

Burkhard Gehle | Heribert Hirte
Daniel Lochner (Hrsg.)

Festschrift für Thomas Heidel



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-8126-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-2543-9 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Die Aktionärsklage gemäß § 148 AktG

Daniel Lochner

I. Einleitung

Das Inkrafttreten des UMAG, des Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Aktienrechts, ist inzwischen gute 15 Jahre her.¹ Dieses Gesetz strukturierte die Sonderprüfung und die Vorschriften über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft wesentlich um. Es erhob den Anspruch, eine Reform zur Stärkung von Anlegerschutz und Unternehmensintegrität zu sein.² So wurde u.a. das Minderheitsverlangen zur Bestellung eines Besonderen Vertreters gemäß § 147 Abs. 2 S. 2 AktG a.F. gestrichen und stattdessen in § 148 AktG ein zulassungsbedürftiges Klagerecht der Aktionäre eingeführt, um Ersatzansprüche der Gesellschaft anstelle der Verwaltung geltend zu machen. Bereits im Gesetzgebungsverfahren hatte der Jubilar gemeinsam mit *Wienand Meilicke* u.a. diese Regelungen des UMAG entschieden kritisiert und gemahnt, dass dies keineswegs wie vom Gesetzgeber behauptet³ der Stärkung des Anlegerschutzes und der Unternehmensintegrität diene, sondern eine lückenlose Aufklärung von Pflichtverletzungen sogar verhindere und entgegen der erklärten Zielsetzung des Gesetzgebers einer rechtswidrig handelnden Verwaltung in gewissem Umfang einen „sicheren Hafen“ gegen die Verfolgung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft durch Aktionäre biete.⁴

Inzwischen hatten diese Vorschriften Gelegenheit, sich in der Praxis zu bewähren. Zumal es der Jubilar war, der bekanntlich das Rechtsinstitut des Besonderen Vertreters, den „schlafenden Riesen“,⁵ nach Einführung des UMAG zum Leben erweckt hat, ist diese Festschrift ein guter Anlass, die Praxis zu den §§ 142, 147 und 148 AktG - insbesondere die Aktionärsklage nach § 148 AktG - in der durch das UMAG eingeführten und seitdem im Wesentlichen unveränderten Fassung in den Blick zu nehmen

1 Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 29.9.2005. BGBl I, 2802, in Kraft getreten am 1.11.2005.

2 Begründung Gesetzesentwurf UMAG, BT-Drs. 15/5092, 10.

3 Begründung Gesetzesentwurf UMAG, BT-Drs. 15/5092, 10.

4 *Meilicke/Heidel*, DB 2004, 1479, 1481 f.

5 Vgl. *Verhoeven*, ZIP 2008, 245 f.

und unter Berücksichtigung der inzwischen gesammelten praktischen Erfahrungen zu überprüfen. Dem soll sich dieser Aufsatz widmen.

II. Der Zugang zu Informationen – conditio sine qua non für jeden funktionsfähigen Rechtsbehelf

Blättert man durch das Aktiengesetz, so haben Aktionäre - und auch die Minderheit von Aktionären bei Erfüllung bestimmter Quoren und Vorbesitzzeiten - zahlreiche Rechtsbehelfe, um ihre Rechte zu wahren, gegen für rechtswidrig gehaltene Gesellschaftsmaßnahmen vorzugehen und die Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft zu fördern: Sie können u.a. gemäß § 122 AktG die Einberufung einer Hauptversammlung oder jedenfalls die Ergänzung bestimmter Tagesordnungspunkte bei einer Hauptversammlung erwirken. In der Hauptversammlung können sie das Auskunftsrecht nach § 131 AktG ausüben und bei dessen Verletzung im Nachgang ein Auskunftserzwingungsverfahren nach § 132 AktG betreiben. Darüber hinaus können Aktionäre für rechtswidrig gehaltene Hauptversammlungsbeschlüsse nach §§ 241, 243 ff. AktG im Wege der Nichtigkeits- und Anfechtungsklage angreifen oder bei zu Unrecht nicht festgestellten, richtigerweise aber gefassten Hauptversammlungsbeschlüssen diese im Wege der sog. positiven Beschlussfeststellungsklage feststellen lassen.⁶ Zur Aufklärung von Geschäftsvorfällen der Verwaltung können sie in der Hauptversammlung die Durchführung einer Sonderprüfung beschließen (§ 142 Abs. 1 AktG) oder bei Scheitern des Beschlussantrags auch als Minderheit gerichtlich gemäß § 142 Abs. 2 AktG einen Sonderprüfer einsetzen lassen.⁷ Aktionäre können in der Hauptversammlung nach § 147 Abs. 1 AktG beschließen, dass die Verwaltung bestimmte Ersatzansprüche der Gesellschaft geltend zu machen hat. Zudem können sie gemäß § 147 Abs. 2 AktG zu diesem Zwecke einen Besonderen Vertreter als Sonderor-

6 *Heidel*, in: *Heidel* (Hrsg.), *Aktienrecht und Kapitalmarktrecht*, 5. Aufl., Baden-Baden 2020, § 246 AktG Rn. 11-13; *Koch*, in: *Hüffer/Koch* (Hrsg.), *Aktiengesetz*, 15. Aufl., München 2021, § 246 AktG Rn. 42 f; *Ehmann*, in: *Grigoleit* (Hrsg.), *Aktiengesetz*, 2. Aufl., München 2020, § 246 AktG Rn. 27; *Drescher*, in: *Henssler/Strohn* (Hrsg.), *Gesellschaftsrecht*, 5. Aufl., München 2021, § 246 AktG Rn. 50; *Schäfer*, in: *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 4. Aufl., München 2018, § 246 AktG Rn. 85.

7 Daneben tritt die bilanzrechtliche Sonderprüfung gemäß §§ 258 ff. AktG, die konzernrechtliche Sonderprüfung gemäß § 315 AktG sowie ggf. die Sonderprüfung nach §§ 44 ff. KWG.

gan einsetzen. Aktionäre können nach § 148 AktG Ersatzansprüche auch selbst für die Gesellschaft geltend machen, wenn die Verwaltung dies nicht tut. Daneben haben sie die konzernrechtlichen Klagerechte gemäß §§ 309 Abs. 4 S. 1, 317 Abs. 4 AktG, gerade wenn es um die Schädigung durch eine Konzernobergesellschaft geht.

All das wirkt wie ein engmaschiges Netz ineinandergreifender Rechtsschutzmöglichkeiten, in dessen Zentrum im Hinblick auf Ersatzansprüche der Gesellschaft die §§ 142, 147 und 148 AktG stehen. Nur: Ein Rechtsbehelf ist in der Praxis nur dann etwas wert, wenn der Berechtigte auch den Zugang zu denjenigen Informationen hat, die er bedarf, um den Rechtsbehelf auch effektiv nutzen zu können.⁸ Fehlt dieser Zugang, besteht der Rechtsschutz nur auf dem Papier, da die Aktionäre dann praktisch keine Chance haben, erfolgreich zu sein und ihre Klage-/Antragsrechte tatsächlich auch durchzusetzen. Ohne dies ist ein Rechtsbehelf nur die Illusion von Rechtsschutz. Denn die zu überwindenden Hürden zum erfolgreichen Bestreiten des Rechtsschutzes sind für die Aktionäre dann unmöglich zu meistern. Daher liegt bei der Bewertung der Effizienz von Rechtsbehelfen der Teufel im Detail und diese sind in systematischem Zusammenhang zueinander zu sehen. Dies gilt gerade für die §§ 142, 147 und 148 AktG.

Das Reichsgericht stellte 1913 in einer grundlegenden Entscheidung zum einstweiligen Rechtsschutz des Besonderen Vertreters mit Verweis auf allgemeine Rechtsgrundsätze fest, dass wem das Gesetz ein Recht gebe, ihm damit zugleich auch die Mittel verleihe, um dieses Recht auch durchzusetzen.⁹ Blickt man auf die Rechtswirklichkeit, ist genau das das Problem des § 148 AktG.¹⁰

III. Bestandsaufnahme zu § 148 AktG

1. Zugang zu Informationen

Das UMAG führte mit § 148 AktG erstmals eine allgemeine Aktionärsklage zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft i.S.v. § 147

⁸ Vgl. bezogen auf die Stellung des Besonderen Vertreters *Mock*, ZHR 181 (2017), 688, 691 f.

⁹ RGZ 83, 248, 250 mit Verweis auf ALR Einf II § 89.

¹⁰ Zutreffend *Bachmann*, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, München 2014, E 103 bezogen auf § 148 AktG: „eine Klagebefugnis ohne entsprechenden Informationszugriff ist wirkungslos“.

Abs. 1 AktG ein.¹¹ Mit Ausnahme der §§ 317 Abs. 4, 309 Abs. 4 S. 1 AktG war zuvor ein *actio pro socio* unzulässig.¹² Die Aktionärsklage nach § 148 AktG trat an die Stelle der Minderheitenrechte nach § 147 Abs. 1 S. 1 Alt. 2, S. 2-3 i.V.m. Abs. 3 AktG a.F.; danach konnte die Verwaltung nicht nur wie nach § 147 Abs. 1 AktG durch Hauptversammlungsbeschluss veranlasst werden, bestimmte Ersatzansprüche der Gesellschaft geltend zu machen, sondern auch auf Verlangen einer qualifizierten Minderheit (§ 147 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 AktG a.F.).¹³ Kam die Verwaltung diesem Verlangen der Minderheit nicht nach, konnte diese über das sog. Verfolgungsrecht nach § 147 Abs. 3 AktG a.F. gerichtlich einen Besonderen Vertreter bestellen lassen, der anstelle der ordentlichen Gesellschaftsorgane den Ersatzanspruch der Gesellschaft geltend macht.¹⁴

Vergleicht man die Anforderungen an die gerichtliche Bestellung eines Besonderen Vertreters auf Betreiben einer Minderheit nach § 147 Abs. 3 AktG a.F. mit denjenigen an das der Aktionärsklage nach § 148 Abs. 1 AktG vorgeschaltete gerichtliche Klagezulassungsverfahren, so zeigt sich, dass sich die Anforderungen ähneln.¹⁵ In beiden Fällen musste bzw. muss die Minderheit Tatsachen darlegen, die den Verdacht von Unredlichkeiten oder groben Gesetzes- oder Satzungsverletzungen rechtfertigen, die zum Schaden der Gesellschaft geführt haben. Man könnte daher auf die Idee kommen, dass die Einführung der Aktionärsklage bei ähnlichen Anforderungen von § 147 Abs. 3 AktG a.F. einerseits und dem Klagezulassungsverfahren nach § 148 Abs. 1 AktG andererseits sogar zu einer Rechtsschutzintensivierung geführt hat, da eine Aktionärsminorität seit Einführung des UMAG die Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft nicht mehr einem gerichtlich zu bestellenden Besonderen Vertreter überlassen musste, sondern nun selbst in die Hand nehmen konnte.¹⁶ Dies ist jedoch nicht der Fall, da es zwischen der Rechtslage vor und nach Einführung des UMAG ganz wesentliche Unterschiede gibt:

11 Begründung Gesetzesentwurf UMAG, BT-Drs. 15/5092, 7, 11; *Lochner*, in: Heidel (Hrsg.), (Fn. 6), § 148 AktG, Rn. 1.

12 *Lochner*, in: Heidel (Hrsg.) (Fn. 6), § 148 AktG, Rn. 1; vgl. Begründung Gesetzesentwurf UMAG, BT-Drs. 15/5092, 23.

