

**Das Enquêterecht bei schlechter Unternehmensführung
gemäß Art. 2: 344 ff. BW (Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch)
– ein Vorbild für Europa ?**

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung
des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch die Juristische Fakultät
der Heinrich-Heine-Universität
Düsseldorf

vorgelegt von

Rechtsanwalt
Wolfgang P. J. Peters
aus
Nettetal - Lobberich

Erstgutachter: Professor Dr. Ulrich Noack
Zweitgutachterin: PD Dr. Nicola Preuß

Prüfungsjahr 2005

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	XII
Abkürzungsverzeichnis.....	XXXVIII
EINLEITENDE BEMERKUNGEN	1
I. Gang der Arbeit	1
II. Zur Übersetzung von niederländischen juristischen Texten.....	1
KAPITEL 1: WESEN DES ENQUÊTERECHTS.....	3
KAPITEL 2: WARUM NIEDERLANDE?	6
I. Streifzug durch einige nationale Rechtsordnungen Europas	6
A. Deutschland.....	8
1. Sonderprüfungsrechte im AktG	8
a) Sonderprüfung nach §§ 142 ff. AktG	9
(1) Gegenstand der Sonderprüfung	10
(2) Zweck der Sonderprüfung	10
(3) Einleitung des Verfahrens / Antragsvoraussetzungen.....	10
(4) Einsetzung der Sonderprüfer	12
(5) Rechtsmittel gegen die gerichtliche Entscheidung	13
(6) Die Arbeit der Sonderprüfer	13
(7) Sonderprüfungsbericht.....	14
(8) Kostentragung	15
(9) Verhältnis zu anderen Sonderprüfungsrechten	15
(10) Praktische Bedeutung	15
(11) Anordnung einstweiliger Maßnahmen.....	17
b) Bilanzrechtliche Sonderprüfung nach § 258 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 AktG	19
(1) Antragsvoraussetzungen	19
(2) Nicht unwesentliche Unterbewertung gem. § 258 I Nr. 1 AktG.....	20
(3) Unvollständige Berichterstattung gem. § 258 I Nr. 2 AktG.....	20
c) Konzernrechtliche Sonderprüfung nach § 315 AktG.....	21
2. Pflichtprüfung der Genossenschaft	22
3. Die Minderheitsrechte im GmbHG	22
a) Die Regelung in § 51 a GmbHG	23
b) Die Informationsverweigerung.....	24
c) Gerichtliche Entscheidung.....	24
d) Vergleich mit den Grundgedanken eines Sonderprüfungsrechtes	24
4. Das Insolvenzrecht.....	26
a) Drohende Zahlungsunfähigkeit als Eröffnungsgrund	26
b) Insolvenzplan	26
c) Überschuldung als Eröffnungsgrund	27
5. Das Kontroll- und Transparenzgesetz.....	28
6. Einflussnahme durch das BAFin	29
B. England	31
1. Einleitung des Verfahrens.....	31
2. Informelles Vorverfahren	31
3. Anordnung durch das Gericht.....	32
4. Tätigkeit der Inspektoren.....	32
5. Anwendbarkeit auf ausländische Unternehmen.....	33
6. Anordnung von Maßnahmen	33
C. Frankreich	34
1. Antragsvoraussetzungen	34
2. Anwendungsbereich	35
3. Anordnung durch Gericht.....	36
4. Beauftragung von Experten	36
5. Ausdehnung der Prüfung auf verbundene Unternehmen	38
6. Ausfertigung des Untersuchungsberichtes.....	38
7. Kostentragung.....	39
8. Konsequenzen.....	39
9. Praktische Bedeutung	40

D. Belgien	40
1. Antragsberechtigung	40
2. Entscheidung durch das Handelsgericht	40
E. Italien	41
1. Antragsvoraussetzungen	41
2. Entscheidung durch das Landgericht	42
3. Maßnahmen	43
4. Kostenverteilung	43
F. Schweiz	44
1. Vorverfahren	44
2. Antragsberechtigung bei Antrag an Gericht	45
3. Gerichtliche Entscheidung	45
4. Arbeit des Sonderprüfers	46
5. Erstellung des Untersuchungsberichtes	46
6. Fristen	47
7. Kostentragung	47
8. Maßnahmen	48
G. Österreich	48
1. Gegenstand der Sonderprüfung	49
2. Bestellung des Sonderprüfers	49
3. Minderheitsrecht auf Bestellung	49
4. Anhörung, Auslagenersatz und Vergütung	50
H. Zusammenfassende Betrachtung	51
1. Regelungszweck	51
2. Praktische Bedeutung	51
3. Anwendungsbereich	52
4. Antragsberechtigung	52
5. Vorverfahren	52
6. Verfahren	52
7. Maßnahmen	53
8. Missbrauchsvorbeugung	53
9. Zwischenergebnis	54
II. Europarecht	54
A. Sonderprüfungsrecht und Europäische Aktiengesellschaften	55
B. Sonderprüfungsrecht und Europäische Privatgesellschaft	59
C. Vorschläge des Forum Europaeum Konzernrecht	60
III. Corporate Governance Codex	61
KAPITEL 3: DAS ENQUÊTEVERFAHREN IM EINZELNEN	64
I. Jüngere Zivilrechtsentwicklung der Niederlande	65
II. Entwicklung des Enquêterechts	68
A. Die alte Regelung des Enquêterechtes (1928)	68
B. Die Reform des Enquêterechtes im Jahre 1970	70
1. Inhalte der Reform	70
2. Motive der Reform	72
C. Das Enquêterecht i.d.F. bei Einführung des Buch 2 BW	73
D. Die Reform des Enquêterechtes im Jahre 1993	74
III. Das Enquêteverfahren heute	74
A. Die Arbeit der Ondernemingskamer (OK)	75
B. Einleitung des Enquêteverfahrens	78
1. Sachlicher Anwendungsbereich	78
a) Juristische Personen niederländischen Rechts	79
b) Natürliche Personen und Personengesellschaften	80
c) EWIV	80
d) Ausländische Gesellschaften	80
2. Antragsberechtigung	81
a) Anteilseigner	81
(1) Änderungen der Anteilsverhältnisse während des Enquêteverfahrens	82
(2) Antragsbefugnis bei gleichgroßer Verteilung der Gesellschaftsanteile	83
(3) Antragsrecht der Inhaber von Anteilszertifikaten	84
b) Berechtigung durch Satzung oder Vertrag	84
c) „Vereinigung von Arbeitnehmern“	85
d) Klage des Generalstaatsanwaltes	86
(1) Öffentliches Interesse	87
(2) Fallbeispiele	87
(3) Stellungnahme	88
(4) Weitere Voraussetzungen	89
(5) Informationsrechte und Klage auf Erlass von Maßregeln	89

IV

(6) Vorherige schriftliche Beschwerde.....	89
3. Beschwerde durch Antragsteller.....	89
a) Konkrete Beschwerden.....	89
b) Enger Zusammenhang.....	90
c) Ausdrückliche Drohung mit Enquêtegesuch?.....	90
d) Schriftlichkeit.....	91
e) Kein Überfall mit Enquêteuntersuchung.....	91
f) Zeitraum zwischen Kenntnis der Beschwerdegründe und Beschwerde.....	92
g) Informationspflicht des Unternehmers?.....	92
h) Zeitraum zwischen Beschwerde und Enquêtegesuch.....	93
4. Anhörung Betriebsrat.....	94
5. Begründeter Anlass, an einer richtigen Unternehmensführung zu zweifeln.....	94
a) „Begründeter Anlass“.....	95
b) Interessenabwägung.....	95
c) Beispiele aus der Rechtsprechung.....	96
d) Ablehnung des Enquêtegesuchs und Schadensersatzansprüche.....	98
e) Stattgabe des Enquêtegesuchs und Kostenentscheidung.....	99
6. Einstweiliges Anordnungsrecht.....	100
a) Keine Beschränkung auf den Maßnahmenkatalog in Art. 2:356.....	101
b) Zur praktischen Bedeutung einstweiliger Maßnahmen.....	101
C. Durchführung der Untersuchung.....	102
1. Aufgaben und Befugnisse des Enquêteurs.....	102
2. Ausdehnung auf verbundene juristische Personen.....	103
a) Die Regelung in Art. 2:351 Abs. 2.....	103
b) Ausdehnung auf juristische Personen ausländischen Rechts?.....	104
c) Ausdehnung auf im Ausland ansässige Anteilseigner?.....	105
3. Verfahrensvorschriften.....	106
a) Geheimhaltungspflicht.....	106
b) Zwangsmittel zur Durchsetzung.....	106
c) Vernehmung von Zeugen vor der Unternehmenskammer.....	107
d) Sonstige Verfahrensvorschriften.....	107
e) Hinterlegung des Enquêteberichtes.....	109
f) Kostenentscheidung.....	110
D. Verfahren nach Erstellung des Untersuchungsberichtes.....	111
1. Schlechte Unternehmensführung.....	111
a) Definition.....	111
b) Erheblichkeitsgrenze.....	112
c) Fallgruppen.....	113
(1) Mangelndes Funktionieren als Rechtsperson.....	113
(2) Nichtbefolgen der Gesellschaftlichen Struktur.....	114
(3) Interessenvermischung.....	114
(4) Mangelhafte Informationen.....	115
(5) Verletzung vorgeschriebener Beratung.....	115
(6) Betriebswirtschaftliche Aspekte.....	116
2. Maßnahmen.....	116
a) Antrag.....	116
b) Frist.....	117
c) Antragsberechtigung.....	117
d) Verfahren.....	117
e) Freiwillige Maßnahmen der Juristischen Person.....	120
f) Maßnahmenkatalog.....	120
(1) Aussetzen oder Aufheben von Beschlüssen.....	120
(2) Entlassung und Einstellung von Vorständen oder Aufsichtsratsmitgliedern.....	122
(3) Vorläufige Abweichung von Satzungsbestimmungen.....	124
(4) Vorläufige Übertragung von Anteilen.....	125
(5) Auflösung der Juristischen Person.....	126
3. Maßnahmedauer.....	127
4. Nichtigkeit widersprechender Beschlüsse.....	127
5. Vorläufige Vollstreckung.....	127
6. Rechtsmittel und Bindungswirkung.....	128
E. Ausgewählte Fragestellungen.....	129
1. Besonderheiten bei Versicherungsunternehmen und Banken.....	129
2. Das Enquêterecht bei <i>surcéance</i> (Zahlungsaufschub) und <i>faillissement</i> (Konkurs).....	130
a) <i>Surcéance</i>	130
b) Konkurs.....	131
c) Einleitung eines Enquêteverfahrens auch bei <i>surcéance</i> oder Konkurs?.....	132
(1) Enquêteverfahren in Bezug auf die Tätigkeit des <i>bewindvoorders</i> /Konkursverwalters?.....	132
(a) Meinungsstand.....	132
(b) Stellungnahme.....	134

(2) Zulässigkeit nach Einleitung eines Vergleichs- oder Konkursverfahrens	134
(a) Herrschende Meinung und Rechtsprechung	134
(b) Van Schilfgaarde	136
(c) Stellungnahme	137
d) Kosten bei Zusammentreffen von Enquêteverfahren und surcéance oder Konkurs	138
3. Das Enquêterecht im Konzern	138
F. Die praktische Bedeutung des Enquêterechts	139
1. Gründe für die Popularität	140
2. Empirische Belege für den Erfolg	141
KAPITEL 4: THESEN	143
I. Harmonisierung der Sonderprüfungsrechte auf europäischer Ebene	143
II. Gründe für die Harmonisierung	144
III. Ausgangsposition	145
IV. Auswirkungen auf Investoren	145
V. Auswirkungen auf Arbeitnehmer	146
VI. 10-Punkte Liste für ein Europäisches Sonderprüfungsrecht	147
VII. Richtlinienvorschlag für ein allgemeines Sonderprüfungsrecht	149
VIII. Vorschlag für eine Änderung des GmbHG	157
IX. Vorschlag für die Satzung einer GmbH	159

Literaturverzeichnis

- Abeltshauer, Thomas E. Strukturalternativen für eine europäische Unternehmensverfassung, Berlin 1990
- Adams, M. Die Aktienrechtsreform 1997 nach den Vorschlägen des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), in: Die Aktienrechtsreform 1997, AG Sonderheft 1997
- Adler/Düring/Schmaltz Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen, Kommentar zum HGB, AktG, GmbHG, PubliG nach den Vorschriften des Bilanzrichtliniengesetzes Schäffer Verlag, 6. Aufl., Stuttgart 1995
- Zit.: A/D/S
- Albertz, Joachim Die Verbriefung der GmbH-Geschäftsanteile in Deutschland und den EU-Staaten, 1996, Dissertation Universität Düsseldorf 1996
- Zit.: Albertz
- Altmeppen, Holger Die Auswirkungen des KonTraG auf die GmbH, ZGR 1999, 291 ff.
- Arendsen de Wolff, G. J. W. Over de informatieplicht van de onderneming, Deventer 1976
- Zit.: Arendsen de Wolff
- Bartman, S.M., Dorresteijn, A.F.M. Van het concern, 5. Auflage, Deventer 2003
- Zit.: Bartman-Dorresteijn
- Bartman, S.M., Dorresteijn, A.F.M. Marginale toetsing en de vrijheid van de ondernemer, NJB 1985, 669

VII

- Barz, Carl Hans/Brönner,
Herbert/Klug, Ulrich u.a. (Hrsg.) Aktiengesetz, Großkommentar, 3. Auflage, Berlin /
New York 1973
- Zit.: GroßKommentar [Bearbeiter], AktG
- Baumbach, Adolf / Hueck, Alfred Aktiengesetz, 13. Aufl., München 1968 (ergänzt
1970)
- Zit.: Baumbach/Hueck
- Baums, Theodor Empfiehlt sich eine Neuregelung des aktienrecht-
lichen Anfechtungs- und Organhaftungsrechts,
insbesondere der Klagemöglichkeiten der Aktionäre?,
in: Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages,
(Hrsg.: Ständige Deputation des Deutschen
Juristentages), Band I Gutachten, S. F 1-F 263,
München 2000
- Baums, Theodor Bericht der Regierungskommission Corporate
Governance, Köln 2001
- Baums, Theodor Die Corporate-Governance-Empfehlungen des Winter
II-Papiers aus deutscher Perspektive, Vortrag auf der
Konferenz „Europäischer Kapitalmarkt im 21.
Jahrhundert, Düsseldorf am 06. Dezember 2002
- Baums, Theodor Kontrolle und Transparenz in Großunternehmen,
Stellungnahme für den Rechtsausschuß des Deutschen
Bundestages, in: Die Aktienrechtsreform 1997,

AG Sonderheft 1997
- Beck, Heiko Soll die BAFin in Richtung der SEC ausgebaut
werden?
- Finanzplatz, November 2002, 8
- Behrens, Peter Das Gesellschaftsrecht im Europäischen Binnenmarkt,

EuZW 1990, 13 ff.

VIII

- Behrens, Peter (Hrsg.) Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und Europäischen Recht
2. Auflage, Berlin 1997
- Zit.: Bearbeiter in: Behrens, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und Europäischen Recht
- Berghe, Lutgart A. A. van den / Elst, Christoph van der Corporate governance in a globalising world: convergence or divergence?, Dordrecht 2002
- Bissara, Philippe Les véritables enjeux du débat sur le gouvernement de l'entreprise
Révue des sociétés 1998, 1 ff.
- Böckli, Peter Schweizer Aktienrecht
Darstellung für den Praktiker
2. Auflage, Zürich 1996
- Zit.: Böckli, Schweizer Aktienrecht
- Boogert, M. W. den De betekenis van de rechtspraak van de Ondernemingskamer voor de ontwikkeling van het ondernemingsrecht, in : Rechtspleging in het ondernemingsrecht, Deventer 1997, S. 117 ff.
- Boot, Arnoud W. A. Revolutie in corporate governance met ontbrekende schakel, Amsterdam 2002
- Bork, Reinhard Sonderprüfung, Klageerzwingung, in: Handbuch Corporate Governance, Hommelhoff/von Werder (Hrsg.), Köln 2003, S. 775 ff.
- Bosman, H. W. J. Enquêterecht en enquêteonrecht,
MAB 1989, 36 ff.
- Boucourechliev, Jeanne Die Harmonisierung des Gesellschaftsrechts in der Europäischen Union und Perspektiven,
RIW 1999, 1 ff.
- Boukema, C. A. Rechtspersonen, Loseblattsammlung Stand: September 1995
- Zit.: Bearbeiter in: Kluwer, Rechtspersonen

- Boyle, A. J. Directors' Fiduciary Duties: The Continuing Problem of Effective Enforcement, in: Forum Internationale, 1987
- Busch, Kai Minderheitsgesellschafterschutz in GmbH's und private companies, Dissertation, Düsseldorf 1999
Zit.: Busch
- BWS Westphalen BWS Westphalen aktuell, Heft 1/2003, S. 1
- Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt (Hrsg.) Die GmbH-Rechte in den EG-Staaten Köln 1993
Zit.: Bearbeiter in: Die GmbH-Rechte in den EG-Staaten
- Cheffins, Brian R. Company Law theory, structure and operation, Oxford 1997
- Commissie Corporate Governance Monitoring Corporate Governance in Nederland: bericht van de Monitoring Commissie, Deventer 1998
- Conrads-Hassel, Elmar Die GmbH-Rechte in den EG-Staaten, Köln 1993
- Davies, Paul L. Gower's, Principles of Modern Company Law, 6. Aufl., London 1997
Zit.: Gower
- DeJong, D. / de Jong, A. / Mertens, G. M. H. / Wasley, C. E. Corporate governance in nederland: de invloed van de Commissie Peters,
MAB 2001, 150 ff.
- De Leede, Leo Neues in Betriebsverfassung und Mitbestimmung in den Niederlanden,
RdA 1984, 351 ff.
- Dorresteyn, A. F. M. / van het kaar, R. H. De juridische organisatie van de onderneming, 9. Aufl., Deventer 2003

- Dourhout/Mees, T.J. Schets van het Nederlands handels- en faillissementrecht, 6. Auflage, Arnhem 1988
 Zit.: Dourhout/Mees
- Drobnig, Ulrich Das neue niederländische bürgerliche Gesetzbuch aus vergleichender und deutscher Sicht,
 ERPL 1993, 171 ff.
- Duk, W. De zachte kern van het bestuursrecht, R.M. Themis 1978
 Zit.: Duk
- Ebben, E.W.J./Akveld, J.E.M./Westermann, Harm Peter Die Missbrauchshaftung von Organen und Muttergesellschaften im niederländischen Gesellschaftsrecht,
 RIW 1995, 720 ff.
- Ebenroth, Carsten Thomas Das Auskunftsrecht des Aktionärs und seine Durchsetzung im Prozeß, unter besonderer Berücksichtigung des Rechts verbundener Unternehmen
 Berlin 1970
 Zit: Das Auskunftsrecht des Aktionärs
- Ebenroth, Carsten Thomas/ Wilken, Oliver Zum Auskunftsanspruch des Aktionärs im Konzern
 BB 1993, 1818 ff.
- Eickhoff, Andreas Die Gesellschafterklage im GmbH-Recht: zur Durchsetzung von Ansprüchen der GmbH durch ihre Gesellschafter, Köln/Berlin/Bonn/München 1998
 Zit.: Eickhoff, Die Gesellschafterklage
- Eisma, S. E. Preadvies Vereniging Handelsrecht, Zwolle 1990
 Zit.: Eisma

- Ernst, Christoph
KonTraG, KapAEG, StückAG, EUREG
(Gesellschafts- und Bilanzrecht), Düsseldorf 1998

Zit.: Ernst, KonTraG
- Ernst, Christoph
KonTraG und KapAEG sowie aktuelle Entwicklungen
zur Rechnungslegung und Prüfung in der EU,

WPg 1998, 1025 ff.
- Ernst, Christoph/Seibert, Ulrich/
Stuckert, Fritz
KonTraG, KapAEG, StückAG, EUREG,
(Gesellschafts- und Bilanzrecht), Textausgabe
Düsseldorf 1998

Zit. Ernst/Seibert/Stuckert
- Escher – Weingart, Christina
Die gewandelte Rolle des Wirtschaftsprüfers als
Partner des Aufsichtsrats nach den Vorschriften des
KonTraG,

NZG 1999, 909 ff.
- Essen, Edwin A. van
Beschermingsconstructies: Ja of Nee?,

VIOR Magazine,
[www.appia.rechten.vu.nl/~vior/artikelen
/constructies.htm](http://www.appia.rechten.vu.nl/~vior/artikelen/constructies.htm) (abgerufen am 18.11.2003)
- Feick, Ernst Martin
Die zivilrechtliche Haftung des Geschäftsführers der
Europäischen Privatgesellschaft: eine rechts-
vergleichende Untersuchung zum deutschen,
englischen und niederländischen Recht, Frankfurt/M.
2003
- Fleischer, Holger
Aktienrechtliche Sonderprüfung und Corporate
Governance, Vergleichende Bestandsaufnahme zum
deutschen und französischen Recht,

RIW 2000, 809 ff.
- Fleischer, Holger
Die Sonderprüfung im GmbH-Recht, Überlegungen
de lege lata und de lege ferenda,

GmbHHR 2001, 45 ff.

- Fleischer, Holger
Gläubigerschutz in der kleinen Kapitalgesellschaft:
Deutsche GmbH versus englische private limited
company, D

DStR 2000, 1015 ff.
- Forster, Karl-Heinz
Aktienrechtsreform und Sonderprüfung,

AG 1962, 233 ff.
- Forster, Karl-Heinz
Zum Zusammenspiel von Aufsichtsrat und
Abschlussprüfer nach dem KonTraG,

AG 1999, 193 ff.
- Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz,
Arthur/Nobel, Peter
Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996

Zit.: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel
- Forum Europaeum Konzernrecht
ECLR Konzernrecht für Europa,

ZGR 1998, 672 ff.
- Frenkel, B.S.
Het enquêterecht van de vakbonden,

NJB 1975, 132 ff.
- Geerts, P.G.F.A.
Het door commissarissen ex. Art. 134 lid 4 boek 2
BW tijdelijk voorzien in het bestuur van de
vennootschap,

De NV 1988, 101 ff.
- Geerts, P.G.F.A.
Ondernemingsrecht, Deventer 2000
- Gelhausen, Hans Friedrich
Aufsichtsrat und Abschlussprüfer – eine
Zweckgemeinschaft,

BfuP 1999, 390 ff.
- Gernoth, Jan / Meinema, Martha
Niederländisches Enquêterecht: Vorbild für das
deutsche Sonderprüfungsrecht?, RIW 2000, 844 ff.

- Geßler, Ernst/Hefermehl,
Wolfgang/Eckardt, Ulrich/Kropff,
Bruno
Aktiengesetz, Kommentar, 31. Auflage 1999
Zit.: Bearbeiter in: Geßler/Hefermehl/ Eckardt/Kropff
- Gleichenstein, Freiherr von
Die Sonderprüfung im Aktienrecht,
BB 1956, 761 ff.
- Gottwald, Peter
Insolvenzrechtshandbuch, 2. Aufl., München 2001
- Gotzen, Paul
Niederländisches Handels- und Wirtschaftsrecht,
Heidelberg 1979,
Zit.: Gotzen, Niederländisches Handels- und
Wirtschaftsrecht
- Gotzen, Paul
Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in den
Niederlanden, 2. Aufl. 1978
Zit.: Gotzen, GmbH in den Niederlanden
- Gotzen, Paul
Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in den
Niederlanden, IWB Nr. 15 vom 10.8.1983, Fach 5,
Gruppe 3,
S. 149 ff.
- Grazell, J.
Internationale ontwikkeling van Corporate
Governance, in: De stand van zaken, Corporate
Governance in Nederland 2002, Amsterdam 2002, S.
28 ff.
- Grinten, W. C. L. van der
De mythe van de aansprakelijkheid,
NV 1982, 201 ff.
- Grinten/Honée/Gotzen
Die Gründung einer Tochtergesellschaft in den Nie-
derlanden, in: Lutter, Marcus (Hrsg.), Die Gründung
einer Tochtergesellschaft im Ausland,
2. Auflage, Berlin/New York 1994,
S. 171 ff.
Zit.: Grinten/Honée/Gotzen, in: Lutter, Die Gründung
einer Tochtergesellschaft im Ausland
- Groot, Cees de
Facetten van ondernemingsrecht, Amsterdam 2002

- Groot, Cees de Corporate governance in het enquêterecht,
Dossier nr. 49 (december 2001), 106 ff.
- Groot, H. de Bestuurdersaansprakelijkheid, 3. Aufl., Deventer 2003
- Großfeld/Fischer Europa steht vor der Tür,
Zgen 43 (1993), 57 ff.
- Guyon, Yves Expertise de gestion, Sociétés traité,
SO 1985, 1/1142
SO 1988, 1/1154
SO 1998, 1/1192
- Haarhuis, Koen J. Gesellschaftsrecht in den Niederlanden:
eine Einführung mit vergleichenden Tabellen
1. Auflage, 1995 München
Zit.: Haarhuis
- Haberer, Thomas Corporate Governance, Österreich-Deutschland-
International, Wien 2003
- Habersack, Mathias Europäisches Gesellschaftsrecht - Einführung für
Studium und Praxis, München 2001
Zit.: Habersack
- Hachenburg, Max Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter
Haftung (GmbHG), 8. Auflage, Berlin 1992
Zit.: Hachenburg
- Hachmeister, Dirk Die gewandelte Rolle des Wirtschaftsprüfers als
Partner des Aufsichtsrats nach den Vorschriften des
KonTraG,
DStR 1999, 1453 ff.

- Hartkamp, Arthur Einführung in das niederländische Schuldrecht,
Teil I, AcP 191 (1991), 396 ff.
- Hartkamp, Arthur Das neue niederländische Bürgerliche Gesetzbuch aus
Europäischer Sicht,
RabelsZ 57 (1993), 664 ff.
- Hebly, J.M. Verkrijging van getuigenbewijs in het buitenland,
Deventer 1994
Zit.: Hebly
- Heijden, P. F. van der Algemene beginselen van behoorlijk ondernemer-
schap,
NJB 1984, 1385 ff.
- Heijden, P. F. van der Het primaat van de Ondernemingskamer, in: De
Ondernemingskamer, Prinsengrachtreeks 1998 I
(Hrsg.: P. Ingelse), 56 ff.
- Heijden, P. F. van der / Grinten, W.
C. L. van der Handboek voor de Naamloze en de Besloten
Vennootschap, Deventer 1992
Zit.: Van der Heijden/van der Grinten, Handboek
- Helms, Dietmar Die Europäische Privatgesellschaft, Köln 1998
Zit.: Helms
- Hess, Harald u.a. Insolvenzrecht, Köln 2000
Zit.: Hess, Insolvenzrecht
- Hijmans van de Bergh, L. J. Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend
perspectief, Groningen 2003
- Hirte, Heribert Die Nichtbestellung von Sonderprüfern im
Feldmühle-Verfahren,
ZIP 1988, 953 ff.

- Hommelhoff, Peter Die neue Position des Abschlussprüfers im Kraftfeld der aktienrechtlichen Organisationsverfassung,

Teil 1: BB 1998, 2567 ff.
Teil 2: BB 1998, 2625 ff.
- Hommelhoff, Peter Die „Société fermée Européene“ – eine supranationale Gesellschaftsform für kleine und mittlere Unternehmen im Europäischen Binnenmarkt,

WM 1997, S. 2101 ff.
- Hommelhoff, Peter / Baums, Theodor Corporate governance, Heidelberg 2002
- Hommelhoff, Peter / Röhricht, Volker Gesellschaftsrecht 1997, Hommelhoff, Peter / Röhricht, Volker (Hrsg.), RWS Forum 10, Köln 1998

Zit.: Bearbeiter in: Hommelhoff/Röhricht
- Hondius, E. H. Ondernemingsrecht in Europa: harmoniseren, of niet soms? in: A-T-D, Festschrift für van Schilfgarde, Deventer 2000, S. 145 ff.
- Hondius, Ewoud Neukodifikation des niederländischen Zivilrechts, in: 25 Jahre Karlsruher Forum 1983, S. 41

Zit. : Hondius, Neukodifikation
- Hondius, Ewoud Das neue niederländische Zivilgesetzbuch,

AcP 191 (1991) 378 ff.
- Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim
Peter/Watter, Rolf (Hrsg.) Kommentar zum schweizerischen Privatrecht
Obligationenrecht II, Art. 530 – 1186 OR, 6. Aufl., Bern 2001

Zit.: Honsell/Vogt/Watter, Obligationenrecht
- Hopt, Klaus J. Europäisches Gesellschaftsrecht – Krise und neue Anläufe,

ZIP 1998, 96 ff.

- Hopt, Klaus J. Shareholder rights and remedies: a view from Germany and the continent, *Company Financial and Insolvency Law Review* 2, 1997, 261 ff.
- Hopt, Klaus J. / Wiedemann, Herbert Großkommentar zum Aktiengesetz, Hopt, Klaus J. / Wiedemann, Herbert (Hrsg.), 4. Aufl., Berlin ab 1992
 Zit.: Bearbeiter, Großkommentar zum AktG
- Horn, Norbert Ein Jahrhundert Bürgerliches Gesetzbuch,
 NJW 2000, 40 ff.
- Hüffer, Uwe Aktiengesetz, 6. Auflage, München 2004
 Zit.: Hüffer, AktG
- Ingh, F. J. P. van den Certificering en certificaat van aandelen bij de besloten vennootschap, Deventer 1991
 Zit.: Van den Ingh
- Jaeger, Carsten Die Europäische Aktiengesellschaft – Europäischen oder nationalen Rechts : eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand des britischen, deutschen, französischen und niederländischen Aktienrechts zur Ausfüllung des Verordnungsvorschlags für das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft vom 16.5.1991, Baden-Baden 1994
 Zit.: Jaeger, Die Europäische Aktiengesellschaft
- Jansen, Michael Georg Die Sonderprüfung der Geschäftsführung nach dem Aktiengesetz, Frankfurt/Main 1974
 Zit.: Jansen
- Jauernig, Othmar Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht: ein Studienbuch, 21. Auflage, München 1999
 Zit.: Jauernig, Insolvenzrecht
- Joffe, Victor / Drake, David Minority shareholders: law, practice and procedure, London 2000

XVIII

- Joosten, H. F. J. De Rechtspraak van de Ondernemingskamer, SMO
Den Haag 1990

Zit.: Joosten
- Joosten, H. F. J. Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van
„functionarissen“, in: De Ondernemingskamer,
Prinsengrachtreeks 1998 I (Hrsg.: P. Ingelse), S. 23 ff.
- Joosten, H.F.J. Rechtsmacht inzake betwiste ondernemingen,

De NV 1987, 35 ff.
- Kindler, Peter Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften?,

NJW 1999, 1993 ff.
- Kirchhof, Hans-Peter Leitfaden zum Insolvenzrecht, Herne 1999

Zit.: Kirchhof, Insolvenzrecht
- Kirsten, Roland Deutscher Corporate Governance Kodex: Die
rechtmäßige Besetzung von Aufsichtsratsausschüssen
am Beispiel des Prüfungsausschusses,

BB 2004, 173 ff.
- Kluiver, Harm-Jan de Corporate governance en bestuur van
privaatrechtelijke organisaties, Utrecht 2003
- Koelemeijer, Marjan Redelijkheid en billijkheid in kapitaalvennootschap-
pen, Deventer 1999
- Kölner Kommentar Zöllner, Wolfgang (Hrsg.):
Kölner Kommentar zum Aktiengesetz,
2. Aufl., Köln 1988

Zit.: Bearbeiter in: Kölner Komm.
- König, Max Der Umfang der Berichterstattung über die
aktienrechtliche Sonderprüfung, Berlin 1970

Zit.: König, Umfang der Berichterstattung

- König, Werner Dtv-Atlas zur deutschen Sprache:
Tafeln und Texte, 11. Auflage, München 1996
- Zit.: König, Dtv-Atlas
- Kolvenbach, Walter Die Fünfte EG-Richtlinie über die Struktur
der Aktiengesellschaft (Strukturrichtlinie)
- DB 1983, 2235 ff.
- Kortmann, S. C. J. J. Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht,
Deventer 2002
- Kortmann, S. C. J. J. Corporate governance in perspectief, Deventer 1998
- Kropff, Bruno Aktiengesetz : Textausgabe des Aktiengesetzes vom
6.9.1965 (Bundesgesetzbl. I S. 1089) und des
Einfuehrungsgesetzes zum Aktiengesetz vom
6.9.1965 (Bundesgesetzbl. I S. 1185) mit Begründung
des Regierungsentwurfs, Düsseldorf 1965
- Zit.: Kropff, Aktiengesetz
- Kuhn, Georg/Uhlenbruck, Wilhelm Konkursordnung: Kommentar,
11. Auflage, München 1994
- Zit.: Kuhn/Uhlenbruck
- Kuin, Pieter Management is méér, de sociale verantwoordelijkheid
van de ondernemer, Amsterdam u.a. 1977
- Zit.: Kuin
- Kütting/Weber Handbuch der Rechnungslegung, Bd. 1 b), 4. Auflage,
Stuttgart 1995
- Littbarski, Sigurd Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht,
München 1996
- Lutter, Marcus Deutscher Corporate Governance Kodex, in:
Hommelhoff/von Werder (Hrsg.), Handbuch
Corporate Governance, Köln 2003, S. 737 ff.

- Lutter, Marcus Die geplante Zivilrechtsreform ist schon jetzt veraltet,
F.A.Z. vom 9.12.2000
- Lutter, Marcus Die Funktion der Gerichte im Binnenstreit von
Kapitalgesellschaften – ein rechtsvergleichender
Überblick -,
ZGR 1998, 191 ff.
- Lutter, Marcus Die Gründung einer Tochtergesellschaft im Ausland,
2. Auflage, Berlin/New York 1994
Zit.: Lutter, Die Gründung einer Tochtergesellschaft
im Ausland
- Lutter, Marcus Die Europäische Aktiengesellschaft, Eine Stellung-
nahme zur Vorlage der Kommission an den
Ministerrat der Europäischen Gemeinschaften über
das Statut für Europäische Aktiengesellschaften vom
30. April 1975, 2. Auflage, Köln 1978
Zit.: Lutter (Hrsg.), Die
Europäische Aktiengesellschaft
- Lutter, Marcus Europäisches Gesellschaftsrecht:
Materialien zur Rechtsangleichung nebst Einführung
und Bibliographie, 2. Auflage, Berlin/New York 1984
Zit.: Lutter, Europäisches Gesellschaftsrecht
- Lutter, Marcus / Hommelhoff, Peter GmbH-Gesetz, Kommentar,
17. Auflage, Köln 2004
Zit.: Lutter/Hommelhoff, GmbHG
- Lutter, Marcus Europäisches Unternehmensrecht, 4. Aufl., Köln 1996
- Maeijer, J.M.M. Nogmaals: Uitbreiding van het enquêterecht,
De NV 1992, 11 ff.

- Maeijer, J.M.M. / Ingh, F. J. P. van den
Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht Teil 3: De naamloze en de besloten vennootschap, Titel 2: Vertegenwoordiging en Rechtspersoon, 1. Auflage, Deventer 1994 (inzwischen 2. Auflage erschienen, Deventer 2000)
Zit.: Asser-Maeijer
- Maeijer, J.M.M.
Verslag discussie, in: Rechtspleging in het ondernemingsrecht, Deventer 1997, S. 206 ff.
- Maiss, Jürgen
Die Kodifizierung einer Sonderprüfung im GmbH-Recht zur Insolvenzprophylaxe, Diss. Hamburg 1976
Zit.: Maiss
- Mattheus, Daniela
Die gewandelte Rolle des Wirtschaftsprüfers als Partner des Aufsichtsrats nach dem KonTraG,
ZGR 1999, 682 ff.
- Mehring, Eckard W.
Die GmbH im niederländischen Recht,
GmbHHR 1991, 297 ff.
- Meinema, Martha
Dwingend recht voor de besloten vennootschap, Deventer, Deventer 2003
- Mendel, M. M.
Hoofdzaken NV en BV, 3. Aufl., Deventer 1995
- Merle, Philippe
Sociétés commerciales, 6. Aufl., Paris 1998
- Mincke, Wolfgang
Die Problematik von Recht und Sprache in der Übersetzung von Rechtstexten,
ARSP 1991, 446 ff.
- Mincke, Wolfgang
Einführung in das niederländische Recht, München 2002
Zit.: Mincke, Einführung
- Monti, Mario
Statut der Europäischen Aktiengesellschaft,
WM 1997, 607 ff.

- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts (Hrsg. Michael Hoffmann-Becking), Bd. 4: Aktiengesellschaft, 2. Auflage, München 1999
- Zit.: Bearbeiter in: Münchener Handbuch
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (Hrsg. Bruno Kropff/Johannes Semmler), Bd. 4: §§ 118 – 147, 2. Auflage München 2004
- Zit: Bearbeiter in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
- Neye, Hans Werner Binnenmarkt und Gesellschaftsrecht, Konferenz zur künftigen Entwicklung
- GmbHHR 1998, R 17.
- Nicolai, P. Beginselen van behoorlijk bestuur, Diss. UvA, Deventer 1990
- Zit.: Nicolai
- Nieper, Franz/Westerdijk, Arjen Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch Buch 2: Juristische Personen, Series of legislation in Translation 4, München/Deventer 1995
- Zit.: Nieper/Westerdijk
- Nieuwenhuis, J. H. / Stolker, C. J. J. M. / Valk, W. L. / Timmerman, L. / den Tonkelaar, J. D. A. Tekst en Commentaar Ondernemingsrecht, 2. Aufl., Deventer 2002
- Zit.: Bearbeiter, Tekst&Commentaar
- Noack, Ulrich Familienunternehmen in Europa
- Zit.: Noack, Familienunternehmen in Europa
- Noack, Ulrich Gesellschaftsrecht (Kübler/Prütting (Hrsg.)), InsO; Sonderband 1), Köln 1999
- Zit.: Noack, Gesellschaftsrecht

- Noack, Ulrich
Neuerungen im Recht der Hauptversammlung durch
das Transparenz- und Publizitätsgesetz und den
Deutschen Corporate Governance Kodex,

DB 2002, 620 ff.
- Noack, Ulrich
Die konzernrechtliche Sonderprüfung nach § 315
AktG,

WPg 1994, S. 225 ff.
- Noack, Ulrich
Unternehmenspublizität: Bedeutung und Medien der
Offenlegung von Unternehmensdaten, Handbuch für
offenlegungspflichtige Unternehmen, Köln 2002
- Obermüller, Walter
Der Sonderprüfer im geltenden und im neuen
Aktienrecht,

BB 1962, 546 ff.
- Obermüller/Werner/Winden
Sonderprüfung nach dem Aktiengesetz 1965,

DB 1967, 1119 ff.
- Offermans, Wim
Lezing prof. mr. A. F. M. Dorresteyn: De
Ondernemingskamer, de privatist een gruwel?,

www.ou.nl/open/erzwolle/jg09nr1/dorresteyn.nl
(abgerufen am 18.11.2003)
- Pahlke, Anne-Kathrin
Risikomanagement nach dem KonTraG -
Überwachungspflichten und Haftungsrisiken für den
Aufsichtsrat,

NJW 2002, 1680 ff.
- Palandt, Otto
Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 63. Auflage,
München 2004

Zit.: Palandt-Bearbeiter

- Peisse, M. Les droits des minorités dans les sociétés de capitaux, essai comparatif sur le droit Européen et canadien,

Gaz. Pal. 1974, 2 doct. 678
- Pflügler, Klaas-Hinrich Neue Wege der Verwaltungskontrolle im Aktienrecht, Hamburg 1969

Zit.: Pflügler
- PriceWaterhouseCoopers Deutschland und die Niederlande, Frankfurt/Main 1999

Zit.: PriceWaterhouseCoopers
- Raaijmakers, M. J. G. C. „Zelfregulering“ van corporate governance van beursondernemingen. Enkele kanttekeningen bij de Nederlandse Corporate Governance Code,

Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie, 67 ff.
- Raaijmakers, M. J. G. C. Corporate governance en het enquêterecht: pleidooi voor een genuanceerder gebruik door de OK van het enquête-instrumentarium,

NJ 2003, 1373 ff.
- Remien Das neue Bürgerlijk Wetboek der Niederlande und seine Erschließung durch die Rechtsliteratur,

ZeuP 1994, 187 ff.
- Remme, Werner/Theile, Carsten Die Auswirkungen von „KonTraG“ und „KapAEG“ auf die GmbH,

GmbHHR 1998, 909 ff.
- Ru, H.J. de Parlementair onderzoek bij door de staat gesteunde ondernemingen,

NJB 1983, 433 ff.

- Saage, Gustav Die Durchführung der Geschäftsführungsprüfung,
WPg 1967, 225 ff.
- Sanders/Westbroek BV en NV, Deventer 1991
Zit.: Sanders/Westbroek-Bearbeiter
- Schack, Heimo Internationales Zivilverfahrensrecht: ein Studienbuch
2. Aufl., München 1996
Zit.: Schack
- Schedelbauer, Hans Sonderprüfungen: ein Handbuch der gesetzlichen und
freiwilligen aperiodischen Prüfungen, Stuttgart 1984
Zit.: Schedlbauer
- Scheer, Matthias Wörterbuch der deutschen und niederländischen
Rechtssprache, München 1989, Teil II Deutsch-
Niederländisch
- Schenk, W. L. De praktijk van de Ondernemingskamer, Deventer
1973
Zit.: Schenk
- Schilfgaarde, Peter van Select: een bloemlezing uit zijn werk (Festschrift für
van Schilfgaarde), Deventer 2000
- Schilfgaarde, Peter van Haftung der Vorstandsmitglieder bei den Kapital-
gesellschaften in den Niederlanden,
ZGR 1987, 233 ff.
- Schilfgaarde, Peter van Haftungsdurchgriff auf den Geschäftsführer in den
Niederlanden, Vortrag vor der Deutsch-Nieder-
ländischen Rechtsanwaltsvereinigung, 7.12.1997
Zit.: van Schilfgaarde, Haftungsdurchgriff auf den
Geschäftsführer in den Niederlanden, Vortrag
vor der Deutsch-Niederländischen
Rechtsanwaltsvereinigung, 7.12.1997

- Schilfgaarde, Peter van De ontwikkeling van het overheidstoezicht op de rechtspersoon,
NJB 1980, 45 ff.
- Schilfgaarde, Peter van Misbruik van rechtspersonen
Deventer 1986
Zit.: Schilfgaarde, Misbruik van rechtspersonen
- Schilfgaarde, Peter van / Winter, Jaap Van de BV en de NV, 13. Aufl., Deventer 2003
Zit.: van Schilfgaarde, Van de BV en de NV
- Schimmelbusch, Heinz Kritische Bemerkungen zum Institut der Sonderprüfung nach § 258 ff. AktG,
WPg 1972, 141 ff.
- Schneider, Uwe H. Soll die BAFin in Richtung der SEC ausgebaut werden? – contra,
Finanzplatz, November 2002, 9
- Schmidt, Karsten Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Köln u.a. 1997
Zit.: K. Schmidt, Gesellschaftsrecht
- Schneider, Uwe H. Europäischer Verein, Europäische Genossenschaft, Europäische Gegenseitigkeitsgesellschaft,
EuZW 1992, 193
- Scholz, Franz Kommentar zum GmbH-Gesetz, 9. Auflage 2000
Zit.: Scholz/Bearbeiter
- Schrage, E. J. H. Das System des neuen niederländischen Zivilgesetzbuches,
JBL 1994, 501 ff.

- Schraven, Theo P. M. Het toezicht op de zorg vertoont gaten
- Het Financieel Dagblad vom 17. Oktober 2002 -
 Rubrik: Optiek
- Seibt, Christoph H. Die Reform des Verfolgingsrechts nach § 147 AktG
 und des Rechts der Sonderprüfung
- WM 2004, 2137 ff.
- Slagter, W. J. Anmerkung zu Hof Amsterdam 8. Oktober 1992,
 TVVS 1994, 47 ff.
- Slagter, W.J. Compendium van het Ondernemingsrecht, 7. Aufl.,
 Deventer 1996
- Zit.: Slagter, Ondernemingsrecht
- Slagter, W.J. 25 jaar Ondernemingskamer: de betekenis van de OK
 voor ondernemend Nederland, Deventer 1996
- Slagter, W.J. Der heutige Stand des Konzernrechts in den Nieder-
 landen,
- ZGR 1992, 1 ff.
- neuerlich abgedruckt in Lutter (Hrsg.), Konzernrecht
 im Ausland, Berlin/New York 1994, S. 171
- Slagter, W.J. /Verhoeff, L. J. Baggeroorlog:nieuw aspect van wanbeleid?,
- Financieele dagblad 7. Juli 2001, S. 1
- Slagter, W.J. /Verhoeff, L. J. Voortzetting baggerstrijd: iedereen maakt fouten,
- Financieele dagblad 9. Oktober 2001, S. 1
- Solinge, Gerard van Uitbreiding van het enquêterecht,
- De NV 1992, 26 ff.
- Solinge, Gerard van Tussen wanbeleid en aansprakelijkheid, in: Drie
 Nijmege redes, Beschouwingen over financiering,
 enquêterecht en privatisering, Deventer 1998, S. 37 ff.

- Storm, P. M. / van Steenbergen, S. M. Overzicht Ondernemingsrecht, 5. Aufl., Deventer 2000
- Strasser
 Jabornegg/Strasser (Hrsg.) AktG, Teil II,
 4. Aufl. Zürich 2001
 Zit.: Bearbeiter in: Jabornegg/Strasser (Hrsg.) AktG
- Struycken
 De Ondernemingskamer vanuit IPR-gezichtspunt
 bekeken, in: de bundel van vennootschappelijk
 Belang, Deventer 1988
 Zit.: Struycken
- Tamminga, Menno
 Een lesje miscommunicatie en creatief boekhouden,
 www.nrc.nl/geld/lagelanden/997443122538.html
 (abgerufen am 19.01.2004)
- Timmerman, Levinius
 Haftungsdurchgriff aus niederländischer Sicht,
 ZGR 1992, 419 ff.
- Timmerman, Levinius
 Haftungsdurchgriff im niederländischen Gesell-
 schaftsrecht,
 ZGR 1993, 489 ff.
- Timmerman, Levinius
 Ontwikkelingen in het Nederlandse vennoot-
 schapsrecht en suggesties voor een vernieuwde
 Corporate Governance Code, in: De stand van zaken,
 Corporate governance in Nederland 2002, Amsterdam
 2002, S. 17 ff.
- Timmerman, Levinius
 Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften nach
 niederländischem Recht und die 14. EU-Richtlinie,
 ZGR 1999, 147 ff.
- Timmerman, Levinius / Doorman, A. Rights of minority shareholders in the Netherlands, A
 report writtem for the XVIth World Congress of the
 International Academy of Comparative Law,
 Groningen 2001
- Timmerman, Levinus
 Das niederländische Gesellschaftsrecht im Umbruch,
 in: Festschrift für Marcus Lutter, Köln 2000, S. 173 ff.

- Timmermans, Christian W.A. Die Europäische Rechtsangleichung im Gesellschaftsrecht,
RabelsZ 48 (1984), 1 ff.
- Ulmer, Peter Das Anfechtungsklageerfordernis im GmbH-Beschlußmängelrecht,
ZHR 163 (1999), 290 ff.
- Uniken Venema, C. AE. Enquêterecht en ondernemerschap, Den Haag 1996
Zit.: Uniken
- Uniken Venema, C. AE. Enquêterecht en groepsverhoudingen, in: Na twintig jaar boek 2 BW (Red.: R. C. J. Galle / M. J. G. C. Raaijmakers), Zwolle 1996, S. 175 ff.
- Uniken Venema, C. AE. Enquêterecht en ondernemerschap : rechterlijke toetsing van ondernemingen, Den Haag 1995
- Verloop, P.J.P. De benarde commissaris en het enquêterecht,
De NV 1993, 79 ff.
- Vlas, Paul Rechtspersonen in het internationaal privaatrecht, Deventer 1982, 128
Zit.: Vlas
- Vlas, Paul Neue Entwicklungen im niederländischen IPR, insbesondere in der Rechtsprechung,
IPRax 1995, 194 ff.
- Vlis, P. van der De kosten van een enquête; wie zal dat betalen?,
TVVS 1997, 227 ff.
- Vlot, T. J. Met spoed naar de OK, in: De Ondernemingskamer, Prinsengrachtreeks 1998 I (Hrsg.: P. Ingelse), S. 7 ff.

- Vranken, J. B. M. Einführung in das neue niederländische Schuldrecht, Teil II,
AcP 191 (1991), 411 ff.
- Wellkamp, Ludger Die Gesellschafterklage im Spannungsfeld von Unternehmensführung und Mitgliedsrechten,
DZWir 1994, 221 ff.
- Westerdijk, Arjen Die GmbH & Co. KG im niederländischen Gesellschaftsrecht, Frankfurt 1995
- Wezeman, J. B. Aansprakelijkheid van bestuurders, Deventer 1998
- Wiedemann, Herbert Gesellschaftsrecht, Band I, Grundlagen, 1980
Zit.: Wiedemann, Gesellschaftsrecht
- Wiedemann, Herbert Rechtsethische Maßstäbe im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht,
ZGR 1980, 155 ff.
- Wiesner, Peter M. Europäisches Unternehmensrecht im Umbruch,
AG 1996, 390 ff.
- Wiethölter, Rudolf Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, 1961
Zit.: Wiethölter
- Wijnen, Jan Fred van Willems: Vergelijking van topsalarissen deugt niet,
www.nivra.nl/corporate%20governance/topsalarissen130903.htm (abgerufen am 19.01.2004)
- Witteveen, S. J. Het wetsvoorstel inzake de uitbreiding van het enquêterecht,
TVVS 1993, 90 ff.

- Witteveen, S. J. Open ondernemerschap: de groei van de onderneming en het vennootschapsrecht, zusammengestellt durch eine Kommission unter Vorsitz von H. J. Witteveen, Den Haag 1962
- Witt-Wijnen, Otto L.O. de Bewijsvoering in vennootschappelijke procedures, in: rechtspleging in het ondernemingsrecht, Deventer 1997, S. 95 ff., 207
- Wolters Handwörterbuch Niederländisch-Deutsch, Berlin u.a. 1997
- Handwörterbuch Deutsch-Niederländisch, Berlin u.a. 1998
- Zankl, P. Minderheitsrechte von Aktionären,
BB 1978, 1755 ff.
- Zimmer, Daniel Das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich,
NJW 1998, 3521 ff.
- Zöller, Richard Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 22. Auflage, Köln 2001
Zit.: Zöller-Bearb.
- Zöllner, Wolfgang Die sogenannten Gesellschafterklagen im Kapitalgesellschaftsrecht,
ZGR 1988, 392

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	Anderer Ansicht
a.a.O.	Am angegebenen Ort
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen
AktG	Aktiengesetz
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialpolitik
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BfuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
B.V.	Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BW	Burgerlijk wetboek
C.V.	Commanditaire vennootschap
De NV	De Naamloze Vennootschap
DStR	Deutsches Steuerrecht : Wochenschrift für Steuerrecht, Gesellschaftsrecht und Betriebswirtschaft ; Organ der Bundessteuerberaterkammer
EESV	Europees Economisch Samenwerkingsverband
EG	Europäische Gemeinschaft
ERPL	European Review of Private Law
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWIV	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung
F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
h.M.	Herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
HR	Hooge Raad (Oberster Gerichtshof)
i.V.m.	In Verbindung mit
InsO	Insolvenzordnung
IWB	Internationale Wirtschaftsbriefe
JBL	Juristische Blätter
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
KG	Kommanditgesellschaft
KG	Kort Geding
MAB	Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomy
m.w.H.	Mit weiteren Hinweisen
m.w.N.	Mit weiteren Nachweisen
N.V.	Naamloze vennootschap
NJ	Nederlands Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenschau
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OK	Ondernemingskamer (Unternehmenskammer)
OR	Ondernemingsrecht
RebelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Rabel
RdA	Recht der Arbeit
WvRv	Wetboek van burgerlijke rechtsvordering
RvdW	Recht van de Week
SE	Europäische Aktiengesellschaft (SE = societas EURpea)
SER	Sociaal Economische Raad

TVVS	Tijdschrift voor Vereniging en Stichting
V.O.F.	Vennootschap onder firma
WM	Wertpapier Mitteilungen
WOR	Wet op de ondernemingsraden
WPg	Wirtschaftsprüfung
WvSr	Wetboek van strafrecht
WvSv	Wetboek van strafvordering
Zeup	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
Zgen	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht; bis 1982: Zeitschrift für Wirtschaft und Insolvenzpraxis

Bezüglich der in dieser Arbeit verwendeten und vorstehend nicht aufgeführten Abkürzungen sei hingewiesen auf:

Creifelds, Carl	Rechtswörterbuch, (Hrsg.: Klaus Weber, Bearb.: Dieter Guntz), München 1999
-----------------	----------------------------------------------------------------------------

EINLEITENDE BEMERKUNGEN

Einleitend soll zunächst der Aufbau der Arbeit dargestellt werden. Dem schließen sich einige kurze Anmerkungen zur Übersetzung niederländischer Rechtstermini im allgemeinen und speziell im Rahmen dieser Arbeit an.

I. Gang der Arbeit

Im Ersten Kapitel wird das Thema dieser Arbeit umrissen und eine kurze inhaltliche Einführung gegeben. Das niederländische Enquêterecht wird in seinen wesentlichen Zügen dargestellt. Im Zweiten Kapitel wird die Frage behandelt, was gerade das Niederländische Sonderprüfungsrecht zu einem reizvollen Untersuchungsobjekt macht. Hierzu werden vergleichbare Rechtsinstitute in ausgewählten anderen europäischen Ländern und einige Statuten des Europäischen Gesetzgebers kurz angesprochen. Ebenso wird die Bedeutung des Sonderprüfungsrechtes im Rahmen eines Corporate Governance Codex betrachtet. Das Dritte Kapitel ist der Kern der Arbeit. Dort wird die Entwicklung, der Status quo und die Bedeutung des niederländischen Enquêterechts erörtert und zu Kritikpunkten Stellung genommen. Ferner dient dieses Kapitel der Besprechung ausgewählter Fragestellungen, insbesondere des Enquêterechtes in der Insolvenz des Unternehmens. Das Vierte Kapitel schließt die Arbeit ab. Es stellt die Thesen vor, die sich aus der Untersuchung ergeben und beinhaltet neben einem Richtlinienvorschlag für ein europäisches Sonderprüfungsrecht auch einen Vorschlag zur Schaffung eines Sonderprüfungsrechtes für die GmbH sowie einen Formulierungsvorschlag für die Satzung der GmbH.

