

denen Fall spricht das eigene wirtschaftliche Interesse des Gesellschafter-Geschäftsführers dafür, dass seine Einstandspflicht für die Erfüllung der Verbindlichkeit durch die GmbH (hier: auf- lagengemäße Verwendung des Zuschusses) dem hypothetischen Parteiwillen entsprach.

#### IV. Zusammenfassung

Der für Streitigkeiten über Darlehensverträge zuständige<sup>21</sup> XI. Zivilsenat hat seiner Rechtsprechung auf dem Gebiet der Haftung des Gesellschafter-Geschäftsführers für Finanzierungen „seiner“ GmbH eine weitere Facette hinzugefügt. Für den dogmatisch interessanten und wirtschaftlich relevanten Bereich der Anwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes auf den Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH verbleibt es auch nach diesem Urteil bei der bekannten Rechtsposition des BGH. Im Gegensatz zur haftungsweisen Inanspruchnahme aus der Schuldübernahme im Rahmen von Kreditbeziehungen hat der BGH im Besprechungsurteil die Anwendungsvoraussetzungen des Verbraucherkreditgesetzes allerdings abgelehnt. Die Entscheidung kann damit durchaus als „Notbremse“ vor einer uferlosen Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes (bzw. heute: der §§ 491 – 498 BGB) angesehen werden. Als ein Ergebnis dieser Rechtsprechung ist es hinzunehmen, dass die haftungsweise Inanspruchnahme des schuldbeitretenden Geschäftsführers in Darlehensfällen an den Voraussetzungen des VerbrKrG scheitern

kann, wohingegen die Inanspruchnahme in Zuwendungsfällen nicht an diesen (strengen) Maßstäben gemessen wird. Aus Sicht der hiervon Betroffenen ist der Wertungswiderspruch zu beklagen. Für den Rechtsanwender steht dagegen die klare Begrenzung des Anwendungsbereichs des VerbrKrG im Vordergrund; sie ist zu begrüßen.

Wenn man diese Weichenstellung als richtig akzeptiert, so war die Zulassung der Inhaftungnahme des Gesellschafter-Geschäftsführers im vorliegenden Fall wohl zwangsläufig. Das „Hindernis“ aus dem Bereich des öffentlichen Rechts, das strenge Schriftformerfordernis des § 57 VBVG, hat nach der Auslegung des BGH vorliegend zur Formnichtigkeit geführt. Das von den Parteien bei Vertragschluss gewünschte Ergebnis wurde überzeugend im Wege der Umdeutung erzielt. Ob der Formnichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Schuldbeitritts im Wege der Umdeutung in eine Bürgschaft abgeholfen werden kann, ist jeweils im Einzelfall zu prüfen. Insbesondere in Fällen der Haftungsübernahme durch eine Hausbank – und damit anders gelagerten wirtschaftlichen Interessen – kann die Interessenwertung der Beteiligten einer Umdeutung entgegenstehen.

21... Soweit nicht die (allgemeine) Zuständigkeit des IV. Zivilsenats gegeben ist.

Dr. Sebastian Mock, LL.M. (NYU), Attorney-at-Law (New York), Hamburg

## Die Entdeckung des besonderen Vertreters

– Zugleich Anmerkung zu OLG München, Urteil vom 28. 11. 2007 – 4 U 4498/07, DB 2008 S. 397 –

### I. Einleitung

Die in § 147 Abs. 2 AktG normierte Rechtsfigur des besonderen Vertreters konnte trotz ihrer nunmehr schon über einhundertjährigen Geschichte bisher kaum praktische Bedeutung erlangen<sup>1</sup>. Der historische Gesetzgeber sah in dem besonderen Vertreter zwar ein geeignetes Instrument zur Durchsetzung von Ersatzansprüchen gegen Verwaltungsmitglieder, konzentrierte sich dann in der jüngeren Geschichte aber mehr auf die Schaffung einer direkten Klagemöglichkeit für die Aktionäre bzw. eine Aktionärsminorität und die Erweiterung des Sonderprüfungsrechts<sup>2</sup>. Dieser *Dornröschenschlaf* des besonderen Vertreters wurde nun durch die Auseinandersetzung im Zusammenhang mit der Übernahme der *HypoVereinsbank AG* durch die italienische *UniCredit S.p.A.* schlagartig beendet, indem auf der Hauptversammlung der *HypoVereinsbank AG* im Juni 2007 ein besonderer Vertreter zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen bestellt wurde. Wie sehr die Rechtsfigur des besonderen Vertreters bisher in der Rechtswissenschaft in Vergessenheit geraten ist, zeigt die Fülle von Fragen, die sich in diesem Zusammenhang stellen und bisher von Rechtsprechung und Wissenschaft weitgehend nicht diskutiert wurden. Die Ansichten über die Aufgabe, die Funktion und die Rechte des besonderen Vertreters zwischen diesem und den Verwaltungsorganen der *HypoVereinsbank AG* gingen dabei so weit auseinander, dass diese Fragen zunächst im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes einer Klärung zugeführt werden mussten. Nachdem das LG München I dem Verfügungsantrag des besonderen Vertreters weitgehend stattgegeben hatte<sup>3</sup>, verfolgte das OLG München als Berufungsinstanz einen restriktiveren An-

satz und änderte das Urteil des LG München I mit Einschränkungen für den besonderen Vertreter weitgehend ab<sup>4</sup>.

