

Inhaltsverzeichnis

Einführung	23
§ 1 Gegenstand der Arbeit und Themenbegrenzung	23
§ 2 Gang der Arbeit	25
Erster Teil: Rechtsstellung des Besonderen Vertreters	27
§ 1 Rechtsquellen und dogmatische Herleitung/Einordnung	27
A. Regelungen für andere juristische Personen	27
B. Herleitung und Einordnung im GmbH-Recht	30
I. § 46 Nr. 8 Var. 2 GmbHG	30
1. Wortlaut	30
2. Überlegungen im Rahmen der legislativen Entwicklung	31
3. Normzweck	35
a) Sicherstellung der Handlungsfähigkeit der GmbH	35
b) Fortbestand der Vertretungsbefugnis nicht betroffener Geschäftsführer	40
c) Keine Einschränkung bei bestehender Geschäftsführer-Vertretungsbefugnis	42
d) Sicherstellung der Unvoreingenommenheit der Prozessführung	44
(1) Pflicht zum Tätigwerden	45
(2) Gefahr durch Interessenkonflikte	47
4. Keine Pflicht zur Bestellung eines Prozessvertreters	52
a) Gesetzeswortlaut und Meinungsstand	52
b) Gesellschafter als Willensbildungsorgan der GmbH	53
c) Interessen des Geschäftsführers als Prozessgegner	55
d) Minderheitenschutz	56

II. § 46 Nr. 8 Var. 1 GmbHG	57
1. Wortlaut und Systematik	58
2. Normzweck	59
a) BGH: Schutz der Gesellschaftsinterna	60
b) Bedeutung der personellen Struktur und der Kompetenzverteilung	61
c) Folgen für die Befugnis zur Bestellung des Besonderen Vertreters	63
§ 2 Rechte und Pflichten	66
A. (Rechts-)Grundlagen	66
I. Keine Anwendung von § 44 GmbHG	66
II. Besonderer Vertreter als originäres Organ der GmbH	68
1. BGH: Organqualität des aktienrechtlichen besonderen Vertreters	69
2. Bestellungskompetenz der Gesellschafter	69
3. Vergleich: Bestellung von Prokuristen/ Generalhandlungsbevollmächtigten	70
4. Organqualität des Besonderen Vertreters in seinem Aufgabenbereich	72
III. Begründung der Bestellung	74
IV. Schuldrechtliches Vertragsverhältnis	75
B. Recht und Pflicht zum Tätigwerden	77
I. Befugnis zum Tätigwerden aufgrund der Organstellung	77
1. Beschlusserfordernis für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen	78
2. Folge: Beschränkungen der Befugnis zum Tätigwerden	80
II. Grundlagen der Pflicht zum Tätigwerden	81
1. Weisungsgebundenheit des Besonderen Vertreters	82
2. Schuldrechtliche Pflicht zum Tätigwerden	84
III. Ermessensspielraum des Besonderen Vertreters	85
1. „ARAG/Garmenbeck“	86
2. (Weites) Ermessen der Gesellschafter	87
3. Keine Anwendung auf den Besonderen Vertreter	91
4. Ermessen bei Art und Weise der Aufgabenerledigung (das „Wie“)	94

IV. Einschaltung von Dritten, insbesondere von Rechtsanwälten	96
1. Grundlegendes	96
2. Einschaltung von Rechtsanwälten	98
3. Sonderfall: Prozessvertreter als Prozessbevollmächtigter	99
V. Prüfung der Rechtslage, insbesondere des Bestehens von Ansprüchen	101
1. Relevanz	101
2. Diskussion im Aktienrecht	102
3. Durchführung einer Sonderprüfung auf Grundlage von § 46 Nr. 6 GmbHG	103
4. Fehlen einer Sonderprüfung auf Grundlage von § 46 Nr. 6 GmbHG	104
5. Rechtsanwalt als Besonderer Vertreter	105
C. Vergütung und Aufwendungen	107
I. Anspruch auf Vergütung	107
II. Aufwendungsersatzanspruch	110
1. Aufwendungen gemäß § 670 BGB	110
2. Erforderlichkeit der Aufwendungen	111
3. Besonders: Aufwendungen zur Erfüllung von Verbindlichkeiten der GmbH	112
III. Besonders: Vergütungsvereinbarungen mit Rechtsanwälten	114
D. Informationsrechte	117
I. Anspruchsgrundlage	117
1. Reichsgericht: gesetzliche Grundlage entbehrlich	118
2. Vergleich mit dem Geschäftsführer	119
3. Informationsrecht aus § 51a Abs. 1 GmbHG	120
4. „Annexkompetenz“	123
5. Allgemeine Anspruchsgrundlagen aus dem BGB	127
a) § 809 BGB	127
b) § 810 BGB	128
c) § 242 BGB	132
II. Umfang und Reichweite der Informationsrechte	134
1. Befragung von Mitarbeitern	135

