

**Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**

Band 68

Der besondere Vertreter im Aktienrecht

Von

Henrik Humrich



Duncker & Humblot · Berlin

HENRIK HUMRICH

Der besondere Vertreter im Aktienrecht

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 68

Der besondere Vertreter im Aktienrecht

Von

Henrik Humrich



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz hat diese Arbeit
im Jahre 2012 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 1614-7626

ISBN 978-3-428-14021-3 (Print)

ISBN 978-3-428-54021-1 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84021-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2012 vom Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der Johannes Gutenberg-Universität Mainz als Dissertation angenommen und befindet sich auf dem Stand Juni 2012.

Allen voran danke ich meinem geschätzten Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Peter O. Mülbert, der die Arbeit wohlwollend begleitete und mich stets förderte. Ferner danke ich Herrn Professor Reinier H. Kraakman für erkenntnisreiche Gespräche sowie Herrn Prof. Dr. Dirk A. Verse für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Für wertvolle Anregungen und Diskussionen danke ich Herrn Dr. Michael Arnold, Herrn Prof. Dr. Lars Leuschner, Herrn Prof. Dr. Michael Kling und Herrn Prof. Dr. Jan Schürnbrand. Herrn Dr. Jörg Böhmer und Frau Julia Jürves gebührt mein Dank für die Durchsicht des Manuskripts.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinen Eltern für ihre uneingeschränkte Unterstützung bei der Erstellung der Arbeit und meiner gesamten Ausbildung. Schließlich danke ich von ganzem Herzen meiner Frau, Sarah Rizk, für ihre große Geduld und ihr Verständnis.

Düsseldorf, im April 2013

Henrik Humrich

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	15
B. Grundlagen	19
I. Entstehungsgeschichte	19
1. Geltendmachungsbeschluss	19
2. Besonderer Vertreter	23
II. Rechtsformübergreifender Vergleich	23
1. Geltendmachungsbeschluss	23
2. Besonderer Vertreter	25
III. Zweck	26
1. Effektive Haftungsdurchsetzung	26
2. Herstellung der Handlungsfähigkeit	28
3. Minderheitenschutz	29
4. Folgen der Zweckbestimmung	29
IV. Bedeutung für eine effektive Haftungsdurchsetzung	30
1. Ersatzansprüche gegen Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder ..	30
2. Ersatzansprüche gegen Aktionäre	32
V. Minderheitsrecht nach § 147 II 2 AktG	32
1. Entwicklungsgeschichte	33
2. Zweckfortfall des Minderheitsrechts	34
3. Anpassung des Minderheitsrechts an die Aktionärsklage	35
C. Die Geltendmachung eines Ersatzanspruchs nach § 147 I AktG	37
I. Anwendungsbereich	37
1. Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder	37
a) Ausgeschiedene Organwalter und andere Dritte	38
b) D&O-Versicherer	39
c) Geschäftsführung und Anspruchsarten	41
2. Konzernrechtliche Ersatzansprüche	43
a) Einheitliche Lösung für § 147 I 1 AktG	44
b) Erfassung der konzernrechtlichen Ersatzansprüche von § 147 AktG	46
c) Eigene Ansicht	49
aa) Wertungswiderspruch	49
bb) Prozessuale Waffengleichheit	50
cc) Missbrauchsgefahr	51
dd) Ergebnis	53