### II. (Unvollkommene) Regelung des besonderen Vertreters

Die gesetzliche Regelung des besonderen Vertreters beschränkt sich in § 147 Abs. 2 AktG im Wesentlichen auf die Feststellung seiner bloßen Existenz, eine ungefähre Aufgabenbeschreibung in Form der Geltendmachung von Ersatzansprüchen und die Art seiner Bestellung. Eine genaue Definition seiner Stellung, seiner genauen Aufgaben bzw. die Art und Weise deren Erreichung und seiner Rechte erfolgt – etwa im Vergleich zum Sonderprüfer – gerade nicht. Insofern bestand bisher – und besteht wohl noch – nur Einigkeit darüber, dass die Bestellung eines besonderen

Dr. Sebastian Mock ist Habilitand am Seminar für Handels-, Schiffs- und Wirtschaftsrecht der Universität Hamburg.

- 1... Vgl. zur geringen Bedeutung des besonderen Vertreters im deutschen Aktienrecht *Bezenberger*, in: *Großkomm-AktG*, 4. Aufl. 1999, § 147 Rdn. 3, 11; *Mock*, in: *Spindler/Stilz, AktG*, 2007, § 147 Rdn. 2 f.; insofern von einem schlafenden Riesen sprechend *Verhoeven*, ZIP 2008 S. 245.
- 2... Zur historischen Entwicklung vgl. *Mock*, a.a.O. (Fn. 1), § 147 Rdn. 2 f. und § 148 Rdn. 4 ff.
- 3... LG München I, Urteil vom 6. 9. 2007 – 5 HKO 12570/07, NZG 2007 S. 916 = ZIP 2007 S. 1809 = EWIR 2007 S. 611 (*Wising*) = WM 2007 S. 2114.
- 4... OLG München, Urteil vom 28. 11. 2007 – 4 U 4498/07, DB 2008 S. 397 = ZIP 2008 S. 73.

Vertreters dann sinnvoll erscheint, wenn der Vorstand und der Aufsichtsrat infolge fehlender Neutralität, Unabhängigkeit oder sonstigen Gründen nicht die Gewähr für eine tatsächliche Durchsetzung von Ersatzansprüchen bieten<sup>5</sup>. Das Urteil des OLG München zeigt allerdings, dass aus dieser Zielsetzung bzw. Zweckmäßigkeitserwägung allein eine detaillierte Ableitung der Stellung, Aufgaben und Rechte des besonderen Vertreters nicht möglich ist. Hierfür muss vielmehr auf das gesamte Regelungsumfeld des besonderen Vertreters und die allgemeine Systematik des Aktienrechts abgestellt werden. Nur daraus können die Anforderungen für die Bestellung (siehe III.) und die Einsichts-, Auskunfts- und Ermittlungsrechte (siehe IV.) des besonderen Vertreters abgeleitet werden.

### III. Bestellung des besonderen Vertreters durch die Hauptversammlung (§ 147 Abs. 2 Satz 1 AktG)

Für die Bestellung des besonderen Vertreters sieht § 147 Abs. 2 AktG sowohl eine Bestellung durch einen entsprechenden Hauptversammlungsbeschluss (§ 147 Abs. 2 Satz 1 AktG) als auch eine gerichtliche Bestellung auf Antrag einer qualifizierten Aktionärsminorität (§ 147 Abs. 2 Satz 2 AktG) vor.

#### 1. Konkretisierung des anspruchsbegründenden Lebenssachverhaltes

Der besondere Vertreter kann dabei allerdings nur für die in § 147 Abs. 1 AktG genannten Ersatzansprüche bestellt werden. Inwieweit diese Ansprüche bzw. die ihnen zugrunde liegenden Sachverhalte in dem Hauptversammlungsbeschluss zur Bestellung des besonderen Vertreters bereits hinreichend bestimmt sein müssen, wird durch § 147 Abs. 2 AktG allerdings nicht vorgegeben. Diese sind vielmehr anhand des Regelungsziels des § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG in Form einer effektiven Durchsetzung von Ersatzansprüchen durch einen unabhängigen besonderen Vertreter zu bestimmen (siehe II.). Das OLG München hat hierbei insofern richtigerweise angenommen, dass der dem besonderen Vertreter erteilte Auftrag lediglich hinreichend klar und umrissen sein muss, ohne somit an die Bestimmtheit übermäßige Anforderungen zu stellen<sup>6</sup>. Weitergehende Anforderungen an die Bestimmtheit würden gerade erst eine umfassende Ermittlung des jeweiligen Sachverhaltes voraussetzen, was der Hauptversammlung bzw. dem einzelnen Aktionär allerdings nicht möglich ist. Hierzu eignet sich zwar die Sonderprüfung nach §§ 142 ff., 258 ff. AktG, diese ist aber gerade kein Vorprüfungsverfahren für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch den besonderen Vertreter oder etwa für das Klagezulassungsverfahren nach § 148 AktG<sup>7</sup>. Hinsichtlich der Nennung der konkreten Anspruchsschuldner überdehnt das OLG München allerdings die Anforderungen an die Bestimmtheit des Bestellungsbeschlusses, indem es eine namentliche Nennung der jeweiligen Personen – jedenfalls bei den Ansprüchen aus § 117 AktG – fordert<sup>8</sup>. Gerade bei den im Zusammenhang mit § 117 AktG relevanten komplexen gesellschaftsrechtlichen Konzernstrukturmaßnahmen kann eine abschließende Benennung potentieller Anspruchsschuldner aber erst nach einer umfassenden Aufklärung erfolgen. Insofern muss in diesen Fällen die Abgrenzung potentieller Anspruchsschuldner über deren Konzernzugehörigkeit (§§ 15 ff. AktG) bzw. Verwaltungsposition in diesen Gesellschaften bereits als hinreichend bestimmt angesehen werden. Es wäre nicht einsichtig, dass der besondere Vertreter bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen auf eine Inanspruchnahme bestimmter Personen verzichten müsste, nur weil sich deren Verantwortlichkeit für die im Hauptversammlungsbeschluss bestimmten Vorgänge erst im Laufe der Untersuchungen durch den besonderen Vertreter ergeben haben. Zudem erscheint es unnötig formalisiert, wenn das OLG München in diesem Zusammen-

