



OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

ABSCHRIFT

Aktenzeichen: 7 U 4498/07
5 HKO 12570/07 LG München I

Verkündet am 28.11.2007
Die Urkundsbeamtin:

Haindl
Justizangestellte

21

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

Dr. Thomas Heidel, Poppelsdorfer Allee 114, 53115 Bonn
- Verfügungskläger, Berufungsbeklagter und Berufungskläger -
Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Meilicke und Kollegen,
Poppelsdorfer Allee 114, 53115 Bonn

gegen

Bayerische Hypo- und Vereinsbank Aktiengesellschaft, vertreten durch den
Vorstand, bestehend aus Willibald Cernko, Stefan Ermisch, Rolf Friedhofen
u.a., Kardinal-Faulhaber-Strasse 1, 80333 München
- Verfügungsbeklagte, Berufungskläger und Berufungsbeklagte-
Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Gleiss und Kollegen,
Maybachstrasse 6, 70469 Stuttgart

wegen einstweilige Verfügung

erlässt der 7. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch die unterzeichnenden Richter aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28.11.2007 folgendes

Endurteil:

- I. Auf die Berufung der Verfügungsbeklagten zu 2) wird das Urteil des Landgerichts München I vom 6.9.2007 wie folgt abgeändert:

Der Verfügungsbeklagten zu 2) wird im Wege der einstweiligen Verfügung auferlegt, dem Verfügungskläger und/oder von diesem beauftragten, zur Berufsverschwiegenheit verpflichteten Dritten zu den nachfolgenden Sachverhaltskomplexen die unten aufgeführten Unterlagen vollständig zugänglich zu machen und die Anfertigung von Kopien der Unterlagen zu ermöglichen:

- a) Prüfung der eventuellen Vermögensschäden der Verfügungsbeklagten zu 2) durch die Veräußerung der Anteile an der Bank Austria Creditanstalt AG (BACA);
- b) Prüfung der eventuellen Vermögensschäden der Verfügungsbeklagten zu 2) durch eine nicht adäquate Ermittlung des Verkaufspreises für die Anteile der HVB an der BACA in Höhe von 109,81 € je Aktie angesichts des kurze Zeit später eingeleiteten Squeeze-out-Verfahrens zu einem Preis von 129,40 € je Aktie;
- c) Prüfung der eventuellen Vermögensschäden der Verfügungsbeklagten zu 2) durch die Nichtdurchführung eines Auktionsverfahrens bei der Veräußerung der BACA-Beteiligung, welches in der aktuellen M&A-Situation erhebliche Aufschläge auf den erzielten Verkaufspreis versprochen hätte

und

- d) Prüfung der eventuellen Vermögensschäden der Verfügungsbeklagten zu 2) durch das von der Verfügungsbeklagten zu 2) am 12. Juni 2005 mit der UniCredit abgeschlossene Business Combination Agreement (BCA), insbesondere im Hinblick auf die der UniCredit durch diesen Vertrag eingeräumten Berechtigungen.

Soweit sie die unter lit. a) bis d) genannten Sachverhalte betreffen, sind dem Kläger folgende Unterlagen zugänglich zu machen:

1. Vorstandsprotokolle seit 2005 einschließlich Entwürfen und einschließlich der Protokolle eventueller Ausschüsse,
2. Aufsichtsratsprotokolle einschließlich Entwürfen und einschließlich der Protokolle eventueller Ausschüsse,
3. alle Korrespondenz (hier und im Folgenden einschließlich solcher in elektronischer Form, z. B. E-Mails, sowie einschließlich Gesprächsprotokollen und sonstigen Aufzeichnungen über Gespräche) des Vorstands, und der Rechts- und Steuerabteilung der Verfügungsbeklagten zu 2) zu Ziff. 1 und Ziff. 2, auch mit Dritten einschließlich UniCredit oder in deren Auftrag oder sonst in deren Interessen handelnden Dritten, mit Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und sonstigen Beratern einschließlich Investmentbanken,
4. Abhängigkeitsberichte seit 2005, jeweils einschließlich Prüfungsberichten und Entwürfen hierzu,
5. Liste der Personen, die bei der Abwicklung der Komplexe lit. a) bis d) als Organmitglieder tätig waren,
6. Gutachten (Rechts-, Bewertungs- sowie sonstige Gutachten) einschließlich Entwürfen und Vorkorrespondenz.

Im Übrigen wird der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung abgewiesen.

II. Im Übrigen wird die Berufung der Verfügungsbeklagten zu 2) zurückgewiesen.

III. Die Berufung des Verfügungsklägers wird zurückgewiesen.

IV. Kosten der ersten Instanz: Von den Gerichtskosten tragen der Verfügungskläger $\frac{7}{8}$ und die Verfügungsbeklagte zu 2) $\frac{1}{8}$. Von den außergerichtlichen Kosten des Verfügungsklägers trägt die Verfügungsbeklagte zu 2) $\frac{1}{8}$. Der Verfügungskläger trägt sämtliche außergerichtlichen Kosten der Verfügungsbeklagten zu 1) und $\frac{3}{4}$ der außergerichtlichen Kosten der Verfügungsbeklagten zu 2). Im Übrigen tragen die Parteien ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

Kosten des Berufungsverfahrens: Von den Gerichtskosten tragen der Verfügungskläger $\frac{9}{10}$ und die Verfügungsbeklagte zu 2) $\frac{1}{10}$. Von den außergerichtlichen Kosten des Verfügungsklägers trägt die Verfügungsbeklagte zu 2) $\frac{1}{10}$. Der Verfügungskläger trägt sämtliche außergerichtlichen Kosten der Verfügungsbeklagten zu 1) und $\frac{4}{5}$ der außergerichtlichen Kosten der Verfügungsbeklagten zu 2). Im Übrigen tragen die Parteien ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

V. Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf 225.000,- € festgesetzt.

Gründe:

A.

Die Parteien streiten im Verfahren der einstweiligen Verfügung um die Kompetenzen des Verfügungsklägers als besonderer Vertreter nach § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG.

I.

Die Verfügungsbeklagte zu 2) hat am 12.6.2005 mit der italienischen Bank UniCredito Italiano S.p.A. (im Folgenden: UniCredito), 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 UniCredito ferner einen Vertrag über die Veräußerung der von der Verfügungsbeklagten zu 2) gehaltenen Aktien an der Bank Austria Creditanstalt AG (im Folgenden: BACA) zu einem Kaufpreis von 12,5 Milliarden € 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 dinglich vollzogen. Gegen diesen Beschluss wurden Anfechtungsklagen erhoben, die derzeit bei dem Landgericht München I anhängig sind.

In der Hauptversammlung der Verfügungsbeklagten zu 2) vom 26./27.6.2007 wurde ein Antrag auf Sonderprüfung der Vorgänge im Zusammenhang mit der Veräußerung der Anteile an der BACA und dem Abschluss des BCA mit den Stimmen der Mehrheitsaktionärin UniCredito abgelehnt. Unter Tagesordnungspunkt 10 wurde jedoch folgender Beschluss gefasst, wobei UniCredito im Hinblick auf das Stimmverbot des § 136 Abs. 1 Satz 3 AktG nicht mit abstimmte:

1. Die Hauptversammlung möge unabhängig vom Ausgang der nach TOP 9 beantragten Sonderprüfung gemäß § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG die Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft aus der Geschäftsführung beschließen, und zwar insbesondere Schadensersatzansprüche gemäß §§ 93 Abs. 2 und 3, § 116, § 117, § 317 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3, § 318 Abs. 1 und 2 AktG gegen die gegenwärtigen und ehemaligen Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats der HVB sowie gegen die Großaktionärin UniCredit S.p.A. sowie mit dieser im Sinne von § 15 ff. AktG verbundenen Unternehmen, jeweils einschließlich der gesetzlichen Vertreter, insbesondere die folgenden Personen:
 - Dieter Rampl
 - Dr. Wolfgang Sprißler
 - Alessandro Profumo

Wegen der nachfolgenden Sachverhaltskomplexe:

- a) Vermögensschäden der Gesellschaft durch die Veräußerung der Anteile an der Bank Austria Creditanstalt AG (BACA) vor dem Hintergrund der bisherigen und äußerst erfolgreichen Osteuropastrategie des HVB-Konzerns;
 - b) Vermögensschäden der Gesellschaft durch eine nicht adäquate Ermittlung des Verkaufspreises für die Anteile der HVB an der BACA in Höhe von EUR 109,81 je Aktie angesichts des kurze Zeit später eingeleiteten Squeeze-out-Verfahrens zu einem Preis von EUR 129,40 je Aktie;
 - c) Vermögensschäden der Gesellschaft durch die Nicht-Durchführung eines Auktionsverfahrens bei der Veräußerung der BACA-Beteiligung, welches in der aktuellen M&A-Situation erhebliche Aufschläge auf den erzielten Verkaufspreis versprochen hätte und wegen
 - d) Vermögensschäden der Gesellschaft und der Minderheitsaktionäre durch das von der Gesellschaft am 12. Juni 2005 mit der UniCredit abgeschlossene Business Combination Agreement, das nicht in seiner Vollständigkeit den Aktionären vorgelegt wurde – insbesondere im Hinblick auf die der UniCredit durch jenen Vertrag eingeräumten Berechtigungen.
2. Es wird weiter beantragt, gem. § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG als besonderen Vertreter Herrn Rechtsanwalt Dr. Thomas Heidel, Bonn, zu bestellen. Der besondere Vertreter ist berechtigt, zu seiner Unterstützung qualifizierte Berufsträger heranzuziehen, die zur beruflichen Verschwiegenheit verpflichtet sind.

