

Thomas Verhoeven^{*)}

Der Besondere Vertreter nach § 147 AktG: Erwacht ein schlafender Riese?

Die hochstreitige gerichtliche Auseinandersetzung zwischen dem von den Minderheitsaktionären der HypoVereinsbank AG in München (HVB) bestellten Besonderen Vertreter Rechtsanwalt Dr. Heidel, der HVB und ihrer 95 %igen Mehrheitsaktionärin UniCredito Italiano S.p.A. (LG München I ZIP 2007, 1809 – Verfügungsverfahren, abgeändert durch OLG München ZIP 2008, 73) hat ein Institut zum Leben erweckt, das seit dem ADHGB von 1861 eine nur in gelegentlichen Phasen aktive Rolle gespielt hat: der Besondere Vertreter nach § 147 AktG (Sondervertreter). Der Clou des HVB-Falls ist das Stimmverbot nach § 136 AktG, da die Minderheitsaktionäre die HVB veranlassen wollen, neben Organen der HVB auch die Mehrheitsaktionärin UniCredito auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen. Damit hatten die Minderheitsaktionäre die Mehrheit in der HVB-Hauptversammlung am 26./27. Juni 2007 für die Anträge nach § 147 Abs. 1 und 2 Satz 1 AktG, während der UniCredito nur die Anfechtungsklage gegen den Bestellungsbeschluss als rechtliches Verteidigungsmittel blieb, die erstinstanzlich am 4. 10. 2007 abgewiesen wurde (LG München I ZIP 2007, 2420 – Anfechtungsverfahren). Als tatsächliche Verteidigung wählten die Organe der HVB, vermutlich auf den Einfluss der UniCredito hin, die fast totale Blockade des Sondervertreters, indem die Zusammenarbeit nicht nur verweigert, sondern dem umfangreichen Auskunfts- und Einsichtnahmeverlangen in Unterlagen der HVB erst gar nicht, dann verzögert, aber in jedem Fall nur in kleinen Teilen stattgegeben wurde. Das wiederum löste das Verfügungsverfahren durch den Sondervertreter aus, dem im sachlichen Kern durch das LG München I stattgegeben wurde. Bedauerlicherweise hat das OLG München im Berufungsrechtszug das erstinstanzliche Urteil nicht nur in Teilen, wo es in der Tat formal zu weit ging, abgeändert, sondern auch in grundsätzlicher Hinsicht das Aufgabenprofil des Sondervertreters so verkürzt, dass das Rechtsinstitut im Einzelfall zum zahnlösen Tiger mutieren kann. Das gilt es zu beleuchten.

I. Bestellungsverfahren nach § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG¹⁾

Der Sondervertreter²⁾ (im Folgenden: SV) wird entweder nach § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG durch die HV mit einfacher Mehr-

heit³⁾ oder nach § 147 Abs. 2 Satz 2 AktG durch das Amtsgericht am Sitz der Gesellschaft im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Verlangen von Aktionären bestellt, deren Anteile zusammen mindestens 10% des Grundkapitals oder 1 Mio. € ausmachen. Voraussetzung für die Bestellung durch das Amtsgericht ist allerdings, dass die HV die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nach § 147 Abs. 1 AktG mit einfacher Mehrheit beschlossen hat. Nach Auffassung des LG München I und der herrschenden Literaturmeinung verdrängt der SV im Verfügungs- und im Anfechtungsverfahren die ansonsten zuständigen Organe der Gesellschaft, also (i) den Vorstand bei Ansprüchen gegen Aufsichtsräte oder Aktionäre oder Dritte i. S. d. § 117 AktG und das herrschende Unternehmen bei Ansprüchen nach § 317 AktG bzw. dessen Organe⁴⁾ und bei Ansprüchen gegen Vorstandsmitglieder den dafür zuständigen AR, oder (ii) bei der Bestellung durch das Amtsgericht einen von der HV bereits bestellten SV,⁵⁾ soweit

^{*)} Dr. iur., Rechtsanwalt, München. Ich danke meinen vielen jungen Kollegen mit und um Peer Borries, Thomas Cerveny, Sebastian Meul und Anna Julia Stumvoll, die mir bei Zusammenstellung der Literatur und Einzelaspekten, sowie Frau Emira Besirevic bei der technischen Abwicklung und Rita Exter und Stephanie Uhlenbrock bei der Literaturbeschaffung enorm geholfen haben.

1) Zum SV siehe insbesondere auch folgende Gerichtsentscheidungen: RGZ 18, 56; KGJ Bd. 20 (N.F. Bd. 1), S. A 167 ff.; KGJ Bd. 21 (N.F. Bd. 2), S. 80 ff.; BayObLG JW 1931, 2998 (m. Anm. Hachenburg); RGZ 74, 301; RGZ 83, 248; RGZ 114, 396; AG München AG 1959, 24; BGH ZIP 1981, 178; AG Nürtingen ZIP 1994, 785 = AG 1995, 287, dazu EWiR 1994, 835 (Kollbach); OLG München DB 1996, 1967, dazu EWiR 1996, 1131 (Noack) (zur GmbH); KG ZIP 2005, 531 (LS) = DB 2005, 439; LG Mainz v. 8. 4. 2005 – 12 HK T 3/05 bei Juris; zu § 46 Nr. 8 GmbHG siehe Karsten Schmidt, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl., 2007, § 46 Rz. 139 ff.

2) Zu Historie und geschichtlichem Hintergrund des § 147 AktG und Vorgängerregelungen siehe: Böbel, Die Rechtsstellung des Besonderen Vertreters nach § 147 AktG, 1999, S. 45; Rollin, Die Aktionärsklage in England und in Deutschland, 2002, S. 126 ff.; Spindler, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 2008, § 147 Rz. 2.

3) Zu den formellen Voraussetzungen wie Anknüpfung in der Tagesordnung u. Ä. siehe Mock, in: Spindler/Stilz, AktG, 2007, § 147 Rz. 14, 15.

4) Zur Einbeziehung der konzernrechtlichen Ansprüche nach § 317 AktG in § 147 AktG: MünchKomm-Kropff, AktG, 2. Aufl., 2000, § 317 Rz. 57 ff.; zustimmend u. a. Mock (Fußn. 3), § 147 Rz. 6; sehr ausführlich begründet jetzt bei LG München I ZIP 2007, 2420, 2425 ff. und OLG München ZIP 2008, 73, 75 m. w. N.; ablehnend, allerdings aus der Gesetzesfassung vor Einführung der Prozessstandschaft nach § 148 AktG: Hüffer, AktG, 7. Aufl., 2006, § 309 Rz. 21.

5) Mock (Fußn. 3), § 147 Rz. 47; Hüffer (Fußn. 4), § 147 Rz. 7, abweichend jetzt OLG München ZIP 2008, 73, dazu ausführlich unten II 1.

es um die Geltendmachung der Schadensersatzansprüche und damit zusammenhängender Angelegenheiten geht. Die auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmenden Organe bzw. Aktionäre haben bei der Abstimmung nach § 136 AktG kein Stimmrecht, worauf *Kropff* mit aller Deutlichkeit bereits früh im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme eines herrschenden Unternehmens nach § 317 AktG hingewiesen hat.⁶⁾

II. Aufgaben und Rechte des Sondervertreters; Inhalt des Bestellungsbeschlusses

Die gesetzliche Regelung sagt über die Aufgaben und Rechte des SV fast nichts und damit auch über den zulässigen Inhalt des Bestellungsbeschlusses nichts aus, woraus nur geschlossen werden kann, dass sie diese Fragen der Regelung im Einzelfall überlässt. Das würde ein breites Feld für die HV eröffnen, die Rechte und Pflichten des Sondervertreters zu definieren. Die Kehrseite ist, dass damit Anfechtungsrisiken steigen, da in Rechtsprechung und Literatur weitgehend offengeblieben ist, welche Funktionen, Rechte und Pflichten dem SV zugewiesen werden können. Einer weiten Definition schiebt das OLG München teilweise für das Verfügungsverfahren einen Riegel vor, indem es die gesetzliche Aufgabenstellung des SV weitaus enger definiert als das LG München I.

1. Aufgaben und Rechtstellung des Sondervertreters

Bereits das RG hatte in seiner grundlegenden Entscheidung zum Auskunfts- und Informationsrecht des SV vom 4.11.1913⁷⁾ mit aller Deutlichkeit dargestellt, dass der SV Organ der Gesellschaft ist und für die Geltendmachung der Ersatzansprüche die Rechte anderer Organe, sei es Vorstand oder AR, auf sich vereinigt und verdrängt. Das ist völlig unstrittig geblieben in der späteren Rechtsprechung⁸⁾ und – mit einer Ausnahme – Literatur.⁹⁾

Das OLG München vermeidet die Einordnung des SV als Vorstand und AR verdrängendes Organ der Gesellschaft. Die sonst üblichen Zitathinweise auf die Rechtsprechung und Literatur fehlen in Gänze. Stattdessen heißt es u. a.: „Dem besonderen Vertreter innerhalb der Gesellschaft eine dem Vorstand ähnliche Organstellung zuzubilligen, würde zudem zu schwerwiegenden Eingriffen in die Struktur und Organisation der Gesellschaft mit der Gefahr erheblicher praktischer Schwierigkeiten führen.“ Und: „Insgesamt wäre ein innerhalb der Gesellschaft neben der Unternehmensleitung für einen bestimmten Tätigkeitsbereich agierender weiterer ‚Vorstand‘ ein Fremdkörper.“ Stattdessen schafft das OLG München eine Zwitterfunktion. So soll der SV nur eng begrenzte Informationsrechte und kein eigenes Informationsbeschaffungs- und selbstständiges Prüfungsrecht haben. Dazu zieht das Gericht den Vergleich zum Sonderprüfer nach den §§ 142 ff. AktG heran und die Unterscheidung zwischen Vertretungsmacht, die es notwendigerweise dem SV zugesteht, und interner fehlender Geschäftsführungsbefugnis. Aus der mündlichen Verhandlung ist zu hören, dass der Senat dem SV keine Ermittlungsrechte wie einem „Staatsanwalt“ zugestehen will.

Das alles ist aus der Sicht des Verfassers zu kurz gesprungen und höhlt das Institut des SV je nach Fall bis zur Bedeutungslosigkeit aus, wie die Geschichte der durch geringe Rechtspre-

chung bislang belegten Praktikabilität des Sondervertreteramts lehrt. Leider hat der Senat im Gegensatz zur Vorinstanz die Chance nicht genutzt, dem SV neues Leben einzuhauchen. Denn die verbliebenen Rechte verdammen den von der HVB-HV bestellten SV u. U. zum passiven Aktenstudium, statt der sicherlich notwendigen pro-aktiven Aufklärung des gesamten Sachverhalts Vorschub zu leisten.