II. Beschlusserfordernis gemäß § 46 Nr. 8 Var. 1 GmbHG	169
1. Unmittelbare Anwendung bei einem Gesellschafter als Besonderen Vertreter	169
2. Keine analoge Anwendung auf den externen Besonderen Vertreter	170
a) Keine zwingende Erstreckung wegen des Normzwecks notwendig	170
b) Keine Regelungslücke	172
III. Bestellung eines „zweiten“ Besonderen Vertreters	173
Zweiter Teil: Praktische Relevanz des Besonderen Vertreters	177
§ 1 Rechtsprechung	177
A. Rechtsprechung des BGH	177
I. Persönlicher Anwendungsbereich	178
1. Streitigkeiten mit ausgeschiedenen Geschäftsführern	178
2. Anwendung auf Liquidatoren	180
3. Anwendung von § 46 Nr. 8 Var. 2 GmbHG auf Prozesse gegen Gesellschafter	181
a) BGH, Urteil vom 20.01.1986, II ZR 73/85	181
b) BGH, Urteil vom 16.12.1991, II ZR 31/91	182
4. Anwendung bei einer beherrschten Gesellschaft als Anspruchsgegnerin	184
5. Beirat als Besonderer Vertreter	186
II. Sachlicher Anwendungsbereich	187
1. BGH, Urteil vom 13.02.1975, II ZR 92/73: § 687 Abs. 2 BGB	187
2. BGH, Urteil vom 16.02.1981, II ZR 168/79: § 113 HGB analog	188
3. Bereicherungsansprüche	190
a) BGH, Urteil vom 21.04.1986, II ZR 165/85	190
b) BGH, Urteil vom 30.11.2021, II ZR 8/21	191
4. Ansprüche auf Herausgabe des für die Geschäftsführung Erlangten	192
a) BGH, Urteil vom 24.02.1992, II ZR 79/91	192
b) BGH, Urteil vom 04.02.1991, II ZR 246/89	193
5. Ansprüche aus unerlaubter Handlung (Delikt)	194

2. Sonstige Ermittlungen im Unternehmen und Zutrittsrecht	139
E. Einschaltung der Gesellschafter	141
I. Berichtspflicht des Sonderprüfers nach § 46 Nr. 6 GmbHG	141
II. Übertragung dieser Überlegungen auf den Besonderen Vertreter	143
1. Berichtspflichten	143
2. Einschaltung der Gesellschafter für die Entscheidung zum Instanzenzug	144
3. Einschaltung der Gesellschafter bei wesentlichen prozessualen Maßnahmen	145
4. Einschaltung der Gesellschafter bei wesentlicher Änderung von Umständen	146
5. Wertung des § 49 Abs. 2 GmbHG und Einberufungsbefugnis	148
§ 3 Haftungsfragen	150
A. Anspruchsgrundlage	150
I. Keine analoge Anwendung von § 43 Abs. 2 GmbHG	150
1. Streit zur Rechtslage beim aktienrechtlichen Sondervertreter	151
2. Gesetzeshistorische Aspekte zum GmbH-Recht	152
3. Bedenken gegen eine Regelungslücke	153
4. Keine vergleichbare Interessenlage	155
II. Haftung gemäß § 280 Abs. 1 BGB	160
B. Anzuwendender Sorgfaltsmaßstab	162
I. Keine (analoge) Anwendung von § 43 Abs. 1 GmbHG	163
II. Eingreifen der allgemeinen Regelung in § 276 Abs. 1 und 2 BGB	163
III. Darlegungs- und Beweislast für das Vertretenmüssen	164
C. Kein Eingreifen der Business Judgement Rule	165
D. Beschlussfassung analog § 46 Nr. 8 GmbHG	168
I. Ausgangspunkt: Durchsetzung einer Haftung durch Geschäftsführer	168

II. Beschlusserfordernis gemäß § 46 Nr. 8 Var. 1 GmbHG	169
1. Unmittelbare Anwendung bei einem Gesellschafter als Besonderen Vertreter	169
2. Keine analoge Anwendung auf den externen Besonderen Vertreter	170
a) Keine zwingende Erstreckung wegen des Normzwecks notwendig	170
b) Keine Regelungslücke	172
III. Bestellung eines „zweiten“ Besonderen Vertreters	173
Zweiter Teil: Praktische Relevanz des Besonderen Vertreters	177
§ 1 Rechtsprechung	177
A. Rechtsprechung des BGH	177
I. Persönlicher Anwendungsbereich	178
1. Streitigkeiten mit ausgeschiedenen Geschäftsführern	178
2. Anwendung auf Liquidatoren	180
3. Anwendung von § 46 Nr. 8 Var. 2 GmbHG auf Prozesse gegen Gesellschafter	181
a) BGH, Urteil vom 20.01.1986, II ZR 73/85	181
b) BGH, Urteil vom 16.12.1991, II ZR 31/91	182
4. Anwendung bei einer beherrschten Gesellschaft als Anspruchsgegnerin	184
5. Beirat als Besonderer Vertreter	186
II. Sachlicher Anwendungsbereich	187
1. BGH, Urteil vom 13.02.1975, II ZR 92/73: § 687 Abs. 2 BGB	187
2. BGH, Urteil vom 16.02.1981, II ZR 168/79: § 113 HGB analog	188
3. Bereicherungsansprüche	190
a) BGH, Urteil vom 21.04.1986, II ZR 165/85	190
b) BGH, Urteil vom 30.11.2021, II ZR 8/21	191
4. Ansprüche auf Herausgabe des für die Geschäftsführung Erlangten	192
a) BGH, Urteil vom 24.02.1992, II ZR 79/91	192
b) BGH, Urteil vom 04.02.1991, II ZR 246/89	193
5. Ansprüche aus unerlaubter Handlung (Delikt)	194

6. Beschlusserfordernis des § 46 Nr. 8 Var. 1 GmbHG verneint	195
III. Beschlusserfordernis in Sonderkonstellationen	196
1. Eröffnung des Insolvenzverfahrens	196
2. Klage des Gesellschafters im Wege der „actio pro socio“	198
IV. Mängel des Bestellungsbeschlusses; Stimmverbote	199
1. BGH, Urteil vom 02.07.2019, II ZR 406/17	199
2. BGH, Urteil vom 20.01.1986, II ZR 73/85	200
3. BGH, Urteil vom 16.12.1991, II ZR 31/91	202
4. BGH, Urteil vom 30.11.2021, II ZR 8/21	203
B. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte	204
I. Anwendung von § 46 Nr. 8 Var. 2 GmbHG auf Klagen gegen Gesellschafter	205
1. OLG München, Urteil vom 23.02.2017, 23 U 4888/15	205
2. KG, Urteil vom 08.12.2022, 23 U 111/22	206
II. Anfechtung von Beschlüssen gemäß § 46 Nr. 8 GmbHG	207
1. Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 29.09.1999, 3Z BR 76/99	207
2. OLG Stuttgart, Beschluss vom 20.11.2012, 14 U 39/12	208
3. Brandenburgisches OLG, Urteil vom 05.06.2008, 12 U 116/07	209
III. Vorgehen des Gesellschafters im Wege der „actio pro socio“	209
1. OLG Köln, Urteil vom 05.11.1992, 18 U 50/92	210
2. OLG Koblenz, Urteil vom 08.04.2010, 6 U 207/09	211
3. Thüringer OLG, Beschluss vom 08.01.2014, 2 U 627/13	212
4. Thüringer OLG, Beschluss vom 09.09.2015, 2 U 219/15	214
5. Brandenburgisches OLG, Urteil vom 10.11.2021, 4 U 97/21	215
6. OLG München, Urteil vom 17.01.2013, 23 U 4421/12	216
7. OLG München, Urteil vom 20.06.2012, 7 U 3557/11	217
8. KG, Urteil vom 08.12.2022, 23 U 111/22	218