13 *Lochner*, in: Heidel (Hrsg.) (Fn. 6), § 148 AktG, Rn. 1; *Koch/Heidel*, in: Heidel (Hrsg.), Aktienrecht, 1. Aufl., Bonn 2003, § 147 AktG Rn. 15-16.

14 *Koch/Heidel*, in: Heidel (Hrsg.) (Fn. 13), § 147 AktG Rn. 19 ff.; *Lochner*, in: Heidel (Hrsg.) (Fn. 6), § 147 AktG, Rn. 19 ff.

15 *Lochner*, in: Heidel (Hrsg.) (Fn. 6), § 148 AktG, Rn. 1; *Koch/Heidel*, in: Heidel (Hrsg.) (Fn. 13), § 147 AktG Rn. 45 ff.

16 Begründung Gesetzesentwurf UMAG, BT-Drs. 15/5092, 1; *Kuthe*, BB 2004, 449, 451; mit Recht kritisch *Meilicke/Heidel*, DB 2004, 1479, 1481 f.

Der gerichtlich nach § 147 Abs. 3 AktG a.F. bestellte Besondere Vertreter war ein Organ der Gesellschaft,¹⁷ hatte dieser gegenüber seinem Auftrag dienende Informationsansprüche¹⁸ und war damit in der Lage, eine substantiierte und damit erfolgversprechende Klage über die Ersatzansprüche zu erheben bzw. die Ersatzansprüche der Gesellschaft in anderer Weise erfolgreich geltend zu machen. Dass der Besondere Vertreter diese seinem Auftrag dienenden Informationsansprüche hat, hatte zwar bereits 1913 das Reichsgericht festgestellt,¹⁹ dies war aber zwischenzeitlich immer wieder in Abrede gestellt worden;²⁰ der Tätigkeit des Jubilars als Besonderer Vertreter mehrerer Gesellschaften und den von ihm in diesem Zusammenhang erstrittenen Entscheidungen ist es zu verdanken, dass man den Informationsanspruch des Besonderen Vertreters gegenüber der Gesellschaft inzwischen als anerkannt betrachten darf.²¹ Im Gegensatz zum Besonderen Vertreter haben Aktionäre selbst dann, wenn sie es schaffen sollten, das Klagezulassungsverfahren zu bestehen, solche Informationsansprüche gegenüber der Gesellschaft nicht. Sie haben lediglich dieselben Auskunftsrechte wie jeder andere Aktionär gemäß § 131 AktG.²² Die Informationspflichten auf Grundlage des Auskunftsrechts sind aber nicht ansatzweise so dicht, wie dies erforderlich wäre, um eine Minderheit in die Lage zu versetzen, im Namen der Gesellschaft nach § 148 AktG erfolgreich eine Haftungsklage führen zu können; das Auskunftsrecht soll den Aktionären

-
- 17 BGH ZIP 2013, 1467; BGH NJW-RR 2012, 106, 107 = DB 2011, 2537; BGH NJW 1981, 1097, 1098; RGZ 83, 248, 252 f.; LG München I ZIP 2007, 1809, 1812; Koch, in: Hüffer/Koch (Hrsg.) (Fn. 6), § 147 AktG Rn. 7; Lochner, Der Aufsichtsrat 2008, 58.
- 18 OLG Köln NZG 2018, 459, 462; LG München I ZIP 2007, 1809, 1812; bereits RGZ 83, 248, 250; Arnold, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (Fn. 6) § 147 AktG Rn. 70 ff.; Bezenberger, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, 4. Auflage, Berlin 2008, § 147 AktG Rn. 57; Spindler, in: K. Schmidt/Lutter, Aktiengesetz, 4. Aufl., Köln 2020, § 147 AktG Rn. 29.
- 19 RGZ 83, 248, 250.
- 20 Vgl. nur Humrich, NZG, 2014, 441, 446; Wirth, in: Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010, 1129, 1144.
- 21 Zum Streitstand vgl. u.a. Rieckers/Vetter, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., Köln 2015, § 147 AktG Rn. 593 ff.; dafür u.a. OLG Köln, Urteil vom 4.12.2015 – 18 U 149/15 = NZG 2016, 147, 148 f.; OLG München, Urteil vom 28.11.2007 – 7 U 4498/07 = NZG 2008, 230, 233 f.; LG München I, Urteil vom 6.9.2007 – 5HK O 12570/07 = NZG 2007, 916, 917 f.; Koch, in: Hüffer/Koch (Hrsg.) (Fn. 6), § 147 AktG Rn. 2, 15 m.w.N.; a.A. Humrich, NZG 2014, 441, 446 m.w.N.
- 22 Vgl. allgemein zum Auskunftsrecht der Aktionäre Heidel, in: Heidel (Hrsg.), (Fn. 6), § 131 AktG Rn. 1 ff.

schon nach dem Gesetzeswortlaut von § 131 Abs. 1 AktG nur diejenigen Informationen zur Verfügung stellen, die ein verständiger durchschnittlicher Aktionär zur Meinungsbildung über die konkreten Beschlussgegenstände der Tagesordnung einer Hauptversammlung benötigt,²³ nicht also diejenigen Informationen, die ein außenstehender Aktionär zur erfolgreichen Substantiierung einer Ersatzklage nach § 148 AktG bedarf.²⁴

Gerade insofern zeigt sich das, was bereits im Abschnitt II. festgestellt wurde: Ein Rechtsbehelf kann nur dann effektiv sein, wenn der Berechtigte auch die Möglichkeit hat, an diejenigen Informationen zu gelangen, die es bedarf, um den Rechtsbehelf erfolgreich nutzen zu können. Schon unter diesem Gesichtspunkt war die Einführung der Aktionärsklage durch das UMAG keineswegs eine Stärkung von Aktionärsrechten,²⁵ sondern genau das Gegenteil.

2. Kostenrisiko

Hinzu kommt das hohe persönliche Kostenrisiko bei der fremdnützigen Geltendmachung der Ersatzansprüche: Ein von Aktionären über § 147 Abs. 3 AktG a.F. eingesetzter Besonderer Vertreter führte einen Prozess als Organ der Gesellschaft²⁶ in deren Namen und grundsätzlich auf deren Kosten.²⁷ Zwar gab es nach § 147 Abs. 4 AktG a.F. ein nachträgliches Kostentragungsrisiko der Aktionäre bei Erfolglosigkeit der Haftungsklage.²⁸ Im Unterschied dazu haben Aktionäre nach § 148 Abs. 6 AktG die fremdnützige Aktionärsklage selbst zu finanzieren und bekommen nur unter Umständen und allenfalls nach etlichen Jahren Prozessdauer eine Kostenersatzung von der Gesellschaft oder beim Prozesserfolg vom Gegner – und all das nur auf RVG-Basis,²⁹ obwohl qualifizierte Rechtsberater im Aktienrecht bekanntlich nur auf Stundenhonorarbasis tätig werden.³⁰

Zwar konnte bzw. kann es nach beiden Rechtslagen im Falle der Erfolglosigkeit der Klage zu einer Kostentragung der Aktionäre kommen. Jedoch war das Kostentragungsrisiko keineswegs gleich, da nach der Rechtslage

23 Vgl. auch BGH NJW 2005, 828, 829, BGH NJW 2002, 1128, 1129.

24 Vgl. auch *Bachmann* (Fn. 10), E 102 ff.

25 So aber Begründung Gesetzesentwurf UMAG, BT-Drs. 15/5092, 10.

26 BGH NZG 2015, 835, 836; BGH AG 2013, 634; BGH ZIP 2011, 2195.

27 *Koch/Heidel*, in: Heidel (Hrsg.) (Fn. 13), § 147 AktG Rn. 25, 57.

28 *Koch/Heidel*, in: Heidel (Hrsg.) (Fn. 13), § 147 AktG Rn. 59.

29 *Lochner*, in: Heidel (Hrsg.) (Fn. 6), § 148 AktG, Rn. 34 ff.

30 Vgl. OLG München AG 2011, 204, juris Rn. 75.

vor Einführung des UMAG Aktionäre ein der Gesellschaft verpflichtetes und mit Zugang zu Gesellschaftsinformationen ausgestattetes Organ³¹ zu einer daher ungleich erfolversprechenderen Klage veranlassen konnten, die zudem während der womöglich viele Jahre beanspruchenden Prozessdauer von der Gesellschaft zu finanzieren war. Dem gegenüber müssen Aktionäre, die das Klagezulassungsverfahren überwunden haben, die fremdnützige Haftungsklage jahrelang selbst finanzieren, und dies ohne Zugang zu den dafür erforderlichen Informationen der Gesellschaft. Auch unter Berücksichtigung bzw. trotz der in ihrer Auslegung umstrittenen Kostenregelung des § 53 Abs. 1 Nr. 5 GKG,³² die den Streitwert in Verfahren nach § 148 AktG nur grundsätzlich auf 500.000,00 EUR begrenzt, muss ein klagender Aktionär bei hohen Schadenswerten damit rechnen, dass er ggf. Prozesskosten auch im Klagezulassungsverfahren zum maximalen Streitwert von 30,0 Mio. EUR³³ tragen muss.³⁴ Auf Grundlage dieses Streitwerts läge das erstinstanzliche Prozesskostenrisiko in der Größenordnung von ca. 900.000,00 EUR und für das Führen eines Prozesses über den gesamten Instanzenzug bei weit über 3,0 Mio. EUR.