hang aber eine namentliche Nennung wohl für ausreichend erachtet. Außerdem wird durch diese Bestimmtheitserfordernisse auch die eigentliche Geltendmachung der Ersatzansprüche zum Teil vorweggenommen, da bereits in dem Verfahren über die Rechtmäßigkeit der Bestellung des besonderen Vertreters weitgehend erörtert werden muss, inwieweit potentielle Anspruchsschuldner tatsächlich auf die Gesellschaft zu deren Nachteil eingewirkt haben.

Schließlich trägt das OLG München aber in begrüßenswerter Weise der Problematik der Bestimmtheit des Bestellungsbeschlusses durch die Anwendung von § 139 BGB Rechnung<sup>9</sup>. Somit bleibt der Hauptversammlung in jedem Fall die Möglichkeit erhalten, den besonderen Vertreter mit einem möglichst weitgehenden Auftrag auszustatten<sup>10</sup>, ohne dabei die Gefahr der Anfechtbarkeit des Beschlusses mit einer (vollständigen) Nichtigkeitsfolge wegen fehlender Bestimmtheit zu riskieren<sup>11</sup>.

#### 2. Geltendmachung von Konzernansprüchen (§§ 317 f. AktG)

Die in § 147 Abs. 1 AktG genannten Ersatzansprüche der §§ 46 ff., 53, 93, 116, 117 AktG finden zum Teil ihre Entsprechung im Konzernrecht (§§ 309 Abs. 4, 310 Abs. 4, 317 Abs. 4, 318 Abs. 4 AktG). Da diese Vorschriften erst im Zuge des Aktiengesetzes 1965 Einzug in das Aktiengesetz gefunden haben<sup>12</sup>, war bisher in der Literatur umstritten, ob diese ebenfalls von einem verpflichtenden Hauptversammlungsbeschluss nach § 147 Abs. 1 AktG erfasst bzw. durch einen besonderen Vertreter nach § 147 Abs. 2 AktG geltend gemacht werden können<sup>13</sup>. Neben der fehlenden Nennung in § 147 Abs. 1 AktG wurde für einen Ausschluss vor allem auf das in §§ 309 Abs. 4, 317 Abs. 4 AktG vorgesehene Klagerecht des einzelnen Aktionärs abgestellt. Das OLG München hat sich aber überzeugend der bisher schon herrschenden Meinung in der Literatur angeschlossen und verweist insbesondere darauf, dass ein Ausschluss der konzernrechtlichen Ansprüche in § 147 AktG einerseits und die ausdrückliche Erfassung der Ansprüche aus § 117 AktG in § 147 AktG andererseits kaum miteinander zu vereinbaren wäre<sup>14</sup>. Auch das für den Aktionär nach §§ 91 ff. ZPO bei den Klagemöglichkeiten nach §§ 309 Abs. 4, 317 Abs. 4 AktG bestehende Kostenrisiko macht deutlich, dass es sich bei diesem Klagerecht nicht um eine gleichwertige Alternative handelt.

- 5... *Bezenberger*, a.a.O. (Fn. 1), § 147 Rdn. 7; *Hüffer*, AktG, 7. Aufl. 2006, § 147 Rdn. 1; *Mock*, a.a.O. (Fn. 1), § 147 Rdn. 23; *Spindler*, in: *Karsten Schmidt/Lutter*, AktG, 2007, § 147 Rdn. 12.
- 6... OLG München, a.a.O. (Fn. 4), B. I. 1. a), DB 2008 S. 397 (398).
- 7... Vgl. *Mock*, a.a.O. (Fn. 1), § 147 Rdn. 44.
- 8... OLG München, a.a.O. (Fn. 4), B. I. 1. d) (2), DB 2008 S. 397 (399).
- 9... OLG München, a.a.O. (Fn. 4), B. I. 1. d) (2), DB 2008 S. 397 (399).
- 10... In diesem Zusammenhang eine entsprechende salvatorische Klausel empfehlend *Verhoeven*, ZIP 2008 S. 245 (252).
- 11... Zur Anwendbarkeit von § 139 BGB bei der Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen vgl. nur *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 5), § 241 Rdn. 36; *Würthwein*, in: *Spindler/Stitz*, AktG, 2007, § 241 Rdn. 60 ff. jew. m. w. N.
- 12... Für einen historischen Überblick vgl. *Kropff*, in: *FS Bezenberger*, 2000, S. 233 (244).
- 13... Für eine Erfassung vgl. *Altmeyden*, Die Haftung des Managers im Konzern, 1998, S. 47; *Bezenberger*, a.a.O. (Fn. 1), § 147 Rdn. 13; *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 4. Aufl. 2005, § 309 Rdn. 49a; *Hirte*, in: *Großkomm-AktG*, 4. Aufl. 2005, § 309 Rdn. 41; *Kropff*, a.a.O. (Fn. 12), S. 244; *Müller*, *Der Konzern* 2006 S. 725 (728 f.); *Schröer*, in: *MünchKomm-AktG*, 2. Aufl. 2004, § 147 Rdn. 18; a. A. aber *Hüffer*, a.a.O. (Fn. 11), § 309 Rdn. 21; *Koppensteiner*, in: *KölnKomm-AktG*, 3. Aufl. 2004, § 317 Rdn. 35; *Neuhaus*, Die zivilrechtliche Organhaftung des Vorstands einer beherrschten Aktiengesellschaft im so genannten „faktischen Konzern“ und im Vertragskonzern, 1969, S. 106; offen lassend *Karsten Schmidt*, NZG 2005 S. 796 (801).
- 14... OLG München, a.a.O. (Fn. 4), B. I. 1. d) (1), DB 2008 S. 397 (399).