II. Zur Übersetzung von niederländischen juristischen Texten

Die Übersetzung juristischer Texte ist eine besondere wissenschaftliche Tätigkeit, da die Rechtssprache innerhalb einer Sprache bereits eine

„Kunstform“ darstellt und die Übersetzung diese in die Rechtssprache eines anderen Sprachsystems transportieren muss.¹ Nun sind die niederländische und die deutsche Sprache etymologisch sehr nah miteinander verwandt.² Daher könnte man vermuten, dass Übersetzung und Verständnis auch auf juristischer Ebene relativ einfach sind. Das ist jedoch nur auf den ersten Blick richtig, denn in der Ähnlichkeit der Sprachen liegt auch die ständige Verführung zu rechtsvergleichenden Fehlritten. Die Mahnung von *de Groot*³ zu sorgfältiger rechtsvergleichender Forschung vor Übersetzung ist dementsprechend bei jedem Umgang mit einem sprachverwandten Rechtssystem zu beherzigen. Nicht nur für den Zweck dieser Arbeit kann auf die Übersetzung von *Nieper/Westerdijk* (Hrsg.) Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, 1995 zurückgegriffen werden.⁴ Diese Übersetzung liegt dieser Arbeit in weiten Teilen zugrunde, auch um die Übersetzung zu würdigen und um sie als ein einheitliches Fundament für hoffentlich viele weitere Arbeiten auf dem Gebiet der Rechtsvergleichung zwischen den Niederlanden und Deutschland zu empfehlen. Soweit im Einzelfall von dieser Übersetzung abgewichen wird, wird die niederländische Originalterminologie verwendet. Allerdings sei hinsichtlich der Übersetzung des Themas dieser Arbeit, des niederländischen Enquêterechts, folgendes angemerkt: Das niederländische „*het recht van enquête*“ aus BW Art. 2: 344 ff.⁵ wird auf verschiedene Weise übersetzt: *Nieper/Westerdijk*⁶ übersetzen es mit

¹ Siehe hierzu: *Mincke*, ARSP 1991, S. 446 ff. m.w.N.

² Noch aus dem 17. Jahrhundert gibt es Zeugnisse, dass das Niederländische als Bestandteil der deutschen Sprache empfunden wird. Der Amsterdamer Dialekt wird zur Norm und wird durch eine offizielle Bibelübersetzung (1626 – 37) verbreitet. Folgende Voraussetzungen führen zum Entstehen des Nederlands (seit 1815 amtliche Bezeichnung der niederländischen Sprache): Der Adel hat keine Affinität zum Hochdeutschen, sondern prägt vielmehr eine eigene Kultur im Landesdialekt. Zudem führt der Freiheitskampf der Niederländer gegen die Spanier früh zu einem eigenen Nationalbewußtsein. Dabei läßt die religiöse Sonderung im Calvinismus Gemeinsamkeiten mit dem katholischen rheinischen und dem protestantischen norddeutschen Raum nicht aufkommen, vgl. *König*, Dtv-Atlas, S. 103.

³ *De Groot* in: Vorwort zu: *Nieper/Westerdijk*, Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, ix, x .

⁴ Dort finden sich auch eine Vorwort von *de Groot* sowie eine Vorbemerkung der Herausgeber, die die Frage der Übersetzung juristischer Texte betreffen und weitere Hinweise geben.

⁵ Die folgenden ohne Gesetzesangabe zitierten Vorschriften beziehen sich jeweils auf das 2. Buch BW; nur in den Länderberichten beziehen sich die Paragraphen/Artikel auf die nationale Kodifikation, in der das nationale Sonderprüfungsrecht geregelt ist. Diese wird jeweils am Beginn eines Abschnitts genannt.

⁶ *Nieper/Westerdijk*, Vorwort S. xxiii und S. 275 f.

„Untersuchungsrecht“, *Gotzen*⁷ mit „Sonderprüfungsrecht“ und *Mehring*⁸ wie hier mit „Enquêterecht“. Dabei wird von keinem eine Begründung für die jeweilige Wahl der Übersetzung angegeben. Der Sprachregelung bei *Nieper/Westerdijk* wird an dieser Stelle ausnahmesweise nicht gefolgt. „*Het recht van enquête*“ soll nicht wie dort vorgeschlagen mit „Das Recht zur Untersuchung“, sondern schlicht mit „Das Enquêterecht“ übersetzt werden. Der Grund dafür liegt darin, dass das Wort „Untersuchung“ sehr unspezifisch ist, während das Wort „Enquêterecht“ ein spezielles Rechtsinstrument bezeichnet. Zudem gibt es im Niederländischen für Untersuchung eine andere gebräuchliche Vokabel, nämlich: *onderzoek*. Das niederländische „*Enquête*“ wird in den Wörterbüchern⁹ mit *Enquête*, Untersuchung, Erhebung übersetzt, was auch gegen den ansonsten zutreffenden Begriff „Sonderprüfungsrecht“ spricht, zumal dieser ja im deutschen Aktienrecht bereits belegt ist. Allerdings soll die von mir favorisierte Übersetzung nicht ausschließen, dass im Nachfolgenden auch von der Untersuchung und dem Untersuchungsbericht die Rede ist. Der Begriff „Sonderprüfung“ bleibt allerdings den vergleichbaren Rechtsinstituten im deutschen Aktienrecht und anderen Rechtsordnungen vorbehalten.

KAPITEL 1: WESEN DES ENQUÊTERECHTS

Zu den wichtigsten Anliegen im nationalen und europäischen Gesellschaftsrecht gehört die Schaffung von Transparenz in der Unternehmensführung und die Stärkung der Minderheitsgesellschafter durch Verbesserung ihrer Rechtsstellung gegenüber den Mehrheitsgesellschaftern¹⁰ einerseits und der Unternehmensleitung¹¹ andererseits.¹²

⁷ *Gotzen* in: *Behrens*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, S. 638 ff., NL 24, NL 39.

⁸ *Mehring* in: Die GmbH-Rechte in den EG-Staaten, S. 205 ff., S. 218 (*Mehring* verwendet allerdings auch das Wort „Untersuchungsrecht“); *Mehring*, GmbHR 1991, 297, 300.

⁹ *Wolters*, Handwörterbuch Niederländisch-Deutsch; *Scheer*, Wörterbuch der deutschen und niederländischen Rechtssprache, je zum Stichwort „*enquête*“.

¹⁰ Vgl. dazu die Rechtsprechung der niederländischen Ondernemingskamer (im Folgenden: OK) und des Hoge Raad (im Folgenden: HR) zu HR 19.05.1999, NJ 1999, Nr. 658 (Bobel) und OK NJ 1993, 724 (Zinkwit).

¹¹ Vgl. dazu die Rechtsprechung der OK und des HR in Sachen HR 10.01.1990, NJ 1980 Nr. 71 (OGEM), OK 07.12.1989, NJ 1990 Nr. 242 (Bredero), OK 11.03.1999,

Zur Erreichung dieser Ziele gibt es verschiedene Instrumente¹³, unter denen sich wegen seiner Effektivität im Hinblick auf die für die Geltendmachung von Aktionärsrechten eminent wichtige Informationsbeschaffung insbesondere das Sonderprüfungsrecht hervortut. In den nationalen europäischen Rechtsordnungen ist dieses Rechtsinstitut zwar nicht unbekannt; es existiert jedoch in unterschiedlich anteilseignerfreundlicher Ausprägung. Im Hinblick auf die Schaffung einer Europäischen Aktiengesellschaft und wegen der angestrebten Harmonisierung des Gesellschaftsrechts wurde und wird darüber nachgedacht, ob und in welcher Ausprägung ein allgemeines Sonderprüfungsrecht Eingang in eine europaweite Regelung finden könnte (vgl. Aktionsplan Gesellschaftsrecht der Europäischen Kommission)¹⁴. Soweit ersichtlich wurde bei dieser Diskussion jedoch das niederländische Enquêterecht nicht in dem Maße gewürdigt, wie es das Potential dieses Instruments verdient hätte.¹⁵ Diese mangelnde Beachtung der niederländischen Rechtslage ist auch vor dem Hintergrund der in den letzten Jahren erfolgreichen Wirtschaftspolitik wenig verständlich.¹⁶

Das Enquêterecht im niederländischen Gesellschaftsrecht ist ein allgemeines Sonderprüfungsrecht zur Kontrolle von Unternehmen und bezweckt die Sanierung schlecht geführter Unternehmen ebenso wie einen effektiven Minderheiten- und Arbeitnehmerschutz¹⁷. Damit betrifft es die beiden Brennpunkte in der Diskussion um die Schaffung einer Europäischen Aktiengesellschaft und ist somit von höchster Relevanz. Es zielt außerdem darauf ab, mit Blickrichtung in die Zukunft die Beziehungen zwischen den Streitparteien wiederherzustellen und

NJ 1999 Nr. 351 (Breevast), OK 21. Januar 2002, JOR 2002, 28 (HBG) und HR JOR 2003, 58 (Viba).

¹² Für das Enquêterecht: *Timmerman*, Bescherming van Minderheidsaandeelhouders in rechtsvergelijkend perspectief in: *Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief*, S. 86 f.

¹³ *Schmidt, K.*, Gesellschaftsrecht, S. 474; *Timmerman*, a.a.O., S. 83.

¹⁴ Vgl. http://europa.eu.int/comm/internal_market/de/company/company/modern/#plan.

¹⁵ Ebenso: *Gernoth/Meinema*, RIW 2000, 845; *Helms*, S. 248, thematisiert das niederländische Enquêterecht beispielsweise überhaupt nicht; vgl. zu dem Thema auch: *Lutter F.A.Z.* vom 9.12.2000.

¹⁶ Ebenso: *Gernoth/Meinema*, a.a.O.

¹⁷ Im Hinblick auf die Mitarbeiterkultur ist für Unternehmen ein Europäisches Erscheinungsbild sehr bedeutsam, vgl. *Noack*, Familienunternehmen, S. 650.

retrospektiv Sachverhaltsaufklärung und Verantwortlichkeitszuordnung zu betreiben¹⁸. Dabei kann die eine oder die andere Zielrichtung in einzelnen Fällen deutlich dominieren.¹⁹ Schließlich wirkt das Enquêterecht als Insolvenzprophylaxe und präventiv gegen unlautere Geschäftspraktiken. Es bereitet einen effektiven Regressprozess von Aktionären oder Insolvenzverwaltern gegen die Unternehmensführung vor und bringt gleichzeitig Transparenz in die Unternehmensführung²⁰. Allerdings mehren sich auch kritische Stimmen, denenzufolge das Enquêterecht auch mehr und mehr im Rahmen von Übernahmefechten als Corporate Governance-Instrument verwendet wird.²¹ Nicht zuletzt findet das Enquêterecht auch bei Verhandlungen als Druckmittel der Aktionäre und Gewerkschaften Verwendung.²²

Zentrale Institution des Enquêterechts ist die Ondernemingskamer (zu deutsch: Unternehmenskammer, im Folgenden: OK) am Gerechtshof Amsterdam (vergleichbar mit einem deutschen Oberlandesgericht). Sie setzt auf Antrag einen oder mehrere sogenannte Enquêteure zur Überprüfung der Unternehmensführung ein, falls der begründete Anlass besteht, an einer ordnungsgemäßen Führung des betreffenden Unternehmens zu zweifeln. Die mit der Untersuchung beauftragten Personen sind regelmäßig Wirtschaftsprüfer. Ihnen stehen umfassende Einsichts- und Informationsrechte zu, die sie bei Bedarf auch gegen den Willen des Unternehmens durchsetzen können. Nach Abschluss ihrer Untersuchungen legen sie ihre Erkenntnisse in einem Untersuchungsbericht nieder, der bei dem „Gerechtshof“ in Amsterdam zur Einsicht für die Antragsberechtigten hinterlegt wird. Ergibt sich aus dem Bericht, dass

¹⁸ *Timmerman/Doorman* in: Rights of minority shareholders, S. 56; *Westerdijk, GmbH & Co. KG*, S. 124, 181.

¹⁹ *Ders.*, a.a.O.

²⁰ *Timmerman*, Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief, S. 85.

²¹ *Dorresteijn/van het Kaar*, De juridische organisatie van de onderneming, S. 175; dazu gehören die Fälle HR JOR 2003, 110 (Westfield ./ Rodamco); OK JOR 2001, 55 (Gucci); OK 16.10.2001 (Rodamco North America NV); HR JOR 2003, 57 (Ballast Nedam); HR JOR 2003, 58 (VIBA); OK 4.7.2001, NJ 2001, 469 (HBG); OK 16.10.2001 (Rodamco North America NV).

²² Kursbeschreibung des Postgraduiertenkollegs „Het enquêterecht in de (ondernemings-)praktijk an der RU Leiden (Kursleiter: *Bartman*, Dozenten: *Bartman, Brink, de Groot*).

tatsächlich eine schlechte Unternehmensführung vorliegt, können durch das Gericht weitgehende Maßnahmen angeordnet werden. Zum Maßnahmenkatalog, den der Gesetzgeber vorsieht, gehört die Aufhebung oder Suspendierung von Gesellschaftsbeschlüssen, die Entlassung oder Neueinstellung von Geschäftsführern und Aufsichtsräten und als *ultima ratio* die Auflösung der Gesellschaft.²³ Auch bereits unmittelbar nach Einreichung des Enquêteantrags und danach zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens kann das Gericht auf Antrag einstweilige Maßnahmen anordnen. Gegen die Entscheidung des Gerichts steht lediglich die Kassationsbeschwerde zum Hoge Raad offen (etwa vergleichbar mit dem deutschen BGH; im Folgenden: HR).

KAPITEL 2: WARUM NIEDERLANDE?

Die vorliegende Arbeit rechtfertigt sich dann, wenn sich das niederländische Enquêterecht in qualitativer Hinsicht und in praktischer innerstaatlicher Wirkung gegenüber vergleichbaren Rechtsinstituten in anderen europäischen Ländern deutlich abhebt. Unabhängig davon, ob man den dann darzustellenden niederländischen Regelungen zustimmt, sie begrüßt oder ablehnt ist dann eine rechtsvergleichende Auseinandersetzung zu rechtfertigen. Zu beantworten ist daher die Frage nach dem „Warum Niederlande?“.

I. Streifzug durch einige nationale Rechtsordnungen Europas

Hierzu wird im Folgenden wird im Hinblick auf die Regelung von Sonderprüfungsrechten einen Streifzug durch einige europäische Zivilrechtssysteme unternommen. Dabei liegt ein besonderes Augenmerk auf die theoretischen Kompetenzen der Gerichte und anderer Institutionen einerseits aber auch ihrer praktischen Bereitschaft zur Nutzung dieser Kompetenzen andererseits. Im Rahmen dieser Arbeit kann allerdings keine detaillierte Einzeldarstellung erbracht werden. Dies ist auch nicht Anliegen der Arbeit: durch die Skizzierung der Rechtslage in den

²³ Asser-Maeijer, 2-III, *Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, 2. Aufl. 2000, Nr. 536; Gernoth/Meinema, RIW 2000, 847.

betreffenden Ländern sollen vielmehr Wesensgleichheiten und -unterschiede zum niederländischen Enquêterecht aufgezeigt und letzteres überhaupt erstmals umfassend dem deutschen Rechtspublikum dargestellt werden.

Vorab soviel: Historisch gesehen hat England als Schutz des Minderheitsgesellschafters vor dem Mehrheitsgesellschafter die Grundlage für ein Instrument wie das Enquêterecht gestellt und verfügt noch heute über ein in der Zielrichtung ähnliches Rechtsinstitut²⁴. Ebenso kennt Frankreich eine vergleichbare Regelung²⁵, die insbesondere, nachdem ihr Anwendungsbereich von der Aktiengesellschaft auf die GmbH ausge-dehnt wurde, einige praktische Bedeutung erlangt. Viele andere Europäische Staaten verfügen über ähnliche Regelungswerke.²⁶ Außerhalb Europas existiert insbesondere in den USA ein allgemeines Sonderprüfungsrecht.²⁷

Auch dem deutschen Recht ist der Kerngedanke einer Überprüfung der Unternehmensführung durch die Minderheit nicht völlig wesensfremd. Das zeigt sich schon an der Existenz der verschiedenen Sonderprüfungsrechte im Aktienrecht. Deren Bedeutung lässt sich jedoch mit dem Begriff: „Dornröschenschlaf“ treffend darstellen.²⁸ Zu erwähnen ist allerdings auch die Geschäftsführungsprüfung der Genossenschaften.²⁹ Im Vergleich zu anderen Europäischen Ländern „hinkt“ die Rechtsentwicklung auf dem Gebiete des Sonderprüfungsrechtes in Deutschland indes hinterher. Im Folgenden sollen die Sonderprüfungsrechte in den Rechtsordnungen ausgewählter europäischer Länder kurz dargestellt und erläutert werden:

²⁴ Investigation of Companies and their affairs; Requisition of Documents, section 431 ff. Companies Act.

²⁵ Artikel 64-2 und 226 Codes des Sociétés.

²⁶ Helms, S. 235 f; Guyon, SO 1985, 3; Boukema in: Rechtspersonen § 1 Anm.5; Peisse, Gaz. Pal. 1974, 2 doct. 678.

²⁷ Gower, S. 691.

²⁸ Noack, WPg 1994, 225, 226.

²⁹ Vgl. hierzu: Saage WPg 1967, 225.

A. Deutschland

Das deutsche Recht kennt als mit dem Enquêterecht unmittelbar vergleichbares Rechtsinstitut in erster Linie die Sonderprüfungsrechte³⁰ im Aktienrecht und die Pflichtprüfung der Genossenschaft. Ein solches Institut findet sich nicht im GmbHG; hier ist unter den Regelungen, die den Schutz des Minderheitsgesellschafters bezwecken, zumindest ein Blick auf das Auskunfts- und Einsichtsrecht zu werfen. Zudem zeigen sich durch das Kontroll- und Transparenzgesetz und durch das neue Insolvenzrecht Tendenzen einer Einflussnahme auf Unternehmen bereits im Vorfeld einer wirtschaftlichen Krise. Im Bereich der Kreditwirtschaft sind dem BAFin (Bundesamt für Finanzdienstleistungsaufsicht)³¹ weitreichende Kompetenzen zugewiesen, um die Marktteilnehmer zu kontrollieren.

In der Reihenfolge ihrer vorstehenden Erwähnung werden im Folgenden die dem Enquêterecht nahestehenden Rechtsinstitute dargestellt:

1. Sonderprüfungsrechte im AktG

Nach den §§ 316 bis 321 HGB sind Jahresabschluss und Lagebericht bei allen Kapitalgesellschaften zu prüfen, sofern es sich nicht um kleine Gesellschaften i.S.d. § 267 HGB handelt. Neben dieser allgemeinen Prüfung kennt das deutsche Recht für Aktiengesellschaften auch Sonderprüfungen.³² Dabei handelt es sich um die Prüfung von Vorgängen bei der Gründung und der Geschäftsführung nach §§ 142 ff. AktG, die Prüfung bestimmter Posten des Jahresabschlusses wegen unzulässiger Unterbewertung nach § 258 Abs. 1 Nr. 1 AktG und des

³⁰ Instrukтив zur aktienrechtlichen Sonderprüfung und Corporate Governance in Deutschland: *Fleischer*, RIW 2000, 809 ff. und *Bork*, Sonderprüfung, Klageerzwingung, S. 775 ff.

³¹ Vgl. dazu: <http://www.bafin.de>.

³² Vgl. hierzu: *Noack*, WPg 1994, 225 ff.; *Hüffer*, §§ 142 - 146; *Selmer* in: Münchener Handbuch § 42 und *Krieger* in: Münchener Handbuch § 69 Anm. 97f; A/D/S, §§ 142 - 146; *Hefermehl* in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff § 142; *Kronstein/Zöllner* in: Kölner Komm. § 142; *Obermüller*, BB 1962, 546; *Obermüller/Werner/Winden*, DB 1967, 1119; *Hirte*, ZIP 1988, 953. und aktuell: *Seibt*, WM 2004, 2137 ff.

Anhangs zum Jahresabschluss auf Vollständigkeit nach § 258 Abs. 1 Nr. 2 AktG. Darüber hinaus existiert im Konzernrecht die Prüfung der geschäftlichen Beziehungen der Gesellschaft zu dem herrschenden oder einem mit diesem verbundenen Unternehmen nach § 315 AktG.

a) Sonderprüfung nach §§ 142 ff. AktG

Das Sonderprüfungsrecht nach §§ 142 ff. AktG³³ ist im Hinblick darauf, dass das Enquêterecht auf die Überprüfung der Unternehmensführung abzielt, im Zusammenhang dieser Arbeit das interessanteste Sonderprüfungsrecht. Es findet auf Aktiengesellschaften und - unter sehr restriktiven Voraussetzungen³⁴ - auf GmbH's³⁵ Anwendung und bezieht sich nicht auf Konzerne, auch wenn nach § 145 III AktG dem Sonderprüfer das Recht auf Auskunft auch gegenüber Konzernunternehmen zusteht. Minderheitsgesellschafter von GmbH's stehen zwar insbesondere Auskunfts- und Einsichtsrechte nach § 51a GmbHG zu. Unmittelbar können sie das Sonderprüfungsrecht in aller Regel nicht nutzen, um ihre rechtlichen Interessen durchzusetzen. Bereits dies ist ein erheblicher Unterschied zum niederländischen Enquêterecht, welches auf fast alle juristischen Personen des niederländischen Rechts Anwendung findet. Das Sonderprüfungsrecht wird durch das UMAG (Gesetz zur Unternehmensintegrität und zur Modernisierung des Anfechtungsrechts, vgl. Referentenentwurf vom 28. Januar 2004) insbesondere im Hinblick auf das für die Antragstellung erforderliche Quorum zur Stärkung der Aktionärsrechte modifiziert. Damit wird ein Punkt des 10-Punkte-Programms der Bundesregierung zur Stärkung der Unternehmensintegrität und des Anlegerschutzes umgesetzt und gleichzeitig ein Vorschlag der Regierungskommission Corporate Governance realisiert.³⁶

³³ Vgl. dazu: *Zankl*, BB 1978, 1755 ff.

³⁴ Die Mehrheit kann eine Sonderprüfung der Geschäftsführung veranlassen; der Minderheit wird dieses Recht bislang nicht zuerkannt.

³⁵ Vgl. dazu: *Fleischer*, GmbHR 2001, 46 m.w.N.

³⁶ Bundesjustizministerium, <http://www.bmj.bund.de/enid/0,0/jt.html>.; hierzu: *Seibt*, WM 2004, 2137 ff.

(1) Gegenstand der Sonderprüfung

Anders als das Enquêterecht ist das Sonderprüfungsrecht gegenständlich beschränkt. Eine Prüfung von ganzen Zeitabschnitten ist mit diesem Instrument nicht möglich.³⁷ Bereits 1935 hat das Reichsgericht entschieden, dass es sich um bestimmte Vorgänge handeln muss; eine Prüfung der gesamten Geschäftsführung eines Zeitraumes ohne Beziehung zu einzelnen Vorgängen kann nach dieser Entscheidung nicht begehrt werden.³⁸

(2) Zweck der Sonderprüfung

Zweck des Sonderprüfungsrechts gem. §§ 142 ff. AktG ist sowohl der Minderheitenschutz³⁹, als auch die Vorbereitung von Regressprozessen gegen den Vorstand⁴⁰. Die tatsächlichen Grundlagen für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen sollen in dem Verfahren aufgehellt werden.⁴¹ Ebenso wie im niederländischen Enquêterecht geht man auch in Deutschland von einer präventiven Wirkung des Rechtsinstituts aus.⁴²

(3) Einleitung des Verfahrens / Antragsvoraussetzungen

Anders als im niederländischen Enquêterecht, ist zunächst ein Hauptversammlungsbeschluss in einfacher Mehrheit erforderlich, um das Sonderprüfungsverfahren in Gang zu setzen. Berechtig zur Stellung des Antrags auf Durchführung einer Sonderprüfung sind zum einen Aktionäre, die 10 % des Grundkapitals erreichen und zum anderen solche, die Aktien im Nennwert von mindestens 1 Mio. EUR halten. Im Vergleich dazu stellt das niederländische Enquêterecht bei der Antragsberechtigung gem. Art. 2:346 sub b BW ebenfalls auf einen

³⁷ *Schröer* in: Münchener Kommentar zum AktG, § 142 Rn 14; *Hüffer*, AktG § 142 Anm. 2.

³⁸ RGZ 146, 385, 393 f.

³⁹ *Hüffer*, AktG § 142 Anm. 1.

⁴⁰ *Schroer* in: Münchener Kommentar zum AktG, § 142 Rn. 4 und Rn 12

⁴¹ *Hüffer*, AktG § 142 Anm. 1; *Schroer* in: Münchener Kommentar zum AktG, § 142 Rn. 4.

⁴² *Schroer* in: Münchener Kommentar zum AktG, § 142 Rn. 4.

Aktienanteil von 10 % ab, läßt alternativ aber auch den Besitz von Anteilen mit einem Nennwert von 225.000 EUR genügen.⁴³

Nach dem Referentenentwurf zum UMAG (Gesetz zur Unternehmensintegrität und zur Modernisierung des Anfechtungsrechts) soll es nunmehr für die Antragstellung ausreichen, wenn Aktionäre mindestens 1 % des Grundkapitals oder einen Börsenwert von 100.000 EUR erreichen. Dasselbe Quorum soll zukünftig ausreichen, um einen Antrag auf Absetzung des von der Hauptversammlung bestellten Sonderprüfers und gerichtliche Neueinsetzung eines anderen Sonderprüfers zu stellen (vgl. § 142 Abs. 4 S. 1 AktGE).

Anders als im niederländischen Recht, wo es genügt, dass der Antragsteller zum Zeitpunkt der Antragstellung Anteilseigner ist⁴⁴, verlangt das deutsche Sonderprüfungsrecht eine Inhaberschaft während des gesamten Sonderprüfungsverfahrens. Dazu müssen die Antragsteller gemäß § 142 Abs. 2 S. 2 AktG ihre Aktien bis zur Entscheidung über den Antrag bei der Hinterlegungsstelle des Amtsgerichts oder bei der AG hinterlegen. Nach § 142 Abs. 2 Satz 3 AktGE (UMAG-Referentenentwurf) reicht es zukünftig aus, wenn das depotführende Kreditinstitut versichert, dass die Aktien im betreffenden Zeitraum nicht veräußert werden. Während der Durchführung des Sonderprüfungsverfahrens ist keine Hinterlegung erforderlich. Um zu vermeiden, dass Aktien lediglich zu dem Zweck erworben werden, eine Sonderprüfung zu veranlassen, müssen die Antragsteller darüber hinaus glaubhaft machen, dass sie seit mindestens drei Monaten, vor dem Tage, an dem die Hauptversammlung die Bestellung von Sonderprüfern abgelehnt hat, Inhaber der Aktien waren. Zur Glaubhaftmachung genügt eine dementsprechende

⁴³ Vgl. dazu: *Dorresteijn/van het Kaar*, De juridische organisatie van de onderneming, S. 167 f.

⁴⁴ Art. 2: 346 en 347 BW; auch ökonomische Eigentümer von Aktienzertifikaten können antragsberechtigt sein: OK 07. August 2002, JOR 2002/193 (Scheipar) und OK 9. Dezember 1999, JOR 2000, 33 (Sito); *Bartman/Dorresteijn*, Van het concern, S. 216.

eidesstattliche Versicherung vor einem Notar oder die Vorlage eines Depotauszuges.⁴⁵

Lehnt die Hauptversammlung den Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung ab, ist der Weg zu den Gerichten jedoch eröffnet, um die Einsetzung von Sonderprüfern zu erzwingen. Zuständig ist das Amtsgericht am Gesellschaftssitz, § 145 Abs. 1 FGG. Dieses wird im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit tätig. Das Gericht entscheidet durch Beschluss, § 145 Abs. 5 S. 2 FGG. Bei Unzuständigkeit, fehlender Antragsberechtigung oder sonstigen förmlichen Mängeln wird der Antrag als unzulässig zurückgewiesen. Bei Rechtsmißbrauch⁴⁶ oder bei Fehlen sonstiger materieller Voraussetzungen wird der Antrag als unbegründet abgewiesen. Ist der Antrag zulässig und begründet, bestellt das Gericht Sonderprüfer, die im Gerichtsbeschluss namentlich zu bezeichnen sind. Auch der Prüfauftrag, also die Benennung der Vorgänge, die zu prüfen sind, muss durch das Gericht formuliert werden.⁴⁷

(4) Einsetzung der Sonderprüfer

Die Einsetzung der Sonderprüfer erfolgt entweder durch die Hauptversammlung oder durch das Gericht, vgl. § 142 Abs. 2 S. 1 AktG.⁴⁸ Letzteres ist der Fall, wenn auf den Antrag auf Sonderprüfung hin ein ablehnender Hauptversammlungsbeschluss erfolgt ist und Tatsachen den Verdacht rechtfertigen, dass im Rahmen eines prüfungsfähigen Vorgangs Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen der Satzung oder gesetzlicher Vorschriften erfolgt sind⁴⁹. Die Anhaltspunkte müssen die Unredlichkeit bzw. grobe Verletzung soweit indizieren, dass das Gericht von hinreichenden Verdachtsmomenten überzeugt ist oder sich zur Amtsermittlung nach § 12 FGG veranlasst sieht. Eine solche Verletzung ist aber jedenfalls dann anzunehmen, wenn sie zur

⁴⁵ Hüffer, AktG § 142 Anm. 23.

⁴⁶ So zu Recht: Hüffer, AktG § 142 Anm. 24; a.A. jedoch AG Düsseldorf WM 1988, 1668. Hierzu.: Schröer in: Münchener Kommentar zum AktG, § 142 Rn. 95 - 98

⁴⁷ Hüffer, AktG § 142 Anm. 25.

⁴⁸ Hüffer, AktG § 143 Anm. 1; Schröer in: Münchener Kommentar zum AktG, § 142 Rn. 4.

Begründung von Schadensersatzansprüchen geeignet ist.⁵⁰ Diese Hürde wird auch durch § 142 Abs. 2 S. 1 AktG i.d.F. des UMAG-Referentenentwurfs nicht geändert. Die Auswahl der Sonderprüfer erfolgt gem. § 143 AktG. Diese Norm gilt sowohl für die Bestellung durch die Hauptversammlung, als auch für die gerichtliche Bestellung.⁵¹

(5) Rechtsmittel gegen die gerichtliche Entscheidung

Gegen die gerichtliche Entscheidung über die Einsetzung von Sonderprüfern nach § 142 Abs. 2 oder Abs. 4 AktG ist die sofortige Beschwerde gegeben, § 142 Abs. 4 AktG.⁵² Diese ist innerhalb einer Frist von 2 Wochen (§ 22 FGG) vom Antragsteller bei erfolglosem Antrag, anderenfalls vom Antragsgegner zu stellen. Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichtes ist sofortige weitere Beschwerde gegeben, §§ 19 Abs. 2, 30 Abs. 1 S. 2 FGG.⁵³

(6) Die Arbeit der Sonderprüfer

Als Sonderprüfer werden in aller Regel Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften eingesetzt.⁵⁴ Dies entspricht der Praxis des Enquêterechts in den Niederlanden. Für die Verantwortlichkeit der Sonderprüfer gilt kraft der ausdrücklichen Regelung in § 144 AktG die Vorschrift des § 323 HGB sinngemäß. Nach § 145 Abs. 1 S. 1 AktG hat der Vorstand den Sonderprüfern zu gestatten, die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände, namentlich die Gesellschaftskasse und die Bestände an Wertpapieren und Waren zu prüfen. Die Sonderprüfer können von den Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrates alle Aufklärung und Nachweise verlangen, welche die sorgfältige Prüfung der Vorgänge notwendig macht. Diese Rechte der Sonderprüfer korrespondieren weitestgehend mit den Rechten der

⁴⁹ Hüffer, AktG § 142 Anm. 20 m.w.N.

⁵⁰ Barz in: Großkommentar zum AktG, § 142 Anm. 15.

⁵¹ Hüffer, AktG, § 142 Anm. 6.

⁵² Hüffer, AktG, § 142 Anm. 30.

⁵³ Schroer in: Münchener Kommentar zum AktG, § 142 Rn. 4.

⁵⁴ Hüffer, AktG § 143 Anm. 1.

Enquêteure nach BW Art. 2: 351 Abs. 1. Bei den von der Hauptversammlung bestellten Sonderprüfern richtet sich deren Anspruch auf Vergütung und Auslagenersatz nach dem vereinbarten Vertragsverhältnis.⁵⁵ Bei von dem Gericht bestellten Sonderprüfern greift die Regelung des § 142 Abs. 6 AktG, nach der das Gericht einen angemessenen Anspruch der Sonderprüfer auf Auslagenersatz und Vergütung gegen die Gesellschaft, mit der ein vertragsähnliches Verhältnis zustande kommen soll,⁵⁶ bestimmt. Im Zweifel ist gemäß §§ 632 Abs. 2, 675 BGB die übliche Vergütung geschuldet.⁵⁷ Der Sonderprüfer kann die Annahme der Tätigkeit von einer Vorschussleistung abhängig machen und seine Vergütung vertraglich regeln.⁵⁸ Auf Antrag setzt das Gericht die Auslagen und Vergütung fest, § 142 Abs. 6 S. 2 AktG, wogegen das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gegeben ist. Der rechtskräftige Beschluss ist Vollstreckungstitel gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 3 ZPO.⁵⁹

(7) Sonderprüfungsbericht

Die Ergebnisse der Sonderprüfung sind auch hier in einem Sonderprüfungsbericht festzuhalten, § 142 IV 1 AktG. Die Behandlung des Prüfungsberichtes bestimmt sich nach § 145 IV AktG.⁶⁰ Insbesondere hat der Sonderprüfer die für die Gesellschaft entstandenen Nachteile und deren ggf., (rechtzeitig) stattgefundenen Ausgleich zu beurteilen und eine entsprechende Wertung abzugeben. Eine darüber hinausgehende Beurteilung z.B. hinsichtlich der Sorgfaltspflichterfüllung der Verwaltungsmitglieder oder der Überwachung durch den Aufsichtsrat ist nicht oder nur sehr eingeschränkt zulässig.⁶¹

⁵⁵ Vgl. dazu: Hüffer, AktG § 142 Rz. 31.

⁵⁶ Hüffer, AktG § 142 Anm. 31.

⁵⁷ Ders., a.a.O.

⁵⁸ Hefermehl in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff § 142 Anm. 29.

⁵⁹ Hüffer, AktG § 142 Anm. 31.

⁶⁰ Vgl. insbesondere Noack, WPg 1994, 234.

(8) Kostentragung

Gem. § 146 AktG hat die Gesellschaft die Gerichts- und Prüfkosten zu tragen, wenn eine gerichtliche Anordnung der Sonderprüfung erfolgt⁶²; zivilrechtliche Ersatzansprüche⁶³ bleiben jedoch von der Regelung unberührt. Die außergerichtlichen Kosten tragen die Beteiligten nach § 13 a FGG selbst.⁶⁴ Auch gem. § 146 AktG i.d.F. des UMAG vom 19. Januar 2004 hat grundsätzlich die Gesellschaft die Gerichtskosten und die Kosten der Prüfung zu tragen. Hat der Antragsteller die Bestellung der Sonderprüfer durch mutwillig oder grob fahrlässig unrichtigen Vortrag erwirkt, so hat der Antragsteller der Gesellschaft die Kosten zu erstatten.

(9) Verhältnis zu anderen Sonderprüfungsrechten

§ 142 Abs. 3 AktG regelt ausdrücklich, dass für Vorgänge, die Gegenstand einer Sonderprüfung nach § 258 AktG sein können, die Sonderprüfung nach § 142 Abs. 1 und Abs. 2 AktG keine Anwendung finden. Unabhängig davon, ob eine Sonderprüfung nach § 258 AktG, etwa mit Rücksicht auf die für diese geltende Monatsfrist, stattfindet oder nicht, schließt diese also eine Sonderprüfung nach § 142 AktG aus.

(10) Praktische Bedeutung

Obwohl hierzulande eine lebhafte Diskussion über die Ineffizienz der Aktionärsrechte bei der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen geführt wird⁶⁵, ist das Sonderprüfungsrecht nach § 142 AktG von der Wissenschaft weitgehend unbeachtet geblieben und hat zudem kaum praktische Bedeutung.⁶⁶ Es sind dementsprechend nur wenige Fälle aus

⁶¹ Zu den Einzelheiten vgl. *Noack*, WPg 1994, 231 ff.

⁶² *Hüffer*, AktG, § 146 Anm. 1.

⁶³ Vgl. zu möglichen zivilrechtlichen Ersatzansprüchen: *Hüffer*, AktG, § 146 Anm. 3.

⁶⁴ *Hüffer*, AktG, § 146 Anm. 2.

⁶⁵ *Gernoth/Meinema*, RIW 2000, 844 m.w.N.

⁶⁶ *Noack*, WPg 1994, 225, 226 spricht von Dornröschenschlaf; ebenso: *Gernoth/Meinema*, RIW 2000, 844, die von „Mauerblümchendasein“ sprechen; *Hüffer*, AktG § 142 Anm. 1; siehe aber die Angaben bei A/D/S § 142 Anm. 3.

der Rechtsprechung bekannt.⁶⁷ Nach allg. M. beschränkt sich die praktische Bedeutung auf die mit dem Rechtsinstitut verbundene Präventiv- /Vorfeldwirkung.⁶⁸ Die Stellungnahmen zu § 142 AktG erschöpfen sich im Rahmen der Diskussion um eine Stärkung der Aktionärsrechte zumeist in der Forderung nach einer Absenkung des Quorums.⁶⁹ Das ist gerade deshalb kaum nachvollziehbar, weil der Zusammenhang zwischen Sonderprüfung und Schadensersatzklage auf der Hand liegt: Ohne eine breite Informationsbasis ist die Einreichung einer Klage mit einem hohen Verlustrisiko behaftet.⁷⁰ In neuerer Zeit gibt es allerdings von Zeit zu Zeit Berichte zu Anträgen auf Durchführung einer Sonderprüfung: So z.B. in den Fällen Procter & Gamble ./ Well-Minderheitsaktionäre⁷¹ (u.a. Streit um Notwendigkeit eines Beherrschungsvertrags), Otto Happel ./ MG Technologies (Vorwurf der Schönung von Bilanzen).

Die Gründe für die Bedeutungslosigkeit der Vorschrift in der Praxis sind vielfältig: Das Quorum ist mit 10 % oder 1 Mio. Euro Nennkapital zur Zeit noch sehr hoch (viermal so hoch wie in den Niederlanden).⁷² Es bleibt abzuwarten, ob sich die praktische Bedeutung des Sonderprüfungsrechtes durch das UMAG in angemessenem Rahmen ändern wird. Zudem ist es erforderlich, dass die Hauptversammlung vor Antragstellung die Einsetzung eines Sonderprüfers abgelehnt hat. Die Kosten des Verfahrens sind bislang zunächst vom Antragsteller zu tragen, so dass er bereits mit Antragstellung ein erhebliches finanzielles Risiko eingeht. Auch dieses Hemmnis wird durch das UMAG abgebaut. Zudem wird dem Antragsteller dadurch eine weitere Hürde aufgestellt, dass er eine gewisse Wahrscheinlichkeit für den Verdacht vorbringen

⁶⁷ RGZ 146, 385; KG OLGR 3, 84; 9, 263; LG Heilbronn AG 1971, 94; OLG Hamburg AG 1981, 193; AG Düsseldorf WM 1988, 1668; OLG Düsseldorf WM 1992, 14; vgl. zur Rechtsprechung auch *A/D/S*, Teilband 4, 6. Aufl. 1997, §§ 142-146, Rn. 3; *Ulmer*, ZHR 163 (1999), 290, 295 f.

⁶⁸ *Hüffer*, AktG § 142 Rn. 1; *A/D/S*, §§ 142-146 AktG, Rn. 3; *Geßler/Hefermehl*, § 142 Rn. 1; *Fleischer*, RIW 2000, 810 m.w.N.

⁶⁹ *Gernoth/Meinema*, a.a.O., Fn. 7; *Adams*, AG Sonderheft 1997, 10; *Baums*, AG Sonderheft 1997, 26 f.; *Bork*, in: *Hommelhoff/Röhrich*, S. 68.

⁷⁰ *Baums*, AG Sonderheft 1997, 27; *Gernoth/Meinema*, a.a.O. m.w.N.

⁷¹ Vgl. Bericht bei *Financial Times Deutschland*:

<http://www.ftd.de/ub/in/1075534252153.html?nv=7dm>.

⁷² *Gernoth/Meinema*, RIW 2000, 848.

muss, dass bei einem Geschäftsvorgang Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder der Satzung vorgekommen sind (§ 142 Abs, 2 S. 1 AktG).⁷³

Anders als in den Niederlanden sind die von den Gerichten an die Darlegung dieser Verdachtsmomente gestellten Anforderungen eher hoch.⁷⁴ Unsubstantiierte Behauptungen, bloße Verdächtigungen oder Vermutungen reichen nicht aus.⁷⁵ In den Niederlanden hingegen reicht - ähnlich wie im deutschen Strafprozeßrecht nach § 152 StPO - ein Anfangsverdacht aus.⁷⁶ Außerdem ist die Zuständigkeit der Amtsgerichte für das komplexe Feld des Unternehmensrecht unglücklich gewählt. Es wäre zu begrüßen, wenn einige Spezialsenate an den Oberlandesgerichten gegründet und diese mit der gerichtlichen Begleitung von Sonderprüfungen betraut würden.

(11) Anordnung einstweiliger Maßnahmen

Die vielen Möglichkeit der gerichtlichen Anordnung vorläufiger Maßnahmen sind ein Grund für den Erfolg des (niederländischen) Enquêterechts. Rechtsvergleichend fragt sich daher, ob nach deutschem Recht neben der Antragstellung auf Durchführung einer Sonderprüfung ein Verfügungsverfahren mit Blick auf einstweilige Maßnahmen zulässig ist. Soweit ersichtlich gibt es dazu bislang keine Literaturstimmen, die Frage nach einstweiligem Rechtsschutz vor, während oder nach einem Sonderprüfungsverfahren wird soweit ersichtlich – vielmehr überhaupt nicht gestellt.

Allgemein ist das Instrument des einstweiligen Rechtsschutzes dem Gesellschaftsrecht allerdings alles andere als unbekannt.⁷⁷ Immerhin haben deutsche Gerichte bereits entschieden, dass die Entziehung der

⁷³ *Gernoth/Meinema*, a.a.O. m.w.N.

⁷⁴ Vgl. AG Düsseldorf, WM 1988, 1668 f.; *Gernoth/Meinema*, a.a.O. m.w.N.

⁷⁵ *Bezenberger*, in: Großkommentar zum AktG, § 147 Rn. 62.

⁷⁶ *Gernoth/Meinema*, a.a.O.

⁷⁷ Vgl. *Littbarski*, einstw. Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht.

Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis⁷⁸, ein zeitweiliges Vertretungsverbot für Gesellschafter⁷⁹, die Übertragung der Befugnisse auf Dritte⁸⁰, die Untersagung der Abhaltung einer Gesellschafterversammlung⁸¹, die Vollziehung eines bereits gefaßten Beschlusses⁸² und der Ausschluß eines Gesellschafters an der Mitwirkung bei einem Beschluß⁸³ durch einstweilige Verfügung möglich ist. Unzulässig ist nach der Rechtsprechung hingegen der Ausschluß eines Gesellschafters aus der Gesellschaft⁸⁴, eine dem Ausschluß gleichkommende Beschränkung seiner Rechte⁸⁵ und das Verbot einer bestimmten Beschlußfassung.⁸⁶

Es stellt sich die Frage, ob es zwingende Gründe dafür gibt, das Instrument des einstweiligen Rechtsschutzes nicht auf das Sonderprüfungsverfahren gem. §§ 142 ff. AktG anzuwenden. Dies könnte etwa der Fall ein, wenn sich die Nichtanwendbarkeit der ZPO aus den Vorschriften des FGG ergeben würde. Gemäß § 145 Abs. 1 FGG sind die Amtsgerichte für Angelegenheiten nach § 142 Abs. 2-6 AktG zuständig. Daraus ergibt sich jedoch lediglich die sachliche Zuständigkeit und die grundlegende Anwendbarkeit des FGG für Angelegenheiten der aktienrechtlichen Sonderprüfung. Hieraus kann nicht der Schluß gezogen werden, dass die Durchführung von Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz nach der ZPO ausgeschlossen sein sollen. Das wäre auch kaum mit dem schutzwürdigen Rechtsverfolgungsinteresse der Minderheitsgesellschafter vereinbar. Demnach spricht das Gebot effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG für eine Zulässigkeit von Maßnahmen im einstweiligen Rechtsschutz auch nach Stellung eines Antrags auf Durchführung einer Sonderprüfung nach dem AktG. Der Vorteil läge darin, dass wichtige Maßnahmen zur Wahrung der

⁷⁸ BGHZ 33, 105 (allg. M.); OLG Köln BB 77, 465; OLG Stuttgart BB 85, 879; OLG Frankfurt/M. BB 98, 2440.

⁷⁹ BGHZ 86, 183; OLG Frankfurt/M. NJW-RR 99, 257.

⁸⁰ BGHZ 33, 108.

⁸¹ OLG Koblenz, NJW-RR 86, 1039 m.w.N.

⁸² OLG Hamm, DB 92, 2129; a.A. OLG Koblenz RR 86, 1039.

⁸³ OLG Zweibrücken OLGRKoblenz 98, 85 f.

⁸⁴ Vgl. § 140 HGB, *Zöller-Vollkommer*, § 938 ZPO Rn. 3; § 940 ZPO Rn. 8.

⁸⁵ OLG Düsseldorf, NJW 89, 172.

Gesellschafterinteressen sowohl vor, als auch nach Stellung eines Antrags auf Sonderprüfung durch gerichtlichen Beschluß ergriffen werden könnten. Nach der hier vertretenen Auffassung kommt daher eine direkte Anwendung der Verfahrensvorschriften des einstweiligen Verfügungsrechts auch auf die Bestimmungen des Sonderprüfungsrechtes in Betracht. Gegenstand und Reichweite einer Verfügung werden hinsichtlich ihrer Zulässigkeit an den allgemeinen Regelungen, z.B. der Frage einer Vorwegnahme der Hauptsache zu messen sein.

b) Bilanzrechtliche Sonderprüfung nach § 258 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 AktG

Im Folgenden sei auch kurz die bilanzrechtliche Sonderprüfung nach § 258 Abs, 1 Nr. 1 und Nr. 2 AktG dargestellt.⁸⁷

(1) Antragsvoraussetzungen

Gem. § 258 II 3 AktG ist wiederum nur eine qualifizierte Minderheit der Aktionäre antragsberechtigt. Diese müssen entweder 5% des Grundkapitals oder einen Aktiennennwert von 500 000 EUR erreichen.⁸⁸ Die Aktionäre müssen glaubhaft machen, dass sie das Eigentum an den Aktien mindestens 3 Monate vor dem Datum der HV erworben haben, § 258 II 5 AktG. Auch hier ist eine Hinterlegung der Aktien bis zur Entscheidung über den Antrag erforderlich, § 258 II 4 AktG.

Im Antrag müssen konkrete Tatsachen behauptet werden. Es reicht jedoch aus, wenn der aus ihnen gezogene Schluss auf Unterbewertung bzw. unvollständige Berichterstattung für einen objektiven und verständigen Beobachter nachzuvollziehen ist. Insbesondere ist keine Beweisführung oder Glaubhaftmachung nötig.⁸⁹ Wichtig ist bei dieser Form der Sonderprüfung, dass es neben den allgemeinen

⁸⁶ OLG Koblenz, NJW 91, 1119 m.N.; *Zöller-Vollkommer*, § 940 ZPO Rn. 8; a.A.: OLG Hamburg NJW 92, 187 m.N.; OLG Frankfurt/M. NJW-RR 92, 934.

⁸⁷ Vgl. dazu: *Schimmelbusch*, WPg 1972, 141 ff.

⁸⁸ Zu den Einzelheiten vgl. *Hüffer*, AktG, § 258, Rn. 16.

⁸⁹ *Hüffer*, AktG § 258 Rn. 3.

Formvorschriften aus dem Verfahrensrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, vgl. § 145 I FGG, eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist in § 258 II 1 gibt.⁹⁰

(2) Nicht unwesentliche Unterbewertung gem. § 258 I Nr. 1 AktG

Hiernach muss Anlass für die Annahme bestehen, dass im festgestellten Jahresabschluss bestimmte Posten unterbewertet sind. Der Begriff der nicht unwesentlichen Unterbewertung umfasst sowohl Ansatz- wie auch Bewertungsfehler, vgl. auch § 256 V 3. Die genauere Konkretisierung ist jedoch umstritten⁹¹. Unabhängig davon ist die auch im niederländischen Recht festzustellende Tendenz ersichtlich, bloß unwesentliche Ereignisse nicht zur Einleitung einer Untersuchung ausreichen zu lassen. Es ist nicht erforderlich, dass einzelne Vermögenspositionen oder Verbindlichkeiten vom Antragsteller bezeichnet werden. Eine Sonderprüfung ist nur nach der Abschlussprüfung möglich, vgl. § 316 I AktG.⁹²

(3) Unvollständige Berichterstattung gem. § 258 I Nr. 2 AktG

Zunächst müssen die nach §§ 284 ff. HGB, § 160 AktG erforderlichen Angaben nicht oder nicht vollständig gemacht worden sein. Entscheidend ist dabei nicht allein das Fehlen der Angabe, sondern vielmehr die tatsächliche Pflicht zur Angabe. Insbesondere fallen unter § 258 I Nr. 2 AktG auch unrichtige Sachangaben und fälschlich erstattete Fehlanzeigen. Die Sonderprüfung ist ausgeschlossen, wenn die fehlenden Angaben in der Hauptversammlung vom Vorstand ergänzt werden, die Berichterstattung in der Hauptversammlung also vollständig nachgeholt worden ist. Über die Einsetzung der Sonderprüfer entscheidet das zuständige Amtsgericht wie im Falle des § 142 AktG. Es prüft den Antrag förmlich wie sachlich und hört den Vorstand, den Aufsichtsrat sowie die Abschlussprüfer an. Auf der Grundlage der Resultate entscheidet das Amtsgericht über den Antrag, § 258 I 1 AktG. Das

⁹⁰ Vgl. zu den Einzelheiten: Hüffer, AktG, § 258, Rn. 14 f.

⁹¹ Vgl. Hüffer, § 258 Anm. 7 f. m.w.N.

⁹² Hüffer, AktG § 258 Rn. 4 f.

Gericht kann einen oder mehrere Sonderprüfer bestellen, deren Prüfungsauftrag im Rahmen des Beschlusses festgelegt sein muss und sich nicht auf die Überprüfung des gesamten Geschäftsabschlusses beziehen darf.⁹³

c) Konzernrechtliche Sonderprüfung nach § 315 AktG

Das deutsche Sonderprüfungsrecht sieht ebenso wie das niederländische Enquêterecht eine Ausdehnung auf verbundene juristische Personen vor. Diese konzernrechtliche Sonderprüfung nach § 315 AktG stellt einen Spezialfall zu § 142 AktG dar, so dass – sofern keine Sonderregelungen vorhanden – die allgemeinen Regelungen nach § 142 ff. AktG anwendbar sind.⁹⁴ Zu beachten ist dabei jedoch insbesondere die abweichende Regelung der Antragsbefugnis:

Im Rahmen der formalisierten Prüfungsanlässe des § 315 S. 1 AktG kann jeder Aktionär unabhängig von Aktienbesitz oder Hinterlegung die Sonderprüfung beantragen, sofern eine Erklärung im Sinne der Nr. 1-3 vorliegt. Dabei ist unerheblich, ob die erklärten Tatsachen tatsächlich zutreffen. Auf diese Weise wird die Erfüllung der Antragsvoraussetzungen der Sonderprüfung sehr erleichtert.⁹⁵ Nach Anhörung aller Beteiligten ergeht die Entscheidung des Gerichts. Sofern die Voraussetzungen des § 315 S. 1 oder 2 AktG vorliegen, ernennt das zuständige Amtsgericht einen oder mehrere Sonderprüfer. Anders als bei der Sonderrprüfung nach § 142 AktG kann das Gericht in seiner Entscheidung jedoch den gesetzlichen Prüfungsgegenstand sowie den Umfang der Sonderprüfung weder einschränken noch erweitern.⁹⁶ Der Umfang der Sonderprüfung ist in § 315 AktG nicht geregelt, ist aber in tatsächlicher Hinsicht mit dem des Abhängigkeitsberichtes nach § 312 I 2, 3 AktG vergleichbar. In zeitlicher Hinsicht ist die 5-Jahres-Frist nach § 142 II AktG als Höchstgrenze heranzuziehen, da nach Ablauf dieser Frist

⁹³ Vgl. Hüffer, AktG § 258, Rn. 18 ff.

⁹⁴ Noack, WPg 1994, 225, 234; BegrRegE 1965 bei Kropff, Aktiengesetz, 1965, S. 417.

⁹⁵ Hüffer, AktG, § 315 Rn. 2 f., Noack, WPg 1994, 225, 334.

⁹⁶ Vgl. Noack, WPg 1994, 235.

auch die möglichen Ersatzansprüche nicht mehr geltend gemacht werden können.⁹⁷ Mangels spezieller gesetzlicher Regelungen ist im Übrigen auf die allgemeinen Vorschriften der § 142 ff. zurückzugreifen. Insbesondere trifft die Unternehmen die Aufklärungs- und Nachweispflicht aus § 145 II, III AktG sowie die Kostentragungspflicht aus § 146 AktG.⁹⁸

2. Pflichtprüfung der Genossenschaft

Nach § 53 ff. GenG sind die Einrichtungen, die Vermögenslage sowie die Geschäftsführung einer Genossenschaft zwecks Feststellung der wirtschaftlichen Verhältnisse und der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung mindestens in jedem zweiten Geschäftsjahr zu prüfen.⁹⁹ Im Unterschied zur aktienrechtlichen Abschlussprüfung ist bei der genossenschaftlichen Pflichtprüfung nicht nur die Frage nach der Ordnungsmäßigkeit der Buchführung zu beantworten, sondern das hinter den verbuchten Fakten stehende Handeln auf Satzungsmäßigkeit, Gesetzlichkeit und Erfolgswirksamkeit zu untersuchen und zu beurteilen.¹⁰⁰ Die Zielsetzung der genossenschaftlichen Prüfung geht damit über die Prüfung öffentlicher Unternehmen hinaus; es geht vielmehr faktisch um die Untersuchung der Geschäftsführungstätigkeit.¹⁰¹

3. Die Minderheitsrechte im GmbHG

Das deutsche GmbH-Recht kennt keine dem Sonderprüfungsrecht unmittelbar entsprechende Regelung. Eine analoge Anwendung des § 142 AktG kommt nach allgemeiner Auffassung nicht in Betracht.¹⁰² Aus den Bestimmungen, die sich zumindest auch auf den Schutz des Minderheitsgesellschafters auswirken, etwa in §§ 50, 51a, b, 61 Abs. 2 GmbHG, ist im Rahmen dieser Arbeit die Regelung des Auskunfts- und

⁹⁷ Insbesondere *Noack*, WPg 1994, 228 f.

⁹⁸ *Hüffer*, AktG § 315 Rn. 6, *Noack*, WPg 1994, 225.

⁹⁹ Vgl. hierzu: *Saage*, WPg 1967, 225.

¹⁰⁰ *Saage*, WPg 1967, 225.

¹⁰¹ *Ders.*, a.a.O.