3. Keine unmittelbaren persönlichen Vorteile

Zu berücksichtigen ist schließlich, dass die sich im Interesse der Gesellschaft in einem Verfahren nach § 148 AktG engagierenden Aktionäre selbst wenig davon haben: Sind sie zu 100 Prozent erfolgreich und werden die gerichtlich festgestellten Schadensersatzansprüche auch vollständig beglichen, wird auf der Ebene der Gesellschaft ihr mittelbar durch die Gesellschaftsschädigung erlittener Reflexschaden kompensiert wie bei allen übrigen Aktionären auch.³⁵ Dies ist ihr einziger wirtschaftlicher Vorteil; einen Anteil an dem von ihnen erfolgreich zu Gunsten der Gesellschaft und aller Aktionäre eingeklagten Schaden erhalten sie nicht. Sie bekommen ihre

31 Vgl. nur OLG Köln NZG 2016, 147, 148 f.; OLG München NZG 2008, 230, 233 f.

32 Vgl. zum Streitstand OLG Köln NZG 2019, 826.

33 Vgl. § 39 Abs. 2 GKG.

34 Nach einer verbreitet im Schrifttum vertretenen Auffassung richtet sich das Antragstellerinteresse nach der Höhe des mit der Klage verfolgten Schadens, vgl. *Spindler*, in: K. Schmidt/Lutter (Hrsg.) (Fn. 18), § 148 AktG Rn. 54; *Arnold*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (Fn. 6), § 148 AktG Rn. 103; vgl. auch LG München I AG 2007, 458, 459.

35 Vgl. *Hölters*, in: Hölters (Hrsg.), Aktiengesetz, 3. Aufl., München 2017, § 93 AktG Rn. 358; *Tretter*, in: Schüppen/Schaub (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 3. Aufl., München 2018, § 41 Rn. 48.

Kosten gemäß § 148 Abs. 6 AktG oder nach den §§ 91 ff. ZPO erstattet; das aber wie schon festgestellt nur auf RVG-Basis. Selbst im günstigsten Szenario eines nach jahrelangem Kampf erzielten 100-prozentigen Prozessserfolgs erleiden die klagenden Aktionäre bei lebensnaher Betrachtung einen wirtschaftlichen Schaden; sie bleiben auf dem Delta zwischen ihren tatsächlichen Rechtsverfolgungskosten auf Stundenhonorarbasis und den erstattungsfähigen Kosten auf RVG-Basis sitzen. Wirtschaftlich betrachtet ist ein Vorgehen nach § 148 AktG *de lege lata* also selbst im günstigsten Fall eine Selbstschädigung der Aktionäre, die durch die Kompensation ihres Reflexschadens in vielen Fällen nicht aufgewogen wird.

Die Aktionäre sehen sich durch ihr Engagement zudem dem Generalverdacht eines Rechtsmissbrauchs durch den Gesetzgeber ausgesetzt.³⁶ Dieser kommt nicht nur darin zum Ausdruck, dass er der zuvor pflichtwidrig untätigen Verwaltung³⁷ das jederzeitige Recht zubilligt, den Prozess wieder an sich ziehen zu können, § 148 Abs. 3 AktG. Vielmehr ist die Gesamtkonzeption des § 148 AktG durch die diversen, sich in der Praxis oftmals als unüberwindlich zeigenden Hürden des Klagezulassungsverfahrens sowie die wie aufgezeigt wirtschaftlich prohibitiven Kostenrisiken von einer großen Angst des Gesetzgebers vor potenziellem Rechtsmissbrauch geprägt, der die Effizienz des Rechtsbehelfs geopfert wurde.

4. Zwischenergebnis

Die aufgezeigte Gemengelage macht eine Aktionärsklage nach § 148 AktG *de lege lata* in jeder Hinsicht zum Himmelfahrtskommando, zumal die einzige wirtschaftliche Motivation der Minderheit zum Führen eines solchen Rechtsstreits die Kompensation des mittelbar erlittenen Reflexschadens ist. Führt man sich all dies vor Augen, so überrascht es nicht, dass es in den letzten 15 Jahren offenbar keine einzige Aktionärsklage nach § 148 AktG gegeben hat - nach rechtskräftiger Klagezulassung gemäß § 148 AktG hat gemäß §§ 149 Abs. 1, 25 AktG eine Bekanntmachung im Bundesanzeiger zu erfolgen; dort findet sich keine einzige derartige Bekanntmachung. Es

36 Vgl. Begründung Gesetzesentwurf UMAG, BT-Drs. 15/5092, 19 f.

37 In den Fällen eines erfolgreichen Klagezulassungsverfahrens spricht mit Blick auf die ARAG-Garmenbeck-Rechtsprechung des BGH viel für eine pflichtwidrige Untätigkeit der ordentlichen Organe, vgl. BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = NJW 1997, 1926.

sind zwar wenige Fälle von Klagezulassungsverfahren bekannt geworden;³⁸ wenig verwunderlich ist insofern aber, dass diese alle an den Schwellen des darzulegenden Verdachts gescheitert sind. Es besteht daher in der Würdigung durch die Rechtswissenschaft Konsens, dass die Aktionärsklage nach § 148 AktG seit Einführung des UMAG praktisch totes Recht geblieben ist.³⁹ Diese Feststellung wurde auch 2014 beim Deutschen Juristentag in Hannover, der sich mit der Organhaftung befasst hat, bekräftigt.⁴⁰

Der Gesetzgeber hat bislang keine Abhilfe geschaffen. Zwar gab es 2020 im Bundestag die fehlgeleitete Gesetzesinitiative der AfD-Fraktion, die sich für eine Reform von § 148 AktG einsetzte.⁴¹ Diese Gesetzesinitiative ist jedoch mit Recht am Widerstand aller übrigen Fraktionen des Bundestages gescheitert, da die vorgeschlagene Reform zum einen nichts an dem aufgezeigten zentralen Grundproblem des § 148 AktG des fehlenden Zugangs zu Informationen geändert hatte (ein wie auch immer gearteter Zugang zu Informationen für die Aktionärsminorität war danach nicht vorgesehen) und darüber hinaus fehlgeleitete Anreize zum Betreiben aussichtsloser Klagen durch überzogene Fangprämien setzten wollte.⁴²

IV. Bestandsaufnahme der Sonderprüfung

Blickt man auf das oben im Abschnitt II. dargestellte Arsenal von Aktionärsrechten, erscheint als vermeintliche Lösung des Informations-Dilemmas die Sonderprüfung nach § 142 AktG. Denn die Sonderprüfung hat u.a. gerade die Funktion, Geschäftsvorfälle der Verwaltung zu prüfen und insofern auch ein ggf. schadensstiftendes Verhalten aufdecken zu kön-

38 OLG Köln NZG 2019, 582; erstinstanzlich LG Köln, Beschluss vom 11.5.2017, 01 O 3/16, BeckRS 2017, 155641, Rn. 28 ff.; LG München I AG 2007, 458; LG München, Beschluss vom 20.05.2021, 5 HKO 5027/18 (nicht veröffentlicht).

39 Vgl. nur Koch, in: Hüffer/Koch (Hrsg.) (Fn. 6), § 148 AktG Rn. 3; Habersack, AG 2014, 553; Schmolke, ZGR 2011, 398, 400.

40 Pütz, BOARD 2/2020, 60, 62; Bachmann (Fn. 10), E 11, 102 ff.

41 Gesetzesentwurf zur Änderung des Aktiengesetzes – persönliche Vorstandshaftung mit Managergehältern bei pflichtwidrigem Verhalten, BT-Drucks 19/8233.

42 Dazu kritisch Lochner, Wortprotokoll der 83. Sitzung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 2.3.2020, Protokoll-Nr. 18/83, 9 f., 17 f., 24; ders., Sachverständige Stellungnahme vom 26.2.2020, abrufbar unter abrufbar unter (<https://www.bundestag.de/resource/blob/684232/49a5b4a46867202cb0ba3d0908fa1216/lochner-data.pdf>).

nen.⁴³ Vor diesem Hintergrund ist daher auf die Sonderprüfung und ihre Rechtswirklichkeit in der Praxis zu blicken.

Da es anders als im GmbH-Recht (§ 51a GmbHG) oder im Personengesellschaftsrecht (vgl. §§ 118, 166 HGB, § 716 Abs. 1 BGB) im Aktienrecht kein Bucheinsichtsrecht der Aktionäre gibt und das Auskunftsrecht nach § 131 AktG wie bereits in Abschnitt III.1. festgestellt keinen hinreichenden Zugang zu Informationen über die Gesellschaft bietet, um eine Aktionärsklage mit Aussicht auf Erfolg führen zu können, verbleibt aus Sicht von Aktionären als Zugang zu den für eine Klage notwendigen Informationen nur die Sonderprüfung.⁴⁴ Eine Sonderprüfung kann gemäß § 142 Abs. 1 AktG durch Beschluss der Hauptversammlung oder gemäß § 142 Abs. 2 AktG durch gerichtliche Bestellung eines Sonderprüfers auf Antrag von Aktionären herbeigeführt werden.

1. Bestellung eines Sonderprüfers durch die Hauptversammlung

Einen Hauptversammlungsbeschluss über eine Sonderprüfung können Aktionäre erwirken, indem sie über § 122 AktG entweder die Einberufung einer außerordentlichen Hauptversammlung beantragen (Abs. 1) oder aber die Ergänzung der Tagesordnung einer Hauptversammlung um den Tagesordnungspunkt Sonderprüfung (Abs. 2). Darüber hinaus besteht unter Umständen die Möglichkeit, dass Aktionäre auch ohne einen ausdrücklichen Tagesordnungspunkt eine Beschlussfassung über eine Sonderprüfung herbeiführen, wenn diese ausnahmsweise ankündigungsfrei ist. Dies ist insbesondere anerkannt anlässlich des Tagesordnungspunkts Entlastung.⁴⁵

43 Vgl. nur Koch, in: Hüffer/Koch (Hrsg.) (Fn. 6), § 142 AktG Rn. 1; Habersack, in: Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, 889, 892 ff.

44 Auf die regelmäßige Notwendigkeit einer vorausgehenden Sonderprüfung hinweisend Begründung Gesetzesentwurf UMAG, BT-Drucks 15/5092, 18; Mock, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), BeckOGK Aktiengesetz, Stand: 01.02.2021, München 2021, § 148 AktG Rn. 32; Arnold, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (Fn. 6), § 142 AktG Rn. 14 f.; Peltzer, in: Festschrift für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, Köln 2011, 953, 964 f.: Sonderprüfung sei bei komplizierten Sachverhalten „unvermeidlich“.

45 Koch, in: Hüffer/Koch (Hrsg.) (Fn. 6), § 142 AktG Rn. 9; Arnold, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (Fn. 6), § 142 AktG Rn. 46; Grigoleit/Rachblitz, in: Grigoleit (Hrsg.) (Fn. 6), § 142 AktG Rn. 42; Hirschmann, in: Hölters (Hrsg.) (Fn. 35), § 142 AktG Rn. 19.