II.	Prüfung und Auswahl der zu verfolgenden Ersatzansprüche	54
1.	Geltendmachungsbeschluss	54
a)	Wörtliche und systematische Auslegung	55
b)	Zweckmäßigkeitserwägung	56
2.	Weisung und Kompetenzübertragung	58
3.	Ergebnis	59
III.	Hauptversammlungsbeschluss	59
1.	Tagesordnung	59
2.	Beschlussinhalt und Bestimmtheit	61
3.	Stimmrechtsausschluss	63
a)	Maßgeblicher Einfluss	63
aa)	Anspruchsgegner ist Organwalter des Aktionärs	64
bb)	Anspruchsgegner ist Gesellschafter des Aktionärs	65
b)	Interessenverknüpfung	65
aa)	Aktionär ist Gesellschafter des Anspruchsgegners	66
bb)	Aktionär ist Organwalter des Anspruchsgegners	69
cc)	Gesamtschuldverhältnis zwischen Aktionär und Anspruchsgegner	70
dd)	Ergebnis	70
c)	Gemeinschaftliche Verfehlung	70
d)	Ergebnis	71
4.	Erfolgsaussichten der Anspruchsverfolgung	72
a)	Bindung an den Gesellschaftszweck	73
aa)	Geltendmachungsbeschluss als zweckgebundene Entscheidung	73
bb)	Konkretisierung der Zweckbindung	74
b)	Justizierbarkeit	76
c)	Kontrollmaßstab	77
aa)	ARAG/Garmenbeck	78
(1)	Volle gerichtliche Kontrolle	80
(2)	Pflicht von aussichtsloser Anspruchsverfolgung abzusehen	81
(3)	Ergebnis	82
bb)	Angemessene Informationsgrundlage	82
(1)	Erfordernis einer angemessenen Informationsgrundlage	83
(2)	Schaffung der Informationsgrundlage, Rechtsfolge ihres Fehlens	85
d)	Ergebnis	86
5.	Treuepflicht und Gleichbehandlungsgrundsatz	87
6.	Durchsetzbare positive Stimmplflicht	88
a)	Gesellschaftsinteresse	88
b)	Durchsetzbarkeit der Stimmplflicht	89
c)	Ergebnis	90

IV.	Ausführungspflicht	91
1.	Grenzen	92
a)	Rechtswidrigkeit des Geltendmachungsbeschlusses	92
aa)	Pflicht zur Ausführung rechtswidriger Hauptversammlungsbeschlüsse	92
bb)	Übertragung auf den Geltendmachungsbeschluss	94
b)	Nachträgliche Änderung der Beschlussgrundlage	94
aa)	Erlöschen der Ausführungspflicht	95
bb)	Befassung der Hauptversammlung	96
cc)	Ergebnis	97
c)	Erledigung	97
2.	Pflichtverletzung	98
V.	Art und Weise der Anspruchsverfolgung	100
1.	Außergerichtliche und gerichtliche Geltendmachung	100
2.	Verfügungen	102
3.	Vergleiche	103
4.	Geltendmachungsfrist	104
VI.	Weisungsrecht der Hauptversammlung	106
D.	Der besondere Vertreter nach § 147 II AktG	108
I.	Stellung und Funktion	108
II.	Organstellung	110
1.	Organschaft	110
2.	Meinungsstand	111
3.	Stellungnahme	112
a)	Zurechnungsmechanismus	112
aa)	Vertretung	113
bb)	Prozessstandschaft	114
b)	Organstellung des Sondervertreters	115
c)	Folgerungen aus der Organstellung	116
4.	Ergebnis	117
III.	Bestellung und Anstellung	117
1.	Einrichtung des Amts „besonderer Vertreter“	117
a)	Amtseinrichtung und Bestellung des Organwalters	118
b)	Ausgestaltung des Amts	119
2.	Hauptversammlungsbeschluss	120
a)	Formelle Anforderungen	120
b)	Vorheriger Geltendmachungsbeschluss	121
c)	Anforderung an die Person des Sondervertreters	122
d)	Bindung an den Gesellschaftszweck	124
aa)	Verstoß gegen das Gesellschaftsinteresse	124
bb)	Positive Stimmfpflicht	125
3.	Korporationsrechtliches Rechtsverhältnis	126