Soweit es zur Rechtsverfolgung von Ansprüchen der Gesellschaft durch die besonderen Vertreter genügt, kann sich dieser auch als Nebenintervenient an ggf. bereits anhängigen Schadenersatzklagen zugunsten der Gesellschaft beteiligen.

Gegen diesen Beschluss hat UniCredito Anfechtungsklage erhoben, die zwischenzeitlich durch noch nicht rechtskräftiges Urteil des Landgerichts München I vom 4.10.2007 abgewiesen wurde.

Nachdem sich der Kläger in den Tagen nach der Hauptversammlung vom 26./27.6.2007 in seiner Tätigkeit als besonderer Vertreter durch die Verfügungsbeklagte zu 2) und deren Vorstand, dem Verfügungsbeklagten zu 1), behindert fühlte und er nur einen Teil der von ihm herausverlangten Unterlagen erhalten hatte, beantragte er mit Schriftsatz vom 6.7.2007 den Erlass einer einstweiligen Verfügung. Er begehrte, den Verfügungsbeklagten zu untersagen, seine Tätigkeit als besonderer Vertreter direkt oder indirekt zu behindern, insbesondere ihn daran zu hindern, sein umfassendes Prüfungsrecht nach seinem Ermessen auszuüben, Bücher und Papiere der Verfügungsbeklagten zu 2) einzusehen sowie von Mitgliedern des Vorstands und Aufsichtsrats der Verfügungsbeklagten zu 2), von deren Abschlussprüfer, Angestellten und sonstigen Vertragspartnern die erforderlichen Auskünfte zu verlangen. Ferner beantragte er, den Verfügungsbeklagten aufzuerlegen, jederzeit den ungehinderten Zugang zu den Räumlichkeiten und den Unterlagen der Verfügungsbeklagten zu 2) zu gewähren und ihm die Möglichkeit einzuräumen, nach eigenem freiem Ermessen alle Unterlagen einzusehen und Kopien derselben zu fertigen. In seinem Antrag führte der Verfügungskläger in Anlehnung an den Beschluss zu TOP 10 der Hauptversammlung die Sachverhaltskomplexe auf, zu deren Prüfung er die Unterlagen benötige. Außerdem listete er diverse Korrespondenz, Protokolle, Gutachten u. a. auf, die insbesondere zu den zugänglich zu machenden Unterlagen gehörten. Schließlich beantragte der Verfügungskläger, den Verfügungsbeklagten aufzuerlegen, sämtliche Mitarbeiter der Verfügungsbeklagten zu 2) über seine Bestellung als besonderer Vertreter, seine Funktion und seine Bitte um Kooperation zu unterrichten.

Im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens erhielt der Verfügungskläger einen Teil der von ihm begehrten Unterlagen, worauf die Parteien den Rechtsstreit insoweit

übereinstimmend für erledigt erklärten. Im Übrigen beantragten die Verfügungsbeklagten, den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung abzuweisen.

II.

Das Landgericht hat den Verfügungsantrag als unzulässig abgewiesen, soweit er sich gegen den Verfügungsbeklagten zu 1) richtet, weil der Vorstand einer Aktiengesellschaft nicht im Sinne des § 50 Abs. 1 ZPO parteifähig sei. Im Übrigen gab es dem Antrag teilweise statt: Der Verfügungsbeklagten zu 2) wurde auferlegt, dem Verfügungskläger in der von diesem beantragten Weise und im Wesentlichen auch in dem von ihm begehrten Umfang Unterlagen zugänglich zu machen. Ferner wurde der Verfügungsbeklagten zu 2) - weitgehend wie vom Verfügungskläger beantragt - verboten, den Verfügungskläger in seiner Tätigkeit als besonderer Vertreter zu behindern. Außerdem hat das Erstgericht die Verfügungsbeklagte zu 2) dazu verurteilt, die Mitarbeiter, die bei der Abwicklung der fraglichen Sachverhalte tätig und/oder für diese verantwortlich waren, über die Funktion des Verfügungsklägers zu unterrichten.

In den Gründen der Entscheidung führte das Erstgericht unter anderem aus, gegen die Verfügungsbeklagte zu 2) bestehe ein Verfügungsanspruch, der sich aus der Stellung des besonderen Vertreters gemäß § 147 Abs. 2 AktG ergebe. Dieser sei gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft; seine Befugnis, Ersatzansprüche gegen Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder gegen Dritte im Namen der Gesellschaft geltend zu machen, müsse als ein abgespaltener Teil der umfassenden gesetzlichen Vertretungsmacht der Organe angesehen werden. Demgemäß habe der Kläger als besonderer Vertreter alle Rechte gegenüber der Verfügungsbeklagten zu 2), deren er zur Durchführung seiner Aufgaben bedürfe.

Die Einsetzung des besonderen Vertreters durch Beschluss der Hauptversammlung vom 26./27.6.2007 sei wirksam. Der Beschluss sei sowohl hinsichtlich der Lebenssachverhalte, derentwegen ein Ersatzanspruch geltend zu machen sei, als

auch in Bezug auf die möglichen Anspruchsgegner hinreichend bestimmt. Der Beschluss sei auch nicht rechtsmissbräuchlich. Ein Rechtsmissbrauch lasse sich insbesondere nicht damit begründen, dass der Beschluss den Verfügungskläger zur Erhebung einer Vielzahl offensichtlich unbegründeter Klagen zwingt. Die Pflicht zur Geltendmachung der Ansprüche reduziere sich nämlich auf die Personen, gegen die nach Einschätzung des Verfügungsklägers ein entsprechender Anspruch bestehe. Gelange der besondere Vertreter zu der Überzeugung, der Ersatzanspruch bestehe nicht oder sei mit einem unvertretbar hohen Prozessrisiko verbunden, habe er die Möglichkeit der Amtsniederlegung. Auch der Umstand, dass für die Großaktionärin UniCredito ein Stimmverbot bestanden habe, rechtfertige nicht die Annahme eines Rechtsmissbrauchs. Es habe kein zwingender Anlass bestanden, die Beschlüsse hinsichtlich verschiedener in Betracht kommender Anspruchsgegner zu trennen. Zudem habe auch kein Aktionär Widerspruch gegen eine einheitliche Abstimmung erhoben. Auch könne die Verfügungsbeklagte zu 2) nicht mit Erfolg geltend machen, der Vorstand könne die Umsetzung des Beschlusses verweigern, weil er zur Prüfung der Erfolgsaussicht der gegen den Beschluss erhobenen Anfechtungsklage befugt sei. Vielmehr sei der Vorstand gemäß § 83 Abs. 2 AktG verpflichtet, die von der Hauptversammlung im Rahmen ihrer Zuständigkeit beschlossenen Maßnahmen auszuführen. Die Erhebung einer Anfechtungsklage führe, abgesehen von den im Gesetz ausdrücklich bestimmten, hier nicht einschlägigen Ausnahmefällen, nicht zu einer Suspendierung des Inhalts des angefochtenen Beschlusses.

Auch ein Verfügungsgrund sei gegeben. Eine Leistungsverfügung im Sinne des § 940 ZPO, welche die Hauptsache vorwegnehme, sei hier mit Blick auf die Bestimmung des § 147 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 AktG, die vorsehe, dass die Ansprüche binnen sechs Monaten seit dem Tag der Hauptversammlung geltend gemacht würden, ausnahmsweise zulässig. Insofern müsse auch berücksichtigt werden, dass der Rechtsordnung in anderen Fällen die Durchsetzung von Informationsansprüchen mittels einstweiliger Verfügung nicht unbekannt sei, wie namentlich § 101a Abs. 3 UrhG, § 46 Abs. 3 GeschmMG, § 19 Abs. 3 MarkenG zeigten.