Im letzteren Fall kann eine Sonderprüfung aber nur beschränkt sein auf die Untersuchung von Geschäftsvorfällen im Entlastungszeitraum.⁴⁶

Haben Aktionäre auf die eine oder andere Weise eine Abstimmung der Hauptversammlung über die Sonderprüfung zur Aufklärung von Vorfällen einer Aktionärsklage herbeigeführt, bedarf es gemäß §§ 142 Abs. 1 S. 1, 133 Abs. 1 AktG einer Beschlussfassung mit der Mehrheit der abgegebenen stimmberechtigten Stimmen. Sind Organmitglieder, deren Verhalten im Vorfeld einer etwaigen Aktionärsklage aufgeklärt werden soll, zugleich Aktionäre, so unterliegen sie bei der Beschlussfassung gemäß § 142 Abs. 1 S. 2 AktG einem besonderen Stimmverbot. Dieses greift auch dann, wenn Aktionäre nicht die betroffenen Organmitglieder selbst sind, sondern von ihnen beherrschte Kapitalgesellschaften.⁴⁷

Darüber hinaus gilt wie bei jeder Beschlussfassung das allgemeine Stimmverbot nach § 136 AktG, das den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsatz des Richtens in eigener Sache⁴⁸ auch für das Aktienrecht festschreibt. Besteht der aufklärungsbedürftige Geschäftsvorfall in dem Vorwurf eines gesellschaftsschädigenden Zusammenwirkens der Verwaltung mit einem Aktionär, insbesondere mit einem Großaktionär, stellt sich die Frage, ob dieser nach § 136 AktG bei der Beschlussfassung über die Sonderprüfung einem Stimmverbot unterliegt. Für den ähnlichen Fall der Beschlussfassungen nach § 147 Abs. 1 und 2 AktG über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen und die Bestellung eines Besonderen Vertreters ist dies in Rechtsprechung und Lehre anerkannt.⁴⁹ Indes wendet die Rechtsprechung im Einklang mit der herrschenden Lehre das Stimmverbot des § 136 AktG bei Aufklärung eines schadensstiftenden Verhaltens eines Aktionärs bei der Beschlussfassung gemäß § 142 Abs. 1 AktG schon seit Jahrzehnten nicht an;⁵⁰ Rechtsprechung und Lehre legen § 136 AktG sehr eng aus und halten das Stimmverbot daher nur für die Entscheidung über

46 Koch, in: Hüffer/Koch (Hrsg.) (Fn. 6), § 142 AktG Rn. 9; Grigoleit/Rachlitz, in: Grigoleit (Hrsg.) (Fn. 6), § 142 AktG Rn. 42; Hirschmann, in: Hölters (Hrsg.) (Fn. 35), § 142 AktG Rn. 19.

47 Vgl. OLG Düsseldorf AG 2006, 202, 205 f.; OLG Frankfurt AG 2005, 545, 547; Mock, in: Spindler/Stilz (Hrsg.) (Fn. 44), § 142 AktG Rn. 104.

48 Vgl. § 34 BGB, § 47 Abs. 4 S. 1 GmbHG, § 43 Abs. 6 GenG, § 285 Abs. 1 AktG.

49 Grigoleit/Rachlitz, in: Grigoleit (Hrsg.) (Fn. 6), § 147 AktG Rn. 9; Lochner/Beneke, ZIP 2015, 2010, 2013; Mock, in: Spindler/Stilz, (Hrsg.) (Fn. 44), § 147 AktG Rn. 51.

50 Vgl. OLG Hamburg AG 1981, 193, 197; OLG Hamburg AG 2003, 46, 48; OLG Düsseldorf NZG 2013, 546; Koch, in: Hüffer/Koch (Hrsg.) (Fn. 6), § 142 AktG Rn. 15; Rieckers/Vetter, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (Fn. 21), § 142 AktG Rn. 171; Arnold, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (Fn. 6),

die Geltendmachung von Ersatzansprüchen für anwendbar, nicht aber auch für die vorbereitende, eben diesem Zweck dienende Sonderprüfung,⁵¹ obwohl sie eine Aktionärsklage nach § 148 AktG überhaupt erst ermöglicht.⁵² Einem Großaktionär wird, wenn es um seine Haftung gegenüber der Gesellschaft geht, also von der herrschenden Rechtsprechung und Lehre das Recht zugebilligt, mit seiner Stimmrechtsmacht eine Sonderprüfung zu abzuwenden, und damit zugleich zu verhindern, dass außenstehende Aktionäre in die Lage versetzt werden, gegen ihn eine Aktionärsklage zu führen; sie verweist die außenstehenden Aktionäre auf die Möglichkeit einer gerichtlichen Erzwingung der Sonderprüfung über § 142 Abs. 2 AktG. Das Verfahren nach § 142 Abs. 2 AktG stellt die Aktionäre aber ein weiteres Mal vor kaum überwindliche Hürden, dazu sogleich unter IV.2.

Diese herrschende Meinung zu § 142 Abs. 1 AktG überzeugt nicht, führt sie doch über eine spitzfindig eng am Wortlaut des § 136 AktG verhaftete Auslegung dazu, dass der Zweck des Stimmverbots verfehlt und dem Großaktionär ein Richten in eigener Sache ermöglicht wird auf der für eine Aktionärsklage entscheidenden Ebene des Informationszugangs. Den richtigen Weg weist insofern die Rechtsprechung des BGH zum Personengesellschaftsrecht und GmbH-Recht sowie die herrschende Lehre zur Sonderprüfung bei der GmbH: Zum mit einer Sonderprüfung vergleichbaren Fall eines Sachverständigengutachtens stellte der BGH überzeugend fest, dass das für die Beschlussfassung über die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen für den betroffenen Gesellschafter geltende Stimmverbot auch die Beschlussfassung über die Einholung eines Gutachtens zur Prüfung erfasse, ob Schadensersatzansprüche gegen den betroffenen Gesellschafter bestehen;⁵³ die dieser Ausdehnung des Stimmverbots zugrundelie-

§ 142 AktG Rn. 58; Hüffer, ZHR 174 (2010), 642, 648 f.; a.A. Kronstein-Zöllner, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 1. Auflage, Köln 1985, § 142 AktG Rn. 25.

51 OLG Hamburg AG 1981, 193, 197.

52 Vgl. Begründung Gesetzesentwurf UMAG, BT-Drucks 15/5092, 18; Mock, in: Spindler/Stilz (Hrsg.) (Fn. 44), § 148 AktG Rn. 32; Arnold, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (Fn. 6), § 142 AktG Rn. 14 f.; Peltzer (Fn. 44), 953, 964 f.: Sonderprüfung sei bei komplizierten Sachverhalten „unvermeidlich“.

53 BGH, Urteil vom 7.2.2012 – II ZR 230/09 –, NZG 2012, 625, 626; vgl. auch BGH, Urteil vom 9.7.1990 – II ZR 9/90, ZIP 1990, 1194, 1195; ebenso die herrschende Literaturmeinung zur Sonderprüfung bei der GmbH: K. Schmidt, in: Scholz (Hrsg.), GmbHG-Kommentar, Band I, 12. Aufl., Köln 2018, § 47 GmbHG Rn. 142; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), GmbHG, 22. Aufl., München 2019, § 47 GmbHG Rn. 90; Leinekugel, GmbHR 2012, 632, 633; Peters/Dechow, GmbHR 2007, 236; Fleischer, GmbHR 2001, 45, 47; Schürnbrand, ZIP 2013, 1301, 1302.

gende Erwägung, dass der betroffene Gesellschafter andernfalls schon im Vorfeld die Geltendmachung gegen ihn gerichteter Schadensersatzansprüche vereiteln könnte, gelte für Personengesellschaften in gleicher Weise wie für die GmbH.⁵⁴ Weshalb nur im Aktienrecht etwas anderes gelten sollte, ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil: Außenstehende Gesellschafter haben bei der Aktiengesellschaft anders als bei Personengesellschaften und der GmbH kein Bucheinsichtsrecht,⁵⁵ sondern können praktisch allein über die Sonderprüfung zu den notwendigen Informationen gelangen, die sie zum erfolgreichen Führung einer *actio pro socio* nach § 148 AktG benötigen: Dies lässt eine Verhinderung der Sonderprüfung durch den Großaktionär mit den eigenen Stimmen noch mehr als Vereitelung der eigenen Inanspruchnahme erscheinen, als dies in den vom BGH beleuchteten Fällen des Personengesellschaftsrechts und des GmbH-Rechts der Fall ist.

Auch überzeugt das mitunter bemühte Argument nicht, dass der missbräuchlichen Einsetzung einer Sonderprüfung ein Riegel vorgeschoben werden müsste.⁵⁶ Gerade bei Publikumshauptversammlungen ist es auch beim Stimmverbot für den Großaktionär keineswegs leicht, eine Hauptversammlungsmehrheit zustande zu bringen. Dies setzt voraus, dass die antragstellenden Aktionäre die Mehrheit der übrigen Aktionäre davon überzeugen, dass eine Aufklärung des Geschäftsvorfalles geboten erscheint. Wilde Behauptungen ins Blaue hinein werden dafür nicht genügen, zumal es insbesondere bei institutionellen Anlegern regelmäßig eine grundsätzliche Skepsis gegenüber Sonderprüfungen geben wird.⁵⁷

2. Gerichtliche Einsetzung eines Sonderprüfers

Kommt eine Sonderprüfung bei der Beschlussfassung der Hauptversammlung nicht zustande, haben die Aktionäre, sofern sie das gesetzliche Quorum⁵⁸ aufbringen, die Möglichkeit, im Anschluss an die gescheiterte Be-

54 BGH, Urteil vom 7.2.2012 – II ZR 230/09 –, NZG 2012, 625, 626.

55 Siehe dazu oben einleitend im Abschnitt IV.

56 Vgl. *Bungert*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 4, 5. Auf., München 2020, § 43 Rn. 11; *Rieckers/Vetter*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (Fn. 21), § 142 AktG Rn. 129, 147, 151.

57 Vgl. *Schmolke*, ZGR 2007, 701 ff. zum Verhalten traditioneller institutioneller Investoren.

58 Die Antragsteller müssen bei Antragstellung zusammen mit einem Prozent oder einem anteiligen Betrag von 100.000,00 EUR am Grundkapital beteiligt sein, § 142 Abs. 2 S. 1 AktG.

schlussfassung ein gerichtliches Verfahren auf Bestellung eines Sonderprüfers nach § 142 Abs. 2 AktG zu betreiben. Dieser Weg ist auch dann eröffnet, wenn eine Beschlussfassung vereitelt wurde, z.B. indem die Hauptversammlung mit dem Tagesordnungspunkt Sonderprüfung abberufen wurde oder der Versammlungsleiter eine Beschlussfassung über die Sonderprüfung nicht zugelassen hat.⁵⁹

Anders als ein Hauptversammlungsbeschluss nach § 142 Abs. 1 AktG, der die sachliche Rechtfertigung in sich trägt,⁶⁰ ist Voraussetzung für eine gerichtliche Einsetzung eines Sonderprüfers, dass die antragstellenden Aktionäre zur Überzeugung des Gerichts Tatsachen darlegen können, die den Verdacht rechtfertigen, dass es bei den Geschäftsvorfällen, deren Prüfung begehrt wird, zu Unredlichkeiten oder groben Verletzungen des Gesetzes oder der Satzung gekommen ist.⁶¹

In der Praxis erweist sich ein solcher Rechtsstreit aus Sicht von Aktionären als ein sehr schwieriges Unterfangen. Es ist zwar verständlich, dass nicht eine bloße Behauptung ins Blaue hinein dazu führen können soll, dass eine Aktionärsminderheit gegen die womöglich breite und unbefangene Aktionärsmehrheit, die eine Sonderprüfung nicht für geboten hält und daher in der Hauptversammlung abgelehnt hat, die Gesellschaft mit einer solchen öffentlichkeitswirksamen und teuren Untersuchung belasten können soll. Gleichwohl fragt man sich aber, wie denn außenstehende Aktionäre mangels Bucheinsichtsrecht⁶² und angesichts der sehr geringen Anforderungen an die Tiefe der nach § 131 AktG zu gewährenden Informationen⁶³ überhaupt zu der konkreten Tatsachenkenntnis gelangen sollen, die § 142 Abs. 2 AktG ihnen abverlangt – den Zugang zu eben diesen Tatsachengrundlagen eines pflichtwidrigen Verhaltens soll die Sonderprüfung ja gerade erst herstellen.⁶⁴ Oftmals bleibt den antragstellenden Aktionären nichts anderes als sich auf Rückschlüsse aus Finanzberichten oder auf die unscharfen Tatsachenangaben in Presseberichten zu berufen, deren Wahrheitsgehalt sie nicht belegen können und die von der Verwaltung im Pro-

59 Koch, in: Hüffer/Koch (Hrsg.) (Fn. 6), § 142 AktG Rn. 18; Arnold, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (Fn. 6), § 142 AktG Rn. 80-81; Hirschmann, in: Hölters (Hrsg.) (Fn. 35), § 142 AktG Rn. 32.

60 Mock, in: Spindler/Stilz (Hrsg.) (Fn. 44), § 142 AktG Rn. 95; Rieckers/Vetter, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (Fn. 21), § 142 AktG Rn. 151.

61 Koch, in: Hüffer/Koch (Hrsg.) (Fn. 6), § 142 AktG Rn. 20; Arnold, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (Fn. 6), § 142 AktG Rn. 86-87; Hirschmann, in: Hölters (Hrsg.) (Fn. 35), § 142 AktG Rn. 36-37.

62 Siehe dazu oben einleitend in Abschnitt IV.

63 Siehe dazu oben Abschnitt III.1.

64 Auf diesen Widerspruch zu Recht hinweisend Bachmann (Fn. 10), E 105.

zess zur Verteidigung schlicht bestritten und als Behauptungen ins Blaue hinein gerügt werden können. Darüber hinaus hat die Praxis gezeigt, dass erstaunlicherweise auch ein großes Bemühen der Antragsteller um substantiierten Vortrag im Verfahren nach § 142 Abs. 2 AktG gewisse Gefahren für den Prozesserfolg mit sich bringen kann; denn die Rechtsprechung hat auch schon Anträge nach § 142 Abs. 2 AktG deshalb zurückgewiesen, weil die antragstellenden Aktionäre angesichts ihres substantiierten Vortrags ja gewissermaßen schon alles wüssten.⁶⁵ Mit den prozessualen Besonderheiten und Untiefen des gerichtlichen Verfahrens nach § 142 Abs. 2 AktG befassen sich die Beiträge in diesem Buch von *Rafael Harnos* und von *Fabian Dietz-Vellmer*, auf die verwiesen wird.

Wenn man die Sonderprüfung als das gesetzlich vorgesehene Mittel betrachten will, um Aktionären die notwendigen Informationen zu verschaffen, die sie zwingend benötigen, um eine Aktionärsklage nach § 148 AktG in Interesse der Gesellschaft erfolgreich führen zu können,⁶⁶ stößt man auf einen systematisch erstaunlichen Befund: Bei Vergleich der Anforderungen von § 142 Abs. 2 AktG an die gerichtliche Bestellung eines Sonderprüfers mit denen des Klagezulassungsverfahrens nach § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG stellt man fest, dass diese identisch sind. Der Gesetzgeber verlangt folglich von nach § 148 AktG klagewilligen Aktionären die Quadratur des Kreises: Wenn ein Großaktionär trotz einer persönlichen Betroffenheit eine Beschlussfassung der Hauptversammlung nach § 142 Abs. 1 AktG verhindern kann⁶⁷ und die Anforderungen an die gerichtliche Einsetzung eines Sonderprüfers dieselben sind, wie diejenigen im Klagezulassungsverfahren nach § 148 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG, zeigt bereits dies, dass die Sonderprüfung in ihrer derzeitigen Ausgestaltung ungeeignet ist, das Informationsdilemma der Aktionäre zu lösen.

65 OLG Stuttgart, Beschluss vom 25.11.2008 – 8 W 370/08 = AG 2009, 169, 171; KG Berlin, Beschluss vom 5.1.2012 – 2 W 95/11 = AG 2012, 412, 413; LG München I, Beschluss vom 9.6.2016 – 17 HK O 6754/15 = NZG 2016, 1342; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Hrsg.) (Fn. 6), § 142 AktG Rn. 2; *Arnold*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (Fn. 6), § 142 AktG Rn. 17, 92.

66 Vgl. Begründung Gesetzesentwurf UMAG, BT-Drucks 15/5092, 18; *Mock*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.) (Fn. 44), § 148 AktG Rn. 32; *Arnold*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (Fn. 6), § 142 AktG Rn. 14 f.; *Peltzer* (Fn. 44), 953, 964 f.: Sonderprüfung sei bei komplizierten Sachverhalten „unvermeidlich“.

67 Dazu oben im Abschnitt IV. 1.

3. Der Sonderprüfer – Ein zahnlöser Tiger

Gelingt es den Aktionären trotz aller Widrigkeiten, den steinigen Weg bis zur Bestellung eines Sonderprüfers zu bewältigen, ist damit der Zugang zu den für eine Aktionärsklage nach § 148 AktG notwendigen Informationen keineswegs sicher gegeben. Zwar ist der Sonderprüfer eingesetzt; dieser kann aber wiederum ohne eigenen Zugang zu Informationen auch nichts machen und das Aktionariat nicht über seine Untersuchungsergebnisse informieren bzw. gar nicht erst untersuchen.

a) Kein einstweiliger Rechtsschutz?

Aus vorstehenden Gründen sind die Rechte des Sonderprüfers in den Blick zu nehmen. Die vermeintliche Antwort auf die Frage nach dessen Rechten scheint § 145 AktG zu liefern: Nach § 145 Abs. 1 AktG hat der Vorstand den Sonderprüfern zu gestatten, die Bücher und die Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände namentlich die Gesellschaftskasse und die Bestände an Wertpapieren und Waren zu prüfen. Ferner können Sonderprüfer von den Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsrats alle Aufklärungen und Nachweise verlangen, die für die sorgfältige Prüfung der Vorgänge notwendig sind (§ 145 Abs. 2 AktG); die Rechte nach Absatz 2 haben die Sonderprüfer auch gegenüber Konzernunternehmen sowie gegenüber einem abhängigen oder herrschenden Unternehmen.

Dies erweckt den Eindruck, als stünde nach Einsetzung eines Sonderprüfers einer Aufklärung der zu untersuchenden Geschäftsvorfälle nichts mehr im Wege und als hätte der Sonderprüfer gegenüber der Verwaltung und im Konzern eine starke Rechtsstellung. Die wohl noch herrschende Lehre und die Rechtsprechung der Münchener Gerichte versagt dem Sonderprüfer jedoch den einstweiligen Rechtsschutz, wenn die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat den gesetzlichen Informationsanspruch des Sonderprüfers verweigern;⁶⁸ die Systematik des Aktienrechts soll nach Auf-

68 OLG München ZIP 2019, 2352, 2353; LG München I ZIP 2019, 2010; *Arnold*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (Fn. 6), § 145 AktG Rn. 33 ff.; *Bezenberger*, in: Großkommentar zum Aktiengesetz (Fn. 18), § 145 AktG Rn. 26 ff.; *Herrler*, in: Grigoleit (Hrsg.) (Fn. 6), § 145 AktG Rn. 5; *Hirschmann*, in: Hölters (Hrsg.) (Fn. 35), § 145 AktG Rn. 10; *Jänig*, Die aktienrechtliche Sonderprüfung, 2. Aufl., Norderstedt 2008, 373; *Liebscher*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.) (Fn. 6), § 145 AktG Rn. 6; *Lieder*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band VII, 5. Aufl., München 2016, § 26 Rn. 158; *Rieckers/Vetter*, in: Kölner Kommentar

fassung des LG München I aufzeigen, dass der Sonderprüfer insbesondere gegen den Aufsichtsrat seine ausdrücklich kodifizierten Rechte nicht durchsetzen könne;⁶⁹ gegenüber dem Vorstand sei der Sonderprüfer allein auf das Verfahren nach § 407 Abs. 1 AktG verwiesen,⁷⁰ in dem das Gericht gegen diesen ein Zwangsgeld von maximal 5.000,00 EUR festsetzen kann – dass ein derart niedriges Zwangsgeld in großen Schadensfällen und bei drohender persönlicher Haftung der Organmitglieder kein effektives Beugemittel ist, bestätigt das OLG München selbst.⁷¹ Legt man diese Rechtsprechung zugrunde, besteht die vermeintlich starke Rechtstellung des Sonderprüfers gemäß § 145 AktG nur auf dem Papier; das OLG München spricht davon, dass der Gesetzgeber die Informationsansprüche des Sonderprüfers als „stumpfes Schwert“ ausgestaltet habe.⁷² Gleichzeitig verlangt das OLG München für die Anspruchsvoraussetzung der Eilbedürftigkeit bzw. des Verfügungsgrundes,⁷³ dass der Sonderprüfer aufgrund konkreter Tatsachen darlegt, dass durch Zeitablauf bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Hauptsacheverfahrens eine effektive Prüfung verhindert werde bzw. eventuelle Schadensersatzansprüche gefährdet würden.⁷⁴ Bedenkt man, dass die Sonderprüfung dazu dient, die notwendige Tatsachenkenntnis zu erlangen, um prüfen zu können, ob überhaupt Ersatzansprüche bestehen, verlangt das OLG München vom Sonderprüfer Unmögliches, nämlich die Darlegung und Würdigung derjenigen Tatsachen, die er mit seinem Rechtsbehelf gerade zu erlangen versucht. Hebt man den Blick und berücksichtigt insbesondere, dass die Sonderprüfung bezogen auf eine ggf. nachfolgende Aktionärsklage nach § 148 AktG erst eine bloße Vorbereitungshandlung ist,⁷⁵ ist dieser richtigerweise die Eilbedürftigkeit immanent, wenn sie ihre Funktion nicht verfehlen soll.

zum Aktiengesetz (Fn. 21), § 145 AktG Rn. 76 ff.; *Spindler*, in: K. Schmidt/Lutter (Hrsg.) (Fn. 18), § 145 AktG Rn. 19.