Ausgangspunkt ist die wohl unbestrittene Verpflichtung von Vorstand bzw. AR, Ersatzansprüche i. S. d. § 147 Abs. 1 AktG unabhängig davon geltend zu machen, ob ein HV-Beschluss nach § 147 Abs. 1 AktG vorliegt oder nicht.¹⁰⁾ Es kann keinen Zweifeln unterliegen, dass diese Organe dann wie ein „Staatsanwalt“ alle Ermittlungsaufgaben übernehmen oder durchführen lassen müssen, die für die lückenlose Aufklärung des Sachverhalts notwendig sind. Als Beispiel ist auf die Entwicklung bei der Siemens AG zu verweisen, wo der Vorstand Sonderermittler aus einer amerikanischen Anwaltskanzlei eingesetzt hat, um Bestechungssachverhalte aufzuklären, und zwischenzeitlich einer großen Anzahl möglicher interner Anspruchsgegner Verjährungseinredeverzichte abgerungen hat.¹¹⁾ Das geht sogar über staatsanwaltliche Ermittlungen hinaus, da es US-amerikanische Discovery Regeln und Praktiken hausintern verwendet. Dazu gehört eben mehr als bloßes Aktenstudium; alle betroffenen oder möglicherweise Kenntnis habenden Mitarbeiter werden konzernübergreifend befragt, und es werden ihre elektronischen Mails geprüft. Alle zugänglichen Erkenntnisressourcen auch außerhalb des Siemens-Konzerns einschließlich der staatsanwaltlichen Akten werden herangezogen. Bei Siemens waren ein zweifacher Stabwechsel im Vorstand und ein einfacher im AR erforderlich, um die Ermittlungstätigkeit mit allen Konsequenzen durchzusetzen. Ein anderes Beispiel ist der bekannte Fall des Betriebsratskandals bei einem großen Autohersteller, wo es scheinbar bis heute selbst Gericht und Staatsanwalt nicht gelingt, Licht ins Dunkel oberster Vorstandsbeteiligung zu bringen. Es steht zu vermuten, dass das konsequent hausintern blockiert wird. Würde die HV bei diesem Autohersteller einen SV bestellen, muss sich der Senat fragen lassen, wie ein solcher SV die Tatsachen zusammentragen können soll, die notwendig wären, um den strengen Anforderungen der deutschen Gerichte (sicherlich auch des Senats) an den substantiierten Vortrag zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen zu genügen. Dazu sind die Praktikerhinweise von *Gerd Krieger* auf der Jahrestagung 1998 der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung lehrreich.¹²⁾ Je-

6) MünchKomm-Kropff (Fußn. 4), § 317 Rz. 65; *Kropff*, in: Festschrift Bezenberger, 2000, S. 233 ff., Fußn. 4.

7) RGZ 83, 248, 251, 252.

8) BGH ZIP 1981, 178, 179; BayObLG JW 1931, 2998; s. auch die weiteren Entscheidungen in Fußn. 1.

9) *Bezenberger*, in: Großkomm. z. AktG, 4. Aufl., 1999, § 147 Rz. 52; *Lochner*, in: *Heidel*, AktG, 2007, § 147 Rz. 24 – jew. m. w. N.; ausführlich dazu insb. auch *Böbel* (Fußn. 2), S. 54 ff.; abweichend – SV als Prozessstandschafter – *Teichmann*, in: Festschrift Mühl, 1981, S. 663, 679 ff., wobei sich das auf den vom Amtsgericht bestellten SV bezieht und unklar ist, ob es auch für den von der HV bestellten SV gelten soll.

10) *Mock* (Fußn. 3), § 147 Rz. 12 m. w. N.; s. auch die möglichen Einschränkungen im ARAG/Garmenbeck-Fall BGHZ 135, 244, 252 ff. = ZIP 1997, 883, 885 ff., dazu EWiR 1997, 677 (*Priester*).

11) FAZ v. 9.1.2008 „Widerstand gegen Entlastung der Siemens Vorstände“.

12) *Krieger*, Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen GmbH-Geschäftsführer, in: VGR, Bd. 1, 1999, S. 111, 126 ff.

denfalls mit den Aufklärungsmitteln, die der Senat hier dem SV zugesteht, kann das nicht gelingen. Der HVB-Fall zeigt, wie ein SV intern ausgebremst werden kann und auch wird. Soweit der Senat darauf verweist, dass der SV ja erneut ein Verfügungsverfahren beantragen kann, wenn er neue Erkenntnisse hat, wird die Aufklärungsarbeit so in die Länge gezogen, dass die Aktionärsvertreter irgendwann möglicherweise das Handtuch werfen. Hier widerspricht sich der Senat selbst, wenn er bei der Behandlung des Verfügungsgrundes auf die Sollfrist von sechs Monaten in § 147 Abs. 1 Satz 2 AktG verweist, die schon bei Verkündung des Urteils ohnehin abgelaufen war, sowie auf die Beweislageverschlechterung bei langer Verfahrensdauer. Genau diese Verzögerungstaktik wird indirekt durch die Rechtsauffassung des Senats erleichtert.

Muss also ein Vorstand „wie ein Staatsanwalt“ ermitteln, um sich nicht selbst schadensersatzpflichtig zu machen, kann nichts anderes für den AR gelten, wenn er nach § 112 AktG berufen ist, die Gesellschaft bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen gegen den Vorstand zu vertreten. Will der Senat auch dem AR die Ermittlungstätigkeit im Streitfall beschneiden? Denn der AR ist zunächst auch nur zur Außenvertretung berufen. Jedoch wird § 112 AktG als Pendant zu § 76 AktG angesehen,¹³⁾ von dem sich dann einerseits die Vertretungsbefugnis in § 78 AktG wie auch die Geschäftsführungsbefugnis in § 77 AktG ableiten. Mithin hat der AR spiegelbildlich zur Vertretung nach § 112 AktG auch eine korrespondierende Geschäftsführungsbefugnis, die u. a. aus der Überwachung der Vorstandstätigkeit, aber auch der Geltendmachung von Ersatzansprüchen besteht. Hier ist völlig unstrittig, dass der AR den gesamten Sachverhalt für eine Durchsetzung von Ersatzansprüchen zusammentragen muss.¹⁴⁾ Hilfreich ist natürlich, dass der AR nach § 111 Abs. 2 AktG das Recht auf Einsicht in die Bücher und Schriften der Gesellschaft hat, ohne dass das Teil des Vertretungsrechts nach § 112 AktG ist. Aber dieses Informationsrecht wird zu Recht als weitgehend umschrieben, was u. a. den unmittelbaren Zugang des AR zu den Angestellten der Gesellschaft einschließt.¹⁵⁾

Gilt das für den AR, wenn er für die Geltendmachung der Ersatzansprüche zuständig ist, so ist nicht einzusehen, warum das für den SV anders sein soll. Es kann nicht sein, dass der Gesetzgeber das Außenvertretungsrecht des SV durch seine Bestellung regeln und ihn ansonsten ohne Geschäftsführungsbefugnis in seinem begrenzten Bereich im Regen stehen lassen wollte. Deshalb muss der SV zumindest die Rechte wie ein AR haben, soweit es um die Ermittlung und Durchsetzung von Ersatzansprüchen geht. Eine Verkürzung der Ermittlungsrechte auf eine „Annexkompetenz“, die den SV im Kern zum Aktenstudium verdammt, ist damit nicht zu vereinbaren. Schließlich wird auch bei dem SV nach § 46 Nr. 8 GmbHG vereinzelt anerkannt, dass er umfangreiche Organgeschäftsführungsbefugnisse hat.¹⁶⁾

Die zweite Argumentationsschiene des Senats mit der Abgrenzung zum Sonderprüfer nach den §§ 142 ff. AktG führt ebenso wenig zu einer Einschränkung der Zugangs- und Informationsrechte des SV. Richtig ist zwar, dass die Vorstellung des Gesetzgebers, als er im ADHGB 1861 den Sonderprüfer

als „Revisor“ und den SV als „Bevollmächtigten“ einführte, vermutlich dahin ging, Ermittlungsaufgaben dem Sonderprüfer zu überlassen und die Prozessgeschäftsführung dem SV. Dabei sind aber bereits die Qualifikationsanforderungen an den SV dadurch geprägt, dass zumindest Buchführungserfahrung nach § 143 Abs. 1 Nr. 1 AktG vorausgesetzt wird. Das wiederum indiziert, dass die Sonderprüferaufgaben in den buchhalterischen Bereich hineinragen, nicht aber notwendigerweise die Faktenermittlung als solche, wie sie für einen Ersatzanspruch und seine prozessuale Durchsetzung erforderlich ist. Richtig ist auch, dass das RG in seiner Entscheidung von 1913¹⁷⁾ die Abgrenzung der Rechte des SV von denen des Sonderprüfers einschränkend vornahm, weil der Sonderprüfer im Gegensatz zum SV ein gesetzliches Informationsrecht hat (heute § 145 Abs. 1 AktG). Jedoch wird übersehen, dass der Sonderprüfer eben keine Organstellung in der Gesellschaft erlangt, weshalb das Gesetz in § 145 Abs. 1 AktG diese Informationsrechte über den Vorstand leitet, während das z. B. für die Informationsrechte des AR nach § 111 Abs. 2 AktG nicht zwingend ist.¹⁸⁾ Was aber völlig übersehen wird: Nirgendwo wird ausgeschlossen, dass Sonderprüfer und SV ein und dieselbe Person sein und auch in ein und demselben HV-Beschluss bestellt werden können. Deshalb muss man sich fragen, warum der Umweg über eine Doppelbestellung als Sonderprüfer und SV notwendig sein soll, um dem SV zumindest die Informationsrechte des Sonderprüfers zu geben.

Schließlich sind die Bedenken des Senats zu beleuchten, dem SV als Quasi-Vorstand Vorstandsrechte zu geben, wäre ein „Fremdkörper“ und führte zu „schwerwiegenden Eingriffen in die Struktur und Organisation der Gesellschaft mit der Gefahr erheblicher praktischer Schwierigkeiten“. Man kann sich nicht ganz des Eindrucks erwehren, dass die Bedenken zumindest psychologisch davon mitgetragen sind, dass wegen des Stimmverbots der UniCredito „nur“ einige Minderheitsaktionäre die Bestellung des SV durchgesetzt hatten. Auch wenn ein AR seine Ermittlungstätigkeit wegen Ersatzsprüchen gegen einen Vorstand ernst nimmt und wie ein Staatsanwalt ermittelt, kann von einer vertrauensvollen Zusammenarbeit nicht mehr die Rede sein. Das bringt allein der Umstand mit sich, dass Ersatzansprüche gegen Vorstände und AR-Mitglieder durchzusetzen sind, und hat nichts mit dem Institut des SV als solchem zu tun. Sicher ist ein SV ein „Fremdkörper“ im Unternehmen, aber allein wegen seiner Aufgabe. Ermittelt der AR, ist das nicht anders, zumal von der internen Struktur der Gesellschaft her selbst die Mitglieder des AR außenstehende Dritte sind, jedenfalls solange sie nicht aus dem Vorstand in den AR übergewechselt sind.¹⁹⁾ Deshalb sind diese Bedenken des Senats, so richtig sie psychologisch sein könnten, keine Argumente, dem SV auch gesellschaftsintern die Organrechte

13) Spindler, in: Spindler/Stilz, AktG, 2007, § 111 Rz. 1.

14) Spindler (Fußn. 13), § 111 Rz. 27 m. w. N.

15) Spindler (Fußn. 13), § 111 Rz. 35, 37 m. w. N.

16) Roth/Altmeyen, GmbHG, 5. Aufl., 2005, § 46 Rz. 59; instruktiv für die Reichweite dieser Rechte: Krieger (Fußn. 12), S. 125.

17) RGZ 83, 248.

18) Spindler (Fußn. 13), § 111 Rz. 35, 37.