¹⁰² *Fleischer*, GmbHR 2001, 46

Einsichtsrecht in § 51 a GmbHG näher zu betrachten. Dabei soll der Inhalt der Regelung zunächst kurz und nur soweit es für die Betrachtung des Sonderprüfungsrechtes und der Abgrenzung hierzu erforderlich ist, skizziert werden.

a) Die Regelung in § 51 a GmbHG

§ 51 a GmbHG gewährt dem Gesellschafter ein umfassendes Informationsrecht auf Auskunft und Einsicht in die Geschäftspapiere. Es handelt sich um kein Minderheitsrecht, sondern um ein Individualrecht, welches jedem einzelnen Gesellschafter unabhängig von der Größe oder dem Verhältnis seiner Geschäftsanteile zusteht.¹⁰³ Voraussetzung des Anspruchs ist lediglich, dass der Anspruchsteller Gesellschafter ist und es sich um eine Angelegenheit der Gesellschaft handelt. Über weitere – hier nicht interessierende Anspruchsvoraussetzungen – herrscht Streit.¹⁰⁴ Das Auskunftsrecht erstreckt sich demgemäß auf alle Angelegenheiten der Gesellschaft, ist also nicht etwa auf Tatsachen, die für ein Abstimmungsverhalten relevant sein könnten, beschränkt.¹⁰⁵ Das Informationsrecht erstreckt sich unstreitig auf die Beziehung der GmbH zu verbundenen Unternehmen.¹⁰⁶ Allerdings besteht kein „Durchgriff“, in dem Sinne, dass ein GmbH-Gesellschafter etwa das Recht aus § 51 a GmbHG auch gegenüber einer mit der eigenen GmbH verbundenen Drittgesellschaft geltend machen kann.¹⁰⁷ Auskunft und Einsicht sind „auf Verlangen“ zu gewähren, d.h. nach formloser aber empfangsbedürftiger Erklärung des Gesellschafters oder seines Bevollmächtigten in oder außerhalb der Gesellschafterversammlung.¹⁰⁸

¹⁰³ *Scholz/K.Schmidt*, § 51 a Rn 4, *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG § 51 a Rn 1

¹⁰⁴ *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG § 51 a Rn 1. Zum Streit, ob als dritte Voraussetzung ein Informationsbedürfnis des Gesellschafters hinzutreten muss: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG § 51 a Rn 4 sowie eingehend: *Scholz/K.Schmidt* § 51 a Rn 7 f.

¹⁰⁵ *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG § 51 a Rn 5.

¹⁰⁶ KG BB 93, 2036; *Ebenroth/Wilken*, BB 1993, 1818

¹⁰⁷ *Scholz/K.Schmidt*, § 51 a Rn 17 auch mwN zum Streit, ob es übergreifende Informationsrechte gegenüber anderen Gesellschaften – etwa gegenüber der KG bei der GmbH & Co KG oder gegenüber verbundenen Unternehmen geben kann.

¹⁰⁸ *Scholz/K.Schmidt*, § 51 a Rn 18; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG § 51 a Rn 15

b) Die Informationsverweigerung

Nach § 51 a Abs. 2 GmbHG dürfen die Geschäftsführer die Einsicht und Auskunft verweigern, wenn zu besorgen ist, dass der Gesellschafter sie zu gesellschaftsfremden Zwecken verwenden und dadurch der Gesellschaft oder verbundenen Unternehmen einen nicht unerheblichen Nachteil zufügen wird. Innerhalb und auch außerhalb des vorstehend zitierten § 51 a GmbHG kommen komplizierte¹⁰⁹ Informationsverweigerungsrechte in Betracht.

c) Gerichtliche Entscheidung

Erhält der Gesellschafter die verlangte Auskunft nicht oder wird ihm die verlangte Einsicht nicht gestattet, steht ihm die gerichtliche Entscheidung gemäß § 51 b GmbHG hierüber offen. § 132 Abs.1, 3 bis 5 AktG findet nach dem Gesetzeswortlaut entsprechende Anwendung. Zuständig ist ausschließlich das Landgericht (Kammer für Handelssachen) am Sitz der GmbH im Verfahren des FG (§§ 132, 99 AktG).¹¹⁰

d) Vergleich mit den Grundgedanken eines Sonderprüfungsrechtes

Bei dem vorstehend skizzierten Auskunftsrecht nach § 51 a GmbHG handelt es sich rechtsdogmatisch um ein eigennütziges mitgliedschaftliches Individualrecht¹¹¹. Damit unterscheidet es sich schon deutlich von dem - abgesehen von den Fällen eines öffentlichen oder arbeitnehmerseitigen Interesses (etwa bei niederländischen Enquêterecht der Antragsbefugnis des Staatsanwaltes oder der Gewerkschaft) - je nur einer qualifizierten Gruppe von Gesellschaftern zugesprochen Sonderprüfungsrecht, auch wenn in der Literatur Stimmen zur rechtsdogmatischen Qualität etwa des Sonderprüfungsrechtes nach § 142 AktG fehlen. Denn die Regelungen zur Qualifizierung eines Quorums stellen

¹⁰⁹ *Scholz/K.Schmidt* § 51a, Rn 28

¹¹⁰ *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG § 51 b Rn 1

¹¹¹ *Scholz/K.Schmidt* § 51a, Rn 1, 9 f; gleiches gilt für das Auskunftsrecht nach § 131 Abs. 1 AktG, vgl. etwa: *Hüffer*, AktG, § 131 Rn 2.

immer auf bestimmte Größen ab, auch wenn zufällig die erforderlichen Anteile in der Hand eines Gesellschafters liegen sollten. Das deutsche Aktienrecht kennt neben besonderen auch ein allgemeines Sonderprüfungsrecht nach § 142 AktG, welches ohne Frage neben dem Auskunftsrecht des Aktionärs nach § 131 AktG Anwendung findet. Demgegenüber gewährt § 51 a GmbHG dem Minderheitsgesellschafter indes das Recht zur Einsichtnahme in die Bücher und Schriften der Gesellschaft. Dieses Einsichtsrecht entspricht schon eher den mit einer Sonderprüfung verbundenen Befugnissen. Bei der Sonderprüfung indes werden einer sachkundigen Dritten Person die Ermittlungen innerhalb der Daten eines Unternehmens zu einem bestimmten Vorgang übertragen. Im niederländischen Enquêterecht ist dies etwa mit der Befragung von Mitarbeitern¹¹² verbunden. Dies geht über das dagegen bloß passive Einsehen von Büchern hinaus. Schließlich aber ist die Idee eines Sonderprüfungsrechtes auch mit der Möglichkeit einstweiliger gerichtlicher Regelungen verbunden. Dies jedenfalls dann, wenn es sich um ein effektives und durchsetzbares Sonderprüfungsrecht etwa nach dem Vorbild des niederländischen Enquêterechts handeln soll. Ein solches einstweiliges Verfahrensrecht wird in Deutschland – soweit ersichtlich – jedenfalls noch nicht einmal theoretisch in Betracht gezogen, geschweige denn angewandt. Auf rein nationaler Ebene unterscheiden sich deutsches Einsichtsrecht nach § 51 a GmbH (oder § 131 AktG) auch nach dem Gegenstand: Während sich das Einsichtsrecht umfassend auf alle Angelegenheiten der Gesellschaft erstreckt ist das Sonderprüfungsrecht auf die „Prüfung von bestimmten Vorgängen“ beschränkt. Schließlich sieht das Sonderprüfungsrecht auch keine Informationsverweigerungsrechte vor. Zurecht geht daher *Ebenroth*¹¹³ von einem Nebeneinander beider Bestimmungen im Aktienrecht aus: Der Auskunftsanspruch ermöglicht dem Gesellschafter das Einholen von Informationen. Kann er dann Anhaltspunkte dafür geltend machen, dass Unredlichkeiten oder grobe Gestzes- oder Satzungsverstöße der

¹¹² Dies gilt nicht bei Ausübung des Einsichtsrechts nach § 51 a GmbHG: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG § 51 a Rn 9.

¹¹³ *Ebenroth*, Das Auskunftsrecht der Aktionärs, 1970, S. 133 ff; *Ebenroth/Wilken*, BB 1993, 1818

Geschäftsführung vorgekommen sind, kann er den Weg der Sonderprüfung gemäß § 142 AktG beschreiten. Im Ergebnis bereitet also auch ein starkes Informations- und Einsichtsrecht nur das Verfahren einer Sonderprüfung vor und kann es nicht ersetzen. Im geltenden deutschen GmbH-Recht relativiert das starke Informationsrecht in § 51 a GmbHG das Fehlen eines Sonderprüfungsrechtes wie in § 142 AktG; ersetzen kann es dies indes nicht.

4. Das Insolvenzrecht

Mit dem am 1.1.1999 in Kraft getretenen Insolvenzordnung¹¹⁴ geht aus der Sicht der Unternehmen eine Vorverlagerung staatlichen Eingreifens in die Privatautonomie der juristischen Person einher.

a) Drohende Zahlungsunfähigkeit als Eröffnungsgrund

Das gilt insbesondere für die Einführung der drohenden Zahlungsunfähigkeit als Eröffnungsgrund in § 18 InsO, wodurch bereits das bloße Drohen einer Zahlungsunfähigkeit zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ausreicht. Damit nähert sich das deutsche Recht von einem staatlichen Eingreifen in der Insolvenzsituation zu einem solchen in der Insolvenzgefahr an¹¹⁵ und, wenn man so will, damit auch einem Eingreifen bei schlechter Unternehmensführung, die häufig einer Insolvenzgefahr vorausgehen wird.

b) Insolvenzplan

Auch der Insolvenzplan nach §§ 1 S. 1, 2, HS, 217 InsO mag nicht nur als universelles Instrument zur Realisierung der Schuldnerhaftung verstanden werden,¹¹⁶ sondern auch insbesondere als Möglichkeit der

¹¹⁴ Vgl. hierzu: *Noack*, Gesellschaftsrecht sowie z.B. *Hess*, Insolvenzrecht, *Jauernig*, Insolvenzrecht, oder *Kirchhof*, Leitfaden zum Insolvenzrecht.

¹¹⁵ *Gottwald/Uhlenbruck*, Insolvenzrechtshandbuch, § 6 Rz. 10.

¹¹⁶ *Breuer*, S. 146.

Unternehmenssanierung.¹¹⁷ Ist ebenso wie beim niederländischen Enquêteverfahren die Unternehmenserhaltung Gesetzeszweck, so kann sogar die Übertragung der Unternehmensführung auf einen Verwalter als erheblich eingreifenderes staatliches Regulierungsinstrument verstanden werden im Vergleich zur Begutachtung der Unternehmensführung im niederländischen Enquêteverfahren. Dies gilt selbst unter Berücksichtigung des umfangreichen Maßnahmenkatalogs, der der Unternehmenskammer zur Verfügung steht. Durch die Unternehmenskammer werden lediglich einzelne einstweilige, wenn auch u.U. schwerwiegende, Eingriffe in die unternehmerische Freiheit angeordnet.

c) Überschuldung als Eröffnungsgrund

Erwähnt sei schließlich der weitere Eröffnungsgrund der Überschuldung gemäß § 19 InsO. Dieser setzt auf der Grundlage des zweistufigen Überschuldungsbegriffs¹¹⁸ neben der Feststellung der Überschuldung auf Grund einer besonderen Überschuldungsbilanz auch eine negative Fortführungsprognose voraus.¹¹⁹ Damit muss eine Voraussage darüber getroffen werden, ob das Unternehmen bei ordnungsgemäßer Geschäftsführung wirtschaftlich lebensfähig ist und in absehbarer Zeit kostendeckend wirtschaften wird.¹²⁰ Auch hierbei handelt es sich um eine von einem Sachverständigen, regelmäßig einem Wirtschaftsprüfer, erstellte Begutachtung. Im Enquêteverfahren des niederländischen Rechts ist das Sachverständigengutachten ein wesentlicher Bestandteil möglicher Sanierungspläne. Eine Vorverlagerung auch dieses Insolvenzgrundes im Sinne einer drohenden Überschuldung kommt in der praktischen Arbeit wohl sehr nahe der Prüfung einer Gesellschaft bei begründetem Verdacht einer schlechten Unternehmensführung. Über die Kodifizierung einer Sonderprüfung im GmbH-Recht zur

¹¹⁷ Vgl. zu den bisherigen Erfahrungen: *Gottwald*, Insolvenzhandbuch, § 1 Rz. 66.

¹¹⁸ BGH ZIP 1992, S. 1382; *Scholz/K. Schmidt* § 63 GmbHG Rn. 13 ff.; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO § 102 Rn. 3a.

¹¹⁹ *Gottwald/Uhlenbruck*, Insolvenzhandbuch, § 6 Rz. 22 m.w.N.

¹²⁰ *Ders.*, a.a.O.

Insolvenzprophylaxe sind daher - jedenfalls in der wissenschaftlichen Literatur - Überlegungen bereits angestellt worden.¹²¹

5. Das Kontroll- und Transparenzgesetz

Im Zusammenhang der vorliegenden Arbeit ist auch an das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 6.3.1998¹²² zu denken. Schon der Name des Gesetzes, nach dem eine Kontrolle im Unternehmensbereich und dessen Transparenz angestrebt ist, deutet auf die parallelen gesetzgeberischen Intentionen hin. Das KonTraG setzt gesetzestechnisch bei den Vorschriften zur Rechnungslegung an. Dessen Instrumentarium soll verstärkt werden und damit zur Risikovorsorge und Risikotransparenz in der Kapitalgesellschaft beitragen.¹²³ Bezweckt werden soll damit auch eine effektivere Kontrolle der Unternehmensführung.¹²⁴ Im einzelnen sollen diese Ziele durch eine Verschärfung der Anforderungen an den Lagebericht,¹²⁵ eine Neugewichtung des Verhältnisses der Aufgabenverteilung von Vorstand, Aufsichtsrat und Wirtschaftsprüfer sowie durch Neuformulierung der Vorgaben für Gegenstand und Umfang der Abschlussprüfung, des Abschlussberichtes und des Bestätigungsvermerks erreicht werden. Aus der Sicht des niederländischen Enquêterechtes stellt auch dies eine Annäherung dar. Dem Instrument fehlt jedoch die letzte Konsequenz, nämlich die Einführung eines maßregelbewehrten Untersuchungsrechtes, welches für alle Kapitalgesellschaften Anwendung findet. Das Enquêterecht bewirkt in weit größerem Maße Kontrolle des Unternehmens bei schlechter Unternehmensführung und erzielt durch verstärkte Informationsrechte ein großes Maß an Transparenz. Auch die durch das KonTraG gewollte effektivere Kontrolle der Unternehmens-

¹²¹ Siehe die gleichnamige wirtschaftswissenschaftliche Dissertation von *Maiss*.

¹²² BGBl I 789; Gesetzestext und Materialien bei *Ernst/Seibert/Stuckert*, S. 12 ff.; allg. zum KonTraG: *Zimmer*, NJW 1998, 3521; *Remme/Theile*, GmbHR 1998, 909; *Ernst*, KonTraG, S. 1 ff.; *ders.* WPg 1998, 1025; *Hommelhoff*, BB 1998, 2567 und 2625; *Mattheus*, ZGR 1999, 682; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, Einl. Rn 11 und Vor § 41 Rn. 3; *Pahlke*, NJW 2002, 1680 ff.

¹²³ *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, Einl. Rn 11 und Vor § 41 Rn 3.

¹²⁴ *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, Einl. Rn 11 und Vor § 41 Rn 3.

führung ist durch das niederländische Enquêterecht weitergehend verwirklicht.

6. Einflussnahme durch das BAFin

Das BAFin ist seit Mai 2002 die neue Allfinanz-Aufsichtsbehörde. Sie ist sowohl Aufsichtsbehörde für das Versicherungs-, als auch für das Kreditwesen. Ihre Tätigkeit richtet sich nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) einerseits und dem Kreditwesengesetz (KWG) andererseits. Im Folgenden soll lediglich auf die Kompetenzen nach dem KWG eingegangen werden.

Das BAFin übt gem. § 6 Abs. 1 KWG die Aufsicht über die Institute nach den Vorschriften des KWG aus. Daneben überträgt § 6 Abs. 2 KWG dem BAFin die Aufgabe, Mißständen im Kredit- und Finanzdienstleistungswesen entgegenzuwirken, welche die Sicherheit der den Instituten anvertrauten Vermögenswerte gefährden, die ordnungsgemäße Durchführung der Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen beeinträchtigen oder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft herbeiführen können. Im Rahmen seiner Aufgabenwahrnehmung kann das BAFin gem. § 6 Abs. 3 KWG gegenüber den Instituten und Geschäftsleitern Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, um Verstöße gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen zu unterbinden oder um Mißstände in einem Institut zu verhindern oder zu beseitigen, welche die Sicherheit der dem Institut anvertrauten Vermögenswerte gefährden können oder die ordnungsgemäße Durchführung der Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen beeinträchtigen. Das gilt auch für Finanzholding-Gesellschaften und deren Geschäftsleitern. Die Kompetenzen des BAFin reichen von der Bilanzprüfung nach § 28 f. KWG, über Auskunfts- und Prüfungsrechte nach §§ 44-44c KWG bis zur Abberufung von Geschäftsleitern (vgl. §§ 36-38, 1 Abs. 2 KWG). Das BAFin hat zudem die Möglichkeit, Sonderbeauftragte mit weitreichenden Befugnissen

¹²⁵ Hierzu im einzelnen: *Escher-Weingart*, NZG 1999, 909; *Forster*, AG 1999, 193; *Gelhausen*, BfuP 1999, 390; *Hachmeister*, DStR 1999, 1453; *Hommelhoff*, BB 1998, 2567 und 2625; *Mattheus*, ZGR 1999, 682.

einzusetzen oder einen Antrag auf gerichtliche Bestellung erforderlicher Geschäftsleiter zu stellen (vgl. § 46 KWG).

Die Bundesregierung denkt mit Blick auf eine Verbesserung des Anlegerschutzes darüber nach, die Überwachungskompetenzen des BAFin auf alle Aktiengesellschaften auszuweiten und dem BAFin eine sogenannte „Enforcement-Stelle“ als nichtstaatlichen Partner zur Seite zu stellen. Unter den diskutierten Kompetenzen, die dem BAFin zur Erfüllung dieser Aufgabe übertragen werden sollen, gehört insbesondere die Möglichkeit, Sonderprüfungen anzuordnen, Prüfer abzulehnen und Bilanzen berichtigen zu lassen.¹²⁶ Einige Experten halten es für nötig, eine staatliche Überwachung der Rechnungslegungspraxis der Unternehmen einschließlich der Tätigkeit der Wirtschaftsprüfer mit starken Aufsichts- und Sanktionsmöglichkeiten zu etablieren.¹²⁷ Als geeignete Sanktionen werden behördliche Eingriffsrechte gegenüber Geschäftsleitungsmitgliedern, ein zeitweiliges Berufsverbot sowie die Offenlegung von Kapitalmarktvergehen angesehen. Andere lehnen eine Ausweitung der Tätigkeit des BAFin nach dem Vorbild der amerikanischen SEC wegen der zu befürchtenden Überregulierung, Wettbewerbsverzerrung und Kostspieligkeit ab.¹²⁸ Angesichts dieser hier nur kurz aufgerissenen Diskussion über die Erweiterungen der ohnehin sehr umfassenden Eingriffsbefugnisse des BAFin in die innersten Freiheiten eines Unternehmens (Besetzung des Vorstandes) erscheint die Erweiterung des im Aktienrecht geltenden eingeschränkten Sonderprüfungsrechtes oder die Einführung eines auf einen weiten Bereich von Gesellschaftsformen anwendbaren allgemeinen Sonderprüfungsrechtes dann auch für Deutschland nicht mehr so undenkbar.

¹²⁶ Netzeitung-Artikel „Anleger sollen mehr Rechte bekommen“ vom 25.02.2003, <http://www.netzeitung.de/wirtschaft/228315.html>

¹²⁷ Beck, Zeitschrift „Finanzplatz“ November 2002, S. 8.

¹²⁸ Vgl. etwa Schneider, S. 9.

B. England

Das englische Sonderprüfungsrecht¹²⁹ ist im Companies Act geregelt. Die Regelungen in Art. 56, 58 und 59 des Companies Act von 1862 sollen Vorbild für die Einführung eines Enquêterechtes in den Niederlanden gewesen sein.¹³⁰ Im britischen Gesellschaftsrecht¹³¹ findet sich auch heute noch eine sehr ähnliche Regelung in sections 431 – 453 Companies Act (1985). Dieser Teil III des Companies Act 1989 ist überschrieben: Investigations and Powers to Obtain Information.

1. Einleitung des Verfahrens

Die Befugnis zur Einleitung einer Untersuchung liegt nicht bei den Gerichten, sondern bei dem Handelsminister, section 431.1. Die Untersuchung findet auf Antrag statt. Antragsberechtigt sind 200 Anteilseigner zusammen oder einzelne Gesellschafter, die mindestens 1/10 des Kapitals halten (section 431.2). Der Antrag muss in einer dem Minister genügenden Weise begründet sein (section 431.3). Der Minister kann vom Antragsteller die Stellung einer Sicherheit für die Kosten der Untersuchung verlangen (section 431.4). Anders als im niederländischen Recht muss also nicht die zu untersuchende juristische Person eine Sicherheit stellen, sondern vielmehr der Antragsteller.

2. Informelles Vorverfahren

Der Minister kann auch vor der Anordnung eines Untersuchungsverfahrens von der Gesellschaft Einsicht in deren Bücher und Belege verlangen, was im Rahmen eines sog. informellen Vorverfahrens¹³² stattfindet. Dieses wurde 1967 eingeführt, um die negative Wirkung, die mit einer Untersuchung in der Öffentlichkeit verbunden wird, zu

¹²⁹ Vgl. dazu: *Fleischer*, DStR 2000, 1015 f.; *ders.*, in: *Kütting/Weber* (Hrsg.), Handbuch der Rechnungslegung, Bd. 1b), § 142 Rn. 15 ff.; *ders.*, GmbHR 2001, 52.

¹³⁰ *Fleischer*, GmbHR 2001, 52.

¹³¹ Siehe dazu: *Helms*, S.235.

¹³² Vgl. dazu: *Cheffins*, Company Law theory, S. 464; *Boyle*, Directors' Fiduciary Duties, in: *Forum Internationale*, S. 12.

vermeiden und so Schaden von dem Unternehmen fern zu halten. Jeder, der bei der Gesellschaft tätig ist oder war, ist verpflichtet, Auskünfte zu erteilen. Die Zurückhaltung von Informationen ist strafbar (section 447 – 451).

3. Anordnung durch das Gericht

Der Minister ist verpflichtet, ein Enquêteverfahren einzuleiten, wenn dies von einem Richter angeordnet wird. (section 432.2) und wenn es Tatsachen gibt, die darauf hindeuten, dass die Gesellschaft Anteilseignern, Gläubigern oder Dritten unrichtige Informationen gegeben hat (defraud) dass oder die Gesellschaft für unerlaubte Zwecke mißbraucht wird. Dasselbe gilt für Tatsachen, die darauf hindeuten, dass die Unternehmensführung für defraud oder sonstige schlechte Führung verantwortlich sind oder dass die Anteilseigner Informationen, auf die sie Anspruch haben, nicht erhalten haben (section 432.2).

4. Tätigkeit der Inspektoren

In der Regel wird ein Rechtsanwalt, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer zum inspector benannt. Der inspector stellt die Verfahrensregeln selbst fest. Beteiligte an dem Untersuchungsverfahren erhalten rechtliches Gehör. Die Mitarbeiter der Gesellschaft müssen auch nach ihrem Ausscheiden dem inspector alle Informationen zur Verfügung stellen und gegebenenfalls unter Eid als Zeugen aussagen (section 434). Die inspectors können von den Steuerberatern der Gesellschaft Einsicht in sämtliche Unterlagen, insbesondere in die Kontoauszüge (auch die ausländischen) verlangen, wenn sie vermuten, dass dort Zahlungen aufzufinden sind, die zu Unrecht nicht in den Büchern der Gesellschaft auftauchen (section 435). Weigern sich die betreffenden Personen, Informationen herauszugeben, machen sie sich strafbar (section 436). Die inspectors berichten dem Minister entweder informell (section 433.2) oder in Form eines schriftlichen (Zwischen-)Berichtes. Ist die Untersuchung auf Anordnung eines Gerichtes eingeleitet worden, erhält auch

das Gericht ein Exemplar. Der Minister kann den Bericht vorab an die Gesellschaft, die Anteilseigner oder an in dem Bericht erwähnte Personen übersenden. Der Minister kann auch beschließen, dass der Bericht veröffentlicht wird (section 437), was in der Regel geschieht.¹³³

5. Anwendbarkeit auf ausländische Unternehmen

Die Bestimmungen, die Bezug auf die Untersuchung (432 – 437), den Ersatz der Kosten (439), die Beweiskraft der Untersuchung im zivilrechtlichen Verfahren (441) und das „legal professional privilege“ (452 Absatz 1) haben, finden auch Anwendung auf eine ausländische Gesellschaft, die in Großbritannien tätig ist oder war (section 453 Absatz 1).

6. Anordnung von Maßnahmen

Auf Grund des Untersuchungsberichtes kann eine Vielzahl von Maßnahmen angeordnet werden. Der Minister hat die Befugnis, im öffentlichen Interesse zivilrechtliche Forderungen gegen die Gesellschaft zu stellen (section 438 und 460) und bei Gericht auf Auflösung der Gesellschaft zu klagen (section 440). Der Minister kann auch wegen anderer Maßnahmen gegen die Gesellschaft klagen („*alternative remedies*“). Diese „*alternative remedies*“ können sein: Die Bestimmung des zukünftigen Vorstandes der Gesellschaft; die Anordnung, eine bestimmte Vorgehensweise, deretwegen der Anteilseigner Klage erhoben hat, zu unterlassen; die Zustimmung für die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche durch die Gesellschaft zu geben oder die Übernahme von Anteilen durch oder für die Anteilseigner der Gesellschaft zu erzwingen (section 461). Es wird berichtet, dass der Minister sehr zurückhaltend mit dem Gebrauch seiner Befugnisse ist¹³⁴. Eine mögliche Erklärung hierfür ist die Interessenlage bei den Anteilseignern. Diesen schaden die negativen Auswirkungen durch ein

¹³³ *Shearman in: Die GmbH-Rechte in den EG-Staaten*, S. 49, 73/75.

¹³⁴ *Shearman in: Die GmbH-Rechte in den EG-Staaten*, S. 49, 73/75; *Boukema in: Rechtspersonen § 1 Ziffer 5*.

öffentliches Untersuchungsverfahren mehr als ihnen das Verfahren nutzt, da das Vertrauen der Öffentlichkeit in den Wert der Unternehmensanteile darunter leiden kann¹³⁵. Die Zurückhaltung entspricht einem Grundgedanken des britischen Gesellschaftsrechtes.¹³⁶ Danach gilt im englischen Gesellschaftsrecht seit jeher die Regel: Keine Intervention. Nach der „rule“ in *Foss v. Harbottle*¹³⁷ gilt: wird behauptet, der Gesellschaft sei ein Unrecht zugefügt worden, ist *prima facie* der einzig berechnigte Kläger die Gesellschaft selbst und nicht etwa ein Anteilseigner. Diese Rechtsauffassung ist in der neueren Rechtsprechung bestätigt worden.¹³⁸

C. Frankreich

Auch in Frankreich findet sich ein Sonderprüfungsrecht.¹³⁹ Dort ist es allerdings sehr knapp gesetzlich geregelt, so dass es an vielen Stellen der Ausfüllung durch die Rechtsprechung bedarf.¹⁴⁰

1. Antragsvoraussetzungen

Nach Artikel 64-2 und 226 *Code des Sociétés* vom 24. Juli 1966, zuletzt geändert durch Gesetz vom 1. März 1984, können Antragsberechnigte bei Gericht beantragen, einen Sachverständigen zu benennen, der die Führung des Unternehmens durch den Vorstand untersucht und darüber schriftlich berichtet (*expertise de gestion*).¹⁴¹ Das französische Recht kennt verschiedene Antragsberechnigte. So sind neben einem oder einer Gruppe von Aktionären, Art. 226 I, auch ein Gesellschafter oder ein

¹³⁵ *Shearman* in: Die GmbH-Rechte in den EG-Staaten, S. 49, 73/75.

¹³⁶ *Shearman* in: Die GmbH-Rechte in den EG-Staaten, S. 49, 73/75.

¹³⁷ (1843) 2 Hare 461 (Court of Chancery); *Busch*, S. 83 ff.

¹³⁸ *Shearman* in: Die GmbH-Rechte in den EG-Staaten, S. 49, 75 unter Hinweis auf: *Prudential Assurance Co. Ltd. v. Newman Industries (No. 2)* (1982) All ER 254.

¹³⁹ Instruktiv dazu: *Bissara*, *Révue des sociétés* (Rev. soc.) 1998, 5 ; zur Rechtsprechung : *Mestre/Blanchard-Sébastien*, in : *Lamy Sociétés Commerciales*, 1999, 1238-1259 ; *Fleischer*, RIW 2000, 810 ff.; *ders.*, GmbHR 2001, 51.

¹⁴⁰ Ähnlich: *Fleischer*, a.a.O., 811.

¹⁴¹ *Fleischer*, a.a.O., 810 m.w.N.

entsprechender Zusammenschluss dieser, Art. 64-2 I, antragsberechtigt, sofern sie mindestens 10 % des Gesellschaftskapitals repräsentieren.¹⁴²

Aufgrund einer Gesetzesnovelle können Minderheitsaktionäre einer SA, die mindestens 1/5 des Grundkapitals repräsentieren, nunmehr auch einzelne Maßnahmen der Geschäftsführung in den von ihr kontrollierten Gesellschaften im Sinne des L. 233-3 mittels Gutachtens überprüfen lassen.¹⁴³ Darüber hinaus können der Oberstaatsanwalt (*ministère public*), das *comité d'entreprise* (Betriebsrat) und die *commission des opérations de bourse* (C.O.B.) einen entsprechenden Antrag stellen.¹⁴⁴ Nach Art. 145 *nouveau code de procédure civile* hat jeder Minderheitsgesellschafter das Recht, eine Prüfung zu verlangen, die ihm Beweismaterial für eine beabsichtigte Schadensersatzklage liefert.

2. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich umfasst Aktiengesellschaften (*sociétés anonymes* gemäß Art. 226), KGaA (*sociétés en commandite par actions* gemäß Art. 251), die *Société civile immobilière autorisée à faire publiquement appel à l'épargne* und die GmbH (*société à responsabilité limitée, S.A.R.L. gemäß Art. 64-2.*)¹⁴⁵ Der Gegenstand der Sonderprüfung wird gem. Art. 226 Abs. 2 durch das Gericht bestimmt.¹⁴⁶ Die dazu einschlägige Ausführungsverordnung nimmt lediglich zur funktionellen Zuständigkeit innerhalb des Gerichts Stellung.¹⁴⁷

¹⁴² *Fleischer*, a.a.O., 812.

¹⁴³ Vgl. Gesetz Nr. 2001-420 zur Änderung des Wirtschaftsrechts vom 15. Mai 2001 und das Gesetz Nr. 2001-152 über die Reform der Belegschaftsbeteiligung vom 19. Februar 2001; dazu: *Seseke*, <http://www.roedl.de/Inhalt/download/Briefe/AB0112.pdf>, 1, 3.

¹⁴⁴ Vgl. zu den Einzelheiten: *Guyon*, SO 1985 1/1142, S. 6 Abs. 21 ff.

¹⁴⁵ Vgl. hierzu *Guyon*, SO 1985 1/1142, S. 4 Abs. 10 ff., insbesondere auch zur Problematik der Sonderprüfung bezüglich Maßnahmen in der Gründungsphase und nach der Auflösung; vgl. auch *Fleischer*, a.a.O. m.w.N.

¹⁴⁶ *Fleischer*, RIW 2000, 811.

¹⁴⁷ *Fleischer*, a.a.O. mit Verweis auf *Merle*, *Sociétés commerciales*, 6. Aufl. 1998, 522.

3. Anordnung durch Gericht

Der Antrag ist an den Präsidenten des Tribunal de commerce im Département des Unternehmensitzes zu richten. Dieser kann die Einsetzung eines Sonderprüfers gerichtlich anordnen, sofern ein ernstliches Verlangen geltend gemacht wird und Grund zu der Annahme besteht, dass ein Geschäftsführungsfehler vorliegt.¹⁴⁸ Im einzelnen ergeben sich danach folgende Voraussetzungen: Es muss Grund zu der Annahme bestehen, dass die Maßnahme schädlich für die Verwirklichung des Gesellschaftszieles oder nicht in Übereinstimmung mit den Interessen der Gesellschaft erfolgen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Geschäftsführungsfehler oder ein Ausnützen der Mehrheitsverhältnisse vermutet wird.¹⁴⁹ Eine Sonderprüfung ist nicht zulässig, wenn die Informationen auch auf anderem weniger einschneidenden Weg erlangt werden können. Demnach muss zumindest eine gescheiterte Anfrage beim Vorstand bzw. Verwaltungsrat vorliegen.¹⁵⁰ Eine Sonderprüfung hinsichtlich einer bestimmten Maßnahme ist auch dann ausgeschlossen, wenn der Antragsteller persönlich oder im Rahmen einer Generalversammlung dieser Maßnahme bereits zugestimmt hat.¹⁵¹

4. Beauftragung von Experten

Sofern dem Antrag der Sonderprüfung stattgegeben wird, kann das Gericht einen oder mehrere Experten bestimmen, die die Untersuchung der Geschäftsführung vornehmen sollen.¹⁵² In der Entscheidung wird gleichzeitig auch der Auftrag und das Ziel der Prüfung sowie die Befugnisse der Experten festgelegt. Diese Festlegung erfolgt im freien Ermessen des Gerichts, Art. 64-2 III bzw. Art. 226 III. Auf der einen

¹⁴⁸ Eine Ausnahme ergibt sich nur für die *société civile immobilière*. Hier ist das Tribunal de grande instance zuständig, vgl. Guyon, SO 1985 1/1142, S. 10 Abs. 41.

¹⁴⁹ Die Voraussetzungen an die beanstandete Maßnahme sind nicht näher gesetzlich geregelt und bedürfen der Auslegung durch die Gerichte, vgl. Guyon, SO 1985 1/1142, S. 8 Abs. 37.

¹⁵⁰ Vgl. Douai 10 juill. 1970: D.S. 1971, 179; Guyon, SO 1985 1/1142, S. 9 Abs. 38 f.

¹⁵¹ Guyon, SO 1985 1/1142, S. 9 Abs. 40.

¹⁵² Vgl. Guyon, SO 1985 1/1142, S. 10 Abs. 45.

Seite ist der Auftrag in der Regel sehr weit gefasst, insbesondere sind auch Untersuchungen hinsichtlich der Verletzung von Rechtsvorschriften, der Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung sowie einer möglicherweise unzulässigen Ausnutzung der Mehrheit innerhalb der Gesellschaft zulässig.¹⁵³ Auf der anderen Seite ist der Auftrag jedoch durch drei Voraussetzungen eingeschränkt:

Zunächst muss der Auftrag genau bestimmt sein, d.h. er darf nur die Untersuchung einer oder mehrerer Maßnahmen der Geschäftsführung nicht aber die Geschäftsführung als Ganzes umfassen.¹⁵⁴ Ausgeschlossen sind insbesondere Handlungen der Abschlussprüfer, der in der Gesellschaft vertretenen Gewerkschaften sowie der Generalversammlung.¹⁵⁵ Der Auftrag des/der Experten muss streng von den Aufgaben der anderen Organe der Gesellschaft abgegrenzt sein (Spezifität des Auftrags). Insbesondere darf es nicht zu einer Überlappung mit dem Aufgabenbereich des Abschlussprüfers kommen, dessen Tätigkeit konstant und nicht nur auf den Fall einer Krise bezogen ist.¹⁵⁶ Außerdem muss der Auftrag zeitlich begrenzt sein. Das bedeutet einerseits, dass der Experte die Geschäftsführung nicht konstant, sondern nur in einer Krisensituation überprüfen darf und ihm demnach auch ein „Abgabetermin“ für den Prüfungsbericht auferlegt werden kann. Andererseits bezieht es sich auf die Prüfung selbst, die nur so weit in die Vergangenheit reichen darf, wie es für die Überprüfung der beanstandeten Maßnahmen erforderlich ist. Zukünftige Projekte darf er nur dann überprüfen, wenn es Hinweise für hinreichend schwerwiegende und präzise Schäden gibt¹⁵⁷. Wie der Auftrag selbst, so werden auch die Befugnisse des Experten durch gerichtliche Anordnung festgelegt, Art. 64-2 III bzw. Art. 226 III.

Diese flexible Festlegung orientiert sich an Art und Umfang des Auftrags, um die Konsequenzen für die Gesellschaft möglichst gering zu

¹⁵³ *Guyon*, SO 1985 1/1142, S. 11 Abs. 50 u. 52.

¹⁵⁴ Zu weiteren Einzelheiten vgl. *Guyon*, SO 1985 1/1142, S. 11 Abs. 51 ff.

¹⁵⁵ *Guyon*, SO 1985 1/1142, S. 7 Abs. 32 f.

¹⁵⁶ *Guyon*, SO 1985 1/1142, S. 11 Abs. 54.

¹⁵⁷ *Guyon*, SO 1985 1/1142, S. 12 Abs. 55.

halten. In der Regel wird jedoch zumindest der Einblick in alle Dokumente der Geschäfts- und Rechnungsführung gestattet, sofern diese für die erfolgreiche Durchführung der Untersuchung nützlich oder notwendig sind.¹⁵⁸ Kommen die Vorstandsmitglieder einer *société anonyme* dem Informationsbegehren des Experten nicht nach, machen sie sich strafbar, Art. 458. Eine entsprechende Ausdehnung der Befugnisse des Experten bei der Prüfung innerhalb einer GmbH muss gesondert beantragt werden.¹⁵⁹

5. Ausdehnung der Prüfung auf verbundene Unternehmen

Grundsätzlich kann die Untersuchung nicht auf verbundene Unternehmen ausgedehnt werden, es sei denn, der Antragssteller erfüllt auch dort die Antragsvoraussetzungen.¹⁶⁰ Die Herausgabe von Informationen ist dort an den guten Willen der Geschäftsführung dieser Unternehmen gebunden, die in der Regel ein entsprechendes Gesuch unter Hinweis auf das Geschäftsgeheimnis ablehnen werden. In besonders gravierenden Fällen kann jedoch gem. Art. 10 C.C. durch Gericht die Herausgabe der Informationen ggf. unter Verhängung einer Geldstrafe oder eines anderen Zwangsmittels angeordnet werden.¹⁶¹

6. Ausfertigung des Untersuchungsberichtes

Das Verfahren wird auch in Frankreich mit der Ausfertigung des Berichtes (ggf. innerhalb der in der gerichtlichen Anordnung vorgesehenen Frist) abgeschlossen. Der Bericht wird durch den *greffier* dem Antragsteller, dem Vorstand, dem Staatsanwalt (*ministère public*), dem *comité d'entreprise*, dem Abschlussprüfer, und ggf. dem *C.O.B.*, dem Verwaltungs- und dem Aufsichtsrat, zugestellt. Darüber hinaus wird der Bericht dem Bericht des Abschlussprüfers angefügt und so im

¹⁵⁸ *Guyon*, SO 1985 1/1142, S. 12 Abs. 57.

¹⁵⁹ Art. 430 dehnt zwar den Anwendungsbereich des Art. 458 auf die GmbH aus, jedoch nur, was die Kompetenzen des Abschlussprüfers anbelangt, vgl. *Guyon*, SO 1985 1/1142, S. 13 Abs. 58.

¹⁶⁰ Vgl. dazu näher: *Fleischer*, RIW 2000, 814 f. m.w.N.

¹⁶¹ *Guyon*, SO 1985 1/1142, S. 12 Abs. 57.

Rahmen der nächsten Generalversammlung veröffentlicht, Art. 64-2 IV bzw. Art. 226 IV. Sofern kein Abschlussprüfer eingesetzt ist, wird der Bericht bei Gericht hinterlegt (*objet d'un dépôt au greffe*) und unterliegt keiner Einschränkung hinsichtlich seiner Verbreitung.¹⁶²

7. Kostentragung

Der Träger der Kosten wird durch das über die Sonderprüfung entscheidende Gericht festgelegt. Die Kosten können auch der Gesellschaft selbst auferlegt werden, Art. 64-2 III bzw. Art. 226 III. Bei Abweisung des Antrags hat in der Regel der Antragsteller die Kosten zu tragen, jedoch kann mit entsprechender Begründung von dieser Verteilung abgewichen werden. Davon unabhängig sind eventuelle Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen den Antragsteller möglich, sofern dieser das Verfahren böswillig oder sehr leichtfertig herbeigeführt hat.¹⁶³

8. Konsequenzen

Der Bericht zeigt zwar Geschäftsführungsfehler auf, dennoch bleibt er aber ein reines Informationsmittel, das keine direkten Rechtsfolgen nach sich zieht. Er ist jedoch Gegenstand einer Diskussion im Rahmen der nächsten ordentlichen Hauptversammlung oder kann Grundlage für die Einberufung einer außerordentlichen Hauptversammlung sein. Eine Abstimmung über die Absetzung des Vorstandes als Konsequenz der aufgedeckten Fehler findet nicht automatisch statt, sie kann jedoch durch Einbringung eines entsprechenden Tagesordnungspunktes ermöglicht werden. Das ist in der Regel auch innerhalb der Hauptversammlung noch möglich. Sofern dem Absetzungsantrag nicht stattgegeben wird, kann sich der Antragsteller erneut an das Gericht wenden und dort Verantwortlichkeitsklage erheben.¹⁶⁴

¹⁶² *Guyon*, SO 1985 1/1142, S. 13 Abs. 59.

¹⁶³ Vgl. hierzu *Guyon*, SO 1985 1/1142, S. 10 Abs. 46.

¹⁶⁴ *Guyon*, SO 1985 1/1142, S. 13 Abs. 60.

9. Praktische Bedeutung

Insgesamt wird die Sonderprüfung trotz ihres reinen Informations- und Vorbereitungscharakters nur sehr selten angeordnet.¹⁶⁵ Dies mag im Gegenteil vielleicht gerade daran liegen, dass die französische Sonderprüfung eben keine effektiven Rechtsfolgen bereit hält.

D. Belgien

Im Rahmen des Minderheitenschutzes besteht auch in Belgien die Möglichkeit einer besonderen Prüfung durch Experten, vgl. Art. 191 Belgisches Handelsgesetzbuch.¹⁶⁶ Diese dürfen jedoch nicht mit den ebenfalls gesetzlich vorgesehenen *commissaires* (Rechnungsprüfern) verwechselt werden, denen als (obligatorisches) Kontrollorgan ausschließlich die Prüfung der finanziellen Lage der Gesellschaft sowie der Jahresabschlüsse und der mit diesen verbundenen Vorgänge obliegt, Art. 64.¹⁶⁷

1. Antragsberechtigung

Antragsberechtigt ist eine Minderheit von Gesellschaftern, die mindestens 1% des Gesellschaftskapitals oder einen Kapitalanteil von mindestens 50 Mio. Franken (bzw. die entsprechende Summe in EUR) auf sich vereinigt, sofern es Anzeichen für eine schwerwiegende Beeinträchtigung oder Gefährdung der Gesellschaftsinteressen gibt. Die Klage wird durch Vorladung erhoben.

2. Entscheidung durch das Handelsgericht

Das zuständige Handelsgericht entscheidet in öffentlicher Sitzung, nachdem es die Parteien unter Ausschluss der Öffentlichkeit angehört

¹⁶⁵ *Guyon*, SO 1985 1/1142, S. 8 Abs. 36.

¹⁶⁶ *Behrens*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und Europäischen Recht, S. 564.

¹⁶⁷ *Behrens*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und Europäischen Recht, S. 391.

hat. Die näheren Einzelheiten der Prüfung sind gesetzlich nicht geregelt, vielmehr ist es Aufgabe der Gerichte, diese festzulegen. Dies betrifft gem. Art. 191 insbesondere die Ernennung eines oder mehrerer Sachverständigen, deren Aufgabe grundsätzlich die Überprüfung der Rechnungsunterlagen der Gesellschaft und der durch die Gesellschaftsorgane durchgeführten Geschäften ist. Gleichzeitig wird festgelegt auf welche Fragen sich die Prüfung konkret beziehen soll. Ggf. erfolgt auch die Festlegung einer von den Klägern zu tragenden Sicherheitsleistung. Die Art und Weise der Bekanntmachung des Berichtes wird ebenfalls durch das Gericht bestimmt. Sofern eine öffentliche Bekanntmachung angeordnet wird, können insbesondere auch die Kosten der erfolgten Bekanntmachung der Gesellschaft auferlegt werden.

E. Italien

Auch im italienischen Recht findet man eine Form der Sonderprüfung, die als *Denunzia al tribunale* (Anzeige an das Landgericht; gerichtliches Anzeigerecht¹⁶⁸) überschrieben ist und im Rahmen des Art. 2409 Codice Civile geregelt ist. Seit Januar 2004 ist eine Gesetzesnovelle¹⁶⁹ in Kraft getreten, die das Verfahren in weiterem Umfang als bisher gesetzlich regelt. Zudem sieht das italienische Recht einen großen Ermessensspielraum des Gerichts hinsichtlich der zu ergreifenden Maßnahmen vor. Ebenso wie die OK kann auch das italienische Landgericht bei Vorliegen schwerer Unregelmäßigkeiten in der Unternehmensleitung die Auflösung des Unternehmens und die Absetzung von Vorständen und/oder Aufsichtsräten beschließen.¹⁷⁰ Ebenso wie in Deutschland ist das Sonderprüfungsrecht nicht auf s.r.l.'s als Parallelrechtsform zur deutschen GmbH anwendbar.¹⁷¹

1. Antragsvoraussetzungen

¹⁶⁸ Jansen, S. 116.

¹⁶⁹ Gesetz 366/2001 zur Änderung des Gesellschaftsrechts.

¹⁷⁰ <http://www.altalex.com> La riforma del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c., S. 3 f.

¹⁷¹ <http://www.altalex.com> La riforma del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c., S. 1 f.

Ähnlich wie in den anderen dargestellten Rechtsordnungen ist auch in Italien die Antragsberechtigung an das Erfordernis geknüpft, dass durch den/die Antragsteller mindestens 5 % des Gesellschaftskapitals vertreten werden müssen.¹⁷² Das Quorum wurde von 10 % auf 5 % verringert.¹⁷³ Neben den Gesellschaftern ist nur noch die Staatsanwaltschaft antragsberechtigt. Anders als z.B. in den Niederlanden (Beschwerde) oder der Schweiz (vorangehende Entscheidung der Generalversammlung), ist in Italien keine Form des Vorverfahrens bzw. der Ausübung von Informationsrechten vorgesehen. Ausreichend ist hier vielmehr der begründete Verdacht seitens der antragsstellenden Gesellschafter, dass hinsichtlich der Erfüllung der (Geschäftsführungs-) Pflichten durch Aufsichtsrat und Verwaltung schwerwiegende Unregelmäßigkeiten bestehen.

2. Entscheidung durch das Landgericht

Ergibt sich aus dem Untersuchungsbericht des amministratore giudiziario, dass Unregelmäßigkeiten in der Unternehmensführung vorliegen, ergeht eine Entscheidung des Landgerichts im Hinblick auf die zu treffenden Maßnahmen. Die Entscheidung des Landgerichts (Tribunale) ergeht nach Anhörung von Verwaltung und Aufsichtsrat in nichtöffentlicher Sitzung. Sofern die angezeigten Unregelmäßigkeiten tatsächlich bestehen, sieht Art. 2409 n.F. im Wesentlichen zwei Möglichkeiten des weiteren Verfahrens vor:

Sofern es sich um nicht so gravierende Unregelmäßigkeiten handelt, kann das Gericht Sicherungsmaßnahmen (etwa Sicherungs- oder Verfügungsverfügungen) einleiten. Die Art der Maßnahmen wird nicht durch das Gesetz vorgegeben, steht dementsprechend im richterlichen Ermessen. Das Ermessen des Gerichts ist nur durch das Merkmal der „Zweckmäßigkeit“ eingeschränkt. Sofern sich hieraus die Notwendigkeit der Fassung weiterer Beschlüsse ergibt, kann das Gericht darüber hinaus die Gesellschafterversammlung einberufen.

¹⁷² Vgl. *Peroni* in : <http://www.roedl.de/Inhalt/download/Briefe/AB0112.pdf>, 4.

3. Maßnahmen

Für den Fall besonders schwerer Unregelmäßigkeiten, sieht Art. 2409 III als weitergehende Möglichkeit die Abberufung des Vorstands und des Aufsichtsrates durch das Gericht vor. In diesem Fall muss durch das Gericht ein Zwangsverwalter bestimmt werden, wobei die Festlegung seiner Befugnisse und der Amtsdauer auch hier wieder im Ermessen des Gerichts liegen. Das weitere Verfahren und die Auswirkungen, die die Untersuchung auf die Gesellschaft haben, wird damit zunächst vom Gericht an den Verwalter übergeben. Dieser kann insbesondere eine Haftungsklage gegen den abgesetzten Aufsichtsrat bzw. die Verwaltung anstreben. Vor Beendigung seiner Amtszeit muss er darüber hinaus eine Gesellschafterversammlung unter seinem Vorsitz einberufen. Die Gesellschafterversammlung hat die Aufgabe, über die Bestellung neuer Aufsichtsratsmitglieder bzw. neuer Verwalter oder über die Auflösung der Gesellschaft zu entscheiden. Der Verwalter unterbreitet diesbezüglich einen Vorschlag.

4. Kostenverteilung

Die Kostenverteilung ist abweichend von den bisher behandelten Rechtsordnungen geregelt. In Italien hat zunächst der Antragsteller die Kosten der Untersuchung zu tragen.¹⁷⁴ Hierfür hat er eine Sicherheitsleistung zu stellen.¹⁷⁵ Für den Fall, dass das Gericht (Tribunale) schwere Unregelmäßigkeiten in der Unternehmensführung aufdeckt, hat das untersuchte Unternehmen dem Antragsteller die Kosten als Schadensersatz zu erstatten. Eine Ausnahme ergibt sich für den Fall, dass die Antragstellung durch die Staatsanwaltschaft erfolgt. Hier sind die Kosten in jedem Fall durch die Gesellschaft zu tragen.¹⁷⁶

¹⁷³ *Ders.*, a.a.O.

¹⁷⁴ Vgl. die italienische Internetseite :

<http://www.ilconsulentetelematico.com/argomenti/societa/appsoc.htm>.

¹⁷⁵ <http://www.ilconsulentetelematico.com/argomenti/societa/appsoc.htm>, S. 4.

¹⁷⁶ <http://www.altalex.com>: La riforma del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c., S. 8.

F. Schweiz

In der Schweiz ist zwischen dem vorangestellten Informations- bzw. Auskunftsbegehren sowie dem eigentlichen Sonderprüfungsverfahren zu unterscheiden. Letzteres lässt sich in mehrere Abschnitte unterteilen, so z.B. in Antragsstellung, Art. 697 a-c OR, und Beschlussverfahren, Art. 697 d-f. OR.¹⁷⁷

1. Vorverfahren

Ähnlich wie in den Niederlanden ist auch in der Schweiz zunächst ein erster Schritt innerhalb des Unternehmens erforderlich. Hierbei handelt es sich jedoch bereits um einen offiziellen Antrag an die Generalversammlung (GV) des Unternehmens, Art. 697a I OR. Dessen Abstimmung entscheidet den weiteren Verfahrensablauf und ist somit unentbehrlich.¹⁷⁸ Der GV-Antrag geht demnach über den Charakter einer bloßen Beschwerde gegenüber dem Aufsichtsrat und dem Vorstand hinaus. Dem offiziellen GV-Antrag muss immer ein Auskunfts- bzw. Einsichtsbegehren vorausgehen, Art. 697 OR. Auf diese Weise wird der Gesellschaft vorab ermöglicht, davon Kenntnis zu nehmen, dass Klärungsbedarf besteht (vgl. informelles Vorverfahren in Großbritannien¹⁷⁹). Anders als in den Niederlanden soll aber weder durch das inoffizielle Vorverfahren noch durch den Antrag ein überfallähnlicher Angriff auf die Gesellschaft verhindert werden. Vielmehr kann der Antrag gerade „spontan“ insbesondere ohne Ankündigung in der Tagesordnung auf der GV eingebracht werden. Die der Sonderprüfung vorangehende offene Debatte ermöglicht die Beschaffung der nötigen Minderheiten bzw. Diskussion und Meinungs austausch zwischen allen Aktionären und nicht nur gegenüber dem Antragsteller.¹⁸⁰ Der Verwaltungsrat kann sich aufgrund des Meinungsbildes in der GV selbst dazu entschließen, einen ggf.

¹⁷⁷ *Honsell/Vogt/Watter*, Obligationenrecht, Art. 697 a, Rn. 28 ff.

¹⁷⁸ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Rn. 24 ff.

¹⁷⁹ *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, Rn. 1860.

¹⁸⁰ *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, Rn. 1661.

modifizierten Antrag einzubringen oder andere Maßnahmen zu ergreifen¹⁸¹. Erst nach der Abstimmung über den Antrag in der GV kann die Einsetzung eines Sonderprüfers bei Gericht beantragt werden. Dieses Gesuch ist aber hinsichtlich seiner Voraussetzungen, insbesondere bezüglich der Antragsberechtigung, von dem GV-Antrag zu unterscheiden.

2. Antragsberechtigung bei Antrag an Gericht

Während jeder Aktionär berechtigt ist, einen Antrag in der GV einzubringen, hängt der Kreis der Berechtigten für den gerichtlichen Antrag davon ab, welche Entscheidung die GV getroffen hat. Bei Zustimmung kann weiterhin jeder Aktionär bei Gericht um eine Sonderprüfung ersuchen, Art. 697a II OR, während bei Ablehnung eine qualifizierte Minderheit erforderlich ist (Voraussetzung sind mindestens 10 % des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von mindestens 2 Mio. Franken, Art. 697 a II, Art. 697 b I).¹⁸² Das schweizerische Recht kennt keine Antragsberechtigung von Arbeitnehmern und auch keine Sonderprüfung innerhalb des gesamten Konzerns.¹⁸³

3. Gerichtliche Entscheidung

Das Antragsverfahren im weiteren Sinne wird mit der Entscheidung des Richters abgeschlossen, der nach Anhörung von Antragsteller und Unternehmen ggf. einen oder mehrere Sonderprüfer einsetzen kann, Art. 697c OR. Bei Zustimmung durch die GV wird der Weg zur unmittelbaren richterlichen Einsetzung geebnet, d.h. der Richter prüft nur noch summarisch die formellen wie materiellen Voraussetzungen der Einsetzung, nicht jedoch die besonderen Voraussetzungen für die Antragstellung.¹⁸⁴ Insbesondere muss ein Auskunfts- bzw. Einsichtsbegehren geltend gemacht worden sein, sowie die

¹⁸¹ *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, Rn. 1862.

¹⁸² *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, Rn. 1864 ff.

¹⁸³ *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, Rn. 1856 ff.

¹⁸⁴ *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, Rn. 1863 a.

Erforderlichkeit der Sonderprüfung für die Ausübung der Aktionärsrechte festgestellt werden.¹⁸⁵ Hat die GV den Antrag abgelehnt, ist eine qualifizierte Minderheit für die gerichtliche Antragstellung erforderlich. Auch der ursprüngliche Antragsteller muss zu dieser Minderheit zählen. Das Gericht hat dann zunächst zu prüfen, ob die Voraussetzungen, die auch bei Zustimmung der GV erforderlich sind, vorliegen¹⁸⁶. Des Weiteren muss eine Rechtsverletzung sowie ein daraus resultierender Schaden für die Aktionäre glaubhaft gemacht werden, Art. 697b II. Außerdem muss es sich um einen zulässigen Gegenstand der Sonderprüfung (zur Ausübung von Aktionärsrechten erforderlich) handeln, Art. 697a I.

4. Arbeit des Sonderprüfers

Die Untersuchung des Sonderprüfers hat sich alleine auf die Feststellung des konkreten Sachverhaltes zu beziehen. Er hat somit weder eine Beurteilung der Rechtmäßigkeit, noch ein Urteil über Ordnungs- bzw. Zweckmäßigkeit zu fällen. Es handelt sich demnach um einen tatsachenorientierten Erläuterungsbericht.¹⁸⁷ Es ist jedoch zu beachten, dass - anders als in den Niederlanden - die Prüfung nicht auf verbundene Unternehmen ausgedehnt oder der Antrag eines Aktionärs gegen ein anderes Konzernunternehmen gerichtet werden kann.

5. Erstellung des Untersuchungsberichtes

Die Untersuchung des Sonderprüfers wird mit der Erstellung des Berichtes abgeschlossen. Es ist jedoch zwischen dem unterzeichneten und dem bereinigten Bericht zu unterscheiden. Als Empfänger des unterzeichneten Berichtes gilt die Gesellschaft, jedoch wird dieser der Bericht nicht von dem Prüfer selbst sondern vom zuständigen Richter ausgehändigt. Sofern das Geschäftsgeheimnis oder andere schutzwürdige

¹⁸⁵ *Honsell/Vogt/Watter*, Obligationenrecht, Rn. 25.

¹⁸⁶ Vgl. hierzu auch *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, S. 991 f.

¹⁸⁷ *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Rn. 58 ff.; *Honsell/Vogt/Watter*, Obligationenrecht, Art. 697 a, Rn. 16 f.

Interessen der Gesellschaft verletzt werden, wird dieser unterzeichnete Bericht zunächst bereinigt, Art. 697 e I, II OR,¹⁸⁸ bevor dieser den Antragstellern und der Gesellschaft zur Stellungnahme übergeben wird, Art. 697e III OR. Der bereinigte Bericht muss zusammen mit den erfolgten Stellungnahmen in der folgenden GV durch den Verwaltungsrat bekannt gegeben werden, Art. 697f I OR. Es handelt sich hierbei jedoch lediglich um eine Unterbreitung des Berichtes mit ggf. folgender Diskussion. Die aufgezeigten Ergebnisse führen jedoch nicht zu einer Abstimmung, erfordern keinen Beschluss.¹⁸⁹ Der Bericht wird nicht veröffentlicht. Er ist jedoch innerhalb einer bestimmten Frist zugänglich, d.h. die Aktionäre können eine Ausfertigung des bereinigten Sonderprüfungsberichtes und eine Ausfertigung der Stellungnahmen verlangen, Art. 697f II OR.¹⁹⁰

6. Fristen

Das schweizerische Recht kennt im wesentlichen zwei Fristen, die jeweils den Zeitraum zwischen der Entscheidung der GV und der Antragstellung an das Gericht betreffen. Sofern die GV dem Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung zugestimmt hat, beträgt die Frist 30 Tage, Art. 697a II OR; ist dies nicht der Fall, so muss der Antrag innerhalb von 3 Monaten erfolgen, Art. 697b I OR. Die Einhaltung eines bestimmten Zeitraums zwischen Ausübung der Auskunfts- bzw. Einsichtsrechte und dem Antrag an die GV ist nicht vorgesehen.

7. Kostentragung

In der Schweiz werden die Kosten grds. dem Unternehmen auferlegt. Sobald der Richter der Einsetzung eines Sonderprüfers zustimmt, muss die Gesellschaft nicht nur den Vorschuss zahlen, sondern auch die

¹⁸⁸ *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, S. 999.

¹⁸⁹ *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, S. 1000.

¹⁹⁰ *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, S. 1000.

Kosten für das richterliche und das Untersuchungsverfahren tragen, Art. 697 g I OR.¹⁹¹ Etwas anderes kann von dem Richter insbesondere für den Fall bestimmt werden, dass der Antrag mutwillig, übereilt o.ä. gestellt wurde.¹⁹² Sofern die GV der Sonderprüfung jedoch zustimmt, sind die Kosten in jedem Fall von der Gesellschaft zu tragen, Art. 697g II OR.

8. Maßnahmen

Mit dem Bericht wird nicht zugleich ein Maßnahmenkatalog vorgelegt. Vielmehr dient der Bericht als Sammlung brauchbaren Materials, um z.B. eine Verantwortlichkeitsklage vorzubereiten.¹⁹³ Durch die vielen Hindernisse dient der Verfahrensweg außerdem als Schleusensystem, um zu verhindern, dass in weniger gravierenden Fällen die geschäftsinternen Informationen an die Öffentlichkeit gelangen.¹⁹⁴

G. Österreich

Die in Österreich einschlägige Bestimmung des § 118 öAktG entspricht im wesentlichen dem deutschen Recht in § 142 AktG.¹⁹⁵ Sie ist jedoch sprachlich angepasst. Allerdings kennt das österreichische Recht lediglich eine „allgemeine Sonderprüfung“, die in Deutschland in §§ 258 und 315 AktG geregelten Sonderfälle sind ebenfalls von § 188 öAktG umfasst.¹⁹⁶ Das öGmbHG kennt als analoges Rechtsinstitut in §§ 45 – 47 die Prüfung durch sachverständige Revisoren. Durch die im Verhältnis zum deutschen Recht unterschiedliche Organisationsverfassung und Realstruktur ergeben sich abweichende Einzelheiten. Zudem existieren vergleichbare Regelungen für die Genossenschaft und die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit.¹⁹⁷

¹⁹¹ *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, S. 1001.

¹⁹² *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, S. 1001.

¹⁹³ *Honsell/Vogt/Watter*, Obligationenrecht, Art. 697 a, Rn. 14.

¹⁹⁴ *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, Rn. 1855.

¹⁹⁵ *Schmidt* in: Münchener Kommentar zum AktG, § 142 Rn 103ff mwN; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg.) AktG, Teil II, 4. Aufl. 2001, § 118

¹⁹⁶ *Schmidt* in: Münchener Kommentar zum AktG, § 142 Rn 103.

¹⁹⁷ *Schmidt* in: Münchener Kommentar zum AktG, § 142 Rn 104.

1. Gegenstand der Sonderprüfung

Die Sonderprüfung muss wie im deutschen Recht ganz bestimmte einzelne Vorgänge betreffen. Sie kann sich weder generell auf die Nachprüfung von des Gründungshergangs oder der Geschäftsführung beziehen, noch ganze Zeitabschnitte umfassen.¹⁹⁸ § 118 Abs. 2 öAktG gestattet zudem nur eine Prüfung von Vorgängen, die höchstens zwei Jahre zurückliegen.

2. Bestellung des Sonderprüfers

Erfolgt die Bestellung des Sonderprüfers durch Beschluss der Hauptversammlung nach § 118 Abs. 1 öAktG muss eine ordnungsgemäße Ankündigung als Verhandlungsgegenstand in der Versammlung vorgehen. Nur ausnahmsweise ist ein ad hoc Antrag zulässig.¹⁹⁹ Bei der Beschlussfassung könne nach dem Wortlaut von § 118 Abs. 1 s. 2 öAktG Aktionäre, die zugleich Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrates sind, weder für sich noch für einen anderen mitstimmen, wenn die Prüfung sich auf Vorgänge erstrecken soll, die mit der Entlastung des Vorstandes oder des Aufsichtsrates oder der Einleitung eines Rechtsstreites zwischen der Gesellschaft und den Mitgliedern der Vorstandes oder des Aufsichtsrates zusammenhängen. Bei der Bestellung der Prüfer handelt die Hauptversammlung sodann ausnahmsweise als Vertretungsorgan. Während die Auswahl des Prüfers nicht delegiert werden kann²⁰⁰, ist es der Hauptversammlung möglich, Vorstand oder Aufsichtsrat mit dem Vertragsabschluss zu beauftragen, wenn die wesentlichen Inhalte des Prüfauftrages durch den Beschluss der Hauptversammlung festgelegt sind.²⁰¹

3. Minderheitsrecht auf Bestellung

¹⁹⁸ OGH 27.9.1961 SZ 34/127; OGH 11.2.1988 NZ 1989, 43; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg.) AktG, Teil II, 4. Aufl. 2001, § 118

¹⁹⁹ *Schmidt* in: Münchener Kommentar zum AktG, § 142 Rn 106 mwN

²⁰⁰ OGH 11.2.1988 NZ 1989, 22

²⁰¹ *Schmidt* in: Münchener Kommentar zum AktG, § 142 Rn 108

Die Bestellung eines Sonderprüfers kann in Österreich nur von einer Minderheit durchgesetzt werden, die mindestens 10 % des Grundkapitals stellt, § 118 Abs. 2 S. 1 öAktG. Anders als in § 142 AktG ist ein betragsmäßiges Quorum nicht vorgesehen. Für das Verfahren werden in Österreich die Bestimmungen des AußStrG angewandt. Dabei kommt den antragstellenden Minderheitsaktionären und der Gesellschaft, vertreten durch den Vorstand, jeweils Beteiligtenstellung und Rechtsmittelbefugnis zu.²⁰² Formelle Voraussetzung ist, dass die Hauptversammlung einen an sich geeigneten Antrag auf Bestellung eines Sonderprüfers abgelehnt hat oder die Beschlussfassung hierüber vereitelt wurde.²⁰³ Materiell hängt der Erfolg des Minderheitsbegehren davon ab, dass Verdachtsgründe, die sich auf Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder der Satzung beziehen, vorgetragen werden: die substantiierte Behauptung von Tatsachen, die den geäußerten Verdacht plausibel erscheinen lassen und dem Gericht dessen Beurteilung ermöglichen, ist hierzu ausreichend.²⁰⁴ Abweichend vom deutschen Recht kann die gerichtliche Bestellung von Sonderprüfern gemäß § 118 Abs. 2 i.V.M. Abs. 4 S. 2 öAktG von einer angemessenen Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden. Dies soll in der Praxis indes selten vorkommen, weil die Glaubhaftmachung von Ersatzansprüchen nicht gelingt.²⁰⁵

4. Anhörung, Auslagenersatz und Vergütung

Es ist zu beachten, dass nach österreichischem Recht das Gericht nicht zur Festsetzung der Auslagen der Sonderprüfer und der Vergütung ihrer Tätigkeit berufen ist. Es fehlt eine dem deutschen § 142 Abs. 6 AktG entsprechende Regelung. Diese Frage ist daher alleine von den Parteien des Prüfungsvertrages zu regeln.

²⁰² *Schmidt* in: Münchener Kommentar zum AktG, § 142 Rn 109

²⁰³ OLG Wien 30.6.1994 NZ 1996, 19; OGH 11.2.1988 NZ 1989, 22

²⁰⁴ *Schmidt* in: Münchener Kommentar zum AktG, § 142 Rn 109; strenger: *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg.) AktG, Teil II, 4. Aufl. 2001, § 118 Rn 8

²⁰⁵ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg.) AktG, Teil II, 4. Aufl. 2001, § 118 Rn 15, § 121 Rn 9

H. Zusammenfassende Betrachtung

Als Befund der Untersuchung bislang ist festzustellen, dass in allen betrachteten Rechtsordnungen in unterschiedlicher Ausprägung Vorschriften über ein Sonderprüfungsverfahren bei schlechter Unternehmensführung existieren.

1. Regelungszweck

Der Regelungszweck der Sonderprüfungsrechte ist in allen untersuchten Rechtsordnungen weitgehend homogen. Er besteht in der Unternehmenssanierung und –erhaltung (Insolvenzprophylaxe) einerseits, der Informationsbeschaffung und Prävention andererseits. Die Sonderprüfungsrechte dienen damit dem Minderheiten- und Individualschutz und, insbesondere soweit sie auch den Vertretern der Arbeitnehmerschaft ein eigenes Antragsrecht zugestehen, auch dem Arbeitnehmerschutz. In diesem Zusammenhang werden die mit der jeweiligen gesetzlichen Regelung beabsichtigten Effekte in den einzelnen Ländern offensichtlich unterschiedlich gewichtet.

2. Praktische Bedeutung

Von den untersuchten Instrumenten findet das Enquêterecht der Niederlande mit erheblichem Abstand die größte praktische Anwendung. Der Grund dafür dürfte zum einen in der für die Antragsteller günstigen Kostenregelung und zum anderen in den weitreichenden Kompetenzen der Ondernemingskamer liegen. So schafft es das niederländische Recht, das Enquêterecht zu einem attraktiven Instrument für Minderheitsaktionäre, Insolvenzverwalter, Staatsanwälte und Gewerkschaften zu machen. In anderen Ländern führt das Sonderprüfungsrecht entweder ein Schattendasein mit zweifelhafter Existenzberechtigung als Präventivinstrument oder es findet zwar Anwendung, dient aber fast

ausschließlich zur Vorbereitung von Schadensersatzklagen gegen Unternehmensführer.

3. Anwendungsbereich

Die Anwendbarkeit ist in den Europäischen Staaten sehr unterschiedlich geregelt. Das Spektrum reicht von der nahezu umfassenden Geltung für alle unternehmenstragenden Rechtsformen in den Niederlanden, über eine erweiterte Anwendbarkeit auf Aktiengesellschaften und GmbH's in Frankreich bis zu ausschließlichen Sonderanwendungen, wie etwa in Deutschland.

4. Antragsberechtigung

Die Antragsberechtigung der Minderheitsgesellschafter ist in allen betrachteten Ländern in unterschiedlicher Ausgestaltung an das Erreichen von Quoren geknüpft. Zum Teil werden Vertretern der Arbeitnehmer und Vertretern des öffentlichen Interesses eigene Antragsrechte eingeräumt.

5. Vorverfahren

Vorverfahren sind regelmäßig vorgesehen und - insbesondere um die Möglichkeit freiwilliger Maßnahmen durch die betroffenen Unternehmen zu eröffnen - zu begrüßen. Der Gegenstand der Untersuchung wird in den meisten Rechtsordnungen auf eine konkrete Maßnahme der Geschäftsführung beschränkt. Voraussetzung einer Sonderprüfung ist jeweils ein begründeter Anlass, an einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung zu zweifeln, wobei die Terminologie in den einzelnen Rechtsordnungen naturgemäß divergiert. Die Darlegung des Verdachts muss unterschiedlich gut mit Beweismitteln untermauert werden.

6. Verfahren

Interessanterweise gibt es für die Durchführung von Sonderprüfungen in allen untersuchten Ländern ein flexibles Verfahrensrecht. Teilweise wird das Verfahren komplett in das Ermessen des Gerichts gestellt, andernorts ist zwar eine Verfahrensordnung anwendbar, diese lässt dem Gericht jedoch erhebliche Freiräume.

7. Maßnahmen

Ein umfassender Maßnahmenkatalog findet sich nur in den Niederlanden. Dort trifft man auf die Überzeugung, dass ohne die Androhung von Konsequenzen ein Sonderprüfungsrecht bei Unternehmen kein effektives Mittel ist. Ohne Maßnahmen gegen das Unternehmen verbleibt die Bedeutung des Instruments der Sonderprüfung bei der Funktion, Schadensersatzprozesse gegen Unternehmensführer vorzubereiten.

8. Missbrauchsvorbeugung

Der Schutz vor Missbrauch des Rechtsinstitutes „Sonderprüfungsrecht“ wird generell als notwendig erachtet. In allen untersuchten Rechtsordnungen gibt es ein Quorum, das erreicht sein muss, um antragsberechtigt zu sein.²⁰⁶ Einen weiteren Schutz versucht der niederländische Gesetzgeber beispielsweise dadurch zu erreichen, dass er eine bestimmte Mindestverfügungsdauer hinsichtlich der Unternehmensanteile als Verfahrensvoraussetzung vorschreibt. Im deutschen Recht war bis vor kurzem gar die Hinterlegung der Aktien ab Antragstellung erforderlich. Die für die Einleitung einer Sonderprüfung im Vergleich zum deutschen Recht niedrigeren Hürden des niederländischen Rechts haben nach einer Einschätzung in der Literatur bislang nicht dazu geführt, dass sich Unternehmen mit mißbräuchlichen Anträgen auseinanderzusetzen hatten. Das noch immer recht hohe Quorum und die mögliche Schadenserstazhaftung bei mißbräuchlicher Antragstellung scheinen für die Mißbrauchsprävention ausreichend zu sein, wie die

²⁰⁶ Vgl. dazu: *Gernoth/Meinema*, RIW 2000, 844 m.w.N.

Literatur behauptet.²⁰⁷ Ob diese Aussage tatsächlich zutrifft, darf zumindest bezweifelt werden.

9. Zwischenergebnis

Aufgrund seiner hervorstechenden Besonderheiten und seinem praktischen Erfolg könnte das niederländische Enquêterecht mit seiner weitreichenden Möglichkeit, die Unternehmensführung zu kontrollieren, ein Vorbild für Europa sein. Es gilt jedoch, die richtige Balance zwischen der Freiheit des Unternehmertums als Grundstatut unserer Wirtschaftskraft und deren Kontrolle zu finden. Dabei muss sich jede Regelung an der Verantwortung des Unternehmens gegenüber Minderheitsgesellschaftern, Mitarbeitern und Allgemeinheit orientieren.

II. Europarecht

Die vorliegende Arbeit konzentriert sich auf die Vorstellung nationaler Rechtsordnungen und hat die Präsentation des niederländischen Enquêterechtes zum Gegenstand. Dieses soll mit nationalen Regelungen anderer europäischer Staaten verglichen werden. Daher soll nur ein kurzer Blick auf Entwicklungen zum Rechtsinstitut des Sonderprüfungsrechtes im europäischen Recht geworfen werden. Das nationale Gesellschaftsrecht der Mitgliedsstaaten steht heute zwar stets im Europäischen Kontext. Nach der Auffassung des Wettbewerbskommissars *Monti* ist es für die erfolgreiche Teilnahme am Wettbewerb in den sich schnell entwickelnden Weltmärkten erforderlich, dass das Europarecht supranationale Rechtsformen nach dem Vorbild der EWIV bereithält.²⁰⁸ Dementsprechend ist die Harmonisierung des Gesellschaftsrechts in der Europäischen Union Gegenstand zahlreicher Betrachtungen²⁰⁹. Die Harmonisierung soll insbesondere durch die Einführung europäischer Rechtsformen (durch die Europäische GmbH²¹⁰,

²⁰⁷ Ebenso: *Gernoth/Meinema*, RIW 2000, 848.

²⁰⁸ *Monti*, WM 1997, 607.

²⁰⁹ *Behrens*, EuZW 1990, 13; *Boucoucheliev*, RIW 1999, 1; *Großfeld/Fischer*, Zgen 43 (1993), S. 57; *Habersack*, S. 1 ff.; *Timmermanns*, RabelsZ 48 (1984), 1; *Wiesner*, AG 1996, 390.

²¹⁰ Vgl. etwa *Helms*, S. 27 ff.

die Europäische Aktiengesellschaft²¹¹ und die Europäische Privatgesellschaft²¹² (SE) erfolgen. Seit 1991 liegen daneben Verordnungsentwürfe über das Statut eines Europäischen Vereins, einer Europäischen Genossenschaft und einer Europäischen Gegenseitigkeitsgesellschaft vor.²¹³ Die Verwirklichung der Vorhaben lässt auf sich warten, zu unterschiedlich sind die Vorstellungen insbesondere zu Fragen des Minderheitenschutzes und des Mitbestimmungsrechts.²¹⁴ Da im Rahmen der Bestrebungen um die Einführung einer Europäischen Aktiengesellschaft auch über die Regelung eines Sonderprüfungsrechts nachgedacht wurde, soll die Regelung im Verordnungsentwurf dennoch kurz und ohne Anspruch auf Vollständigkeit skizziert werden. Dabei sollen - in einer eher historischen Betrachtung - insbesondere die ersten Entwicklungen in den Vorschlägen über die Statuten für eine Europäische Aktiengesellschaft kurz erläutert werden.

A. Sonderprüfungsrecht und Europäische Aktiengesellschaften

Bereits in dem ersten Vorschlag für ein Statut einer Europäischen Aktiengesellschaft²¹⁵, dem Vorschlag einer Verordnung des Rates über das Statut für Europäische Aktiengesellschaften hat die Sonderprüfung²¹⁶ in den Art. 97 bis 99 E70 ausdrücklich Einzug gefunden. Das dort vorgesehene Verfahren und seine Voraussetzungen stellen sich im wesentlichen wie folgt dar:

Voraussetzung für die Einleitung eines Sonderprüfungsverfahrens ist ein dementsprechender Antrag. Vergleichbar mit den bereits dargestellten

²¹¹ Verordnungsvorschlag vom 16.5.1991 (Abl. der EG v. 8.7.1991 Nr. C 176, S. 1), vgl. dazu: *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht § 2 II 3. b), S. 39 m.w.N. und insbesondere: *Lutter* (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft.

²¹² Der EU-Ministerrat hat im Oktober 2001 eine Verordnung bezüglich der SE (Societas Europaea / Europa-AG) und die dazugehörige Richtlinie in Bezug auf die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer in dieser neuen Unternehmensform verabschiedet (Abl. L 294 v. 10.11.2001. Die Verordnung tritt am 08.10.2004 in Kraft.

²¹³ Vgl. dazu: *Großfeld/Fischer*, ZGen. 43 (1993), 57, *Schneider*, uZW 1992, 193 .

²¹⁴ Vgl. hierzu aktuell etwa: *Busch*, S. 23 m.w.N.

²¹⁵ Abl. EG 1970, C 124, S. 1 ff.; im folgenden: E70.

²¹⁶ Der Vorschlag orientiert sich an der Bezeichnung im deutschen Aktienrecht, *Jansen* S. 117.

nationalen Regelungen wird auch im E70 die Antragsberechtigung der Aktionäre nach ihrem Anteil am Gesellschaftskapital bestimmt. Nach Art. 97 E70 sind sie damit antragsberechtigt, sofern sie 10% des Kapitals oder Aktien im Nennwert von 200 000 Rechnungseinheiten besitzen. Ausdrücklich antragsberechtigt sind darüber hinaus der Vertreter einer Masse von Inhabern von Schuldverschreibungen sowie der Europäische Betriebsrat. Die Hauptversammlung ist nicht ausdrücklich als Antragsberechtigte aufgeführt, die Aufzählung ihrer Befugnisse in Art. 83 von der Kommission als abschließend angesehen.²¹⁷ Der Antrag ist begründet, vgl. Art. 97, sofern der begründete Verdacht gegenüber dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat bzw. gegenüber einem oder mehreren Mitgliedern dieser Organe besteht, dass sie die ihnen obliegenden Verpflichtungen in schwerer Weise verletzt haben oder ihre Aufgaben nicht mehr regelmäßig erfüllen. Durch dieses Verhalten muss die Gefahr der Entstehung eines erheblichen Schadens für die Gesellschaft bestehen. Daraus folgt nicht mehr nur die konkrete Prüfung einzelner bestimmter oder bestimmbarer Sachverhalte, sondern vielmehr die globale Überprüfung der gesamten Geschäftsführung, dies ist jedoch deswegen zweifelhaft, dass das Gericht so ein umfassendes Werturteil trotz mangelnder Sachkenntnis treffen müsste.²¹⁸

Zuständig ist das nationale Gericht im Land des Gesellschaftssitzes oder - sofern ein einheitliches Gericht durch die Mitgliedsstaaten bestimmt ist - dieses, Art. 97. Nach Antragstellung wird in einer nichtöffentlichen Sitzung des Gerichts über die Begründetheit²¹⁹ des Antrags entschieden, Art. 98 I. Sofern das Gericht den Antrag für begründet hält, bestellt es einen oder mehrere Sonderprüfer mit einem genau festgelegten, später aber noch erweiterbaren Auftrag, Art. 98 II.²²⁰ Die Ernennung sowie die Erweiterung des Auftrags erfolgt durch unanfechtbaren Beschluss, der in

²¹⁷ Vgl. hierzu *Jansen*, S. 117.

²¹⁸ *Jansen*, a.a.O., S. 120.

²¹⁹ Nach den Motiven der Kommission soll es nicht nur auf die im Art. 97 festgelegten Voraussetzungen ankommen, vielmehr soll darüber hinaus noch die Zweckmäßigkeit der Sonderprüfung festgestellt werden, vgl. *Jansen*, a.a.O., S. 122.

²²⁰ Fraglich ist es, ob die Entscheidung des Gerichts über den Prüfungsgegenstand nicht an dem Antrag orientiert bleiben sollte, zumindest müsste aber nach *Jansen*, a.a.O.,

den Geschäftsblättern zu veröffentlichen ist, Art. 98 III. Den Sonderprüfern stehen dieselben Rechte wie den Abschlussprüfern zu, Art. 98 V. Diese umfassen insbesondere die unbeschränkte Einsicht und Nachprüfung aller Dokumente und Vermögensgegenstände sowie Informations- und Aufklärungsrechte gegenüber den Organmitgliedern, Art. 206 I und II. Anders als in einigen nationalen Rechtsordnungen erstrecken sich diese Befugnisse auch auf verbundene Unternehmen, sofern die Einsichtnahme sachlich gerechtfertigt ist und mit dem Prüfungsgegenstand zusammenhängt, Art. 206 III. Eine Aussage zur Verantwortlichkeit und zur Rechtsstellung der Sonderprüfer wird nicht gemacht.²²¹ Ähnlich wie in den nationalen Rechten wird auch hier das Untersuchungsverfahren mit der Erstellung eines Berichtes abgeschlossen, Art. 98 VI. Jedoch werden Umfang und Inhalt vom Statut nicht festgelegt.²²²

Im Verfahren nach Erstellung des Untersuchungsberichtes, das in der Regel durch die Hinterlegung des Berichtes bei Gericht seinen Lauf nimmt, ist das Gericht mit recht weitgehenden Befugnissen ausgestattet. Auf Antrag einer der Parteien kann das Gericht verschiedene Maßnahmen gestützt auf die Untersuchungsergebnisse einleiten, Art. 99 II. Hierunter fallen insbesondere die Entlassung einzelner Mitglieder der Organe, die Entbindung von einzelnen Funktionen sowie die provisorische Bestimmung neuer Mitglieder. Die Dauer dieser Maßnahmen sowie die anfallende Vergütung für die neuen Mitglieder werden ebenfalls vom Gericht festgesetzt, Art. 99 III.

Die nach Abschluss der Untersuchung festgesetzten Kosten trägt die Gesellschaft, wobei das Gericht ggf. eine Sicherheitsleistung verlangen kann, Art. 98 II, IV. Diese Regelung sieht somit eine ähnliche Regelung

S. 122, der Minderheit die Möglichkeit gegeben werden, ebenfalls einen Antrag auf Erweiterung des Prüfungsgegenstandes während der Untersuchung einzubringen.

²²¹ Diese bedarf jedoch der Regelung - entweder durch nationales Recht oder durch Einarbeitung in dieses Statut: *Jansen*, a.a.O., S. 123.

²²² Eine solche Festlegung kann aber durchaus von Bedeutung sein, da ansonsten die Gefahr besteht, dass dies durch die Interessen der Mehrheit oder der Gesellschaft zum Nachteil der Aufklärung und der Minderheit vernachlässigt wird, *Jansen*, a.a.O., S. 125.

der Kostentragung vor, wie in den meisten nationalen Rechten. Eine Ausnahme macht hier nur Italien, das die Kosten der Untersuchung den antragsstellenden Gesellschaftern auferlegt.

Durch das Statut für Europäische Aktiengesellschaften vom 30. April 1975²²³ wurden die Bestimmungen auch hinsichtlich der Sonderprüfung noch differenzierter ausgestaltet. Während Art. 97 seine ursprüngliche Formulierung mit nur geringfügigen Abwandlungen beibehalten hat,²²⁴ regelt Art. 98 nunmehr vollständig die Einsetzung der Sonderprüfer (Begründetheit basiert auf erstem Anschein, Art. 98 II E75), die Einzelheiten der Untersuchung sowie die Veröffentlichung des Berichtes. Insbesondere wurde ausdrücklich die Pflicht zur unverzüglichen Unterrichtung aller betroffenen Personen von dem Antrag auf Sonderprüfung eingefügt und die Hinterlegung und die Benachrichtigung der Parteien durch den Urkundsbeamten in Art. 98 VI E75 und nicht länger in Art. 99 I geregelt. Erhebliche Änderungen ergeben sich insbesondere hinsichtlich des Art. 99. Dieser regelt nunmehr abschließend das Verfahren nach Erstellung und Hinterlegung des Untersuchungsberichtes hinsichtlich der Möglichkeit durch Gericht bestimmte Maßnahmen zu erlassen. Zu nennende Änderungen sind insbesondere: Gem. Art. 99 I E75 ist eine Frist bestimmt, innerhalb derer ein Antrag auf Einleitung weiterer Maßnahmen gestellt sein muss. Nach Ablauf dieser Frist von 2 Monaten gilt das Verfahren als abgeschlossen. Auch Art. 99 II E75 ist insofern geändert als die im E70 aufgeführten Maßnahmen nun Bestandteil des Art. 99 III E75 sind und durch die Maßnahmen der Aufhebung von Beschlüssen bestimmter Organe (Vorstand, Aufsichtsrat und Generalversammlung) sowie die Auflösung der Gesellschaft ergänzt wurden. Art. 99 II E75 gibt dagegen nur noch Regelungen bezüglich der gerichtlichen Entscheidungsfindung. Das Gericht ist insbesondere nicht an die gestellten Anträge gebunden und kann weitere erforderlich scheinende Beweiserhebungen anordnen. Ausdrücklich eingeschoben ist jetzt auch die Möglichkeit der Aussetzung

²²³ Zit. nach *Lutter*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 363 ff.

²²⁴ So wurde die regelmäßige Geschäftsführung durch die ordnungsgemäße Geschäftsführung ersetzt.

von Maßnahmen, sofern die Gesellschaft die aufgezeigten Mißstände innerhalb einer bestimmten Frist selber abschafft, Art. 99 III a.E. E75

B. Sonderprüfungsrecht und Europäische Privatgesellschaft

Die Frage einer Aufnahme eines Sonderprüfungsrechtes in einer künftigen Europäischen Privatgesellschaft wird in der Literatur von *Helms*²²⁵ angesprochen, der eine Rechtsangleichung befürwortet. Er meint, dass es in einer Europäischen Privatgesellschaft einzelnen Gesellschaftern allein schon aufgrund der räumlichen Entfernungen unmöglich sein mag, die Geschäftsführung im Detail zu überwachen. Hinzu käme, dass nach einem Erbgang die in die Gesellschafterstellung einrückenden Familienmitglieder nicht notwendigerweise über den erforderlichen Sachverstand verfügen, um die aus dem Informationsanspruch und Einsichtsrecht erlangten Informationen sinnvoll auswerten zu können. Dieser Nachteil könne zumindest partiell ausgeglichen werden, wenn man ab einer Beteiligung von 5 % das Recht zubilligen würde, eine Sonderprüfung der Geschäftsführung zu verlangen, die das deutsche Gesellschaftsrecht nur in § 142 Abs. 2 AktG für die Aktiengesellschaft kennt. Dieses Schutzinstrument entfalte eine präventive Wirkung und könne als außerordentlicher Bestandteil des Minderheitenschutzes eingestuft werden. Nachteilig an dem Institut seien die hohen Kosten, so dass, sollte die Kostenlast der Gesellschaft zugewiesen werden, das Antragsrecht zumindest an das Erfordernis geknüpft werden, dass ein konkreter Anlass vorliegt, der die sachverständige Prüfung erforderlich macht.²²⁶ Die Argumente „mangelnde Kontrolle aufgrund weiter räumlicher Entfernung“ und „Sachverstandsverlust wegen Erbanges“ mögen im Hinblick auf die bestehenden Kommunikationsmittel und Reisemöglichkeiten sowie des großen Beraterangebotes nicht für überzeugend erachtet werden. Allerdings stellt sich ein, in seiner konkreten Ausgestaltung gerne zu diskutierendes, allgemeines Sonderprüfungsrecht als ein zutiefst demokratisches und effektives Mittel dar, Arbeitnehmer und

²²⁵ *Helms*, a.a.O., S. 247/248.

Minderheitsgesellschafter vor einem Totalverlust durch nicht ordnungsgemäße Geschäftsführung, also der Folgen einer Verletzung elementarer Grundsätze ordnungsgemäßen und verantwortlichen Unternehmertums zu schützen. Es dient insbesondere bei großen Kapitalgesellschaften auch als Kontrolle der Unternehmensführer. Die Belange der Mehrheitsgesellschafter müssen dabei hinreichend beachtet werden. Rechtstechnisch möchte ich im Rahmen dieser Arbeit allerdings nicht einen Formulierungsvorschlag im Rahmen des Statutes einer Europäischen Privatgesellschaft unterbreiten, sondern den Vorschlag einer Verordnung über ein allgemeines Sonderprüfungsrecht.

C. Vorschläge des Forum Europaeum Konzernrecht

Das *Forum Europaeum Konzernrecht*²²⁷ hat Einzelvorschläge für eine gemeinschaftsrechtliche Rechtsangleichung auf dem Gebiet der Sonderprüfung unterbreitet²²⁸ und zudem einen Richtlinienvorschlag ausgearbeitet. Es hat 1998 Thesen und Vorschläge zu einem Konzernrecht für Europa entwickelt, die einer Totalharmonisierung eine Absage erteilen und stattdessen eine sehr differenzierte Regelung nur in Teilen auf europäischer Ebene, daneben auch auf Mitgliedstaaten- und Unternehmensebene anregen.

Die Vorschläge sind nach dem Bausteinprinzip konzipiert, so dass sie nicht unbedingt en bloc von der Europäischen Kommission und/oder den Mitgliedstaaten übernommen werden müssten. Diese Thesen werden mittlerweile in ganz Europa und darüber hinaus diskutiert. Mit dazu beigetragen hat die Zugänglichmachung der zunächst auf Deutsch veröffentlichten Vorschläge²²⁹ mit Begründung in verschiedenen

²²⁶ Helms, a.a.O.

²²⁷ Vgl. ZGR 1998, 672, 715-725; ferner den Beitrag von Hopt, *Company Financial & Insolvency L. Rev.* 1997/1998, 261, 280 ff.

²²⁸ Fleischer, *RIW* 2000, 809.

²²⁹ Vgl. ZGR 1998, 672-772.

Sprachen. Im Jahre 2000 ist die englische Fassung²³⁰ erschienen. Das *Forum Europaeum Konzernrecht* hat sich auch mit den Empfehlungen der Kommission Winter zur Einführung eines Sonderprüfungsrechts auf europäischer Ebene auseinandergesetzt²³¹ und diese als nicht weitgehend genug kritisiert. Im wesentlichen entsprechen die Vorschläge der Rechtslage im deutschen AktG.²³²

III. Corporate Governance Codex

Finanzskandale haben in den 80-er und 90-er Jahren dazu geführt, dass die Rufe nach einer verstärkten Aufsicht von Unternehmen lauter wurden. So wurde 1992 nach mehreren Buchhaltungsskandalen in Großbritannien der Untersuchungsbericht der *Cadbury*-Kommission vorgelegt. 1998 stimulierte die Asien-Krise die OECD zur Ausgabe einer von Empfehlungen, die 1999 als „Principles of Corporate Governance“ publiziert wurden. Die dortigen Prinzipien waren Vorbild für viele Regelungen, die sich heute in nationalen Corporate Governance-Kodices finden²³³. Nach spektakulären Unternehmenszusammenbrüchen, wie z.B. die Fälle der Metallgesellschaft, der Balsam AG, der Flowtex AG, der Philip Holzmann AG oder der Dr. Jürgen Schneider GbR²³⁴, entschied man sich auch in Deutschland für die Schaffung eines solchen Kodex. Nach mehreren Anläufen zur Schaffung eines Corporate Governance-Kodex von Seiten der Unternehmen²³⁵ (Frankfurter Code)

²³⁰ „Corporate Group Law for Europe“, *Forum Europaeum Konzernrecht*, Stockholm (Corporate Governance Forum) 2000 und in *European Business Organization Law Review* (EBOR) I (2000) 165–264.

²³¹ *Forum Europaeum Konzernrecht*, Stellungnahme zum Report of the High Level Group of Company Law Experts on a modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, <http://www.jura.uni-duesseldorf.de/dozenten/noack/texte/sonstige/hlg.doc>, S. 25 f.

²³² *Forum Europaeum Konzernrecht*, a.a.O.

²³³ Vgl. zu diesem Themenkomplex mit Länderberichten: *Grazell*, Internationale ontwikkeling van Corporate Governance, in: *Corporate Governance in Nederland 2002*, S. 28; *Haberer*, *Corporate Governance, Österreich - Deutschland - International*, Wien 2003, S. 34 ff.; *Hommelhoff/Matheus*, AG 1998, 249; rechtsvergleichende Synthesen im Sammelband von *Hopi/Kanda/Roe/Wymeersch/Prigge* (Hrsg.), *Comparative Corporate Governance*, 1998 und bei *Cunningham*, *Commonalities and Prescriptions in the Vertical Dimensions of Global Corporate Governance*, 84 *Cornell Law Review* 1133 (1999).

²³⁴ *Haberer*, a.a.O., S. 60; *Lutter*, *Deutscher Corporate Governance Kodex*, S. 738.

²³⁵ Abgedruckt in AG 2000, 106 mit Einleitung von *Schneider/Strenger* (Fassung von

und der Wissenschaft²³⁶ (Berliner Code), wurde am 29. Mai 2000 von *Bundeskanzler Schröder* eine Regierungskommission „Corporate Governance - Unternehmensführung - Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts“ eingesetzt.²³⁷ Nach Übergabe des Berichtes durch den Kommissionsvorsitzenden Baums, wurde am 06. September 2001 von der Bundesministerin der Justiz eine weitere Kommission zur Erstellung eines deutschen Kodex eingesetzt, die auf der Basis der Vorschläge arbeiten sollte.²³⁸ Unter dem Vorsitz des Vorstandsvorsitzenden der Thyssen-Krupp AG, *Dr. Gerhard Cromme* wurde ein neuer Kodex²³⁹ erarbeitet, dessen Endprodukt am 26.02.2002 der Öffentlichkeit präsentiert wurde.²⁴⁰ Am 09. April 1996 hat die Vorgängerin von *Euronext Amsterdam*, die *Vereniging voor de Effectenhandel* und die *Vereniging Effecten Uitgevende Ondernemingen* eine Kommission zum Thema Corporate Governance ins Leben gerufen. Vorsitzender dieser Kommission war *J.F.M. Peters*, weshalb die Kommission auch *Commissie Peters* genannt wird. Der Kommission wurde die Aufgabe übertragen, den Vorstand der *Vereniging voor de Effectenhandel* über die sog. „best-practice“ Corporate Governance Regeln der börsennotierten Unternehmen zu informieren. Die Kommission gab einen Abschlußbericht mit 40 Empfehlungen heraus.²⁴¹ Diese sind inzwischen nahezu allgemein als Corporate Governance Codex der Niederlande anerkannt²⁴². Die praktische Umsetzung der dortigen Empfehlungen lässt jedoch noch vielerorts zu wünschen

Januar 2000); die überarbeitete Fassung von Juli 2000 ist unter www.corgov.de abrufbar; vgl. dazu: *Haberer*, a.a.O., S. 70 f.

²³⁶ Abgedruckt in DB 2000, 1573, sowie in AG 2001, 6 mit Einleitung von *Peltzer/von Werder*; vgl. dazu: *Haberer*, a.a.O., S. 71 ff.

²³⁷ Vgl. zum Inhalt der Vorschläge *Haberer*, a.a.O., S. 75-79.

²³⁸ *Haberer*, a.a.O., S. 79; der Bericht der Baums-Kommission enthält neben den Empfehlungen hinsichtlich der Schaffung des Kodex auch mehrere Empfehlungen an den Gesetzgeber, die teilweise bereits durch das Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG, veröffentlicht im Juli 2002) umgesetzt worden sind (vgl. dazu: *Haberer*, S. 87 ff.); vgl. zu den Neuerungen im recht der HV durch das TransPuG: Noack, DB 2002, 620 ff.

²³⁹ Abgedruckt in NZG 2002, 273; vgl. Nachweis zu Besprechungen bei *Haberer*, a.a.O., S. 80 Fn. 520; zu den Neuerungen vgl. *Noack*, DB 2002, 620 ff.

²⁴⁰ *Haberer*, a.a.O., S. 80.

²⁴¹ Die Kommission wurde nach deren Vorsitzenden *J.F.M. Peters* benannt; vgl. zur Arbeit der Kommission u.a.: Eindrapport commissie Peters auf www.zorgaanzet.nl/bibliotheek/index.php?id=164.

²⁴² *Grazell*, Internationale ontwikkeling van Corporate Governance, in: Corporate Governance in Nederland 2002, S. 39.

übrig²⁴³. In der niederländischen Literatur wird angesichts der rapiden Veränderungen des Wirtschaftslebens gefordert, den Kodex von 1997 zu überarbeiten oder einen neuen Kodex unter Berücksichtigung zusätzlicher Aspekte zu entwickeln.²⁴⁴ Aus diesem Grunde wurde die nach ihrem Vorsitzenden benannte Kommission „*Tabaksblad*“ ins Leben gerufen. Diese hat einen vollständigen Corporate Governance Kodex mit best-practice-Empfehlungen entworfen und diesen in seiner Endversion unter dem Titel „*De nederlandse Corporate Governance Code – Beginselen van deugdelijk bestuur en best practice bepalingen*“ am 09.12.2003 der Öffentlichkeit vorgestellt.²⁴⁵

In den Niederlanden ist der bisherige Kodex unter anderem dadurch zu Bedeutung gelangt, dass er von der Ondernemingskamer bei seinen Entscheidungen berücksichtigt wird. Verstöße gegen ihn haben bislang sowiet ersichtlich in allen bekannt gewordenen Fällen dazu geführt, dass der für die Einleitung des Enquêteverfahrens erforderliche Anfangsverdacht als gegeben angesehen wurde.²⁴⁶ Ebenso könnte in Deutschland verfahren werden. Es wäre denkbar, einen Verstoß gegen den Deutschen Corporate Governance als Anfangsverdacht für die Einleitung eines gerichtlich angeordneten Sonderprüfungsverfahrens ausreichen zu lassen. Durch die derartige Verknüpfung des Corporate Governance Kodex und des Verfahrens „Sonderprüfung“ würde eine erhebliche Durchsetzbarkeit der in dem Kodex enthaltenen Regeln geschaffen. Das würde zu einer Aufwertung des Kodex führen, bedenkt man, dass bislang Verstöße gegen den Kodex rechtlich sanktionslos sind.²⁴⁷

²⁴³ *Grazell*, a.a.O., S. 41; vgl. dazu auch: *DeJong/de Jong/Mertens/Wasley*, Corporate governance in Nederland: de invloed van de Commissie Peters, in: MAB 2001, S. 150 ff.

²⁴⁴ *Grazell*, a.a.O., S. 41/42.

²⁴⁵ Der gesamte Kodex (71 Seiten) kann unter <http://corpgov.nl/page/downloads/CODE%20DEF%20COMPLEET%20II.pdf> in der niederländischen und der englischen Version abgerufen werden; vgl. dazu: Raaijmakers, *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, 67 ff.

²⁴⁶ Vgl. *Timmerman*, *Ontwikkelingen in het Nederlandse vennootschapsrecht en suggesties voor een vernieuwde Corporate Governance Code*, S. 21 f.

²⁴⁷ Vgl. zur Rechtsnatur und Rechtswirkungen des Deutschen Corporate Governance Kodex: *Lutter*, *Deutscher Corporate Governance Codex*, S. 746 m.w.N.

Vorschläge zur Schaffung eines europäischen Corporate Governance-Kodex wurden von der Kommission Winter zurückgewiesen.²⁴⁸ Auch deutsche Experten halten einen Europäischen Corporate Governance-Kodex wegen der nationalen gesellschaftsrechtlichen Eigenheiten für unpraktikabel, sehen aber auch keinen zusätzlichen Nutzen einer Harmonisierung auf diesem Gebiet.²⁴⁹ In diesen nationalen Kodices sind Verhaltensvorschriften für die Leitung von Unternehmen niedergelegt.²⁵⁰ Durch freiwillige Beitrittserklärung (comply or explain) können dazu bereite Unternehmensführer diese Regelungen als für sie verbindlich anerkennen.²⁵¹ Inhaltlich enthalten die betreffenden Kodices Regeln zum Anleger-, Arbeitnehmer- und Gläubigerschutz. Insbesondere verfolgen die Regelungen die Zielrichtung, die Stellung von Kleinaktionären zu verbessern. Dies wird insbesondere dadurch erreicht, dass man Regeln aufstellt, die die Transparenz der Unternehmensführung erhöhen.

Im hier interessierenden Rahmen einer Besprechung des niederländischen Enquêterechts ist der Kodex insofern interessant, als ein Verstoß gegen den Kodex als Indiz für eine schlechte Unternehmensführung angesehen werden kann. Die OK²⁵² hat die im Hinblick auf den Corporate Governance Codex der Niederlande ausgesprochenen Empfehlungen der Kommission Peters bereits mehrmals in die Begründung ihrer Beschlüsse einbezogen²⁵³.

KAPITEL 3: DAS ENQUÊTEVERFAHREN IM EINZELNEN

²⁴⁸ Report of the High Level Group of Company Law Experts, S. 12, 72.

²⁴⁹ Baums, Die Corporate Governance-Empfehlungen des Winter II-Papiers aus deutscher Perspektive, S. 10 f.

²⁵⁰ Baums, Regierungskommission Corporate Governance, Rz. 5.

²⁵¹ Baums, Regierungskommission Corporate Governance, Rz. 8.

²⁵² Vgl. insbesondere den HBG-Beschluss: Hof Amsterdam 21. Januar 2002, JOR 2002, 28.

²⁵³ Corporate Governance in Nederland 2002, S. 21; *de Groot*, Corporate governance in het enquêterecht, Dossier Nr. 49, 106 ff.; vgl. dazu auch: *Raaijmakers*, NJ 2003, 1373 ff.

Zur besseren Einordnung des Enquêterechts in das Zivilrechtssystem der Niederlande wird im Folgenden zunächst auf die jüngere Zivilrechtsgeschichte der Niederlande eingegangen. Daran anschließend erfolgt eine Erörterung der Entwicklung des Enquêterechts von dessen Einführung bis zum heutigen Tage.

I. Jüngere Zivilrechtsentwicklung der Niederlande

Die Niederlande gelten als weltoffene Handelsnation, liberal und wirtschaftlich orientiert. Es verwundert nicht, dass die Niederlande über die jüngste Zivilrechtskodifikation auf dem Kontinent verfügen. Neue europäische Kodifikationsentwürfe²⁵⁴ aber auch international und rechtsvergleichend tätige Juristen werden nicht umhin können, einen Blick in die Gesetze des Königreichs der Niederlande zu werfen, um zu sehen, wie dort die Probleme gelöst werden. Im Hinblick auf die engen wirtschaftlichen und juristischen Verbindungen gilt dies für Deutschland in besonderem Maße.²⁵⁵ Ein Anliegen dieser Arbeit ist es, hierzu einen Beitrag zu leisten. Mit Stolz bezeichnen die Niederländer dieses Bürgerliche Gesetzbuch (*Burgerlijk Wetboek*) als die modernste Zivilrechts-Kodifikation²⁵⁶ in Europa. Die Entwicklung der Kodifikation gestaltete sich wie folgt: Die beiden aus den Jahren 1838 stammenden Gesetzbücher der Niederlande, das Bürgerliche Gesetzbuch (*Burgerlijk Wetboek*) und das Handelsgesetzbuch (*Wetboek van Koophandel*) veränderten sich im Laufe der Zeit auf zweierlei Weise. Zum einen

²⁵⁴ Vgl. hierzu: *Horn*, NJW 2000, 40, 46. In der F.A.Z. vom 9.12.2000 bemängelt *Lutter*, dass die Zivilrechtsreform von 2000 schon vor ihrem Inkrafttreten veraltet gewesen sei und verweist auf das aktuelle niederländische Gesetzbuch, welches nicht ausreichend erörtert worden sei.

²⁵⁵ Siehe hierzu: *Lutter*, F.A.Z. vom 9.12.2000.

²⁵⁶ Zum niederländischen Privatrecht in deutscher Sprache: *Drobnig*, ERPL 1993, 171 ff.; *Hartkamp*, AcP 191 (1991), 396 ff.; *ders.*, RabelsZ 57 (1993), 664 ff.; *Hondius*, S. 41 ff.; *ders.*, AcP 191 (1991), 378 ff.; *Remien*, ZeuP 1994, 187 ff.; *Schrage*, JBL 1994, 501; *Vranken*, AcP 191 (1991), 411 ff.; Zum niederländischen IPR: *Vlas*, IPRax 1995, 194; Zum niederländischen Gesellschaftsrecht in deutscher Sprache: *Gotzen*, Niederländisches Handels- und Wirtschaftsrecht; *Van der Grinten/Honée/Gotzen*, Die Gründung einer Tochtergesellschaft in den Niederlanden in: *Lutter* (Hrsg.), Die Gründung einer Tochtergesellschaft im Ausland; *Gotzen*, Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, in *Behrens*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung; *Slagter*, ZGR 1992, 1 ff.; *Timmerman*, ZGR 1992, 419; *ders.*, ZGR 1993, 489; *ders.*, ZGR 1999, 147; *Ebben/Akveld/Westermann*, RIW 195, 720.

wurden durch den Gesetzgeber Teile der gesetzlichen Regelungen, insbesondere im Familienrecht, Mietrecht, Arbeitsrecht und Gesellschaftsrecht geändert. Zum anderen fand insbesondere im Sachen- und Schuldrecht die Weiterentwicklung des Rechts in der Rechtsprechung statt. Dies hatte zur Folge, dass sich das Rechtssystem zu einer Zwischenform zwischen kodifiziertem Recht und case law entwickelte und zudem durch viele Spezialgesetze die Übersichtlichkeit gelitten hatte. So wurden Rufe nach einer Neukodifikation laut.²⁵⁷ Ein Zustand, der dem deutschen Juristen nicht unvertraut erscheint.²⁵⁸ Seit dem Jahre 1947²⁵⁹ wird in den Niederlanden mit dem Ziel einer einheitlichen Neukodifikation des gesamten Bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts in einer Kodifikation an einer grundlegenden Erneuerung der Gesetze gearbeitet. Um ein modernes, auf die Bedürfnisse unserer Zeit abgestimmtes Gesetzgebungswerk zu fertigen, wurden dazu im Justizministerium in Den Haag nahezu sämtliche zivilrechtlichen Gesetzbücher der Welt zusammengetragen. Das deutsche Recht hat bei der Neukodifikation einen erheblichen Einfluss genommen.²⁶⁰ Es wird davon gesprochen, dass seit 1992 die Niederlande in manchen Bereichen dem deutschen Rechtskreis angehören.²⁶¹ Ausgesprochenes Ziel war es darüber hinaus, den Zugang zum Recht zu erleichtern.²⁶²

²⁵⁷ Vgl. hierzu: *Hartkamp*, Vorwort zu: Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, vii.

²⁵⁸ Vgl. auch *K. Schmidt* zu der Frage, wie weit Rechtsprechung und Literatur ohne Gesetzesänderung fortschreiten dürfen, *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht § 33 II 2. b) a.E.; Zu der damaligen Diskussion über eine Reform des deutschen Sachen- und Schuldrechts siehe die Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln 1981 / 1983.

²⁵⁹ In diesem Jahr erhielt Professor *Ernst Maurits Meijers* durch „Königlichen Beschluss“ vom 25.4.1947 den Auftrag zur Ausarbeitung eines neuen Gesetzbuches, *Remien* *ZeUP* 1994, S. 187. Nach dem Tode Meijers, zu dessen Lebzeiten 1954 die ersten 5 Bücher des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches veröffentlicht wurden, wurde die Arbeit von einer wachsenden Zahl von Juristen fortgeführt, *Hondius*, *AcP* 191 (1991), 378, 384.

²⁶⁰ *Hondius*, *AcP* 191 (1991), 378, 394/5.

²⁶¹ *Hondius*, *AcP* 191 (1991), 378, 394/5. Dabei läuft nach meinem Eindruck die Rechtsvergleichung zwischen den unzweifelhaft dem deutschen Rechtsraum zugehörigen Staaten Österreich und Schweiz (wenn auch möglicherweise in unterschiedlicher Stärke) in beide Richtungen, während zwischen Deutschland und den Niederlanden von einer „Einbahnstraße“ gesprochen werden kann. Fast ausschließlich die Niederländer und zwar sowohl in Praxis als auch in Wissenschaft stellen Vergleiche zu unserem Recht an. Dies mag an den mangelnden Sprachkenntnissen der Deutschen und der stets vorhandenen, meistens sogar hervorragenden Sprachkenntnissen der niederländischen Juristen liegen.

²⁶² *Hondius*, *AcP* 191 (1991), 378, 385.

Die Neukodifikation ist bereits weit fortgeschritten und umfasst insbesondere das hier interessierende Gesellschaftsrecht; abgeschlossen ist die Arbeit des Gesetzgebers jedoch noch nicht.²⁶³ Von dem auf 10 Bücher angelegten Bürgerlichen Gesetzbuch, in welches auch das nur noch in Teilen geltende Handelsgesetzbuch (*Wetboek van Koophandel*) vollständig eingehen wird, sind schon in Kraft getreten:

- Buch 1 (Personen- und Familienrecht),
- Buch 2 (Juristische Personen, inkl. Gesellschaftsrecht),
- Buch 3 (Allgemeines Vermögensrecht),
- Buch 5 (Sachenrechte),
- Buch 6 (Allgemeiner Teil des Schuldrechts)
- Buch 7 (besondere Verträge) hiervon sind sieben Titel in Kraft getreten: 1 Kauf und Tausch, 7 Auftrag, 7A Reisevertrag, Verwahrung, Arbeitsvertrag, 14 Bürgschaft, 15 Feststellungsübereinkommen / Vergleichsvertrag (die noch nicht ersetzten Titel sind vorübergehend in Buch 7A aufgenommen worden).

- Buch 8 (Verkehrsmittel und Transport).

Es fehlt noch das Erbrecht (Buch 4), aber auch Teile des Rechts des intellektuellen Eigentums und des Internationalen Privatrechts sowie das Verbraucherschutzrecht sollen in die neue Kodifikation Eingang finden²⁶⁴. Die Neukodifikation war in den Niederlanden, insbesondere wegen der damit verbundenen Kosten zum Teil heftig umstritten, bis kurz vor dem maßgebenden Termin ist versucht worden, ihr Inkrafttreten zu verhindern²⁶⁵.

²⁶³ *Hartkamp* in Vorwort zu *Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch*, S. vii.

²⁶⁴ *Hondius*, AcP 191 (1991), 378, 381 Fn. 19.

²⁶⁵ So rechnete der Kritiker *Van Dammé* etwa vor, die Kosten der Neueinführung beliefen sich in 5 Jahren auf wenigstens Hfl 7 Milliarden, umgerechnet ca. 6,5 Milliarden DM. Seine Berechnung wurde allerdings auch heftig bestritten. Vgl. *Hondius*, AcP 191 (1991), 378, 384.

II. Entwicklung des Enquêterechts

Das Enquêterecht hat sich in den Niederlanden erst im Laufe der Zeit zu einem umfassenden Institut des Gesellschaftsrechts entwickelt. Für das Verständnis des Enquêterechtes ist es daher unerlässlich, sich seine Herkunft und Entstehungsgeschichte, sowie die Absichten der jeweiligen Gesetzgeber im Zusammenhang zu verdeutlichen.

A. Die alte Regelung des Enquêterechtes (1928)

Weder das Burgerlijk Wetboek (Bürgerliches Gesetzbuch), noch das Wetboek van Koophandel (Handelsgesetzbuch), beide aus dem Jahre 1838, kannten eine dem Enquêterecht vergleichbare Regelung. Allerdings war bereits in dem Entwurf der Staatskommission von 1890 in drei Artikeln²⁶⁶ die Vorstellung formuliert, die Rechte der Minderheitsgesellschafter durch eine Untersuchung zu schützen, die auf richterlichen Beschluss hin die Führung und den Geschäftsbetrieb eines Unternehmens prüfen sollte. Dies bezog sich selbstverständlich lediglich auf die Rechtsform der Aktiengesellschaft, deren „Erfindung“ sich ja die Niederländer rühmen.²⁶⁷ Die Idee einer gerichtlichen Untersuchung soll die Staatskommission von 1890 dem englischen Companies Act von 1862²⁶⁸ entnommen haben. In den Entwurf von 1910 wurde die Regelung einstimmig übernommen; sie fügte sich in dessen Grundprinzip ein, die

²⁶⁶ Art. 100 – 102.