IV. Gesellschafterzuständigkeit beim Bestehen eines Aufsichtsrates	218
1. Brandenburgisches OLG, Urteil vom 13.07.1999, 6 U 286/96	219
2. OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 29.04.2021, 2 U 91/20	220
V. Beschlusserfordernis des § 46 Nr. 8 Var. 1 GmbHG verneint	221
1. OLG Rostock, Urteil vom 11.04.1996, 1 U 265/94	221
2. OLG Karlsruhe, Urteil vom 31.07.2013, 7 U 184/12	222
3. OLG München, Urteil vom 09.11.2017, 23 U 239/17	222
§ 2 Einsatzbereich und Bedeutung des Besonderen Vertreters	224
A. Bedeutung und Auswirkung von Stimmverboten	224
I. Konstellationen der Stimmverbote	224
II. Rechtsfolgen und Geltendmachung des Stimmverbotes	227
1. Auswirkung auf das Beschlussergebnis	227
2. Vorliegen einer förmlichen Beschlussfeststellung	228
3. Fehlen einer förmlichen Beschlussfeststellung	229
B. Abberufung des Geschäftsführers und Kündigung des Anstellungsvertrages	232
I. Streitpotenzial	232
II. Erfordernis und Relevanz eines Prozessvertreters	234
1. Stimmverbot bei der Abberufung aus wichtigem Grund	235
2. Erschwernisse bei der Bestellung eines neuen Geschäftsführers	236
3. Bestellung eines Prozessvertreters	239
a) Erstreckung des für die Abberufung/Kündigung bestehenden Stimmverbotes	240
b) Prüfung des Stimmverbotes durch das Gericht	241
III. Maßnahmen im einstweiligen Rechtsschutz	247
C. Geltendmachung von Ansprüchen wegen pflichtwidriger Geschäftsführung	249
I. Anspruchsgrundlage unerheblich	249

II. Relevanz der Erfolgsaussichten einer Schadenersatzklage	250
1. Grundsatz: Erfolgsaussichten der Schadenersatzklage unerheblich	250
2. Ausnahme: offensichtliche Aussichtslosigkeit der Schadenersatzklage	253
III. Weiter persönlicher Anwendungsbereich	254
IV. Verhältnis zur Gesellschafterklage („actio pro socio“)	257
1. Grundsätzliche Relevanz	257
2. Vorrang einer Geltendmachung durch den Besonderen Vertreter	258
3. Praktische Fallkonstellationen	259
 Dritter Teil: Besonderheiten und Missbrauchsrisiken bei der zweigliedrigen GmbH	 263
 § 1 Aufbau und Funktionsweise einer zweigliedrigen GmbH	 263
A. Konstellationen der zweigliedrigen GmbH	263
B. Gesellschafterversammlung	264
I. Förmlichkeiten bei der Einberufung	265
II. Versammlungsleitung	268
C. Geschäftsführerbestellung und -abberufung	269
I. Einräumung von Sonderrechten	269
II. Ausschluss der Gesellschafterkompetenz nach § 46 Nr. 5 GmbHG?	273
III. Grundsätzliches zur Abberufung	275
1. Ordentliche Abberufung	275
2. Abberufung aus wichtigem Grund	277
a) Oberlandesgerichte: „strenge Maßstäbe“	277
b) Tiefgreifendes Zerwürfnis	279
c) Wirksamkeit der Abberufung	281
 § 2 Bestellung des Besonderen Vertreters	 285
A. Bestellung des Mitgesellschafters zum Besonderen Vertreter	285
I. Person des (Mit-)Gesellschafters als Besonderen Vertreter	286