69 LG München I ZIP 2019, 2010 mit Verweis auf *Rieckers/Vetter*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (Fn. 21), § 145 AktG Rn. 5; *von der Linden*, in: Heidel (Hrsg.), Aktien- und Kapitalmarktrecht, § 145 AktG Rn. 5; *Spindler*, in: K. Schmidt/Lutter (Hrsg.) (Fn. 18), AktG, § 145 AktG Rn. 19; bestätigend OLG München ZIP 2019, 2352, 2353.

70 LG München I ZIP 2019, 2010 f.

71 OLG München ZIP 2019, 2352, 2353.

72 OLG München ZIP 2019, 2352, 2353.

73 Vgl. §§ 940, 936, 920 Abs. 2 ZPO.

74 OLG München ZIP 2019, 2352, 2353.

75 Vgl. Begründung Gesetzesentwurf UMAG, BT-Drucks 15/5092, 18; *Mock*, in: *Spindler/Stilz* (Hrsg.) (Fn. 44), § 148 AktG Rn. 32; *Arnold*, in: Münchener Kom-

Die Rechtsprechung der Münchener Gerichte macht den ohnehin schon sehr schwer einzusetzenden Sonderprüfer soweit zum zahnlosen Tiger, da dieser auf eine freiwillige Kooperation des Vorstands angewiesen ist, obwohl er ggf. auch dessen Haftungsvoraussetzungen zu prüfen hat und der Vorstand sich in den Fällen von § 148 Abs. 1 Nr. 2 AktG pflichtwidrig weigert, Ersatzansprüche selbst geltend zu machen. Diese Rechtsprechung wurde zurecht in der Literatur nachhaltig kritisiert.⁷⁶ Insbesondere *Sebastian Mock* hat überzeugend nachgewiesen, dass es keine der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes entgegenstehende Exklusivität des Zwangsgeldverfahrens nach § 407 AktG gibt.⁷⁷

b) Zensur durch den Vorstand

Doch nicht mal dann, wenn der Sonderprüfer tatsächlich in die Lage versetzt wird, seine Arbeit zu tun und Zugang zu Informationen erhält, ist damit gesichert, dass Aktionäre, die bereit sind, das Risiko einer Aktionärsklage nach § 148 AktG auf sich zu nehmen, hinreichende Informationen zur Substantiierung der Klage erhalten. Gemäß § 145 Abs. 4 AktG kann der Vorstand dem Sonderprüfer gerichtlich verbieten lassen, bestimmte Tatsachen in den Bericht aufzunehmen – dies eröffnet den Vorstandsmitgliedern als künftigen Beklagten der Aktionärsklage noch weit vor Erhebung einer Haftungsklage als Akt einer vorweggenommenen Selbstverteidigung⁷⁸ die Chance, das Bekanntwerden unliebsamer Tatsachen durch den Sonderprüfungsbericht zu unterbinden. Auch das wurde wiederum durch das UMAG eingeführt, was der Jubilar im Gesetzgebungsverfahren zu Recht kritisiert hatte.⁷⁹

mentar zum Aktiengesetz (Fn. 6), § 142 AktG Rn. 14 f.; *Peltzer* (Fn. 44), 953, 964 f.: Sonderprüfung sei bei komplizierten Sachverhalten „unvermeidlich“.

76 *Harnos*, AG 2019, 824; *ders.*, in: *Recht und Gesetz*. Festschrift für Ulrich Seibert, Köln 2019, 309 ff.; *Mock*, NZG 2019, 1161; *Slavik*, WM 2017, 1684, 1694; *Lochner/Beneke*, ZIP 2020, 351; wohl auch *Koch*, in: *Hüffer/Koch* (Hrsg.) (Fn. 6), § 145 AktG Rn. 5a.

77 *Mock*, NZG 2019, 1161, 1163 ff.

78 Zu der nach herrschender Rechtsprechung und Lehre möglichen vorweggenommenen Selbstverteidigung/Richten in eigener Sache durch den Großaktionär oben im Abschnitt IV.1.

79 *Meilicke/Heidel*, DB 2004, 1479, 1481 f.

4. Zwischenfazit

In der Auslegung von §§ 142 ff. AktG durch die Rechtsprechung und herrschende Lehre ist die Sonderprüfung aus Sicht von Aktionären, die eine Aktionärsklage nach § 148 AktG erwägen, regelmäßig kein erfolgsversprechender Weg, um an die erforderlichen Informationen zu gelangen, derer es bedarf, um eine Aktionärsklage nach § 148 AktG erfolgreich führen zu können. Nach § 148 AktG grundsätzlich klagewillige Aktionäre werden durch den Verweis⁸⁰ auf eine vorherige Sonderprüfung gewissermaßen von einem dysfunktionalen Rechtsbehelf (§ 148 AktG) zum nächsten gleichermaßen dysfunktionalen Rechtsbehelf geschickt (§ 142 AktG).

Die vorstehende Gesamtschau verdeutlicht zudem Folgendes: *De lege lata* ist die Einsetzung eines Besonderen Vertreters der einzige erfolgsversprechende Weg, wie es außenstehende Aktionäre ggf. durchsetzen können, dass Ersatzansprüche der Gesellschaft verfolgt werden.⁸¹ Einer der zentralen Gründe dafür ist der gerichtliche durchsetzbare Informationsanspruch des Besonderen Vertreters.⁸² Führt man sich dies vor Augen, erkennt man, dass die in der Literatur teilweise vertretene systematische Erwägung,⁸³ der Besondere Vertreter sei kein Sonderermittler, die Informationsgewinnung und Prüfung sei allein Aufgabe des Sonderprüfers, in die Irre führt. Die Rechtsprechung ist dem mit Recht nicht gefolgt, sonst wäre neben §§ 142, 148 AktG auch § 147 AktG die Effizienz genommen und es gäbe für außenstehende Aktionäre gar keinen erfolgsversprechenden Weg, die Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft durchzusetzen, solange sich die Verwaltung und ein Großaktionär dagegen sträuben.

80 Vgl. Begründung Gesetzesentwurf UMAG, BT-Drucks 15/5092, 18; Mock, in: Spindler/Stilz (Hrsg.) (Fn. 44), § 148 AktG Rn. 32; Arnold, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (Fn. 6), § 142 AktG Rn. 14 f.; Peltzer (Fn. 44), 953, 964 f.: Sonderprüfung sei bei komplizierten Sachverhalten „unvermeidlich“.

81 Vgl. Beneke, Der Besondere Vertreter nach § 147 AktG, 2018, 58 ff. mit einer Übersicht der bekannt gewordenen praktischen Anwendungsfällen.

82 OLG Köln, Urteil vom 4.12.2015 – 18 U 149/15 = NZG 2016, 147, 148 f.; OLG München, Urteil vom 28.11.2007 – 7 U 4498/07 = NZG 2008, 230, 233 f.; LG München I, Urteil vom 6.9.2007 – 5HK O 12570/07 = NZG 2007, 916, 917 f.; Koch, in: Hüffer/Koch (Hrsg.) (Fn. 6), § 147 AktG Rn. 2, 15 m.w.N.; a.A. Humrich, NZG 2014, 441, 446 mwN.

83 Vgl. Humrich, NZG, 2014, 441, 446; Wirth (Fn. 20), 1129, 1144; Otte, GWR 2010, 114.

V. Lösungsansätze

Die Gesamtbetrachtung der §§ 142 ff, 148 AktG zeigt das besondere Dilemma der Aktionärsklage: Auf Grundlage der derzeitigen Gesetzeslage und Rechtsprechung ist es praktisch ausgeschlossen, dass Aktionäre über eine Sonderprüfung oder in sonstiger Weise einen hinreichenden Zugang zu Informationen erhalten, der sie in die Lage versetzt, mit Aussicht auf Erfolg im Interesse der Gesellschaft deren Ersatzansprüche einklagen zu können. Weder haben sie selbst Zugang zu den erforderlichen Informationen, noch können sie diese in einer Hauptversammlung gemäß § 131 AktG erfragen⁸⁴ oder den Zugang dazu mit Aussicht auf Erfolg über eine Sonderprüfung durchsetzen, die mit großer Wahrscheinlichkeit bereits auf dem Weg zur Einsetzung eines Sonderprüfers scheitern wird.⁸⁵ Nicht zuletzt die Rechtsprechung zur Durchsetzbarkeit der Informationsansprüche des Sonderprüfers führt vor Augen, was eingangs festgestellt wurde – dass nämlich ein Rechtsbehelf bzw. Rechtsinstitut ohne hinreichenden Zugang zu Informationen letztendlich nur auf dem Papier existiert.⁸⁶

1. „Fangprämie“?

Sowohl im Schrifttum⁸⁷ als auch in dem schon angesprochenen Gesetzesvorschlag der AfD-Fraktion aus 2020⁸⁸ wurde die gesetzliche Einführung wirtschaftlicher Anreize für Aktionäre zum Führen einer Aktionärsklage als vermeintliche Lösung der Nichtanwendung von § 148 AktG präsentiert.

Im Ansatz erscheint dies nachvollziehbar, da wie im Abschnitt III. 3. aufgezeigt eine Aktionärsklage *de lege lata* für Aktionäre wirtschaftlich prohibitiv ist und gemessen an dem persönlichen Kostenrisiko die potenziellen Vorteile durch Kompensation des Reflexschadens verhältnismäßig

84 Siehe oben Abschnitt III.1.

85 Siehe oben Abschnitt IV.

86 Siehe oben Abschnitt II.

87 Mock, in: Spindler/Stilz (Hrsg.) (Fn. 44), § 148 AktG Rn. 29; Schmolke, ZGR 2011, 398, 434 ff.; Wagner, ZHR 178 (2014), 227, 270 f.; Tröger, ZHR 179 (2015), 453, 467 m.w.N.; offen lassend Spindler, AG 2013, 889, 901 f.; a.A. z.B. Habersack, Gutachten E zum 69. Deutschen Juristentag, München 2012, E 95 f.; Kahnert, AG 2013, 663, 670 f.

88 Gesetzesentwurf zur Änderung des Aktiengesetzes – persönliche Vorstandshaftung mit Managergehältern bei pflichtwidrigem Verhalten, BT-Drs. 19/8233; dazu oben im Abschnitt III.4.

gering sind. Eine solche Prämie müsste aber der Höhe nach angemessen sein und dürfte in ihrer Ausgestaltung keine Anreize zu gesellschaftsschädlichen Klagen im egoistischen Interesse der Kläger schaffen. Eine angemessene Prämie wäre keine unzulässige Sondervorteilsgewährung, Ungleichbehandlung im Vergleich zu den übrigen Aktionären oder sonst ein Fremdkörper im Aktienrecht, wenn sie als eine angemessene Kompensation für die eigenen Bemühungen und den weit überobligationsmäßigen Einsatz im Interesse der Gesellschaft und ihrer übrigen Aktionäre bemessen ist.

Die Einführung einer „Fangprämie“ ist aber jedenfalls isoliert betrachtet kein Allheilmittel und kann sinnvoll nur Teil einer Gesamtkonzeption zur Reform der §§ 142 ff. AktG sein. Eine Fangprämie für Aktionäre schafft vielleicht die Motivation, überhaupt den steinigen Weg eine Aktionärsklage auf sich zu nehmen; sie löst aber das grundlegende Problem des fehlenden Informationszugangs nicht,⁸⁹ so dass eine solche „Fangprämie“ ohne Informationszugang nicht im Interesse der Gesellschaft und ihrer Aktionäre liegen kann.

2. Jedenfalls angemessene Kostenkompensation

Ungeachtet der Gewährung einer Fangprämie sollte den im fremdnützigen Interesse klagenden Aktionären jedenfalls eine tatsächlich vollständige Kostenkompensation gewährt⁹⁰ und § 148 Abs. 6 AktG entsprechend geändert werden.

Für das Klagezulassungsverfahren sollten die klagenden Aktionäre im Falle des Erfolgs eine vollständige Erstattung der ihnen entstandenen Kosten erhalten und nicht nur eine, die auf die Ansprüche nach dem RVG beschränkt ist. Es ist realitätsfern anzunehmen, dass Aktionäre bei hohen Streitwerten und jahrelanger Verfahrensdauer ein solches Verfahren meistern können und ihnen dabei lediglich Rechtsanwaltskosten auf RVG-Basis entstanden sind. Daher muss es eine vollständige Tragung der tatsächlich angefallenen Kosten durch die Gesellschaft geben, sofern die entstandenen Kosten marktüblich sind.⁹¹

89 Ebenso *Bachmann*, AG 2012, 565, 578.

90 Dazu oben im Abschnitt III.3.

91 Für Erstattung marktüblicher Kosten auch *Rieckers/Vetter*, in: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* (Fn. 21), § 148 AktG Rn. 107; vgl. auch *Vetter*, in: *Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag*, München 2013, 1317, 1336 f.

Erst recht muss dies für die nach erfolgreicher Klagezulassung im Interesse der Gesellschaft geführten Aktionärsklage gelten. Dabei dürfen Aktionäre auch nicht auf eine jahrelange Vorfinanzierung des Prozesses verwiesen werden, sondern müssen bereits während des Klageverfahrens einen vollständigen Freistellungsanspruch gegenüber der Gesellschaft haben, in deren Interesse sie das Verfahren führen. Die Gesellschaft darf wirtschaftlich nicht besser stehen, als wenn ihre ordentlichen Gesellschaftsorgane, die im Falle einer erfolgreichen Klagezulassung wohl ohnehin der Vorwurf eines pflichtwidrigen Unterlassens trifft,⁹² ihre Pflicht getan und im Namen der Gesellschaft selbst geklagt hätten. In diesem Falle wären auch eigene Rechtsanwaltskosten in für solche Prozesse marktüblicher Höhe angefallen. Der Freistellungsanspruch muss auch die Kosten einer Beweiserhebung oder notwendige sonstige Sachverständigenkosten umfassen, zumal auch diese bei einer eigenen Klage der Gesellschaft angefallen wären.⁹³ Für einen vollständigen Aufwendungsersatz spricht auch der Vergleich zu einer Geschäftsführung ohne Auftrag, da man wohl im Falle der Klagezulassung vergleichbar mit der Situation des § 679 BGB davon ausgehen kann, dass die klagebefugten Aktionäre eine Pflicht der Verwaltung erfüllen.⁹⁴ Auch bei der Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 683, 679, 670 BGB besteht ein Anspruch auf vollständigen Aufwendungsersatz, wenn der die Geschäftsführung Übernehmende diesen nach verständigem Ermessen für erforderlich halten durfte.⁹⁵

Die Kostentragungspflicht der Gesellschaft für die fremdnützige Aktionärsklage darf nach erfolgter Zulassung entgegen § 148 Abs. 6 Satz 5 AktG nicht vom späteren Erfolg oder dem Umfang des späteren Erfolgs abhängig sein.⁹⁶ Auf diese Weise wäre sichergestellt, dass Aktionäre, die bereit sind, den fremdnützigen Prozess zu führen, über das Klagezulassungsverfahren hinaus kein persönliches Kostenrisiko zu befürchten haben.

92 Vgl. die ARAG-Garmenbeck-Rechtsprechung, BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = NJW 1997, 1926.

93 Vgl. OLG München AG 2011, 204, juris Rn. 75.

94 Vgl. die ARAG-Garmenbeck-Rechtsprechung, BGH, Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = NJW 1997, 1926.

95 *Mansel*, in: Jauernig (Hrsg.), BGB, 18. Auflage, München 2021, § 670 Rn. 3; *Schäfer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, München 2020, § 670 Rn. 23 ff.

96 Dazu oben im Abschnitt III.3.

3. Informationsrechte für Aktionäre?

Gemäß dem eingangs genannten vom Reichsgericht⁹⁷ vor über 100 Jahren zitierten Rechtsgrundsatz, dass wem das Gesetz ein Recht verleiht, es ihm auch die dafür notwendigen Mittel zur Verfügung stellt, könnte eine Lösung des Problems darin liegen, dass man Aktionären, die ein Verfahren nach § 148 AktG führen, einen besonderen Zugang zu Informationen gewährt.

So könnte Aktionären, die erfolgreich ein Klagezulassungsverfahren nach § 148 Abs. 1 AktG durchlaufen haben, ein diesem Verfahren dienendes Informationsrecht gegenüber der Gesellschaft gesetzlich eingeräumt bzw. der Verwaltung eine Förderungspflicht gesetzlich auferlegt werden. Für ein eigenes, der nach § 148 Abs. 1 AktG gerichtlich zugelassene Klage dienendes Informationsrecht spricht die gerichtliche Bestätigung der Verdachtsmomente und die Ermächtigung zur Klageerhebung. Für den Besonderen Vertreter ist ein seinem Auftrag dienender beschränkter Informationsanspruch anerkannt;⁹⁸ dies könnte dafürsprechen, auch Aktionäre, die im Rahmen einer Klage nach § 148 AktG im Interesse der Gesellschaft dieselbe Aufgabe übernehmen wie ein Besonderer Vertreter, mit denselben dienenden Informationsansprüchen auszustatten.

Unter Berücksichtigung der berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft erscheint ein solcher Weg jedoch bedenklich. Anders als bei einem Besonderen Vertreter, der Organ der Gesellschaft mit allen damit verbundenen Pflichten ist⁹⁹ und daher auch denselben Verschwiegenheitspflichten wie andere Organmitglieder unterliegt, oder bei einem Sonderprüfer, der gemäß § 144 AktG i.V.m. § 323 HGB einer Verschwiegenheitspflicht unterliegt, ist dies bei den klagenden Aktionären nicht der Fall.

Im Übrigen wäre ein solches Informationsrecht, das erst nach erfolgreichem Klagezulassungsverfahren einsetzt, nicht dazu geeignet, das anfängliche Informationsproblem zu lösen, um überhaupt die bislang in der Praxis

97 RGZ 83, 248, 250 mit Verweis auf ALR Einf II § 89.

98 RGZ 83, 248, 250; OLG Köln, Urteil vom 4.12.2015 – 18 U 149/15 = NZG 2016, 147, 148 f.; OLG München, Urteil vom 28.11.2007 – 7 U 4498/07 = NZG 2008, 230, 233 f.; LG München I, Urteil vom 6.9.2007 – 5HK O 12570/07 = NZG 2007, 916, 917 f.; LG Stuttgart ZIP 2010, 329, 330; Koch, in: Hüffer/Koch (Hrsg.) (Fn. 6), § 147 AktG Rn. 15; Liebscher, in: Henssler/Strohn (Hrsg.) (Fn. 6), § 147 AktG Rn. 11.

99 BGH NJW 1981, 1097, 1098; BGH AG 2011, 875 f.; OLG Köln AG 2017, 351, 353; Arnold, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (Fn. 6), § 147 AktG Rn. 67; a.A. Wirth (Fn. 20), 1129, 1143 ff., 1151; Balthasar/Hamelmann, WM 2010, 589, 593.

unüberwindbar gebliebenen¹⁰⁰ Schwellen des Klagezulassungsverfahrens überwinden zu können. Wie bereits festgestellt ist bislang kein einziger Fall bekannt geworden, in dem Aktionäre jemals ein Klagezulassungsverfahren nach § 148 Abs. 1 AktG erfolgreich gemeistert hätten.