²⁶⁷ Und zwar die Ost-Indischen Handelskompanien (Verenigde Oost-Indische Compagnie), aufgrund Dekrets vom 20.3.1602. Die Verenigde Oost-Indische Compagnie hat mehrere Städte zur Wahrung kolonialer Interessen in der Südsee gegründet. Das Kapital dieser mit eigenen Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Körperschaften war in übertragbare Namensanteile aufgespalten. Deren Inhaber übernahmen über die Einlageverpflichtung keine persönliche Haftung. Siehe näher hierzu: *Mehring*, GmbHR 1991, 297; *Gotzen* in: *Behrens*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, S. 638, 639; *Wiethölter*, S. 53 ff. und *Schmidt*, K. Gesellschaftsrecht § 26 II 1. S. 766 weist auf frühe Vorläufer der Aktiengesellschaft im 15. Jahrhundert hin und zwar die St. Georgsbank in Genua und die Ambrosiusbank in Mailand. Die moderne Aktiengesellschaft als Publikumsgesellschaft mit gestreutem Anteilsbesitz entstand erst im 18. Jahrhundert, zunächst wohl in Frankreich. Mit zunehmender Industrialisierung im 19. Jahrhundert kam ihr Durchbruch. (Die Kunstschöpfung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch das deutsche GmbHG erfolgte bekanntlich erst im Jahre 1892 und verbreitete sich von da ab in Europa.)

²⁶⁸ Dort Art. 56, 58, 59; vgl. *van der Heijden/Van der Grinten*, Handboek, Hoofdstuk XI, Nr. 361, S. 627.

Minderheit der Anteilseigner zu schützen.²⁶⁹ Nachfolgend besann man sich jedoch darauf, dass die Mehrheit nicht durch die Minderheit bestimmt werden sollte. Dies führte 1925 dazu, dass die richterliche Kontrolle der Zweckmäßigkeit von Mehrheitsentscheidungen aus dem Entwurf von 1910 gestrichen wurde.²⁷⁰ Aber das außergewöhnliche Aufsichtsmittel einer gerichtlichen Untersuchung wurde, obwohl es umstritten war, nicht aufgegeben, sondern wurde 1928 als Art. 53 - 54c WK (alt) Gesetz. Praktisch soll das Enquêterecht damals keine große Bedeutung erlangt haben,²⁷¹ was daran gelegen haben mag, dass selbst dann, wenn eine Untersuchung zu der Annahme eines *wanbeleid*, also einer schlechten Unternehmensführung gelangte, daran keinerlei Konsequenzen geknüpft waren. Vielmehr wurde es der Gesellschaft überlassen, selber Konsequenzen aus der Untersuchung zu ziehen.

Man empfand dies als ineffektiv und verlangte daher, das Enquêterecht für praktische Bedürfnisse brauchbarer zu machen.²⁷² Es wurde eine Ausweitung des Enquêterechtes gefordert. Insbesondere sollte den Gerichten die Befugnis gegeben werden, auf Grundlage des Untersuchungsberichtes Maßnahmen treffen zu können. Infolge eines derart verstärkten Enquêterechtes sollte die Möglichkeit geschaffen werden, unerwünschte Heimlichkeiten zu durchbrechen. Hiervon versprach man sich eine starke präventive Wirkung, war sich aber zugleich bewusst, dass man andererseits vom Richter ein großes Maß an Umsicht verlangen musste, um ebenso unerwünschte Einmischerei zu vermeiden.²⁷³ In dem 1962 erschienenen Werk *Open Ondernemerschap*²⁷⁴ (offenes Unternehmertum) plädierten die Autoren

²⁶⁹ *Van der Heijden/Van der Grinten*, Handboek, Hoofdstuk XI, Nr. 361, S. 627.

²⁷⁰ *Van der Heijden/Van der Grinten*, Handboek, Hoofdstuk XI, Nr. 361, S. 627.

²⁷¹ *Van der Heijden/Van der Grinten*, Handboek, Hoofdstuk XI, Nr. 361, S. 627 weist darauf hin, dass aus dieser Zeit lediglich eine Entscheidung veröffentlicht sei: Rb. Breda 27. März 1934, NJ 1934, 567; *Boukema* in: Rechtspersonen § 1 Ziffer 1 weist allerdings noch auf eine frühere Entscheidung hin: Rb Maastricht, 6. Oktober 1932, NJ 1933, 420.

²⁷² *Boukema* in: Rechtspersonen § 1 Ziffer 1 verweist insbesondere auf: *Van der Grinten* und dessen 1953 der Nederlandse Juristen Vereniging 1953 vorgelegtem vorläufigen Gutachten.

²⁷³ *Boukema* in: Rechtspersonen § 1 Ziffer 1.

²⁷⁴ *Witteveen*, *Open ondernemerschap: de groei van de onderneming en het vennootschapsrecht*, zusammengestellt durch eine Kommission unter Vorsitz von H. J. Witteveen.

nachhaltig für das Enquêterecht und unterbreiteten Vorschläge für dessen Verbesserung.

B. Die Reform des Enquêterechtes im Jahre 1970

Es kam zur Einsetzung einer Gesetzgebungskommission,²⁷⁵ die nach ihrem Vorsitzenden *Verdam* auch „*Verdam-Kommission*“ benannt wurde. Deren Tätigkeit im Jahre 1964 führte zu ganz erheblichen und einschneidenden Änderungen des Enquêterechtes, die bis heute dessen Regeln charakterisieren. Dem Bericht der Kommission *Verdam* vom 26.11.1964 zufolge sollten insbesondere Arbeitnehmer die Befugnis zur Einleitung eines Untersuchungsverfahrens erhalten und den Richtern ein Maßregelkatalog zur Verfügung gestellt werden. Die Vorschläge der Kommission *Verdam* erhielten 1967 im wesentlichen die Zustimmung des Sociaal-Economische Raad (SER).²⁷⁶ Am 10. September 1970 wurden sie als Art. 53 - 54d erlassen und ersetzten fortan die alte Regelung der Art. 53 - 54c WK (alt); am 1.1.1971 traten sie in Kraft.

1. Inhalte der Reform

Inhaltlich erklärten die Art. 53 – 54c WK (alt) die Bestimmungen des Enquêterechts zu zwingendem, also nicht kraft Parteivereinbarung abänderbarem Recht. Zudem erweiterten sie die Anwendbarkeit des Enquêterechts erstmalig über das Aktienrecht hinaus: Ausdrücklich wurde die Regelung auf jegliche *Cöoperatieve Vereniging* im Sinne des Art. 33a *Wet op de Cöoperatieve Vereniging* (alt) und damit insbesondere auch auf die B.V. für anwendbar erklärt. Hierzu ist zu erläutern, dass es bis 1971 in den Niederlanden nur die N.V. als Kapitalgesellschaft gab. Neben der *open* (offenen) großen Kapital-N.V., gab es auch die *besloten* (geschlossenen) kleineren Familien-N.V.. Beide Formen waren

²⁷⁵ Die Commissie Ondernemingsrecht, eingesetzt durch den Minister der Justiz am 8. April 1960.

²⁷⁶ Advies des Sociaal-Economische Raad 19. Mai 1967, Ausgabe 1967 Nr. 5.

Erscheinungsformen desselben Gesellschaftstyps. Die Unterscheidung hatte sich aufgrund der Bedürfnisse von Familiengesellschaften entwickelt, die darauf bedacht waren, eine Einflussnahme durch Dritte zu begrenzen. Erreicht wurde die geschlossene Form durch eine Begrenzung der Zahl der Gesellschafter, der Beschränkung auf Ausgabe von Namensanteilen und der erschwerten Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen (*blokkeringsregeling*). Rechtliche Grundlage war dabei ein sehr liberales niederländisches Aktienrecht, welches eine weitgehend privatautonome Gestaltung des Gesellschaftsvertrages ermöglichte und keine Rechtsvorschriften für eine Kapitalausstattung der Gesellschaft vorsah.²⁷⁷ Erst 1971 entschlossen sich die Niederlande anlässlich der Umsetzung der ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft vom 9.3.1968²⁷⁸ und nicht zuletzt im Hinblick auf die absehbare weitere Vereinheitlichung des Europäischen Rechts, die B.V. als eigene Rechtsform zu verselbstständigen.²⁷⁹ In terminologischer Anlehnung u.a. an die GmbH deutschen Rechts erging der Bericht von F.J.W. Löwensteyn an die Niederländische Vereinigung für Rechtsvergleichung unter dem Titel: *De vennootschap met beperkte aansprakelijkheid* (wörtlich: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung).²⁸⁰

Die Befugnis zur Einleitung eines Untersuchungsverfahrens wurde nicht nur einer Minderheit von Anteilseignern, sondern auch einer Minderheit von Inhabern von Anteilszertifikaten und den Gewerkschaften zugestanden. Das *Openbaar Ministerie* (Staatsanwaltschaft) konnte seither bei Vorliegen öffentlichen Interesses ebenfalls eine Untersuchung fordern. Falls sich aus dem Untersuchungsbericht *wanbeleid*, also schlechte Unternehmensführung ergab, konnte das Gericht auf Antrag bestimmte Maßnahmen zur Wiederherstellung ordnungsgemäßer

²⁷⁷ Gotzen in: Behrens, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, S. 638, 639.

²⁷⁸ Publizitätsrichtlinie 68/151/EWG, ABl. EG Nr. L 65 v. 14.3.1968, S. 8.

²⁷⁹ Nieper/Westerdijk, Einführung xix.

²⁸⁰ Dies wirkt bis heute in dem Zusatz „met beperkte aansprakelijkheid“ bei der B.V. nach, obwohl sich hinsichtlich der Haftungsbeschränkung N.V. und B.V. nicht unterscheiden.

Unternehmensführung erlassen.²⁸¹ Hervorzuheben ist schließlich, dass die gerichtliche Zuständigkeit ausschließlich der *ondernemingskamer* übertragen wurde, einem spezialisierten Richterkollegium am *gerechtshof* (Oberlandesgericht) Amsterdam. Dieser Kammer für Unternehmenssachen obliegen die Behandlung einer Reihe besonderer unternehmensrechtlich relevanter Fragen, wie etwa Fragen des Jahresabschlusses, des Auskaufs von Anteilen, des Ausschlusses und des Austritts von Gesellschaftern. Zudem wurde der Maßnahmenkatalog nach Art. 2:356 BW eingeführt. Dieser eröffnete den Richtern sehr weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten, die allerdings von Anfang an mit der gebotenen Zurückhaltung genutzt wurden.²⁸²

2. Motive der Reform

Die damals und heute zu Grunde liegende Motivation des niederländischen Gesetzgebers für das verstärkte Enquêterecht lässt sich wie folgt kurz zusammenfassen.²⁸³

Der Unternehmer besitzt in unserem Wirtschaftssystem ein hohes Maß an Freiheit, die durch eine unternehmensbestimmte Produktion gekennzeichnet ist. Dies wiederum erfordert ein hohes Maß an Verantwortungsbewusstsein gegenüber denjenigen, die ihre Arbeitskraft oder ihr Vermögen dem Produktionsprozess des Unternehmens zur Verfügung stellen. Eine Rechtsordnung, die dieser ökonomischen Ordnung entspricht, muss eine Möglichkeit schaffen, Aufschluss darüber zu geben, wenn Zweifel über die Führung eines Unternehmens aufkommen, und die Möglichkeit zur Korrektur, wenn die Zweifel begründet sind.

Die Unternehmenskammer charakterisierte das neue Enquêterecht in einer späteren Entscheidung²⁸⁴ folgendermaßen: Aus der

²⁸¹ *Asser-Maeijer*, Rn. 515, S. 729.

²⁸² *Gernoth/Meinema*, RIW 2000, 848.

²⁸³ *Boukema* in: Rechtspersonen § 1 Ziffer 2, unter Hinweis auf die Ausführungen der Behandlung des Gesetzesentwurfes in der Sitzung der zweiten Kammer am 7. und 8. April 1970; *Asser-Maeijer*, S. 730.

Entstehungsgeschichte des Enquêterechtes geht hervor, dass der Gesetzgeber eine weitergehende Regelung als derjenigen im *Wetboek van Koophandel* (Handelsgesetzbuch) anstrebte. Dabei ist beabsichtigt, dass in den Fällen, in denen die Führung eines Unternehmens in einem so ernsthaften Maße vernachlässigt wird, dass von einer schlechten Unternehmensführung gesprochen werden muss, es möglich sein muss, Vorkehrungen zu treffen. Uneingeschränkt ist aber dazu festzustellen, dass das Enquêterecht Schutz vor einem Mangel an Offenheit und einer unbefriedigenden Unternehmensführung bieten soll.

C. Das Enquêterecht i.d.F. bei Einführung des Buch 2 BW

Bei der Einführung von Buch 2 des BW am 26. Juni 1976 wurden die Regelungen des Enquêterechtes in einem eigenen Titel (Titel 7) aufgenommen, der die Überschrift erhielt: *het recht van enquête*. Der Anwendungsbereich wird in Art. 2:344 ausgeweitet auf den *onderlinge waarborgmaatschappij* (Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit). Der Antrag einer Vereinigung von Arbeitnehmern setzt nunmehr voraus, dass vorab der Betriebsrat des Unternehmens die Gelegenheit hat, schriftlich seine Meinung zu äußern (Art. 2:349 Abs. 2). Bei der Umsetzung der 4. EG-Richtlinie im Jahre 1984²⁸⁵ wird im ersten Titel des Buches 2 BW eine Vorschrift (Art. 25) aufgenommen, die lautet: „Von den Bestimmungen dieses Buches kann nur insoweit abgewichen werden, als sich dies aus dem Gesetz ergibt.“ Diese Bestimmung gilt auch für das Enquêterecht, so dass durch die Satzung einer juristischen Person das Recht auf eine Untersuchung zwar auch auf andere als die im Gesetz genannten Personen ausgedehnt, aber nicht eingeschränkt werden kann.

Bei der Einführung der *geschillenregeling* (Regelung der Streitigkeiten zwischen Anteilseignern) am 1. Januar 1989 wird die Regelung des Enquêterechtes diesem nachfolgend als Abschnitt 2 in Titel 8 des Buch 2

²⁸⁴ OK 23. Dezember 1983, (OGEM).

²⁸⁵ Bilanzrichtlinie 78/660/EWG vom 25.7.1978, ABl. EG Nr. L 222 v. 14.8.1978, S. 11.

(Art. 2:344 - 359) untergebracht. Dabei wird in Art. 2:356 die Regelung in Buchstaben *e*, nach der als vorläufige Maßnahme auch die zeitweise Übertragung von Anteilen an bestimmte Treuhänder angeordnet werden können, eingefügt.

D. Die Reform des Enquêterechtes im Jahre 1993

Obwohl man allgemein mit dem Enquêterecht zufrieden ist, wird bereits seit 1980 auf eine Verbesserung der Regelung gedrungen.²⁸⁶ Am 21. Oktober 1988 gibt der *Sociaal Economische Rad* (SER) auf Gesuch der Ministerien für Justiz, Wirtschaft, Soziales und Arbeit ein Gutachten zur Änderung des Enquêterechtes heraus,²⁸⁷ in dem viele Aspekte der Regelung ausführlich besprochen sind. Dem folgte ein ergänzendes Gutachten.²⁸⁸ Beide Gutachten führten zum *Wet wijziging en aanvulling van de regeling van het recht van enquête (aanvullingswet)* (Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Enquêterechtes (Ergänzungsgesetz)) vom 8. November 1993, in Kraft getreten am 1. Januar 1994. Die bedeutsamsten Änderungen dieses Gesetzes sind:

Das Enquêterecht wird auch auf Vereine und Stiftungen ausgedehnt, sofern diese verpflichtet sind, einen Betriebsrat zu bilden (Art. 2:344 lit. b). Die Unternehmenskammer erhält die Befugnis, auch während des Enquêteverfahrens vorläufige Maßnahmen zu treffen (Art. 2:349 a Abs. 2). Schließlich können die mit der Durchführung der Untersuchung beauftragten Personen bei der Unternehmenskammer beantragen, bestimmte Personen als Zeugen zu verhören.

III. Das Enquêteverfahren heute

²⁸⁶ Nachweise hierzu bei: *Boukema* in: Rechtspersonen, § 1 Ziffer 4.

²⁸⁷ SER-Ausgabe 88/14.

²⁸⁸ SER-Ausgabe 89/21.

Nachfolgend stelle ich das Enquêteverfahren²⁸⁹ in seinem chronologischen Ablauf vor. Allgemein wird das Enquêteverfahren in zwei Phasen unterteilt, einer ersten von der Einleitung des Verfahrens bis zum Abschluss der Untersuchung (Art. 2:344 – 2:354) und einer zweiten, in der auf Grundlage einer festgestellten schlechten Unternehmensführung Maßnahmen ergriffen werden (Art. 2:355 – 2:358).

A. Die Arbeit der Ondernemingskamer (OK)

Zentrales Thema der Arbeit ist die praktische Handhabung des Instruments „Enquêterecht“. Um diesem in den letzten Jahrzehnten ausgebauten und weiterentwickelten Rechtsinstitut reale Effizienz zu verleihen, bedurfte es der Erschaffung einer neuartigen Kontrollinstanz mit eigenen Wirkungsmechanismen. Der niederländische Gesetzgeber bedachte den Gerechtshof (Oberlandesgericht) in Amsterdam mit dieser verantwortungsvollen Kontrollaufgabe. Dort wurde die sogenannte Ondernemingskamer (OK) als Teil des Handelssektors²⁹⁰ eingerichtet und mit weitreichenden Befugnissen ausgestattet, die auch einstweilige Maßnahmen miteinbeziehen. Die OK ist mit Juristen, Wirtschaftsprüfern und Wirtschafts-wissenschaftlern besetzt²⁹¹. Der Spruchkörper besteht gem. Art. 72 Abs. 5 WRO (Wet op rechterlijke organisatie) aus drei Richtern am Gerichtshof und zwei „Räten“. Bei den letztgenannten handelt es sich um Wirtschaftsexperten, die die Funktion nebenberuflicher Richter wahrnehmen. Aus den genannten Gründen wird der OK gemeinhin großer Sachverstand²⁹² zugeschrieben und eine

²⁸⁹ Eine deutsche Darstellung des Enquêterechts findet sich bei *Gernoth/Meinema*, RIW 2000, 844 f.; umfangreiche niederländische Darstellungen insbesondere bei *Uniken Venema*, Enquêterecht en ondernemerschap; *Sanders/Westbroek*, NV en BV; *Boukema*, Rechtspersonen, Titel 8 - afdeling 2 - Het recht van enquête (Loseblatt).

²⁹⁰ www.rechtspraak.nl/gerechtshof/amsterdam/ondernemingskamer.htm, S. 1.

²⁹¹ *Offermans*, Lezing prof. mr. A. F. M. Dorresteyn: De Ondernemingskamer, de privatist een gruwel?“, <http://www.ou.nl/open/rezwolle/jg09nr1/dorresteyn.html>; die aktuelle Besetzung ist <http://www.rechtspraak.nl/gerechtshof/amsterdam/ondernemingskamer.htm> zu entnehmen.

²⁹² *Timmerman*, Bescherming van minderheidsaandeelhouders tegen een meerderheidsaandeelhouder in een rechtsvergelijkend perspectief, in: *Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief*, S. 86.

unbürokratische Arbeit²⁹³ bescheinigt. Vorsitzender der OK ist z.Zt. J.M.H. Willems, der sich auch nicht scheut, in der Öffentlichkeit über die Entwicklung des Enquêterechts und die Befugnisse der OK Stellung zu nehmen²⁹⁴. Er geht davon aus, dass in den nächsten Jahren eine Flut neuer Anträge auf die OK wartet.²⁹⁵ Bei der OK gibt es zwei verschiedene Verfahrensarten: Die sogenannte „dagvaardigings-procedure“ und die „rekestprocedure“. Die erstgenannte Verfahrensart (wo das Verfahren mit Vorladung des Beklagten eröffnet wird) ist nur dann statthaft, wenn Streitigkeiten von der 1. Instanz der ordentlichen Gerichtsbarkeit zur Entscheidung vorgelegt werden.²⁹⁶ Aus diesem Grunde werde ich nicht näher auf diese Verfahrensart eingehen. Das Enquêteverfahren findet hingegen in einer „rekestprocedure“, einer Art „Antragsverfahren“ statt. In diesem Verfahren werden bei der Geschäftsstelle der OK Antragsschriften in mindestens achtfacher Ausfertigung eingereicht. Gibt es mehr als eine Gegenpartei, müssen entsprechend mehr Exemplare eingereicht werden²⁹⁷. Nach Einreichung der Antragsschrift wird Termin für die mündliche Verhandlung bestimmt und zu der Verhandlung geladen. Nach Art. 2:349a Abs. 1 behandelt die Kammer für Unternehmenssachen den Antrag oder die Klage mit größter Eile. Diese ausdrückliche gesetzliche Aufforderung macht das Enquêteverfahren per Definition zu einem Eilverfahren,²⁹⁸ so dass sich die Frage der Abgrenzung zum Einstweiligen Verfügungsrecht stellt. Einigkeit besteht jedenfalls darüber, dass ein Enquêteverfahren nicht im Wege einer einstweiligen Verfügung verfolgt werden kann.²⁹⁹

Die Forderung des Gesetzgebers nach eiliger Behandlung der Enquêtegesuche führt jedoch nicht dazu, dass die Unternehmenskammer tatsächlich zeitlich kurzfristig über Enquêtegesuche entscheidet. Regelmäßig vergehen in der Praxis 1 ½ bis 9 Monate, bis eine

²⁹³ *Timmerman*, a.a.O.

²⁹⁴ Vgl. etwa seine Stellungnahme in dem Beitrag „Ondernemingskamer: gerechtelijk toevluchtsoord voor aandeelhouders“, in: *Holland Lawyer* Juni 2002.

²⁹⁵ *Willems*, a.a.O.

²⁹⁶ www.rechtspraak.nl/gerechtshof/amsterdam/ondernemingskamer.htm, S. 2.

²⁹⁷ A.a.O.

²⁹⁸ *Boukema* in: *Rechtspersonen* Art. 349 a Anm. 2; *Timmerman*, a.a.O.

²⁹⁹ *Boukema* in: *Rechtspersonen* Art. 349 a Anm. 2.

abschließende Entscheidung der Kammer für Unternehmenssachen ergeht.³⁰⁰ Diese Zeit wird in Anspruch genommen, um die Parteien oder Zeugen bzw. Sachverständige zu hören (Art. 2:349a Abs. 1 S. 3) und um Erwidierungsschriften der juristischen Person zu würdigen, die regelmäßig vorgelegt werden.³⁰¹ In Eilsachen, in denen einstweilige Maßnahmen beantragt werden, kann allerdings grundsätzlich am Donnerstag (üblicher Sitzungstag) die Sitzung stattfinden, wenn die Antragsschrift bis am vorangegangenen Montag bis spätestens um 12.00 Uhr eingereicht worden ist.³⁰² In solchen Fällen muss der Antragsteller nach kollegialer Übereinkunft mit dem Anwalt des Antragsgegners die Unterlagen direkt an die Gegenseite schicken und sie den Richtern zukommen lassen, die kein Büro im *Paleis van Justitie* haben. Dafür ist es erforderlich, dass sich der Antragsteller vorab (telefonisch) mit dem Sekretariat der OK abstimmt. Die Prozessbevollmächtigten sollen in solchen Eilsachen unverzüglich angeben, zu welchen Zeitpunkten sie verhindert sind.³⁰³ Die Behandlung der Antragsschriften findet in öffentlicher Sitzung der OK in einem Saal des *Paleis van Justitie* an der *Prinsengracht* in Amsterdam statt. Für jeden Donnerstag können grundsätzlich drei Rechtssachen anberaumt werden. Die Redezeit pro Person beträgt in der Regel 45 Minuten. Ist von vornherein zu erwarten, dass dieser Zeitrahmen nicht ausreicht, muss dies dem Sekretariat rechtzeitig vor der Verhandlung mitgeteilt werden. Je nach dem Terminaufkommen der OK kann die Redezeit beschränkt werden. In Eilsachen kann direkt am Schluss der mündlichen Verhandlung ein Beschluss ergehen. In den anderen Fällen wird ein Verkündungstermin festgesetzt.³⁰⁴

Der übliche Verfahrensablauf stellt sich hingegen wie folgt dar: Im Allgemeinen findet eine Verhandlung vor der Unternehmenskammer 6 Wochen nach der Eingabe eines Enquêtegesuches statt. Eine Woche vor dem Verhandlungstermin muss die juristische Person ihre

³⁰⁰ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 349 a Anm. 2.

³⁰¹ *Ders.*, a.a.O.

³⁰² Siehe: www.rechtspraak.nl/gerechtshof/amsterdam/ondernemingskamer.htm, S. 2.

³⁰³ Siehe: www.rechtspraak.nl/gerechtshof/amsterdam/ondernemingskamer.htm, S. 2.

³⁰⁴ Siehe: www.rechtspraak.nl/gerechtshof/amsterdam/ondernemingskamer.htm, S. 2.

Erwiderungsschrift eingereicht haben. In der Regel 6 Wochen nach der Verhandlung ergeht dann die Entscheidung durch die Kammer für Unternehmenssachen. Dies bedeutet eine ungefähre Gesamtverfahrensdauer bis zur Entscheidung durch die OK von 6 Monaten. Äußert sich die juristische Person vor der Verhandlung nicht, räumt die Kammer für Unternehmenssachen ihr auch danach, regelmäßig durch Erlass von Zwischenbeschlüssen, die Möglichkeit ein, eine Erwiderung vorzutragen.³⁰⁵

B. Einleitung des Enquêteverfahrens

Ein Enquêteverfahren wird auf Antrag eingeleitet. Dabei soll es sich rechtsdogmatisch bei dem Antragsrecht um eine durch den Gesetzgeber bestimmten Personen verliehene *zelfstandige actie* (selbständige actio) handeln, d.h., dass sich das Enquêterecht nicht aus einem *subjectief recht* (subjektives Recht) ableitet.³⁰⁶ Das wiederum hat insofern Bedeutung, als das Gericht bei einer *zelfstandige actie* weniger passiv ist, als bei einem *subjectief recht*³⁰⁷. Das Gericht kann das Verfahren beispielsweise auch von sich aus ausdehnen.³⁰⁸ Im Enquêteverfahren geht es also nicht, zumindest nicht in erster Linie, um die Durchsetzung individueller Interessen, sondern um eine Rechtshandlung eigener Art. Dies erklärt die weitreichenden Befugnisse zur Ausforschung durch die mit der Durchführung des Enquêteverfahrens beauftragte Unternehmenskammer.

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Die Regelungen über das Enquêterecht sind zwingendes Recht,³⁰⁹ da gemäß Art. 25 von den Bestimmungen des Buches 2 (und hierzu gehört das Enquêterecht) nur abgewichen werden kann, sofern sich dies aus dem

³⁰⁵ OK 14. Januar 1993, NJ 1993, 460 Zwischenbescheid und 27. Mai 1993, De NV 1993, 185, Endbeschluss.

³⁰⁶ *Boukema* in: Rechtspersonen, § 2 Ziffer 1.

³⁰⁷ *Boukema* in: Rechtspersonen, § 2 Ziffer 1.

³⁰⁸ Diese Differenzierung erinnert an die Unterscheidung zwischen Dispositionsmaxime (Beibringungsgrundsatz) und Inquisitionsprinzip (Untersuchungsgrundsatz) im deutschen Verfahrensrecht.

³⁰⁹ *Asser-Meijer*, S. 730.

Gesetz ergibt. Derartige Regelungen fehlen jedoch in den Art. 2:344 ff. Soweit die Vorschriften über das Enquêterecht daher Anwendung finden, ist es nicht möglich, Abweichendes oder gar ihren Ausschluss durch Satzung oder Vereinbarung mit den Anteilseignern zu vereinbaren.

a) Juristische Personen niederländischen Rechts

Gemäß Art. 2:344 a findet das Enquêterecht Anwendung auf die niederländischen Entsprechungen der Genossenschaft, des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit, der Aktiengesellschaft, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der SE (Europäische Privatgesellschaft)³¹⁰, wobei in der Praxis die Durchführung von Enquêteverfahren bei der B.V. am häufigsten vorkommt und auch einige Fälle gegen N.V.'s bekannt sind. Andere Rechtsformen sind typischerweise nicht Gegenstand von Enquêteverfahren.³¹¹ Art. 2:344 b ordnet darüber hinaus die Anwendbarkeit auf die Stiftung und den Verein an, soweit diese ein Unternehmen mit einem obligatorischen Betriebsrat betreiben. Das ist gemäß Art. 2 Absatz 1 i.V.m. Art. 1 Absatz 1 d) WOR dann der Fall, wenn in der Gesellschaft mehr als 100 Personen beschäftigt sind, wobei es genügt, dass wenigstens 35 Personen mehr als ein Drittel ihrer normalen Arbeitszeit dort tätig sind.³¹²

Die Regelungen des Enquêterechts finden auf Rechtspersonen und nicht auf Unternehmen Anwendung. Gegenstand der Untersuchung ist daher die Geschäftsführung einer juristischen Person und nicht die Unternehmensführung, die durch eine juristische Person betrieben wird.³¹³ Das kann zu Problemen führen, wenn ein Unternehmen durch zwei oder mehrere juristisch selbständige Personen geführt wird. Es ist denkbar, dass sich ein Enquêteverfahren auf eine juristische Person bezieht, deren Unternehmensführung nahezu vollständig von einer anderen Rechtsperson bestimmt wird.³¹⁴ Daher kann die OK nach Art.

³¹⁰ Vgl. dazu: Art. 9 Abs. 1 c) ii der VO 2157/2001.

³¹¹ *Dorresteijn/van het Kaar*, De juridische organisatie van de onderneming, S. 174.

³¹² *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 344 Anm. 2.

³¹³ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 344 Anm. 2.

³¹⁴ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 344 Anm. 2.

2:351 Abs. 2 die von ihr bestellten Enquêteure auf deren Antrag hin zur Einsichtnahme der Bücher einer mit der zu untersuchenden Person eng verbundenen juristischen Person ermächtigen. Dasselbe gilt für die Anordnung zur Vorlegung von Gegenständen. Voraussetzung dafür ist, dass es für die richtige Erfüllung ihrer Aufgabe erforderlich ist.³¹⁵

b) Natürliche Personen und Personengesellschaften

Der Einzelkaufmann und die Personengesellschaften fallen grundsätzlich nicht unter das Enquêterecht.³¹⁶ Eine Ausnahme gilt nach Art. 2:345 Absatz 1 Satz 2 für die Kommanditgesellschaft und die offene Handelsgesellschaft, bei der eine juristische Person unbeschränkt haftender Gesellschafter ist, also für das niederländische Pendant zur GmbH & Co KG.

c) EWIV

Die Vorschriften über das Enquêterecht gelten auch für eine in den Niederlanden ansässige EWIV. Dies ergibt sich nicht aus dem insofern nicht abschließenden Art. 2:344, sondern aus einer speziellen gesetzlichen Regelung vom 28. Juni 1989, dort Art. 3 Absatz 2.³¹⁷

d) Ausländische Gesellschaften

Der SER hat sich bei seinen Beratungen zur Überarbeitung des Enquêterechtes nicht mit der Frage der Anwendbarkeit auf ausländische Rechtspersonen, die in den Niederlanden tätig sind, beschäftigt.³¹⁸ Es findet sich daher in den Art. 2:344 ff. hierzu auch keine Bestimmung. Nach allgemeiner Meinung finden somit die Regeln des Enquêterechtes

³¹⁵ Siehe hierzu: Erster Teil II B. 2.

³¹⁶ *Asser-Meijer*, S. 731 Rn. 516.

³¹⁷ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 344 Anm. 2.

³¹⁸ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 344 Anm. 2 unter Hinweis auf: SER 88/14 und 89/21.

auf ausländische Gesellschaften keine Anwendung.³¹⁹ Eine Ausnahme wird lediglich für pseudo-ausländische Gesellschaften diskutiert, die zwar im Ausland errichtet wurden, jedoch tatsächlich ausschließlich in den Niederlanden tätig sind.³²⁰ Es wird erwartet, dass zu der Frage einer Anwendbarkeit des Enquêterechtes auch auf ausländische Gesellschaften eine Regelung in das noch zu kodifizierende Internationale Privatrecht Eingang findet.³²¹ Klarstellend sei angemerkt, dass das Enquêterecht selbstverständlich auf von Ausländern in den Niederlanden gegründete juristische Personen Anwendung findet. In dem Fall liegt eine inländische Gesellschaft vor.

2. Antragsberechtigung

Antragsberechtigt zur Einleitung einer Enquêteuntersuchung sind ausschließlich die im Gesetz und zwar in Art. 2:345 oder 2:346 hierzu als befugt genannten.

a) Anteilseigner

Gemäß Art. 2:346 sind zur Beantragung eines Enquêteverfahrens grundsätzlich die Anteilseigner befugt. Die näheren Voraussetzungen werden für den Verein, die Genossenschaft und den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit durch Art. 2:346a genauer bestimmt. Antragsberechtigt ist eine Gruppe von mindestens 300 Mitglieder bzw. sovielen Mitgliedern, die mindestens ein Zehntel der Mitgliederzahl ausmachen oder zusammen zur Abgabe von mindestens einem Zehntel der Stimmen in der Hauptversammlung berechtigt sind.

Bei einer AG oder einer GmbH sind gemäß Art. 2:346 b ein oder mehrere Anteilseigner oder Inhaber von Anteilszertifikaten antragsberechtigt, die alleine oder zusammen wenigstens ein Zehntel des

³¹⁹ Im Gegensatz dazu finden in Großbritannien die dortigen, die dem Enquêterecht vergleichbar sind, auf ausländische Gesellschaften Anwendung, die in Großbritannien tätig sind.

³²⁰ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 344 Anm. 2; vgl. auch: *Kindler*, NJW 1999, 1993.

³²¹ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 344 Anm. 2 m.w.N.

gezeichneten Kapitals vertreten bzw. an einem Betrag an Anteilen oder Zertifikaten dafür bis zu einem Nennwert von 225.000 EUR oder soviel weniger wie die Satzung bestimmt, berechtigt sind.³²²

Bei der Berechnung sollen dabei die von der Gesellschaft selber gehaltenen Anteile keine Rolle spielen.³²³

(1) Änderungen der Anteilsverhältnisse während des Enquêteverfahrens

In der Zeit der Vorbereitung oder der Durchführung des Enquêteverfahrens können sich Änderungen des Anteilsbesitzes ergeben, die auch Auswirkungen auf die Antragsberechtigung haben können. Entscheidender Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage der Antragsberechtigung ist die Einreichung der Antragschrift. Zu diesem Zeitpunkt muss der Beschwerdeführer antragsberechtigt im Sinne des Art. 2:346 sein.³²⁴ Aus der hierzu vorhandenen Rechtsprechung sollen einige Beispiele aufgeführt werden:

In einem Fall, in dem der Antragsteller nach Einleitung des Enquêteverfahrens nur noch 5 % des plazierten Kapitals hielt, sich aber mit der Beschwerde auch gegen ein Ereignis richtete, welches nach der Anteilsübertragung durch ihn stattgefunden hatte, entschied die Unternehmenskammer, dass insoweit der Antrag gemäß Art. 2:346 unzulässig sei.³²⁵ In der Revision entschied der Hoge Raad, dass soweit ausreichend Zusammenhang mit den übrigen Beschwerdegegenständen bestünde, ein später eingeführter Gegenstand auch dann nicht ausgeschlossen werden kann, wenn der Beschwerdeführer nicht mehr im Sinne des Art. 2:346 antragsberechtigt sei.³²⁶

³²² *Timmerman/Doorman*, Rights of minority shareholders in the Netherlands, 57.

³²³ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 346 Anm. 2 unter Hinweis auf Art. 118 Absatz 9 und Art. 228 Absatz 6.

³²⁴ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 346 Anm. 2.

³²⁵ OK 23. März 1989, De NV 1989, S. 148.

³²⁶ HR 9. Mai 1990, NJ 1990, 829.

Derjenige, der seine Gesellschaftsanteile verkauft und den Übertragungsvertrag bereits unterschrieben hat, kann keinen zulässigen Enquêteantrag mehr stellen.³²⁷ Besteht zwischen Verkäufer und Käufer der Anteile allerdings noch nicht in allen Fragen Einigkeit, so steht die beabsichtigte Anteilsübertragung einem Enquêteverfahren nicht im Wege.³²⁸ Gleiches gilt, wenn der Anteilskauf abgeschlossen, die Anteile jedoch erst künftig übertragen werden sollen und der Verkäufer die Anteile noch hält³²⁹ sowie in dem Fall, in dem die Anteile erst über mehrere Jahre hinweg in Teilen übertragen werden.³³⁰ Demjenigen, der nur Miteigentümer von Anteilen ist, steht ebenso das Recht auf Einleitung eines Enquêteverfahrens zu.³³¹

(2) Antragsbefugnis bei gleichgroßer Verteilung der Gesellschaftsanteile

Rechtsdogmatische Probleme ergeben sich in dem in der Praxis nicht seltenen Fall, dass zwei Geschäftsführer/Gesellschafter zu je 50 % Anteile an der Gesellschaft halten. Reicht nun einer der Geschäftsführer/Gesellschafter ein Enquêtegesuch ein und nimmt der andere mit einer Verteidigungsschrift Stellung, so geschieht beides nicht im Namen der Gesellschaft. Die Ansicht, dass in diesem Falle die Gesellschaft eine Verteidigungsschrift überhaupt nicht einreichen könne, ist durch die Unternehmenskammer³³² verworfen worden. Dies unter Hinweis auf die Vorschrift des Art. 8 Absatz 1, nach der eine juristische Person und diejenigen, die kraft Gesetzes und der Satzung an ihrer Organisation beteiligt sind, sich gegenüber dem jeweils anderen so verhalten müssen, wie Treu und Glauben (*redelijkheid en billijkheid*) dies verlangen. Im Revisionsverfahren kam der Oberste Gerichtshof³³³ zum gleichen Ergebnis, begründete dies allerdings anders. Er nahm an, dass die im

³²⁷ OK 9. Juli 1987, NJ 1989, S. 269.

³²⁸ OK 13. Juni 1991, NJ 1991, S. 669.

³²⁹ OK 10. November 1994, NJ 1995, S. 460.

³³⁰ OK 2. April 1992, De NV 1992, S. 177.

³³¹ OK 8. September 1988, NJ 1989, S. 292.

³³² OK 21. März 1985, NJ 1988, S. 182; OK 9. März 1989, HR 9 Juli 1990, NJ 1991, S. 51; *Boukema* in: Rechtspersonen § 2 Ziffer 2.

³³³ HR 9 Juli 1990, NJ 1991, S. 51.

Namen des Gesellschafters, aber für die Gesellschaft eingereichte Verteidigungsschrift als Rechtshandlung für die Gesellschaft anzusehen sei. Selbst wenn dabei eine interne Absprache über die Beschlussfassung missachtet wurde, ist dies anders zu beurteilen, als in den Fällen, in denen ein Vertretungsberechtigter ohne rechtsgültigen Vorstandsbeschluss von seiner Vertretungsbefugnis Gebrauch macht. Die Ausführungen erhellen sich nur wenn man bedenkt, dass in den Niederlanden im Unterschied zum deutschen Recht die Geschäftsführer/Vorstandsmitglieder von Gesetzes wegen gemäß Art. 240 Abs. 2 S. 1 stets einzelvertretungsbefugt sind.

(3) Antragsrecht der Inhaber von Anteilszertifikaten

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 2:346b steht nicht nur den Anteilseignern sondern auch den Inhabern von Anteilszertifikaten ein Antragsrecht zu.

b) Berechtigung durch Satzung oder Vertrag

Gemäß Art. 2:346c sind weiterhin alle diejenigen antragsberechtigt, denen das Recht dazu durch die Satzung oder durch Vertrag mit der juristischen Person zuerkannt worden ist. Hierbei ist an Inhaber von konvertierbaren Obligationen und im Falle von Versicherungsgesellschaften an deren Versicherungsnehmer zu denken.³³⁴ Durch eine Satzungsregelung entsprechend den Kriterien in Art. 2:347 können etwa die Versicherungsnehmer einer Versicherungsgesellschaft, die in Form einer Aktiengesellschaft betrieben wird, die gleichen Befugnisse erhalten wie diejenigen eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit.³³⁵ In der niederländischen Literatur wird zudem ein Antragsrecht für parlamentarische Minderheiten für diejenigen Unternehmen gefordert, an denen der niederländische

³³⁴ *Boukema* in: Rechtspersonen Art 346 Anm. 4.

³³⁵ *Boukema* in: Rechtspersonen Art 346 Anm. 4.

Staat direkt oder indirekt Mehrheitseigner ist,³³⁶ oder insbesondere bei Strukturgesellschaften auch für Aufsichtsratsmitglieder.³³⁷

Dem Betriebsrat unter bestimmten Voraussetzungen ein eigenes Antragsrecht einzuräumen, fand im Gesetzgebungsverfahren keine Mehrheit und kann daher nur durch Vereinbarung erzielt werden.³³⁸ Allerdings steht den Gewerkschaften ein Antragsrecht zu.

c) „Vereinigung von Arbeitnehmern“

Gemäß Art. 2:347 ist außerdem antragsberechtigt eine Vereinigung von Arbeitnehmern (also die Gewerkschaft), die im Unternehmen der juristischen Person beschäftigte Personen zu ihren Mitgliedern zählt und mindestens zwei Jahre volle Rechtsfähigkeit besitzt. Des Weiteren muss sie kraft ihrer Satzung den Zweck haben, die Interessen ihrer Mitglieder als Arbeitnehmer zu wahren und als solche in dem Wirtschaftszweig oder in dem Unternehmen tätig sein. Interessanterweise wird berichtet, dass die Gewerkschaften nur äußerst selten Enquêteverfahren einleiten, in der Mehrzahl handelt es sich um Anteilseigner.³³⁹ Dies wird damit erklärt, dass die Informationen, die erforderlich sind, um die Tatsachen vorzutragen, aus denen sich die Gefahr einer schlechten Unternehmensführung herleiten lassen, den Anteilseignern, insbesondere den Großaktionären, wesentlich besser zur Verfügung stehen als den Gewerkschaften.³⁴⁰

Die Frage, ob die antragstellende Gewerkschaft in dem zu untersuchenden Unternehmen “beschäftigte Personen” zu ihren Mitgliedern zählt, war Problempunkt des Verfahrens *Stolk BV*³⁴¹ und führte zu einer Änderung des Enquêterechtes. Das Verfahren richtete sich gegen einen Zusammenschluss von Transportunternehmen in der Form

³³⁶ *De Ru*, NJB 1983, 437.

³³⁷ *Verloop*, De NV März 1993, 79.

³³⁸ *Boukema* in: Rechtspersonen Art 346 Anm. 4 m.w.N.

³³⁹ *Boukema* in: Rechtspersonen Art 347 Anm. 2.

³⁴⁰ *Boukema* in: Rechtspersonen Art 347 Anm. 2 m.w.N. und einer Analyse der Verfahren aus den Jahren 1976 bis 1994.

³⁴¹ NJ 1988, 183 vom 16. April 1987.

einer Aktiengesellschaft, die selber kaum Personal unterhielt. Die Gewerkschaft verfügte lediglich in einer der angeschlossenen GmbHs über Mitglieder. Diese waren dort als Arbeitnehmer angestellt und wurden als solche dem Zusammenschluss der Transportunternehmen zur Verfügung gestellt. Der SER vertrat den Standpunkt, es genüge zur Antragsbefugnis einer Gewerkschaft, dass ihre Mitglieder „im Unternehmen“ beschäftigt seien, was im vorliegenden Falle anzunehmen sei.³⁴² Im Falle, dass die Gewerkschaften lediglich über Mitglieder bei Tochterunternehmen verfügt, vertritt der SER eine vergleichbare Haltung. Übt die Muttergesellschaft einen dominierenden Einfluss auf die Tochter aus und ist diese finanziell und ökonomisch von der Mutter abhängig, so sollen die Gewerkschaften, deren Mitglieder bei dem Tochterunternehmen beschäftigt sind, berechtigt sein, eine Enquêteuntersuchung auch über die finanzielle Unternehmensführung der Mutter, soweit diese Einfluss auf die Tochter hat, zu beantragen.³⁴³ Entsprechende Regelungen sind nunmehr in Art. 2:351 Abs. 2 zu finden.

d) Klage des Generalstaatsanwaltes

Nach Art. 2:345 Abs. 2 kann der Generalstaatsanwalt beim Oberlandesgericht in Amsterdam aus Gründen des öffentlichen Interesses eine Klage zur Einleitung einer Enquêteuntersuchung erheben. Zur Vorbereitung einer solchen Klage kann der Generalstaatsanwalt Sachverständige damit beauftragen, über die Führung und den Geschäftsbetrieb des Unternehmens Auskünfte einzuholen. Das Unternehmen ist verpflichtet, die verlangten Auskünfte zu erteilen und auf Verlangen dem Sachverständigen Einsicht in Bücher und Schriftstücke zu gewähren. Die gesetzgeberische Begründung für die Klagebefugnis des Generalstaatsanwaltes liegt darin, die Möglichkeit einer Enquêteuntersuchung auch für diejenigen zu eröffnen, die nicht so nahe von der Führung des Unternehmens betroffen sind, dass ihnen ein eigenes Antragsrecht zusteht, wie etwa die Inhaber von Obligationen

³⁴² Einzelheiten bei: *Boukema* in: Rechtspersonen Art 347 Anm. 3.

³⁴³ OK 17. März 1983, rek.nr. 23/82 OK und 26. Januar 1978, TVVS 1979, S. 250.

(Schuldverschreibungen) oder die Lieferanten oder Abnehmer eines Unternehmens.³⁴⁴

(1) Öffentliches Interesse

Erste Voraussetzung für eine Klagebefugnis des Generalstaatsanwaltes ist das Vorliegen eines öffentlichen Interesses. Ob dieses gegeben ist, unterfällt nicht dem Urteil des Generalstaatsanwaltes sondern der Prüfung durch die Unternehmenskammer. Diese hat bei der Zulassung eines Enquêteverfahrens aufgrund einer Klage des Generalstaatsanwaltes zu prüfen, ob ein derartiges öffentliches Interesse zu bejahen ist.³⁴⁵ Es soll sichergestellt sein, dass bei der Ausübung seiner Befugnisse der Generalstaatsanwalt öffentliche Interessen und nicht diejenigen einzelner vertritt. Hierzu hat es im niederländischen Parlament eine Vielzahl von Kammeranfragen gegeben.³⁴⁶ Aus dem Ergebnis dieser Anfragen wird der Eindruck mitgeteilt, dass der Generalstaatsanwalt behutsam, abwartend und zurückhaltend von seiner Klagebefugnis Gebrauch macht.³⁴⁷

(2) Fallbeispiele

Aus der bekannt gewordenen Rechtsprechung sind jedoch folgende Fälle zu berichten: Der Generalstaatsanwalt erhob Klage auf Einleitung eines Enquêteverfahrens bezüglich einer B.V., bei der das Verhältnis zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführer ernsthaft gestört war. Die B.V. beschäftigte 33 Mitarbeiter. Der Generalstaatsanwalt begründete das öffentliche Interesse damit, dass der Erhalt der Arbeitsstelle dieser Mitarbeiter in der heutigen konjunkturellen Situation gemeinsam mit der

³⁴⁴ *Boukema* in: Rechtspersonen Art 345 Anm. 2.

³⁴⁵ *Boukema* in: Rechtspersonen Art 345 Anm. 2.

³⁴⁶ Nachweise bei: *Boukema* in: Rechtspersonen Art 345 Anm. 2.

³⁴⁷ *Boukema* in: Rechtspersonen Art 345 Anm. 2.

großen Arbeitslosigkeit ein Grund öffentlichen Interesses sei. Die Unternehmenskammer, die betonte, dass ein Enquêteantrag von den dazu berechtigten Anteilseignern nicht gestellt worden war, schloss sich dem an und eröffnete die Enquêteuntersuchung.³⁴⁸

In einem anderen Fall begründete der Generalstaatsanwalt die Klage auf Einleitung einer Enquêteuntersuchung damit, dass sich der Geschäftsführer des Unternehmens einer Unterschlagung zu Lasten der Gesellschaft schuldig gemacht hätte. Das Begehen einer strafbaren Handlung sei nicht mit einer verantwortungsvollen Führung des Unternehmens in Einklang zu bringen. Der Fortbestand der Gesellschaft sei dadurch in Gefahr. Die Unternehmenskammer ließ das Enquêteverfahren zu, ohne auf die Ausführungen des Generalstaatsanwaltes zum Vorliegen eines öffentlichen Interesses einzugehen und bejahte dieses somit.³⁴⁹ Schließlich ist aber auch das Verfahren *Vie d'Or* zu erwähnen.³⁵⁰ Hier hatte der Generalstaatsanwalt die Einleitung einer Enquêteuntersuchung über die Unternehmensführung der Versicherungsgesellschaft *Vie d'Or* gefordert, da 11.000 Versicherungsnehmer ernsthaft beunruhigt waren und es zur Einleitung von strafrechtlichen und sogar parlamentarischen Untersuchungen gekommen war. (Letztere standen selbstverständlich der Einleitung einer Enquêteuntersuchung nicht im Wege.)³⁵¹

(3) Stellungnahme

Die beiden erstgenannten Beispiele mögen verdeutlichen, dass das Vorliegen eines öffentlichen Interesses relativ leicht zu begründen ist. Es werden also nicht etwa für die Allgemeinheit spürbare Nachteile von einigem Belang gefordert, sondern es genügt jedwede über ein Singularinteresse hinausgehende Auswirkung. Dies dürfte allerdings der oben dargestellten gesetzgeberischen Intentionen entsprechen.

³⁴⁸ OK 28. Dezember 1981, NJ 1983, 25.

³⁴⁹ OK 17. März 1983, NJ 1984, 462.

³⁵⁰ OK 6. April 1995, 242/95.

³⁵¹ A.a.O.

(4) Weitere Voraussetzungen

Eine auf eine Klage des Generalstaatsanwaltes begründete Enquêteuntersuchung muss im Übrigen den weiteren Voraussetzungen eines Enquêteverfahrens entsprechen. Insbesondere muss gemäß Art. 2:349 Abs. 1 BW dem Vorstand und dem Aufsichtsrat des Unternehmens vorab eine schriftliche Beschwerde mit ausreichender Zeit zur Stellungnahme vorgelegen haben.

(5) Informationsrechte und Klage auf Erlass von Maßregeln

Gemäß Art. 2:353 Abs. 2 erhält der Generalstaatsanwalt bei sämtlichen eingeleiteten Enquêteverfahren ein Exemplar des Enquêteberichtes. Anderenfalls wäre es ihm nicht möglich, von dem ihm nach Art. 2:355 zustehenden Recht, aus öffentlichen Gründen Klage auf Erlass von Maßregeln i.S.d. Art. 2:356 zu erheben, Gebrauch zu machen.

(6) Vorherige schriftliche Beschwerde

Nach Art. 2:349 Absatz 1 ist der Enquêteantrag des Antragstellers und die Klage des Generalstaatsanwaltes unzulässig, sofern nicht im Voraus dem Vorstand und dem Aufsichtsrat eine dem entsprechende schriftliche Beschwerde hinsichtlich Führung und Geschäftsbetrieb zugegangen ist. Des Weiteren muss eine ausreichend lange Frist verstrichen sein, um der juristischen Person zu ermöglichen, diese Beschwerden zu untersuchen und entsprechende Maßnahmen zu treffen.

3. Beschwerde durch Antragsteller

Die Antragsteller müssen sich, bevor sie sich an die Unternehmenskammer wenden, erst bei dem Unternehmen beschweren.

a) Konkrete Beschwerden

Dazu genügt es, wenn bei mehreren Antragstellern einer eine solche Beschwerde eingereicht hat, solange der Gegenstand der Beschwerde der gleiche ist.³⁵² Entscheidend ist, dass dem betroffenen Unternehmen deutlich sein muss, dass diese Beschwerde die Grundlage für ein Enquêteverfahren durch eine Vielzahl von Anteilseignern sein kann. Dies kann sich aus dem Inhalt der Beschwerde, den äußeren Umständen sowie der Art und Weise, mit der sie vorgebracht wird, ergeben.³⁵³ Es müssen demnach konkrete Beschwerden formuliert werden.

b) Enger Zusammenhang

Des Weiteren muss zwischen dem Gegenstand der Beschwerde und dem späteren Enquêtegesuch ein enger Zusammenhang bestehen, aus dem hervorgeht, dass dessen Gründe sich auf die in der Beschwerde angegebenen Gegenstände beziehen. Es ist jedoch nicht erforderlich, dass im späteren Enquêtegesuch ausdrücklich beantragt wird, die Gegenstände der Beschwerde zu untersuchen.³⁵⁴

c) Ausdrückliche Drohung mit Enquêtegesuch?

In der Literatur wird überdies die Forderung gestellt, in der Beschwerde müsse ausdrücklich angegeben werden, dass der Beschwerdeführer diese auch im Hinblick auf ein eventuelles Enquêteverfahren erhebt.³⁵⁵ Anders würde dem Vorstand die Bedeutung der Beschwerde nicht bewusst werden.³⁵⁶ Ein solches Erfordernis findet man in der Rechtsprechung

³⁵² OK 2. Januar 1992, NJ 1992, 329.

³⁵³ HR 6. Oktober 1993 (Bobel), NJ 1994, 300 und TVVS 1993, 330.

³⁵⁴ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 349 Anm. 2.

³⁵⁵ *Frenkel*, NJB 1975, 133.

³⁵⁶ *Ders.*, a.aO.

nicht.³⁵⁷ Ich halte dies auch für überzogen, da dem Vorstand eines Unternehmens die Möglichkeit eines Enquêteverfahrens bekannt sein muss und er sich damit anlässlich jeder ernsthaften Beschwerde auch beschäftigen muss.

d) Schriftlichkeit

Die Beschwerde gegen die Unternehmensführung muss schriftlich bei dem Vorstand und dem Aufsichtsrat des Unternehmens eingereicht werden. Diese Voraussetzung wird in der Rechtsprechung recht weit ausgelegt.³⁵⁸ Ein Anteilseigner hatte seine Beschwerden gegen die Unternehmensführung in einer allgemeinen Hauptversammlung schriftlich zu Protokoll erklärt. Dies genüge dem Schriftlichkeitserfordernis, da es nicht erforderlich sei, dass die Beschwerde schriftlich formuliert werde. Es genüge vielmehr, dass die Beschwerde schriftlich festgehalten wurde.³⁵⁹ In einem anderen Fall waren die Beschwerden in einem Bericht der Direktionsversammlung festgehalten worden. Auch dies genüge dem Schriftlichkeitserfordernis.³⁶⁰ Auch der Umstand, dass lediglich dem Vorstand gegenüber die Beschwerden schriftlich geäußert wurden, stand der Zulässigkeit einer Enquêteuntersuchung nicht im Wege.³⁶¹

e) Kein Überfall mit Enquêteuntersuchung

Sinn der Regelung in Art. 2:349 ist, dass das Unternehmen nicht von einem Enquêteverfahren überfallen werden soll.³⁶² Die angezeigten Beschwerden geben dem Unternehmen die Gelegenheit, sich zu beraten und beraten zu lassen und auf ein eventuelles Enquêtegesuch einzustellen. Das Unterlassen, eine Beschwerde schriftlich vorzubringen,

³⁵⁷ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 349 Anm. 2 unter Hinweis auf OK 15. November 1973, NJ 1974, 293; OK 7. November 1991, rek.nr. 24/91.

³⁵⁸ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 349 Anm. 2 m.w.N.

³⁵⁹ OK 3. Januar 1977, NJ 1977, 342; 2. Februar 1989, De NV 1989, 89; 15. Juli 1993, De NV 1993, 218.

³⁶⁰ OK 27. März 1980, TVVS 1980, 193.

³⁶¹ OK 15. November 1973, NJ 1974, 293.

um dadurch „nicht das Klima im Unternehmen zu stören“, führt daher zur Unzulässigkeit eines Enquêtegesuchs.³⁶³

f) Zeitraum zwischen Kenntnis der Beschwerdegründe und Beschwerde

Das Enquêterecht geht nicht dadurch verloren, dass der Antrag nicht zeitlich unmittelbar nach Kenntnis der Gründe, aufgrund derer dieser gestellt werden soll, gestellt wird.³⁶⁴ Wartet man allerdings zu lange ab, kann dies zur Unzulässigkeit des Enquêtegesuchs führen: Anlass der Unstimmigkeiten war eine Umwandlung eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit in einen Verein im Jahre 1978. Die Beschwerdeführer hatten erst im Jahre 1983 hiergegen eine Beschwerde an den Vorstand gerichtet. Auf Grund des geraumen Zeitablaufs hatten sie nach Ansicht der Unternehmenskammer ihr Recht auf ein Enquêteverfahren verwirkt.³⁶⁵

g) Informationspflicht des Unternehmers?

Die Beschaffung von Informationen ist eine der größten Schwierigkeiten, ein Enquêtegesuch anzubringen. Zum Teil wird daher die Auffassung vertreten, der Unternehmer sei verpflichtet, schriftliche Beschwerden zu beantworten.³⁶⁶ Es wird sogar verlangt, die Antwort des Unternehmers müsse eine erhebliche Menge relevanter Informationen beinhalten.³⁶⁷ Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Zu Recht wird darauf verwiesen, dass es keine Rechtspflicht des Unternehmers zur Beantwortung einer Beschwerde gäbe.³⁶⁸ Aus Art. 2:349 kann sicherlich keine Informationspflicht abgeleitet werden.³⁶⁹ Der Unternehmer kann sich frei

³⁶² *Boukema* in: Rechtspersonen § 2 Ziffer 1 a), Art. 349 Anm. 2; OK 22. Dezember 1983, NJ 1985, 383.

³⁶³ OK 23. März 1989 (Claybo), De NV 1989, 140; Die Berufung wurde verworfen: HR 9. Mai 1990, NJ 1990, 829.

³⁶⁴ OK 7. Januar 1988, NJ 1989, 827.

³⁶⁵ OK 27. Juli 1989, De NV 1989, 242h.

³⁶⁶ *Frenkel*, NJB 1975, 134.

³⁶⁷ *Frenkel*, NJB 1975, 134.

³⁶⁸ *Arends de Wolff*, S. 290.

³⁶⁹ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 349 Anm. 2 m.w.N.

entscheiden, durch die Herausgabe von Informationen die Beschwerdeführer umzustimmen oder aber durch Nichtbeantwortung ein Enquêteverfahren herbeizuführen.³⁷⁰ Eine Weigerung des Unternehmens, die Beschwerde zu beantworten und ergänzende Informationen zu geben, kann allerdings für das Maß, mit dem der Antragsteller die schlechte Unternehmensführung in dem Enquêteantrag konkretisieren muss, von Bedeutung sein.³⁷¹ Je weniger sich der Unternehmer einläßt, desto geringer sind die Anforderungen an die Konkretisierung des Enquêtegegenstandes.³⁷²

h) Zeitraum zwischen Beschwerde und Enquêtegesuch

Der Zeitraum zwischen dem Tag, an dem die Beschwerde bei der Gesellschaft eingegangen ist und demjenigen, an dem der Beschwerdeführer bei der Kammer für Unternehmenssachen ein Enquêtegesuch anbringt, muss groß genug sein, um der Gesellschaft Gelegenheit zu geben, die Beschwerden zu überprüfen und hiernach Maßnahmen zur Abhilfe zu treffen.³⁷³ So hat die Unternehmenskammer in einem Fall einen Antrag, der 6 Wochen nach Zugang der Beschwerde bei der Gesellschaft eingereicht worden war, als unzulässig zurückgewiesen.³⁷⁴ Dabei spielen Art und Umfang der Beschwerde eine Rolle. Außerdem wurde berücksichtigt, dass zunächst von der Gesellschaft die Bereitschaft angezeigt worden war, die Beschwerden von einem unabhängigen Berater untersuchen zu lassen, und dass nicht absehbar war, ob sich die Gesellschaft nicht den Resultaten der Untersuchung anschließen und die notwendigen Maßnahmen ergreifen würde.³⁷⁵ In einem anderen Fall, in dem der Beschwerdeführer zwischen Einreichung der Beschwerde und Einleitung des Enquêteverfahrens 10 Monate hatte vergehen lassen, war dieses ebenfalls wegen Unzulässigkeit abgewiesen

³⁷⁰ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 349 Anm. 2.

³⁷¹ *Boukema* in: Rechtspersonen § 2 Ziffer 1 a).

³⁷² *Ders.*, a.a.O.

³⁷³ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 349 Anm. 2; OK 27. März 1980 und 1. Mai 1980, TVVS 1980, 193.

³⁷⁴ OK 3. Februar 1977, NJ 1977, 343.

worden.³⁷⁶ In diesem Fall musste jedoch besonders berücksichtigt werden, dass in der Zwischenzeit eine Gesellschafterversammlung stattgefunden hatte und anlässlich dieser keine Beschwerden erhoben wurden. Die Gesellschaft erzielte so den Eindruck, dass sich die Situation beruhigt hätte.³⁷⁷

In beiden Entscheidungen ist deutlich geworden, dass es sich um Einzelfallentscheidungen gehandelt hat. Man wird daher sicherlich nicht dahingehend verallgemeinern können, dass eine Frist zwischen 6 Wochen und 10 Monaten einzuhalten sei. Dennoch liefern die erwähnten Entscheidungen eine Vorstellung von der Größenordnung, die im Einzelfall zu berücksichtigen sind.

4. Anhörung Betriebsrat

Der Antrag einer Vereinigung von Arbeitnehmern ist nach Art. 2:349 Abs. 2 unzulässig, wenn sie nicht zuvor dem Betriebsrat des Unternehmens die Gelegenheit gegeben hat, schriftlich seine Meinung zu äußern. Der Generalstaatsanwalt teilt bei seiner Klage mit, ob er dem Betriebsrat die Gelegenheit gegeben hat, seine Meinung zu äußern.

5. Begründeter Anlass, an einer richtigen Unternehmensführung zu zweifeln

Die Kammer gibt dem Antrag oder der Klage nur statt, wenn begründeter Anlass besteht, an einer richtigen Führung zu zweifeln, Art. 2:350 Abs. 1. Dazu genügt es, wenn erhebliche Gründe angeführt werden, aus denen sich bei näherer Untersuchung eine unrichtige Geschäftsführung ergeben könnten.³⁷⁸ In diesem Stadium des Enquêteverfahrens muss das Kriterium „schlechte Unternehmensführung“ noch nicht vorliegen. Erst

³⁷⁵ A.a.O.

³⁷⁶ OK 5. Juli 1984, NJ 1988, 142, TVVS 1984, 229.

³⁷⁷ A.a.O.

³⁷⁸ *Van Schilfgaard*, Van de BV en de NV, S. 310.

wenn gemäß Art. 2:355 über den Erlass von Maßnahmen gegen die Gesellschaft befunden werden muss, wird auf Grundlage des Enquêteberichtes geprüft, ob dieses vorliegt.³⁷⁹

a) „Begründeter Anlass“

Unter “begründeter Anlass” an einer richtigen Unternehmensführung zu zweifeln, wird der Vortrag von Tatsachen und Umständen verstanden, die zusammen die erhebliche Wahrscheinlichkeit begründen, dass bei näherer Untersuchung schlechte Unternehmensführung zu Tage tritt.³⁸⁰ Die zu untersuchende Unternehmensführung kann sich sowohl auf das Funktionieren der Gesellschaft als Rechtsperson als auch auf das durch die Gesellschaft betriebene Unternehmen beziehen.³⁸¹ Diese Aspekte können auch miteinander verbunden sein. Ist Gegenstand das Funktionieren der Gesellschaft, so kann z.B. die Beachtung der gesetzlichen oder satzungsmäßigen Vorschriften Gegenstand der Betrachtung sein.³⁸² Geht es um das Unternehmen, so können die wirtschaftliche (betriebsökonomische) und soziale Führung des Unternehmens eine erhebliche Rolle spielen.³⁸³ Des Weiteren kann man zwischen formellen Fragen der Unternehmensführung (formelle Sorgfalt) und materiellen Inhalten der Unternehmensführung unterscheiden.³⁸⁴

b) Interessenabwägung

Bejaht die Unternehmenskammer das Vorliegen von Zweifeln an der richtigen Unternehmensführung, so ist sie dennoch nicht zur Einleitung eines Enquêteverfahrens verpflichtet,³⁸⁵ vielmehr muss sie die wechselseitigen Interessen abwägen. Insbesondere muss berücksichtigt werden, ob die Interessen der Gesellschaft und der durch die Einleitung einer

³⁷⁹ *Ders.*, a.a.O.

³⁸⁰ Allg. Meinung *Asser-Maeijer*, Rn. 526; *van Schilfgaarde*, Van de BV en de NV, S. 310, Kritik an dieser Definition: *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 350 Anm 2.

³⁸¹ *Asser-Maeijer*, Rn. 526.

³⁸² *Ders.*, a.a.O.

³⁸³ *Ders.*, a.a.O.

³⁸⁴ *Ders.*, a.a.O.

³⁸⁵ *Van Schilfgaarde*, Van de BV en de NV, S. 310; *Asser-Maeijer*, Rn. 526.

Enquêteuntersuchung betroffenen Personen ernsthaft geschädigt werden und welche Interessen der Antragsteller dem gegenüber stehen.³⁸⁶

So ist es durchaus denkbar, dass die Unternehmenskammer trotz erheblicher Zweifel an einer richtigen Unternehmensführung bei der Einleitung einer Enquêteuntersuchung einen erheblichen Schaden für das Unternehmen und dadurch etwa durch Bedrohung des Arbeitsplatzes auch einen erheblichen Schaden für die dort tätigen Mitarbeiter befürchtet und andererseits den Schaden des Antragstellers bei Nicht-Einleitung einer Enquêteuntersuchung als eher gering einstuft.

c) Beispiele aus der Rechtsprechung

Im Folgenden seien zur Veranschaulichung einige Beispiele aus der ergangenen Rechtsprechung dargestellt. Nach meinem Eindruck stehen eher formelle Fragen im Vordergrund. Nur selten wagt sich die Unternehmenskammer an die Prüfung des Inhaltes von Entscheidungen der Geschäftsführung.³⁸⁷ Zunächst seien Entscheidungen zu eher formelle Gesichtspunkten aufgeführt: Der Umstand, dass über mehrere Jahre hinweg weder eine Hauptversammlung durchgeführt, noch ein Jahresabschluss erstellt wurde, ist für sich genommen bereits ein erheblicher Grund, an einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung zu zweifeln.³⁸⁸ Auch der Umstand, dass der Jahresabschluss entgegen der gesetzlichen Vorschriften nicht veröffentlicht wurde und auch aus einer genehmigten Rechnungsprüfererklärung nicht voraussehbar war, genügt Zweifel an einer richtigen Unternehmensführung zu begründen.³⁸⁹ Wird entgegen Art 108a, nach der innerhalb von 3 Monaten, nachdem es für den Vorstand erkennbar ist, dass das Eigenkapital der Aktiengesellschaft auf einen Betrag von oder weniger als der Hälfte des eingezahlten und

³⁸⁶ Nach HR vom 20. November 1996, NJ 1997, 188 soll die Interessenabwägung sogar dazu führen, dass die Unternehmenskammer einen Enquêteantrag abweist, ohne zu entscheiden, ob Zweifel an einer richtigen Führung vorliegen. Dem widerspricht *van Schilfgaarde*, Van de BV en de NV, a.a.O.

³⁸⁷ So auch: *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 350 Anm. 2.

³⁸⁸ OK 18. Juni 1980, NJ 1981, 547; OK 19. Oktober 1989, NJ 1990, 372; OK 4. Februar 1993, NJ 1993, 414.

³⁸⁹ OK 16. April 1987, NJ 1988, 183.

eingeforderten Kapitals der Gesellschaft gesunken ist, eine Gesellschafterversammlung einzuberufen ist, keine Versammlung einberufen, liegt allein darin ein Grund, Zweifel an einer richtigen Unternehmensführung anzunehmen.³⁹⁰

Der Vorstand einer Gesellschaft hatte, obwohl eigene Sachen strikt von denen der Gesellschaft zu trennen sind, auf Grund einer ungerechtfertigten Rechnung einen ansehnlichen Betrag an sich selber ausgezahlt.³⁹¹ Dies rechtfertigte Zweifel an einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung. Läßt ein geschäftsführender Mitgesellschafter mit einem Anteil von 50 % dem anderen Gesellschafter keine Informationen darüber zukommen, wie er für eine eigene, dritte Gesellschaft eingesetztes Personal und Mittel mit der gemeinsamen Gesellschaft abrechnen will, so begründet dies Zweifel an einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung.³⁹² Die bloße Besorgnis, dass es zwischen zwei je zu 50 % beteiligten Gesellschaftern zu verschiedenen Ansichten in Fragen der Unternehmensführung kommt und dann eine Pattsituation besteht, rechtfertigt indes kein Enquêteverfahren.³⁹³ In einem anderen Fall hatte der Vorstand eines Unternehmens an ein beherrschtes Unternehmen Darlehen herausgegeben, ohne Sicherheiten einzufordern.³⁹⁴ Dies rechtfertigte Zweifel an einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung. Auch das Ausleihen von Gegenständen an eine mit dem Mehrheitsgesellschafter verbundene Unternehmensgruppe ohne Gestellung von Sicherheiten begründet den Verdacht unrichtiger Geschäftsführung.³⁹⁵ Aus dem Mutter-Tochterverhältnis fließt nicht nur ein bestimmtes Maß von Abhängigkeit der Tochtergesellschaft, sondern auch eine Verpflichtung auf die Belange der Minderheitsgesellschafter der Tochtergesellschaft Rücksicht zu nehmen.

³⁹⁰ OK 7 Januar 1988 (Bredero), NJ 1989, 827.

³⁹¹ OK 13. Juni 1991, NJ 1991, 669.

³⁹² OK 19. Oktober 1989, NJ 1990, 372.

³⁹³ OK 20. April 1989, NJ 1991, 205.

³⁹⁴ OK 21. November 1991, De NV 1992, 38.

³⁹⁵ OK 14. Januar 1993, NJ 1993, 460.

Aus den Entscheidungen zu eher inhaltlichen Gesichtspunkten soll nachfolgendes angeführt werden: Eine Gesellschaft hatte sich geweigert, weitere Untersuchungen über bessere Alternativen für die weitere Geschäftsführung auf seine Kosten einzuholen, insbesondere da das Betreiben des Unternehmens durch Diversifikation bereits untersucht worden war.³⁹⁶ Darin lagen keine Gründe, an einer ordnungsgemäßen Führung des Unternehmens zu zweifeln.³⁹⁷ Dass die Geschäftsführung bei der Erstellung einer Prognose nicht sorgsam gearbeitet hätte, muss von den Antragstellern bewiesen werden und begründet als bloße Behauptung keinen Zweifel an der Ordnungsgemäßheit der Geschäftsführung.³⁹⁸ In einigen Fällen haben Gewerkschaften ein Enquêtegesuch gegen die Schließung eines Unternehmens eingebracht, welches sich nach Ansicht der Geschäftsführung nur unzureichend rentierte.³⁹⁹ In zwei Fällen hatte die Unternehmenskammer die Annahme berechtigter Zweifel an einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung damit begründet, dass der Betriebsrat entgegen gesetzlichen Vorschriften nicht vorher angehört worden war.⁴⁰⁰ In zwei anderen Fällen war der Umstand, dass die Geschäftsführung ihrer Verpflichtung zur Anhörung des Betriebsrates nicht nachgekommen war, gerade kein begründeter Anlass, an einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung zu zweifeln.⁴⁰¹

In neuerer Zeit wurde das Enqueterrecht auch mehrmals im Rahmen von Übernahmegefechten insbesondere zur Abwehr feindlicher Übernahmen eingesetzt.⁴⁰²

d) Ablehnung des Enquêtegesuchs und Schadensersatzansprüche

³⁹⁶ OK 21. Juni 1979, NJ 1980, 73.

³⁹⁷ A.a.O.

³⁹⁸ OK 10. Dezember 1981, NJ 1983, 24.

³⁹⁹ Vgl. dazu: *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 350 Anm. 2.

⁴⁰⁰ OK 5. Oktober 1978 (nicht veröffentlicht) und OK 23. Juni 1983, NJ 1984, 571.

⁴⁰¹ OK 29. Mai 1980, NJ 1981, 272; OK 10. Dezember 1981, NJ 1983, 24.

⁴⁰² Vgl. OK 11.3.1999, Nr. 351 (Breevast); OK 27.5.1999, NJ 1999, Nr. 487 (Gucci, vgl. dazu auch: OK JOR 2001, 55); *Slagter/Verhoeff*, Baggeroorlog: nieuw aspect van wanbeleid?, Financieele dagblad vom 7.7.2001, S. 1 ff.; *dies.*, Voortzetting baggerstrijd: iedereen maakt fouten, Financieele dagblad vom 9. Oktober 2001, S.1.

Wenn die Kammer für Unternehmenssachen den Enquêteantrag abweist und dabei entscheidet, dass er ihrer Meinung nach nicht aus vernünftigen Grund gestellt worden ist, kann die juristische Person gegen den Antragsteller bei der Kammer für Unternehmenssachen eine Klage auf Erstattung des Schadens, den sie durch den Antrag erleidet, erheben, Art. 2:350 Abs. 2.

Hierzu ist zunächst anzumerken, dass gegen den Generalstaatsanwalt nicht Schadensersatzklage erhoben werden kann. Er ist nicht Antragsteller im Sinne des Art. 2:350 Abs. 2. Die Berechnung eines möglichen Schadens des Unternehmens bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln.⁴⁰³ Entscheidend ist, die Kausalität zwischen dem Antrag auf Enquêteuntersuchung und dem eingetretenen Schaden nachzuweisen. Nach Art. 2:350 Abs. 2 S. 2 ist für die Erhebung einer Klage gegen den Antragsteller nicht nur das Gericht seines Wohnsitzes, sondern auch das Gericht des Wohnsitzes zuständig, welches der Antragsteller vor der Antragstellung gewählt hatte.

e) Stattgabe des Enquêtegesuchs und Kostenentscheidung

Wird dem Antrag oder der Klage des Generalstaatsanwaltes stattgegeben, dann legt die Kammer für Unternehmenssachen den Betrag fest, den die Untersuchung höchstens kosten darf, Art. 2:350 Abs. 3. Während der Untersuchung kann die Kammer für Unternehmenssachen auf Antrag der von ihr beauftragten Personen diesen Betrag nach Anhörung oder zumindest nach Aufruf der ursprünglichen Antragsteller erhöhen. Die Kammer für Unternehmenssachen ist dabei in ihrer Entscheidung frei, wen sie als Enquêteuntersucher bestellt.⁴⁰⁴ Weder das betroffene Unternehmen noch der Antragsteller müssen bei der Benennung gehört werden. Dennoch pflegt die Kammer für Unternehmenssachen den beteiligten Parteien Gelegenheit dazu zu geben, einen Enquêteuntersucher vorzuschlagen.⁴⁰⁵ In der Praxis gibt es heftige Diskussionen

⁴⁰³ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 350 Anm. 3.

⁴⁰⁴ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 350 Anm. 4.

⁴⁰⁵ *Ders.*, a.a.O.

darum, welcher Rechtsanwalt/Steuerberater/ Wirtschaftsprüfer oder welche Wirtschaftsprüfungsgesellschaft als Enquêteuntersucher benannt werden soll. In dem großen *OGEM-Verfahren*⁴⁰⁶ sind alleine drei Wochen für die Benennung der Enquêteuntersucher verwandt worden.⁴⁰⁷ Die Kammer für Unternehmenssachen vertritt den Standpunkt, dass nur derjenige als Enquêteuntersucher benannt werden soll, der noch nicht mit der Geschäftsführung oder der Beratung des Unternehmens betraut gewesen ist.⁴⁰⁸ Die juristische Person, deren Geschäftsführung untersucht wird, bezahlt die Kosten der Untersuchung und muss auf Anordnung der Kammer für Unternehmenssachen Sicherheit leisten.⁴⁰⁹ Der gesetzgeberische Grund für diese Regelung besteht darin, dass das betroffene Unternehmen gerade nicht ohne Grund, sondern aufgrund eines begründeten Anlasses, an der Ordnungsgemäßheit der Unternehmensführung zu zweifeln, in die Situation einer Enquêteuntersuchung kommt.⁴¹⁰ Es wird berichtet,⁴¹¹ dass die Kosten zwischen EUR 1.000,- und EUR 100.000,-⁴¹² variieren. Es treten auch Fälle auf, in denen eine spätere Erhöhung der Kosten stattfindet. So ist beispielsweise eine Erhöhung von ca. EUR 20.000,- auf ca. EUR 23.033,- bekannt geworden.⁴¹³

6. Einstweiliges Anordnungsrecht

Nach Art. 2:349 a Abs. 2 kann die Kammer für Unternehmenssachen in jedem Prozessstadium auf Antrag der in Art. 2:345 bezeichneten Antragsteller oder auf Klage des Generalstaatsanwaltes, der eine in jenem Artikel bezeichnete Klage erhoben hat, höchstens für die Dauer des Verfahrens eine sofortige Maßnahme treffen, wenn eine solche im Zusammenhang mit der Lage der juristischen Person oder im Interesse der Untersuchung erforderlich ist.

⁴⁰⁶ OK 22. Dezember 1983, NJ 1985, 383.

⁴⁰⁷ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 350 Anm. 4 mit weiteren Beispielen aus der Rechtsprechung.

⁴⁰⁸ OK 15. Dezember 1977, TVVS 1978, 63.

⁴⁰⁹ Das geschieht auch meistens: OK 15. Dezember 1977, TVVS 1978, 63; OK 26. Januar 1978, TVVS 1978, 251; OK 21 September 1978, NJ 1979, 403; OK 1. Mai 1980, TVVS 1980, 193.

⁴¹⁰ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 350 Anm. 4.

⁴¹¹ *Ders.*, a.a.O.

⁴¹² OK 22. Dezember 1983 (OGEM), NJ 1985, 383.

Nicht nur die Behandlung des Enquêtegesuchs, auch die Enquêteuntersuchung selbst benötigt einige Zeit und zwar durchschnittlich 1 Jahr.⁴¹⁴ Daher ist die Unternehmenskammer seit der Gesetzesänderung mit Wirkung ab dem 1.1.1994 berechtigt, in jedem Stadium des Enquêteverfahrens einstweilige Maßnahmen zu erlassen. Voraussetzung ist, dass ein Enquêtegesuch vorliegt. Anderenfalls ist weder die Kammer für Unternehmenssachen noch der Präsident des Gerichtshofes aufgrund von Art. 2:349a befugt, einstweilige Maßnahmen zu erlassen.⁴¹⁵

a) Keine Beschränkung auf den Maßnahmenkatalog in Art. 2:356

Nach allgemeiner Ansicht⁴¹⁶ ist die Kammer für Unternehmenssachen bei einstweiligen Maßnahmen nach Art. 2:349a Abs. 2 nicht an den Maßnahmenkatalog des Art. 2:356 gebunden. Wenn eine sofortige Maßnahme erforderlich ist, kommt also nicht nur die Aufhebung oder Aussetzung eines Vorstands- oder Aufsichtsratsbeschlusses oder die Suspendierung oder Entlassung eines Vorstandsmitgliedes oder Aufsichtsrates etc. in Betracht. Die Kammer für Unternehmenssachen kann vielmehr jede erforderliche sofortige Maßnahme erlassen. So kann beispielsweise auch ein Prokurist entlassen werden oder ein Verbot an Anteilseigner ergehen, ihr Stimmrecht auszuüben.⁴¹⁷

b) Zur praktischen Bedeutung einstweiliger Maßnahmen

Regelmäßig wird mit dem Enquêtegesuch auch ein Antrag auf Erlass einstweiliger Maßnahmen nach Art. 2:349a Abs. 2 verbunden. Dieser zielt meistens darauf ab, dass bestimmte Beschlüsse des Vorstandes nicht ausgeführt werden sollen.⁴¹⁸ Hierzu wird der Vorstand der betroffenen

⁴¹³ OK 18. März 1976, NJ 1978, 317.

⁴¹⁴ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 349 a Anm. 3.

⁴¹⁵ Rb Haarlem 14. Oktober 1994, KG 1994, 431.

⁴¹⁶ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 349 a Anm. 2.

⁴¹⁷ OK 16. Juni 1994 (Hetacom), TVVS 1994, 250.

⁴¹⁸ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 349 a Anm. 3.

juristischen Person stets gehört.⁴¹⁹ Wird der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Maßnahme erst im Verlaufe des Enquêteverfahrens gestellt, wird regelmäßig auch der bestellte Enquêteur von der Kammer für Unternehmenssachen gehört.⁴²⁰ Der Enquêteur verfügt jedoch nicht über ein eigenes Antragsrecht: Sollte der Enquêteur daher den Erlass einstweiliger Maßnahmen für dienlich erachten, ist er gehalten, sich an die Antragsteller zu wenden.⁴²¹

C. Durchführung der Untersuchung

Mit der Stattgabe des Enquêtegesuchs und der Beauftragung eines Enquêteurs beginnt die Durchführung der eigentlichen Enquêteuntersuchung, die mit der Erstellung und Vorlage des Enquêteberichtes endet.

1. Aufgaben und Befugnisse des Enquêteurs

Die Kammer für Unternehmenssachen⁴²² hat die Aufgaben des Enquêteurs wie folgt umschrieben: An erster Stelle ist es Aufgabe des Enquêteurs eine Untersuchung der relevanten Tatsachen zu erstellen, an zweiter Stelle den Schluss zu ziehen, ob nach seiner Ansicht eine schlechte Unternehmensführung vorliegt und, wenn dem so ist, an dritter Stelle Vorschläge für die durch die Unternehmenskammer zu treffenden Maßregeln zu unterbreiten. Dem Enquêteur stehen zur Erfüllung dieser Aufgabe weitreichende Befugnisse zur Informationsbeschaffung zu. Nach Art. 2:351 Abs. 1 sind die von der Kammer für Unternehmenssachen bestellten Personen zur Einsichtnahme in alle vorhandenen Dokumente berechtigt. Darunter fallen alle Datenträger, deren Kenntnisnahme sie zur richtigen Erfüllung ihrer Aufgaben für erforderlich erachten. Dies sind insbesondere Bücher, Schriftstücke sowie alle relevanten Informationsträger, wie Korrespondenz, Sitzungsprotokolle, oder

⁴¹⁹ *Ders.*, a.a.O.

⁴²⁰ *Ders.*, a.a.O.

⁴²¹ *Ders.*, a.a.O.

⁴²² OK 23. Juni 1983, NJ 1984, 571.

Informationen aus automatisierter Datenverarbeitung⁴²³ der juristischen Person. Der Besitz der juristischen Person und der Gesellschaft muss ihnen auf Verlangen gezeigt werden. Die Vorstandsmitglieder, gegebenenfalls die Aufsichtsratsmitglieder, sowie diejenigen, die im Dienst der Gesellschaft stehen, sind verpflichtet, ihnen auf Verlangen alle Auskünfte zu erteilen, die für die Durchführung der Untersuchung erforderlich sind. Dieselbe Verpflichtung ruht auf denjenigen, die Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder der juristischen Person oder der Gesellschaft waren oder bei diesen während des Zeitraums, auf den sich die Untersuchung erstreckt, im Dienst waren.

2. Ausdehnung auf verbundene juristische Personen

Die Regelungen des Enquêterechts beziehen sich auf juristische Personen und nicht auf wirtschaftliche Einheiten oder Unternehmen. Unternehmen bestimmter Größe umfassen indes häufig mehr als eine selbständige juristische Person. Um eine effektive Durchführung einer Enquêteuntersuchung auf derartige Konzerne zu ermöglichen, sieht Art. 2:351 Abs. 2 die Ausdehnung der Befugnisse des Enquêteurs auch auf verbundene juristische Personen vor.⁴²⁴

a) Die Regelung in Art. 2:351 Abs. 2

Nach Art. 2:351 Abs. 2 kann die Kammer für Unternehmenssachen den Enquêteur, wenn dies für die richtige Erfüllung seiner Aufgabe erforderlich ist, und er dies beantragt, auch zur Einsichtnahme in die Bücher, Schriftstücke etc. einer anderen juristischen Person ermächtigen, die eng mit der juristischen Person verbunden ist, hinsichtlich derer die Untersuchung stattfindet. Ebenfalls kann er ermächtigt werden, sich Auskünfte von Vorstands- oder Aufsichtsratsmitgliedern dieser verbundenen juristischen Person geben zu lassen.

⁴²³ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 351 Anm. 2.

⁴²⁴ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 351 Anm. 3.

Zur Praxis der Ausdehnung auf verbundene juristische Personen sei folgendes angemerkt:⁴²⁵ Die Kammer für Unternehmenssachen hat vor Inkrafttreten des Art. 2:351 Abs. 2 in den Fällen, in denen eine konzerngebundene juristische Person zu untersuchen war, anfangs sogar ohne ausdrücklichen Antrag eine derartige Ausdehnung des Untersuchungsauftrags beschlossen.⁴²⁶ Nach heftiger Kritik an dieser Praxis⁴²⁷ wurde seit 1987 in der Regel eine Ausdehnung der Untersuchung von der Kammer für Unternehmenssachen nicht mehr zugelassen.⁴²⁸ In einigen Fällen hat die Unternehmenskammer dann bei ihrem Beschluss über die Einleitung eines Enquêteverfahrens ausdrücklich betont, dass eine Ausweitung auf verbundene juristische Personen gerechtfertigt sei, dies ohne Antrag des Enquêteurs gemäß Art. 2:351 Abs. 2 jedoch nicht möglich wäre.⁴²⁹ In einigen Fällen haben die Enquêteure dann auch unmittelbar nach ihrer Bestellung dementsprechende Anträge gestellt.⁴³⁰

b) Ausdehnung auf juristische Personen ausländischen Rechts?

Da Art. 2:351 Abs. 2 insoweit keine Unterscheidung vorsieht, kann nach allg. M. eine Ausdehnung der Enquêteuntersuchung auf verbundene juristische Personen ausländischen Rechts erfolgen.⁴³¹ Dies kann sich sowohl auf inländische Gesellschaften ausländischen Rechts als auch auf im Ausland errichtete juristische Personen, etwa auf ausländische

⁴²⁵ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 351 Anm. 3.

⁴²⁶ OK 3. Januar 1977, NJ 1977, 342; OK 26. Januar 1978, TVVS 1978, S. 251; OK 21. September 1978, NJ 1979, 403; OK 5. Oktober 1978, nr. 5/78 OK und OK 17. März 1983, nr. 23/82 OK.

⁴²⁷ *Van der Heijden/Van der Grinten*, Handboek, S. 636 Rn. 363 und S. 640 Rn. 364.

⁴²⁸ OK 16. April 1987 (Stolk), NJ 1988, 183; OK 7. Januar 1988 (Bredero), NJ 1989, 827; und zwar selbst dann, wenn das verbundene Unternehmen erklärt hatte, gegen eine Ausdehnung keine Beschwerde zu erheben: OK 17. November 1988, req. Nr. 29/87 OK und OK 22. März 1990 (Vertimart), NJ 1992, 182.

⁴²⁹ OK 19. Oktober 1989 (Van Gelder en Van Los), NJ 1990, 372; OK 23. April 1992 (Uni-Invest), De NV 1992, S. 178; OK 21. Januar 1993, (Montfoort), De NV 1993, S. 125; OK 11. März 1993, (Alpha Milkpowders), De NV 1993, S. 126 und OK 1. September 1994 (Holacht), De NV 1994, S. 297.

⁴³⁰ OK 8. Oktober und 5. November 1992 (Uni-Invest), De NV 1992, S. 178 und OK 17. Juni 1993 (Montfoort), De NV 1993, S. 125.

⁴³¹ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 351 Anm. 3 m.w.N. und ausdrücklich SER Kamerstukken 9596, nr. 3.

Tochtergesellschaften, beziehen.⁴³² Gemäß dem Haager Vertrag vom 18. März 1970 zur Erlangung von Beweisen im Ausland in bürgerlichen Streitigkeiten und Handelssachen⁴³³ eröffnet sich für die OK die Möglichkeit, durch die befugten Autoritäten der anderen Vertragsstaaten Personen zu verhören, Dokumente zu untersuchen und Erklärungen beeidigen zu lassen.⁴³⁴ Der von der Unternehmenskammer bestellte Enquêteur soll als “Commissaris” nach Art. 17 des Haager Vertrages sogar unter Beachtung der dortigen Voraussetzungen und mit Zustimmung der dortigen Behörden im Ausland Untersuchungen vornehmen können.⁴³⁵ Deutschland zählt zu den Unterzeichnerstaaten des Haager Vertrages vom 18. März 1970.⁴³⁶ Damit ist die Erstreckung von Enquêteuntersuchungen auf deutsche Tochtergesellschaften niederländischer Mütter rechtlich möglich. Soweit bekannt, ist hiervon allerdings noch nicht Gebrauch gemacht worden.

c) Ausdehnung auf im Ausland ansässige Anteilseigner ?

Auch der im Ausland ansässige Inhaber von Anteilen an einer niederländischen juristischen Person muss sich nach Art. 8 so verhalten, wie Treu und Glauben es verlangen.⁴³⁷ Dies kann dazu führen, dass eine ausländische Muttergesellschaft die Informationen beibringen muss, die der Vorstand der niederländischen juristischen Person benötigt, um ihre Verpflichtungen zu erfüllen.⁴³⁸ Hierzu kann auch die Verschaffung von Informationen in einem Enquêteverfahren zählen.⁴³⁹

⁴³² *Ders.*, a.a.O.

⁴³³ Das sog. Haager Beweisaufnahmetabereinkommen BGBl. 1977 II 1452, 1472 vgl. hierzu: *Schack*, Rn. 725

⁴³⁴ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 351 Anm. 3.

⁴³⁵ *Struycken*, S. 327; vgl. hierzu insbesondere auch das Werk von *Hebly*.

⁴³⁶ Für die BR Deutschland in Kraft seit dem 26.6.1979, BGBl. II 780.

⁴³⁷ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 351 Anm. 3.

⁴³⁸ OK 23. Juni 1983 (Hyster), NJ 1983, 571.

3. Verfahrensvorschriften

a) Geheimhaltungspflicht

Der Enquêteur ist zur Geheimhaltung verpflichtet. Nach Art. 2:351 Abs. 3 ist es ihm ausdrücklich verboten, dasjenige, was ihm bei der Untersuchung bekannt wird, über das hinaus bekannt zu machen, was der Auftrag mit sich bringt. Die Einhaltung der Geheimhaltungspflicht ist strafsanktioniert, Art. 372 WvS.⁴⁴⁰

b) Zwangsmittel zur Durchsetzung

Wenn dem Enquêteur die Einsichtnahme in die Bücher, Schriftstücke oder sonstigen Datenträger verweigert wird, kann auf seinen Antrag hin der Vorsitzende der Kammer für Unternehmenssachen die zur Durchsetzung der Einsichtnahme erforderlichen Anordnungen erlassen, Art. 2:352 Abs. 1. Diese Anordnungen können den Auftrag an die öffentliche Hand enthalten, die erforderliche Hilfe zu leisten. Zudem kann, wenn sich die einzusehenden Bücher etc. in einer Wohnung befinden oder nur durch den Zutritt zu einer Wohnung zu erreichen sind, der Auftrag darauf ausgedehnt werden, diese Wohnung zu betreten, Art. 2:352 Abs. 2. Nach *Vlas*⁴⁴¹ kann die Unternehmenskammer gegen in den ausländischen „sechs alten“ EWG-Staaten ansässigen Rechtspersonen keine Zwangsmittel nach Art. 2:352 erlassen, es sei denn, es liege eine (stillschweigende) Wahl niederländischen Rechts vor. Hieran sei sie durch Art. 2 in Verbindung mit Art. 53 und 18 EWG-Vertrag aus dem Jahre 1968 gehindert.⁴⁴² Außerhalb dieser Länder seien der Unternehmenskammer allerdings derartige Zwangsmittel möglich, unter

⁴³⁹ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 351 Anm. 3; *Asser-Maeijer*, Rn. 522 und 523; siehe auch: *Van Solinge*, De NV 1992, 29; *Maeijer*, De NV 1992, 17; *Witteveen*, TVVS 1993, 94.

⁴⁴⁰ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 351 Anm. 2.

⁴⁴¹ *Vlas*, S. 128.

⁴⁴² *Ders.*, a.a.O.

der Voraussetzung, dass diese unter dem fremden Recht ausgeführt werden könnten.⁴⁴³

c) Vernehmung von Zeugen vor der Unternehmenskammer

Nach Art. 2:352 a steht dem Enquêteur das Recht zu, Personen, die er befragen möchte, als Zeugen von der Kammer für Unternehmenssachen laden zu lassen. Dazu muss er einen entsprechenden Antrag bei der Kammer für Unternehmenssachen einreichen. Dieser muss Namen und Adresse der zu hörenden Person enthalten, sowie die Tatsachen und Umstände, zu denen diese gehört werden soll. Die Untersucher sind dann berechtigt, bei der Anhörung anwesend zu sein und Fragen zu stellen. Von diesem Recht wird nicht nur Gebrauch gemacht, wenn die als Zeugen in Betracht kommenden Personen ihre Aussage gegenüber dem Enquêteur verweigern, sondern auch, wenn der Enquêteur an dem Wahrheitsgehalt ihrer Aussagen zweifelt.⁴⁴⁴ In der Literatur wird kritisiert, dass gerade bei der Vernehmung von Vorständen und Aufsichtsratsmitgliedern schnell die Grenze von der Informationsbeschaffung zur Rechenschaftsablegung überschritten würde.⁴⁴⁵

d) Sonstige Verfahrensvorschriften

Im übrigen bestehen keinerlei Verfahrensvorschriften für die Durchführung der Untersuchung durch den Enquêteur. Dem Enquêteur steht es frei, in welcher Art und Weise er den Untersuchungsbericht erstellt, welche Informationen er meint zu benötigen und welche Personen er als Zeugen hört.⁴⁴⁶ Insbesondere sind die Enquêteuntersucher nicht an eine Verfahrensvorschrift etwa für den Zivil- oder Strafprozess

⁴⁴³ *Ders.*, a.a.O.; vgl. auch: *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 352 Anm. 2.

⁴⁴⁴ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 351 Anm. 2.

⁴⁴⁵ *Kuin*, S. 177.

⁴⁴⁶ OK 18. März 1976, NJ 1978, 317.

gebunden. Der oberste Gerichtshof hat ausdrücklich entschieden, dass auch die grundsätzlichen Regeln des Verfahrensrechts auf das Enquêteverfahren keine Anwendung finden.⁴⁴⁷

Hierzu verweist die Unternehmenskammer darauf, dass sie an die Schlussfolgerung des Enquêteurs, es läge eine schlechte Unternehmensführung vor, nicht gebunden ist.⁴⁴⁸ Diese Auffassung wird indes stark kritisiert.⁴⁴⁹ Die, insbesondere aus der Praxis und im Zusammenhang mit dem *Ogem*-Verfahren⁴⁵⁰ geäußerte Kritik, begründet sich wie folgt⁴⁵¹: Man müsse bedenken, dass es sich bei der Untersuchungsprozedur um eine informelle Antragsprozedur handele, in der die Regeln des Beweisrechts und viele andere Regeln des bürgerlichen Prozessrechts nicht gelten. Der Enquêteur sei völlig frei in der Auswahl der Fakten und in der Art und Weise, in der er seine Befunde dokumentiere. Bedenken müsse man dazu, dass in der Regel ein Wirtschaftsprüfer als Enquêteur ernannt werde, der vom Recht regelmäßig keine Ahnung hätte, geschweige denn von juristischen Verfahrensvorschriften. Dennoch hat der Enquêtebericht dann aber weitreichende Folgen. Auf die Kritik⁴⁵², dass die als Zeugen von dem Enquêteur vernommenen Personen noch nicht einmal die Gelegenheit hätten, zu den Feststellungen und Schlussfolgerungen des Enquêteberichtes Stellung zu nehmen, hat die Unternehmenskammer immerhin beschlossen, dass zu dem Bericht und seinen Anlagen den betroffenen Personen ein Recht zu Einsicht und Stellungnahme einzuräumen ist.⁴⁵³ Auch diese Position kann die Bedenken der geäußerten Kritik nicht

⁴⁴⁷ HR 10. Januar 1990 (OGEM), NJ 1990, 465.

⁴⁴⁸ OK 21. Juni 1979 (Batco), NJ 1980, 73 (der Enquêteur hatte die Antragsteller nicht gehört); OK 11. März 1993 (DHD), De NV 1993, S. 126 (der Enquêteur hatte sich auf seinen Auftrag beschränkt, die Verwaltung der juristischen Person zu prüfen und es nicht für nötig erachtet, die Antragsteller zu hören); OK 28. Oktober 1993, (R.L.A.), TVVS 1994, 134 (nach dem Untersuchungsbericht bestand keine schlechte Unternehmensführung auf Direktionsebene, aber die Unternehmenskammer stellte fest, dass sich aus den Ergebnissen der Untersuchung sehr wohl eine solche ergebe).

⁴⁴⁹ *Van Schilfgaarde*, Haftungsdurchgriff auf den Geschäftsführer in den Niederlanden, Vortrag vor der Deutsch-Niederländischen Rechtsanwaltsvereinigung, 7.12.1997; *Uniken Venema*, S. 50; *Bosman*, MAB 1989, 36.

⁴⁵⁰ OK 3. Dezember 1987.

⁴⁵¹ *Van Schilfgaarde*, Haftungsdurchgriff auf den Geschäftsführer in den Niederlanden, Vortrag vor der Deutsch-Niederländischen Rechtsanwaltsvereinigung, 7.12.1997.

⁴⁵² *Bosman*, MAB 1989, 36.

vollständig ausräumen. Denn die betroffenen Personen können keinen Einfluss darauf nehmen, wenn Tatsachen in dem Enquêtebericht ihres Erachtens unrichtig dargestellt sind, zumal der Enquêteur frei in seiner Entscheidung ist, welche Anlagen er seinem Bericht beifügt. Es wird daher völlig zu Recht gefordert, dass zumindest von der Kammer für Unternehmenssachen eine allgemeine Richtlinie für die Tätigkeit der Enquêteuntersucher erlassen wird.⁴⁵⁴

e) Hinterlegung des Enquêteberichtes

Der Bericht über das Ergebnis der Untersuchung wird bei der Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts Amsterdam hinterlegt, Art. 2:353 Abs. 1. Zudem erhalten der Generalstaatsanwalt bei dem Oberlandesgericht, die betroffene juristische Person sowie die Antragsteller (und ihre Prozessbevollmächtigten) je ein Exemplar des Berichtes. Die Kammer für Unternehmenssachen kann bestimmen, dass der Bericht außerdem vollständig oder teilweise für die von ihr zu bestimmenden anderen Personen oder für jeden zur Einsicht ausliegt, Art. 2:353 Abs. 2. Die betroffene juristische Person kann Dritten den Bericht oder Teile des Berichtes zur Kenntnis geben. Dieses Recht steht den anderen nur zu, wenn sie auf ihren Antrag hin vom Vorsitzenden der Kammer für Unternehmenssachen hierzu ermächtigt worden sind oder aber der Bericht für jeden zur Einsicht ausliegt, Art. 2:353 Abs. 3. Eine Ausnahme hiervon gilt für die Gewerkschaften. Diese können auch ohne Ermächtigung der Unternehmenskammer Mitteilungen aus dem Bericht an den Betriebsrat eines von der juristischen Person betriebenen Unternehmens erteilen, Art. 2:353 Abs. 3 S. 2. Der Leiter der Geschäftsstelle teilt die Hinterlegung dem Antragsteller und der juristischen Person mit. Auf Anordnung der Kammer für Unternehmenssachen sorgt er außerdem für die Bekanntmachung der Hinterlegung und der Verfügung, für wen der Bericht zur Einsichtnahme ausliegt, im *Nederlandse Staatscourant*.

⁴⁵³ OK 3. Dezember 1987 (OGEM).

f) Kostenentscheidung

Die betroffene juristische Person muss gemäß Art.2:350 Abs. 3 S. 4 und S. 5. zunächst die Kosten der Untersuchung tragen und auf Anordnung hierfür Sicherheit leisten.⁴⁵⁵ Bereits mit der Entscheidung über die Durchführung einer Untersuchung entscheidet das Gericht über die Höhe der Kosten, die diese verursachen darf.⁴⁵⁶ Die Festlegung des Prüferentgelts erfolgt dementsprechend bereits zu Beginn der Untersuchung.⁴⁵⁷ Das Gericht kann während der Untersuchung einen erweiterten Kostenrahmen genehmigen, wenn sich während der Prüfung herausstellt, dass eine ausgedehntere Untersuchung erforderlich ist.⁴⁵⁸ Es ist für die Kostenverteilung unerheblich, ob die zweite Phase des Enqueteverfahrens eingeleitet wird oder nicht.⁴⁵⁹ Nach Art. 2:354 steht der juristischen Person wegen der so vorverauslagten Kosten unter bestimmten Voraussetzungen ein Rückgriffsanspruch zu. Ergibt sich aus dem Bericht, dass der Antrag nicht aus vernünftigem Grund (gegronde redenen) gestellt worden ist, so kann die Kammer für Unternehmenssachen auf Antrag der juristischen Person entscheiden, dass diese wegen der Kosten ganz oder teilweise bei dem Antragsteller Rückgriff nehmen kann.⁴⁶⁰ Da eine solche Entscheidung - soweit ersichtlich - bislang noch nicht getroffen worden ist, ist das Kostenrisiko für den Antragsteller sehr gering.⁴⁶¹ Ergibt sich aus dem Bericht⁴⁶², dass ein Vorstand oder ein Aufsichtsratsmitglied für eine unrichtige Führung oder einen unbefriedigenden Geschäftsbetrieb der juristischen Person verantwortlich ist, kann ein entsprechender Rückgriffsanspruch gegen

⁴⁵⁴ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 351 Anm. 2.

⁴⁵⁵ Zur Kostenentscheidung: *Vlis*, TVVS 1997, 227; in der Regel erfolgt die Anordnung einer Sicherheitsleistung (*Sanders/Westbroek-Storm*, BV en NV, S. 281).

⁴⁵⁶ Vgl. dazu: *Dorresteyn/van het Kaar*, de Ondernemingskamer en het enquêterecht, in: 25 jaar Ondernemingskamer, S. 49, 51.

⁴⁵⁷ *Gernoth/Meinema*, RIW 2000, 847.

⁴⁵⁸ HR 2.3.1994, TVVS 1994, 163 (VHS).

⁴⁵⁹ OK 10.12.1998, NJ 1999, Nr. 390 (Spiegelenburg Beheer); abweichend *Asser-Maeijer*, a.a.O., Nr. 529.

⁴⁶⁰ Soweit ersichtlich, hat das Gericht diese Voraussetzungen bislang in keinem Verfahren als gegeben erachtet, vgl. *Boukema*, Rechtspersonen Nr. 350-10; *Sanders/Westbroek-Storm*, S. 281.

⁴⁶¹ *Gernoth/Meinema*, RIW 2000, 847.

den Vorstand oder das Aufsichtsratsmitglied angeordnet werden.⁴⁶³ Art. 2:354 S. 2 verweist ausdrücklich auf die Regelung des Art. 2:350 Abs. 2 letzter Satz, so dass eine auf einen Rückgriffsanspruch aus Art. 2:354 S. 1 gestützter Anspruch beim Gericht des Wohnsitzes des Antragstellers/Vorstandes/Aufsichtsratsmitgliedes oder bei dem Gericht des Wohnsitzes, der vor der Antragstellung gewählt wurde, eingereicht werden kann.

D. Verfahren nach Erstellung des Untersuchungsberichtes

Nach Erstellung des Untersuchungsberichtes kann die Kammer für Unternehmenssachen auf Antrag bestimmte Maßnahmen treffen, Art. 2:355. Voraussetzung ist, dass sich aus dem Bericht schlechte Unternehmensführung ergeben hat. Das Urteil hierüber liegt bei der Unternehmenskammer.⁴⁶⁴ Sie kann sich dabei, was die Tatsachen betrifft, auf die Feststellungen des Enquêteurs beziehen.⁴⁶⁵ Das Gericht ist selbstverständlich nicht an die Schlüsse, die der Enquêteur getroffen hat, gebunden.⁴⁶⁶

1. Schlechte Unternehmensführung

Erste Voraussetzung ist also das Vorliegen von schlechter Unternehmensführung.

a) Definition

Schlechte Unternehmensführung wird allgemein definiert als Verletzung der elementaren Grundsätze verantwortlichen unternehmerischen

⁴⁶² Die individuelle und konkrete Verantwortlichkeit des Betreffenden für die unrichtige Betriebspolitik muss sich aus dem Sachverständigenbericht ergeben, HR 19.5.1999, NJ 1999, Nr. 658 (Bobel).

⁴⁶³ Dieses Recht kann vom Konkursverwalter ausgeübt werden, nicht jedoch von Anteilseignern oder einzelnen Mitgliedern (OK 23.4.1998, NJ 1998, Nr. 700); vgl. *van der Vlis*, TVVS 1997, 230.

⁴⁶⁴ *Boukema* in Rechtspersonen: Art. 355 Anm. 2.

⁴⁶⁵ HR 10. Januar 1990 (OGEM); NJ 1990, 446.

⁴⁶⁶ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 355 Anm. 2.

Handelns.⁴⁶⁷ Diese könnte sich darstellen als ernsthafte Fehler in der Unternehmensführung auf sozialem oder ökonomischem Gebiet.⁴⁶⁸ Schlecht ist die Unternehmensführung, wenn sie nicht den Zwecken der Gesellschaft dient, wobei hierbei nicht nur an die satzungsmäßigen Zwecke der Gesellschaft zu denken ist.⁴⁶⁹ Vielmehr kann sich die Frage schlechter Unternehmensführung sowohl auf das durch die Rechtsperson getragene Unternehmen als auch auf das Funktionieren der Gesellschaft als Rechtsperson beziehen.⁴⁷⁰ Bei aller Aussagekraft der Formulierung wird nicht verkannt, dass es auf die konkrete Frage im Einzelfall ankommt, insbesondere darauf, wann eine Verletzung elementarer Grundsätze verantwortlichen unternehmerischen Handelns anzunehmen ist.⁴⁷¹

b) Erheblichkeitsgrenze

Ausgangspunkt der Frage nach einer Erheblichkeitsgrenze ist der Umstand, dass der Gesetzgeber nicht jede unrichtige Unternehmensführung zum Gegenstand eines Enquêtegesuchs machen wollte.⁴⁷² Dies geht bei der o.g. Definition aus den Worten „elementare Grundsätze“ hervor.⁴⁷³ Aus dieser Formulierung wird geschlossen, dass nicht bei jedem beiläufigen Fehler in der Unternehmensführung von schlechter Unternehmensführung gesprochen werden muss. Erforderlich ist eine sichere Beständigkeit und Ausdauer in dem Übel.⁴⁷⁴ Das bedeutet andererseits nicht, dass schlechte Unternehmensführung nur bei einem strukturellem Charakter des Fehlers anzunehmen wäre; auch einzelne Ereignisse können so zu qualifizieren sein, etwa dann, wenn sie für das

⁴⁶⁷ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 355 Anm. 2; *Asser-Maeijer*, Rn. 534, *Uniken Venema*, S. 16, 63; die Formulierung stammt aus OK vom 21. Juni 1979 (Batco), NJ 1980, 71.

⁴⁶⁸ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 355 Anm. 2.

⁴⁶⁹ *Ders.*, a.a.O.

⁴⁷⁰ *Asser-Maeijer*, Rn. 534.

⁴⁷¹ Hierauf weist besonders hin: *van Schilfgaarde*, Van de BV en de NV, Rn 122.

⁴⁷² *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 355 Anm. 2.

⁴⁷³ *Asser-Maeijer*, Rn. 534.

⁴⁷⁴ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 355 Anm. 2 unter Hinweis auf die Begründung zum Gesetzgebungsentwurf: wetsontwerp en Handeling Tweede Kamer 1969-1970, S. 2895, 2910.

Unternehmen sehr große Nachteile mit sich bringen.⁴⁷⁵ Im dargestellten Zusammenhang sprechen einige von einer Erheblichkeitsgrenze,⁴⁷⁶ und meinen damit die Frage, ob der Unternehmer unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben zu seiner Unternehmensführung kommen konnte oder mit anderen Worten, ob der Unternehmer die Grenze von unternehmerischer Freiheit zur schlechten Unternehmensführung überschritten hat.⁴⁷⁷

c) Fallgruppen

Um eine Annäherung an die Bedeutung des Begriffes der “schlechten Unternehmensführung” zu erreichen, sollen einige Fallgruppen spezifiziert und nach Möglichkeit Beispiele aus der Rechtsprechung genannt werden. Hierzu hat Asser-Maeijer⁴⁷⁸ eine Aufteilung vorgeschlagen, an der sich auch die nachfolgende Darstellung orientiert:

(1) Mangelndes Funktionieren als Rechtsperson

In den meisten Fällen, in denen schlechte Unternehmensführung angenommen wurde, ging es um das mangelnde Funktionieren der Gesellschaft als Rechtsperson.⁴⁷⁹ Mit dem mangelnden Funktionieren als Rechtsperson waren meistens die Nichteinhaltung der die Rechtsform bestimmende formelle Vorschriften gemeint. Beispiele waren demgemäß etwa das jahrelange Nichtabhalten von Gesellschaftsversammlungen, das Nicht-Feststellen der Jahresabschlüsse. Während diese Verletzungen

⁴⁷⁵ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 355 Anm. 2.

⁴⁷⁶ *Bartman / Dorresteijn* NJB 1985, 669; *Van der Heijden*, NJB 1984, 1385.; Gegen diesen Begriff: *van Schilfgaarde*, Rn. 122; *Joosten* S. 62.

⁴⁷⁷ SER Den Haag 88/14, S. 34; *Uniken Venema*, S. 43, 77-85; *Asser-Maeijer*, Rn. 534; *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 355 Anm. 2; manche meinen sogar, dass sich die Kammer bei der Beurteilung dieser Grenze in einer vergleichbaren Position zu der des Richters am Verwaltungsgericht befinde, der den Vorstand einer Behörde überprüfen müsse: *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 355 Anm. 2 unter Hinweis auf *Duk*, S. 574.

⁴⁷⁸ *Asser-Maeijer*, Rn. 534.

formeller Vorschriften recht augenscheinlich auch die Erheblichkeitsgrenze überschreiten, kann beim dem bloßen Nicht-Veröffentlichen von Jahresabschlüssen trotz gesetzlicher Verpflichtung hierzu ⁴⁸⁰ schon Zweifel angebracht sein. Dieser formelle und leicht darzustellende und zu beweisende Verstoß würde – zumindest aus deutscher Sicht – die Anwendung des Enquêterechts auf den größten Teil aller GmbHs begründen.