Aufgrund dessen bejahte das Landgericht ein Informations- und Einsichtsrecht des Verfügungsklägers, wobei diesem hinsichtlich der Frage, welche Unterlagen er benötige, ein pflichtgemäß auszuübendes, aber weites Ermessen zustehe, dessen Ausübung nur auf Missbrauch hin überprüft werden könne. Ferner sah das Landgericht den Antrag auf Ausspruch eines Verbots, den Verfügungskläger in seiner Tätigkeit zu behindern, als weitgehend begründet an. Der Begriff "hindern" sei hinreichend bestimmt. Ob im Einzelfall eine etwaige Zuwiderhandlung von dem Verbot umfasst sei oder ob die vom Kläger begehrte Maßnahme von dem ihm zustehenden Ermessen nicht mehr gedeckt sei, könne dann ggf. in einem Vollstreckungsverfahren geprüft werden. Die Stellung als besonderer Vertreter gebe dem Verfügungskläger ferner die begehrten Auskunftsrechte u. a. gegenüber Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsrats der Verfügungsbeklagten zu 2), weil er bezüglich der Erlangung der Informationen von Mitarbeitern an die Stelle des Vorstands trete. Demzufolge habe er auch die Direktionsbefugnis im Zusammenhang mit der Befragung von Mitarbeitern. Aus der Stellung des Verfügungsklägers als besonderer Vertreter, der im Rahmen seiner Befugnisse an die Stelle des Vorstandes trete, resultiere schließlich die Notwendigkeit der Unterrichtung der Mitarbeiter. Allerdings sei diese Unterrichtung auf den Kreis der Mitarbeiter zu beschränken, der mit den einzelnen Transaktionen befasst gewesen sei.

III.

Gegen dieses Urteil haben sowohl der Verfügungskläger als auch die Verfügungsbeklagte zu 2) Berufung eingelegt.

Der Verfügungskläger verfolgt mit seiner Berufung das Ziel weiter, im Wege der einstweiligen Verfügung auch den Verfügungsbeklagten zu 1) zu verpflichten. Er vertritt die Auffassung, dieser sei richtiger Beklagter, denn nicht die Verfügungsbeklagte als solche, sondern deren Vorstand blockiere als Organ die Tätigkeit des

(außerordentlichen) Organs besonderer Vertreter. Es handele sich mithin um einen Streit über Kompetenzen zwischen zwei Organen der Gesellschaft, bei dem einer neueren Lehre folgend eine Interorganklage zulässig sei.

Ferner begehrt der Verfügungskläger, sämtliche Mitarbeiter der Verfügungsbeklagten zu 2) über seine Funktion zu unterrichten, weil es nicht der Entscheidung der Verfügungsbeklagten zu 1) überlassen bleiben könne, welche Mitarbeiter informiert würden, zumal von dem BCA als faktisch praktizierten, verdeckten Beherrschungsvertrag jeder Mitarbeiter der Verfügungsbeklagten zu 2) mittelbar oder unmittelbar betroffen sei. Eine Unterrichtung aller Mitarbeiter sei außerdem aus Gründen der Waffengleichheit gebunden, weil die Verfügungsbeklagte zu 2) über das Intranet eine "Verteidigungsrede" an alle Mitarbeiter habe verbreiten lassen.

Der Verfügungskläger beantragt,

das Urteil des Landgerichts München I teilweise abzuändern und im Wege der einstweiligen Verfügung

1. auch den Verfügungsbeklagten zu 1) – und hilfsweise für den Fall, dass der Senat lediglich den Verfügungsbeklagten zu 1) für passivlegitimiert bzw. parteifähig hält, nur diesen – gemäß Ziffer I. bis III. des Tenors der einstweiligen Verfügung vom 6. September 2007 unter Berücksichtigung des nachfolgenden Antrags zu 2) zu verurteilen;
2. die Verfügungsbeklagten zu 1) und zu 2) – und hilfsweise für den Fall, dass der Senat lediglich den Verfügungsbeklagten zu 1) für passivlegitimiert bzw. parteifähig hält, nur diesem – aufzuerlegen, alle Mitarbeiter der Verfügungsbeklagten zu 2) gemäß dem den Verfügungsbeklagten vom Verfügungskläger vorgelegten Schreiben zur Mitarbeiterunterrichtung, hilfsweise gemäß Ziffer III. der einstweiligen Verfügung vom 6. September 2007 zu unterrichten.

Die Verfügungsbeklagten beantragen die Zurückweisung der Berufung des Berufungsklägers und verweisen hierzu u. a. darauf, dass auch in allen bisher veröffentlichten Urteilen zu Auskunfts- und Einsichtsrechten des besonderen Vertreters die Gesellschaft selbst als richtige Beklagte angesehen worden sei. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sei eine Klage auch dann gegen die Gesellschaft zu richten, wenn dem Vorstand ein Fehlverhalten vorgeworfen werde. Ferner habe das Landgericht zu Recht festgestellt, dass es rechtsmissbräuchlich und von der Funktion des besonderen Vertreters nicht gedeckt wäre, wenn dieser auch an solche Mitarbeiter der Verfügungsbeklagten zu 2) herantreten würde, die mit den streitigen Komplexen nichts zu tun gehabt hätten.

Mit ihrer Berufung macht die Verfügungsbeklagte zu 2) u. a. geltend, der Beschluss, mit dem der besondere Vertreter bestellt worden sei, verstoße gegen § 147 AktG, weil er sowohl hinsichtlich der fraglichen Ansprüche als auch hinsichtlich der in Betracht kommenden Anspruchsgegner nicht ausreichend bestimmbar sei. So handele es sich bei den im Bestellungsbeschluss als Anspruchsgegner genannten mit UniCredito im Sinne von §§ 15 ff. AktG verbundenen Unternehmen um mehr als 1.000 rechtlich selbständige Gesellschaften, wobei der Bestellungsbeschluss offen lasse, zu welchem Zeitpunkt Unternehmen mit UniCredito verbunden gewesen sein müssten, um Anspruchsgegner zu sein. Auch die betreffenden Lebenssachverhalte seien im Bestellungsbeschluss nicht hinreichend gekennzeichnet. Im besonderen Maße gelte dies für das am 12.6.2005 abgeschlossene BCA. Nach der Entscheidung des Erstgerichts könne der Verfügungskläger praktisch jeden Geschäftsvorfall seit Abschluss des Vertrags untersuchen und dies damit begründen, dass der Bezug zum BCA schon deshalb bestehe, weil die Verfügungsbeklagte zu 2) aufgrund des BCA als faktischen Beherrschungsvertrags der Leitung der UniCredito unterliege.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts dürfe ein besonderer Vertreter nicht selbst ermitteln, gegen welche Personen Ersatzansprüche geltend zu machen

seien; vielmehr müsse ein Beschluss nach § 147 AktG diese Personen nennen oder bestimmbar bezeichnen. Dem besonderen Vertreter stehe bei der Frage, gegenüber wem Ersatzansprüche geltend zu machen seien, nämlich gerade kein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum zu. Diese Entscheidung obliege allein der Hauptversammlung. Der besondere Vertreter habe auch nicht den Sachverhalt zu ermitteln, sondern lediglich eine prozessuale Rolle auszufüllen. Er sei auf der Grundlage eines im Prinzip bereits feststehenden Sachverhalts beauftragt, konkrete Ersatzansprüche geltend zu machen. Sei der Sachverhalt noch unklar, sehe das Aktiengesetz einen anderen Weg vor, nämlich die Einsetzung eines Sonderprüfers nach § 142 ff. AktG.

Ferner vertritt die Verfügungsbeklagte zu 2) die Auffassung, dass die dem Verfügungskläger eingeräumten Kompetenzen jedenfalls zu weit gingen. Informationen könne der besondere Vertreter nur über den Vorstand der Gesellschaft erhalten. Er habe daher weder das ihm zugesprochene Zugangsrecht noch Direktionsbefugnisse im Zusammenhang mit der Befragung von Mitarbeitern. Unter keinen Umständen habe er ein Auskunftsrecht gegenüber dem Aufsichtsrat. Die Begrenzung der Kompetenzen des Verfügungsklägers auf dessen pflichtgemäßes Ermessen sei unbestimmt.

Zudem bestehe kein Verfügungsgrund. Die einstweilige Verfügung führe zu einer Vorwegnahme der Hauptsache, die nicht mehr rückgängig gemacht werden könne. Eine dies rechtfertigende Dringlichkeit sei nicht ersichtlich, insbesondere drohe keine Verjährung der Ansprüche. Durch den Vollzug der einstweiligen Verfügung entstünden der Verfügungsbeklagten zu 2) Kosten in Millionenhöhe.

Die Verfügungsbeklagte zu 2) beantragt daher,

das Urteil des Landgerichts München I aufzuheben, soweit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde, und diesen Antrag zurückzuweisen.

Der Verfügungskläger beantragt,

die Zurückweisung der Berufung der Verfügungsbeklagten zu 2).

Er trägt hierzu u. a. vor, die Verfügungsbeklagte zu 2) versuche im Wege der Auslegung dem Bestellungsbeschluss einen unsinnigen Inhalt zu geben, um dessen angebliche unzureichende Bestimmtheit zu begründen. Eine "Individualisierung" der Anspruchsgegner sei bei einer Verweigerung der vom besonderen Vertreter begehrten Auskünfte nicht möglich, für die Wirksamkeit des Bestellungsbeschlusses aber auch nicht erforderlich. Ein besonderer Vertreter müsse auch Ermittlungsbefugnisse haben, da er ansonsten niemals zur Erfüllung seiner Aufgaben in der Lage wäre. Der Umstand, dass dem besondere Vertreter vorliegend eine sehr umfangreiche Aufgabe übertragen worden sei, führe nicht zur Unwirksamkeit der Bestellung. Dass der Verfügungsbeklagten zu 2) Kosten in Millionenhöhe entstünden, sei eine nicht näher belegte Behauptung. Er, der Verfügungskläger, sei um Kostenminimierung bemüht. Im Übrigen wären solche Kosten auch gerechtfertigt, weil es um Schadenersatz in Milliardenhöhe gehe.