a) Zustandekommen	126
b) Beendigung	126
aa) Abberufung	126
(1) Abberufungskompetenz der Hauptversammlung	126
(2) Stimmrechtsausschluss des Anspruchsgegners als Alleinaktionär	128
bb) Niederlegung des Amts	129
cc) Versterben beziehungsweise Erlöschen des Organwalters ..	130
dd) Auswechselung des Sondervertreters nach § 147 II 2 AktG ..	131
c) Entlastung des Sondervertreters	131
4. Publizität	132
5. Anstellungsvertrag	133
a) Separater Anstellungsvertrag	133
b) Kompetenz der Hauptversammlung	134
c) Vertragsabschluss	135
d) Vertragliche Ausgestaltung	137
e) Kündigung	138
6. Rechtsfolgen der Nichtigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses	138
a) Lehre vom fehlerhaften Bestellungsverhältnis	139
aa) Bestandsschutz	140
bb) Verkehrsschutz	141
cc) Kompetenzordnung	143
b) Korporationsrechtliche Pflichten	144
c) Anstellungsvertrag	145
IV. Weisungsbinding	146
V. Pflichten und Haftung	150
1. Pflichtenprogramm	150
a) Sorgfalts-, Verschwiegenheits- und Treuepflichten	150
b) Informationspflichten	151
aa) Hauptversammlung	151
bb) Vorstand	152
cc) Gesellschaft	154
2. Haftung	154
3. Haftungsdurchsetzung	156
VI. Befugnisse	157
1. Vertretungsbefugnis	157
a) Reichweite	157
aa) Hilfsgeschäfte	157
bb) Vergleich	158
b) Beschränkbarkeit	159
2. Rechte in der Hauptversammlung	160

a) Einberufung der Hauptversammlung, Ergänzung der Tagesordnung	160
b) Recht auf Teilnahme und Informationserteilung	161
3. Informationsrechte	164
a) Umfassende Informationsbeschaffungsrechte	165
aa) Rechte des Sonderprüfers	166
bb) Rechte des Vorstands und Aufsichtsrats	168
b) Eingeschränkte Informationsansprüche	168
aa) Unerlässliche Annexkompetenz	169
bb) Interorganschaftliches Informationssystem	170
c) Keine Informationsansprüche	170
aa) Systematik der §§ 142–147 AktG	171
bb) Sonderprüfung	171
cc) Gesetzgeberische Wertung	173
d) Ergebnis	174
4. Sonstige Rechte	174
VII. Prozessuale Fragestellungen	175
1. Beschlussmängelstreitigkeiten	176
a) Vertretungsbefugnis des Sondervertreters	176
b) Anfechtungsbefugnis	177
aa) Organ „besonderer Vertreter“	177
bb) Organwalter	179
cc) Ergebnis	180
c) Nebenintervention	180
aa) Organ „besonderer Vertreter“	180
bb) Organwalter	182
cc) Ergebnis	183
2. Geltendmachung des Ersatzanspruches	183
a) Vertretungsbefugnis	183
b) Zeugnissfähigkeit der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder	184
E. Kritische Würdigung ausgewählter Ergebnisse	186
Literaturverzeichnis	189
Stichwortverzeichnis	202

A. Einleitung

Ein zentrales Instrument der Corporate Governance ist die gesellschaftsrechtliche Innenhaftung von Geschäftsleitern, die nicht nur dem Ausgleich von Schäden dient,¹ sondern vor allem präventiv Pflichtverletzungen entgegenwirkt.² Inwieweit die Haftung allerdings tatsächlich verhaltenssteuernde Wirkung hat, hängt von ihrer Ausgestaltung und ihrer Durchsetzung ab. Im Aktienrecht ist die Haftung der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats auf materiell-rechtlicher Ebene ausgesprochen schneidig ausgestaltet, während die Haftungsdurchsetzung bisweilen als „Achillesferse der deutschen Corporate Governance“³ bezeichnet wird.⁴

Für die verbandsinterne Haftungsdurchsetzung sieht das Aktienrecht verschiedene Instrumente vor. Der Vorstand ist grundsätzlich zur Verfolgung der Ansprüche der Gesellschaft zuständig. Lediglich soweit ein Vorstandsmitglied Haftungsadressat ist, liegt die Anspruchsverfolgung in der Kompetenz des Aufsichtsrats. Darüber hinaus hat die Hauptversammlung seit dem ADHGB von 1861 die Möglichkeit, die Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen zu veranlassen. Nach § 147 AktG kann die Hauptversammlung die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder beschließen und einen besonderen Vertreter⁵ zur Durchsetzung dieser Ansprüche bestellen. Schließlich kann auch eine Aktionärsminderheit mit einer Aktionärsklage nach § 148 AktG Schadensersatzansprüche gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder verfolgen.