(2) Nichtbefolgen der Gesellschaftlichen Struktur

Auch das Nichtbefolgen gesellschaftsrechtlicher Strukturen begründete schlechte Unternehmensführung⁴⁸¹. Was unter dem Nichtbefolgen gesellschaftsrechtlicher Strukturen genau zu verstehen ist, bleibt jedoch unklar. Bemerkenswerterweise wurde etwa die Nichtbeachtung der Zuständigkeitsverteilung zwischen Aufsichtsrat und Vorstand eines Unternehmens ⁴⁸² als Beispiel hierfür aufgeführt. Im Hinblick auf die Rechtsform der GmbH müßte dann ja das – disponible und regelmäßig auch gestaltete – Innenverhältnis zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführung im Blickpunkt eines Gerichtes stehen. Damit müßte die rechtsgestaltende Praxis möglicherweise bei der Abfassung von Geschäftsführerverträgen den Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte auch – aus Sicht der Gesellschaft – dahingehend qualifizieren, ob im Falle der Verletzung eine erhebliche gesellschaftrechtliche Struktur betroffen ist.

(3) Interessenvermischung

⁴⁷⁹ *Asser-Maeijer*, Rn. 534 und Rn. 527.

⁴⁸⁰ Siehe etwa: HR 18. Juni 1980 NJ 1981, 547; HR 21. Juni 1984 Maandblad NV 62, S. 160; HR 16. Januar 1986, Maandblad NV 64, S. 84; HR 8. September 1989, Maandblad NV 76, S. 51; HR 19. Oktober 1989, NJ 1990, 372; und OK 4. Februar 1993, NJ 1993, 414; OK 16. April 1987, NJ 1988, 183.

⁴⁸¹ *Asser-Maeijer*, Rn. 534

⁴⁸² HR 10. Januar 1990 (OGEM), NJ 1990, 466.

Das Vermischen von Individual- und Gesellschaftsinteressen führte ebenfalls zur Annahme schlechter Unternehmensführung.⁴⁸³ Denn der Vorstand eines Unternehmens hat sich ausschließlich an den Gesellschaftsinteressen zu richten und nicht an seinen höchstpersönlichen Individualinteressen. Dies scheint auf den ersten Blick plausibel, ist doch die unzulässige Vermischung von Interessen häufig in der Rechtsordnung ein Eingriffsgrund. Gerade bei der Führung einer Gesellschaft wird dabei allerdings stets zu bedenken sein, auf Grundlage welcher vertraglichen Ausgangssituation es zu dem Interessenkonflikt gekommen ist.

(4) Mangelhafte Informationen

Selbst die ungenügende oder unrichtige Weitergabe von Informationen kann für sich genommen schlechte Unternehmensführung begründen. Dies umfasst den Fall der Weitergabe unvollständiger Informationen an den Aufsichtsrat und die Gesellschafterversammlung⁴⁸⁴ ebenso wie das bewußte Verschleiern des wirklichen Sachstandes im Jahresabschlussbericht.⁴⁸⁵ Dies entspricht der hohen Bewertung des Informationsrechtes für den Minderheitsgesellschafter.

(5) Verletzung vorgeschriebener Beratung

Das nicht oder unzureichend durchgeführte Abhalten gesetzlich vorgeschriebener Beratung, sei es auf dem Gebiet des Unternehmensrechts oder des Arbeitsrechts kann zu schlechter Unternehmensführung auf „sozialer Ebene“ führen.⁴⁸⁶ Es führte in der Rechtsprechung zur Begründung der schlechten Unternehmensführung und damit zur Legitimation verschiedener Maßnahmen.

⁴⁸³ OK 17. März 1983, NJ 1984, 462; OK 8. Oktober 1987, NJ 1989, 270; OK 26. Mai 1983, NJ 1984, 481.

⁴⁸⁴ HR 10. Januar 1990 (OGEM), NJ 1990, 466.

⁴⁸⁵ OK 7. Dezember 1989 (Bredero), NJ 1990, 242.

⁴⁸⁶ OK 21. Juni 1979 (Batco), NJ 1980, 71.

(6) Betriebswirtschaftliche Aspekte

Ein wesentlicher Gesichtspunkt in der Rechtsprechung ist es, daß auch rein betriebswirtschaftliche Überlegungen zur Annahme schlechter Unternehmensführung herangezogen werden können. So etwa wenn Maßnahmen zur Verbesserung der Rentabilität nicht auf als allgemein anerkannten Maßstäben (Prognosen und Beachtung anerkannter Methoden, vorhandener Alternativen und anderer Faktoren) beruhen.⁴⁸⁷ Als Beispiel für die Verletzung betriebs-wirtschaftlicher Aspekte kann die Hergabe einer Beteiligung an ausländischen Gesellschaften ohne mögliche Absicherung gegen daraus resultierenden Risiken genannt werden.⁴⁸⁸ Die Problematik dieser Fallgruppe liegt auf der Hand: Wer definiert ob eine konkrete Maßnahme nicht einem allgemein anerkannten Maßstab entspricht? Gibt das Gericht diese Frage zur Beurteilung an einen Sachverständigen weiter?

2. Maßnahmen

Bei Vorliegen schlechter Unternehmensführung kann die Kammer für Unternehmenssachen die in Art. 2:356 näher bezeichneten Maßnahmen erlassen. Es ist aber auch möglich, dass die Unternehmenskammer in einem deklaratorischen Beschluß lediglich feststellt, dass schlechte Unternehmensführung vorliegt.⁴⁸⁹

a) Antrag

Dabei wird die Kammer für Unternehmenssachen auf Antrag tätig, Art. 2:355 Abs. 1. Bei der Antragstellung muss nicht dargelegt werden, dass der Antragsteller ein eigenes Interesse an den erbetenen Maßnahmen

⁴⁸⁷ *Asser-Maeijer*, Rn. 534.

⁴⁸⁸ HR 10. Januar 1990 (OGEM), NJ 1990, 466.

⁴⁸⁹ OK 3. Dezember 1987 (OGEM), De NV 1988, S. 78; HR 10. Januar 1990, NJ 1990, 466; *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 355 Anm. 3.

hat.⁴⁹⁰ Der Antragsteller gibt indes regelmäßig an, welche Maßnahme er vom Gericht verlangt; allerdings wird es auch für zulässig erachtet, den Erlass der „gebotenen Maßnahmen“ zu beantragen und diese somit in das Ermessen des Gerichts zu stellen.⁴⁹¹

b) Frist

Gemäß Art. 2:355 Abs. 2 muss der Antrag und die Klage des Generalstaatsanwaltes innerhalb von zwei Monaten nach Hinterlegung des Berichtes bei der Geschäftsstelle erfolgen. Es ist möglich, innerhalb dieser Frist den Erlass zeitlich begrenzter Maßnahmen und später gemäß Art. 2:357 Abs. 1 deren Verlängerung zu beantragen, oder mit der Begründung, die vorläufigen Maßnahmen hätten nicht den gewünschten Erfolg gebracht, später den Erlass weitergehender oder anderer Maßnahmen zu beantragen⁴⁹² Dabei wird in der Praxis häufig der Erlass ergänzender Untersuchungen beantragt.⁴⁹³

c) Antragsberechtigung

Antragsberechtigt sind neben dem ursprünglichen Antragstellers des Enquêtegesuchs, wenn der Enquêtebericht ausliegt, auch einer der sonstigen nach Art. 2:346 bis 2:347 berechtigten Antragsteller und der Generalstaatsanwalt.

d) Verfahren

Das Enquêterecht ist ein Rechtsinstrument mit sehr weitem Ermessensspielraum hinsichtlich des Verfahrens. Für das Verfahren verweist Art. 2:355 Abs. 3 auf Art. 2:349a. Dies bedeutet zunächst, dass

⁴⁹⁰ HR 3. Dezember 1987, De NV 1988, S. 78; *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 355 Anm. 3.

⁴⁹¹ *Asser-Maeijer*, Rn. 533.

⁴⁹² OK 8. Oktober 1981, NJ 1982, 514; HR 30. Oktober 1974, NJ 1975, 185; HR 4. November 1987, NJ 1988, 578; *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 355 Anm. 3.

die OK gehalten ist, die Anträge mit größter Eile zu behandeln. Damit ist ein Antrag auf Erlass von Maßnahmen per gesetzlicher Definition eilbedürftig.⁴⁹⁴ In verfahrensrechtlicher Sicht stellt sich damit die Frage nach dem Verhältnis zwischen der einstweiligen Verfügung nach niederländischem Recht (*kort geding*) und dem Enquêterecht. Zum einen ist fraglich, ob es *vor* dem Antrag auf Einleitung einer Enquêteuntersuchung möglich ist, eine einstweilige Maßnahme im Rahmen eines „*kort geding*“ (entspricht grob dem deutschen Verfügungsverfahren) zu beantragen. Nach offenbar einhelliger Auffassung wird dem Antragsteller diese Möglichkeit zugebilligt.⁴⁹⁵ Nach der Antragstellung in der Hauptsache kann der Antragsteller grundsätzlich nur im Rahmen des Enquêteverfahrens einen Antrag auf vorläufige Maßnahmen stellen.⁴⁹⁶ Lediglich in Ausnahmefällen, in denen selbst das Eilverfahren vor der OK nicht zügig genug ist, soll das „*kort geding*“ noch zulässig sein. Angesichts der heute zügigen Behandlung der Eilsachen durch die OK sind solche Fälle kaum noch denkbar.⁴⁹⁷ Die Maßnahmen enden allerdings mit Abschluss des Enquêteverfahrens.⁴⁹⁸ Es stellt sich somit die in der Gesetzgebung nicht bedachte und bislang in der Rechtsprechung nicht behandelte Frage, ob die Kammer für Unternehmenssachen dann an die allgemeinen Vorschriften des niederländischen einstweiligen Verfügungsrecht (*kort geding*) gebunden ist.⁴⁹⁹ Eine Antwort hierauf läßt sich wohl kaum allgemein formulieren.⁵⁰⁰ Es wird in Einzelfragen zu prüfen sein, ob Regelungen entsprechende Anwendung finden können. Problematisch ist dabei, dass sich die Eilbedürftigkeit der Sache im Sinne der Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Verfahrens im „*kort geding*“ nicht mit der Zulässigkeitsvoraussetzung des Enquêteverfahrens (Art. 2:349 Abs. 1) verträgt, dass die Unternehmensführung schriftlich von den

⁴⁹³ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 355 Anm. 3 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

⁴⁹⁴ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 355 Anm. 3.

⁴⁹⁵ Vgl. OK 21. August 1980, NJ 1981, 587; *Slagter*, Ondernemingsrecht, S. 429; *Vlot*, *Met spoed naar de OK*, in: De Ondernemingskamer, S. 8.

⁴⁹⁶ Hof Amsterdam, 7. November 1996, KG 1997, 3; *Vlot*, a.a.O., S. 8-11.

⁴⁹⁷ *Vlot*, a.a.O., S. 7.

⁴⁹⁸ *Vlot*, a.a.O., S. 9.

⁴⁹⁹ Hierauf weist hin: *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 355 Anm. 3.

⁵⁰⁰ So auch: *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 355 Anm. 3.

Beschwerden unterrichtet worden sein und ausreichend Zeit für eine Reaktion gehabt haben muss.

Das würde streng genommen dazu führen, dass derjenige, der sich wegen der Eilbedürftigkeit der Sache unmittelbar an die OK wendet, einen unzulässigen Antrag stellt.⁵⁰¹ Das Konnexitätserfordernis zwischen Hauptantrag und Antrag auf Erlass vorläufiger Maßnahmen führt damit in Eilsachen zu absurden Ergebnissen.⁵⁰² Dementsprechend kann der Antragsteller in Eilsachen entweder erst ein Verfahren in „kort geding“ anstrengen und erst danach den Antrag bei der OK stellen oder die OK geht dazu über, die Zulässigkeitsvoraussetzungen für das Hauptverfahren nicht auf die Anordnung vorläufiger Maßnahmen anzuwenden.⁵⁰³ Es wird dazu vertreten, eine Berufung auf Art. 2:349 Abs. 1 im Hinblick auf das Eilverfahren vor der OK als unzulässige Rechtsausübung anzusehen.⁵⁰⁴ Der Eilbedürftigkeit steht es jedoch nicht entgegen, wenn die OK der betroffenen Rechtsperson die Gelegenheit einräumt, sich zu den beantragten Maßnahmen zu äußern oder selber Maßnahmen zu ergreifen.⁵⁰⁵ Da die Wirksamkeit der Anordnung vorläufiger Maßnahmen mit Verfahrensende erlischt, gilt das auch bei Rücknahme des Antrags auf Anordnung der Maßnahme durch den Antragsteller.⁵⁰⁶ Da die OK nicht an den Antrag gebunden ist und sich die Anordnungen der OK auch gegen die Interessen des Antragstellers richten können, sind solche Konstellationen durchaus denkbar.⁵⁰⁷ Es ist sicher nicht im Interesse des Unternehmens, dass die schlechte Unternehmensführung, die nach dem vorläufigen Urteil der OK gegeben war, nach Ende des Verfahrens wieder auflebt. Auch insoweit führt das Konnexitätserfordernis nicht immer zu wünschenswerten Resultaten.⁵⁰⁸ Zur Vermeidung dieser

⁵⁰¹ *Vlot*, a.a.O., S. 9.

⁵⁰² *Ders.*, a.a.O.

⁵⁰³ Vgl. *Vlot*, a.a.O.

⁵⁰⁴ *Ders.*, a.a.O.

⁵⁰⁵ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 355 Anm. 3.

⁵⁰⁶ *Ders.*, a.a.O., 10.

⁵⁰⁷ Vgl. VCC/Visser Stroopwafels B.V., requestnummer 321/98 OK, Beschluss vom 07. Mai 1997 (nicht veröffentlicht), dort wurde seitens eines Geschäftsführers beantragt, einen Mitgeschäftsführer zu suspendieren. Die OK entschied, auch den Antragsteller vorläufig seines Postens zu entheben; *Vlot*, a.a.O., S. 10; *Asser-Maeijer*, 2-III, Nr. 518.

⁵⁰⁸ Ebenso: *Vlot*, a.a.O.

Konsequenzen wird vorgeschlagen, dass die OK Fristen für den Ablauf der Maßnahmen festlegt und bestimmt, dass nach Antragstellung so lange keine Rücknahme des Antrags erfolgen kann, wie im Verfahren Zweifel an einer korrekten Unternehmensführung bestehen. Das würde auch Gläubigern und Dritten zugute kommen, die durch die Unternehmensführung geschädigt werden können.⁵⁰⁹

e) Freiwillige Maßnahmen der Juristischen Person

Diese freiwilligen Maßnahmen sind näher geregelt in Art. 2:355 Abs. 5: Nimmt es die betroffene juristische Person danach auf sich, Maßnahmen zu treffen, die die schlechte Unternehmensführung beenden oder die Folgen, die daraus erwachsen sind, so weit wie möglich rückgängig machen oder beschränken, kann die Kammer für Unternehmenssachen ihre Entscheidung um eine von ihr zu bestimmende Frist verschieben. Gerade im Hinblick auf die Möglichkeit, freiwillige Maßnahmen zu ergreifen, wird von einer zurückhaltenden Praxis der Unternehmenskammer bei dem Erlass von Maßnahmen nach Art. 2:355, 356 berichtet.⁵¹⁰

f) Maßnahmenkatalog

Ist der Erlass von Maßnahmen erforderlich, ist die Kammer für Unternehmenssachen an den Maßnahmenkatalog des Art. 2:356 gebunden. Die Auflistung in Art. 2:356 ist nach allgemeiner Meinung⁵¹¹ abschließend. Im einzelnen sind folgende Maßnahmen möglich:

(1) Aussetzen oder Aufheben von Beschlüssen

Die Kammer für Unternehmenssachen kann nach Art. 2:356 a) die Aussetzung oder Aufhebung eines Beschlusses der Vorstandsmitglieder, der Aufsichtsratsmitglieder, der Hauptversammlung oder eines anderen

⁵⁰⁹ *Vlot*, a.a.O., S. 11.

⁵¹⁰ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 355 Anm. 3.

⁵¹¹ *Ders.*, a.a.O.

Organs der juristischen Person beschließen. Dabei muss der auszusetzende oder aufzuhebende Beschluss immer Belange der Gesellschaft betreffen und seine Aussetzung/Aufhebung eine Verbesserung der Verhältnisse in der Gesellschaft erwarten lassen dürfen.⁵¹² Bei der Aussetzung/Aufhebung von Beschlüssen soll es sich um die am wenigsten einschneidende Maßnahme handeln.⁵¹³ Aber die Aussetzung eines Beschlusses über die Schließung oder die Übernahme eines Unternehmens oder die Aussetzung eines Beschlusses über den Einkauf oder die Ausgabe von Anteilen eines Unternehmens kann von einschneidender Bedeutung sein. Zudem ist kaum zu erkennen, dass die Aussetzung/Aufhebung derartiger Beschlüsse selber zu einer Verbesserung der Verhältnisse in der Gesellschaft führt.⁵¹⁴ In Art. 2:357 Abs. 2 wird der Kammer für Unternehmenssachen daher auch das Recht eingeräumt, die Folgen der von ihr getroffenen Maßnahmen gegebenenfalls zu regeln. Denn es darf nicht soweit kommen, dass der Richter seine Unternehmensführung an die Stelle der Führung des Unternehmens durch die dafür vorgesehenen Organe (Geschäftsführung/Vorstand) setzt.⁵¹⁵ Daher kann die Kammer für Unternehmenssachen einen Beschluss für eine bestimmte Zeit aussetzen oder aufheben, um der Gesellschaft Gelegenheit zu geben, selber geeignete Maßnahmen zu ergreifen, Art. 2:355 Abs. 5.

Nichtige Beschlüsse, etwa solche die durch ein nicht zuständiges Organ getroffen wurden, kommen für eine Aussetzung/Aufhebung nicht in Betracht. Das soll nach van Schilfgaarde⁵¹⁶ auch für all die Beschlüsse gelten, die keine Rechtshandlungen sind. Nur die Beschlüsse, die eine Rechtsfolge bewirken, also die Rechtspflichten begründen, ändern oder beenden, seien Rechtshandlungen. Die meisten Beschlüsse eines Unternehmens seien aber keine Rechtshandlungen. So seien etwa die Beschlüsse zu einer Investitionsentscheidung, zu einer innerorganisa-

⁵¹² Vgl. OK 18. März 1976, NJ 1978, 317; *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 356 Anm. 2.

⁵¹³ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 356 Anm. 2.

⁵¹⁴ *Ders.*, a.a.O.

⁵¹⁵ *Ders.*, a.a.O.

⁵¹⁶ *Van Schilfgaarde*, NJB 1980, 47.

torischen Weisung, zur Schließung eines Unternehmensteils nicht geeignet, unmittelbar Rechtspflichten zu begründen. Sie könnten daher nicht Gegenstand einer Aussetzung/Aufhebung nach Art. 2:356 a) sein. Allenfalls könnte ein Verbot, derartige Beschlüsse auszuführen ausgesprochen werden. Dann müsste hierzu aber eine Rechtsgrundlage bereit stehen, wie im Berufsrecht etwa in Art. 26 Abs. 1 b) WOR. Im Enquêterecht könnte dies nur als Folgenregelung im Sinne des Art. 2:357 Abs. 2 verstanden werden, also einer Regelung der Folgen einer Maßnahme. Dazu aber müsste eine Maßnahme überhaupt zulässig sein, was aufgrund der abschließenden Auflistung in Art. 2:356 nicht der Fall wäre.

Die Praxis folgt dieser Meinung allerdings nicht. So hat in einer Entscheidung⁵¹⁷ die Kammer für Unternehmenssachen entschieden, den Beschluss über die Schließung einer Fabrik aufzuheben. Bereits dieser Beschluss sei als schlechte Unternehmensführung zu werten. In einer anderen Entscheidung⁵¹⁸ wurden Beschlüsse zur Entlassung eines Vorstandes und zur Feststellung des Jahresabschlusses aufgehoben.

In der berühmten Ogem-Entscheidung⁵¹⁹ wies die Kammer für Unternehmenssachen einen Antrag auf Aufhebung eines Beschlusses, mit dem eine Entlastung ausgesprochen wurde, ab. Dies mit der Begründung, dass sich aus dem Enquêtebericht zwar eine Vielzahl von Punkten ergeben hätten, die für eine schlechte Unternehmensführung sprächen; andererseits seien daraus aber hinsichtlich der Rolle und der Verantwortlichkeit der Einzelpersonen zu wenig zu entnehmen, um einen für die Einzelperson derart weitreichenden Beschluss wie die Entlastung aufzuheben.

(2) Entlassung und Einstellung von Vorständen oder Aufsichtsratsmitgliedern

⁵¹⁷ OK 21. Juni 1979, NJ 1980, 71.

⁵¹⁸ OK 16. Juli 1987, NJ 1988, 579 (Briljant).

⁵¹⁹ OK 3. Dezember 1987 (OGEM), De NV 1988, 78.

Nach Art. 2:356 b) ist als weitere Maßnahme die Suspendierung oder Entlassung eines oder mehrerer Vorstandsmitglieder oder Aufsichtsratsmitglieder möglich. Art. 2:356 c) erlaubt der Kammer für Unternehmenssachen die vorläufige Einstellung eines oder mehrerer Vorstandsmitglieder oder Aufsichtsratsmitglieder anzuordnen. Durch die Kombination der Maßnahmen aus Art. 2:356 b) und c), die regelmäßig zeitgleich erfolgt⁵²⁰, kann die Kammer für Unternehmenssachen eine vollständige oder teilweise Erneuerung der Unternehmensführung herbeiführen. Die zeitlich begrenzte Neueinstellung kann verlängert werden, Art. 2:357 Abs. 1, so dass es sich insgesamt um eine sehr einschneidende Maßnahme handelt. Es ergeben sich einige praktische Fragen, so, ob die Kammer für Unternehmenssachen an die Bestimmungen für die Berufung von Vorständen in der Satzung der betroffenen Gesellschaft gebunden ist. Diese Frage wird unter Hinweis auf Art. 2:356 d), nach der die Kammer für Unternehmenssachen von der Satzung abweichen kann, verneint.⁵²¹ Andererseits sei die Unternehmenskammer bei der Einstellung von Vorständen grundsätzlich an die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen, die etwa bei sog. Strukturgesellschaften in Art. 160 bzw. 270 bestimmte Voraussetzungen vorsehen, gebunden.⁵²² Auch hiervon seien Ausnahmen zu machen. So sei die Kammer für Unternehmenssachen trotz Art. 30 WOR (Wet Ondernemingsraden) bei der Einstellung eines Vorstandes nicht verpflichtet, den Aufsichtsrat zu fragen.⁵²³ Selbst bei einer Strukturgesellschaft seien die Verfahrensvorschriften in Art. 158 bzw. 278 nicht anwendbar.⁵²⁴

Die Kammer für Unternehmenssachen kann auf Grundlage von Art. 2:357 Abs. 2, der ihr das Recht gibt, die Folgen der von ihr aus Art. 2:356 getroffenen Maßnahmen zu regeln, auch den Arbeitsvertrag zwischen dem entlassenen Vorstandsmitglied und der Rechtsperson auflösen.⁵²⁵ Nach den ausdrücklichen Bestimmungen in Art. 2:357 Abs.

⁵²⁰ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 356 Anm. 3.

⁵²¹ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 356 Anm. 3.

⁵²² *Asser-Maeijer*, Rn. 536; *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 356 Anm. 3.

⁵²³ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 356 Anm. 3.

⁵²⁴ *Sanders/Westbroek-Storm*, S. 278.

⁵²⁵ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 356 Anm. 3; *Slagter*, TVVS 1994, 47.

4 und Abs. 5 kann die Kammer für Unternehmenssachen denjenigen, die sie vorläufig als Vorstandsmitglied oder Aufsichtsratsmitglied eingestellt hat, eine Belohnung zu Lasten der juristischen Person zuerkennen. Sie kann die eingestellte Person damit beauftragen, ihr regelmäßig Bericht zu erstatten. Nach *van Schilfgaarde*⁵²⁶ finden die Haftungsbestimmungen der Art. 138 und 248 auch auf die vorübergehend angestellten Vorstände Anwendung.

Wird ein mit der Erstellung des Enquêteberichtes Beauftragter zum zeitweiligen Vorstand bestellt, dann wird er für die Dauer, die er die Vorstandsfunktion ausübt, von seiner Tätigkeit als Enquêteur entbunden.⁵²⁷ Die Kammer für Unternehmenssachen hat bereits in einer Vielzahl von Fällen Gebrauch von ihrer Möglichkeit gemacht, Vorstände zu entlassen und neue einzustellen.⁵²⁸ Häufig betraf es Fälle, in denen sich zwei Gesellschafter mit einer 50/50 Verteilung der Anteile gegenüberstanden und dann auf Antrag eines der Gesellschafter.⁵²⁹

(3) Vorläufige Abweichung von Satzungsbestimmungen

Art. 2:356 d) gibt der Kammer für Unternehmenssachen die Möglichkeit zur vorläufigen Abweichung der von ihr bezeichneten Bestimmungen der Satzung. Bei dieser Bestimmung ist etwa an die Änderung von Satzungsbestimmungen gedacht worden, die für bestimmte Beschlüsse qualifizierte Mehrheiten erfordern.⁵³⁰ Im Übrigen liegt die Bedeutung der Bestimmung darin, andere Maßnahmen des Kataloges aus Art. 2:356 zu begleiten. So wurde in der Rechtsprechung häufig im Zusammenhang mit Maßnahmen nach Art. 2:356 b) und c) von der Möglichkeit zur

⁵²⁶ *Van Schilfgaarde*, Van de BV en de NV, Misbruik van rechtspersonen, S. 76 und 77.

⁵²⁷ *Geerts*, De NV 1988, 101, 104; *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 356 Anm. 3.

⁵²⁸ OK 24. Juni 1982, TVVS 1983, 79; OK 29. Mai 1986 (De Stefano), NJ 1988, 98; OK 16. Juli 1987 und 1. Oktober 1987 (Briljant), NJ 1988, 579; OK 2. Juni 1988 (Jurgens), De NV 1988, 184; OK 30. Juni 1988 (Hogenes), De NV 1988, 214 ; OK 8. Oktober 1992 (Mediselect), TVVS 1994, 47; OK 28. Oktober 1993 (R.L.A.), TVVS 1994, 134.

⁵²⁹ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 356 Anm. 3.

⁵³⁰ Vgl. *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 356 Anm. 3 m.w.N.

Satzungsänderung Gebrauch gemacht.⁵³¹ Dabei wurde dann etwa bestimmt, dass bei bestimmten Fragen die Stimme des (von der Unternehmenskammer zeitgleich neu eingesetzten) ausschlaggebend sei,⁵³² oder dass bestimmte satzungsmäßige Befugnisse für die Zeit seiner Anstellung durch den neu (von der Unternehmenskammer eingesetzten) Vorstand, statt bislang von dem Mehrheitsgesellschafter ausgeübt werden.⁵³³ In einem Fall, in dem zwischen zwei 50/50 Gesellschaftern keine Einigung über die satzungsmäßige Ausschüttung des Gewinns an die Mitarbeiter erzielt werden konnte, ordnete die Unternehmenskammer an, dass hierüber für ein Jahr ein zeitgleich angestellter Vorstand zu entscheiden habe.⁵³⁴

(4) Vorläufige Übertragung von Anteilen

1988 ist als weitere mögliche Maßnahme in den Katalog des Art. 2:356 die Regelung in e) aufgenommen worden,⁵³⁵ nach der die Kammer für Unternehmenssachen auch die vorläufige Übertragung von Anteilen an einen Treuhänder anordnen kann. Die Bedeutung dieser Maßnahme und auch ihre Problematik liegt in ihrem Verhältnis zu den Regelungen der Streitigkeiten zwischen Anteilseignern.⁵³⁶ Insbesondere in den Fällen einer Pattsituation, etwa bei einer Anteilsverteilung von 50/50 können beide Anteilseigner gegeneinander Gebrauch von den Regelungen bei Streitigkeiten von Anteilseignern machen, und so versuchen, die Anteile des jeweils anderen zu erlangen. Hier kann mittels eines Enquêteverfahrens eine Erforschung der Ursachen und Verantwortlichkeiten stattfinden und durch Übertragung der Anteile auf einen Treuhänder eine Handlungsfähigkeit der Gesellschaft wiederhergestellt werden.⁵³⁷ Die Frage des Verhältnisses der beiden

⁵³¹ OK 24. Juni 1982, NJ 1983, 638; OK 17. März 1983, NJ 1984, 462; OK 13. Dezember 1984 (De Stefano), NJ 1988, 98; OK 8. Oktober 1992, De NV 1993, 20; OK 28. Oktober 1994 (R.L.A.), TVVS 1994, 134.

⁵³² OK 24. Juni 1982, NJ 1983, 638.

⁵³³ OK 17. März 1983, NJ 1984, 462.

⁵³⁴ OK 24. Januar 1985, vgl. *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 356 Anm. 4.

⁵³⁵ Vgl. *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 356 Anm. 4.

⁵³⁶ Vgl. *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 356 Anm. 5; siehe zur Regelung der Streitigkeiten zwischen Anteilseignern oben Einleitung II. B.

⁵³⁷ *Sanders/Westbroek-Storm*, S. 279; *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 356 Anm. 5.

Rechtsinstitute ist jedoch nicht geklärt.⁵³⁸ In der Praxis ist von der Befugnis zu Übertragung von Gesellschaftsanteilen einige Male Gebrauch gemacht worden.⁵³⁹ Es besteht ein Meinungsstreit darüber, ob die Anteilsübertragung bereits durch den Beschluss der Kammer für Unternehmenssachen erfolgt⁵⁴⁰, oder ob dieser lediglich eine Pflicht der Anteilseigner zur Übertragung begründet.⁵⁴¹

(5) Auflösung der Juristischen Person

Als äußerste Maßnahme kommt schließlich die Auflösung der juristischen Person nach Art. 2:356 f) in Betracht. Die Regelung ist stets im Zusammenhang mit derjenigen in Art. 2:357 Abs. 6 zu lesen: Dort ist ausdrücklich angeordnet, dass die Kammer für Unternehmenssachen die Auflösung der juristischen Person nicht ausspricht, wenn die Interessen der Mitglieder oder Anteilseigner oder derjenigen, die im Dienste der juristischen Person stehen, oder das öffentliche Interesse sich dem widersetzen. Spricht die Unternehmenskammer die Auflösung aus, muss sie auch die Folgen regeln, Art. 2:357 Abs. 2. Dabei wird die Unternehmenskammer sich an die allgemeinen Vorschriften zur Auflösung von Rechtspersonen richten.⁵⁴² Es hat bereits mehrere Fälle gegeben, in denen die Kammer für Unternehmenssachen die Auflösung einer Gesellschaft angeordnet hat.⁵⁴³ Dem lagen etwa Situationen zugrunde, in denen eine Vermischung von Privatinteressen der Mehrheitsgesellschafter mit Entscheidungen der Gesellschaft soweit fortgeschritten waren, dass eine Fortführung der Gesellschaft nicht mehr möglich erschien.⁵⁴⁴ Häufig ging es um GmbH's mit einer Anteilsverteilung von 50/50.⁵⁴⁵

⁵³⁸ *Sanders/Westbroek-Storm*, S. 279; *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 356 Anm. 5.

⁵³⁹ OK 11. Januar 1990 (Joh. Friesendorp), NJ 1991, 548; OK 21. April 1994 (Muller Beltex), ; OK 23. Juni 1994 (ITP), TVVS 1994, 277.

⁵⁴⁰ *Eisma*, S. 214.

⁵⁴¹ *Asser-Maeijer*, Rn. 536; *Van den Ingh*, S. 55.

⁵⁴² Vgl. *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 356 Anm. 6.

⁵⁴³ OK 8. Oktober 1987, NJ 1988, 99; OK 23. Juni 1977, NJ 1978, 440 weitere Nachweise bei: vgl. *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 356 Anm. 7.

⁵⁴⁴ OK 8. Oktober 1987, NJ 1988, 99.

⁵⁴⁵ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 356 Anm. 6.

3. Maßnahmedauer

Nach Art. 2:357 Abs. 1 bestimmt die Kammer für Unternehmenssachen die Geltungsdauer der von ihr getroffenen vorläufigen Maßnahmen. Auf Antrag kann sie diese Dauer verlängern oder verkürzen. Eine zeitliche Eingrenzung besteht also nicht. So wurden in einzelnen Fällen die Maßnahmen nach Art. 2:356 über mehrere Jahre angewandt.⁵⁴⁶ Nach einer Entscheidung des Hoge Raad⁵⁴⁷ ist weder die Geltungsdauer von Maßnahmen noch deren Verlängerungsmöglichkeiten durch ein Maximum limitiert. Allerdings bringt eine angemessene Anwendung der Art. 2:356 f mit sich, dass die Erwartung zu rechtfertigen sein muss, dass innerhalb der (verlängerten) Geltungsdauer die schlechte Unternehmensführung beendet werden kann.⁵⁴⁸

4. Nichtigkeit widersprechender Beschlüsse

In Art. 2:356 Abs. 2 ist ausdrücklich angeordnet, dass eine von der Kammer für Unternehmenssachen angeordnete Maßnahme von der betroffenen Gesellschaft nicht rückgängig gemacht werden kann. Ein entsprechender Beschluss ist nichtig.

5. Vorläufige Vollstreckung

Nach Art. 2:358 Abs. 1 kann die Kammer für Unternehmenssachen die vorläufige Vollstreckung der in Art. 2:356 a) bis e) bezeichneten Maßnahmen anordnen. Hiervon wird in der Praxis auch regelmäßig Gebrauch gemacht.⁵⁴⁹ Ausgenommen ist lediglich die Auflösung der Rechtsperson nach Art. 2:356 f).

⁵⁴⁶ OK 26. September 1986 (wurde letztmalig bis zum 1. Juli 1996 verlängert), OK 23. Juni 1994 (Arie van den Berg), rek.nr. 251/94 OK.

⁵⁴⁷ HR 17. Mai 1989 (Arie van den Berg), NJ 1993, 206.

⁵⁴⁸ HR 17. Mai 1989 (Arie van den Berg), NJ 1993, 206; vgl. auch: *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 357 Anm. 2.

⁵⁴⁹ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 358 Anm. 2.

6. Rechtsmittel und Bindungswirkung

Die Entscheidungen der Unternehmenskammer im Enquêteverfahren sind nicht im Berufungsverfahren angreifbar, eine weitere Tatsacheninstanz ist also ausgeschlossen. Der Gesetzgeber begründete diese Entscheidung damit, dass ein monate- oder jahrelanges Prozessieren über die Frage, ob eine Enquêteuntersuchung erforderlich ist oder nicht und danach, ob bestimmte Maßnahmen zulässig sind oder nicht dazu führe, dass Probleme die des Unternehmens auf die eine oder andere Art gelöst seien, bevor das Enquêteverfahren beginne.⁵⁵⁰ Die Rechtsliteratur teilt diese Auffassung.⁵⁵¹ Möglich ist jedoch gemäß Art. 2:359 i.V.m. Art. 426 Absatz 1 Rv die Kassationsbeschwerde, Revision zum Hoge Raad, dem Obersten Gerichtshof.⁵⁵² Die Revision hat gegen vorläufige Maßnahmen gemäß Art. 2:349a und gemäß Art. 2:356 i.V.m. 2:358 (vorläufige Vollstreckung der in Art. 2:356 bezeichneten Maßnahmen) keine aufschiebende Wirkung. Auch kann die Kammer für Unternehmenssachen für Anordnungen gemäß Art. 2:350 anordnen, dass eine Revision hiergegen keine aufschiebende Wirkung hat. Anderes gilt nur für die Revision gegen die Feststellung der Kostentragungspflicht: Hier hat die Revision aufschiebende Wirkung.⁵⁵³

Aus dem OGEM-Beschluß⁵⁵⁴, der das Enqueterecht als Institut der Offenlegung von Misswirtschaft festigte⁵⁵⁵, ergibt sich, dass die im Rahmen des Enqueteverfahrens getroffenen Feststellungen auch in weiteren Prozessen für die Verfahrensbeteiligten bindend sind, wenn diese Interesse an einem bestätigenden oder abweisenden Beschluß haben.⁵⁵⁶ Diese Entscheidung hat insbesondere mit Blick auf die in Teilen zweifelhafte Verträglichkeit des Enqueteverfahrens mit den Bedingungen, die Art. 6 EMRK an ein rechtsstaatliches Verfahren stellt,

⁵⁵⁰ Handelingen Eerste Kamer 1969-1970, S. 1095.

⁵⁵¹ Joosten, De NV 1987, 37; Boukema in: Rechtspersonen Art. 359 Anm. 2.

⁵⁵² Asser-Maeijer, Rn. 516; dazu instruktiv: Den Boogert, Betekenis van de rechtspraak van de OK, S. 123 ff.

⁵⁵³ Boukema in: Rechtspersonen Art. 359 Anm. 2.

⁵⁵⁴ HR 10.1.1990, NJ 1990, Nr. 466 (OGEM).

⁵⁵⁵ Gernoth/Meinema, RIW 2000, 846.

⁵⁵⁶ Vgl. de Witt-Wijnen, Bewijsvoering in vennootschappelijke procedures, S. 95 ff.

eine kontroverse Diskussion ausgelöst.⁵⁵⁷ Stand der Dinge ist jedenfalls, dass den Beschlüssen der OK durchaus eine gewisse Bindungs- und Präjudizwirkung zukommt. Darin ist ein wesentlicher Grund für den Erfolg des Rechtsinstituts zu sehen.

E. Ausgewählte Fragestellungen

Nach der Darstellung des niederländischen Enquêterechtes soll nunmehr im Folgenden auf einzelne ausgewählte Fragestellungen näher eingegangen werden. Dabei wird kein Anspruch auf Vollständigkeit oder auch nur darauf erhoben, alle wesentlichen Problemstellungen aufzuzeigen. Entscheidend für den vorliegenden Zweck ist es vielmehr, anhand einer ausgewählten Betrachtung einzelner Fragen das Bewusstsein für mögliche Detailprobleme bei der Umsetzung eines Enquêterechtes anzuregen.

1. Besonderheiten bei Versicherungsunternehmen und Banken

Sofern Banken und Versicherungsunternehmen Gegenstand einer Enquêteuntersuchung sind, ergeben sich einige ausdrücklich im Gesetz geregelte Besonderheiten. Diese seien hier kurz angesprochen: Unterliegt die juristische Person der Aufsicht der Versicherungsaufsichtskammer oder der Nederlandsche Bank N.V., lässt der Leiter der Geschäftsstelle eine Abschrift des Antrages auf Einleitung einer Enquêteuntersuchung oder einer entsprechenden Klage des Generalstaatsanwaltes auch der aufsichtsführenden Stelle zukommen, Art. 2:348. Nach Art. 2:353 Abs. 2 erhalten diese Aufsichtsstellen nach dessen Hinterlegung bei der Geschäftsstelle des *gerechtshof* Amsterdam auch ein Exemplar des Untersuchungsberichtes. Über einen Antrag auf Erlass von Maßnahmen gemäß Art. 2:355, 2:356 entscheidet die Kammer für Unternehmenssachen bei den in Art. 2:348 genannten Unternehmen, also denjenigen die der Aufsicht der Versicherungsaufsichtskammer oder der Nederlandsche Bank N.V. unterliegen erst, wenn diese Stellen die

⁵⁵⁷ *Gernoth/Meinema*, RIW 2000, 848; *de Witt/Wijnen*, a.a.O.

Gelegenheit hatten, zu diesen Anträgen gehört zu werden, Art. 2:355 Abs. 4. Ordnet die Kammer für Unternehmenssachen die vorläufige Vollstreckung der in Art. 2:356 a) bis e) bezeichneten Maßnahmen gemäß Art. 2:358 Abs. 1 an, erhält die zuständige Aufsichtsstelle gemäß Art. 2:358 Abs. 3 hiervon eine Abschrift.

2. Das Enquêterecht bei *surcéance* (Zahlungsaufschub) und *faillissement* (Konkurs)

In den Niederlanden gibt es eine dem ehemaligen deutschen Vergleichsverfahren ähnliche Regelung, das *surcéance van betaling*, der gerichtliche Zahlungsaufschub.⁵⁵⁸ Für die Zeit der Zahlungsaussetzung wird ein *bewindvoerder* (Vergleichsverwalter) eingesetzt, der mit den Gläubigern verhandelt.⁵⁵⁹ Neben dem *surcéance van betaling* gibt es das Konkursrecht. Im Gegensatz zum deutschen Recht kennen die Niederlande hier jedoch nur einen Konkursgrund, die Zahlungsunfähigkeit (Art. 1 Faillissementswet).⁵⁶⁰ Beide der vorgenannten Fälle, *surcéance van betaling* und Konkurs, können auch während des Enquêteverfahrens eintreten.⁵⁶¹ Es fragt sich, welche Auswirkungen dies auf ein laufendes Enquêteverfahren hat, ob sogar trotz *surcéance* oder Konkurs ein Enquêteverfahren eingeleitet werden kann und wer ggf. die Kosten des Enquêteverfahrens trägt.

Zunächst sei die Frage behandelt, welche Auswirkungen die Einleitung von *surcéance* oder Konkurs oder ein entsprechender Antrag auf ein laufendes Enquêteverfahren hat.

a) *Surcéance*

Antrag oder Einleitung eines *surcéance* haben nach dem Willen des Gesetzgebers keinen Einfluss auf ein bereits betriebenes

⁵⁵⁸ Vgl. *Mincke*, Einführung, Rz. 396.

⁵⁵⁹ *Ders.*, a.a.O.

⁵⁶⁰ *Ders.*, a.a.O., Rz. 397.

⁵⁶¹ Unstr., vgl. *Asser-Maeijer*, Rn. 520; *Lekkerkerker*, *Tekst & Commentaar*, Titel 8 Art. 2:345 BW Ziffer 3; *van Solinge*, *Tussen wanbeleid en aansprakelijkheid*, S. 43.

Enquêteverfahren.⁵⁶² Zur Begründung wird angeführt, dass es gerade wesentlich sein kann, während der Zahlungsaussetzung Ordnung in die Angelegenheiten des Unternehmens zu bringen.⁵⁶³ Zudem könnte sich anderenfalls jede Gesellschaft einer Enquêteuntersuchung und der damit möglicherweise verbundenen Maßnahmen der Unternehmenskammer durch Beantragung einer *surcéance* entziehen.⁵⁶⁴

b) Konkurs

Auch der Antrag auf Einleitung eines Konkursverfahrens soll nach dem Willen des Gesetzgebers das laufende Enquêteverfahren nicht beeinträchtigen.⁵⁶⁵ Allerdings sind dann bestimmte Maßnahmen nicht möglich oder machen zumindest keinen Sinn.⁵⁶⁶ Dies gilt insbesondere für die Auflösung der Gesellschaft, Anstellung, Suspendierung oder Kündigung von Vorstandsmitgliedern oder Aufsichtsräten. Die Suspendierung oder Annullierung von Beschlüssen kann hingegen sinnvoll sein.

Die Fortsetzung des Enquêteverfahrens ist insbesondere im Hinblick auf die Schadensersatzverpflichtung in Art. 2:350 Abs. 2 von großer Bedeutung. Diese Bestimmung ermächtigt auch den *curator*⁵⁶⁷ (Konkursverwalter), Schadensersatzansprüche wegen der Kosten der Untersuchung geltend zu machen. Diese können sich auch gegen den Antragsteller des Enquêteverfahrens richten, falls die Unternehmenskammer den Enquêteantrag ablehnt und dabei beschließt, dass der Antrag unbegründet war. Auch die Verpflichtung zur Erstattung der Untersuchungskosten nach Art. 2:354 kann vom Konkursverwalter eingefordert werden. Dies kann einmal gegenüber dem Antragsteller geschehen, falls sich aus dem Enquêtebericht ergibt, dass der Antrag nicht aus einem vernünftigen Grund gestellt worden ist. Die Erstattung

⁵⁶² Vgl. etwa *Boukema* in: Rechtspersonen § 3 Ziffer 4 a) unter Hinweis auf die Begründung des Gesetzgebers zu Art. 54b des Gesetzentwurfes von 1968; *Asser-Maeijer*, Rn. 516.

⁵⁶³ Vgl. dazu: OK NJ 1985, 383 (OGEM); OK NJ 1993, 447 (Goliath/Knight)); OK NJ 1995, 119 (Text Lite).

⁵⁶⁴ *Boukema* in: Rechtspersonen § 3 Ziffer 4 a).

⁵⁶⁵ Vgl. etwa *Boukema* in: Rechtspersonen § 3 Ziffer 4 a); *Asser-Maeijer*, Rn. 516.

⁵⁶⁶ *Van Solinge*, a.a.O., m.w.N.

kann aber auch gegenüber einem Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied sowie einer anderen im Bericht genannten Person gefordert werden, wenn sich aus dem Bericht deren Verantwortlichkeit für eine unrichtige Geschäftsführung oder einen unbefriedigenden Geschäftsbetrieb ergibt.⁵⁶⁸ Schließlich kann der Untersuchungsbericht auch Grundlage für eine Schadensersatzverpflichtung des Vorstandes oder eines Aufsichtsratsmitgliedes im Sinne einer Durchgriffshaftung (Art. 138, 149, 248 und 259) sein.⁵⁶⁹ In diesem Zusammenhang ist auch die Möglichkeit einer Anfechtung von Entlastungsbeschlüssen zu nennen.⁵⁷⁰ Der Konkursverwalter hat bei der Durchsetzung von Ansprüchen eine starke Position, da ihm gemäß Art. 2:138 und 248 eine Beweiserleichterung zugute kommt.⁵⁷¹

c) Einleitung eines Enquêteverfahrens auch bei surcéance oder Konkurs?

Von der vorstehenden Fragestellung ist die Frage der Zulässigkeit einer Enquêteuntersuchung bei bereits laufendem Vergleichs- oder Konkursverfahren zu unterscheiden. Die Frage ist zweigeteilt. Zum einen wird diskutiert, ob auch in Bezug auf die Tätigkeit des Vergleichsverwalters oder Konkursverwalters eine Enquête zulässig ist. Zum anderen wird die Zulässigkeit nach Einleitung eines Vergleichs- oder Konkursverfahrens problematisiert.

(1) Enquêteverfahren in Bezug auf die Tätigkeit des bewindvoorders/Konkursverwalters?

(a) Meinungsstand

Allgemeine Meinung ist, dass sich ein Enquêteverfahren nicht auf die Tätigkeit des Konkursverwalters beziehen kann.⁵⁷² Die Kontrolle des

⁵⁶⁷ Vgl. zur Funktion des *curators* in Enquêteverfahren: *van Solinge*, a.a.O., S. 46 ff.

⁵⁶⁸ *Van Solinge*, a.a.O., S. 52 f.

⁵⁶⁹ *Van Solinge*, a.a.O., S. 54 ff.

⁵⁷⁰ Vgl. dazu: *Van Solinge*, a.a.O., S. 49 ff.

⁵⁷¹ Vgl. dazu: *van Solinge*, a.a.O., S. 47.

⁵⁷² *Asser-Maeijer*, Rn. 520.

Konkursverwalters ergibt sich ausschließlich aus dem niederländischen Konkursrecht.⁵⁷³ Unklarer ist die Situation im Falle einer *surcéance*, also der Untersuchung der Tätigkeit eines *bewindvoeders*. Hier wird auf eine Entscheidung der Unternehmenskammer vom 7. Januar 1988⁵⁷⁴ verwiesen.⁵⁷⁵ Darin wurde eine Enquêteuntersuchung auch für die Periode zugelassen, nachdem die Gesellschaft eine *surcéance van betaling* beantragt hatte. Zur Begründung führt die Unternehmenskammer aus, dass auch die „*sterfhuisconstructies*“ (wörtlich: Trauerhauskonstruktionen), die mit Zustimmung des *bewindvoeders* durchgeführt wurden, zu untersuchen seien.⁵⁷⁶ Schließlich stünde auch nicht fest, woraus sich eine Verantwortlichkeit des *bewindvoeders* ergäbe. *Maeijer*⁵⁷⁷ könnte so verstanden werden, als meinte er, es seien Situationen vorstellbar, bei denen auch eine Untersuchung des Verhaltens des *bewindvoeders* (Vergleichsverwalters) sinnvoll sei: Der Gesellschaft ist es im Falle der *surcéance* nicht möglich, ohne Zustimmung des *bewindvoeders* Verfügungen über das Vermögen der Gesellschaft zu treffen. So könne sich der *bewindvoerder* beispielsweise wiederholt weigern, sinnvolle Mitwirkungshandlungen vorzunehmen. Im gleichen Absatz führt er jedoch aus, eine Untersuchung der Handlungen des *bewindvoeders* stünde im Gegensatz zu dessen Position als amtlich bestellter Verwalter.⁵⁷⁸ *Den Boogert* führt zu diesem Thema aus, dass es bei einer Untersuchung der Unternehmensführung für einen Zeitraum, in dem das Unternehmen bereits Konkurs angemeldet hatte oder ein Zahlungsaufschub vorlag, untunlich sei, die Arbeit des *curators/bewindvoeders* gänzlich außer Acht zu lassen.⁵⁷⁹

Zur Unterstützung seiner Auffassung führt er einen Beschluß der OK⁵⁸⁰ an, dem eine Untersuchung ohne festgesetztes Enddatum zugrunde lag. Damit umfaßte die Untersuchungsperiode auch die Maßnahmen, die der

⁵⁷³ OK 22. Dezember 1983, NJ 1985, 383, vgl. allerdings andererseits: OK 7. Januar 1988 (Bredero), NJ 1989, 827.

⁵⁷⁴ OK 7 Januar 1988, NJ 1989, 827.

⁵⁷⁵ *Boukema* in: Rechtspersonen § 3 Ziffer 4 b).

⁵⁷⁶ *Asser-Maeijer*, Rn. 520.

⁵⁷⁷ *Asser-Maeijer*, Rn. 520.

⁵⁷⁸ *Asser-Maeijer*, Rn. 520.

⁵⁷⁹ *Den Boogert*, betekenis van de rechtspraak van de OK, S. 125.

“*stille curator*” getroffen hatte. Nach Ansicht der Versicherungskammer schließt der Charakter der stillen curatele und der versicherungsrechtlichen Noodregelung die Anwendbarkeit des Enquêterechts aus. Dementsprechend hat die Kammer Revision eingelegt.⁵⁸¹

(b) Stellungnahme

Eine Ungleichbehandlung von Konkursverwalter, der ja auch alleine über das Vermögen der Gesellschaft verfügt, und *bewindvoerder* leuchtet nicht ein. Ausschlaggebend kann auch nicht sein, ob die Haftung des *bewindvoerder*/Konkursverwalters (abschließend) geregelt ist. Entscheidend muss vielmehr sein, ob nach der *ratio* einer Enquêteuntersuchung eine solche auch nach dem Zustand von *surcéance*/Konkurs sinnvoll erscheint. Liegt aber die *ratio* des Enquêteverfahrens darin, die Antragsberechtigten über die Vorgänge in der Gesellschaft aufzuklären, so müssten sowohl die Handlungen des *bewindvoerdere*s als auch die des Konkursverwalters einer Enquêteuntersuchung zugänglich sein.

(2) Zulässigkeit nach Einleitung eines Vergleichs- oder Konkursverfahrens

Die Frage, ob bei bereits betriebem *surcéance*- bzw. Konkursverfahren⁵⁸² noch die Einleitung einer Enquêteuntersuchung möglich ist, beschäftigte die niederländischen Gerichte⁵⁸³ und gibt Anlass zu Streit.

(a) Herrschende Meinung und Rechtsprechung

Die herrschende Meinung⁵⁸⁴ und die Rechtsprechung⁵⁸⁵ halten die Durchführung eines Enquêteverfahrens bezogen auf die Unternehmens-

⁵⁸⁰ OK 3. August 1995 (Vie d’Or).

⁵⁸¹ *Den Boogert*, betekenis van de rechtspraak van de OK, S. 126.

⁵⁸² Beide Fallkonstellationen werden gleichbehandelt, vgl. nur *Boukema* in: Rechtspersonen § 3 Ziffer 4 b).

⁵⁸³ Die wesentlichen Entscheidungen sind: OK 23. Dezember 1983, NJ 1985, 383 (OGEM); OK 7. Januar 1988, NJ 1989, 827 (Breevast); OK 10. Januar 1990, NJ 1990, 466 (OGEM); OK 10. Dezember 1992, NJ 1993, 447 (Goliath/Knight) und OK 6. Januar 1994, NJ 1995, 119 (Text Lite).

führung vor Einleitung von *surcéance* oder Konkurs für zulässig. Das Enquêteverfahren solle vor einem Mangel an Transparenz des Unternehmens und vor unbefriedigender Unternehmensführung Schutz bieten. Für die Anteilseigner sei von Interesse, die Unternehmensführung vor dem Konkurs zu untersuchen, und sollten sich Fehler herausstellen, zu erfahren, wer hierfür verantwortlich war und dafür in die Haftung genommen werden kann. Schließlich könnte sich anderenfalls ein Unternehmen durch Einleitung eines Konkursverfahrens einer Enquêteuntersuchung entziehen. Zwar könne auch der Konkursverwalter untersuchen, warum es zu einem Konkurs des Unternehmens gekommen sei, jedoch seien die Befugnisse eines Enquêteurs wesentlich weitreichender. Vor allem müßte sich der Konkursverwalter auf die Untersuchung des in Konkurs befindlichen Unternehmens beschränken, während der Enquêteur gemäß Art. 2:351 von der Unternehmenskammer auch bevollmächtigt werden könne, seine Untersuchung auf verbundene Unternehmen auszudehnen. Schließlich könne die Unternehmenskammer, sollte sich eine schlechte Unternehmensführung herausstellen, Vorkehrungen treffen, wie etwa Beschlüsse aufheben.⁵⁸⁶

Auch habe der Gesetzgeber bei Schaffung des Enquêterechtes nicht nur die Sanierung eines Unternehmens und die Herstellung gesunder Verhältnisse durch Maßnahmen und Reorganisationen verfolgt, sondern auch die Veröffentlichung des Unternehmensführung und die Feststellung der Verantwortlichkeiten, damit durch das Institut des Enquêteverfahrens auch präventive Wirkung ausgeht. Dann müsse die Durchführung einer Enquêteuntersuchung selbst dann möglich sein, wenn feststeht, dass aufgrund des *surcéance*/ Konkursverfahrens eine Gesundung des Unternehmens nicht mehr möglich sei.⁵⁸⁷

⁵⁸⁴ *Boukema* in: Rechtspersonen § 3 Ziffer 4 b); *Asser-Maeijer*, Rn. 520.

⁵⁸⁵ OK 23. Dezember 1983, NJ 1985, 383 (OGEM); OK 7. Januar 1988, NJ 1989, 827 (Breevast); OK 10. Januar 1990, NJ 1990, 466 (OGEM); OK 10. Dezember 1992, NJ 1993, 447 (Goliath/Knight) und OK 6. Januar 1994, NJ 1995, 119 (Text Lite).

⁵⁸⁶ OK 7. Januar 1988, NJ 1989, 827.

⁵⁸⁷ OK 10. Januar 1990, NJ 1990, 466.