B.

Die Berufung der Verfügungsbeklagten zu 2) ist teilweise begründet. Dem Verfügungskläger stehen zwar in seiner Funktion als besonderer Vertreter Auskunfts- und Einsichtsrechte zu. Der Umfang seiner Kompetenzen ist jedoch, jedenfalls soweit ihm diese derzeit im Wege einer einstweiligen Verfügung zugesprochen werden können, enger als vom Erstgericht angenommen.

I.

Es besteht ein Verfügungsanspruch: Aus seiner Stellung und Funktion als besonderer Vertreter resultieren Informationsrechte des Verfügungsklägers.

1. Auf der Grundlage des Sachvortrags der Parteien im vorliegenden Verfügungsverfahren ist davon auszugehen, dass der Verfügungskläger durch Beschluss der Hauptversammlung vom 26./27.6.2007 rechtswirksam als besonderer Vertreter eingesetzt wurde.

a) Gemäß § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG erfolgte die Bestellung als besonderer Vertreter zur Geltendmachung bestimmter, jedenfalls bestimmbarer Ersatzansprüche. Die Einsetzung des besonderen Vertreters in Nr. 2 des Beschlusses zu TOP 10 der Hauptversammlung ist im Zusammenhang mit den in Nr. 1 des Beschlusses aufgeführten Sachverhalten zu sehen, derenwegen Ersatzansprüche erhoben werden sollen. Dort sind unter lit. a) bis d) die geschäftlichen Handlungen, die Schadenersatzansprüche begründen sollen, so konkret bezeichnet, dass der dem Verfügungskläger erteilte Auftrag hinreichend klar umrissen ist. Insbesondere sind die fraglichen anspruchsbegründenden Sachverhalte so genau bezeichnet, dass im Falle einer späteren Klageerhebung durch den besonderen Vertreter festgestellt werden kann, ob der Gegenstand der Klage mit den von der Hauptversammlung gemeinten Ansprüche übereinstimmt (vgl. OLG Frankfurt, DB 2004, 177 f.). Dies gilt auch für den unter lit. d) genannten BCA. Als anspruchsbegründende Handlung ist gemäß dem Hauptversammlungsbeschluss der Abschluss dieses Vertrages anzusehen. Zwar mag es zur Feststellung etwaiger hieraus resultierender Schäden notwendig sein, auch später in Vollzug des BCA vorgenommene Geschäftshandlungen zu berücksichtigen. Dies ändert aber nichts daran, dass sich die vom besonderen Vertreter geltend zu machenden Ersatzansprüche allein auf den Abschluss des BCA als anspruchsbegründende Handlung und nicht auf etwaige spätere gesellschaftswidrige oder sonst pflichtwidrige Handlungen stützen können. Auch insoweit ist daher der anspruchsbegründende Lebenssachverhalt hinreichend konkret bezeichnet.

- b) Der Beschluss wurde auch nicht in rechtsmissbräuchlicher Weise herbeigeführt. Ein Rechtsmissbrauch ergibt sich insbesondere nicht daraus, dass über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen verschiedene Anspruchsgegner in einem Abstimmungsverfahren entschieden wurde und die Mehrheitsaktionärin UniCredito damit auch insoweit von der Abstimmung ausgeschlossen war, als es um Ansprüche gegen Vorstand und Aufsichtsrat der Verfügungsbeklagten zu 2) ging. Entgegen der Ansicht der Verfügungsbeklagten widerspricht dies nicht der Intention des Stimmverbots nach § 136 Abs. 1 Satz 1 Var. 3 AktG. Das Stimmverbot bezweckt die Neutralisierung von Sonderinteressen eines Aktionärs, die ihrer Art nach typischer Weise dazu führen würden, dass sich die Stimmabgabe nicht am Gesellschaftsinteresse, sondern am Eigeninteresse des Abstimmenden orientiert (vgl. Hüffer, AktG, 7. Aufl., § 136 Rn. 1 m. w. N.). Dieser Normzweck kommt aber ebenfalls zum Tragen, wenn – wie vorliegend – wegen desselben Sachverhalts Ansprüche nicht nur gegen den Aktionär, sondern auch gegen Vorstand und Aufsichtsrat im Raum stehen. Auch hier liegt nahe, dass der Aktionär im Eigeninteresse die Inanspruchnahme des Vorstands und/oder des Aufsichtsrats blockiert, weil sich mit der Durchsetzung solcher Ansprüche, etwa aufgrund der im Rahmen eines Rechtsstreits gewonnenen Erkenntnisse, mittelbar auch seine Rechtsposition verschlechtern könnte. Unabhängig davon, ob die verschiedenen Anspruchsgegner als Gesamtschuldner oder nebeneinander in Anspruch genommen werden können, ist bei einer solchen Fallkonstellation eine einheitliche Beschlussfassung mit der Folge eines Stimmverbots betroffener Aktionäre nicht als rechtsmissbräuchlich anzusehen.

Im Übrigen teil der Senat die Auffassung des Landgerichts, dass die Beschlussgegenstände auch deshalb zu einer einheitlichen Abstimmung zusammengefasst werden konnten, weil kein anwesender Aktionär Widerspruch gegen dieses Vorgehen erhoben hat (vgl. BGH NZG 2003, 1023).

- c) Die Bestellung des besonderen Vertreters war auch nicht deshalb rechtsmissbräuchlich, weil vor der Geltendmachung von Ersatzansprüchen das Ergebnis der gegen die Zustimmungsbeschlüsse der außerordentlichen Hauptversammlung vom 25.10.2006 erhobenen Anfechtungsklagen abgewartet werden müsste. Diese Anfechtungsklagen sind nicht vorgreiflich im Sinne des § 148 ZPO. Auch wenn die Anfechtungsklagen gegen die Zustimmung zum Verkauf der BACA keinen Erfolg haben sollten, wären Ersatzansprüche nicht ausgeschlossen. Zwar tritt nach § 93 Abs. 4 Satz 1 AktG die Ersatzpflicht eines Vorstandsmitglieds nicht ein, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung beruht. Eine Erfolglosigkeit der Anfechtungsklagen ließe zum einen aber Ansprüche gegen den Aufsichtsrat und das beherrschende Unternehmen unberührt. Zum anderen wären grundsätzlich auch noch Ansprüche gegen den Vorstand möglich, so insbesondere aufgrund von Handlungen, die nicht auf dem angefochtenen Hauptversammlungsbeschluss beruhten, sondern – wie der Abschluss des BCA und der Veräußerungsvertrag vom 12.9.2006 – diesem vorangingen. Eine nachträgliche Billigung durch die Hauptversammlung genügt für den Haftungsausschluss nicht (Hüffer, AktG, a.a.O., § 93 Rn. 25).
- d) Inhalt und Umfang des Bestellungsbeschlusses vom 26./27.6.2007 sind im Wesentlichen, allerdings nicht in jeder Hinsicht von der Rechtsgrundlage des § 147 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 AktG gedeckt, nach der der Verfügungskläger zur Geltendmachung von aus der Geschäftsführung entstandenen Ersatzansprüchen der Gesellschaft gegen die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats oder aus § 117 AktG bestellt werden konnte.

(1) Geltend machen kann der besondere Vertreter auch die unter Nr. 1 Satz 1 des Hauptversammlungsbeschlusses aufgeführten Schadensersatzansprüche nach § 317 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3, § 318 Abs. 1 und 2 AktG. Der Senat teilt die Auffassung des Landgerichts in der die Anfechtungsklage

gegen diesen Beschluss abweisenden Entscheidung vom 4.10.2007, wonach solche Ansprüche vom Mandat des besonderen Vertreters umfasst sein können.

Im juristischen Schrifttum wird allerdings auch die Ansicht vertreten, dass § 147 AktG für diese konzernrechtlichen Ansprüche nicht gilt. Diese Meinung stützt sich auf den Wortlaut des § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG, in dem diese Ansprüche nicht genannt sind. Ferner wird argumentiert, dass den Gesetzesmaterialien zu § 309 Abs. 4 AktG zufolge das Klagerecht der Aktionäre an die Stelle des sonst bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft bestehenden Minderheitenrechte aus § 147 AktG trete (so Koppensteiner in: Kölner Kommentar zum AktG, 2. Auflage, § 309 Rn. 31 und § 317 Rn. 27; Hüffer, AktG, 7. Auflage, § 309 Rn. 21 und § 317 Rn. 16).

Die Gesetzesmotive sind indes keineswegs eindeutig; sie lassen sich un schwer auch dahin interpretieren, dass das Klageerzwingungsrecht von Minderheiten nach § 147 AktG fortgelten und durch die Einzelklagebefugnis des Aktionärs ergänzt werden sollte (vgl. Kropff in: Münchener Kommentar zum AktG, 2. Aufl., § 317 Rn. 58). Zudem sprechen gewichtige Gründe für die Anwendbarkeit des § 147 AktG auch auf die konzernrechtlichen Ansprüche der §§ 317, 318 AktG (vgl. Kropff in: Festschrift für Bezenberger, 2000, S. 233/244 ff.; ders. in: Münchener Kommentar zum AktG, a.a.O., § 317 Rn. 57 ff.; Hirte in: Großkommentar zum AktG, a.a.O., § 309 Rn. 41; Bezenberger in: Großkommentar zum AktG, a.a.O., § 147 Rn. 13). Der Wortlaut des § 147 Abs. 1 AktG schließt konzernrechtliche Verstöße insoweit ein, als sie Maßnahmen der Geschäftsführung der beherrschten Gesellschaft darstellen. Wenn aber § 147 AktG bereits für die aus solchen Maßnahmen resultierenden Ersatzansprüche gegen Vorstand und Aufsichtsrat gilt, so legt das in § 318 AktG ausdrücklich angeordnete, bei anderen abhängigkeitsbedingten Geschäftsführungsverstößen von Vorstand und Aufsichtsrat aber ebenfalls anzunehmende (vgl. Hüffer, AktG, a.a.O., § 318

Rn. 10; Koppensteiner in: Kölner Kommentar zum AktG, 2. Auflage, § 318 Rn. 10) Gesamtschuldverhältnis mit dem Ersatzpflichtigen nach § 317 AktG nahe, dass § 147 AktG auch auf die Ersatzansprüche gegen das herrschende Unternehmen angewandt werden kann. Hinzu kommt die nahezu identische Zielrichtung der Haftungstatbestände des § 117 AktG und des § 317 AktG. Ersatzansprüche nach § 117 AktG sind in § 147 AktG ausdrücklich genannt, weshalb die Minderheit erzwingen kann, dass solche Ansprüche gegebenenfalls auch gegen ein herrschendes Unternehmen geltend gemacht werden. Bei einer faktischen Beherrschung decken sich die nebeneinander anwendbaren Haftungstatbestände nach § 117 AktG und § 317 AktG weitgehend, wobei die an Vorsatz geknüpfte Haftung nach § 117 AktG allerdings kaum praktische Bedeutung erlangt, weil der insofern weitere § 317 AktG die Fälle des § 117 AktG mit umfasst. Im Hinblick auf diesen engen dogmatischen Zusammenhang ist nicht davon auszugehen, dass § 147 AktG nur Ansprüche aus § 117 AktG, nicht jedoch die im Ansatz gleichartige, aber schärfere Haftung des herrschenden Unternehmens nach § 317 AktG erfassen will. Die Geltung des § 147 AktG auch für konzernrechtlichen Ansprüche entspricht zudem dem Sinn und Zweck der Bestimmung. Diese Vorschrift will die tatsächliche Geltendmachung bestimmter Ersatzansprüche der Gesellschaft sichern, wodurch dem das pflichtgemäße Verhalten bewirkenden Haftungsdruck für die Organe Nachdruck verliehen werden soll (vgl. BT-Drucks. 15/1592, S. 19 ff.; Schröer in: Münchener Kommentar zum AktG, a.a.O., § 147 Rn. 6). Bei Ansprüchen gegen das herrschende Unternehmen ist die Gefahr besonders groß, dass die Organe des beherrschten Unternehmens sie unter dem Einfluss des herrschenden Unternehmens nicht von sich aus geltend machen. Dann aber wäre es kaum nachvollziehbar, wenn ausgerechnet hier die Möglichkeit versagt bliebe, eine widerstrebende Verwaltung zur Klage zu zwingen (vgl. Kropff in: Festschrift für Bezenberger, a.a.O., S. 233, 246). Das Klagerecht jedes einzelnen Aktionärs stellt schon im Hinblick auf das damit für den Aktionär verbundene Prozesskostenrisiko keine gleichwertige Alternative dar.

Es ist daher davon auszugehen, dass ein besonderer Vertreter auch zur Geltendmachung von Ansprüchen aus §§ 317, 318 AktG eingesetzt werden kann.

(2) Nicht zulässig ist dagegen die Bestellung des Verfügungsklägers zur Geltendmachung der Ansprüche von Minderheitsaktionären, wie sie unter Nr. 1 lit. d) des Hauptversammlungsbeschlusses angesprochen sind. Der besondere Vertreter hat stets nur Ansprüche der Gesellschaft durchzusetzen.

Auch verlässt der Hauptversammlungsbeschluss den von § 147 AktG vorgegebenen rechtlichen Rahmen, soweit der Verfügungskläger nach Nr. 1 Satz 1 des Beschlusses auch Ansprüche gegen die mit der Mehrheitsaktionärin UniCredito gemäß §§ 15 ff. AktG verbundenen Unternehmen geltend machen soll. Bei diesen verbundenen Unternehmen (nach dem Vorbringen der Verfügungsbeklagten mehr als 1.000 Gesellschaften) handelt es sich weder um die in § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG genannten potentiellen Anspruchsgegner noch - soweit ersichtlich - um juristische Personen, welche die Verfügungsbeklagte zu 2) im Sinne der §§ 317, 318 AktG beherrschen. Auch ist dem Beschluss nicht zu entnehmen, dass und gegebenenfalls in welcher Weise eines dieser Unternehmen oder die für das Unternehmen handelnden Personen einen Einfluss auf die Verfügungsbeklagte zu 2) im Sinne des § 117 Abs. 1 AktG hätte ausnützen können. Wenn die Geltendmachung eines solchen Anspruches nach § 117 Abs. 1 Satz 1 AktG gegen ein "verbundenes Unternehmen" oder seine gesetzlichen Vertreter beabsichtigt gewesen sein sollte, hätten das Unternehmen im Beschluss benannt und der zugrundeliegende Sachverhalt im Beschluss angegeben werden müssen.

Die unzulässige Erstreckung des Mandats des besonderen Vertreters auf "im Sinne von § 15 ff. AktG verbundene Unternehmen jeweils einschließlich der gesetzlichen Vertreter" sowie - hinsichtlich des unter lit. d) genannten Sachverhalts - auf Ansprüche von Minderheitsaktionären führen jedoch nicht zu einer Gesamtnichtigkeit des Bestellungsbeschlusses. Vielmehr ist in entsprechender Anwendung des § 139 BGB (s. hierzu z. B. BGH NJW 1988, 1214; NJW 1994, 520 ff.; Hüffer, AktG, a.a.O., § 241 Rn. 36) davon auszugehen, dass der Beschluss nur hinsichtlich dieser mangelhaften Teile unwirksam ist, im Übrigen die gewollten Rechtswirkungen jedoch eintreten. Bei der entsprechenden Anwendung des § 139 BGB ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die Hauptversammlung, hätte sie die Nichtigkeit der betreffenden Teile erkannt, am Beschluss im Übrigen festgehalten hätte (OLG Hamburg, AG 2000, 326/328). Vorliegend lässt der Beschluss bei Gesamtbeurteilung erkennen, dass der Verfügungskläger möglichst umfassend beauftragt werden sollte, Ersatzansprüche aus den genannten Sachverhaltskomplexen geltend zu machen. Dass es dabei - wie im Beschluss mehrfach ausdrücklich angegeben - um die Ansprüche der Gesellschaft gehen sollte, steht unbeschadet der - singulären - Erwähnung von Ansprüchen der Minderheitsaktionäre unter lit. d) außer Frage. Die Darstellung der fraglichen Sachverhaltskomplexe und die namentliche Nennung von drei möglichen Anspruchsgegnern zeigen auch, dass Handlungen der Entscheidungsträger der Verfügungsbeklagten zu 2) und der Großaktionärin UniCredito im Vordergrund stehen. Nach diesem bei objektiver Auslegung erkennbaren Zweck des Beschlusses liegt fern, dass die Bestellung des besonderen Vertreters nur für den Fall erfolgen sollte, dass dieser auch Ansprüche gegen "verbundene Unternehmen" erhebt sowie im Zusammenhang mit dem Sachverhaltskomplex lit. d) Ansprüche von Minderheitsaktionären geltend macht. Vielmehr ist anzunehmen, dass im Falle der Unwirksamkeit dieser klar abgrenzbaren Teile des Beschlusses der besondere Vertreter zumindest hinsichtlich der sonstigen, eindeutig den inhaltlichen Schwerpunkt bil-

denden Beschlussgegenstände bestellt werden sollte. Der Beschluss ist daher nur teilweise nichtig.

- e) Diese Teilnichtigkeit entschärft wesentlich die von den Verfügungsbeklagten in den Vordergrund ihrer Argumentation gestellte Problematik einer hinreichenden Bestimmtheit des Beschlusses hinsichtlich der (potenziellen) Anspruchsgegner. Mit Recht haben die Verfügungsbeklagten darauf hingewiesen, dass der Bestellungsbeschluss insofern unzureichend bestimmt wäre, als er ohne nähere tatsächliche Eingrenzung die Geltendmachung von Ansprüchen gegen eine unüberschaubare Zahl "verbundener Unternehmen" und deren gesetzliche Vertreter vorsieht. Unter Berücksichtigung der diesbezüglichen Teilnichtigkeit des Beschlusses, sind jedoch auch die Anspruchsgegner hinreichend bestimmt, jedenfalls hinreichend bestimmbar. Als mögliche Anspruchsgegner verbleiben somit gemäß Nr. 1 Satz 1 des Hauptversammlungsbeschlusses die gegenwärtigen und ehemaligen Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats der Verfügungsbeklagten zu 2) sowie die Großaktionärin UniCredito einschließlich ihrer gesetzlichen Vertreter.

Der Auffassung der Verfügungsbeklagten, aus der Konzeption des § 147 AktG ergebe sich, dass der Verfügungskläger uneingeschränkt verpflichtet sei, gegen alle diese Personen Ansprüche geltend zu machen, selbst wenn gegen einen Teil von ihnen keine Ansprüche bestünden, ist nicht zu folgen. Ein Beschluss nach § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG gibt dem besonderen Vertreter zwar auf, Ersatzansprüche geltend zu machen (zu dieser Verpflichtung z. B. Schröer in: Münchener Kommentar zum AktG, a.a.O., § 147 Rn. 45). Dies schließt jedoch nicht aus, dass die Hauptversammlung ihn - ausdrücklich oder sinngemäß - auch mit der Prüfung beauftragt, gegen welche von mehreren in Betracht kommenden Anspruchsgegnern eine Klage Erfolg versprechend ist. Ansonsten käme in Fällen, in denen sich ein Anspruch gegen verschiedene Personen richten könnte, die Einsetzung eines beson-

deren Vertreters letztlich nur bei (nahezu) vollständig geklärten Sachverhalten in Betracht, wobei dem besondere Vertreter dann im Wesentlichen nur die Rolle eines "Verfahrensbevollmächtigten" als ausführendes Organ ohne eigene Prüfungskompetenz zukäme. Es erscheint zwar durchaus möglich, dass die Hauptversammlung, die durch ihren Beschluss den Rahmen der Tätigkeit des besonderen Vertreters bestimmt, diesen nur mit einer solch eng umrissenen Funktion einsetzt. Die Regelungen des § 147 AktG lassen jedoch nicht erkennen, dass die Aufgaben und Befugnisse des besonderen Vertreters stets derart eng begrenzt sein müssen. Vielmehr kann es gerade auch dem Willen der Hauptversammlung und dem Zweck des hierauf basierenden Bestellungsbeschlusses entsprechen, dass der besondere Vertreter selbst noch eine rechtliche und/oder tatsächliche Prüfung der Ersatzansprüche vornimmt. Ein solcher Auftrag kommt im vorliegenden Beschluss jedenfalls insoweit zum Ausdruck, als dem Verfügungskläger noch die Prüfung obliegen soll, wer neben den im Beschluss "insbesondere" angegebenen, namentlich genannten Personen in Anspruch zu nehmen ist.

2. Der Verfügungskläger hat als besonderer Vertreter diejenigen Auskunfts- und Einsichtsrechte, die er zur zweckentsprechenden Durchführung eines Ersatzprozesses benötigt (vgl. RGZ 83, 248/252). Dass ihm insoweit gesetzlich nicht geregelte Befugnisse einzuräumen sind, ist im Grundsatz weitgehend unstrittig und beruht letztlich auf dem Rechtsgedanken, dass der besondere Vertreter in die Lage versetzt werden muss, die ihm vom Gesetz zugedachte Aufgabe tatsächlich auch zu erfüllen (RGZ 83, 248/252).

Mit Recht weisen die Verfügungsbeklagten aber darauf hin, dass bei der Bestimmung und Eingrenzung der Befugnisse des besonderen Vertreters auch das daneben existierende Rechtsinstitut des Sonderprüfers zu berücksichtigen ist; denn dem besonderen Vertreter können nicht ohne weiteres gesetzlich nicht geregelte Kompetenzen zugebilligt werden, soweit das Gesetz den zugrundeliegenden Interessen der Gesellschaft und der Gesellschafter durch

die Regelungen über den Sonderprüfer mit gesetzlich klar definierten Befugnissen Rechnung trägt. Nach § 142 Abs. 1 Satz 1 AktG dient die Einsetzung eines Sonderprüfers der "Prüfung von Vorgängen bei der Gründung oder der Geschäftsführung". Der Sonderprüfer hat damit einen Prüfungsauftrag, der nur insoweit gegenständlich beschränkt ist, als er sich auf bestimmte Vorgänge beziehen muss. Demgegenüber ist die Aufgabe des besonderen Vertreters nach § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG die "Geltendmachung des Ersatzanspruchs". Bereits diese unterschiedlichen Gesetzesformulierungen deuten darauf hin, dass der besondere Vertreter nicht wie der Sonderprüfer Vorgänge innerhalb der Gesellschaft umfassend und in alle Richtungen hin zu überprüfen, sondern er aus einem wenigstens im Kern bereits bekannten Sachverhalt Ansprüche durchzusetzen hat. Anders als beim Sonderprüfer liegt der Schwerpunkt seiner Aufgabe also nicht in der Aufklärung noch unklarer Sachverhalte; eine Befugnis, Prüfungen durchzuführen, hat er vielmehr nur als Annexkompetenz zu seiner Funktion, Ansprüche geltend zu machen. Dies erklärt, dass das Gesetz auch keine den Rechten des Sonderprüfers nach § 145 AktG entsprechenden "Ermittlungsbefugnisse" vorsieht. Dafür, dass der besondere Vertreter Ansprüche aus im Wesentlichen bereits bekannten Sachverhalten durchzusetzen hat, spricht ferner die Regelung des § 147 Abs. 1 Satz 2 AktG, wonach der Ersatzanspruch binnen sechs Monaten seit dem Tage der Hauptversammlung geltend gemacht werden soll. Die Einhaltung dieser Frist wäre regelmäßig nicht möglich, wenn der besondere Vertreter zunächst umfangreiche Ermittlungen und Sachverhaltsaufklärungen vorzunehmen hätte.

Andererseits geht der Senat aber auch nicht davon aus, dass der besondere Vertreter überhaupt keine eigenen Prüfungen zu den tatsächlichen Grundlagen der betreffenden Ersatzansprüche vornehmen darf. Ein solch enges Verständnis von der Funktion und den Befugnissen eines besonderen Vertreters würde dieses rechtliche Instrument letztlich im Regelfall zur Wirkungslosigkeit verdammen. Die Prüfungsbefugnisse des besonderen Vertreters sind aber als Annexkompetenz unmittelbar an die Geltendmachung bestimmter Ersatzansprü-

che geknüpft und damit, was die Aufklärung von Sachverhalten anbelangt, sicherlich enger als die des Sonderprüfers. Dementsprechend hat bereits das Reichsgericht (RGZ 83, 248/252) festgestellt, die Kontroll- und Einsichtsrechte von "Revisoren" gingen "bei weitem über das Bedürfnis des Sondervertreters [...] hinaus". Keinesfalls kann der besondere Vertreter hinsichtlich der Aufklärung von Vorgängen Ermittlungsbefugnisse für sich in Anspruch nehmen, die nicht einmal ein Sonderprüfer hätte.

Diese strikte Bindung von Prüfungskompetenzen an den Auftrag des besonderen Vertreters, bestimmte Ersatzansprüche geltend zu machen, hat der Senat bei der Entscheidung über die einzelnen Verfügungsanträge berücksichtigt. Noch weiter gehende Einschränkungen der zuzusprechenden Kompetenzen ergaben sich jedoch daraus, dass es sich vorliegend um ein Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes handelt und den Anträgen daher nur insoweit stattgegeben werden konnte, als ein Verfügungsgrund vorlag (siehe nachfolgend II.).

II.

Für einen Teil der Anträge ist auch ein Verfügungsgrund gegeben. Grundsätzlich ist allerdings eine einstweilige Verfügung, durch die der Schuldner zur Auskunftserteilung verpflichtet wird, als Vorwegnahme der Hauptsache unzulässig (vgl. Zöllner/Vollkommer, ZPO, 26. Aufl., § 940 Rn. 8 Stichwörter "Auskunft, Einsichtsgewährung"). Eine Ausnahme wird regelmäßig nur zugelassen, wenn die Realisierung des durch die Auskunft vorzubereitenden Hauptanspruchs für den Gläubiger von existenzieller Bedeutung ist und von der umgehenden Erteilung der Auskunft abhängt (siehe z. B. KG Berlin GRUR 1988, 403/404 m. w. N.). Zwar sieht eine Reihe von Vorschriften in Fällen offensichtlicher Rechtsverletzung eine Auskunftsverfügung ausdrücklich vor (§ 46 Abs. 3 GeschmMG; § 140b Abs. 3 PatG; § 101a Abs. 3 UrhG; § 19 Abs. 3 MarkenG), doch ist hinsichtlich einer analogen Anwen-

derung dieser Vorschriften mit Blick auf deren Charakter als Sonderbestimmungen für den Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes Zurückhaltung geboten.

Dafür, dass der Verfügungskläger in gewissem Umfang auch im Wege einer einstweiligen Verfügung Einsichts- und Informationsrechte durchzusetzen vermag (so schon OLG München, DB 1996, 1967 ff.), spricht jedoch der auch vom Erstgericht hervorgehobene Umstand, dass § 147 Abs. 1 Satz 2 AktG die Geltendmachung der Ersatzansprüche binnen sechs Monaten vorsieht. Unbeschadet dessen, dass es sich dabei nur um eine Sollvorschrift handelt, deren Nichteinhaltung keine unmittelbaren rechtlichen Konsequenzen hat, bringt das Gesetz dadurch eine Eilbedürftigkeit zum Ausdruck. Würde man den Verfügungskläger darauf verweisen, seine Rechte ausschließlich im Hauptsacheverfahren geltend zu machen, wäre gerade bei komplexen Sachverhalten wie dem vorliegenden zu befürchten, dass er die Ersatzansprüche auch nicht annähernd so zeitnah verfolgen könnte, wie § 147 Abs. 1 Satz 2 AktG ihm vorgibt. Darüber hinaus würde bei einer unter Umständen zu erwartenden sehr langen Verfahrensdauer eines Hauptsacheprozesses durchaus auch eine erhebliche Schwächung seiner Rechtsposition insbesondere durch Beweismittelverluste (z. B. Vernichtung oder Löschung nicht dauerhaft aufzubewahrender Unterlagen bzw. Dateien) drohen.

Der Ausnahmecharakter einer auf Auskunftserteilung gerichteten Leistungsverfügung ist allerdings bei dem Umfang der Befugnisse zu berücksichtigen, welche dem Verfügungskläger im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes eingeräumt werden können. Nach Auffassung des Senats können ihm zunächst nur solche Auskunfts- und Einsichtsrechte gewährt werden, die für ihn unerlässlich sind, um seine Arbeit aufzunehmen, und die sich auf Unterlagen beziehen, die bereits nach jetzigem Erkenntnisstand eindeutig einen unmittelbaren Bezug zu den im Hauptversammlungsbeschluss genannten Sachverhaltskomplexen aufweisen. Dagegen kann er im Wege der einstweiligen Verfügung nicht zu "Ermittlungen" ermächtigt werden, hinsichtlich derer zweifelhaft ist, ob sie zur Erfüllung seines Auftrags erforderlich und von seinen Kompetenzen als besonderer Vertreter umfasst sind. In

diesem Zusammenhang sind auch die für die Verfügungsbeklagte zu 2) mit solch weit reichenden Informationsbeschaffungen verbundenen Belastungen und Kosten zu berücksichtigen, die bei einer abweichenden Hauptsacheentscheidung oder bei einem Erfolg der gegen den Bestellungsbeschluss erhobenen Anfechtungsklage nicht mehr rückgängig gemacht werden könnten.

Der Senat sieht daher ein gegebenenfalls gestuftes Vorgehen für angebracht an: Sollten sich im Laufe der Arbeiten des Verfügungsklägers konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass zur Prüfung oder zum Beweis bestimmter anspruchsbegründender Tatsachen die Einsicht in weitere Unterlagen erforderlich ist, welche von der Verfügungsbeklagte zu 2) nicht herausgegeben werden, so steht es dem Verfügungskläger offen, gestützt auf entsprechenden konkreten Sachvortrag weiteren einstweiligen Rechtsschutz zu beantragen. Erfolg kann ein solcher Antrag allerdings nur haben, sofern er einen hinreichend bestimmten und damit vollstreckungsfähigen Inhalt hat. Entgegen der Auffassung des Erstgerichts kann dem Verfügungskläger in einer einstweiligen Verfügung nicht die Befugnis eingeräumt werden, nach eigenem pflichtgemäßen Ermessen zu bestimmen, welche Unterlagen er benötigt; denn dies würde den Streit über die Erforderlichkeit der Einsichtnahme auf das hierfür nicht gedachte Vollstreckungsverfahren verlagern.

III.

Gestützt auf die unter B. I. und II. dargelegten Erwägungen gelangte der Senat bezüglich der einzelnen Anträge des Verfügungsklägers zu folgenden Ergebnissen:

1. Der Verfügungskläger kann zu den im Tenor aufgeführten Prüfungszwecken Einsicht in die dort genannten Unterlagen verlangen. Im Übrigen war das Einsichtsbegehren abzuweisen.

- a) Der Gegenstand der Prüfungen des Verfügungsklägers war aus den oben genannten Gründen insoweit einzuschränken, als hiervon weder Ansprüche gegen die mit der Großaktionärin verbundenen Unternehmen noch Ansprüche von Minderheitsaktionären erfasst werden (s oben B. I. 1. d) (2))

Der Antrag des Verfügungsklägers war ferner abzuweisen, soweit er unter lit. d) über den Wortlaut des Hauptversammlungsbeschlusses hinausging. Soweit der Verfügungskläger hier seine Prüfungen auf im Hauptversammlungsbeschluss nicht ausdrücklich genannte, angeblich auf den Abschluss des BCA zurückzuführende Folgegeschäfte (Sachkapitalerhöhung, Veräußerung weiterer Gesellschaften an die UniCredito, Veräußerung von Tochtergesellschaften der BACA) erweitern will, wäre dies ein Prüfungsumfang, der jedenfalls im vorliegenden einstweiligen Verfügungsverfahren nicht zugbilligt werden kann. Insoweit fehlen bereits hinreichend konkrete Darlegungen, inwiefern durch diese Folgegeschäfte Vermögensschäden der Verfügungsbeklagten zu 2) entstanden sein sollen, die gerade auf den Abschluss des BCA (und nicht auf etwaige sonstige unternehmerische Entscheidungen) als zum Schadenersatz verpflichtende Handlung zurückzuführen sind. Im Hinblick darauf besteht aus den oben genannten Erwägungen für eine Einsicht in diesbezügliche Unterlagen derzeit kein Verfügungsgrund.

Die unter Nr. 1 bis Nr. 6 von I. des Tenors genannten Unterlagen müssen dem Verfügungskläger nur insoweit zugänglich gemacht werden, als sie die unter lit. a) bis d) genannten Sachverhalte betreffen. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass die Prüfungskompetenzen eines besonderen Vertreters eng an seinen Auftrag, die genannten Ansprüche geltend zu machen, gebunden sind.

Bei den unter Nr. 1 bis Nr. 6 genannten Unterlagen handelt es sich um solche, die notwendig sind, damit der Verfügungskläger seine Arbeit überhaupt

sinnvoll aufnehmen kann, und hinsichtlich derer daher trotz der hohen Anforderungen an die Zulässigkeit einer Leistungsverfügung (siehe oben II.) bereits jetzt ein Verfügungsgrund vorliegt. Bei der unter Nr. 3 genannten Korrespondenz handelt es sich dabei um Schriftverkehr (einschließlich solchem in elektronischer Form) zu den Entscheidungen des Vorstands und/oder des Aufsichtsrats, die in den Protokollen, Protokollentwürfen oder Ausschussprotokollen angesprochen sind oder dort zumindest anklingen. Dies schließt nach Auffassung des Senats allerdings nicht aus, dass der Verfügungskläger in der Folge auch weitere Korrespondenz zu den genannten Sachverhaltskomplexen benötigt, deren Gegenstand in den genannten Protokollen und Protokollentwürfen keinen Niederschlag gefunden hat. Insoweit besteht aber derzeit noch kein hinreichender Grund für eine diesbezügliche Leistungsverfügung. Unter der Voraussetzung einer hinreichend substantiierten Glaubhaftmachung des dringenden Bedürfnisses für die Einsicht in solche weitere Korrespondenz hält der Senat aber grundsätzlich weiteren einstweiligen Rechtsschutz des Verfügungsklägers für möglich, wobei es für die Verfügungsbeklagte zu 2) freilich veranlasst sein kann, solche Unterlagen bereits auf Anforderung und nicht erst aufgrund einer Verurteilung zugänglich zu machen.

Unter Berücksichtigung der beschränkten Prüfungskompetenz (siehe oben B. I. 2.) ist ein den Erlass einer Leistungsverfügung rechtfertigender Verfügungsgrund derzeit auch nicht feststellbar, soweit der Verfügungskläger Planungsunterlagen der Verfügungsbeklagten zu 2) für das Österreich-Geschäft und das Osteuropa-Geschäft, diverse Unterlagen zu der Veräußerung weiterer Tochtergesellschaften an die UniCredito, Unterlagen zu alternativen Angeboten zur Veräußerung von Beteiligungen sowie Unterlagen zur Ermittlung der von der Verfügungsbeklagten zu 2) getragenen Restrukturierungskosten begehrt. Der Senat verkennt nicht, dass insoweit mehr oder weniger nahe Bezüge zu den vom Prüfungsauftrag umfassten Sachverhaltskomplexen bestehen könnten. Eine hinreichende Darlegung, zur

Prüfung welcher konkreten schadenersatzbegründenden Tatsachen bereits jetzt ein dringendes und zur Erfüllung der Aufgaben als besonderer Vertreter unerlässliches Bedürfnis besteht, all diese Unterlagen einzusehen, ist dem Sachvortrag des Verfügungsklägers jedoch nicht zu entnehmen.