Konsequenterweise lehnt das OLG München auch eine Geltendmachung der konzernrechtlichen Ansprüche der Minderheitsaktionäre durch den besonderen Vertreter ab, da es sich bei diesen nicht um Ansprüche der Gesellschaft handelt<sup>15</sup>. Der besondere Vertreter wird zwar im Interesse des Minderheitenschutzes tätig, allerdings beschränkt sich dies darauf, der Gefahr einer fehlenden Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch die zuständigen Organe aufgrund bestehender Interessenkonflikte zu begegnen. Eine kollektive Durchsetzung von konzernrechtlichen Abfindungsansprüchen durch einen besonderen Vertreter findet gerade nicht statt.

### 3. Stimmverbot wegen Ansprüchen gegen die Verwaltungsmitglieder des Mehrheitsaktionärs

Eine Konsequenz der Einbeziehung von Ersatzansprüchen im Konzernverhältnis ist die Erstreckung des Stimmverbots des § 136 Abs. 1 Satz 1 Alt. 3 AktG für den Mehrheitsaktionär für die Fälle, in denen auch Ansprüche gegen die Verwaltungsmitglieder des Mehrheitsaktionärs geltend gemacht werden<sup>16</sup>. Für das Stimmverbot des § 136 Abs. 1 AktG kann es keinen Unterschied machen, ob der Aktionär selbst durch den jeweiligen Beschlussgegenstand betroffen ist oder ob dieser lediglich Folgen für die Verwaltungsmitglieder des Aktionärs haben wird, da sich der Abstimmende bzw. die Verwaltungsmitglieder als Vertreter in beiden Fällen am Eigen- und nicht am Gesellschaftsinteresse orientieren wird<sup>17</sup>.

### 4. Unbeachtlichkeit möglicher Schadensbeschränkungen

Keine Bedeutung bei der Bestellung eines besonderen Vertreters kann der konkrete Umfang oder die Erfolgsaussichten des jeweiligen Ersatzanspruches haben<sup>18</sup>. Diese Kriterien hat der Gesetzgeber im Rahmen des UMAG lediglich für das Klagezulassungsverfahren nach § 148 AktG eingeführt, ohne sie auch auf die Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch einen verpflichtenden Hauptversammlungsbeschluss nach § 147 Abs. 1 AktG oder durch einen besonderen Vertreter nach § 147 Abs. 2 AktG zu übertragen<sup>19</sup>. Daher kann eine Bestellung eines besonderen Vertreters auch nicht deshalb rechtsmissbräuchlich sein, wenn die Schadenshöhe bei der Bestellung des besonderen Vertreters noch nicht abschließend bestimmbar ist. Insofern hat das OLG München auch überzeugend eine rechtsmissbräuchliche Bestellung wegen eines parallel anhängigen Anfechtungsverfahrens mit Auswirkungen auf die Schadenshöhe nicht angenommen<sup>20</sup>. Dies ergibt sich nicht schon zuletzt daraus, dass es der Gesellschaft nicht zugemutet werden kann, das Anfechtungsverfahren abzuwarten und damit eine Verjährung der Ersatzansprüche zu riskieren.

## IV. Einsichts-, Auskunfts- und Ermittlungsrechte des besonderen Vertreters

Weitaus schwieriger als die Bestimmung der Anforderungen an den Beschluss der Hauptversammlung für die Bestellung des besonderen Vertreters ist die Ermittlung der Einsichts-, Auskunfts- und Ermittlungsrechte des besonderen Vertreters.

### 1. (Keine) Organstellung des besonderen Vertreters

Hinsichtlich der Rechte des besonderen Vertreters verfolgt das OLG München zu Unrecht eine sehr restriktive Linie, die es im Wesentlichen mit einer fehlenden – entgegen der im bisherigen Schrifttum angenommenen<sup>21</sup> – Organstellung des besonderen Vertreters begründet<sup>22</sup>. Nach der Ansicht des OLG München kommt dem besonderen Vertreter lediglich eine Vertretungsbefugnis zu einer prozessualen oder außenprozessualen Durchsetzung der Ersatzansprüche zu. Konsequenterweise schließt das

OLG München daraus, dass eine Geschäftsführungsbefugnis und damit auch ein umfassendes Einsichtsrecht daraus nicht abgeleitet werden kann. Zur Begründung verweist das OLG München schließlich darauf, dass der besondere Vertreter als Organ der Gesellschaft einen Fremdkörper darstellen würde.