II. Stimmverbote	287
B. Ausprägung der Treuepflicht bei der Stimmrechtsausübung	291
I. Konstellationen von Relevanz	292
II. Bestand von Stimmpflichten im Allgemeinen	294
III. Stimmpflichten bei Beschlussfassungen nach § 46 Nr. 8 GmbHG	296
1. Stimmabgabe des Gesellschafters mit Näheverhältnis zum Geschäftsführer	297
a) Bestellung eines Prozessvertreters wegen streitiger Abberufung	297
(1) Ausgangspunkt: Stimmpflicht bei der Abberufung aus wichtigem Grund	297
(2) Ablehnung der Abberufung durch den Mehrheitsgesellschafter	299
(3) Unerheblichkeit des Fehlens einer förmlichen Beschlussfeststellung	302
(4) Maßnahmen im einstweiligen Rechtsschutz	305
b) Bestellung eines Besonderen Vertreters für Ersatzansprüche	310
(1) Beschränktes Ermessen bei der Entscheidung über die Geltendmachung	311
(2) Ermessen bei der Auswahl des Besonderen Vertreters	312
(3) „actio pro socio“ und § 147 Abs. 2 S. 2 AktG analog keine Alternative	314
(4) Notgeschäftsführer analog § 29 BGB als zumutbare Alternative	315
2. Stimmabgabe des nach § 46 Nr. 8 GmbHG vorgehenden Gesellschafters	319
a) Bestellung eines Prozessvertreters wegen streitiger Abberufung	320
(1) Keine Relevanz der Treuwidrigkeit bei der Abstimmung über die Abberufung	320
(2) Grundsatz: keine treuwidrige Bestellung bei haltlosen Vorwürfen	321
(3) Relevanz bei Maßnahmen im einstweiligen Rechtsschutz	323

b) Bestellung eines Besonderen Vertreters für Ersatzansprüche	328
C. Entbehrlichkeit einer (förmlichen) Beschlussfassung?	331
I. Entschließung über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen	331
II. Förmlicher Beschluss bei der Bestellung eines Besonderen Vertreters	332
1. Keine allgemeine Entbehrlichkeit der Beschlussfassung	333
2. Keine formlose Beschlussfassung möglich bei Gesellschafterkonflikt	335
D. Zulässigkeit der „actio pro socio“	337
E. Schuldrechtliches Vertragsverhältnis?	338
§ 3 Pflichten von besonderer Relevanz und Haftung	341
A. Mandatierung von für Gesellschafter tätigen Rechtsanwälten	341
I. Problem von Interessenkonflikten	341
II. Interesse der GmbH vs. Interesse des Gesellschafters	343
III. Verbandsinteressen bei der Mandatierung von Rechtsanwälten	344
IV. Bestellung des Rechtsanwaltes zum Besonderen Vertreter	348
B. Prüfung der Erfolgsaussichten eines Vorgehens	349
C. Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht	351
D. Haftung	354
Vierter Teil: Der Besondere Vertreter als Instrument im Rahmen der Konfliktbewältigung in der zweigliedrigen GmbH	359
§ 1 Konflikte und der Streit innerhalb der Gesellschaft	359
A. Grundsätzliches	360

B. Konflikt in der Gesellschaft unter Beteiligung des Besonderen Vertreters	361
I. Problemstellung und Lösungsansätze	362
1. Streit zwischen den beiden Gesellschaftern	362
2. Relevanz der Bestellung eines Besonderen Vertreters	364
a) Wechselseitige Abberufung aus wichtigem Grund	365
(1) Klage des Gesellschafter-Geschäftsführers gegen seine Abberufung	365
(2) Klage des die Abberufung betreibenden Gesellschafter-Geschäftsführers	370
(3) Bestellung eines Prozessvertreters als rechtsichere Vertretungsmöglichkeit	374
(4) Alternativen zur Bestellung eines Prozessvertreters?	378
(5) Besonderheit bei Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz	381
(6) Verbindung verschiedener Prozesse gemäß § 147 ZPO	382
b) Vorgehen des nicht mehrheitlich beteiligten Gesellschafters	385
3. Exkurs: Behinderung bei der Erwirkung einer Gesellschafterversammlung	389
4. Besonderheiten zu Rechten, Pflichten und Haftung als Besonderer Vertreter	391
a) Minderheitsgesellschafter als Besonderer Vertreter	391
(1) Pflicht zum Tätigwerden und Weisungsgebundenheit	392
(2) Streit im Zusammenhang mit Informationsbegehren	393
b) Gesellschafter-Geschäftsführer als Besonderer Vertreter	395
(1) Ausübung von Informationsrechten unnötig	395
(2) Haftung ausnahmsweise gemäß § 43 Abs. 1 und 2 GmbHG?	397
c) Keine Gefährdung bestehender Rechte des Mitgeschafters	401

5. Regressinteresse und -möglichkeit des Mitgeschafters	404
a) (Wirtschaftliches) Regressinteresse	405
b) Kein Vorrang des Kostenerstattungsanspruchs gegen die GmbH	407
c) Anspruchsgrundlage	409
(1) „Schuldverhältnis“ im Sinne von § 280 Abs. 1 BGB	409
(2) Maßstäbe für die Ausprägung der Treuepflicht	412
(3) Ansatz für den Treuepflichtverstoß: Tätigkeit als Besonderer Vertreter	414
(4) Voraussetzungen einer schadenersatzbegründenden Treuepflichtverletzung	417
(5) Berücksichtigung des Verhaltens des Mitgeschafters	423
II. Fallbeispiel	424
1. Sachverhalt	425
2. Entscheidung des Gerichts zur Bestellung der Besonderen Vertreterin	427
3. Würdigung der Entscheidung	429
§ 2 Strategien im Rahmen der Konfliktlösung	436
A. Eingrenzung der zu erörternden Strategien	436
B. Bestellung einer unparteiischen Person zum Besonderen Vertreter	437
C. Aufklärung des Sachverhaltes und der Vorwürfe	439
D. Angriff gegen die Bestellung des Besonderen Vertreters	442
E. Sekundärmaßnahmen	444
I. Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen	445
II. Ausschluss des Geschafters und Auflösung der GmbH	445
1. Anlass für das Ergreifen derartiger Maßnahmen	445
2. Geschafterausschluss	446
3. Auflösung der GmbH als „ultima ratio“	451

F. Einsatz des Instruments der Streitverkündung	453
I. Bedürfnis für die Streitverkündung: beschränkte Rechtskraftwirkung	454
II. Keine Streitverkündung möglich für den Gesellschafter-Geschäftsführer	455
III. Streitverkündung durch die Gesellschaft?	456
1. Rechtliches Interesse für eine Streitverkündung	456
2. Keine Streitverkündung durch den Besonderen Vertreter selbst	459
3. Keine Streitverkündung durch den oder die Geschäftsführer	460
4. Bestellung eines weiteren („zweiten“) Besonderen Vertreters als Lösung?	463
a) Bestellung durch den verklagten Gesellschafter-Geschäftsführer	463
b) Kompetenz zur Erklärung der Streitverkündung	464
c) Vertretung der GmbH bei Erklärung der Streitverkündung	465
d) Zulässigkeit der Streitverkündung gegen den „ersten“ Besonderen Vertreter	467
e) Keine Rücknahme der Streitverkündung	468
f) Beitritt des „ersten“ Besonderen Vertreters nach der Streitverkündung	469
(1) Parteifähigkeit des „ersten“ Besonderen Vertreters	469
(2) Rechtsstreit zwischen zwei anderen Personen	470
(3) Vorliegen eines Interventionsgrundes	471
Zusammenfassung und Schlussüberlegungen	473
§ 1 Ergebnisse in Thesenform	473
A. Rechtsstellung des Besonderen Vertreters	473
B. Praktische Relevanz des Besonderen Vertreters	476
C. Besonderer Vertreter in der zweigliedrigen GmbH und Missbrauchsgefahren	477
D. Besonderer Vertreter bei Konflikten in der zweigliedrigen GmbH	481

Inhaltsverzeichnis

§ 2 Ansätze für satzungsmäßige Regelungen in der zweigliedrigen GmbH	487
A. Vertretung gegenüber Geschäftsführern	487
B. Haftung	488
C. Informationsrechte	490
Literaturverzeichnis	493