

Gericht: KG Berlin 14. Zivilsenat
Entscheidungsdatum: 16.01.2026
Aktenzeichen: 14 W 31/25
ECLI: ECLI:DE:KG:2026:0116.14W31.25.00
Dokumenttyp: Beschluss
Quelle: 

Normen: § 53a AktG, § 57 AktG, § 71a AktG, § 93 Abs 3 AktG, § 142 AktG ... mehr

Verfahrensgang

vorgehend LG Berlin II, kein Datum verfügbar, 102 O 33/23 AktG

Tenor

Die Beteiligten werden darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, die Beschwerde der Antragstellerin ohne einen erneuten Anhörungstermin zurückzuweisen.

Die Beteiligten erhalten Gelegenheit zur etwaigen Stellungnahme **innen 4 Wochen**.

Gründe

I

- 1 Für erneute (persönliche) Anhörungen, die in erster Instanz erfolgt sind, sieht der Senat keinen Anlass (§ 142 Abs. [2] 5 S. 2 und Abs. 8 AktG, § 68 Abs. 3 FamFG).

II

- 2 Der Senat beabsichtigt, die gemäß § 142 Abs. (2) 5 S. 2 und Abs. 8 AktG, §§ 58 ff FamFG zulässige Beschwerde aus den auch unter Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens im Wesentlichen zutreffenden Gründen des angefochtenen Beschlusses zurückzuweisen.
 - 1.
- 3 Dem Antrag fehlt allerdings nicht schon deshalb das Rechtsschutzbedürfnis, weil alle Tatsachen unstreitig feststehen würden. Davon kann nur ausgegangen werden, wenn allein noch die rechtliche Bewertung mit dem Antrag geklärt werden soll und die insoweit allein maßgebenden Tatsachen unstreitig sind (vgl. KG, Beschluss vom 5. Januar 2012 – 2 W 95/11 – zu B II 1 b). Sind allerdings von der Antragstellerin für klärungsbedürftig gehaltene Umstände und weitere Erkenntnisse – wie hier – nicht auszuschließen, liegt das Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag auf Bestellung eines Sonderprüfers vor. Das diesbezügliche Verfahren soll die rechtliche Beurteilung von Tatsachen und die noch zu ermittelnden Tatsachen für mögliche Ersatzansprüche gegen Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder nicht vorwegnehmen, sondern überhaupt die erforderlichen Kenntnisse erst verschaffen.
- 4 Ziel des Antrags ist hier u.a. die Klärung, ob zwischen dem Kauf der Aktien der Antragsgegnerin durch F... SE und dem von der Antragstellerin der F... SE gewährten Darlehen eine Verknüpfung im Sinne von § 71a AktG besteht. Erst wenn geklärt ist, ob bereits beim Kauf der Aktien eine von § 71a Abs. 1 S. 1 AktG erfasste (spätere) Darlehensge-

währung – wovon die Antragstellerin ausgeht – vereinbart war, stellt sich ggf. die Frage, ob eine – nach den bisherigen Umständen – lediglich nachträgliche Finanzierung ebenfalls von der Nichtigkeitsfolge des § 71a Abs. 1 S. 1 AktG erfasst wird (vgl. BGH, Urteil vom 10. Januar 2017 – II ZR 94/15 – Rn. 27 f).

- 5 Gleiches gilt für die weiteren Fragen, insbesondere ob mit dem Darlehen und seinen Konditionen eine unzulässige (verdeckte) Einlagenrückgewähr nach §§ 57 Abs. 1 S. 1 und 3 AktG erfolgte und ob die Mittel aus dem Verkauf des X-Portfolios anderweitig hätten eingesetzt werden müssen.

2.

- 6 Der Antrag ist jedoch unbegründet.

- 7 Er setzt nach der Gesetzesbegründung (BT Drs. 15/5902, S. 18) voraus,

- 8 " ... dass es in jedem Fall des **Vorliegens von Tatsachen bedarf, die den Verdacht** rechtfertigen, dass **"Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder der Satzung vorgekommen sind"** (§ 142 Abs. 2 Satz 1). ..., so sind doch auch hier **hohe Anforderungen an die Überzeugung des Gerichts zum Vorliegen der Tatsachen** zu stellen." (Fettdruck und Unterstreichung durch den Senat).