19) Eben das will ja der Corporate Governance Kodex verhindern. Der Siemens-Fall wie auch der des deutschen Autoherstellers zeigen exemplarisch, wie richtig das ist, wenn es zur Ermittlung von Verantwortlichkeiten kommt.

abzusprechen, wie sie einem ermittelnden AR zustehen. Zutreffend ist, ihm den unmittelbaren Kontakt mit den Angestellten zu gestatten, ihm Hausrecht zu geben und ein Direktionsrecht, alles wiederum eingeschränkt auf seine eigentliche Aufgabe und was zu deren Umsetzung vernünftigerweise notwendig ist, wobei bei Letzterem ein weiter Ermessensspielraum bestehen muss. Zutreffend hat das LG München I die Begrenzung allein über Missbrauch vorgenommen. Und über eines muss man sich als SV gewiss sein: Die Gesellschaft und insbesondere ein herrschendes Unternehmen wird ihn auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch nehmen, sollte er diese Grenze überschreiten.

2. Bestellungs voraussetzungen

Nach § 76 Abs. 3 Satz 1 AktG können Vorstandsmitglieder nur natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Personen sein; ferner gelten für sie Beschränkungen bei Verurteilungen wegen Straftaten sowie Ausübungsbeschränkungen. Auch Aufsichtsratsmitglied kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein; außerdem gelten hier die Beschränkungen in § 100 Abs. 2 AktG. Fraglich ist, ob diese Einschränkungen auch den SV treffen.

Dass der SV eine natürliche Person sein muss, wird wohl ausnahmslos vertreten.²⁰⁾ Allerdings erwähnen weder § 147 Abs. 2 AktG noch Vorgängerregelungen, dass juristische Personen als SV ausgeschlossen sind. Bei der Liquidation einer AG kommen nach § 265 Abs. 2 Satz 2 AktG ausdrücklich juristische Personen als Abwickler in Betracht. Sonderprüfer können nach § 143 Abs. 1 Nr. 2 AktG auch Prüfungsgesellschaften sein. Also muss man sich fragen, warum nicht auch juristische Personen zum SV bestellt werden können. Argument könnte sein, § 76 Abs. 3, § 100 Abs. 1 AktG legen für Organe der Gesellschaft im Grundsatz fest, dass sie natürliche Personen sein müssen, während Ausnahmen davon der ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung bedürfen. Letzteres wäre dann mit § 265 Abs. 2 Satz 2 AktG bei der Bestellung von Abwicklern der Fall. Richtig überzeugend ist das allerdings nicht, weshalb der Verfasser dazu neigt, auch juristische Personen als SV zuzulassen, da die Aufgaben des SV nicht weit entfernt von denen eines Sonderprüfers oder Abwicklers sind.

Die weitergehenden Beschränkungen in den § 76 Abs. 3, § 100 Abs. 2 AktG passen nicht auf den SV. Hier fehlt es dann auch an der gerichtlichen Registerkontrolle, da der SV im Unterschied zum Vorstandsmitglied keine Versicherung nach § 81 Abs. 3 AktG abgeben muss; denn die Bestellung des SV wird nicht in das Handelsregister eingetragen.²¹⁾

Neben den aktienrechtlichen gibt es auch spezialgesetzliche Beschränkungen – die im HVB-Fall nicht fern gelegen hätten: Da es sich bei der HVB um eine Bank handelt, stellt sich die Frage, ob die Bestellungs voraussetzungen aus § 33 Abs. 2 KWG eingreifen. Nach § 33 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 KWG müssen die Vorstände von AG, die Bankgeschäfte betreiben, theoretische und praktische Kenntnisse in den betreffenden Bankgeschäften sowie Leitungserfahrung haben, wobei eine dreijährige leitende Tätigkeit in einem Institut von vergleichbarer Größe und Geschäftsart nachgewiesen werden soll. Trotzdem wird man derartige Eignungsvoraussetzungen für einen SV

nicht fordern können.²²⁾ Denn der SV wird gerade nicht in den Bankgeschäften der Gesellschaft tätig, und die Regelung in § 142 Abs. 7 AktG für Sonderprüfungen bei Gesellschaften, deren Wertpapiere im Inland im regulierten Markt zum Handel zugelassen sind, ist vom Gesetzgeber gerade nicht für den SV übernommen worden. Sein Aufgabenkreis ist eng mit der Durchsetzung der Ersatzansprüche definiert. Dazu mögen im Einzelfall Fachkenntnisse in Bankgeschäften gehören. Jedoch kann sich der SV dann Hilfskräften bedienen,²³⁾ greift aber selbst nicht in die Bankgeschäfte ein.

3. Weisungs- und Inhaltsbestimmungsrecht der HV

Ausgangsfrage ist die nach der Weisungsabhängigkeit des SV im weiteren Sinne. Für das GmbH-Recht ergibt sich die Beantwortung schon daraus, dass der Geschäftsführer von den Weisungen der Gesellschafterversammlung abhängig ist.²⁴⁾ Die Struktur der AG ist anders mit dem Exekutivorgan des Vorstands, der nach § 76 Abs. 1 AktG unter eigener Verantwortung handelt. Wenn auch der SV seinerseits als Organ der Gesellschaft das ansonsten zuständige Organ für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen verdrängt²⁵⁾ und selbst einen Ausschnitt aus dessen Organbefugnissen wahrnimmt,²⁶⁾ stellt schon der Weisungsbeschluss der HV, Ersatzsprüche geltend zu machen, eine Durchbrechung des Eigenverantwortlichkeitsprinzips nach § 76 AktG dar; denn ansonsten kann die HV in Geschäftsführungsangelegenheiten nur entscheiden, wenn das vom Vorstand nach § 119 Abs. 2 AktG ausdrücklich verlangt wird.²⁷⁾

Die Rechtsprechung scheint sich bislang nicht mit der Frage befasst zu haben, ob der SV weisungsabhängig von Beschlüssen der HV ist, sondern hat nur entschieden, dass der SV kein Vertreter einer ihn berufenden Minderheit ist.²⁸⁾ In der Literatur wird hervorgehoben, dass weder AR noch Vorstand berechtigt sind, dem SV Weisungen zu erteilen.²⁹⁾ Man wird annehmen müssen, dass die HV den Rahmen der Tätigkeit des SV durch ihren Bestellungsbeschluss bestimmen und auch durch neue Beschlüsse ändern bzw. ergänzen kann.³⁰⁾ So muss man auch *Bezenberger*³¹⁾ verstehen, der auf die Pflicht des SV verweist, den Inhalt des ihn bestellenden HV-Beschlusses zu beachten.

20) *Mock* (Fußn. 3), § 147 Rz. 38; *Bezenberger* (Fußn. 9), § 147 Rz. 43; *Böbel* (Fußn. 2), S. 82 m. w. N.; *Spindler* (Fußn. 2), § 147 Rz. 20.

21) Allg. Auffassung, siehe m. w. N. *Bezenberger* (Fußn. 9), § 147 Rz. 53; de lege ferenda ist die Eintragung allerdings wünschenswert.

22) Allerdings kann es nicht schaden, der BaFin eine Anzeige entsprechend § 24 Abs. 1 Nr. 1 KWG zu schicken, die dann auch die Angaben zur Zuverlässigkeit des zu Bestellenden einschließlich Straffreiheitserklärung enthalten sollte.

23) *Böbel* (Fußn. 2), S. 94; der Bestellungsbeschluss bei der HVB ermächtigte den SV ausdrücklich zur Zuhilfenahme von „qualifizierten Berufsträgern“, die von Berufs wegen zur Verschwiegenheit verpflichtet sind.

24) *Ulmer/Hüffer*, Großkomm. z. GmbHG, 2006, § 46 Rz. 80; für den Prozessvertreter nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG unter Hinweis auf § 665 BGB *Ulmer/Hüffer*, ebd., § 46 Rz. 111.

25) Dazu ausführlich oben II 1.

26) BGH ZIP 1981, 178, 179 unter Hinweis auf *Mertens*, in: Kölner Komm. z. AktG, 1973, § 147 Rz. 11.

27) So auch *Böbel* (Fußn. 2), S. 60, 61.

28) BayObl. LG JW 1931, 2998; AG München AG 1959, 24; MünchKomm-Schröer, AktG, 2. Aufl., 2004, § 147 Rz. 45.

29) *Bezenberger* (Fußn. 9), § 147 Rz. 57; *Lochner* (Fußn. 9), § 147 Rz. 24; *Mock* (Fußn. 3), § 147 Rz. 28.

30) Ausdrücklich *Böbel* (Fußn. 2), S. 59 ff., 122; zutreffend differenzierend *Lochner* (Fußn. 9), § 147 Rz. 27 ff., ob der SV von der HV oder vom Gericht bestellt ist; a. A. jetzt *Spindler* (Fußn. 2), § 147 Rz. 9, 23.

31) *Bezenberger* (Fußn. 9), § 147 Rz. 56.

Abweichende Stimmen in der Literatur³²⁾ scheinen mehr vom umfassenden Begriff der unentwegten Weisungsabhängigkeit geprägt zu sein – wie der Geschäftsführer bei der GmbH.³³⁾ Das ist schon technisch jedenfalls bei einer Publikumsgesellschaft nicht möglich. Der Mittelweg über die Abhängigkeit vom Inhalt des Bestellungsbeschlusses bzw. ergänzender Beschlüsse sollte richtig sein; denn letztendlich wird dadurch eben nicht die gesetzliche Organfunktion des SV berührt, sondern der Inhalt des mit ihm abzuschließenden Geschäftsbesorgungsvertrags, der nach § 665 BGB Weisungen zulässt, zumal § 76 Abs. 1 AktG auch nicht im Wege der Analogie Anwendung findet.

4. Inhalt des Bestellungsbeschlusses/ Geschäftsbesorgungsdienstvertrags

4.1 Umfang des Auftrags

Dass der Auftrag an den SV ausreichend bestimmbar sein muss, ist weitgehend klar: Es müssen die Tatsachen angegeben werden, aus denen sich die Ersatzansprüche ergeben sollen, und der betroffene Personenkreis muss bestimmbar bezeichnet sein.³⁴⁾ Fraglich ist aber, ob durch den Bestellungsbeschluss die Aufgaben auch umfassender gestaltet werden können. Zu denken ist zum einen daran, dass der SV ausdrücklich den Auftrag erhält, im Weigerungsfall Auskünfte, Einsichtnahme in Dokumente, Anschreiben an Mitarbeiter³⁵⁾ u. Ä. gerichtlich geltend zu machen. Nötig mag das nicht sein, da das Verlangen nach Auskunftserteilung und Vorlage von Unterlagen im Zusammenhang mit dem Gegenstand der geltend zu machenden Ersatzansprüche von jeher als Aufgabe des SV angesehen wurde.³⁶⁾ Trotzdem kann es angezeigt sein, das im Bestellungsbeschluss ausdrücklich zu erwähnen, und dabei auch das Auskunfts- und Einsichtsrecht sowie das Recht der Kontaktaufnahme mit Mitarbeitern der Gesellschaft und Organen festzuschreiben.³⁷⁾ Inwieweit das im Hinblick auf die ablehnende Haltung des OLG München durchzusetzen sein wird, muss im Anfechtungsverfahren bis zum BGH geklärt werden. Der HVB-Fall zeigt, dass es dazu durchaus Anlass geben kann, weshalb dann der SV ohne erneuten HV-Beschluss Ersatzansprüche wegen Blockademaßnahmen durchsetzen kann. Dazu zählen nicht zuletzt Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegenüber ihren Organen, ggf. dem herrschenden Unternehmen und dessen Organen, wenn die Gesellschaft die Kosten von gerichtlichen Streitigkeiten tragen muss, wie das jedenfalls wegen Teilunterliegens im Verfügungsverfahren und vollständigen Unterliegens im Anfechtungsverfahren im HVB-Fall bislang der Fall ist.

4.2 Finanzielle Konditionen des Auftrags

Der Bestellungsbeschluss kann die finanziellen Konditionen des Auftrags an den SV festlegen.³⁸⁾ Dazu gehören

- Honorar,
- Vorschuss,
- Kostenerstattung, auch für Hilfspersonen, die der SV einsetzt, wie Buchprüfer, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte, soweit angezeigt zur ordnungsgemäßen Durchführung des Auftrags,³⁹⁾
- Erstattung von Gerichtskostenvorschüssen und sonstigen Kosten,

- Kosten einer D&O-Versicherung,
- Reisekosten etc.

Was das Honorar angeht, so sollte § 87 AktG weder direkt noch indirekt gelten, da diese Regelung auf der Ausprägung des Sorgfaltspflichtmaßstabs für den den Vorstand bestellenden AR beruht,⁴⁰⁾ der ja anstelle der „Eigentümer“ der Gesellschaft, nämlich der Aktionäre, entscheidet. Nach Böbel sollen die gesetzlichen Vergütungsgrundsätze für Aufsichtsratsmitglieder nach § 113 AktG zur Anwendung kommen, also die Vergütung in einem angemessenen Verhältnis zur Aufgabe des SV und der Lage der Gesellschaft stehen. Bestellt die HV den SV, sind derartige Einschränkungen jedoch nicht angebracht. Das zeigt schon der Maßstab „nach Lage der Gesellschaft“ in den § 87 Abs. 1, § 113 Abs. 1 AktG, der bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen über § 147 AktG nicht passt; denn es geht um den Ausgleich von Schäden, die durch fehlerhaftes oder rechtswidriges Verhalten von Organen bzw. herrschendem Unternehmen entstanden sind und die die Gesellschaft wirtschaftlich u. U. nicht gut dastehen lassen. Nicht umsonst mussten sich die Gerichte schon mit der Frage befassen, ob bei einer Insolvenz der Gesellschaft der SV durch den Insolvenzverwalter verdrängt wird.⁴¹⁾ Selbst wenn die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft nicht gut ist, kann das Honorar des SV nicht deswegen absinken. Es sollte genügen, dass der Bestellungsbeschluss anfechtbar sein kann, wenn eine Minderheit unter Ausnutzung des Stimmverbots für die Mehrheit (oder auch eine Mehrheit zu Lasten der Minderheit) außergewöhnlich hohe, unangemessene Konditionen festlegt. Das Honorar sollte sich am Aufwand orientieren, weshalb auch Stundensatzvereinbarungen angezeigt sein können. Eine Mischung aus Festhonorar und Erfolgshonorar kommt ebenfalls in Betracht.⁴²⁾ Der Abschluss einer den D&O-Versicherungen nachgebildeten Haftpflichtversicherung⁴³⁾ sollte zum Schutz sowohl des SV als auch der Gesellschaft ein Muss sein, soweit nicht andere Haftpflichtversicherungen das Risiko auffangen.

32) Z. B. *Mock* (Fußn. 3), § 147 Rz. 29; *Spindler* (Fußn. 2), § 147 Rz. 9, 23.

33) *Ulmer/Hüffler* (Fußn. 24), § 46 Rz. 111.

34) OLG München ZIP 2008, 73, 74 unter B I 1a, wobei der Senat zu Recht darauf hinweist, dass damit auch definiert wird, ob eine spätere Klage des SV durch den Bestellungsbeschluss gedeckt ist: LG München I ZIP 2007, 1809, 1812 unter I 1b (1) und LG München I ZIP 2007, 2420, 2422 m. w. N.; *Mock* (Fußn. 3), § 147 Rz. 16; *Bezenberger* (Fußn. 9), § 147 Rz. 19; s. auch, allerdings überwiegend berichtend *Wilsing/Ogorok*, EWiR 2007, 611.

35) So im HVB-Fall; anders jetzt OLG München ZIP 2008, 73, 74; dagegen ausführlich oben II 1.

36) Grundlegend RGZ 83, 248; OLG München DB 1996, 1967; LG München I ZIP 2007, 1809; aus der Literatur nur *Mock* (Fußn. 3), § 147 Rz. 27 ff. m. w. N.

37) Zur Kontaktaufnahme mit Mitarbeitern der Gesellschaft LG München I ZIP 2007, 1809, 1815 unter 2a; abweichend jetzt OLG München ZIP 2008, 73, wo die Rechte zur Kontaktaufnahme verweigert wurden.

38) *Bezenberger* (Fußn. 9), § 147 Rz. 63, der zu Recht auf die Bestätigung der Vergütungspflicht beim gerichtlich bestellten SV nach § 147 Abs. 2 Satz 5 und 6 AktG verweist; *Mock* (Fußn. 3), § 147 Rz. 54, 55.

39) *Böbel* (Fußn. 2), S. 94 ff.

40) *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 2007, § 87 Rz. 1.

41) OLG Frankfurt/M. NZG 2004, 95, 96; zur Frage bei der Liquidation RGZ 74, 301, 303.

42) Soweit ein Rechtsanwalt SV wird, könnte die anstehende Neuregelung zu Erfolgshonoraren zu beachten sein; dagegen spricht allerdings, dass der SV nicht als Rechtsanwalt tätig wird, sondern wie beim Vorstand oder AR als Organ der Gesellschaft.

43) Soweit am Markt erhältlich; der Verfasser lässt das zur Zeit prüfen.

4.3 Vertretung der Gesellschaft im Nichtigkeits- bzw.

Anfechtungsprozess seiner Bestellung?

*Böbel*⁴⁴⁾ befasst sich ausführlich mit dieser Frage und kommt zu dem Ergebnis, bereits der Bestellungsbeschluss beinhaltet konkludent, dass der SV die Gesellschaft in diesen Fällen gesetzlich vertritt. Folgt man dem, kann der Bestellungsbeschluss das auch ausdrücklich bestimmen.

Richtig ist zunächst, dass beim Nichtigkeits- bzw. Anfechtungsprozess nach § 246 Abs. 2 Satz 2 AktG die beklagte Gesellschaft von Vorstand und AR gesetzlich vertreten wird. Die Doppelvertretung soll sicherstellen, dass Interessenkonflikte im Bereich eines Organs durch das jeweils andere Organ ausgeglichen werden.⁴⁵⁾ Das gilt insbesondere dann, wenn der Vorstand von seiner eigenen Klagebefugnis nach § 245 Nr. 4 AktG Gebrauch macht oder einzelne Vorstands- bzw. Aufsichtsratsmitglieder nach § 245 Nr. 5 AktG Klage erheben. Wird jedoch durch eine dieser Konstellationen die Gesellschaft vertretungsunfähig, muss das Prozessgericht im Passivprozess einen Prozesspfleger nach § 57 ZPO bestellen;⁴⁶⁾ in einem solchen Fall hatte bereits das RG darauf hingewiesen, dass ggf. der Vorstand die HV einberufen muss, um einen SV bestellen zu lassen.⁴⁷⁾ Es ist bereits zweifelhaft, ob das gesetzliche Mandat, Ersatzansprüche geltend zu machen, die Vertretung der Gesellschaft im Anfechtungsprozess überhaupt zulässt.⁴⁸⁾

Man kann aber daran denken, dieses Vertretungsrecht bereits im Bestellungsbeschluss festzuschreiben. Frage ist allerdings, ob das zulässig wäre; denn von den in § 147 Abs. 1 AktG umschriebenen Aufgaben ist das jedenfalls formal nicht gedeckt. Dagegen kann auch die Überlegung sprechen, dass die Doppelvertretung nach § 246 Abs. 2 Satz 2 AktG den gesetzgeberischen Willen erkennen lässt, Interessenkonflikte auf Organebene bei Nichtigkeits- bzw. Anfechtungsstreitigkeiten zu vermeiden. Für den vorliegenden Fall könnte das heißen, dass der SV eben gerade nicht berufen sein soll, seine eigene Bestellung als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft zu verteidigen. Allerdings zeigt die Anfechtungsklage im HVB-Fall, dass die vom Gesetz an sich vorgesehene Vertretung durch Vorstand und AR den eigentlichen Interessenkonflikt bei diesen Organen offenlegt, hatte doch die durch Vorstand und AR vertretene Gesellschaft im Prozess keine Anträge gestellt und damit erkennen lassen, dass man durch Versäumnisurteil der Anfechtungsklage der Mehrheitsgesellschafterin UniCredito zum Erfolg verhelfen wollte. Das wurde nur dadurch verhindert, dass sich der von der HV bestellte SV als Nebenintervenient auf Seiten der Gesellschaft beteiligte und sachgemäße Anträge stellte. Wenn das der Regelfall sein sollte, muss man sich fragen, ob es wirklich angezeigt ist, Vorstand und AR die Prozessvertretung im Anfechtungsverfahren zu überlassen, insbesondere dann, wenn es um die Anfechtung einer SV-Bestellung geht, die das Ziel hat, gegen eben diesen Vorstand und AR Schadensersatzansprüche durchzusetzen. Hier ist der Interessenkonflikt bei Vorstand und AR offenkundig, und das RG hatte nicht umsonst für einen ähnlichen Fall die Bestellung eines SV für angezeigt gehalten.⁴⁹⁾ Dann sollte es zumindest zulässig sein, dass der SV die Gesellschaft im Anfechtungsverfahren gesetzlich vertritt, wenn der HV-Beschluss das festlegt.

Damit ist auch eine Streitfrage zu beantworten, die laut Zeitungsberichten⁵⁰⁾ in einem weiteren Anfechtungsprozess bei HVB eine Rolle gespielt haben soll: Soll bzw. darf sich der von der HV bestellte SV als Nebenintervenient auf Seiten von Aktionären an deren Anfechtungsprozess gegen die Gesellschaft beteiligen? Das ist wohl zu verneinen, es sei denn, der Anfechtungsrechtsstreit betrifft Beschlüsse der HV, die in einem unmittelbaren Zusammenhang mit den Ersatzansprüchen, die der SV geltend machen soll, stehen, so dass dieser Rechtsstreit – untechnisch gesprochen – vorgegriffen für die Durchsetzung der Ersatzansprüche ist.⁵¹⁾

4.4 Modalitäten der Geltendmachung der Ersatzansprüche

Erwogen werden sollte, im Bestellungsbeschluss die Modalitäten der Geltendmachung der Ersatzansprüche zu präzisieren. Dazu gehört zum einen eine Verlängerung der Sechsmonatsfrist in § 147 Abs. 1 Satz 2 AktG.⁵²⁾ Der HVB-Streit belegt, dass diese Frist zu kurz ist und mindestens auf sechs Monate nach Bestandskraft der Bestellung des SV verlängert werden sollte. Zum anderen geht es auch um die Entscheidungskompetenz des von der HV bestellten SV, ob und welche Ersatzansprüche er geltend macht.⁵³⁾ Die wohl herrschende Meinung geht davon aus, dass der SV verpflichtet ist, die Ersatzansprüche gegen die Anspruchsgegner geltend zu machen, was letztendlich heißt, sie einzuklagen, wenn sie nicht anerkannt werden.⁵⁴⁾ Dafür mag auch nicht zuletzt die Neufassung des § 147 AktG durch das KonTraG in dem zwischenzeitlich durch das UMAG wieder beseitigten Absatz 3 gesprochen haben, der den SV nur zur Geltendmachung verpflichtete, „so weit nach seiner pflichtgemäßen Beurteilung die Rechtsverfolgung eine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet“. Eine solche Einschränkung gab es vorher zu keinem Zeitpunkt für den von der HV bestellten SV. Denn Vorstand bzw. AR oder der SV sollten diesen Spielraum nicht haben, solange die HV

44) *Böbel* (Fußn. 2), S. 141 ff.

45) *Hüffer* (Fußn. 4), § 246 Rz. 30.

46) *Hüffer* (Fußn. 4), § 246 Rz. 36.

47) RGZ 114, 396, 399; so im Ergebnis auch *Hüffer* (Fußn. 4), § 246 Rz. 36. Inwieweit das in den HVB-Verfahren eingetreten ist, ist unklar; das LG München I spricht sich nur gegen die Vertretung durch den SV aus: ZIP 2007, 2420, 2421.

48) Dagegen LG München I im Anfechtungsrechtsstreit ZIP 2007, 2420, 2421 unter A I.

49) S. bei Fußn. 47.

50) *Süddeutsche Zeitung* v. 9. 11. 2007, S. 29, wonach die Prozessvertreter der Gesellschaft dem SV „Geheimnis- und Parteiverrat“ vorwerfen.

51) Ferner scheint die Frage von Interessenkonflikten des SV eine Rolle gespielt zu haben (s. Fußn. 52), wenn er als für die Gesellschaft bestelltes Organ auf Seiten der anfechtenden Aktionäre beitrifft. Ein Interessenkonflikt sollte aber zu verneinen sein, da (i) auch beim Verfügungsverfahren auf Informationserteilung der SV gegen die Gesellschaft klagen soll (siehe dazu unten IV), (ii) § 245 Nr. 4 und 5 AktG Anfechtungsklagen von Organen gegen die Gesellschaft zulässt, und (iii) die Gesellschaft nur aus technischen Gründen von Gesetzes wegen die Beklagte bei allen körperschaftsrechtlichen Anfechtungs- und Nichtigkeitsverfahren ist.

52) Wobei zweifelhaft erscheint, ob sich die Sechsmonatsfrist überhaupt an den SV richtet; denn in der Regierungsbegründung zum AktG von 1965 heißt es u. a.: „Die Frist soll verhindern, dass das zuständige Verwaltungsorgan die Geltendmachung des Ersatzanspruchs verzögert. Wird die Frist versäumt, können Schadensersatzansprüche entstehen.“

53) So wohl in allgemeiner Form MünchKomm-Schröer (Fußn. 28), § 147 Rz. 32, 39; *Mock* (Fußn. 3), § 147 Rz. 11.

54) MünchKomm-Schröer (Fußn. 28), § 147 Rz. 39; *Bizzzenberger* (Fußn. 9), § 147 Rz. 38 ff.; *Spindler* (Fußn. 2), § 147 Rz. 22.

nicht einem Vergleich oder Verzicht zustimmt.⁵⁵⁾ Kommt der SV zu dem Ergebnis, dass keine oder nur geringe Aussichten für die Durchsetzung der Ersatzansprüche bestehen, soll er auf eine Änderung des HV-Beschlusses hinwirken oder sein Amt niederlegen.⁵⁶⁾ Die Amtsniederlegung ist vermutlich die schlechteste Fluchtvariante, da sich der SV anschließend seinerseits Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sehen könnte.⁵⁷⁾ Sowohl das LG München I⁵⁸⁾ als auch das OLG München⁵⁹⁾ geben dem SV mehr eigenverantwortlichen Freiraum, über die Erhebung der Schadensersatzklage im Hinblick auf die Anspruchsgegner wie auch auf Klageumfang und -höhe zu entscheiden. Trotzdem werden die Aktionäre gut daran tun, den SV zu verpflichten, aber auch zu berechtigen, sich auf der nächsten HV die Freigabe geben zu lassen, ganz oder teilweise von der Geltendmachung abzusehen. Nachteil dieser Vorgehensweise ist natürlich, dass der SV coram publico die Gründe darlegen muss, warum er die Geltendmachung für nicht aussichtsreich hält, also seine Vertraulichkeitsverpflichtung⁶⁰⁾ so durchbricht, dass die potenziellen Anspruchsgegner dessen gewahr werden. Das ist aber nicht anders, wenn der HV-Bestellungsbeschluss dem SV den Beurteilungsspielraum des alten § 147 Abs. 3 AktG i. d. F. des KonTraG gewährt, was zulässig sein sollte, oder ihm nur die Alternative der Amtsniederlegung belässt; denn in all diesen Fällen wird man erwarten müssen, dass der SV sein Vorgehen begründet,⁶¹⁾ schon um Schadensersatzansprüchen gegen sich vorzubeugen.

4.5 Haftung und Haftungsbeschränkung

Weitgehend ungeklärt ist, welcher Haftungsmaßstab für den SV gilt. *Bezenberger* will Geschäftsbesorgungsrecht gelten lassen und die allgemeine verkehrserforderliche Sorgfalt nach § 276 Abs. 2 BGB anwenden.⁶²⁾ Demgegenüber plädiert *Böbel* für die Regelungen der Vorstandshaftung und Vertraulichkeit einschließlich der Beweislastumkehr in § 93 Abs. 1 und 2 AktG⁶³⁾ und versteht unter „sinngemäßer“ Anwendung die mehr oder minder vollständige Übernahme der Haftungsnorm des § 93 AktG auf den SV.⁶⁴⁾ Dagegen sprechen aber mehrere Argumente. Zum einen bedeutet eine sinngemäße Anwendung, wie sie auch für die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder über § 116 AktG vorgesehen ist, gerade nicht eine Übernahme 1 zu 1.⁶⁵⁾ Denn die eine oder andere Haftungsregelung in § 93 AktG passt nicht immer zu anderen Organen. Darauf weist *Liebs* für die Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern über § 116 AktG im Fall von Zahlungen durch den Vorstand bei Insolvenzreife unter Verstoß gegen die § 92 Abs. 2, § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG hin. Gleiches gilt für den SV, bei dem man auch fragen muss, warum z. B. die strenge gesamtschuldnerische Haftung nach § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG gelten soll, hätte er mit Zahlungsvorgängen der Gesellschaft gerade nichts zu tun. Zutreffend weist *Liebs* darauf hin, dass diese strenge Haftung des Vorstands Ausfluss des Prinzips in § 76 Abs. 1 AktG ist, wonach der Vorstand eigenverantwortlich handelt,⁶⁶⁾ während das weder für den AR über § 116 AktG noch für den SV gilt; denn der SV ist weisungsabhängig von der HV.⁶⁷⁾ *Böbel* schließt die analoge Anwendung § 93 AktG daraus, dass jedenfalls der auf ein Minderheitenverlangen zu bestellende SV nach § 147 Abs. 2 Satz 2 AktG nur dann zu seinem Amt kom-

men soll, wenn das Gericht der Auffassung ist, dass die Bestellung für eine „gehörige Geltendmachung zweckmäßig erscheint“. Aus der „Gehörigkeit“ der Geltendmachung schließt *Böbel*, dass das nur bei der verschärften Haftung nach § 93 AktG der Fall sei.⁶⁸⁾ Jedoch erschließen sich weder Haftung noch Verantwortung daraus, zumal bei den Vorgängerregelungen des § 147 AktG, die das Gericht noch nicht mit Zweckmäßigkeitserwägungen befrachteten, dieser Maßstab noch nicht galt. Über immerhin mehr als 80 Jahre hat der Gesetzgeber die Haftung eben nicht durch Verweis auf § 93 AktG geregelt, auch nicht eine sinngemäße. Schließlich verweist die gesetzliche Haftungsregelung des Sonderprüfers (§§ 142 ff. AktG), dessen Tätigkeit sich ja mit der des SV überschneiden kann,⁶⁹⁾ in § 144 AktG nicht auf § 93 AktG, sondern auf § 323 HGB und damit auf Vorsatz und Fahrlässigkeit ohne Beweislastumkehr nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG (aber nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Im Ergebnis ist deshalb der allgemeine Sorgfaltspflichtmaßstab nach § 276 Abs. 2 BGB für den SV der richtige Ansatz. Folgt man dem, kann auch der Bestellungsbeschluss die Haftung ohne die Einschränkungen des § 93 Abs. 4 AktG weiter regeln. Neben einer Haftungsverschärfung, z. B. durch Verweis auf § 93 AktG, zu der es in Praxis vermutlich nicht kommen wird, könnte man an eine Beschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit denken oder an eine summenmäßige Beschränkung, wie sie von Gesetzes wegen für den Sonderprüfer nach § 323 Abs. 2 HGB gilt. An Haftungsbeschränkungen sollte man erst recht denken, wenn für die Tätigkeiten des SV keine D&O-Versicherung erhältlich ist. Was im Übrigen die dann ebenfalls nicht geltende Vertraulichkeitsverpflichtung nach § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG angeht, sollte stattdessen der Bestellungsbeschluss die Vertraulichkeit entsprechend regeln.

4.6 Teilnichtigkeit des Bestellungsbeschlusses (§ 139 BGB)?

Nach wohl fast einhelliger Auffassung wird § 139 BGB auch auf HV-Beschlussinhalte weitgehend entsprechend angewandt.⁷⁰⁾ Der BGH hat das in seinem Urteil vom 15. Novem-

55) *Bezenberger* (Fußn. 9), § 147 Rz. 38 ff.; zur eingeschränkten Befugnis des SV, Vergleiche und Verzichte zu vereinbaren *Böbel* (Fußn. 2), S. 96 ff., 102 ff.; *Spindler* (Fußn. 2), § 147 Rz. 22 a. E.

56) *Bezenberger* (Fußn. 9), § 147 Rz. 56.

57) *Böbel* (Fußn. 2), S. 115 a. E., befürwortet zu Recht, dass zur Durchsetzung von Ersatzansprüchen gegen den SV auch wiederum ein SV nach § 147 AktG bestellt werden kann.

58) LG München I ZIP 2007, 2420, 2422 unter A II 2a.

59) OLG München ZIP 2008, 73, 76 unter B I 1e.

60) LG München I ZIP 2007, 1809, 1814 f.; *Mock* (Fußn. 3), § 147 Rz. 30.

61) Siehe auch *Böbel* (Fußn. 2), S. 123.

62) *Bezenberger* (Fußn. 9), § 147 Rz. 55.

63) (Fußn. 2), S. 114 ff.; *Spindler* (Fußn. 2), § 147 Rz. 21; *Mock* (Fußn. 3), § 147 Rz. 31.

64) So auch *Mock* (Fußn. 3), § 147 Rz. 31.

65) *Liebs*, in: Festschrift Rittner, 1991, S. 369 ff., 376 ff.

66) *Liebs* (Fußn. 65), S. 376.

67) Siehe oben II 3.

68) *Böbel* (Fußn. 2), S. 114.

69) LG München I ZIP 2007, 2420, 2423 A II 2d; s. auch oben II 1.

70) S. bereits RGZ 146, 385, 394 zu „zusammengesetzten Beschlüsse“; BGH ZIP 1988, 432 = NJW 1988, 1214; BGH ZIP 1993, 1862 = NJW 1994, 520, dazu EWiR 1994, 9 (*Crezelius*); eingehend m. w. N. OLG Hamburg AG 1970, 230, 231; OLG Hamburg AG 2000, 326, dazu EWiR 2000, 893 (*Rotnauer*); *Hüfner* (Fußn. 4), § 241 Rz. 36; *Semler*, in: Münchener Hdb. d. Gesellschaftsrechts, Bd. 4, AG, 3. Aufl., 2007, § 41 Rz. 5 m. w. N.

ber 1993 wie folgt ausgedrückt: „Auf jeden Fall ist § 139 BGB auf Beschlüsse dann anwendbar, wenn sie auf die Begründung, Änderung oder Aufhebung sozial- oder individualrechtlicher Befugnisse oder Pflichten gerichtet sind und ihnen bereits deswegen ein rechtsgeschäftlicher Inhalt zuerkannt werden kann.“⁷¹⁾ Dazu ist durch Auslegung zunächst zu ermitteln, ob die HV, hätte sie die Nichtigkeit des betreffenden Teils erkannt, am Beschluss im Übrigen festgehalten hätte.⁷²⁾ Das wird z. B. nicht der Fall sein, wenn die Bestellung als solche unter Mängeln leidet; dann fallen auch die Regelungen über den Geschäftsbesorgungsauftrag an den SV der Nichtigkeit anheim. Ist aber die Bestellung rechtmangelfrei erfolgt, können alle weiteren ggf. im Beschluss geregelten Fragen, wie sie oben beschrieben worden sind, dem Test nach § 139 BGB unterzogen werden. Geradezu exemplarisch führt das OLG München im Urteil im Verfügungsverfahren vor.⁷³⁾ Auch wenn also § 139 BGB zum Zuge kommt, sollte man erwägen, den Bestellungsbeschluss mit einer passenden salvatorischen Klausel zu versehen.⁷⁴⁾ Das dreht jedenfalls teilweise die in § 139 BGB enthaltene Vermutung um, wonach im Zweifelsfall die Gesamtnichtigkeit die Rechtsfolge sein soll.⁷⁵⁾

III. Anfechtung der Bestellung des Sondervertreters durch die HV

Wie der HVB-Fall zeigt, wird ein herrschendes Unternehmen, dort die UniCredito, die Bestellung des SV durch eine Nichtigkeits- bzw. Anfechtungsklage nach den §§ 241 ff. AktG anfechten, wenn es wegen des Stimmverbots nach § 136 AktG vom Stimmrecht ausgeschlossen worden ist.⁷⁶⁾ Wie die hier behandelten Themen zeigen, wird sich erst im Laufe der Jahre herauschälen, wo die inhaltlichen Grenzen des Bestellungsbeschlusses liegen können. Allerdings zeigen die bisher bekannten Gerichtsentscheidungen, ausgenommen OLG München im Verfügungsverfahren, aber insbesondere die Entscheidungen des LG München I im HVB-Fall, dass einige Gerichte die Tendenz haben, die Befugnisse des SV weit auszulegen, um dem Sinn und Zweck des Gesetzes gerecht zu werden.⁷⁷⁾ Das Institut des SV hat ja die Funktion, Interessenkonflikte der anderen Organe und der verklagten Aktionäre auszuschalten. Wirft ein herrschendes Unternehmen wie UniCredito im Verein mit den unter seiner faktischen Leitungsmacht stehenden Organen der Gesellschaft dem SV Steine in den Weg, ist es seine Aufgabe, diese mit Hilfe der Gerichte aus dem Weg zu räumen.

1. Rechtsmissbrauch

UniCredito wendet im HVB-Fall u. a. ein, der Beschluss, einen SV zu bestellen und Schadensersatzansprüche gegen sie unter Ausschluss ihres Stimmrechts geltend zu machen, sei rechtsmissbräuchlich und deshalb nach § 243 AktG anfechtbar.⁷⁸⁾ Dabei greift sie auch den Abstimmungsmodus an, da über alle Schadensersatzansprüche gegen sämtliche potenziellen Anspruchsgegner in einem Abstimmungsang entschieden wurde.

Zu Recht hält das LG München I dem Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegen, dass alle potenzielle Anspruchsgegner als Gesamtschuldner haften, weshalb eine Einzelabstimmung

nicht angezeigt war.⁷⁹⁾ Das folgt schon aus den §§ 317, 318 AktG, lässt man Schadensersatzansprüche nach § 317 AktG im Rahmen des § 147 AktG zu.⁸⁰⁾ Ergänzend bezieht sich das LG allgemein auf die Gesamtschuldnerschaft der Anspruchsgegner nach den §§ 421 ff. BGB. Dem ist beizutreten, wobei es für das Stimmverbot für alle Anspruchsgegner nur darauf ankommt, dass ein „einheitlicher“ Sachverhalt vorliegt, was der Fall ist, wenn es sich um eine gemeinsame Pflichtwidrigkeit handelt.⁸¹⁾ Hilfsweise argumentiert das LG unter Hinweis auf die Entscheidung BGHZ 156, 38 = ZIP 2003, 1788 damit, dass kein Aktionär, also auch nicht UniCredito, einer Blockabstimmung widersprochen habe. Dem folgt das OLG München im Kern.⁸²⁾ UniCredito hätte auch versuchen können, durch Geschäftsordnungsanträge oder den von ihr beeinflussten Versammlungsleiter eine Einzelabstimmung zu erreichen. Jedoch hätte der Versammlungsleiter alleine nichts bewirken können, da er nicht in den Inhalt des gestellten Antrags hätte eingreifen können.⁸³⁾ Hätte UniCredito oder ein anderer Aktionär versucht, eine Einzelabstimmung für jeden Anspruchsgegner durch einen Geschäftsordnungsantrag in der Hoffnung zu erzwingen, dass dann das Stimmverbot des § 136 AktG nicht gelte, hätte auch das wenig gebracht; denn zum einen greift auch dann das Stimmverbot und zum anderen wäre ein solcher Versuch allzu durchsichtig und auf Anfechtung hin der Rechtsmissbräuchlichkeit zum Opfer gefallen,⁸⁴⁾ sollte ein Versammlungsleiter die Stimmen des betroffenen Aktionärs gesetzeswidrig zulassen.

2. Rückwirkung einer erfolgreichen Anfechtung?

Wie verhält sich aber allgemein das Risiko der Nichtigkeits- bzw. Anfechtungsklage durch den betroffenen Aktionär zur Aufgabe des SV? UniCredito hatte argumentiert, dass das von Minderheitsaktionären eingeleitete Anfechtungsverfahren gegen die ursprüngliche Zustimmung der HV zum Verkauf der HVB-Beteiligung an der Bank Austria Creditanstalt AG vorgreiflich i. S. d. § 148 ZPO sei, was das LG für das Verfügungsverfahren wie für das Anfechtungsverfahren⁸⁵⁾ zutreffend verworfen hat; dem ist das OLG München gefolgt (für eine Scha-

71) BGH ZIP 1993, 1862 = NJW 1994, 520, 523.

72) OLG Hamburg AG 2000, 328; *Semler* (Fußn. 70), § 41 Rz. 5.

73) OLG München ZIP 2008, 73, 76, B I 1 d (II).

74) *Palandt/Heinrichs*, BGB, 66. Aufl., 2007, § 139 Rz. 17 m. w. N.

75) *Palandt/Heinrichs* (Fußn. 74), § 139 Rz. 14; OLG Hamburg AG 1970, 231.

76) LG München I ZIP 2007, 2420.

77) So ausdrücklich LG München I ZIP 2007, 1809, 1812 unter I 1 a; teilweise abw. OLG München im Berufungsrechtszug ZIP 2008, 73, 76 ff.

78) Weiteres Missbrauchsargument war der Hinweis auf die Rechtsstellung des Sonderprüfers nach §§ 142 ff. AktG, dem das LG München I (ZIP 2007, 1809, 1814 unter e und ZIP 2007, 2420, 2423 unter d) jedoch zutreffenderweise nicht gefolgt ist, weil die Aufgaben des SV umfassender sind als die des Sonderprüfers; anders jetzt das OLG München ZIP 2008, 73, s. auch oben II 1.

79) LG München I ZIP 2007, 1809, 1813 unter I 2c und LG München I ZIP 2007, 2420, 2423.

80) S. Fußn. 4.

81) BGHZ 97, 28, 33 ff. = ZIP 1986, 429, 430 ff., dazu EWiR 1986, 371 (*Hommelhoff*).

82) OLG München ZIP 2008, 73, 74.

83) *Butzke*, Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, 4. Aufl., 2001, S. 136 Rz. 45.

84) Zur Einzelabstimmung bei der Entlastung mit dem Ziel, das Stimmverbot auszuschalten, OLG München AG 1995, 381, dazu EWiR 1995, 527 (*Drcher*); *Butzke* (Fußn. 83), S. 339, 340 Rz. 29 ff. m. w. N.

85) LG München I ZIP 2007, 1809, 1813 unter 2b und LG München I ZIP 2007, 2420, 2422 unter A II 2b.

densersatzklage gegen Organe bzw. herrschenden Gesellschafter mag das anders aussehen⁸⁶⁾). Wichtiger ist aber die Frage, ob bzw. wie das Damoklesschwert der Nichtigkeits- bzw. Anfechtungsklage gegen den Bestellungsbeschluss zum SV die Funktionsfähigkeit des SV beeinträchtigt. Im Erfolgsfall soll die Bestellung rückwirkend unwirksam sein, was den bis dahin ergriffenen Maßnahmen des SV den Boden vollständig entziehen würde.⁸⁷⁾

Zutreffend ist, dass die Rechtsfolgen der Anfechtung sich zunächst nach den §§ 241 ff. AktG richten. Liegt einer der Nichtigkeitsgründe des § 241 Nr. 1 – 4 AktG vor, wird man gegen eine ex-tunc-Wirkung der Nichtigkeit nichts einwenden können. Das scheint auch für das Amt des SV nicht belastend zu sein. Zwar wird in der Praxis oft die Anfechtungsklage mit der Nichtigkeitsklage verbunden. Jedoch sollten etwaige Nichtigkeitsgründe nach § 241 Nr. 1 – 3 AktG für den bestellten SV erkennbar sein, so dass er die Annahme der Bestellung verweigern kann.

Anders ist es bei der Geltendmachung von Anfechtungsgründen, die der Kläger versuchen kann, ins Unendliche auszuweiten. Das gilt erst recht für die Bestellung des SV, da hier die Grenzen der dem SV einräumbaren Rechte und Pflichten weder in Rechtsprechung noch in der Literatur ausgeleuchtet sind.⁸⁸⁾ Außerdem verlangt die Rechtsprechung, dass das Mandat des SV im Hinblick auf die geltend zu machenden Ansprüche und den Kreis der Anspruchsgegner ausreichend bestimmbar⁸⁹⁾ ist. Das eröffnet eine Grauzone, die naturgemäß Risiken für eine Anfechtbarkeit in sich birgt. Das wiederum trifft den SV in zweifacher Hinsicht, nämlich bei der Anfechtungsklage gegen seine Bestellung, aber auch, wenn es um die Geltendmachung von Ersatzansprüchen geht und das Gericht nochmals prüfen wird, ob die Klage vom Bestellungsbeschluss gedeckt ist. Nach verbreiteter Auffassung ist Ausgangspunkt für die Rechtsfolge der rechtskräftig ausgesprochenen Nichtigkeit der Beschlüsse grundsätzlich die ex-tunc-Wirkung,⁹⁰⁾ auch wenn sich das aus dem Gesetzeswortlaut nicht notwendigerweise erschließt. Allerdings unterscheidet die h. M. zwischen der Frage der Nichtigkeit des HV-Beschlusses mit ex-tunc- oder ex-nunc-Wirkung und den Rechtsfolgen etwaiger Ausführungsgeschäfte aufgrund des HV-Beschlusses vor Rechtskraft der Nichtigkeitserklärung.⁹¹⁾ Für den hier interessierenden Fragenkreis, was denn die Folge für etwaige Ausführungsgeschäfte durch den SV ist, bleibt die Literatur auf halber Strecke stehen, weil sie nur von Ausführungsgeschäften durch einen Vorstand ausgeht, der regelmäßig von der Anfechtbarkeit eines HV-Beschlusses nicht selbst betroffen ist;⁹²⁾ denn der Vorstand ist durch den AR zu bestellen und nicht durch die HV. Rechtsprechung und Literatur haben sich allerdings mit der Frage befasst, welche Rechtsfolgen die für nichtig erklärte Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds auf die mit seiner Beteiligung getroffenen Aufsichtsratsmaßnahmen hat.⁹³⁾ Danach sollen Aufsichtsratsbeschlüsse rückwirkend unwirksam sein, wenn die Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds nichtig und der AR dadurch nicht mehr beschlussfähig ist.⁹⁴⁾ Wendet man das auf die rechtskräftig für nichtig erklärte Bestellung eines SV⁹⁵⁾ an, fielen alle Handlungen des SV rückwirkend der Nichtigkeit anheim.⁹⁶⁾

Man muss sich aber fragen, ob das ein akzeptables Ergebnis wäre. Diejenigen, die die Beschlüsse einer Minderheit als Mehrheit unter Ausnutzung des Stimmverbots des § 136 AktG rundweg ablehnen, werden sagen, geschieht recht so, wenn man eine solche Stimmverbots-Chuzpe durchführt. Der SV soll nach § 147 Abs. 1 Satz 2 AktG die Ersatzansprüche binnen sechs Monaten geltend machen (zu dieser Frist auch oben II 4.4). Das kann er aber nicht, solange eine Anfechtungsklage anhängig ist, denn bei rückwirkender Nichtigkeit seiner Bestellung verliert er auch rückwirkend seine Aktivlegitimation und hat nicht nur seine eigenen Kosten am Bein, sondern auch die eingezahlten Gerichtskosten und u. U. sogar die Kosten der Beklagtenanwälte. Ihm wäre dann eigentlich zu empfehlen, zu seinem eigenen Schutz gar nichts zu tun und die Rechtskraft eines die Anfechtungsklage abweisenden Urteils abzuwarten. Er könnte noch nicht einmal die Aufklärungsmaßnahmen betreiben, die der SV im HVB-Fall durchgeführt hat bis hin zum Antrag auf einstweilige Verfügung auf Einsichtnahme in Unterlagen der Gesellschaft. Das wäre die Lähmung der Institution des SV. Dem kann man auch nicht entgegenhalten, dass diese Sachlage durch die Ausschaltung der Mehrheit durch § 136 AktG erst hervorgerufen wird, da ein SV auch dann unter dem Damoklesschwert von Anfechtungsklagen gegen seine Bestellung steht, wenn er in der HV mit der Mehrheit der Stimmen aller Aktionäre gewählt worden ist. Auf der anderen Seite zählt auch die Gesellschaft zu den Geschädigten. Solange die Bestellung nicht rechtskräftig auf eine Anfechtungsklage hin für nichtig erklärt ist, gilt sie als wirksam.⁹⁷⁾ Bei Einsicht in die Bücher und Schriften ist die Gesellschaft entweder durch eine analog auf den SV anzuwendende Vertraulichkeitsverpflichtung nach § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG oder aus einer allgemeinen Treupflicht aufgrund des der Bestellung zugrunde liegenden Geschäftsbesorgungsverhältnisses⁹⁸⁾ geschützt, und zumindest der Sorgfaltsmaßstab des § 276 BGB greift ein.⁹⁹⁾ Derartige Schutzwirkungen zu Gunsten der Gesellschaft würden jedoch nicht greifen, wenn die Nichtigkeit der Bestellung Rückwirkung hätte.¹⁰⁰⁾ Das Urteil des OLG München im Verfügungsverfahren beleuchtet schlaglichtartig das Dilemma, da es die Rechte des SV fühlbar

86) Karsten Schmidt (Fußn. 1), § 46 Rz. 157.

87) BGHZ 135, 244, 250 = ZIP 1997, 883, 884 ff.; Bezzzenberger (Fußn. 9), § 147 Rz. 60; Mock (Fußn. 3), § 147 Rz. 19; Böbel (Fußn. 2), S. 87, 88.

88) Am Umfassendsten noch bei Böbel (Fußn. 2); dazu oben unter II 1.

89) Siehe oben II 4.1 mit Fußn. 34.

90) S. nur Dörr, in: Spindler/Stilz, AktG, 2007, § 248 Rz. 8 m. w. N.

91) Dörr (Fußn. 90), § 248 Rz. 8 ff.

92) S. Dörr (Fußn. 90), § 248 Rz. 11.

93) BGHZ 47, 341, 345 ff.; Spindler (Fußn. 13), § 101 Rz. 109 mit Fußn. 346; Hüfner (Fußn. 4), § 101 Rz. 17.

94) BGHZ 11, 231, 246 zur GmbH.

95) Oder auch auf den Beschluss nach § 147 Abs. 1 AktG für die Durchsetzung der Geltendmachung von Ersatzansprüchen.

96) So in der Tat für den AR und seine Beschlüsse BGHZ 47, 341, 345 ff.

97) Die Gesellschaft muss dem SV umfassend Einsicht in ihre Bücher und Schriften gewähren (siehe oben II 1 und unten IV); sie muss ihn auch bezahlen, da nach h. M. mit der Annahme der Bestellung ein entgeltliches Geschäftsbesorgungsverhältnis zustande kommt (Bezzzenberger (Fußn. 9), § 147 Rz. 54 ff., 63 m. w. N.; a. A. Böbel (Fußn. 2), S. 116, soweit nicht die HV eine Vergütung zugesagt hat.

98) Bezzzenberger (Fußn. 9), § 147 Rz. 55; Spindler (Fußn. 2), § 147 Rz. 23; Mock (Fußn. 3), § 147 Rz. 30; Böbel (Fußn. 2), S. 120 f.

99) S. dazu oben II 4.5.

100) Anders wohl, aber ohne Begründung Mock (Fußn. 3), § 147 Rz. 53 a. E.

einschränkt. Nicht umsonst will der Senat dem SV nur das Recht geben, mit der Aufarbeitung der geltend zu machenden Ersatzansprüche „anzufangen“.

Die Frage der Rückwirkung ist zu überdenken. Auch in anderen Konstellationen wird die Rückwirkung gegen die ex-nunc-Wirkung nach den Grundsätzen der faktischen Gesellschaft¹⁰¹⁾ oder des sog. fehlerhaften Anstellungsverhältnisses ausgetauscht, wenn es in Vollzug gesetzt worden ist, worauf das LG München I¹⁰²⁾ zu Recht verweist.¹⁰³⁾ Entsprechendes gilt für die fehlerhafte Bestellung zum Vorstand.¹⁰⁴⁾

Das sollte auch für die Beschlüsse nach § 147 Abs. 1 und 2, Satz 1 AktG gelten, sollten sie für nichtig erklärt werden. Nur dadurch werden die in Vollzug gesetzten Ausführungshandlungen des SV geschützt, und zwar nicht nur zu seinen Gunsten, sondern auch zu Gunsten des Rechtsverkehrs. Die dann zum Zuge kommenden Haftungsregelungen lassen auch Sonderfragen in den Griff bekommen, z. B. was der SV tun muss, wenn sich abzeichnet, dass es zur Nichtigerklärung seiner Bestellung kommen kann; dann muss er abgestuft reagieren bis hin zur Einstellung einer die Gesellschaft weiter verpflichtenden Tätigkeit, bis Rechtsklarheit herrscht.¹⁰⁵⁾

IV. Sekundärmaßnahmen durch den Sondervertreter

Im Brennpunkt der Sekundärmaßnahmen steht die Durchsetzung der Informationsbedürfnisse des SV, welche auch Gegenstand des Verfügungsverfahrens im HVB-Fall vor dem LG und dem OLG München waren.¹⁰⁶⁾ Dass der SV Informationsrechte gegenüber der Gesellschaft hat, ist schon seit der grundlegenden Entscheidung des RG vom 4. November 1913 anerkannt,¹⁰⁷⁾ wonach der SV die Informationsbedürfnisse notfalls mittels einstweiliger Verfügung durchsetzen kann. Im Berufungsrechtszug hat jetzt das OLG München die im Wege der einstweiligen Verfügung durchzusetzenden Informations- und sonstigen Rechte nur eingeschränkt gewährt.¹⁰⁸⁾

Der Verfügungsgrund nach den §§ 935, 940 ZPO folgt aus der Verpflichtung des SV, die Ersatzansprüche binnen sechs Monaten geltend zu machen, und daraus, dass durch weiteren Zeitablauf die Informationsmöglichkeiten dezimiert werden können.¹⁰⁹⁾ Das kann man nun als gefestigte Rechtsprechung ansehen; davon ist auch das OLG München im Ansatz ausgegangen. Allerdings schränkt der Senat die Rechte des SV, die er im Verfügungsverfahren durchsetzen kann, noch weiter ein: „Nach Auffassung des Senats können ihm zunächst nur solche Auskunfts- und Einsichtsrechte gewährt werden, die für ihn unerlässlich sind, um seine Arbeit aufzunehmen, und sich auf Unterlagen beziehen, die bereits nach jetzigem Erkenntnisstand eindeutig einen unmittelbaren Bezug zu den im Hauptversammlungsbeschluss genannten Sachverhaltskomplexen aufweisen.“ Das wiederum ist widersprüchlich zu den vom Senat anerkannten Gründen, warum der SV überhaupt im Wege der einstweiligen Verfügung solche Rechte geltend machen kann, nämlich die Sechsmonatsfrist und die Beweisverschlechterungen bei längerem Zuwarten. Soll der SV im Wege der einstweiligen Verfügung nur solche Unterlagen herausverlangen können, die erkennbar im unmittelbaren Zusammenhang mit den betreffenden Sachverhaltskomplexen stehen, so ist gar nicht zu sehen, wie sich die Beweislage durch

weiteren Zeitablauf verschlechtern können soll. Ginge es um elektronisch gespeicherte Informationen, wie E-Mails, würde es genügen, der Verfügungsbeklagten per einstweiliger Verfügung aufzugeben, diese vor einem Löschen oder sonstigen Vernichten zu schützen, also zu speichern. Das alles lässt die Zweifel des Senats durchscheinen, die er gegen die Ermittlungsrechte des SV als solche hat. Auch verweist der Senat auf die Belastungen und Kosten der Gesellschaft, müsste sie umfassender Informationen aushändigen, da sie das möglicherweise umsonst tut, sollte die Bestellung des SV aufgrund Anfechtung insgesamt noch scheitern.