Literatur und Rechtsprechung haben sich intensiv mit der Haftungsdurchsetzung durch den Aufsichtsrat und eine Aktionärsminderheit beschäftigt. Demgegenüber hat die Wissenschaft für mehr als 140 Jahre dem Verfol-

¹ *Hopt*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 11.

² Für die Haftung von Vorstandsmitgliedern: vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses VorstAG BT-Drucks. 16/13433 S 11; die Steuerungsfunktion für das Aktienrecht betonen *Goette*, Handbuch Corporate Governance, 715 f.; *Ihrig*, in: Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 18 m. w. N.; demgegenüber wird der Präventionsgedanken nach traditioneller Auffassung im Zivilrecht allenfalls als Nebenzweck der Schadensersatzpflicht anerkannt, vgl. *Larenz*, Schuldrecht I, § 27 I (S. 423) m. w. N.

³ *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 2.

⁴ *Langenbucher*, DStR 2005, 2083, 2084; *Semler*, AG 2005, 321, 321; *Trescher*, DB 1995, 661, 661.

⁵ Im Folgenden auch „Sondervertreter“.

gungsrecht der Hauptversammlung kaum Beachtung geschenkt.⁶ Auch in der Rechtsprechung sind nur wenige Urteile zu § 147 AktG ergangen.⁷

Dies änderte sich mit den Vorgängen bei der Hypo und Vereinsbank AG („HVB“).⁸ Im Jahr 2005 erwarb die UniCredit S.p.A. („UniCredit“) über 90% der Anteile an der HVB mittels eines freiwilligen Umtauschangebots. Im Jahr 2007 beschloss die Hauptversammlung der HVB auf Verlangen der UniCredit, die Minderheitsaktionäre gemäß der §§ 327a ff. AktG auszuschließen. Auf derselben Aktionärsversammlung fasste die Hauptversammlung einen Beschluss nach § 147 I 1 AktG über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen „gegen die gegenwärtigen Mitglieder 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“⁹. Die zu verfolgenden Ersatzansprüche gründeten insbesondere darauf, dass die HVB im Jahr 2006 ihre Anteile an der Bank Austria angeblich unter Wert an die UniCredit veräußert hätte. Da sich die Ansprüche auch gegen die UniCredit richteten, war diese bei der Fassung des Geltendmachungsbeschlusses vom Stimmrecht nach § 136 I AktG ausgeschlossen. Daher konnten Minderheitsaktionäre mit nur 1,9% am Grundkapital diesen Beschluss fassen. In gleicher Weise bestellte die Hauptversammlung einen besonderen Vertreter zur Geltendmachung der Ersatzansprüche. Demgegenüber lehnte die Hauptversammlung mit den Stimmen der UniCredit diverse Anträge auf Bestellung eines Sonderprüfers ab.¹⁰

In der Folge kam es zu einer Vielzahl juristischer Auseinandersetzungen um den besonderen Vertreter: Zunächst wendete sich die UniCredit gegen den Beschluss zur Geltendmachung der Ersatzansprüche und die Bestellung eines Sondervertreters im Wege einer Beschlussmängelklage.¹¹ Sie führte insbesondere an, dass der Hauptversammlungsbeschluss zu unbe-

⁶ Mit dem Sondervertreter hat sich lediglich *Böbel*, Besonderer Vertreter, 1 ff., intensiv befasst.

⁷ Siehe zur höchstrichterlichen Rechtsprechung: BGH, NJW 1981, 1097, 1097 ff.; RGZ 114, 397; 397 ff.; 83, 248, 248 ff.; 74, 301, 301 ff.; 18, 56, 56 ff.

⁸ Ausführlich zum den Vorgängen bei der HVB („HVB-Fall“), siehe *Wirth*, in: FS Hüffer, 1129, 1129 ff.

⁹ Voller Wortlaut des Beschlusses bei LG München, ZIP 2007, 1809, 1811.

¹⁰ Nach ganz herrschender Meinung unterliegt ein Aktionär bei der Beschlussfassung über die Bestellung eines Sonderprüfers auch dann keinem Stimmrechtsausschluss, wenn die Sonderprüfung der Ermittlung von Ersatzansprüchen gegen diesen selbst dienen soll, vgl. OLG Hamburg, NZG 2002, 244, 246; *Schröer*, in: Münch-Komm AktG, § 142 Rn. 39 m. w. N.

¹¹ LG München, ZIP 2007, 2420, 2420 ff.; OLG München, ZIP 2008, 1916, 1916 ff.

stimmt sei und die Minderheitsaktionäre diesen rechtsmissbräuchlich gefasst hätten.

Auf der anderen Seite machte der besondere Vertreter im einstweiligen Rechtsschutz verschiedene Ansprüche gegen die HVB geltend.¹² Er verlangte ungehinderten Zugang zu den Räumlichkeiten und den Unterlagen sowie Einsicht in die Bücher und Papiere der Gesellschaft. Ferner forderte er, alle Mitarbeiter über seine Bestellung, seine Funktion sowie seine Bitte um Kooperation zu informieren. Schließlich machte er geltend, dass die Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats, der Abschlussprüfer, die Angestellten und sonstigen Vertragspartner ihm gegenüber zur Auskunft verpflichtet seien, soweit ein Bezug zur Geltendmachung des Ersatzanspruchs bestehe. Eine weitere Streitigkeit im einstweiligen Rechtsschutz hatte das Teilnahme- und Rederecht des Sondervertreters auf der Hauptversammlung der HVB zum Gegenstand.¹³ Nach Eintragung des Squeeze-out im Handelsregister beschloss die Hauptversammlung der HVB mit den Stimmen der Alleinaktionärin UniCredit die Aufhebung des Geltendmachungs- und Bestellungsbeschlusses. Diesen Beschluss focht der Sondervertreter an. Während das Landgericht München daraufhin den Beschluss für nichtig erklärte,¹⁴ hob das Oberlandesgericht München dieses Urteil auf und wies die Klage des Sondervertreters ab¹⁵. Eine Beschwerde des Sondervertreters gegen die Nichtzulassung der Revision lehnte der BGH ab.¹⁶

Im Hinblick auf die geltend zu machenden Ersatzansprüche erhob der Sondervertreter im Namen der HVB Klage gegen Vorstandsmitglieder der HVB sowie gegen die Unicredit und ihren CEO im Zusammenhang mit der Übertragung der Bank Austria. Hierbei klagte der besondere Vertreter hilfsweise unter anderem auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von Euro 13,9 Milliarden.¹⁷

Mit dieser Vielzahl an Rechtsstreitigkeiten ging auch eine starke Aufmerksamkeit in der Literatur einher.¹⁸ Das Schrifttum hat zu den im Zuge des HVB-Falls aufgekommenen Rechtsfragen zum besonderen Vertreter sehr unterschiedliche Ansichten entwickelt. Der Grund hierfür liegt insbe-

¹² LG München, ZIP 2007, 1809, 1809 ff.; OLG München, ZIP 2008, 73, 73 ff.

¹³ LG München, ZIP 2008, 1588, 1588 ff.

¹⁴ LG München, ZIP 2009, 2198, 2198 ff.

¹⁵ OLG München, ZIP 2010, 725, 725 ff.

¹⁶ BGH, NZG 2011, 950, 951.

¹⁷ Wirth, in: FS Hüffer, 1129, 1132 f.

¹⁸ Siehe insbesondere *Fabritius*, in: GS Gruson, 133, 133 ff.; *Kling*, ZGR 2009, 190, 190 ff.; *Mock*, DB 2008, 393, 393 ff.; *ders.*, AG 2008, 839, 839 ff.; *Verhoeven*, ZIP 2008, 245, 245 ff.; *Westermann*, AG 2009, 237, 237 ff.; *Wirth*, in: FS Hüffer, 1129, 1129 ff.