- 9 In der Gesetzesbegründung zum weitgehend wortgleichen § 148 Abs. 1 Nr. 3 AktG heißt es ferner (BT Drs. 15/5902, S. 22 – Fettdruck und Unterstreichung durch den Senat):

- 10 "... Im Fall von **Unredlichkeiten, welche stets ins Kriminelle reichende Treupflichtverstöße** sind, Mit der Norm sollen also vor allem solche Fälle einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden, in denen wegen der **besonderen Schwere der Verstöße, die nicht im Bereich unternehmerischer Fehlentscheidungen liegen, sondern regelmäßig im Bereich der Treupflichtverletzung, eine Nichtverfolgung unerträglich wäre** und das Vertrauen in die gute Führung und Kontrolle der deutschen Unternehmen und damit in den deutschen Finanzplatz erschüttern würde."

- 11 Etwaige Pflichtverletzungen müssen nicht nur möglich sein; es ist vielmehr zumindest eine gewisse Wahrscheinlichkeit für ihr Vorliegen erforderlich (Koch, 19. Aufl. 2025, AktG § 142 Rn. 20 mN; OLG Karlsruhe, Urteil vom 29. April 2019 – 15 U 138/16 – Rn. 490 bei juris). Insoweit bedarf es grundsätzlich positiver Tatsachen; es genügt nicht, wenn ein Antragsteller lediglich auf ihm unklare oder nicht nachvollziehbare Umstände verweist. Der Sinn des Antrags nach § 142 Abs. 1 S. 1 AktG ist es nicht, dass sich ein Antragsgegner nur gegenüber letztlich beliebigen und vermutend vom Antragsteller vorgetragenen reinen Negativtatsachen im Gerichtsverfahren verteidigen muss und damit gegebenenfalls überhaupt erst die Voraussetzungen eines Antrags geschaffen werden.

- 12 Soweit sich Rechtsfragen stellen, genügen (vertretbare) Zweifel der richtigen Auslegung nicht zur Annahme von Unredlichkeiten oder groben Verletzungen des Gesetzes oder der Satzung. Das gilt auch im Hinblick auf die in § 93 Abs. 3 AktG genannten Pflichtverletzungen, die grundsätzlich grobe Verstöße indizieren sollen (Koch, 19. Aufl. 2025, AktG § 142 Rn. 20). Andernfalls würde die unternehmerische Ermessensentscheidung des Vorstands im Vorfeld eingeengt, weil er grundsätzlich mit Anträgen zur Bestellung eines Sonderprüfers rechnen und im Zweifel die Auslegung wählen müsste, die seine Haftung aus-

schließt. Das ist nicht Sinn der grundsätzlich auf die Tatsachenermittlung gerichteten Bestellung eines Sonderprüfers und eine grobe Gesetzes-/Satzungsverletzung oder Unredlichkeit lässt sich so dann auch nicht begründen.