Hier tut sich ein grundlegendes Dilemma auf. Wenn der Senat meint, manche Informationsrechte dürfe der SV erst dann durchsetzen, wenn seine Bestellung mit rechtskräftigem Abschluss des Anfechtungsverfahrens bestandskräftig geworden ist, ist es völlig überflüssig, dem SV im Wege der einstweiligen Verfügung einige vorläufige Rechte zu geben, damit er „anfangen“ kann. Dann kann der SV auch damit warten, bis sein Auftrag rechtskräftig geklärt ist. Zwar hat das LG die Anfechtung bereits durch Urteil entschieden. Dem Vernehmen nach liegt aber im Berufungsrechtszug noch nicht einmal eine Berufungsbegründung vor. Mit einem Urteil durch den Senat ist mithin frühestens in sechs Monaten zu rechnen, da auch hier Vorstand und AR ein Interesse an Verzögerung haben und der SV als Nebenintervenient nur begrenzt auf Beschleunigung hinwirken kann. Dass die Sache dann zum BGH geht, sollte klar sein, es sei denn, der SV verliert die Lust. Mithin wird es noch 18 bis 24 Monate dauern, bis eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt. Sollte der II. Zivilsenat des BGH zurückverweisen, dauerte es noch einmal doppelt so lang. Was dann noch von der vom Gesetzgeber gewünschten beschleunigten Klageerhebung durch den SV übrig bleibt, ist nicht mehr erkennbar.

Diesen gordischen Knoten kann man nur durchhauen, indem man den SV berechtigt, im Wege der einstweiligen Verfügung alle Rechte durchzusetzen, die er – wie oben unter II 1 dargestellt – haben sollte.

Der Verfügungsanspruch folgt aus den Aufgaben des SV, der Ersatzansprüche nicht geltend machen kann, wenn ihm der Zugang zu den Fakten verweigert wird. Auf den Grundsatz des

101) So bei eingetragenen Kapitalerhöhungsbeschlüssen, die auf Anfechtung hin für nichtig erklärt werden; aber dann Rückabwicklung: Hüfner (Fußn. 4), § 248 Rz. 7a; Dörr (Fußn. 90), § 248 Rz. 14, jew. m. w. N.

102) LG München I ZIP 2007, 1809, 1814 unter 2.

103) BGHZ 41, 282, 288 ff.; Hüfner (Fußn. 4), § 84 Rz. 19; Fleischer (Fußn. 40), § 84 Rz. 84, 85, jew. m. w. N.; zur ex-nunc-Wirkung bei fehlerhaft bestellten Organen ausführlich Stein, Das faktische Organ, 1984, S. 119 ff.

104) BGHZ 41, 282, 288 ff.; Hüfner (Fußn. 4), § 84 Rz. 10; Fleischer (Fußn. 40), § 84 Rz. 20 ff.

105) So wohl auch im Ergebnis Stein (Fußn. 103), S. 125.

106) LG München I ZIP 2007, 1809 bzw. OLG München ZIP 2008, 73. Ob der SV versuchen kann, die Informationserteilung auf anderem Wege zu erzwingen, wobei an Zwangsgelder durch das Registergericht nach den § 407 Abs. 1, § 90 Abs. 3 AktG, letztere Vorschrift in analoger Anwendung, zu denken ist, müsste ausgelotet werden.

107) RGZ 83, 248.

108) OLG München ZIP 2008, 73.

109) OLG München DB 1996, 1967 und LG München I ZIP 2007, 1809, 1814 unter 2; so auch OLG München ZIP 2008, 73, 77.

Preußischen Landrechts, dass der Gesetzgeber nicht mit einer Hand das nehmen will, was er mit der anderen gegeben hat,¹¹⁰⁾ weisen ausdrücklich das RG und das OLG München¹¹¹⁾ (in anderer Sache) hin. Mit anderen Worten: Soll der SV die Ersatzansprüche geltend machen, muss er die zugrunde liegenden Fakten ermitteln können. Das gibt ihm das Recht, diese von den anderen Organen der Gesellschaft und, wie das LG München I zu Recht festgestellt hat, den Mitarbeitern durch Auskunfts- und Einsichtnahmeverlangen zu beschaffen. Schranken sollten sich nur bei Missbrauch ergeben.¹¹²⁾ Die Notwendigkeit eines weiten Ermessens für den SV kann der Verfasser aus seiner forensischen Praxis nur bestätigen, da es nicht sein kann, dass die betroffenen Organe und die Mitarbeiter bestimmen, was für den SV relevant ist und was nicht. Denn der SV muss in der Lage sein, alle Unterlagen der Gesellschaft, die auch nur im Entferntesten etwas mit den Ersatzansprüchen zu tun haben können, selbst oder durch seine Mitarbeiter¹¹³⁾ zu sichten. Die Gesellschaft ist geschützt durch Vertraulichkeitsverpflichtungen des SV auf gesetzlicher oder vereinbarter Basis.¹¹⁴⁾

Weiter stellt sich die Frage nach den richtigen Parteien im Verfügungsverfahren. Im HVB-Fall hatte der SV in erster Linie den Vorstand als parteifähiges Organ i. S. d. § 50 Abs. 1 ZPO in Anspruch genommen und erst in zweiter Linie die Gesellschaft. Damit versuchte der SV der im Vordringen befindlichen Literaturauffassung zum Innerorganstreit zu folgen.¹¹⁵⁾

Schon das RG hatte sich 1913 mit der Frage befasst, gegen wen der SV seine Ansprüche auf Einsichtnahme in Bücher und Schriften der Gesellschaft zu richten hat, da sich die Vorinstanz auf den Standpunkt gestellt hatte, die Gesellschaft, vertreten durch den SV, müsse den opponierenden Vorstand in Person in Anspruch nehmen. Das RG löste die Frage schlicht mit Hinweis darauf, dass die Gesellschaft Besitzerin der Unterlagen ist, weshalb sie nach den §§ 809, 810 BGB zu verklagen sei.¹¹⁶⁾ Wenn es allerdings nur um Auskunft geht, hilft dieser Kunstgriff nur begrenzt weiter. Wie ungelöst diese Fragen sind, zeigt ein Blick auf die Informationserteilung nach § 90 Abs. 3 AktG oder das Organklagerecht des Vorstands nach § 245 Nr. 4 AktG, wo fast alles heillos umstritten ist mit allen Facetten von den Parteien im eigenen Namen, als Organ oder als Prozessstandschafter¹¹⁷⁾ bis hin zur Prozesskostentragungspflicht bei Unterliegen¹¹⁸⁾ und der Durchführung der Zwangsvollstreckung.

Es würde diesen Aufsatz sprengen, wollte sich der Verfasser mit allen diesen Fragen des Innerorganstreits befassen, weshalb dem Ausgangspunkt der bisherigen Rechtsprechung beizutreten ist, aus Gründen der Rechtssicherheit bei der Aktivlegitimation des SV zu bleiben, im eigenen Namen die Gesellschaft zu verklagen. Das sehen LG und OLG München ebenso. Es sichert auch die Zwangsvollstreckung an einem geeigneten Subjekt. Was die Prozesskosten des SV angeht, gehören sie zu den Kosten seines Amtes und sind von der Gesellschaft außerhalb des streitigen Gerichtsverfahrens zu erstatten.¹¹⁹⁾

V. Zusammenfassung

1. Zum SV kann auch eine juristische Person bestellt werden.
2. Die Bestellung eines SV bei einer als AG organisierten Bank ist nicht nach § 24 Abs. 1 Nr. 1, § 33 Abs. 1 Nr. 4 KWG der BaFin anzuzeigen.
3. Der SV ist Organ der Gesellschaft und hat anstelle von Vorstand bzw. AR die Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis, alle Maßnahmen zu ergreifen, die für die Ermittlung und Durchsetzung der Ersatzansprüche angezeigt sind.
4. Der SV hat ein umfassendes Auskunfts- und Einsichtsrecht und – entgegen OLG München – den unmittelbaren Zugang zu den Organen und Mitarbeitern der Gesellschaft, was notfalls durch einstweiligen Rechtsschutz zu erzwingen ist. Richtiger Verfügungsgegner ist die Gesellschaft.
5. Ein Blockantrag in der HV betreffend alle Ersatzansprüche gegen alle potenziellen Anspruchsgegner ist mit der Folge des Stimmverbots für alle betroffenen Aktionäre nach § 136 AktG nicht rechtsmissbräuchlich.
6. Die HV kann dem SV im Bestellungsbeschluss oder späteren Beschlüssen Weisungen erteilen. Dazu kann u. a. gehören, die Sechsmonatsfrist des § 147 Abs. 1 Satz 2 AktG und die Entscheidungsfreiheit des SV zu erweitern, ob er Ersatzansprüche nach Prüfung geltend macht oder die HV erneut entscheiden lassen will.
7. Der Bestellungsbeschluss darf und sollte die finanziellen Konditionen der Tätigkeit regeln; die Einschränkungen der § 87 Abs. 1, § 113 Abs. 1 AktG gelten nicht. Der SV kann und sollte als gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft bei Nichtigkeits- bzw. Anfechtungsprozessen betreffend seine Bestellung auftreten. Die HV kann einen anderen SV bestellen.
8. Die Haftung des SV ergibt sich nicht aus § 93 AktG, sondern der Maßstab entspricht der verkehrüblichen Sorgfalt nach § 276 Abs. 2 BGB. Haftungsverschärfungen wie -erleichterungen können im Bestellungsbeschluss vorgesehen werden; der Abschluss einer D&O-Versicherung sollte durch den SV für die Gesellschaft geprüft werden.
9. Wird auf eine Anfechtungsklage hin ein Teil des Bestellungsbeschlusses für nichtig erklärt, finden § 139 BGB wie auch ggf. eine salvatorische Klausel Anwendung, um die vollständige Nichtigkeit der Bestellung des SV zu vermeiden.

110) Zitiert bei *Rollin* (Fußn. 2).

111) OLG München DB 1996, 1967.

112) LG München I ZIP 2007, 1809, 1812 unter 1a.

113) Soweit Mitarbeiter nicht schon von Gesetzes wegen zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, sollte der SV strenge Vertraulichkeitsvereinbarungen abschließen.

114) Dazu oben unter II 4.5.

115) *Zöllner*, in: Kölner Komm. z. AktG, 1973, § 246 Anm. 23 ff. m. w. N.; *Hüffner* (Fußn. 4), § 90 Rz. 16 ff.; *Fleischer* (Fußn. 40), § 90 Rz. 80 ff.; *Teichmann* (Fußn. 9), S. 663 ff.

116) RGZ 83, 250.

117) *Teichmann* (Fußn. 9), S. 667; *Zöllner* (Fußn. 118); *Hüffner* (Fußn. 4) und *Fleischer* (Fußn. 40).

118) *Zöllner* (Fußn. 115), Anm. 93.

119) Ggf. anschließend von dem opponierenden Organ der Gesellschaft als Ersatzanspruch wegen Pflichtverletzung zu bekommen, wozu der SV bei seiner Bestellung beauftragt werden sollte – siehe oben II 4.1.