(b) Van Schilfgaarde

*Van Schilfgaarde*⁵⁸⁸ kritisiert Rechtsprechung und herrschende Meinung. Er ist der Auffassung, dass das Enquêteverfahren in Konkursituationen nicht durchgeführt werden sollte. In Konkursfällen stehe die Zuweisung von Verantwortlichkeiten im Vordergrund, während der gesetzliche Normalfall die Unternehmenserhaltung zum Ziel des Verfahrens erhebe. Die andersgelagerte Zielrichtung führe dazu, dass das Enquêteverfahren seitens der Konkursverwalter dazu mißbraucht werde, eine möglichst klare Aussage zur Pflichtverletzung einzelner Organmitglieder zu erlangen, wodurch Abgrenzungsprobleme zum anschließenden Schadensersatzprozess vor den ordentlichen Gerichten entstünden. Das Enquêterecht diene eigentlich der Wiederherstellung gesunder Verhältnisse in einem Unternehmen, was schon gegen seine Zulassung nach Konkurseinleitung spreche. Eine Zulassung des Enquêteverfahrens unter Hinweis auf die Tatsachenbeschaffung für mögliche Regreßverfahren gegen Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder sei bedenklich. Das Untersuchungsverfahren sei ein informelles Antragsverfahren, in dem die Regeln des Beweisrechts und viele andere Regeln des Prozessrechts nicht gelten würden. Auch würden die Geschäftsführer/Vorstandsmitglieder nicht in das Verfahren zur Ernennung des Enquêteurs einbezogen. Dieser sei in der Regel ein Wirtschaftsprüfer, der von Recht, v.a. dem Verfahrensrecht auch keine ausreichenden Kenntnisse hätte. In der Praxis liefen dann in den Gutachten Fakten, Meinungen, Vorurteile, Vermutungen, betriebsökonomische und juristische Schlussfolgerungen durcheinander. Auch wenn, was in der Regel geschähe, Geschäftsführer und Vorstände gehört würden, stehe es dem Enquêteur frei, deren Äußerungen im Untersuchungsbericht anzugeben oder nicht. Eine Gelegenheit zur Erbringung von Gegenbeweisen bestünde in der Praxis nicht. Schließlich könne das Urteil der Unternehmenskammer summarisch begründet werden, da es sich um ein Antragsverfahren handele. Eine

⁵⁸⁸ *Van Schilfgaarde*, rechtspleging in het ondernemingsrecht, S. 207 f.; *ders.*, Haftungsdurchgriff auf den Geschäftsführer in den Niederlanden, Vortrag vor der Deutsch-Niederländischen Rechtsanwaltsvereinigung, 7.12.1997; wohl ebenso: *Den Boogert*, rechtspleging in het ondernemingsrecht, S. 206 f.

Berufungsinstanz, in der die Tatsachenfeststellungen angegriffen werden könnten, gäbe es nicht, lediglich die Revision zum Obersten Gerichtshof. Würde dann im Regreßprozeß das Enquêtegutachten als verbindlich anerkannt werden, gäbe es für Geschäftsführer und Vorstand wenig Verteidigungsmöglichkeiten. Sie würden u.U. aufgrund von Tatsachen verurteilt, die in einem Verfahren beschafft wurden, mit denen sie nur am Rande zu tun gehabt hätten. Schließlich weist er darauf hin, dass als Maßnahme im Enquêteverfahren begleitend die Aufhebung der Entlastungsbeschlüsse der Generalversammlung beantragt würde, um den Weg für eine Inanspruchnahme der Geschäftsführer/ Vorstandsmitglieder zu ermöglichen. All dies mache klar, dass die Einleitung eines Enquêteverfahrens nach Konkurs ein Mißbrauch des Enquêterechtes sei.

(c) Stellungnahme

Die Kritik von *van Schilfgaarde* richtet sich in erster Linie gegen das Fehlen von Verfahrensvorschriften für die Durchführung der Untersuchung durch den Enquêteur. Diese Kritik sollte ernst genommen und über eine Abhilfe nachgedacht werden. Allerdings reicht die bloße Möglichkeit eines Mißbrauchs m.E. nicht, um die guten Gründe, die für eine Durchführung des Enquêteverfahrens auch bei Konkurs sprechen, zu entkräften. Den materiellen Durchgriffsansprüchen gegen Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder sollte die scharfe Waffe des Enquêterechtes an die Seite gestellt werden. Zurecht weist die Rechtsprechung auf die Präventivwirkung hin, die auch *van Schilfgaarde* nicht in Abrede stellt. So meint er, dass die größere Aufmerksamkeit für Haftungsfragen dazu geführt habe, dass Vorstandsmitglieder und Aufsichtsräte etwas weniger sorglos mit ihrem Amt umgehen, dass sie besser auf eine ordnungsgemäße Buchführung achten und dass Beschlüsse besser dokumentiert werden.⁵⁸⁹ Eine Entwicklung, die man sicher als positiv bezeichnen darf.

⁵⁸⁹ *Van Schilfgaarde*, Haftungsdurchgriff auf den Geschäftsführer in den Niederlanden, Vortrag vor der Deutsch-Niederländischen Rechtsanwaltsvereinigung, 7.12.1997.

d) Kosten bei Zusammentreffen von Enquêteverfahren und surcéance oder Konkurs

Ein erhebliches Problem bei der Durchführung eines Enquêteverfahrens bei einer in Konkurs befindlichen Gesellschaft liegt darin, dass die Kosten des Verfahrens von der Masse getragen werden müssen. Das kann dazu führen, dass der Untersuchungsumfang aufgrund des begrenzten Budgets beschränkt werden muß.⁵⁹⁰ Ist der Konkursverwalter nicht bereit, für die anfallenden Kosten der Untersuchung eine Sicherheit zu stellen, dann wird es schwierig sein, einen Wirtschaftsprüfer zu finden, der bereit ist, als Enquêteur eine Untersuchung der Unternehmensführung durchzuführen. Eine (zumindest vorläufige) Kostenübernahme kann aber insbesondere dann im Interesse des Konkursverwalters sein, wenn ihm im Rahmen des Haftungsdurchgriffs auf Geschäftsführer oder Vorstand die Beweislast auferlegt ist und er auf Grundlage des Enquêteberichtes hoffen kann, diesen Beweis zu führen. Aus diesem Grunde können auch der oder die Antragsteller des Enquêteverfahrens bereit sein, die Kosten der Untersuchung vorzuschießen.

3. Das Enquêterecht im Konzern

Da die juristischen Personen, die einen Konzern bilden, rechtlich selbständig sind, stellt sich die Frage, in welchem Umfang Konzernmütter und – töchter in eine Enqueteuntersuchung einbezogen werden können. Insbesondere im Hinblick auf den Kreis der Antragsberechtigten und die Befugnisse der Enqueteure ergeben sich diesbezüglich Modifikationen.⁵⁹¹ Der Beschluß zu der Frage, ob „wanbeleid“ vorliegt oder nicht, kann sich letztendlich nur auf das

⁵⁹⁰ Im Verfahren OK 6 Januar 1994, NJ 1995, 119 (Text Lite) wurde daher die Untersuchung auf die letzten drei Jahre der Geschäftsführung beschränkt.

⁵⁹¹ *Gernoth/Meinema*, RIW 2000, 847.

Unternehmen beziehen, für das ein Enqueteverfahren beantragt wurde.⁵⁹² Dementsprechend betrifft auch die Arbeit des Prüfers grundsätzlich nur eine Gesellschaft, denn nur auf diese Gesellschaft beziehen sich seine Befugnisse. Gem. Art. 2: 351 Abs. 2 BW kann der Unterlagen für diese Prüfung nach Ermächtigung durch die OK⁵⁹³ auch Unterlagen von verbundenen Gesellschaften einsehen. Um eine Umgehung des Untersuchungsrechts durch organisatorische Maßnahmen der Unternehmensführung bei verbundenen Unternehmen zu vermeiden, haben Gewerkschaften ein erweitertes Antragsrecht. Soweit die Gewerkschaften Arbeitnehmer repräsentieren, die bei einer Gesellschaft des Konzerns angestellt sind, können sie eine Untersuchung sowohl bei der Muttergesellschaft als auch bei anderen Konzerntöchtern beantragen.⁵⁹⁴ Da in Konzernen häufig alle Arbeitnehmer bei einem Unternehmen angestellt sind, ist diese Erweiterung notwendig, um das Antragsrecht der Gewerkschaften nicht leerlaufen zu lassen.⁵⁹⁵ Im Schrifttum wird teilweise gefordert, das erweiterte Antragsrecht auch den Minderheitsaktionären zuzubilligen.⁵⁹⁶ Die OK hat nunmehr unter bestimmten Voraussetzungen einen Antrag auf Durchführung einer Untersuchung bei einer Tochtergesellschaft für zulässig gehalten.⁵⁹⁷

F. Die praktische Bedeutung des Enquêterechts

Nicht unbedingt erwartetermaßen⁵⁹⁸ ist das Enquêterecht in den Niederlanden ein Erfolg. Das beweist insbesondere die Fülle der

⁵⁹² *Geerts*, Ondernemingsrecht 2000, S. 85.

⁵⁹³ OK 12.11.1998, NJ 1999, Nr. 375 (De Zuider Ster).

⁵⁹⁴ OK 17.3.1994, TVVS 1994, 164 (Janssen Pers); OK 10.9.1999, Ondernemingsrecht 1999, 427 (Ijsselwerf).

⁵⁹⁵ *Boukema*, Rechtspersonen, Nr. 347-4; *Bartman/Dorresteyn*, Van het concern, S. 214.

⁵⁹⁶ *Uniken Venema*, Enqueterecht en ondernemerschap, S. 217; *Ijsselmuiden*, Anmerkung zu OK 17.3.1994, TVVS 1994, 165; *Slagter*, 25 jaar ondernemingskamer, S. 14; *Bartman/Dorresteyn*, Van het concern, S. 216.

⁵⁹⁷ OK 23.4.2000, Ondernemingsrecht 2000, 85 (Bot Bouw Groep).

⁵⁹⁸ Vgl. *Schenk*, S. 7.

aktuellen Rechtsprechung.⁵⁹⁹ Auch das weitgehend positive Echo auf die Entscheidungen der OK zeigt die Akzeptanz dieses Instruments.⁶⁰⁰

1. Gründe für die Popularität

Die Popularität dieses Instruments lässt sich insbesondere durch die Kostenregelung⁶⁰¹ und die weitreichenden Kompetenzen der OK⁶⁰² erklären. Seit der Reform aus dem Jahr 1971 hat die OK die Möglichkeit, bei „wanbeleid“ einschneidende Maßnahmen zu ergreifen, vgl. Art. 2:356 BW. Vor dieser Reform hat kaum Interesse an der Durchführung des Verfahrens bestanden.⁶⁰³ Es gibt daher auch kaum veröffentlichte Rechtsprechung aus diesem Zeitraum.⁶⁰⁴ Heutzutage gilt das Enquête-recht als das stärkste und effektivste Recht der Minderheitsaktionäre.⁶⁰⁵ Als besonderen Grund dafür sieht *Timmerman*⁶⁰⁶ neben den bereits erwähnten Gründen die Möglichkeit an, nicht nur die Einhaltung von Satzung und Gesetz, sondern insgesamt Unvollkommenheiten im Geschäftsgang der Gesellschaft untersuchen und auf Antrag Maßnahmen durchführen lassen zu können. Außerdem eröffnet das Verfahren dem Minderheitsaktionär die ihm ansonsten oft versperrte Möglichkeit, sich Einsicht in das Verhalten des Mehrheitsaktionärs zu verschaffen.⁶⁰⁷ Überdies kann dieses Verhalten zu Sanktionen der OK gegen den Mehrheitsaktionär führen.⁶⁰⁸ Angenehm für den Antragsteller ist auch die bemerkenswert niedrige Beweislasthürde für den Antragsteller.⁶⁰⁹ Ein

⁵⁹⁹ Zur Rechtsprechung der Ondernemingskamer lassen sich alle Entscheidungen in der ARO (Actuële Rechtspraak Ondernemingspraktijk) aus dem Kluwer-Verlag finden. Durchschnittlich finden sich dort etwa 10-15 Entscheidungen monatlich.

⁶⁰⁰ Ebenso: *Gernoth/Meinema*, RIW 2000, 848.

⁶⁰¹ *Timmerman/Doorman* in: *Rights of minority shareholders*, S. 55.

⁶⁰² *Timmerman/Doorman* a.a.O., S. 56.

⁶⁰³ Ebenso: *Gernoth/Meinema*, a.a.O.

⁶⁰⁴ *Timmerman/Doorman* a.a.O., S. 55 mit Verweis auf eine einzige bekannte Entscheidung der Rechtbank Breda vom 27.3.1934, NJ 1934, 567.

⁶⁰⁵ *Timmerman/Winter* in: *Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief*, S. 79.

⁶⁰⁶ *Timmerman/Winter* in: *Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief*, S. 85.

⁶⁰⁷ *Ders.*, a.a.O. mit Verweis auf *P. Davies*, *Introduction to company law* (2002), S. 216.

⁶⁰⁸ Vgl. OK NJ 1997, 671 (Bobel); OK NJ 1993, 724 (Zinkwit); dagegen verlief das Heineken-Verfahren negativ für die Antragsteller: vgl. OK NJ 2001, 681= JOR 2001, 255.

⁶⁰⁹ *Timmerman/Winter* in: *Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief*, S. 85.

weiterer Gesichtspunkt für die häufige Inanspruchnahme des Antragsrechts ist der weite Anwendungsbereich der Art. 2:344 ff. BW. Insbesondere die Anwendbarkeit des Sonderprüfungsrechts auf die mit der GmbH⁶¹⁰ verwandte B.V. ist ein Grund für den Erfolg des Enquêterechts.⁶¹¹ Einen weiteren Schub erfuhr das Rechtsinstitut durch den OGEM-Beschluß⁶¹², der das Enquêterecht als Institut zur Offenlegung von Mißwirtschaft festigte.⁶¹³ Die in diesem Beschluß getroffene Feststellung, dass die Entscheidungen der OK Bindungs- und Präjudizwirkung für spätere Schadensersatzprozesse gegen die Unternehmensleitung haben, hat allerdings eine kontroverse Diskussion über die Vereinbarkeit mit Art. 6 EMRK ausgelöst.⁶¹⁴ Experten erwarten, dass die Bedeutung des Enquêterechts eher noch zunehmen wird.⁶¹⁵ Uneinigkeit besteht allerdings darüber, welche Entwicklung das Enquêterecht zukünftig nehmen soll. Während *Dorresteijn* eine Ausweitung des Enquêterechts hin zu einer deutlichen Aussprache einer individuellen Zuweisung von Verantwortung für schlechte Unternehmensführung befürwortet, um eine schnellere Behandlung von Schadensersatzansprüchen gegen Unternehmensführer zu ermöglichen⁶¹⁶, befürchten andere Autoren eine Vermengung der Verantwortlichkeit (*verantwoordelijkheid*) des gesellschaftsrechtlichen Organs und der individuellen Haftung (*aansprakelijkheid*) seiner Mitglieder.⁶¹⁷

2. Empirische Belege für den Erfolg

⁶¹⁰ Für die Einführung eines Sonderprüfungsrecht im GmbH-Recht wurde in Deutschland lange Zeit kein Bedürfnis gesehen, vgl. Ausschuß zum Entwurf von 1977, BT-Drucks. 8/3908, 76 zu §§ 51 c RegE 1977; *Immenga*, BB 1977, 957, 961.

⁶¹¹ *Gernoth/Meinema*, RIW 2000, 848.

⁶¹² HR 10.1.1990, NJ 1990, Nr. 466 (OGEM).

⁶¹³ *Gernoth/Meinema*, a.a.O.

⁶¹⁴ *Gernoth/Meinema*, a.a.O.; vgl. dazu: *De Witt/Wijnen*, Bewijsvoering, 95 ff.

⁶¹⁵ *Willems*, Stellungnahme in dem Beitrag „Ondernemingskamer: gerechtelijk toevluchtsoord voor aandeelhouders“, in: *Holland Lawyer Juni 2002*.

⁶¹⁶ *Offermans*, Lezing prof. mr. A.F.M. Dorresteijn; *Dorresteijn*, 25 jaar Ondernemingskamer, S. 57.

⁶¹⁷ *Den Boogert*, betekenis van de rechtspraak van de OK, 122; *Maeijer/De Witt Wijnen*, Rechtspleging in het ondernemingsrecht, verslag van discussie, 206 f.; vgl. zu den Begriffen und zu dem Themenkomplex: *Joosten*, Enquête: Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van functionarissen, in: *de Ondernemingskamer*, S. 27-29.

Im *Niederländischen Juristenblad* (NJ) wurde bis einschließlich 1991 jedes Jahr eine statistische Übersicht der Enquêteverfahren veröffentlicht. Diese wird - leicht verkürzt - für die Zeit von 1971-1991 wiedergegeben:

Jahr	Enquête- anträge	Davon: Abgewie- sen/ zuge- sprochen	Anträge auf Maß- nahmen	davon: abgewie- sen/ zuge- sprochen
1971 – 1975	22	4 / 8	3	1 / 1
1976	3	1 / 2	2	0 / 1
1977	6	0 / 2	-	-
1978	8	0 / 4	-	-
1979	5	1 / 3	3	0 / 2
1980	6	1 / 4	3	0 / 1
1981	9	1 / 7	-	0 / 2
1982	5	0 / 2	4	0 / 3
1983	8	1 / 6	2	1 / 1
1984	8	1 / 5	2	1 / 0
1985	9	0 / 4	2	0 / 2
1986	6	0 / 4	3	0 / 2
1987	10	1 / 5	7	0 / 5
1988	11	0 / 7	3	0 / 3
1989	6	4 / 3	5	1 / 0
1990	4	1 / 1	2	-
1991	13	1 / 9	-	-
Total	139	17 / 76	41	4 / 23

Die Verfahren bezogen sich überwiegend auf B.V.'s, nur in wenigen, aber erheblichen Fällen auf AktG.⁶¹⁸ Auffallend ist die große Anzahl von Antragsrücknahmen, sowohl was die Enquêteanträge (46 von 139), als

⁶¹⁸ OK 23. Dezember 1983, NJ 1985, 383 (OGEM); OK 7. Januar 1988, NJ 1989, 827 (Breevast); OK 10. Januar 1990, NJ 1990, 466 (OGEM).

auch was die Maßnahmenanträge (14 von 41) betrifft. In vielen Fällen ist der Konkurs der Gesellschaft Grund für die Rücknahme gewesen.⁶¹⁹ 80 % aller Enquêteverfahren sollen dabei von Anteilseignern eingeleitet worden sein. In nur wenigen Fällen soll die Grenze von EUR 225.000 ein Enquêteverfahren ermöglicht haben.⁶²⁰ In mehr als der Hälfte der Fälle waren dabei Anteilseigner einer Gesellschaft mit einer 50/50 Verteilung der Anteile Antragsteller. In all diesen Fällen hat die Unternehmenskammer die Gefahr einer schlechten Unternehmensführung bejaht und in der Hälfte dieser Fälle auch vorläufige Maßnahmen getroffen. In der anderen Hälfte ist es zu Vergleichen gekommen.⁶²¹

Zwischen 1971 und 2001 gab es etwa 260 Enquêteanträge. In 205 Fällen sah die OK „gegronde redenen“ für Zweifel an einer ordnungsgemäßen Unternehmensführung als gegeben an.⁶²² Zwischen 1997 und 2001 wurden überdies in 60 Fällen einstweilige Maßnahmen angeordnet. In etwa 20 dieser 60 Fälle wurde die Entscheidung über einstweilige Maßnahmen mit der Entscheidung gekoppelt, dass „gegronde redenen“ im genannten Sinne bestehen. In weiteren 14 Fällen wurde diese Entscheidung erst in einem späteren Verfahrensstadium gefällt. In den übrigen 26 Fällen entschied das Gericht nach der Gewährung einstweiliger Maßnahmen, dass keine „gegronde redenen“ bestünden.⁶²³

KAPITEL 4: THESEN

I. Harmonisierung der Sonderprüfungsrechte auf europäischer Ebene

Die von Art. 54 Abs. 2 lit. g) EGV vorgesehene Koordinierung der Schutzbestimmungen im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter wurde

⁶¹⁹ Vgl. dazu: *Boukema* in: Rechtspersonen § 2 Ziffer 3.

⁶²⁰ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 346 Anm. 2.

⁶²¹ *Boukema* in: Rechtspersonen Art. 346 Anm. 2.

⁶²² *Timmerman/Doorman* in: Rights of minority shareholders, S. 54 m.w.N.

⁶²³ *Ders.*, a.a.O., S. 54/55.

durch die sogenannte Publizitätsrichtlinie⁶²⁴ eingeleitet. An diese schlossen sich weitere Richtlinien an, die sich aber ebenfalls nicht unmittelbar mit dem Instrument „Sonderprüfungsrecht“ befassen, so z.B. die Fusionsrichtlinie,⁶²⁵ die Strukturrichtlinie⁶²⁶ oder die Einpersonengesellschaftsrichtlinie.⁶²⁷ Darüber hinaus sind jedoch weitere Richtlinien im Bereich des Gesellschaftsrechts zur Angleichung der Rechtsordnungen insbesondere im Bereich des Minderheitenschutzes erforderlich.

II. Gründe für die Harmonisierung

Während in einigen Mitgliedsstaaten der EU sehr weitreichende Kontrollbefugnisse der Minderheit vorgesehen sind, kennen andere nur Informationsrechte ohne damit verbundenen Maßnahmenkatalog. Eine grenzüberschreitende Beteiligung ist aufgrund der divergierenden Rechtslage in den europäischen Mitgliedsstaaten mit schwer einzuschätzenden Risiken verbunden. Die Feststellung, wie weit der Minderheitenschutz im einzelnen führt, ist daher mit erheblichem Nachforschungsaufwand verbunden, was zu Investitionshemmnissen führt. Potentielle Anteilseigner oder Gesellschafter zögern aus Furcht vor einer Übermacht der Mehrheit, da die Kontroll- und Einflussmöglichkeiten in zu geringem Maße taxierbar sind. Um dem entgegenzuwirken, ist eine Vereinheitlichung der nationalen Rechtsordnungen im Hinblick auf eine Koordinierung des Minderheitenschutzes erforderlich. Gerade das Sonderprüfungsrecht sollte als probates Instrument für eine effektive Kontrolle der Unternehmensführung und der Mehrheitsaktionäre harmonisiert werden.

⁶²⁴ ABIEG 1968, L 65/8.

⁶²⁵ Vgl. „Dritte gesellschaftsrechtliche Richtlinie betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften“ (78/855/EWG) v. 9.10.1978, ABIEG L 295 v. 20.10.1978.

⁶²⁶ „Fünfte gesellschaftsrechtliche Richtlinie über die Struktur der Aktiengesellschaft“, ABIEG C240 v. 9.9.1983, S. 2.

⁶²⁷ „Zwölfte gesellschaftsrechtliche Richtlinie des Rates betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter“ ABIEG L 395 v. 30.12.1989, S. 40.

III. Ausgangsposition

Die Ausgangsposition dafür ist recht günstig, denn bei aller Unterschiedlichkeit der Regelungen in den nationalen Rechtsordnungen wird doch allerorts die Erforderlichkeit einer Kontrolle der Mehrheit und der Unternehmensführung durch die Minderheit gesehen. Die bestehende Gesetzgebung in den Mitgliedsländern belegt, dass gemeinsame Grundstrukturen bereits bestehen.⁶²⁸ Lediglich die Ausprägung des Kontrollinstruments und der Untersuchungsgegenstand (Einzelprüfung von spezifischen Geschäfts-führungsvorgängen einerseits und Prüfung der gesamten Unternehmensführung andererseits; Ausdehnung auf nicht börsennotierte juristische Personen)⁶²⁹ unterscheiden sich in erheblichem Maße. Eine Ausdehnung des Sonderprüfungsrechts auf die Minderheitsgesellschafter der GmbH nach dem Vorbild Frankreichs, Englands und der Niederlande ist anzustreben.⁶³⁰ Die dortigen Erfahrungen werden im Schrifttum durchweg positiv beurteilt.⁶³¹

Gelänge es, die Mitgliedstaaten der EU davon zu überzeugen, dass es schlagkräftiger Minderheitsrechte⁶³² und weitreichender richterlicher Befugnisse bedarf, um die erwünschten Effekte (homogenere Verteilung der Macht in den Unternehmen / Wiederherstellung des oft defekten Systems gegenseitiger Kontrolle / Insolvenzprophylaxe / Ermöglichung von Haftungsprozessen gegen Unternehmensführer / Erzwingung einer besseren Informationspolitik von Publikumsgesellschaften / Abbau von Investitionshemmnissen / Stärkung der Arbeitnehmerrechte) herbeizuführen, befände man sich nahe an einer Akzeptanz eines Sonderprüfungsrechts nach dem Vorbild des niederländischen Enquêterechts.

IV. Auswirkungen auf Investoren

⁶²⁸ *Fleischer*, RIW 2000, 815 mit Verweis auf die Rechtslage in Deutschland, Frankreich, England, den Niederlanden und der Schweiz.

⁶²⁹ Vgl. dazu: *Fleischer*, RIW 2000, 816 m.w.N.; *ders.*, GmbHR 2001, 45 ff.

⁶³⁰ Ebenso: *Fleischer*, GmbHR 2001, 51 ff. m.w.N.; *ders.*, RIW 2000, 816.

⁶³¹ *Fleischer*, RIW 2000, 815 m.w.N.

⁶³² Ebenso: *Fleischer*, RIW 2000, 816.

Die damit erfolgende Harmonisierung des europäischen Rechts der Sonderprüfung würde es einem Investor vor Eintritt in eine ausländische Gesellschaft ermöglichen, die Rechtslage hinsichtlich der gegenseitigen Kontrollmöglichkeiten ohne erheblichen Aufwand einzuschätzen. Eine einheitliche Regelung würde damit zu mehr Transparenz im Gesellschaftsrecht hinsichtlich der Rechte und Pflichten des einzelnen Gesellschafters führen.

V. Auswirkungen auf Arbeitnehmer

Einheitliche Kriterien, Rechte und Pflichten in diesem Bereich sind jedoch nicht nur für die (potentiellen) Gesellschafter von großem Interesse. Darüber hinaus ist eine Angleichung der Standards auch für das wirtschaftliche und soziale Zusammenwachsen der Mitgliedsstaaten von Bedeutung. Durch Ausschluss einer alleinigen Kontrolle der Gesellschaft durch die Mehrheit wird nicht nur die direkt beteiligte Minderheit, sondern auch die Gruppe der Arbeitnehmer mit einbezogen. Auf diese Weise wird eine umfassende Überprüfung nicht nur hinsichtlich wirtschaftlicher Aspekte, sondern auch im Hinblick auf die sozialen Folgen der Unternehmensführung gewährleistet. Eine wirksame Kontrolle der Unternehmensführung ist jedoch für Gesellschafter und außenstehende Arbeitnehmervertretungen nur möglich, sofern sie die entsprechenden Informationen erhalten können. Dies ist im Rahmen der allgemeinen Informations- und Auskunftsrechte aber nur in eingeschränktem Maße möglich, sofern nationale Rechtsordnungen solche Rechte überhaupt vorsehen. Es besteht deshalb immer die Gefahr einer Verzögerung der Auskunftserteilung oder des Verschweigens konfliktbelasteter Vorgänge. Selbst wenn sich die Unternehmensführung kooperativ zeigt, fehlt es dem zweifelnden Minderheitsgesellschafter oftmals an den nötigen juristischen und ökonomischen Kenntnissen, so dass eine effektive Prüfung nur schwer möglich ist. Um eine im Interesse aller Beteiligten wirksame Kontrolle zu gewährleisten, ist deshalb der Einsatz unabhängiger Experten erforderlich. Nur diese sind in der Lage, die Unternehmensführung in vollem Umfang zu überprüfen und so die

erforderlichen Informationen hinsichtlich der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens zu verschaffen. Ihnen ist es darüber hinaus möglich, Einblick in die wirtschaftlichen Interessen und Ziele der involvierten Gruppen zu verschaffen. Ohne diese umfassende Offenlegung wäre der Minderheit eine wirksame Ausübung ihrer Rechte gegen eine nicht ordnungsgemäß handelnde Mehrheit wohl nur theoretisch möglich. Eine Inanspruchnahme der Verantwortlichen würde aus Gründen fehlenden Beweismaterials zum Scheitern verurteilt. Durch diese Kontrollmöglichkeit wird auch die besondere rechtliche und tatsächliche Stellung der Arbeitnehmerschaft berücksichtigt. Diese soll sich nicht ohne jegliche Möglichkeit einer Gegenwehr einer fehlerhaften Unternehmensführung unterwerfen müssen.

VI. 10-Punkte Liste für ein Europäisches Sonderprüfungsrecht

Aus den niederländischen Erfahrungen mit dem Enquêterechts läßt sich entnehmen, dass für den Erfolg des Instruments in der Praxis die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein sollten:

1. Grundsätzliche Kostentragung durch das zu prüfende Unternehmen (Mißbrauchsschutz durch Möglichkeit der Kostenaufbürdung auf Antragsteller bei evidentem Mißbrauch des Antragsrechts)
2. Niedriges Quorum für Minderheitsaktionäre / Antragsberechtigung von Staatsanwaltschaft und Gewerkschaften
3. Ermöglichung einer weiten Umschreibung des Untersuchungsgegenstands
4. Ausweitung des Instruments auf nicht-börsennotierte Unternehmen und andere korporative Rechtssubjekte

5. Besetzung des Entscheidungsorgans mit anerkannten Fachleuten aus der Praxis
6. Gewährleistung der Neutralität und Sachkunde der Sonderprüfer
7. Weitreichende Handlungskompetenzen des Entscheidungsorgans (Anordnung und Durchführung von Maßnahmen)
8. Kompetenz zum Erlass einstweiliger Maßnahmen in einem Eilverfahren
9. Keine Eröffnung einer zweiten Tatsacheninstanz
10. Veröffentlichung des Untersuchungsberichts

Die Durchführung der Vorschriften des entsprechenden Rechtsakts über das „europäische Sonderprüfungsrecht“ sollte alle fünf Jahre nach dem Inkrafttreten überprüft werden. Es bleibt abzuwarten, ob sich auf europäischer Ebene ein derart übergreifender Konsens hin zu einer effizienteren Corporate Governance wird erreichen lassen. Nachstehend soll ein Vorschlag unterbreitet werden, der als Diskussionsgrundlage für ein Gesetzgebungsvorhaben auf europäischer Ebene dienen könnte.

VII. Richtlinienvorschlag für ein allgemeines Sonderprüfungsrecht

Am 04.11.2002 hat eine von dem Niederländer *Jaap Winter* geleitete Gruppe von Gesellschaftsrechtsexperten, die Kommissar Bolkestein eingesetzt hatte, ihren Bericht „A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe“⁶³³ vorgelegt.⁶³⁴ In diesem Bericht empfiehlt die nach ihrem Vorsitzenden sogenannte *Winter-Gruppe*, in einer Rahmen-Richtlinie ein Sonderprüfungsrecht für Aktionäre zu regeln, die über 5 % oder 10 % der Aktien verfügen; das Sonderprüfungsrecht soll sich auch auf verbundene Unternehmen erstrecken. Die Regelung der Details soll den Einzelstaaten vorbehalten bleiben.⁶³⁵ Die dortigen Vorschläge sind nicht sehr weitreichend, so dass *Baums* die Auffassung vertritt, dass das deutsche Recht den erwähnten Anforderungen bereits genügt.⁶³⁶ Sowohl der Deutsche Juristentag 2000⁶³⁷, als auch die Regierungskommission Corporate Governance⁶³⁸ haben jedoch eine Reform des gegenwärtigen Rechts empfohlen.

Anders als die *Winter-Gruppe*⁶³⁹ sehen andere Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts keinen zwingenden Bedarf für eine Harmonisierung des europäischen Gesellschaftsrechts im Bereich Corporate Governance, da sinnvolle Diversität und Wettbewerb verschiedener Systeme auch in einem zusammenwachsenden Europa als förderungswertes Ziel beachtet werden sollten.⁶⁴⁰

⁶³³ Report of the *High Level Group of Company Law Experts* on A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, 2002 (http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/consult/consult_en.doc).

⁶³⁴ *Baums*, Die Corporate Governance-Empfehlungen des Winter II-Papiers aus deutscher Perspektive, S. 1.

⁶³⁵ Report of the *High Level Group of Company Law Experts* on A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, 2002, S. 11, 57 f. (http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/consult/consult_en.doc).

⁶³⁶ *Baums*, Die Corporate Governance-Empfehlungen des Winter II-Papiers aus deutscher Perspektive, S. 5.

⁶³⁷ Verhandlungen des 63. DJT, Bd. II/2, 2001, S. O 229.

⁶³⁸ RegKomm. Corporate Governance, Bericht, Rz. 144.

⁶³⁹ Report of the *High Level Group of Company Law Experts* on A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, 2002, S. 72. (http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/consult/consult_en.doc).

⁶⁴⁰ Vgl. etwa *Baums*, Die Corporate Governance-Empfehlungen des Winter II-Papiers aus deutscher Perspektive, S. 11.

Nachstehender Entwurf beinhaltet eine umfassende Regelung des europäischen Sonderprüfungsrechts für Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

DER RAT DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN⁶⁴¹

Gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere Art. 54

auf Vorschlag der Kommission,⁶⁴²

nach Stellungnahme des europäischen Parlaments,

nach Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses,⁶⁴³

in Erwägung nachstehender Gründe:

Die von Art. 54 Abs. 2 lit. g) EGV vorgesehene Koordinierung der Schutzbestimmungen im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter wurde durch die sogenannte Publizitätsrichtlinie⁶⁴⁴ eingeleitet. An diese schlossen sich weitere Richtlinien an, die sich jedoch größtenteils auf das Aktienrecht beschränkten, so z.B. die Fusionsrichtlinie,⁶⁴⁵ die Strukturrichtlinie⁶⁴⁶ oder die Einpersonengesellschaftsrichtlinie.⁶⁴⁷

Darüber hinaus sind weitere Richtlinien im Bereich des Gesellschaftsrechts zur weiteren Angleichung der Rechtsordnungen insbesondere im Bereich des Minderheitenschutzes erforderlich. Eine

⁶⁴¹ Vgl. Art. 54 II EGV.

⁶⁴² Vgl. Art. 189b II EGV.

⁶⁴³ Vgl. Art. 54 II EGV.

⁶⁴⁴ ABl.1968, L65/8.

⁶⁴⁵ Vgl. „Dritte gesellschaftsrechtliche Richtlinie betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften (78/855/EWG) v. 9.10.1978, ABl. Nr. L 295 v. 20.10.1978.

⁶⁴⁶ „Fünfte gesellschaftsrechtliche Richtlinie über die Struktur der Aktiengesellschaft“, ABIEG Nr. C240 v. 9.9.1983 S. 2.

grenzüberschreitende Beteiligung ist gerade aufgrund der unterschiedlichen Rechtsordnungen und Verwaltungspraktiken mit nur schwer nachvollziehbaren Risiken verbunden.

Während in einigen Mitgliedsstaaten sehr weitreichende Kontrollbefugnisse vorgesehen sind, kennen andere nur vereinzelte Fragerechte. Die Feststellung, wie weit der Minderheitenschutz im einzelnen führt, ist daher in den meisten Fällen mit einem erheblichen Nachforschungsaufwand verbunden und führt so zu einer Hemmung der aktuellen Entwicklungen auf der Gesellschaftsebene. Potentielle Anteilseigner oder Gesellschafter schrecken aus Angst vor einer Übermacht der Mehrheit zurück, die nur schwer bzw. aufgrund unübersichtlicher Regelungen und in unterschiedlichem Ausmaß kontrollierbar scheint.

Um dem entgegenzuwirken ist eine Vereinheitlichung der nationalen Rechtsordnungen erforderlich, wobei auch die Koordinierung des Minderheitenschutzes, insbesondere aber auch des Sonderprüfungsrechtes Berücksichtigung finden muss. Nur so ist es einem Investor vor Eintritt in eine ausländische Gesellschaft möglich abzuschätzen, welche Befugnisse seine Mitgesellschafter gegen ihn haben werden bzw. welche Rechte er gegenüber der Gesellschaft und der dort herrschenden Mehrheit zur Verfügung hat. Eine einheitliche Regelung würde so zu mehr Transparenz im Gesellschaftsrecht hinsichtlich der zu erwartenden Rechte und Pflichten des einzelnen Gesellschafters beitragen.

Einheitliche Kriterien, Rechte und Pflichten in diesem Bereich sind jedoch nicht nur für die (potentiellen) Gesellschafter von besonderem Interesse. Darüber hinaus ist eine Angleichung der Standards auch für das wirtschaftliche wie soziale Zusammenwachsen der Mitgliedsstaaten von großer Bedeutung. Durch Ausschluss einer alleinigen Kontrolle der

⁶⁴⁷ „Zwölfte gesellschaftsrechtliche Richtlinie des Rates betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter“ ABIEG L 395 v. 30.12.1989, S. 40.

Gesellschaft durch die Mehrheit wird nicht nur die direkt beteiligte Minderheit, sondern auch die Gruppe der Arbeitnehmer mit einbezogen. Auf diese Weise wird eine umfassende Überprüfung nicht nur hinsichtlich wirtschaftlicher Aspekte, sondern auch im Hinblick auf die sozialen Folgen der Unternehmensführung gewährleistet.

Eine wirksame Kontrolle der Unternehmensführung, die in der Regel mit den Interessen der Mehrheit übereinstimmt, ist jedoch für Gesellschafter oder die außenstehenden Arbeitnehmervvertretungen nur möglich, sofern sie die entsprechenden Informationen erhalten können. Dies ist im Rahmen der allgemeinen Informations- und Auskunftsrechte aber nur im eingeschränkten Maße möglich, sofern diese überhaupt in den nationalen Rechtsordnungen vorgesehen sind. Es besteht die latente Gefahr einer Verzögerung der Auskunftserteilung oder des Verschweigens der wahren Vorgänge.

Selbst wenn sich die Gesellschaft bzw. die Unternehmensführung kooperativ zeigt, fehlt es dem zweifelnden Minderheitsgesellschafter aber oftmals an den nötigen rechtlichen wie wirtschaftlichen Hintergründen, so dass eine umfassende Prüfung nur schwer möglich ist. Um eine im Interesse aller Beteiligten effektive Kontrolle zu gewährleisten, ist der Einsatz unabhängiger Experten zwingend erforderlich. Nur diese sind in der Lage, die Unternehmensführung in vollem Umfang zu überprüfen und so die erforderlichen Kenntnisse hinsichtlich der Situation des Unternehmens und der dieses beherrschenden wirtschaftlichen Interessen und Ziele zu verschaffen.

Ohne diese umfassende Offenlegung wäre einerseits der Minderheit eine wirksame Ausübung ihrer Rechte gegen eine nicht ordnungsgemäß handelnden Mehrheit nur schwer möglich und die Verantwortlichen könnten kaum in Anspruch genommen werden. Andererseits wird gerade durch diese Kontrollmöglichkeit auch die besondere rechtliche und tatsächliche Stellung der Arbeitnehmer berücksichtigt, die sich nicht

ohne jegliche Gegenwehr der möglicherweise nicht ordnungsgemäße Unternehmensführung unterwerfen sollen.

Aufgrund der unterschiedlichen Ausprägungen schlechter Unternehmensführung bzw. einer Benachteiligung von einzelnen Gesellschaftern kann keine abschließende Regelung getroffen werden. Vielmehr muss im Rahmen der Generalklausel den entscheidenden Unternehmenskammern ein entsprechender Ermessensspielraum eröffnet werden, der die Berücksichtigung aller erdenkbaren Formen ermöglicht.

Eine Auslegung des Begriffes der schlechten Unternehmensführung sollte aber immer im Hinblick auf die Kriterien in den anderen Mitgliedsstaaten erfolgen.

Die Durchführung der Vorschriften dieser Richtlinie über die allgemeine Sonderprüfung ist fünf Jahre nachdem die Vorschriften dieser Richtlinie anzuwenden sind zu überprüfen. Die Überprüfung erstreckt sich auch darauf, ob und wie weit eine weitere Angleichung auf diesem Gebiet notwendig ist.

Art. 1 [Definitionen]

(1) Die durch diese Richtlinie vorgeschriebenen Koordinierungsmaßnahmen gelten für jedes den Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten unterliegende Unternehmen.

(2) Der Begriff „Gesellschaft“ bezeichnet im folgenden die vorstehend aufgeführten Rechtsformen.

Art. 2 [Pflichten der Mitgliedsstaaten]

(1) Die Mitgliedstaaten ändern innerhalb einer Frist von vierundzwanzig Monaten nach der Bekanntgabe der Richtlinie ihre Rechts- und Verwaltungsvorschriften insoweit, als dies zur Anpassung an die

Bestimmungen dieser Richtlinie erforderlich ist und setzen die Kommission hiervon in Kenntnis.

(2) Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission den Wortlaut der Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts mit, die sie auf dem von dieser Richtlinie erfassten Gebiet erlassen.

Art. 3 [Allgemeines Sonderprüfungsrecht]

(1) Auf Antrag kann die bei den Obergerichten der Mitgliedsstaaten einzurichtende Unternehmenskammer eine Untersuchung über die Führung und den Geschäftsbetrieb einer Gesellschaft einleiten, wenn der begründete Verdacht besteht, dass die elementaren Grundsätze ordnungsgemäßen und verantwortlichen Unternehmertums verletzt werden. Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn

a) wesentliche Rechtspflichten, die für das Funktionieren der Gesellschaft als Rechtsperson entscheidend sind, nicht beachtet werden

b) allgemein anerkannte betriebswirtschaftliche Grundsätze verletzt werden

(2) Vor der Entscheidung ist der Gesellschaft ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Das Gericht muß jedoch spätestens 3 Monate nach Zugang des Antrags bei der Gesellschaft über den Untersuchungsantrag entscheiden, es sei denn, der Antragsteller erklärt sich mit einer längeren Frist einverstanden.

Art. 4 [Antragsberechtigung]

(1) Zur Stellung eines in Art. 3 bezeichneten allgemeinen Sonderprüfungsantrages sind berechtigt:

a) ein oder mehrere Anteilseigner, die zusammen wenigstens

10 % des gezeichneten Kapitals vertreten

b) die Vertretung der Arbeitnehmerschaft in der Gesellschaft

c) diejenigen, denen in der Satzung das Recht hierzu eingeräumt wurde

(2) Bei öffentlichem Interesse an einer allgemeinen Sonderprüfung der Gesellschaft ist auch die Staatsanwaltschaft antragsberechtigt.

Art. 5 [Sonderprüfer]

(1) Bestimmt die Unternehmenskammer die Einleitung eines Untersuchungsverfahrens, beauftragt es einen oder mehrere Sonderprüfer mit der Erstellung eines Gutachtens.

(2) Dem Sonderprüfer steht das Recht zur Einsichtnahme in alle Bücher, Schriftstücke und Datenträger der zu untersuchenden juristischen Person zu. Auf seinen Antrag hin kann, wenn dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Aufgabe erforderlich ist, die Unternehmenskammer ihn auch ermächtigen, sein Einsichtsrecht auch auf verbundene juristische Personen auszudehnen.

(3) Für die Untersuchungstätigkeit gelten im Übrigen die strafrechtlichen Verfahrensvorschriften des Mitgliedslandes, in dem die Untersuchung stattfindet.

Art. 6 [Kosten]

(1) Die Unternehmenskammer kann für die Kosten des Gutachtens einen Vorschuss sowie eine Sicherheitsleistung durch den Antragsteller oder durch die Gesellschaft anordnen. Über die Verteilung von Kosten und Sicherheitsleistung entscheidet die Unternehmenskammer unter Berücksichtigung des bisherigen Vorbringens nach freiem Ermessen.

(2) Nach Beendigung der Begutachtung entscheidet die Unternehmenskammer auf Vorschlag des Gutachters unter Beachtung

des Ergebnisses des Gutachtens und dem vorangegangenen Verhalten der Parteien über die Erstattung der Kosten.

Art. 7 [Maßnahmen]

(1) Ergibt sich aus dem Sonderprüfungsbericht, dass die Gesellschaft die elementaren Grundsätze ordnungsgemäßen und verantwortlichen Unternehmertums verletzt, erlässt die Unternehmenskammer auf Antrag die erforderlichen Maßnahmen.

(2) Sie kann insbesondere anordnen:

a) die Aussetzung oder Aufhebung eines Beschlusses der Vorstandsmitglieder, der Aufsichtsratsmitglieder, der Hauptversammlung oder eines anderen Organs der Gesellschaft

b) die Suspendierung oder Entlassung eines oder mehrerer Vorstandsmitglieder oder Aufsichtsratsmitglieder oder deren zeitweilige Einstellung

c) eine vorläufige Abweichung von der Satzung der Gesellschaft

d) eine vorläufige Übertragung von Anteilen auf einen Treuhänder

e) die Auflösung der Gesellschaft

(3) In jedem Stadium des Verfahrens kann die Unternehmenskammer, falls eine sofortige Maßnahme erforderlich ist, auf Antrag die in vorstehendem Absatz unter a) bis d) genannten Maßnahmen als vorläufige Maßnahmen anordnen.

Art. 8 [Schadensersatz]

(1) Lehnt die Unternehmenskammer einen Antrag auf Einleitung einer allgemeinen Sonderprüfung ab und lag kein vernünftiger Grund für den Antrag vor, so kann die Gesellschaft von dem Antragsteller Ersatz des Schadens verlangen, welcher ihr durch den Antrag entstanden ist.

(2) Ordnet die Unternehmenskammer die Einleitung einer allgemeinen Sonderprüfung an und ergibt diese, dass die Gesellschaft die elementaren Grundsätze ordnungsgemäßen und verantwortlichen Unternehmertums nicht verletzt hat und lag kein vernünftiger Grund für den Antrag vor, so kann die Gesellschaft von dem Antragsteller Ersatz des Schadens verlangen, welcher ihr durch den Antrag entstanden ist.

VIII. Vorschlag für eine Änderung des GmbHG

Der Gedanke des Schutzes von Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern gilt für die GmbH ebenso wie für die AG. Bislang haben Minderheitsgesellschafter und Arbeitnehmervertreter im GmbH-Recht keine dem niederländischen Enquêterecht entsprechende Möglichkeit, eine umfassende Überprüfung der Unternehmensführung oder des Verhaltens von Mehrheitsgesellschaftern zu erwirken.

Systematisch wäre es denkbar, einen neuen § 50 a oder § 51 c GmbHG einzuführen.

Dieser könnte folgenden Wortlaut haben:

(1) Gesellschafter, deren Geschäftsanteile allein oder zusammen mindestens den zehnten Teil des Stammkapitals entsprechen oder so viele Gesellschafter, wie zusammen zur Abgabe von mindestens einem Zehntel der Stimmen in der Gesellschafterversammlung entsprechen oder so viel weniger, wie die Satzung bestimmt, berechtigt sind, können unter Angabe des Grundes einen Antrag auf Durchführung einer Sonderprüfung zu stellen.² Eine Vereinigung von Arbeitnehmern, die im

Unternehmen beschäftigte Personen zu ihren Mitgliedern zählt und mindestens seit zwei Jahren volle Rechtsfähigkeit besitzt, ist dann ebenfalls zur Antragstellung berechtigt, wenn ihr Satzungszweck den Schutz von Arbeitnehmerinteressen vorsieht und die Vereinigung in dem Wirtschaftszweig tätig ist, dem das Unternehmen zuzurechnen ist.³ Durch Satzung oder Vertrag kann auch anderen Personen das Antragsrecht zugebilligt werden.⁴ Bei öffentlichem Interesse an einer allgemeinen Sonderprüfung der Gesellschaft ist auch die Staatsanwaltschaft antragsberechtigt.

(2)¹ Auf Antrag kann das am Sitz des Unternehmens zuständige Oberlandesgericht eine Untersuchung über die Führung und den Geschäftsbetrieb einer Gesellschaft einleiten, wenn der begründete Verdacht besteht, dass durch die dortige Unternehmensleitung die elementaren Grundsätze ordnungsgemäßen und verantwortlichen Unternehmertums verletzt werden.² Das ist insbesondere anzunehmen, wenn

a) wesentliche Rechtspflichten, die für das Funktionieren der Gesellschaft als Rechtsperson entscheidend sind, nicht beachtet werden

oder

b) allgemein anerkannte betriebswirtschaftliche Grundsätze verletzt werden.

(3) Vor der Entscheidung ist der Gesellschaft ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Das Gericht muß jedoch spätestens drei Monate nach Zugang des Antrags bei der Gesellschaft über den Untersuchungsantrag entscheiden, es sei denn, der Antragsteller erklärt sich mit einer längeren Frist einverstanden.

(4) Bestimmt das Oberlandesgericht die Einleitung eines Untersuchungsverfahrens, beauftragt es einen oder mehrere Sonderprüfer mit der Erstellung eines Gutachtens.

(5) Dem Sonderprüfer steht das Recht zur Einsichtnahme in alle Bücher, Schriftstücke und Datenträger der zu untersuchenden juristischen Person zu. Auf seinen Antrag hin kann das Gericht ihn auch ermächtigen, sein Einsichtsrecht auf verbundene juristische Personen auszudehnen, wenn dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Aufgabe erforderlich ist.

(6) Für die Untersuchungstätigkeit gelten im Übrigen die in Wirtschaftsstrafsachen strafverfahrensrechtlichen Vorschriften des Mitgliedsstaates, in dem die Untersuchung stattfindet.

IX. Vorschlag für die Satzung einer GmbH

Solange es noch keine gesetzliche Verankerung des Sonderprüfungsrechts für die Rechtsform der GmbH gibt, könnte eine privatautonome Rechtsschöpfung den wünschenswerten Schutz von Minderheitsgesellschaftern gewährleisten.

Um dieses Ziel zu erreichen, ist die Inkorporierung eines Sonderprüfungsrechts in die Hauptsatzung der GmbH ein gangbarer Weg.

Im Folgenden findet sich ein Vorschlag für die entsprechenden Satzungsartikel.

1. Sonderprüfungsrecht / Antragsberechtigte

Den Gesellschaftern, die mindestens 10 % der Gesellschaftsanteile vertreten, der Vertretung der Arbeitnehmerschaft sowie im Falle der

Einsetzung eines Insolvenzverwalters auch diesem, steht ein Sonderprüfungsrecht im Hinblick auf die Überprüfung der Geschäftsführung und des Verhaltens der Mehrheitsgesellschafter zu.

Das Recht wird in der Gesellschafterversammlung durch Antrag ausgeübt.

2. Beauftragung von Sonderprüfern

Der Antragsteller hat das Recht, auf Kosten der Gesellschaft einen oder mehrere Sonderprüfer mit der Erstellung eines Gutachtens über die ihm vorgelegten Fragen zu beauftragen. Der Fragenkatalog hat sich auf konkrete Fragestellungen und die Geschäftsführungstätigkeit in einem näher bestimmten Zeitraum zu beschränken. Fragen, an deren Beantwortung der Antragsteller evident kein schutzwürdiges Interesse hat, gelten als nicht gestellt.

Dem Sonderprüfer steht das Recht zur Einsichtnahme in alle Bücher, Schriftstücke und Datenträger der Gesellschaft zu.

Für die Untersuchungstätigkeit des Sonderprüfers gelten im Übrigen die Vorschriften der StPO als zivilrechtlich zwischen den Gesellschaftern vereinbart. Die dort Hoheitsträgern zugewiesenen und für den Zweck einer Sonderprüfung unverhältnismäßigen Maßnahmen sind davon ausgenommen. Das gilt insbesondere für erkennungsdienstliche Maßnahmen, Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit, die körperliche Durchsuchung und die Überwachung mit technischen Hilfsmitteln.

Die Sonderprüfung in den Räumlichkeiten der Gesellschaft darf maximal einen Zeitraum von drei Tagen in Anspruch nehmen. Eine vorherige Ankündigung der Anwesenheit des Sonderprüfers ist nicht erforderlich.

3. Gutachten

Der Sonderprüfer erstellt ein schriftliches Gutachten über die ihm zur Beantwortung vorgelegten Fragen und legt dieses innerhalb von drei Monaten nach Antragstellung der Gesellschafterversammlung und dem Antragsteller vor. Die Gesellschafterversammlung durch Gesellschaftsbeschluß mit einfacher Mehrheit und der Antragsteller haben das Recht, innerhalb von einer Woche nach Vorlage des Berichts offengebliebene Fragen an den Sonderprüfer zu stellen, die sich konkret auf die in dem Antrag bezeichneten Mißstände beziehen. Der Sonderprüfer hat ggf. innerhalb eines weiteren Monats seine ergänzenden Ausführungen in beschriebener Art und Weise vorzulegen.

4. Schiedsgerichtliches Verfahren

Ergibt sich nach Ansicht des Antragstellers aus dem ermittelten Sachverhalt, dass von der Unternehmensführung oder einem Mehrheitsgesellschafter Rechtsvorschriften oder der Deutsche Corporate Governance Codex mißachtet wurden und diese Handlung geeignet ist, die rechtlich geschützten Interessen des Antragstellers zu beeinträchtigen, kann dieser innerhalb von zwei Wochen nach Vorlage des Gutachtens ein schiedsrichterliches Verfahren in die Wege leiten, indem er einen geeigneten sachverständigen und unabhängigen Schiedsrichter seiner Wahl benennt.

Die Benennung des Sachverständigen wird der Gesellschafterversammlung auf der nächsten Sitzung mitgeteilt. Daraufhin kann die Gesellschafterversammlung innerhalb von zwei Wochen erklären, dass sie sich dem Urteil des benannten Schiedsrichters unterwirft oder innerhalb von zwei Wochen einen zweiten geeigneten sachverständigen und unabhängigen Schiedsrichter zu benennen.

Mit Zugang dieser Entscheidung bei dem Antragsteller und dem von ihm genannten Schiedsrichter ist das Schiedsgericht wirksam bestellt. Innerhalb von weiteren zwei Wochen gibt das Schiedsgericht dem

Antragsteller (Minderheitsgesellschafter) und dem Antragsgegner (Unternehmensführung und/oder Mehrheitsgesellschafter) nach eigenem billigen Ermessen bekannt, welche der von den im Schiedsrecht aktiven Verbänden ausgearbeiteten schiedsrechtlichen Verfahrensordnungen zur Anwendung gelangt und es trifft die entsprechenden verfahrensleitenden Anordnungen.

Mit Abschluss des Verfahrens vor dem Schiedsgericht gibt dieses seine Entscheidung bekannt. Diese soll innerhalb von vier Wochen nach der letzten Verhandlung zur Sache erfolgen. Ist das Schiedsgericht mit zwei Schiedsrichtern besetzt, muss sich dieses einigen. Gibt das Schiedsgericht endgültig bekannt, dass keine einheitliche Entscheidung gefällt werden kann, bestimmt es kurzfristig einen Oberschiedsrichter, der nach Lage der Akten innerhalb von einem Monat nach seiner Einsetzung eine abschließende Entscheidung trifft.

Die schiedsgerichtliche Entscheidung kann folgende Maßnahmen beinhalten:

- die Aussetzung oder Aufhebung von Gesellschaftsbeschlüssen
- die Suspendierung oder Entlassung eines oder mehrerer Mitglieder der Geschäftsleitung und des Aufsichtsrates oder deren zeitweilige Neueinstellung
- eine vorläufige Abweichung von der Satzung der Gesellschaft mit Ausnahme der Vorschriften über das Sonderprüfungsrecht
- eine vorläufige Übertragung von Anteilen auf einen Treuhänder

Der Zugang zu den staatlichen Gerichten ist den Parteien im Hinblick auf dieses Verfahren verwehrt. Die Entscheidung des Schiedsgerichts ist abschließend und unanfechtbar.

Alle Gesellschafter erklären bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages, dass sie die Entscheidungen und Beschlüsse des Schiedsgerichts als für

sie verbindlich anerkennen und verzichten auf die Anrufung staatlicher Gerichte.