4. Effizientere Sonderprüfung

Will man die Aktionärsklage zu einem effizienten Rechtsbehelf formen, liegt der Schlüssel dazu in einer funktionsgerechten Sonderprüfung:

a) Verhindern eines Richtens in eigener Sache

In Fällen, in denen eine Schädigung der Gesellschaft durch ein Zusammenwirken ihrer Organe und dem Großaktionär im Raum steht, muss das aus § 136 AktG folgende Verbot des Richtens in eigener Sache entgegen der bisherigen herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre¹⁰¹ konsequent beachtet werden. Zu diesem Zwecke könnte § 136 Abs. 1 S. 1 AktG dahingehend ergänzt werden, dass das Stimmverbot nicht nur bei der Beschlussfassung über die Geltendmachung eines Anspruchs gegen ihn greift, sondern ausdrücklich auch bei einer Beschlussfassung über eine Sonderprüfung, die etwaige Ansprüche gegen ihn zum Gegenstand hat. Denn dies entspricht etwa zu § 47 Abs. 4 GmbHG und im Personengesellschaftsrecht mit Recht der höchstrichterlichen Rechtsprechung und ganz herrschenden Lehre.¹⁰² Alternativ könnte am Ende von § 142 Abs. 1 AktG eingefügt werden, dass neben den besonderen Stimmverboten gemäß

100 Siehe dazu oben im Abschnitt III.4.

101 Vgl. OLG Hamburg AG 1981, 193, 197; OLG Hamburg AG 2003, 46, 48; OLG Düsseldorf NZG 2013, 546; Koch, in: Hüffer/Koch (Hrsg.) (Fn. 6), § 142 AktG Rn. 15; Rieckers/Vetter, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (Fn. 21), § 142 AktG Rn. 171; Arnold, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (Fn. 6), § 142 AktG Rn. 58; Hüffer, ZHR 174 (2010), 642, 648 f.; a.A. Kronstein-Zöllner, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (Fn. 50), § 142 AktG Rn. 25; dazu oben im Abschnitt IV.1.

102 Drescher, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2019 Rn. 177, § 47 GmbHG Rn. 177; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), 22. Aufl. 2019, § 47 GmbHG Rn. 93; Hillmann, in: Henssler/Strohn (Hrsg.) (Fn. 6), § 47 GmbHG Rn. 78; zur Übertragung dieser Grundsätze auch auf die Personengesellschaften Roth, in: Baumbach/Hopt (Hrsg.), 40. Aufl. 2021, § 119 HGB Rn. 8.

§ 142 Abs. 1 S. 2-3 AktG das Stimmverbot aus § 136 Abs. 1 S. 1 AktG unberührt bleibt.

b) Durchsetzbarkeit der Informationsansprüche im einstweiligen Rechtsschutz

Ungeachtet der Frage, wie es zu der Bestellung eines Sonderprüfers kommt, muss dieser auch gegen den Willen der Verwaltung durch Zugang zu einstweiligem Rechtsschutz¹⁰³ in die Lage versetzt werden, seinen Auftrag zu erfüllen und dabei auch nicht nachträglich der Zensur des Vorstands zu unterliegen.¹⁰⁴ Zu diesem Zweck sollte der Gesetzgeber in § 145 AktG klarstellen, dass der Sonderprüfer die Rechte gemäß § 145 Abs. 1-3 AktG auch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durchsetzen kann und die Eilbedürftigkeit gesetzlich vermutet wird.¹⁰⁵

c) Streichung von § 145 Abs. 4 AktG

§ 145 Abs. 4 AktG, wonach der Vorstand mit gerichtlicher Hilfe eine Zensur des Sonderprüfungsberichts herbeiführen kann, sollte ersatzlos gestrichen werden.¹⁰⁶ Damit würde eine Fehlentwicklung durch das UMAG korrigiert werden, die der Jubilar bereits bei dessen Einführung mit Recht kritisiert hat.¹⁰⁷ Sofern der Sonderprüfer gegen seine Geheimhaltungspflichten verstoßen sollte, kann der Vorstand ohnehin auf Grundlage von § 144 AktG i.V.m. § 323 HGB gegen diesen vorgehen.

d) § 142 Abs. 2 AktG

Fraglich ist, in welcher Form der von *Gregor Bachmann*¹⁰⁸ so genannte „Teufelskreis“ des § 142 Abs. 2 AktG angemessen aufzulösen ist, der darin besteht, dass den Aktionären bereits zur Einleitung der Sonderprüfung abverlangt wird, diejenigen Tatsachen zu präsentieren, an die sie eigentlich

103 Siehe dazu oben IV.3.a.); vgl. dazu auch *Harnos*, AG 2019, 824 ff.; *Mock*, NZG 2019, 1161 ff.

104 Dazu oben im Abschnitt IV.3.b).

105 Wie z.B. in § 885 Abs. 1 S. 2 BGB, § 899 Abs. 2 S. 2 BGB.

106 Siehe dazu oben im Abschnitt IV. 3.

107 *Meilicke/Heidel*, DB 2004, 1479, 1481 f.

108 *Bachmann* (Fn. 10), E 105.

nur durch die Sonderprüfung gelangen können.¹⁰⁹ Dieser Teufelskreis besteht umso mehr, wenn man die Sonderprüfung als Mittel der Informationserlangung zur Durchführung einer Aktionärsklage sieht. Denn dieselben Verdachtstatsachen, die Aktionäre zum erfolgreichen Bestreiten des Klagezulassungsverfahrens nach 148 Abs. 1 Nr. 3 AktG darzulegen haben, müssen Sie auch schon gemäß § 142 Abs. 2 AktG zur gerichtlichen Einsetzung eines Sonderprüfers präsentieren.

Wäre durch die soeben beschriebenen Gesetzesänderung gewährleistet, dass das Verbot des Richtens in eigener Sache aus § 136 AktG auch bei der Beschlussfassung der Hauptversammlung über die Sonderprüfung nach § 142 Abs. 1 AktG künftig konsequent beachtet wird, wäre dem Verfahren auf gerichtliche Bestellung eines Sonderprüfers nach § 142 Abs. 2 AktG bereits ein Teil seines Schreckens genommen. Gelingt es einer Minderheit in der Hauptversammlung nicht, die Mehrheit der nicht einem Stimmverbot unterliegenden, stimmberechtigten Aktionäre davon zu überzeugen, dass eine Sonderprüfung geboten ist, erscheint es durchaus richtig, die Durchsetzung des Willens der Minderheit gegen die Mehrheit der Aktionäre mit gerichtlicher Hilfe an sehr strenge Anforderungen zu knüpfen, die nur in Ausnahmefällen überwunden werden können. Gleichwohl dürfen die Anforderungen des Verfahrens nach § 142 Abs. 2 AktG für die Minderheit nicht schlichtweg unüberwindbar sein.

Ein Schlüssel zu einem sachgerechten Umgang mit dem Verfahren nach § 142 Abs. 2 AktG könnte statt in einer Gesetzesänderung in einer konsequenten Gesetzesanwendung durch die Gerichte liegen. Zu beachten ist, dass die materiellrechtlichen Anforderungen von § 142 Abs. 2 AktG einerseits und § 148 Abs. 1 Nr. 3 AktG andererseits zwar gleich sein mögen, anders als das Klagezulassungsverfahren nach § 148 Abs. 1 AktG das gerichtliche Verfahren nach § 142 Abs. 2 AktG aber gemäß § 142 Abs. 8 AktG ein FamFG-Verfahren ist,¹¹⁰ in dem gemäß § 26 FamFG der eingeschränkte Amtsermittlungsgrundsatz gilt.¹¹¹ Dies ermöglichte es dem Prozessgericht, der verfahrensimmanenten Beweisnot der antragstellenden Aktionäre unter Umständen angemessen Rechnung zu tragen; einer Verwaltung, die zur Abwehr einer Sonderprüfung z.B. in der Presse berichtete Tatsachen, zu denen antragstellenden Aktionären keine Tatsachennachweise vorliegen, schlichtweg leugnet, kann das Gericht zur Aufklärung des Sachver-

109 Siehe dazu oben im Abschnitt IV.2.

110 Vgl. dazu *von der Linden*, in: Heidel (Hrsg.), 5. Aufl. 2020, Aktienrecht, § 142 AktG, Rn. 25.

111 *Von der Linden*, in: Heidel (Hrsg.), 5. Aufl. 2020, Aktienrecht, § 142 AktG, Rn. 25, 44; *Grigoleit/Rachlitz*, in: Grigoleit (Hrsg.) (Fn. 6), § 142 AktG Rn. 70.

halts die Vorlage geeigneter Unterlagen aufgeben. Im Einzelnen befasst sich mit diesen prozessualen Fragen der Beitrag von *Fabian Dietz-Vellmer* in diesem Buch, auf den verwiesen wird.

VI. Fazit

Die Gesamtschau der Praxis zu §§ 142 ff., 148 AktG zeigt, dass das zentrale Problem des § 148 AktG der fehlende Zugang der Aktionäre zu den für eine erfolgsversprechende Aktionärsklage erforderlichen Informationen ist. Den Zugang zu Informationen sichert nicht die Sonderprüfung, da diese insbesondere nach Maßgabe der derzeit herrschenden Rechtsprechung und Lehre ungeeignet ist, gegen den Willen eines Großaktionärs und der Verwaltung die Einsetzung eines Sonderprüfers bzw. dessen Zugang zu Informationen durchzusetzen. Will man § 148 AktG vom toten Recht zu einem tauglichen Rechtsbehelf zur Durchsetzung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft formen, ist neben der Verringerung des prohibitiven Kostenrisikos die effizientere Gestaltung der Sonderprüfung das bedeutendste Mittel. Nur wenn es nicht mehr in der Rechtsmacht eines Großaktionärs und der Verwaltung liegt, die eigene Inhaftungnahme durch eine *actio pro socio* nach § 148 AktG bereits im Wege der vorweggenommenen Verteidigung auf Ebene des Informationszugangs zu verhindern, kann § 148 AktG die ihm vom Gesetzgeber zugedachte Rolle erfüllen. Ein ergänzendes Element zur Schaffung von Anreizen für eine Aktionärsklage könnte eine unmittelbare wirtschaftliche Beteiligung der klagenden Aktionäre am Prozessverfolg sein; eine solche „Fangprämie“ sollte sich aber auf eine angemessene Kompensation des Einsatzes der klagenden Aktionäre im Dienste der Gesellschaft beschränken, um keine falschen Anreize zu schaffen. Insbesondere aber durch eine Stärkung der Sonderprüfung könnte die Aktionärsklage nach § 148 AktG tatsächlich in Zukunft der Stärkung von Anlegerschutz und Unternehmensintegrität dienen, wie dies der Gesetzgeber des UMAG bei ihrer Schaffung bezweckt hatte.¹¹²

112 Begründung Gesetzesentwurf UMAG, BT-Drs. 15/5092, 10.