Diese Begründung des OLG München kann dabei aber nicht überzeugen<sup>23</sup>. Eine Beschränkung des besonderen Vertreters auf eine bloße Vertretungsbefugnis zu einer prozessualen oder außenprozessualen Durchsetzung der Ersatzansprüche macht eben diese Durchsetzung letztlich unmöglich. Dies wird insbesondere deutlich, wenn man die Möglichkeit der Durchsetzung von Ersatzansprüchen durch den Vorstand bzw. den Aufsichtsrat (§ 112 AktG) betrachtet. Hier ergeben sich die umfassenden Einsichts-, Auskunfts- und Ermittlungsrechte bereits aus deren Organstellung (§§ 76 f. bzw. 111 Abs. 2 AktG). Sobald aber Ansprüche sowohl gegen die Vorstands- als auch die Aufsichtsratsmitglieder im Raum stehen und die Aktiengesellschaft somit sogar weitergehender beeinträchtigt wurde, soll nach der Ansicht des OLG München aber nur noch eine Durchsetzungsmöglichkeit zur Verfügung stehen, bei der eine umfassende Ermittlung der jeweiligen Sachverhalte schon nicht mehr möglich ist. Weniger Schutz bei einer höheren Beeinträchtigungsintensität der Gesellschaft bzw. einem umfassenderen Versagen der (regulären) Organisationsverfassung kann aber nicht gewollt sein und auch nicht der Systematik des Aktienrechts entsprechen.

Zudem ist die Annahme der Möglichkeit der Bestellung eines Vertreters der Gesellschaft durch die Hauptversammlung und nicht die Annahme einer Organstellung des besonderen Vertreters ein Fremdkörper in der Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft. Die Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft ist gerade davon geprägt, dass die Hauptversammlung weder das oberste Organ der Gesellschaft ist, noch die Gesellschaft nach außen rechtsgeschäftlich vertreten kann<sup>24</sup>. Genau dies geschieht aber, wenn es sich bei dem besonderen Vertreter lediglich um einen Vertreter zur prozessualen oder außenprozessualen Durchsetzung der Ersatzansprüche handelt. Die Organstellung des besonderen Vertreters fügt sich hingegen in das organisationsrechtliche Konzept der Aktiengesellschaft ein, indem die Hauptversammlung lediglich die Kompetenz zur Bestellung der Mitglieder eines anderen Prüfungs- und Überwachungsorgans hat (vgl. § 119 Abs. 1

15... OLG München, a.a.O. (Fn. 4), B. I. 1. d) (2), DB 2008 S. 397 (399).

16... OLG München, a.a.O. (Fn. 4), B. I. 1. b), DB 2008 S. 397 (398 f.).

17... Vgl. zum Stimmverbot für den Vertreter des Aktionärs Schröder, a.a.O. (Fn. 13), § 136 Rdn. 27; Willamowski, in: Spindler/Stilz, AktG, 2007, § 136 Rdn. 2.

18... Im Ergebnis ebenso OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 9. 10. 2003 – 20 W 487/02, DB 2004 S. 177 = NZG 2004 S. 95 = AG 2004 S. 104.

19... Vgl. zu diesen Voraussetzungen beim Klagezulassungsverfahren nach § 148 AktG Mock, a.a.O. (Fn. 1), § 148 Rdn. 55; Spindler, a.a.O. (Fn. 5), § 148 Rdn. 21 ff.

20... OLG München, a.a.O. (Fn. 4), B. I. 1. c).

21... Bezenberger, a.a.O. (Fn. 1), § 147 Rdn. 52; Hässemeyer, ZHR 144 (1980) S. 265 (274 f.); Mock, a.a.O. (Fn. 1), § 147 Rdn. 25; Schröder, a.a.O. (Fn. 13), § 147 Rdn. 43; Spindler, a.a.O. (Fn. 5), § 147 Rdn. 21; Verhoeven, ZIP 2008 S. 245 (246); abweichend bisher lediglich Teichmann, in: FS Mühl, 1980, S. 663 (679 f.); wohl auch BGH-Urteil vom 18. 12. 1980 – II ZR 140/79, DB 1981 S. 684 = NJW 1981 S. 1097 (1098) = ZIP 1981 S. 178 = WM 1981 S. 240; offen lassen noch RG, Urteil vom 4. 11. 1913 – Rep. II 297/13, RGZ 83 S. 248.

22... OLG München, a.a.O. (Fn. 4), III. 1. b), DB 2008 S. 397 (401 f.).

23... Ebenso kritisch Verhoeven, ZIP 2008 S. 245 (246 f.).

24... Vgl. zur Stellung der Hauptversammlung im Aktienrecht Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2006, Rdn. 3.218; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 28 IV 1.; zur fehlenden Vertretungsbefugnis der Hauptversammlung vgl. nur Kubis, in: MünchKomm-AktG, 2. Aufl. 2004, § 119 Rdn. 19; Spindler, a.a.O. (Fn. 5), § 118 Rdn. 12.

AktG). Anderenfalls müsste man konsequenterweise auch ein Weisungsrecht der Hauptversammlung gegenüber dem besonderen Vertreter annehmen, was aber der Zielsetzung einer unabhängigen Geltendmachung von Ersatzansprüchen im Interesse der Gesellschaft gerade zuwiderläuft und im Übrigen auch vom OLG München selbst abgelehnt wird<sup>25</sup>.

## 2. Keine Abhängigkeit von der Sonderprüfung

Auch die vom OLG München gezogene Parallele mit der Rechtsfigur des Sonderprüfers kann nicht überzeugen. Das OLG München schließt aus den ausdrücklich in § 145 Abs. 1 bis 3 AktG festgelegten Einsichts-, Auskunfts- und Ermittlungsrechten des Sonderprüfers, dass der besondere Vertreter in seiner Position hinter diesen Rechten zurückbleiben müsste<sup>26</sup>. Dabei geht das OLG München aber von einem Abhängigkeitsverhältnis von Sonderprüfung und dem besonderen Vertreter aus, das in der gesetzlichen Regelung der beiden Rechtsinstitute keine Grundlage findet<sup>27</sup>.

Die Sonderprüfung dient lediglich der Prüfung von Vorgängen bei der Gründung oder der Geschäftsführung (§ 142 Abs. 1 AktG), an deren Ende nur ein Sonderprüferbericht steht (§ 145 Abs. 6 AktG). Unmittelbare Konsequenzen kann die Sonderprüfung für die betroffenen Verwaltungsmitglieder der Gesellschaft oder andere Personen aber nicht haben. Der Sonderprüferbericht schafft lediglich die Grundlage für die Gesellschaft in ihrer Entscheidung, ob die Verwaltungsmitglieder im Zusammenhang mit diesen geprüften Vorgängen in Anspruch genommen oder ob insgesamt personelle Konsequenzen gezogen werden sollen<sup>28</sup>. Die Inanspruchnahme der Verwaltungsmitglieder kann dann entweder durch den Vorstand bzw. den Aufsichtsrat, durch einen besonderen Vertreter nach § 147 Abs. 2 AktG, durch eine qualifizierte Aktionärsminderheit im Rahmen des Klagezulassungsverfahrens nach § 148 AktG oder schließlich durch den Insolvenzverwalter (§ 80 Abs. 1 InsO)<sup>29</sup> erfolgen. Die Sonderprüfung nach den § 142 ff., § 258 ff. AktG indiziert dabei weder ein bestimmtes Vorgehen, noch macht sie dafür irgendwelche Vorgaben.

Daher kann der besondere Vertreter nicht hinter den Einsichts-, Auskunfts- und Ermittlungsrechten eines Sonderprüfers zurückbleiben, da anderenfalls ein besonderer Vertreter immer nur dann bestellt werden könnte, wenn zuvor eine Sonderprüfung stattgefunden hat bzw. der den Ersatzansprüchen zugrunde liegende Sachverhalt offenkundig ist. Dies wird besonders daran deutlich, dass eine Sonderprüfung gerade nicht zu einer Hemmung der Verjährung der Ersatzansprüche führt, während diese Wirkung bei einer Klageerhebung durch den besonderen Vertreter (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB) – und auch bei einer Verfolgung durch den Vorstand bzw. den Aufsichtsrat oder den Insolvenzverwalter oder die Einleitung eines Klagezulassungsverfahrens (§ 148 Abs. 2 Satz 3 AktG) – eintritt. Somit müsste die Hauptversammlung bei einer Verfolgung von Ersatzansprüchen gegenüber Vorstand und Aufsichtsrat einer Verjährung dieser Ansprüche tatenlos zusehen, wenn die Durchführung der Sonderprüfung vor dem Verjährungsablauf nicht mehr rechtzeitig durchführbar wäre. Einzige Alternative wäre dann nur noch die Durchführung eines Klagezulassungsverfahrens nach § 148 AktG, das aber nicht von der Hauptversammlung, sondern nur von einer qualifizierten Aktionärsminderheit – mit der Gefahr der Kostentragung (§ 148 Abs. 6 Satz 1 AktG) – beantragt werden kann.

Auch die parallele Durchführung einer Sonderprüfung bzw. eine parallele Beschlussfassung einer Sonderprüfung und der Bestellung eines besonderen Vertreters als eine Art *Schützenhilfe* für den besonderen Vertreter kann in diesem Zusammenhang ein Zurückbleiben der Einsichts-, Auskunfts- und Ermittlungsrechte des besonderen Vertreters hinter denen des Sonderprüfers nicht rechtfertigen. Der besondere Vertreter soll die Ersatzansprüche nach § 147 Abs. 1 Satz 2 AktG innerhalb von sechs Monaten seit

dem Tage der Hauptversammlung geltend machen. Die Durchführung einer Sonderprüfung und der Prüfung der Ansprüche bzw. der Vorbereitung deren klageweisen Durchsetzung durch den besonderen Vertreter innerhalb von sechs Monaten ist aber gerade nicht möglich.

Darüber hinaus kann auch eine vorher durchgeführte Sonderprüfung nicht in jedem Fall fehlende Einsichts-, Auskunfts- und Ermittlungsrechte des besonderen Vertreters ersetzen bzw. diesem die für die Durchsetzung der Ersatzansprüche notwendigen Informationen bereitstellen. Nach § 145 Abs. 3 AktG steht dem Sonderprüfer gerade kein Einsichts- und Prüfungsrecht nach § 145 Abs. 1 AktG gegenüber Konzernunternehmen zu<sup>30</sup>, die aber bei den Ersatzansprüchen nach § 147 Abs. 1 AktG – auch nach Ansicht des OLG München – gerade Anspruchsgegner sein können (siehe oben III.2.). Bei ausländischen Konzernunternehmen tritt dieses Problem noch verstärkt auf, da bei diesem die Rechte nach § 145 Abs. 2 AktG vom Sonderprüfer nur soweit ausgeübt werden können, als dies nach dem jeweiligen (ausländischen) Gesellschaftsrecht zulässig ist<sup>31</sup>.

Schließlich besagt auch die vom OLG München zur Begründung herangezogene reichsgerichtliche Rechtsprechung<sup>32</sup> nichts anderes<sup>33</sup>. Die Rechte des Sonderprüfers können im Einzelfall selbstverständlich über die Befugnisse des besonderen Vertreters hinausgehen, was im Wesentlichen von dem Umfang der Beauftragung des besonderen Vertreters durch die Hauptversammlung abhängt. Während der Sonderprüfer zumindest für seine Prüfungsrechte nach § 145 Abs. 1 AktG nur der Einschränkung des Rechtsmissbrauchs unterliegt<sup>34</sup>, kann der besondere Vertreter die Einsichts-, Auskunfts- und Ermittlungsrechte nur im Bezug auf Sachverhalte geltend machen, die in einem Zusammenhang mit der Geltendmachung der Ersatzansprüche stehen<sup>35</sup>. Auch insofern wird deutlich, dass es sich bei dem besonderen Vertreter nach § 147 Abs. 2 AktG im Vergleich zum Sonderprüfer nach den §§ 142 ff., 258 ff. AktG um ein *aliud* handelt.

## 3. Keine überzeugenden (praktischen) Erwägungen

Auch die vom OLG München angeführten erheblichen praktischen Schwierigkeiten bei der Zuerkennung einer Organstellung für den besonderen Vertreter<sup>36</sup> können nicht überzeugen<sup>37</sup>. Selbstverständlich wäre es für die Mitarbeiter der jeweiligen Gesellschaft mit Unsicherheiten verbunden, ob sie den Weisungen des Vorstands oder eben des besonderen Vertreters zu folgen ha-

25... OLG München, a.a.O. (Fn. 4), B. I. 1. e), DB 2008 S. 397 (400).

26... OLG München, a.a.O. (Fn. 4), B. III. 1. b), DB 2008 S. 397 (400).

27... So bereits *Mock*, a.a.O. (Fn. 1), § 147 Rdn. 44; ebenso *Habersack*, in: FS Wiedemann, 2002, S. 889 (905), der jedenfalls einen Zusammenhang bzw. eine Abhängigkeit für den umgekehrten Fall ablehnt.

28... Vgl. zur Zielsetzung des Sonderprüfungsberichts *Fleischer*, in: Küting/Weber, Handbuch der Rechnungslegung, Stand 11/2006, § 145 Rdn. 28; *Mock*, a.a.O. (Fn. 1), § 145 Rdn. 37; *Spindler*, a.a.O. (Fn. 5), § 145 Rdn. 22.

29... Vgl. *Fleischer*, in: *Spindler/Stiitz*, AktG, 2007, § 93 Rdn. 257.

30... Insofern scheidet auch eine analoge Anwendung aus; vgl. *Mock*, a.a.O. (Fn. 1), § 145 Rdn. 17 ff.; *Spindler*, a.a.O. (Fn. 5), § 145 Rdn. 18.

31... Vgl. *Bezenberger*, a.a.O. (Fn. 1), § 145 Rdn. 22; *Fleischer*, a.a.O. (Fn. 28), § 145 Rdn. 23; *Mock*, a.a.O. (Fn. 1), § 145 Rdn. 19; *Spindler*, a.a.O. (Fn. 5), § 145 Rdn. 16.

32... RG vom 4. 11. 1913, a.a.O. (Fn. 21), S. 248 (252).

33... OLG München vom 28. 11. 2007, a.a.O. (Fn. 4), B. I. 2., DB 2008 S. 397 (400).

34... Vgl. nur *Mock*, a.a.O. (Fn. 1), § 145 Rdn. 9; *Spindler*, a.a.O. (Fn. 5), § 145 Rdn. 9.

35... *Mock*, a.a.O. (Fn. 1), § 147 Rdn. 27; *Spindler*, a.a.O. (Fn. 5), § 147 Rdn. 23.

36... OLG München vom 28. 11. 2007, a.a.O. (Fn. 4), B. III. 1. b), DB 2008 S. 397 (401 f.).

37... Ebenso *Verhoeven*, ZIP 2008 S. 245 (247).

ben. Dieses strukturelle Problem der Zuständigkeitsverdrängung durch ein anderes Organ ist aber nicht auf den besonderen Vertreter beschränkt. Bei einer Inanspruchnahme von Vorstandsmitgliedern vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft gegenüber diesen (§ 112 AktG), sodass sich auch in diesen Fällen insofern Unklarheiten ergeben können, wer diesen und Dritten gegenüber im Rahmen der Geltendmachung der Ersatzansprüche vertretungsberechtigt ist<sup>38</sup>.

Schließlich können bei der vom OLG München angenommenen bloßen Vertreterstellung des besonderen Vertreters nicht weniger praktische Probleme auftreten. So wären die (potentiellen) Anspruchsgläubiger der Ersatzansprüche einer Unsicherheit ausgesetzt, ob der besondere Vertreter oder vielleicht doch der Vorstand die Gesellschaft etwa bei dem Abschluss eines Vergleichs vertreten darf. Zudem bleibt das OLG München die Antwort auf die Frage schuldig, welche genauen Prüfungsbefugnisse des besonderen Vertreters sich aus der vom OLG München angenommenen Annexkompetenz ergeben sollen<sup>39</sup>. Die vom OLG München verfolgte Trennung zwischen schriftlichen Informationen in Form von *erforderlichen Unterlagen* und der (mündlichen) Befragung erscheint willkürlich, zumal der Umfang der Einsichtsrechte des besonderen Vertreters dann im Prinzip nur noch davon abhängt, ob die jeweiligen Verwaltungsmitglieder oder Mitarbeiter der Gesellschaft die relevanten Informationen schriftlich festgehalten haben.

## V. Zusammenfassung

Das Urteil des OLG München hat die Unvollkommenheit der Regelung bei der Rechtsfigur des besonderen Vertreters in aller Deutlichkeit vor Augen geführt. Der vom OLG München vorgenommenen Interpretation der Stellung, Aufgaben und Rechte

des besonderen Vertreters kann dabei nicht gefolgt werden, da sie den besonderen Vertreter nach seiner bisherigen praktischen Bedeutungslosigkeit auch für die Zukunft dort verharren lassen wird<sup>40</sup>. Der besondere Vertreter steht als Minderheitenschutzinstrument neben der Sonderprüfung (§§ 142, 258 ff. AktG) und dem Klagezulassungsverfahren (§ 148 AktG) und muss sich als solches gegenüber diesen Instrumenten hinreichend abgrenzen. Während die Sonderprüfung nur der bloßen Ermittlung und das Klagezulassungsverfahren nur der individuellen Durchsetzung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft dient, bildet der besondere Vertreter für die Hauptversammlung das schärfste Schwert der Durchsetzung von Ersatzansprüchen, was nicht zuletzt an dem allgemeinen Mehrheitserfordernis für Hauptversammlungsbeschlüsse (§ 133 Abs. 1 AktG) bzw. den – im Gegensatz zu § 148 Abs. 1 AktG umfangreicheren – Anforderungen an das Quorum für eine gerichtliche Bestellung zum Ausdruck kommt. Der besondere Vertreter kann in diesem System daher nicht die Aufgabe eines bloßen Prozessvertreters mit einem Vorlagerecht für Unterlagen der Gesellschaft einnehmen. Ist die Hauptversammlung der Ansicht, dass Vorstand und Aufsichtsrat eine Durchsetzung von Ersatzansprüchen nicht gewährleisten können, muss sie die Möglichkeit haben, einen anderen mit dieser Aufgabe zu betrauen, der in seinen Befugnissen dann konsequenterweise nicht hinter eben diesen (ungeeigneten) Organen zurückbleiben kann.

38... Vgl. dazu etwa *Semler*, in: MünchKomm-AktG, 2. Aufl. 2004, § 112 Rdn. 39 ff.; *Spindler*, a.a.O. (Fn. 5), § 112 Rdn. 19 ff.

39... OLG München vom 28. 11. 2007, a.a.O. (Fn. 4), B. III. 2., DB 2008 S. 397 (402).

40... In der Einschätzung ebenso *Verhoeven*, ZIP 2008 S. 245 (246).

## Entscheidungen

### Aktienrecht

#### Voraussetzungen der wirksamen Bestellung eines besonderen Vertreters nach § 147 Abs. 2 AktG zur Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft – Umfang seiner Auskunfts- und Einsichtsrechte

AktG § 147, §§ 317, 318

1. Ein Hauptversammlungsbeschluss, mit dem nach § 147 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 AktG zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen ein besonderer Vertreter bestellt wird, muss die anspruchsbegründenden Sachverhalte hinreichend konkret bezeichnen. Der besondere Vertreter ist grundsätzlich verpflichtet, die aus diesen Sachverhalten resultierenden Ersatzansprüche geltend zu machen; dies schließt aber nicht aus, dass die Hauptversammlung ihn auch mit der Prüfung beauftragt, gegen welche von mehreren möglichen Anspruchsgegnern eine Rechtsverfolgung Erfolg verspricht.
2. Grundsätzlich ist es nicht rechtsmissbräuchlich, wenn die Hauptversammlung über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen verschiedene wegen desselben Sachverhalts in Betracht kommende Anspruchsgegner in einem Abstimmungsvorgang entscheidet.
3. Der besondere Vertreter kann auch zur Geltendmachung konzernrechtlicher Ansprüche nach §§ 317, 318 AktG bestellt werden. Unwirksam ist hingegen die Bestellung zur Durchsetzung nicht näher bezeichneter Ansprüche gegen die mit einem Großaktionär verbundenen Unternehmen. In entsprechender Anwendung des § 139 BGB kann der Bestellungsbeschluss aber im Übrigen wirksam sein.

4. Der besondere Vertreter hat Auskunfts- und Einsichtsrechte. Diese Rechte sind jedoch unmittelbar an die Geltendmachung bestimmter Ersatzansprüche gebunden und damit, was die Aufklärung von Sachverhalten anbelangt, enger als die Prüfungsbefugnisse eines Sonderprüfers.
5. Die Auskunfts- und Einsichtsrechte stehen dem besonderen Vertreter gegenüber der Gesellschaft zu. Der besondere Vertreter hat hingegen weder einen Anspruch auf ungehinderten Zugang zu Räumlichkeiten der Gesellschaft noch Direktionsbefugnisse gegenüber der Belegschaft des Unternehmens, mit deren Hilfe er sich die benötigten Informationen unmittelbar beschaffen könnte.
6. Einsichts- und Auskunftsrechte vermag der besondere Vertreter in gewissem Umfang auch im Wege einer einstweiligen Verfügung durchzusetzen.

▽ (OLG München, Urteil v. 28. 11. 2007 – 7 U 4498/07, rkr.)

Die Parteien streiten im Verfahren der einstweiligen Verfügung um die Kompetenzen des Verfügungsklägers als besonderer Vertreter nach § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG. Die Verfügungsbeklagte zu 2) hat am 12. 6. 2005 mit der italienischen Bank U. S.p.A. (im Folgenden: U.), welche zusammen mit einer von ihr abhängigen Gesellschaft ca. 95% der Aktien der Verfügungsbeklagten zu 2) hält, eine als Business Combination Agreement (im Folgenden: BCA) bezeichnete Vereinbarung über ihre künftige Zusammenarbeit getroffen. Am 12. 9. 2006 haben die Verfügungsbeklagte zu 2) und U. ferner einen Vertrag über die Veräußerung der von der Verfügungsbeklagten zu 2) gehaltenen Aktien an der Bank A. AG (im Folgenden: BACA) zu einem Kaufpreis von 12,5 Mrd. € abgeschlossen. Dieser Vertrag wurde der Hauptversammlung der Verfügungsbeklagten zu 2) am 25. 10. 2006 zur Zustimmung vorgelegt und nach einem mehrheitlich zustimmenden Beschluss im Januar 2007