Auch gibt es keinen Anlass, dem Verfügungskläger über die Mitteilung der als Anspruchsgegner in Betracht kommenden, bei der Abwicklung der Komplexe gemäß lit. a) bis d) als Organmitglieder tätigen Personen hinaus eine Liste aller sonstigen Mitarbeiter zugänglich zu machen, die mit diesen Sachverhalten befasst waren.

- b) Einsichts- und Auskunftsrechte stehen dem Verfügungskläger gegenüber der Verfügungsbeklagten zu 2) zu, welche diese Ansprüche über ihren Vorstand, dem Verfügungsbeklagten zu 1), zu erfüllen hat. Der jedenfalls im Ansatz auch im juristischen Schrifttum (s. z. B. Schröer in: Münchener Kommentar zum AktG, a.a.O., § 147 Rn. 45) vertretenen Auffassung des Verfügungsklägers, dass der besondere Vertreter sich diese Informationen selbst verschaffen könne, weil er im Rahmen seines Tätigkeitsbereichs an die Stelle des Vorstands trete und er somit beispielsweise das Recht habe, ungehindert Geschäftsräume zu betreten und von Mitarbeitern die Aushändigung von Unterlagen zu verlangen, vermag der Senat nicht zu folgen.

Nach § 147 AktG ist der besondere Vertreter bestellt, um die Gesellschaft zur prozessualen oder außerprozessualen Durchsetzung der Ersatzansprüche zu vertreten. Von einer solchen Vertretung nach außen hin zu unterscheiden sind Geschäftsführungsbefugnisse wie z. B. Leitungs-, Direktions-, Hausrechte etc. im Innenverhältnis der Gesellschaft. Dass dem besonderen Vertreter solche Befugnisse eingeräumt wären, ist § 147 AktG nicht zu entnehmen und folgt auch nicht mittelbar aus dem Bestehen einer Vertretungsmacht. Generell kann aus einer Vertretungsbefugnis nicht auf eine korrespondierende Geschäftsführungsbefugnis geschlossen werden, was

beispielsweise aus § 82 Abs. 1 und Abs. 2 AktG deutlich wird.

Auch ist die Beschaffung unternehmensinterner Informationen nicht mit der Geltendmachung von Ersatzansprüchen gleichzusetzen, mögen diese Informationen auch zur Durchsetzung der Ansprüche erforderlich sein. Demgemäß wurde auch in der bislang veröffentlichten Rechtsprechung zu Einsichts- und Auskunftsrechten eines besonderen Vertreters davon ausgegangen, dass der besondere Vertreter solche Ansprüche gegen die Gesellschaft zu richten und notfalls einzuklagen hat (s. insb. RGZ 83, 248 ff.; OLG München, DB 1996, 1967 ff.) Das Reichsgericht wies zudem darauf hin, dass die Gesellschaft Besitzerin der Unterlagen sei, weshalb sie nach §§ 809, 810 BGB zu verklagen sei (RGZ 83, 248/250).

Würden einem besonderen Vertreter zu Zwecken der Informationsbeschaffung Zutrittsrechte und Direktionsbefugnisse eingeräumt, gingen seine "Ermittlungsbefugnisse" selbst über die eines Sonderprüfers hinaus, welcher nach § 145 Abs. 1, Abs. 2 AktG die Erfüllung solcher Rechte zwar vom Vorstand verlangen, die Informationen sich aber nicht eigenmächtig verschaffen kann. 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. So wäre es etwa Mitarbeitern der Verfügungsbeklagten zu 2) nicht zuzumuten, zu entscheiden, ob sie im Streitfall der Weisung des Vorstands oder der des besonderen Vertreters zu folgen haben. Ebenso könnten z. B. gravierende Konflikte mit innerhalb der Gesellschaft bestehenden Berichtsstrukturen, mit betriebsverfassungsrechtlichen Rechten der Arbeitnehmerschaft oder mit Sicherheitsaspekten entstehen. Ingesamt wäre ein innerhalb des Unternehmens neben der Unternehmensleitung für einen bestimmten Tätigkeitsbereich agierender weiterer "Vorstand" ein Fremdkörper.

2. Es besteht weder ein Verfügungsanspruch noch ein Verfügungsgrund für den Antrag des Verfügungsklägers, der Verfügungsbeklagten zu 2) zu verbieten, seine Tätigkeit als besonderer Vertreter zu behindern. Seinen Informationsrechten wird im derzeit gebotenen Umfang bereits dadurch Rechnung getragen, dass ihm die erforderlichen Unterlagen zugänglich zu machen sind. Darüber hinausgehende Rechte, sich in den Räumen der Verfügungsbeklagten zu 2) ungehindert zu bewegen und nach eigenem pflichtgemäßen Ermessen Vorstand, Aufsichtsrat, Mitarbeiter und Vertragspartner der Verfügungsbeklagten zu 2) zu befragen, stehen ihm aus den unter B. III. 1. genannten Gründen nicht zu. Solche weit reichenden Befugnisse können nicht mehr auf eine ungeschriebene Annexkompetenz zu den Aufgaben eines besonderen Vertreters gestützt werden; vielmehr müsste es, sollte es denn gewollt sein, dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben, einem besonderen Vertreter solche Eingriffe in die internen Abläufe und Strukturen einer Gesellschaft durch entsprechende Befugnisnormen zu gestatten.

3. Dementsprechend besteht auch keine Veranlassung dazu, die Mitarbeiter der Verfügungsbeklagten zu 2) über die Bestellung und die Funktion des Verfügungsklägers zu unterrichten. Ein Recht, sich im Wege der Ausübung einer Direktionsbefugnis unmittelbar an die Mitarbeiter zu wenden und diese zu befragen, um Sachverhalte zu ermitteln, steht dem Verfügungskläger aus den genannten Gründen nicht zu. Ein anderer gewichtiger Anlass, die Mitarbeiter in der beantragten Weise zu unterrichten, ist nicht ersichtlich.

C.

Die Berufung des Verfügungsklägers erwies sich als unbegründet.

I.

Soweit der Verfügungskläger eine noch weiter gehende Unterrichtung der Mitarbeiter der Verfügungsbeklagten zu 2) über seine Bestellung und seine Funktion begehrt, kann auf die obigen Ausführungen (B. III. 3.) verwiesen werden.

II.

Entgegen der Auffassung des Verfügungsklägers vermag er seine Informationsrechte als besonderer Vertreter nicht auch durch eine gegen den Verfügungsbeklagten zu 1) gerichtete einstweilige Verfügung durchzusetzen. Mit Recht hat das Landgericht den Antrag insoweit abgewiesen. Der Verfügungsbeklagte zu 1) ist als Vorstand der Verfügungsbeklagten zu 2) selbst nicht rechtsfähig und damit auch nicht parteifähig im Sinne des § 50 ZPO. Eine Streitigkeit zwischen verschiedenen Organen einer Gesellschaft, bei der es ausnahmsweise geboten sein könnte, den Vorstand als am Streit beteiligtes Organ als parteifähig zu behandeln, liegt nicht vor. Wie oben ausgeführt, bestehen Auskunfts- und Einsichtsrechte des Verfügungsklägers nur gegenüber der Verfügungsbeklagten zu 2). Dieser ist das Verhalten ihres Vorstands nach § 31 BGB zuzurechnen, so dass auch das Vorbringen des Verfügungsklägers, er werde tatsächlich vom Vorstand an seiner Tätigkeit gehindert, nicht zur Zulassung einer Organklage zwingt. Innerhalb der Gesellschaft hat der Verfügungskläger auch keine dem Vorstand gleichzusetzende Organstellung, weswegen – anders als etwa bei Kompetenzkonflikten zwischen Vorstand und Aufsichtsrat – kein Bedürfnis für eine unmittelbar gegen den Vorstand gerichtete Klage besteht.

D.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92 ZPO. In Übereinstimmung mit dem Landgericht wurde dabei davon ausgegangen, dass die einzelnen Anträge auf Zugänglichmachung bestimmter Unterlagen mit jeweils 7.500 EUR, der Antrag auf Ausspruch eines Behinderungsverbotes mit insgesamt 100.000 EUR und der Antrag auf umfassende Unterrichtung aller Mitarbeiter mit 50.000 EUR zu bewer-

ten sind. Soweit in erster Instanz ein Teil der Anträge übereinstimmend für erledigt erklärt wurde, schließt sich der Senat der diesbezüglichen Kostenentscheidung des Landgerichts an.

Dr. Kainz
Vorsitzender Richter

Neumair
Richterin
am Oberlandesgericht

Kornprobst
Richter

deg-HS



Für den Gleichlaut der Abschrift mit der Urschrift
Oberlandesgericht München, den 18.12.2007

Haindl
Haindl, Justizangestellte
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle