäfgen, Theorie der wirtschaftlichen Entscheidungen, Untersuchungen zu Logik und Bedeutung des rationalen Handelns, 3. Aufl.

erwartung höhere Risiken bzw. bei gleichem Risiko die Variante mit niedrigerer Gewinnerwartung gewählt wird. In diesen Fällen liegt eine Pflichtverletzung vor. Auch risikofreudige Gesellschaften zur Finanzierung von Start-up-Unternehmen, zum Handel mit Derivaten oder als Extremfall zur Teilnahme an Sportwetten haben ihre Existenzberechtigung. Deren Gründung stellt nicht zwingend irrationales, sondern nur risikofreudiges Verhalten dar.

Beim Umgang mit Risiko ist also nicht die Größe des Risikos entscheidend, sondern, ob die Anlage der Risikohaltung des Anlegers entspricht. Widerspricht die Vorgehensweise der geforderten Risikohaltung des Anlegers, liegt eine Pflichtverletzung vor. Welche Risikohaltung gefordert ist, ist der Satzung, insbesondere durch die Betrachtung des Unternehmensgegenstands und Unternehmenszwecks, zu entnehmen. Sie bestimmt auch die Anforderungen, die an eine hinreichende Diversifikation zu stellen sind. Lässt sich aus der Satzung die Pflicht zur risikoscheuen Haltung ableiten, so stellt in der Tat eine mangelnde Diversifikation eine Pflichtverletzung dar. Sollen dagegen die Investitionen risikoneutral erfolgen, so kann die Eingehung von Klumpenrisiken durch eine entsprechend hohe Risikoprämie bzw. Gewinnaussicht gerechtfertigt sein.⁵³ Mit steigender Risikofreude sinken die Anforderungen, die an die Höhe der Risikoprämie zu stellen sind. Im vorliegenden Fall lässt sich die extreme Risikofreude des Vorstands kaum durch die Satzung rechtfertigen. Generell kann jedoch selbst im Bankenbereich eine risikoscheue Haltung nicht unterstellt werden.

(d) Outsourcing

Ferner hat der Vorstand wesentliche Teile der Geschäftstätigkeit auf ein Tochterunternehmen ausgelagert. Das Gericht musste beurteilen, ob der Vorstand durch dieses Outsourcing seine Organisationspflicht verletzt hat. Festzuhalten ist, dass nicht die Verlagerung der Tätigkeit selbst zu einer Pflichtverletzung geführt hat, sondern das Versäumnis, adäquate Kontrollstrukturen zu schaffen.⁵⁴ Das ist aber kein spezifisches Problem des Outsourcing. Der Verstoß kann auch innerhalb des Unternehmens eintreten, wenn bei Delegation die erforderlichen Überwachungsmaßnahmen nicht ergriffen werden.

(2) Grobe Pflichtverletzung des Aufsichtsrats

Zuletzt kann auch das Verhalten des Aufsichtsrats zu einer groben Pflichtverletzung führen, wenn er seinen Überwachungsaufgaben nicht nachgeht. So hat der Aufsichtsrat der IKB es unterlassen, trotz erheblicher Diskrepanzen in Geschäftsberichten entsprechende Nachfragen zu stellen. Damit hat er nach Auffassung des OLG Düsseldorf seine Überwachungspflichten in erheblichem Maße verletzt.⁵⁵

Insgesamt überzeugt die Entscheidung des OLG Düsseldorf im Ergebnis. Denn es lagen zumindest für den erforderlichen „hinreichenden Tatverdacht“ ausreichende Anhaltspunkte vor. Die Begründung ist jedoch an einigen Stellen zu undifferenziert.

bb) OLG Köln v. 22.2.2010 – Mistral Media AG

In der „Mistral Media AG“-Entscheidung⁵⁶ des OLG Köln hatte die Gesellschaft ein Unternehmen I für 33,5 Mio. € im Jahr 2006 gekauft. Im Geschäftsjahr 2006 wies I einen Jahresüberschuss von 1,6 Mio. € und einen Jahresumsatz von 17 Mio. € auf. Im Jahr 2007 kam es plötzlich zu einem Ergebnissrückgang auf 0,5 Mio. €, weshalb eine Wertberichtigung für I von 33,5 € auf 16,8 Mio. € notwendig wurde. Es stellte sich die Frage, ob der Kauf des Unternehmens I den Verdacht einer groben Pflichtverletzung i.S.d. § 142 Abs. 2 AktG rechtfertigt.

Eine grobe Pflichtverletzung setzt nach Ansicht des OLG Köln voraus, dass der Kaufpreis durch den Vorstand nicht nach sachlichen Kriterien ermittelt worden ist. Bei einem Kauf „ins Blaue“ wäre diese Voraussetzung erfüllt. Das ist nach dem OLG Köln nicht der Fall, wenn für die Preisermittlung eine anerkannte Bewertungsmethode wie das Ertragswertverfahren angewandt wird. Das Ertragswertverfahren basiert auf der Prognose über künftige Erträge des Unternehmens. Eine Prognose stellt eine Aussage über Zustände in Zukunft dar und ist somit ihrer Natur nach mit Ungewissheit behaftet. Die Qualität einer Prognose kann nicht danach beurteilt werden, ob und wie weit der prognostizierte Zustand tatsächlich eingetreten ist. Deshalb kann von dem Ergebnissrückgang und der Wertberichtigung nicht auf eine mangelhafte Prognose geschlossen werden. Maßgeblich ist, dass keine erkennbar falschen Prämissen zugrunde gelegt wurden, entscheidungserhebliche Grundlagen in ausreichendem Umfang ermittelt wurden und die Begründung der Prognose nachvollziehbar ist. Diese Anforderungen hatte der Vorstand der Mistral Media AG nach Ansicht des OLG Köln erfüllt, weshalb es den Verdacht einer groben Pflichtverletzung ablehnte.

cc) OLG München v. 25.3.2010

Im Fall des OLG München⁵⁷ hatten sich die Vorstände der B-AG gegenüber einem Aktionär verpflichtet, einen Anteil ihrer Aktien zu übereignen, falls die Summe der Umsätze für den Zeitraum vom 1.1.2003 bis zum 1.7.2004 2,313 Mio. € unterschreitet. Mit den „strafübereigneten“ Aktien hätte der Aktionär die absolute Mehrheit in der B-AG erworben. Als Gegenleistung gewährte der Aktionär der B-AG ein zinsloses Darlehen i.H.v. 250.000 €. Die Umsätze für den Zeitraum vom 1.1.2003 bis zum 1.7.2004 betragen 2,359 Mio. €. Darunter waren zwei auffällige Forderungen vom 30.5.2004 und 15.6.2004 i.H.v. insgesamt 635.000 € gegenüber einer Gesellschaft G aus Indien für ein Projekt X. Der Geschäftsführer der G war ein ehemaliges Mitglied des Auf-

1973, S. 135 f.; Ausführlich zu Risikopräferenzen: *Bitz*, Entscheidungstheorie, 1981, S. 98; *Laux*, Entscheidungstheorie, 6. Aufl. 2007, S. 56.

53 Ähnlich *Fleischer*, NJW 2010, 1504 (1505).

54 OLG Düsseldorf v. 9.12.2009 – I-6 W 45/09, AG 2010, 126 (129).

55 OLG Düsseldorf v. 9.12.2009 – I-6 W 45/09, AG 2010, 126 (129).

56 OLG Köln v. 22.2.2010 – 18 W 1/10, AG 2010, 414.

57 OLG München v. 25.3.2010 – 31 Wx 144/09, AG 2010, 598.

sichtsrats. Das Projekt X wurde nie durchgeführt, es erfolgten weder Zahlungen noch deren Abmahnungen. Stattdessen wurde im Jahr 2005 eine Lizenzgebühr i.H.v. 250.000 € vereinbart. Am 31.12.2005 wurden die Forderungen gegenüber der G auf 250.000 € berichtet. Das OLG München musste darüber entscheiden, ob der Verdacht eines Scheingeschäfts und damit einer groben Pflichtverletzung vorlag.

Das Gericht erkannte an, dass der Zeitpunkt der Forderungsentstehung auffällig war. Doch weder der Zeitpunkt der Forderungsentstehung, noch der persönliche Kontakt der Vorstände mit dem Geschäftsführer der G, noch die offensichtliche Aussichtslosigkeit des Projekts X konnten für das OLG München einen hinreichenden Verdacht eines Scheingeschäfts begründen. Für einen Verdacht muss die Pflichtverletzung aber nicht bewiesen oder glaubhaft gemacht werden, sondern nur eine gewisse, denklogische Wahrscheinlichkeit bestehen.⁵⁸ Hohe Wahrscheinlichkeit oder dringender Tatverdacht sind dagegen nicht erforderlich.⁵⁹ Es drängt sich deshalb die Frage auf, was nach Ansicht des Gerichts der Aktionär noch hätte vortragen müssen, um diese denklogische Wahrscheinlichkeit zu begründen, ohne gleichzeitig die Schwelle der Glaubhaftmachung oder des Beweises zu erreichen.

Offensichtlich störte sich das Gericht daran, dass die Gesellschaft durch das Handeln des Vorstands keinen Schaden erlitten hatte, weshalb die Sonderprüfung nur für die Entscheidung über die personellen Konsequenzen nach § 84 Abs. 3 AktG von Nutzen wäre.⁶⁰ Eine Abberufung der Vorstände hätte der Aktionär aber nicht erreichen können. Folglich würde die Sonderprüfung auf Kosten der Gesellschaft überwiegend der rechtlichen Durchsetzung der persönlichen Interessen des betroffenen Aktionärs dienen. Obwohl das OLG München die Anforderungen an den hinreichenden Tatverdacht überspannt hat, ist die Entscheidung damit im Ergebnis dennoch richtig. Sie hätte jedoch über die Tatbestandsmerkmale Rechtsmissbrauch oder Verhältnismäßigkeit begründet werden müssen.

b) Verhältnismäßigkeit

Als ungeschriebene materielle Voraussetzung wird darüber hinaus die Verhältnismäßigkeit der Sonderprüfung gefordert.⁶¹ Sie ist jedenfalls in Geringfügigkeitsfällen abzulehnen, „wenn die Kosten und negativen Auswirkungen einer Sonderprüfung für die Gesellschaft nicht in einem angemessenen Verhältnis zu dem durch das Fehlverhalten ausgelösten Schaden stehen.“⁶² Nicht genau herausgear-

beitet ist bislang, welche Faktoren für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit maßgeblich sind. Die Verhältnismäßigkeit fehlt jedenfalls, wenn bereits die Kosten der Sonderprüfung, die auf Kosten der Gesellschaft erfolgt, den entstandenen Schaden deutlich übersteigen.

Fraglich ist, ob dies auch gilt, wenn die Kosten der Prüfung von Ansprüchen gegen Organmitglieder nicht aufgrund des geringen Schadens, sondern aufgrund der geringen Haftungsmasse bei den Organmitgliedern nicht realisiert werden können. Als Minderheitenrecht soll die Sonderprüfung den Aktionären ermöglichen, die Ansprüche nach § 148 AktG für die Gesellschaft vorzubereiten. Dafür wurden durch das UMAG die Schwellenwerte gesenkt.⁶³ Die personellen Konsequenzen nach § 84 Abs. 3 AktG kann eine Minderheit von einem Prozent nicht bewirken. Sie sind bei bereits abgelösten Vorstandsmitgliedern auch sinnlos. Folglich ist für die Verhältnismäßigkeit der tatsächliche wirtschaftliche Wert der potentiellen Schadensersatzforderung der Gesellschaft gegen die Vorstandsmitglieder maßgebend. Bei mangelnder Haftungsmasse ist die Sonderprüfung somit ebenfalls regelmäßig unverhältnismäßig. In der Praxis wird dieser Fall jedoch nicht häufig vorkommen, da Pflichtverletzungen von Organen über D&O Versicherungen abgedeckt werden, durch die sich die Haftungsmasse über das persönliche Vermögen der Organmitglieder bis zur Haftungshöchstgrenze der Versicherung erhöht.

Zur Unverhältnismäßigkeit können auch negative Auswirkungen der Sonderprüfung führen, die die Kosten der Sonderprüfung in medienwirksamen Fällen um ein Vielfaches übersteigen können. Allerdings ist hier Vorsicht geboten. Diese Auswirkungen müssen substantiiert dargelegt und den Vorteilen der Sonderprüfung gegenübergestellt werden. Rein spekulative Szenarien, wie sie im Fall der IKB vorgetragen wurden, reichen nicht aus.⁶⁴ Da eine Sonderprüfung im Übrigen immer mit den oben (IV.) geschilderten typischen Nachteilen verbunden ist, wäre die gerichtliche Anordnung anderenfalls nie verhältnismäßig.

Bei den negativen Auswirkungen muss vielmehr nach der Art des Risikos differenziert werden. Allgemeine Lebensrisiken fallen nicht darunter. So sind beispielsweise neue unberechtigte Klagen in den USA, wie im Fall der IKB, kein Risiko der Sonderprüfung. Vor unberechtigten Klagen ist niemand geschützt, deren Nachteile sind als allgemeines Lebensrisiko außer Betracht zu lassen.

Die Folgeschritte der Aktionäre, die die Sonderprüfung vorbereiten soll, sind als Nachteile ebenfalls unbeachtlich. Der Gesetzgeber hat die Sonderprüfung eingeführt, um den Aktionären diese Folgeschritte zu ermöglichen, und die damit verbundenen Nachteile in Kauf genommen. Die Risiken aus der Geltendmachung der Ansprüche gem. § 148 AktG sind der Sonderprüfung immanent und damit für die Verhältnismäßigkeit ohne Bedeutung.

58 OLG Düsseldorf v. 9.12.2009 – I-6 W 45/09, AG 2010, 126 (127); *Mock* in Spindler/Stilz, 2. Aufl. 2010, § 142 AktG Rz. 128; *Hirschmann* in Hölters, 2010, § 142 AktG Rz. 37.

59 OLG Köln, v. 22.2.2010 – 18 W 1/10, AG 2010, 414 (415); *Schröer* in MünchKomm/AktG, 2. Aufl. 2004, § 142 AktG Rz. 69; *Spindler* in K. Schmidt/Lutter, 2. Aufl. 2010, § 142 AktG Rz. 55 m.w.N.; a.A. *Trölitzsch/Gunßer*, AG 2008, 833 (836).

60 Vgl. OLG München v. 25.3.2010 – 31 Wx 144/09, AG 2010, 598 (600).

61 Reg.-Begr., BT-Drucks. 15/5092, 18; *Trölitzsch/Gunßer*, AG 2008, 833 (837 f.); *Hüffer*, 9. Aufl. 2010, § 142 AktG Rz. 21; a.A. *Fleischer*, NJW 2005, 3525 (3527).

62 Reg.-Begr., BT-Drucks. 15/5092, 18.

63 Vgl. Reg.-Begr., BT-Drucks. 15/5092, 18.

64 OLG Düsseldorf v. 9.12.2009 – I-6 W 45/09, AG 2010, 126 (130).

Anders verhält es sich bei atypischen – der Sonderprüfung nicht immanenten – Risiken, die vom Gesetzgeber nicht in Kauf genommen wurden. Darunter fallen vor allem Ansprüche Dritter gegen die Gesellschaft, die diese erst mit Hilfe der durch die Sonderprüfung ermittelten Tatsachengrundlage rechtlich durchsetzen können. Die Geltendmachung dieser Ansprüche zu ermöglichen, ist nicht der Zweck der Sonderprüfung. Diese Forderungen müssen deshalb ermittelt und deren Aufwand sachlich geschätzt werden. Sie sind im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen.

Die Sonderprüfung hat nicht nur den Zweck, neue Ansprüche gegen die Vorstandsmitglieder zu begründen. Sie hat auch präventive Funktion.⁶⁵ Eine bereits durchgeführte oder real mögliche Sonderprüfung hat eine abschreckende Wirkung auf künftige Verwaltungsorganmitglieder. Dadurch werden sie zu einem pflichtgemäßen Verhalten angehalten. Deshalb ist die präventive Wirkung der Sonderprüfung als positiver Faktor in die Abwägung einzubeziehen.

Somit müssen bei der Abwägung die Kosten der Sonderprüfung und die mit ihr verbundenen atypischen Risiken als Nachteile dem Wert der potentiellen Schadensersatzansprüche gegen die Vorstandsmitglieder und der Präven-

tivwirkung als Vorteile gegenübergestellt werden. Erst wenn die Nachteile die Vorteile deutlich überwiegen, ist die Sonderprüfung wegen Unverhältnismäßigkeit abzulehnen.

VIII. Fazit

Mit der Absenkung der Schwellenwerte und der Ausbreitung der Finanz- und Weltwirtschaftskrise hat die Sonderprüfung an praktischer Bedeutung gewonnen. Allerdings ist das Risiko des Missbrauchs und damit der Erpressung der Gesellschaft oder des Vorstands mit Hilfe eines Antrags auf gerichtliche Anordnung der Sonderprüfung weiterhin gering. Die Instanzgerichte verfolgen einen restriktiven Trend und setzen insbesondere hohe Anforderungen an den Verdacht einer groben Pflichtverletzung. Deshalb wird die Sonderprüfung auch weiterhin nur in Extremfällen zugelassen.

In der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist neben der Höhe und Realisierbarkeit möglicher Schadensersatzansprüche gegen Organmitglieder auch die Präventivwirkung als positiver Faktor zu berücksichtigen. Bei der Bestimmung der Nachteile ist eine zurückhaltende und differenzierende Betrachtung geboten. Neben den direkten Kosten der Sonderprüfung sind allein die der Sonderprüfung nicht immanenten Risiken, wie etwa Ansprüche Dritter, einzubeziehen.

⁶⁵ *Schröder* in MünchKomm/AktG, 2. Aufl. 2004, § 142 AktG Rz. 4;
Spindler in K. Schmidt/Lutter, 2. Aufl. 2010, § 142 AktG Rz. 2.

Rechtsprechung

Aktienumtausch als Abfindung AktG i.d.F. des Gesetzes vom 6.9.1965 (BGBl. I, 1089) § 320 Abs. 5 Satz 2, 4 (jetzt § 320b Abs. 1 Satz 2, 4 AktG)

a) Legt bei der Eingliederung die Hauptgesellschaft im Angebot oder das Gericht im Spruchverfahren das Umtauschverhältnis so fest, dass nicht für eine natürliche Zahl von Aktien der eingegliederten Gesellschaft genau eine Aktie der Hauptgesellschaft gewährt wird (hier 13 zu 3 oder 4 1/3 zu 1), kann bereits mit der Zahl an Aktien, die mindestens für eine Aktie der Hauptgesellschaft benötigt wird, eine Aktie der Hauptgesellschaft verlangt werden (hier: 5).

b) Ein Aktionär, der seine Aktien in einzelne Pakete aufteilt, um anstelle der gesetzlich vorgesehenen Abfindung in Aktien eine Zahlung zu erhalten, kann nach einer Verbesserung des Umtauschverhältnisses im Spruchverfahren nicht statt der erschlischenen Barabfindung Aktien verlangen.

BGH, Urt. v. 18.10.2010 – II ZR 270/08
„Siemens/SNI II“

■ Tatbestand

Die SNI wurde 1992 in die Beklagte eingegliedert. Als Abfindung wurden den Aktionären der SNI Aktien der Beklagten in

einem Verhältnis von sechs Aktien der SNI gegen eine 50-DM-Aktie der Beklagten gewährt. Aktienspitzen sollten mit 156,50 DM (80,02 €) entgolten werden. Mit Beschluss vom 31.1.2003 (OLG Düsseldorf v. 31.1.2003 – 19 W 9/00 AktE, AG 2003, 529 – Siemens/SNI I) setzte das OLG Düsseldorf im Spruchverfahren das Umtauschverhältnis auf 13 Aktien der SNI zu drei Aktien der Beklagten bei einem Ausgleich für Aktienspitzen von 76,90 € je SNI-Aktie fest. Infolge von Kapitalmaßnahmen entsprechen einer 50-DM-Aktie von 1992 inzwischen 15 nennwertlose Stückaktien der Beklagten.

Der Kläger selbst und seine Familienangehörigen reichten von 1992 bis 1994 insgesamt 2.330 SNI-Aktien in einzelnen Paketen zu je fünf Aktien ein und erhielten entsprechende Zahlungen. Mit seiner Klage begehrt der Kläger für diese 2.330 Aktien – teilweise aus abgetretenem Recht – gegen Rückzahlung der erhaltenen Beträge 8.065 Aktien der Beklagten. Dabei legt der Kläger ein Verhältnis von 13 SNI-Aktien zu 45 aktuellen Stückaktien der Beklagten zugrunde. Mit dem Hilfsantrag zu diesem Klageantrag begehrt er hilfsweise einen Umtausch für jedes Fünfer-Paket, bei 466 Fünfer-Paketen zu je 17 Aktien 7.922 Aktien. Seiner Ansicht nach muss er bei einem Verhältnis von 13 SNI-Aktien zu 45 aktuellen Stückaktien der Beklagten für 5 SNI-Aktien 17 Stückaktien erhalten. Mit dem zweiten Klageantrag verlangt er 17 Aktien der Beklagten Zug-um-Zug gegen Übertragung von fünf bisher noch nicht umgetauschte SNI-Aktien, mit dem dritten Klageantrag eine Erhöhung der 1994 für 270 SNI-Aktien er-