- 13 Ausgehend davon liegen die Voraussetzungen des § 142 Abs. 2 S. 1 AktG nicht vor. Es ist nicht ersichtlich, dass eine Sonderprüfung voraussichtlich grobe Gesetzes-/Satzungsverletzungen oder Unredlichkeiten des Vorstands und des Aufsichtsrats ergeben würde. Ergänzend zu den Ausführungen des Landgerichts gilt insoweit Folgendes:
- 14 a) Darlehensvergabe an F... SE (**Vorstand**)
- 15 aa) Verstoß gegen § 71a AktG
- 16 Der BGH hat ausdrücklich die Frage offengelassen, ob eine dem (hier bereits brückenfinanzierten) Aktienerwerb **nachfolgende** (Anschluss-) Darlehensgewährung noch zum Zwecke des Erwerbs iSd § 71a Abs. 1 S. 1 und 2 AktG erfolgt sein kann (BGH, Urteil vom 10. Januar 2017 – II ZR 94/15 – Rn. 27). Erst wenn diese Frage bejaht würde, kommt es gegebenenfalls auf den zeitlichen Zusammenhang und eine Zweckvereinbarung an (BGH, Urteil vom 10. Januar 2017 – II ZR 94/15 – Rn. 28 f). Da die Rechtsfrage ungeklärt ist, trifft den Vorstand – wie oben ausgeführt – jedenfalls insoweit nicht der Vorwurf einer Unredlichkeit oder einer groben Gesetzesverletzung.
- 17 Allein die zeitliche Nähe zwischen dem Aktienerwerb der F... SE an der Antragsgegnerin am 2. November 2021 (Schriftsatz der Antragstellerin vom 5. November 2025, Rn. 3 = KG44 d.A.) und dem Darlehensvertrag zwischen der Antragstellerin und der F... SE vom 4. Januar 2022 ist kein hinreichendes Indiz für eine jedenfalls von § 71a Abs. 1 S. 1 und 2 AktG erfasste **vorhergehende** "Verknüpfungsvereinbarung" einer Anschlussfinanzierung und damit nach den obigen Ausführungen auch kein hinreichendes Indiz für nicht nur mögliche, sondern wahrscheinliche Unredlichkeiten oder grobe Gesetzesverletzungen. Aus den E-Mails im Dezember 2021 (Anlagen 59 bis 61 vgl. auch Darlehensentwurf Anlage 56; Anlage 23 – sog. Kurzgutachten) ist zudem zu entnehmen, dass das Darlehen an die F... SE konkret erst im Dezember 2021 im Gespräch war, nachdem die Antragsgegnerin selbst keine zunächst angedachte Darlehensgewährung der F... SE an sie mehr benötigte (vgl. Anlage 23, Anlage ASt-10, S. 6 unten bis 8). Eine Verknüpfungsvereinbarung vor dem Aktienerwerb lässt sich demgegenüber auch nicht den eidesstattlichen Versicherungen der Rechtsanwälte M... P... und Q... L... (Anlage ...-9) indiziell entnehmen. In ihnen ist lediglich betreffend die Hauptversammlung der Antragsgegnerin am 15. Juni 2023 davon die Rede, dass die Gesellschaft erklärt habe, im November 2021 sei eine Darlehensgewährung an die F... SE zur Rückführung der Brückenfinanzierung als Möglichkeit thematisiert, ein konkreter Verwendungszweck im Darlehen allerdings nicht vereinbart worden. Das entspricht zudem im Wesentlichen dem Vorbringen der Antragsgegnerin in der Antragserwidern vom 27. März 2024 Rn. 22 ff (LG70 ff d.A.).
- 18 Das bloße Fehlen einer externen und das Bestreiten einer internen – gegebenenfalls fehlenden – rechtlichen Prüfung der Darlehensvergabe bezogen auf § 71a Abs. 1 S. 1 und 2 AktG genügen als Indizien aus den oben genannten zu 2. vor a) Gründen ebenfalls nicht.
- 19 bb) §§ 57 Abs. 1 S. 3 2. Alt und 311 AktG (Einlagenrückgewähr)
- 20 Hinreichende Indizien für eine unzulässige Einlagenrückgewähr wegen der Ausgestaltung des Darlehensvertrags vom 4. Januar 2022 sowie für Unredlichkeiten oder grobe Gesetzesverletzungen – wie die Antragstellerin unter Bezugnahme auf das von ihr eingereich-

te Gutachten von Prof. Dr. Z... geltend macht (vgl. Anlage ... 46, insbesondere S. 22-36) – sind nicht ersichtlich. Die von der Antragstellerin insoweit vorgetragene Umstände und Unterlassungen (u.a. unangemessene bzw. zu günstige Konditionen des revolving Darlehensvertrags, Antragstellerin quasi Hausbank von F... SE, keine ausreichenden Unterlagen an AB für vorläufiges Kurzgutachten übersandt) sind letztlich Vermutungen, ermöglichen aber keine hinreichenden Rückschlüsse darauf, dass die Antragsgegnerin die erforderlichen Überlegungen und Prüfungen nicht vorgenommen hat. Die Antragstellerin hat jedenfalls das Darlehen und die Angemessenheit der Konditionen von AB vorab prüfen lassen (vgl. Anlagen 23 [Kurzgutachten], 56, 58-62; AB Gutachten von Dezember 2021 ohne konkretes Erstellungsdatum: Anlage 13); AB lagen die Unterlagen einschließlich der in der Überarbeitung befindlichen Darlehensvertragsentwürfe vor und es war bekannt, dass das Darlehen revolving sein sollte (vgl. Anlage 23, S. 1 [Sachverhalt, zweiter Absatz], S. 3 [revolvinges Vergleichsdarlehen]; Anlagen 58 bis 62). Die sich stellenden Rechtsfragen sind ebenfalls beachtet und vom Vorstand geprüft worden, wie sich – abgesehen von § 71a AktG – aus dem Vorstandsbeschluss vom 4. Januar 2022 und der Agenda der Aufsichtsratssitzung vom 2. Januar 2022 (Anlage 26), dem Protokoll vom 24. Januar 2022 betreffend die Aufsichtsratssitzung am 2. Januar 2022 (Anlage 25) sowie der Beschlussvorlage für den Aufsichtsrat (Anlage 24) ergibt. Es sind keine positiven Indizien dafür ersichtlich, dass dabei unsachgemäße Erwägungen getroffen wurden, die als Unredlichkeit oder grobe Gesetzesverletzung angesehen werden könnten. Die lebensnah bekannte Doppelstellung des informierenden Mitarbeiters Weber einerseits bei der Antragsgegnerin und andererseits im Bereich Finanzen der F... SE ist ebenfalls kein hinreichendes Indiz im oben genannten Sinn.

- 21 Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Abschluss des Darlehensvertrags mit der F... SE gegenüber einer anderweitigen Verwendung der Mittel aus dem Verkauf des X-Portfolios eine offensichtlich nicht vertretbare unternehmerische Entscheidung war, die Unredlichkeiten oder grobe Gesetzesverletzungen nicht nur als möglich, sondern als wahrscheinlich erscheinen lassen.
- 22 cc) Gleichbehandlungsgebot, § 53a AktG
- 23 Eine von der Antragstellerin auch unter Berufung auf das von ihr eingereichte Gutachten von Prof. Dr. Z... (vgl. Anlage Ast46, S. 33 f) geltend gemachte Verletzung des Gleichbehandlungsgebots des § 53a AktG wegen einer fehlenden sachlichen Rechtfertigung, nur der Mehrheitsgesellschafterin F... SE ein Darlehen anzubieten, ist schon nicht ersichtlich. § 53a AktG betrifft (1) die mitgliedschaftsrechtliche Gleichbehandlung bei (2) gleichen Verhältnissen. Beide Voraussetzungen sind nicht gegeben. Ein Indiz für eine nicht nur mögliche, sondern wahrscheinliche Unredlichkeit oder grobe Gesetzes- oder Satzungsverletzung der Vorstandsmitglieder lässt sich daraus jedenfalls nicht ableiten.
- 24 b) Darlehensvergabe an F... SE (**Aufsichtsrat**)
- 25 Zu etwaigen Überwachungspflichtverstößen des Aufsichtsrats wegen u.a. fehlender Informationsbasis, fehlender Thematisierung eines Interessenkonflikts des Mitarbeiters Weber und mangelnder Nachfrage zur Prüfung bzw. Vereinbarkeit mit § 71a AktG wird auf die Ausführungen zu a) verwiesen. Es gibt kein Indiz, das eine Unredlichkeit oder grobe Gesetzes- oder Satzungsverletzung nicht nur möglich, sondern wahrscheinlich machen würde. Dass einige Aufsichtsratsmitglieder erst zum 1. Januar 2022 bestellt wurden, lässt nicht erkennen, warum sie die für ihre Entscheidung notwendigen Informatio-

nen und Kenntnisse nicht zur Aufsichtsratssitzung am 2. Januar 2022 gehabt haben oder diese ihnen dort nicht vermittelt worden sein sollten.

- 26 c) (keine) anderweitige Planung und Verwendung der Mittel aus dem Verkauf des X-Portfolios (**Vorstand und Aufsichtsrat**)
- 27 Soweit die Antragstellerin meint, der Vorstand und der Aufsichtsrat hätten sich nicht mit potentiellen Investitionsmöglichkeiten der nächsten drei Jahre befasst und keine bewusste Entscheidung getroffen, dass die Liquidität aus dem Verkauf des X-Portfolios nicht anderweitig gebraucht wurde, sind ebenfalls keine Indizien im oben genannten Sinn ersichtlich. Die Antragstellerin hat zu den insoweit erfolgten Prüfungen vorgetragen (Antragserwiderung vom 27. März 2024, Rn. 38 ff, Anlage 26 [S. 4]) und es gibt keinen Anhalt für nicht nur mögliche, sondern wahrscheinliche Unredlichkeiten und grobe Gesetzes- oder Satzungsverletzungen der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder.