



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## VERSÄUMNISURTEIL

II ZR 181/21

Verkündet am:  
21. Juni 2022  
Stoll  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

AktG § 147 Abs. 2 Satz 1

Im Erkenntnisverfahren über Vergütungsansprüche des vom besonderen Vertreter mit der Geltendmachung von Ersatzansprüchen beauftragten Rechtsanwalts vertritt der besondere Vertreter jedenfalls dann die Aktiengesellschaft, wenn dieses Verfahren rechtshängig wird, bevor die Geltendmachung der Ersatzansprüche durch den besonderen Vertreter abgeschlossen ist.

BGH, Versäumnisurteil vom 21. Juni 2022 - II ZR 181/21 - OLG Karlsruhe  
LG Heidelberg

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Juni 2022 durch den Richter Born, die Richterin B. Grüneberg, den Richter V. Sander, den Richter Dr. von Selle und die Richterin Adams

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 20. Oktober 2021 aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Heidelberg vom 9. August 2019 wird als unzulässig verworfen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungs- und Revisionsverfahrens.

Vorstand und Aufsichtsrat der Beklagten werden aus dem Rechtsstreit gewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Mit Beschlüssen der Hauptversammlung der beklagten Aktiengesellschaft vom 30. Juni 2014 und 30. April 2015 wurde ein besonderer Vertreter nach § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG bestellt, um Ersatzansprüche der Gesellschaft unter anderem

gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder geltend zu machen. In dem Bestellungsbeschluss vom 30. Juni 2014 ist u.a. Folgendes bestimmt:

"Der besondere Vertreter darf sich ihm geeignet erscheinender Hilfspersonen, insbesondere solcher, die zur beruflichen Verschwiegenheit verpflichtet sind, bedienen und sich insbesondere in rechtlicher und technischer Hinsicht (z.B. durch einen Fachmann auf dem Gebiet der Gelatine, Gelatineproduktion bzw.-verarbeitung) beraten und unterstützen lassen."

2            Aus Anlass des Bestellungsbeschlusses vom 30. Juni 2014 schlossen der besondere Vertreter und die Beklagte eine Mandatsvereinbarung, in der sie die Befugnis, Hilfspersonen hinzuzuziehen, gleichlautend regelten sowie eine Vergütungsvereinbarung, nach der der besondere Vertreter berechtigt sein sollte, für seine und die von Hilfspersonen zu erbringenden Beratungsleistungen einen angemessenen Vorschuss in Rechnung zu stellen. Mit Bestellungsbeschluss vom 30. April 2015 wurde der Auftrag zur Geltendmachung unter Wiedergabe des Beschlusswortlauts vom 30. Juni 2014 auf weitere Anspruchsgegner erstreckt.

3            Auf der Grundlage der Geltendmachungs- und Bestellungsbeschlüsse machte der besondere Vertreter in zwei erstinstanzlichen Verfahren Ersatzansprüche geltend. Nach einem klageabweisenden Urteil schloss der besondere Vertreter im Namen der Beklagten mit der Klägerin, einer Anwalts-Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung, eine später erweiterte "Mandats- und Vergütungsvereinbarung", deren Gegenstand die zivilrechtliche Beratung und Prozessvertretung der Beklagten im Zusammenhang mit diesen beiden Rechtsstreitigkeiten war. Vereinbart wurden ein Stundensatz in Höhe von 350 € netto und eine Abrechnung in Zeiteinheiten von 6 Minuten. Der Klägerin wurde gestattet, in angemessenen Zeitabständen Zwischenrechnungen zu stellen.

- 4 Die Klägerin stellte der Beklagten, vertreten durch den besonderen Vertreter, mehrere Zwischenrechnungen. Der besondere Vertreter billigte die Rechnungen und leitete sie jeweils dem Vorstand der Beklagten mit der Bitte um Ausgleich zu. Die ersten beiden Honorarrechnungen ließ der Vorstand bezahlen, behielt sich zuletzt jedoch Schadensersatzansprüche gegen den besonderen Vertreter wegen der Höhe des für nicht mehr vertretbar gehaltenen Aufwands vor. Gegen die Honorarrechnung vom 6. November 2017 über 380.347,80 € wandte der Vorstand ein, dass ein unsachgemäß hoher Aufwand abgerechnet werde. Die Beklagte bezahlte einen Teilbetrag i.H.v. 305.587,72 €. Die Zahlung des Restbetrags und weiterer vom besonderen Vertreter gebilligter Honorarrechnungen der Klägerin lehnte der Vorstand ab.
- 5 Mit ihrer gegen die Beklagte, vertreten durch den besonderen Vertreter gerichteten Klage verlangt die Klägerin weitergehende Vergütung in Höhe von 308.969,75 €. Der besondere Vertreter hat für die Beklagte erklärt, er erkenne die Ansprüche der Klägerin unter dem Vorbehalt des Vorliegens der Prozesshandlungsvoraussetzungen an. Der Vorstand hat für die Beklagte Klageabweisung beantragt. Später hat die Beklagte, nunmehr vertreten durch Vorstand und Aufsichtsrat, eine von zwei Vorstandsmitgliedern und dem Aufsichtsratsvorsitzenden unterzeichnete Vollmacht sowie einen Protokollauszug der Aufsichtsratsitzung vom 17. Dezember 2018 eingereicht. Danach hat sich der Aufsichtsrat dem Vorstand angeschlossen, vorsorglich selbst im Namen der Gesellschaft einen Prozessvertreter beauftragt und sämtliche Prozesshandlungen genehmigt, die durch den vom Vorstand beauftragten Prozessvertreter vorgenommenen wurden.
- 6 Das Landgericht (LG Heidelberg, ZIP 2020, 416) hat die Beklagte entsprechend ihres Anerkenntnisses verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten, vertreten

durch Vorstand und Aufsichtsrat, hat das Berufungsgericht das Urteil des Landgerichts aufgehoben und die Klage abgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision strebt die Klägerin die Zurückweisung der Berufung der Beklagten an.

Entscheidungsgründe:

- 7 Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Verwerfung der Berufung der Beklagten als unzulässig. Über die Revision ist durch Versäumnisurteil zu entscheiden, da die Beklagte in der mündlichen Verhandlung trotz rechtzeitiger Ladung zum Termin nicht ordnungsgemäß vertreten war. Das Urteil beruht inhaltlich jedoch nicht auf der Säumnis, sondern auf einer Sachprüfung (vgl. BGH, Urteil vom 4. April 1962 - V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81 f.).
- 8 I. Das Berufungsgericht (OLG Karlsruhe, ZIP 2022, 948) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Die Klage sei unzulässig, weil die Beklagte durch den besonderen Vertreter nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten werde. Die dem besonderen Vertreter in § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG zugewiesene Aufgabe, Ersatzansprüche geltend zu machen, umfasse dem Wortlaut nach nicht die Prozessvertretung in einem Passivprozess, der Ansprüche aus einem vom besonderen Vertreter im Namen der Gesellschaft begründeten Auftragsverhältnis zum Gegenstand habe. Eine entsprechende Befugnis ergebe sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer aus der gesetzlichen Aufgabenzuweisung abgeleiteten Annexkompetenz.
- 9 Dem besonderen Vertreter könne die Befugnis zur Vertretung der Aktiengesellschaft in einem Rechtsstreit gegen zum Zweck der Geltendmachung von

Ersatzansprüchen mandatierten Rechtsanwälten weder als Hilfszuständigkeit innerhalb der ihm zugewiesenen Aufgabe noch kraft Sachzusammenhangs zuerkannt werden. Eine der außergerichtlichen und gerichtlichen Vertretung der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat im Zusammenhang mit der Beauftragung von Sachverständigen nach § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG vergleichbare Fallgestaltung liege nicht vor, weil § 147 AktG keine Regelung von Einzelbefugnissen enthalte, an die eine Annexkompetenz geknüpft werden könne. § 111 Abs. 2 AktG weise dem Aufsichtsrat bei der Ausübung seiner Mitwirkungs- und Kontrollbefugnisse einen eigenen Aufgabenbereich zu, in dessen Rahmen die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands nicht tangiert werde. Im Bereich der mittelbar auf die Anspruchsverfolgung gerichteten Rechtshandlungen des besonderen Vertreters habe der Gesetzgeber davon abgesehen, diesem ausdrücklich einen eigenen, von der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands abgegrenzten Aufgabenbereich zuzuweisen.

- 10            Das Recht, die Gesellschaft beim Vertragsschluss mit den zum Zweck der Geltendmachung beauftragten Rechtsanwälten zu vertreten, folge aus einer ungeschriebenen Annexkompetenz zu § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG, die aber den vorliegenden Kompetenzkonflikt nicht löse. Mit der Anerkennung einer Befugnis des besonderen Vertreters, die Aktiengesellschaft in einem gegen von ihm mandatierte Rechtsanwälte geführten Rechtsstreit gerichtlich zu vertreten, werde die in § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG normierte Befugnis, Ersatzansprüche geltend zu machen, nicht lediglich im Sinne einer Hilfszuständigkeit zu Ende gedacht, sondern substantiell erweitert. Die Befugnis zur gerichtlichen Vertretung der Gesellschaft im Rechtsstreit gegen die von ihm beauftragten Rechtsanwälte würde eine Ausnahme von dem Grundsatz darstellen, dass der besondere Vertreter keinen Zugriff auf Finanzmittel der Aktiengesellschaft habe. Im Übrigen könne der besondere Vertreter - anders als der Aufsichtsrat - auch von einer Verpflichtung der Gesellschaft absehen, die Hilfspersonen in eigenem Namen beauftragen und die

hierfür erforderlichen Auslagen als Aufwendungsersatz einschließlich der Zahlung eines Vorschusses verlangen.

- 11 Mit einer Kompetenzerweiterung in diesem Umfang ginge auch die zumindest abstrakte Gefahr einher, dass der besondere Vertreter den Prozess nicht mit der gebotenen Sorgfalt und allein am wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft ausgerichtet führe. Besonders greifbar werde dies, wenn der besondere Vertreter seine eigene Kanzlei mandatiert habe.
- 12 Die Erweiterung der Befugnisse des besonderen Vertreters um die Zuständigkeit für die gerichtliche Vertretung der Aktiengesellschaft in einem Rechtsstreit gegen von ihm mandatierte Rechtsanwälte sei auch nicht aus Gründen des Sachzusammenhangs zu der ihm zugewiesenen Aufgabe der Geltendmachung und deren effektiver Erledigung geboten. Zwar bestehe die abstrakte Gefahr einer nachteiligen Beeinflussung der Tätigkeit des besonderen Vertreters, wenn die Prozessvertretung einem Organ obliege, gegen dessen Mitglieder Ersatzansprüche geltend gemacht würden. Die Interessenlage sei indes keine andere als in einem Rechtsstreit zwischen Gesellschaft und besonderem Vertreter über die Vergütung seiner eigenen Tätigkeit und den Ersatz von Aufwendungen, namentlich für die im eigenen Namen beauftragten Hilfspersonen.
- 13 Diesem Ergebnis könne kein Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach Rechtsklarheit und Kontinuität in Bezug auf die Aufgabenwahrnehmung in der Aktiengesellschaft entgegengehalten werden. Aufgrund der Stellung des besonderen Vertreters als anlassbezogen und zeitlich begrenzt tätigem "Ad-hoc-Organ" könne der Rechtsverkehr keine Kontinuität in der Aufgabenwahrnehmung erwarten. Ein Gleichlauf der Kompetenz zum Abschluss eines Vertrags und die Befugnis zur Prozessvertretung in einem diesen Vertrag betreffenden Rechtsstreit könne dem Kapitalgesellschaftsrecht als Grundsatz nicht entnommen werden.

14           Der Vertretungsmangel sei nicht geheilt worden. Es könne dahinstehen, ob der Vorstand allein oder zusammen mit dem Aufsichtsrat zur gesetzlichen Vertretung der Gesellschaft in dem vorliegenden Honorarklageverfahren berufen sei. Beide Organe hätten die Genehmigung der bisherigen Prozessführung seitens des besonderen Vertreters ausdrücklich verweigert.

15           II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Vertretung der beklagten Aktiengesellschaft richtet sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, § 51 Abs. 1 ZPO. Nach diesen ist der besondere Vertreter zur Vertretung der Beklagten in diesem Rechtsstreit berufen.

16           1. Die Aktiengesellschaft wird entsprechend der Regel des § 78 Abs. 1 Satz 1 AktG grundsätzlich durch ihren Vorstand als dem zu ihrer Außenvertretung berufenen Organ vertreten (BGH, Urteil vom 17. Mai 1993 - II ZR 89/92, BGHZ 122, 342, 345). Dies gilt jedoch nicht, wenn und soweit das Aktiengesetz die Vertretung der Gesellschaft einem anderen Organ zuweist (vgl. BGH, Urteil vom 22. April 1991 - II ZR 151/90, ZIP 1991, 796). Der besondere Vertreter ist insoweit gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft, als seine Befugnis reicht, Ersatzansprüche gegen Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats im Namen der Gesellschaft zu verfolgen. Diese Vertretungsmacht ist ein abgespaltener Teil der umfassenden gesetzlichen Vertretungsmacht des Vorstands (BGH, Urteil vom 18. Dezember 1980 - II ZR 140/79, ZIP 1981, 178, 179; Beschluss vom 28. April 2015 - II ZB 19/14, ZIP 2015, 1286 Rn. 15). Im Rahmen seines Aufgabenkreises ist der besondere Vertreter Organ der Gesellschaft (BGH, Urteil vom 18. Dezember 1980 - II ZR 140/79, ZIP 1981, 178, 179; Beschluss vom 27. September 2011 - II ZR 225/08, ZIP 2011, 2195; Beschluss vom 18. Juni 2013 - II ZA 4/12, ZIP 2013, 1467 Rn. 3; Beschluss vom 28. April 2015 - II ZB 19/14, ZIP 2015, 1286 Rn. 13; Beschluss vom 8. Januar 2019 - II ZR 94/17, AG 2019, 682 Rn. 2).

- 17            2. Die Vertretungsbefugnis des besonderen Vertreters erstreckt sich auf die zur Geltendmachung der Ersatzansprüche erforderlichen Hilfsgeschäfte. Zu diesen gehört die Beauftragung eines Rechtsanwalts im Namen der Gesellschaft für die Verfolgung der Ersatzansprüche und die Befugnis zur gerichtlichen Vertretung der Gesellschaft gegenüber dem Rechtsanwalt in einem Erkenntnisverfahren, das vor dem Abschluss der Geltendmachung der Ersatzansprüche wegen einer Streitigkeit über Honoraransprüche aus dem Auftragsverhältnis beginnt.
- 18            a) Die Vertretungsmacht des besonderen Vertreters umfasst den Abschluss derjenigen Geschäfte, die zur Geltendmachung des Anspruchs erforderlich sind.
- 19            aa) Der Wortlaut des § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG grenzt den Umfang der dem besonderen Vertreter zugewiesenen Kompetenz nicht eindeutig ab. Er regelt schon die Befugnis des besonderen Vertreters zur Vertretung der Gesellschaft nicht ausdrücklich, sondern weist ihm nur die Aufgabe zu, Ersatzansprüche geltend zu machen. Über die Berechtigung, für die Wahrnehmung der Aufgaben Hilfspersonen heranzuziehen und als Vertreter der Aktiengesellschaft zu beauftragen, sagt § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG nichts aus.
- 20            bb) Die Zuweisung der Vertretungsmacht an den Vorstand gemäß § 78 Abs. 1 Satz 1 AktG besagt zwar, dass andere Organe die Aktiengesellschaft nur vertreten können, wenn ihnen abweichend von dieser Grundregel die gesetzliche Vertretung übertragen wurde (vgl. BGH, Urteil vom 8. Februar 1988 - II ZR 159/87, BGHZ 103, 213, 214). Bei der Abgrenzung der Kompetenzen ist aber zu berücksichtigen, dass die Bestimmungen des Aktiengesetzes über die Aufgaben der Organe der Gesellschaft nur teilweise die damit verbundenen Vertretungskompetenzen regeln (BGH, Urteil vom 20. März 2018 - II ZR 359/16,

BGHZ 218, 122 Rn. 14 mwN). Dies gilt für den besonderen Vertreter in gleicher Weise, so dass seine Rechte und Pflichten aus seiner Aufgabenzuweisung in Abgrenzung zu den Kompetenzen anderer Organe durch Auslegung zu ermitteln sind (KK-AktG/Rieckers/Vetter, 3. Aufl., § 147 Rn. 500; Schmolke in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 147 Rn. 381 f., 386). Der Umfang der Vertretungszuständigkeit des besonderen Vertreters für die im Zusammenhang mit der Aufgabenwahrnehmung anfallenden Hilfsgeschäfte bestimmt sich aus dem Inhalt der jeweiligen Aufgabenzuweisung (vgl. RGZ 83, 248, 252). Entscheidend ist dabei, dass die Anerkennung der Kompetenz für Hilfsgeschäfte nicht zu einer Erweiterung des sachlichen Aufgabenbereichs führt, sondern sich innerhalb einer zugewiesenen Aufgabe auf die Stadien der Vorbereitung und Durchführung der Aufgabenwahrnehmung bezieht. Diese Anbindung an den sachlichen Aufgabenbereich setzt der Kompetenzzuweisung für Hilfsgeschäfte einen engen Rahmen (vgl. BGH, Urteil vom 20. März 2018 - II ZR 359/16, BGHZ 218, 122 Rn. 19).

21 cc) Die Geltendmachung des Ersatzanspruchs durch den besonderen Vertreter umfasst dessen Durchsetzung auf gerichtlichem und auf außergerichtlichem Weg (BGH, Urteil vom 18. Dezember 1980 - II ZR 140/79, ZIP 1981, 178, 179 f.). Dem besonderen Vertreter obliegt auch die Prüfung der Prozessaussichten unter prozessökonomischen Gesichtspunkten (RegE KonTraG, BT-Drucks. 13/9712, S. 21). Die Vertreterbestellung soll die dem Schutz der Aktionäre dienende Anspruchsverfolgung nach § 147 Abs. 1 AktG gegen Interessen- und Loyalitätskonflikte in Vorstand und Aufsichtsrat absichern und verhindern, dass Ersatzansprüche der Gesellschaft auf Grund einer Befangenheit der Mitglieder der Verwaltungsorgane nicht oder nicht mit Nachdruck durchgesetzt werden (RGZ 83, 248, 249; BGH, Urteil vom 21. April 1997 - II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 252; Urteil vom 30. Juni 2020 - II ZR 8/19, BGHZ 226, 182 Rn. 39; RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 19 f.; Schmolke in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 147 Rn. 212; KK-AktG/Rieckers/Vetter, 3. Aufl., § 147 Rn. 282;

MünchKommAktG/Arnold, 5. Aufl., § 147 Rn. 74). Der Umfang des Mandats des besonderen Vertreters und die Reichweite seiner Vertretungsmacht ergeben sich aus dem Geltendmachungsbeschluss gemäß § 147 Abs. 1 Satz 1 AktG (BGH, Urteil vom 30. Juni 2020 - II ZR 8/19, BGHZ 226, 182 Rn. 24).

22            b) Der besondere Vertreter kann zur Anspruchsverfolgung einen Rechtsanwalt im Namen der Gesellschaft beauftragen (KG, AG 2012, 328, 329; Uwe H. Schneider, ZIP 2013, 1985, 1988; Humrich, Der besondere Vertreter im Aktienrecht, 2013, S. 184; BeckOGK AktG/Mock, Stand: 1.2.2022, § 147 Rn. 187; MünchKommAktG/Arnold, 5. Aufl., § 147 Rn. 88; Koch, AktG, 16. Aufl., § 147 Rn. 34; KK-AktG/Rieckers/Vetter, 3. Aufl., § 147 Rn. 509; Schmolke in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 147 Rn. 386, 388; Krebs in Hölters/Weber, AktG, 4. Aufl., § 147 Rn. 25). Soweit der besondere Vertreter nicht selbst Rechtsanwalt ist, wird er spätestens für die gerichtliche Geltendmachung der Ersatzansprüche regelmäßig gezwungen sein, einen solchen mit der Führung des Rechtsstreits zu beauftragen. Wenn der besondere Vertreter selbst die Prozessvertretung der Gesellschaft übernehmen kann, gilt nichts Anderes. Dies beruht darauf, dass die Art und Weise der Geltendmachung der Ansprüche im Ermessen des besonderen Vertreters liegt (KG, AG 2012, 328, 329; Spindler in K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl., § 147 Rn. 27; MünchKommAktG/Arnold, 5. Aufl., § 147 Rn. 82; Holzborn/Jänig in Bürgers/Körper/Lieder, AktG, 5. Aufl., § 147 Rn. 13; Koch, AktG, 16. Aufl., § 147 Rn. 25) und er in eigener Verantwortung allein im Interesse der Gesellschaft tätig wird (MünchKommAktG/Arnold, 5. Aufl., § 147 Rn. 88; KK-AktG/Rieckers/Vetter, 3. Aufl., § 147 Rn. 280; Schmolke in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 147 Rn. 386, 388).

23            Gegen die Befugnis des besonderen Vertreters zur Verpflichtung der Gesellschaft kann deshalb nicht eingewandt werden, dass der gerichtlich bestellte besondere Vertreter gemäß § 147 Abs. 2 Satz 5 AktG einen Anspruch gegen die

Gesellschaft auf Ersatz angemessener barer Auslagen hat. Das schließt die Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft nicht aus (Uwe H. Schneider, ZIP 2013, 1985, 1988; KK-AktG/Rieckers/Vetter, 3. Aufl., § 147 Rn. 509).

24           c) Im Erkenntnisverfahren über Vergütungsansprüche des vom besonderen Vertreter mit der Geltendmachung von Ersatzansprüchen beauftragten Rechtsanwalts vertritt der besondere Vertreter jedenfalls dann die Aktiengesellschaft, wenn dieses Verfahren rechtshängig wird, bevor die Geltendmachung der Ersatzansprüche durch den besonderen Vertreter abgeschlossen ist.

25           aa) Ob sich die Vertretungsbefugnis des besonderen Vertreters auch auf die Vertretung der Gesellschaft im Prozess über die Vergütung von Hilfspersonen erstreckt, die der besondere Vertreter im Namen der Gesellschaft beauftragt hat, wird unterschiedlich beantwortet (bejahend Mock/Goltner, EWiR 2020, 139, 140; BeckOGK AktG/Mock, Stand: 1.2.2022, § 147 Rn. 187 f.; Weber in Hölters/Weber, AktG, 4. Aufl., § 78 Rn. 6; MünchKommAktG/Arnold, 5. Aufl., § 147 Rn. 88; verneinend Hippeli, jurisPR-HaGesR 1/2022 Anm. 6).

26           bb) Die Frage ist jedenfalls für ein Erkenntnisverfahren gegen die mit der Geltendmachung der Ersatzansprüche beauftragten Rechtsanwälte zu bejahen, wenn die Geltendmachung noch andauert.

27           (1) Der der Aufgabenzuweisung zu Grunde liegende Zweck würde nicht erfüllt, wenn die Vertretungsbefugnis des besonderen Vertreters auf die Erteilung des Auftrags beschränkt wäre. Der besondere Vertreter kann mit der Erteilung des Auftrags zwar dessen Gegenstand bestimmen. Zu einer sachgerechten Aufgabenwahrnehmung gehört es aber auch, dass er die eingesetzten Hilfspersonen bei ihrer Tätigkeit anleitet und überwacht sowie nach der Ausführung des Auftrags darüber befindet, ob der Auftrag sachgerecht erfüllt wurde (vgl. BGH, Urteil vom 20. März 2018 - II ZR 359/16, BGHZ 218, 122 Rn. 22 mwN;

KK-AktG/Rieckers/Vetter, 3. Aufl., § 147 Rn. 548; BeckOGK AktG/Mock, Stand: 1.2.2022, § 147 Rn. 157.3). Entgegen der Sicht des Berufungsgerichts ergibt sich aus dem Urteil des Senats vom 23. September 1996 nichts Gegenteiliges (BGH, Urteil vom 23. September 1996 - II ZR 126/95, ZIP 1996, 2071, 2072).

28           (2) Die Prozessvertretung der Aktiengesellschaft in einem Erkenntnisverfahren gegen die Hilfsperson ist vom Inhalt der Aufgabenzuweisung gedeckt.

29           Die Zuständigkeit für die gerichtliche Vertretung der Aktiengesellschaft in einem Rechtsstreit gegen die Hilfsperson berührt typischerweise den der Aufgabenzuweisung innewohnenden Zweck, die Ersatzansprüche unabhängig von Vorstand und Aufsichtsrat zu verfolgen. Wie bei dem für den Aufsichtsrat geltenden § 112 AktG kommt es auch hier nicht darauf an, ob die Gefahr einer Beeinträchtigung tatsächlich vorhanden ist. Ausreichend ist vielmehr, dass die abstrakte Gefahr eines Eingriffs in die eigenverantwortliche Anspruchsverfolgung vorliegt, was im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit aufgrund typisierender Betrachtung festzustellen ist (BGH, Urteil vom 22. April 1991 - II ZR 151/90, ZIP 1991, 796; Urteil vom 29. November 2004 - II ZR 364/02, ZIP 2005, 348; Urteil vom 20. März 2018 - II ZR 359/16, BGHZ 218, 122 Rn. 25).

30           Eine Gefährdung der unabhängigen Aufgabenwahrnehmung kann schon darin bestehen, dass der besondere Vertreter verpflichtet wäre, dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat die für die Führung des Rechtsstreits erforderlichen Informationen zu geben und er dabei Sachverhalte offenbaren müsste, hinsichtlich derer er im Hinblick auf die noch andauernde Anspruchsverfolgung ein Geheimhaltungsinteresse hat. Dass der Sachverhalt dem Vorstand und dem Aufsichtsrat durch den Geltendmachungsbeschluss grundsätzlich bekannt ist, ändert daran nichts.

- 31 Die eigenverantwortliche Geltendmachung der Ersatzansprüche ist auch dann gefährdet, wenn der besondere Vertreter die Hilfsperson außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens nicht zur ordnungsgemäßen Aufgabenerledigung oder zur Herausgabe von Unterlagen bewegen kann, die sie zur Erfüllung des Auftrags erhalten hat. Entsprechendes gilt bei einer Streitigkeit über die Verwendungsmöglichkeiten der Arbeitsergebnisse. In diesen Fällen könnte, wäre ein anderes Organ zur gerichtlichen Vertretung der Gesellschaft berufen, die eigenverantwortliche Aufgabenerfüllung unterlaufen werden. Dem kann nicht mit dem Argument begegnet werden, dass dieses Organ bei der Wahrnehmung der Prozessvertretung der Legalitätspflicht unterliegt und deswegen gehalten ist, etwaige der Gesellschaft zustehende Ansprüche zu verfolgen bzw. unberechtigte Ansprüche abzuwehren. Die Bestellung des besonderen Vertreters dient gerade dazu, ungeachtet dessen bestehende Loyalitätskonflikte zu vermeiden. Die Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenwahrnehmung ist im Übrigen schon dadurch berührt, dass dem besonderen Vertreter das Recht genommen wäre, selbst über die Führung eines Rechtsstreits mit der Hilfsperson zu entscheiden (vgl. BGH, Urteil vom 20. März 2018 - II ZR 359/16, BGHZ 218, 122 Rn. 26).
- 32 Das Interesse an einer klaren und rechtssicheren Bestimmung der Zuständigkeit verbietet es, diese vom Gegenstand des Rechtsstreits abhängig zu machen. Zudem ist auch bei einem Streit über die Höhe der Vergütung der Hilfsperson eine Gefährdung von Interessen des besonderen Vertreters möglich, denn die Hilfsperson könnte schon durch die antizipierte Möglichkeit einer Vorteilsgewährung oder Disziplinierung durch Vorstand oder Aufsichtsrat im Rahmen eines Vergütungsprozesses beeinflusst und damit die eigenverantwortliche Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch den besonderen Vertreter beschnitten werden. So besteht die abstrakte Gefahr, dass der Vorstand die Anspruchsverfolgung dadurch erschwert, dass er der Hilfsperson ihre Vergütung vorenthält

oder zu einem für die Hilfsperson vorteilhaften Vergleich im Vergütungsrechtsstreit bereit ist, der sich mittelbar auf das Ergebnis der Prüfung der Vorstandstätigkeit auswirkt. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass der besondere Vertreter im eigenen Namen Hilfskräfte beauftragen und deren Vergütung als Auslagen geltend machen könnte und er selbst auch darauf angewiesen ist, seine Vergütungsansprüche gegen die Gesellschaft durchzusetzen. Die Befugnis, Hilfskräfte im Namen der Gesellschaft zu beauftragen, dient auch dazu, eigene Kostenrisiken zu minimieren (Uwe H. Schneider, ZIP 2013, 1985, 1988).

33           (3) Dass die Befugnisse des besonderen Vertreters keine detaillierte Regelung erfahren haben, steht dem nicht entgegen. Die im Vergleich zu § 147 Abs. 2 AktG detailliertere Regelung der Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrats und der Befugnisse zur Beauftragung Dritter in § 111 AktG hat ihren Grund insbesondere darin, dass der Aufsichtsrat seine Geschäfte gemäß § 111 Abs. 6 AktG grundsätzlich selbst wahrzunehmen hat. Sie erlaubt nicht den Schluss, dass die Befugnisse des besonderen Vertreters im Hinblick auf die ihm obliegende Aufgabe beschränkt wären, sondern unterstreicht nur die Notwendigkeit, die Befugnisse des besonderen Vertreters im Verhältnis zu den anderen Gesellschaftsorganen aus seiner Aufgabenstellung heraus zu ermitteln.

34           (4) Der besondere Vertreter erlangt auch keine systemwidrige Verfügungsmacht über das Vermögen der Gesellschaft, weil er der Hilfsperson mit einem Anerkenntnis einen Zahlungstitel gegen die Gesellschaft verschaffen kann. Der besondere Vertreter wird ausschließlich im Interesse der Gesellschaft tätig und muss prüfen, ob die gegen sie gerichteten Ansprüche begründet sind. Soweit Ansprüche der beauftragten Rechtsanwälte tatsächlich nicht bestehen, ist die Gesellschaft vor den Handlungen des besonderen Vertreters durch dessen Haftung hinreichend geschützt, unabhängig davon, ob diese aus einer entsprechenden Anwendung von § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG (so Schmolke in Großkomm. AktG,

5. Aufl., § 147 Rn. 601) oder, ggf. zusätzlich, gemäß § 280 Abs. 1 BGB aus dem der Tätigkeit des besonderen Vertreters zugrunde liegenden Geschäftsbesorungsverhältnis folgt (Bayer/Selentin, ZGR 2022, 159, 167; MünchKommAktG/Arnold, 5. Aufl., § 147 Rn. 107; KK-AktG/Rieckers/Vetter, 3. Aufl., § 147 Rn. 731 f.; BeckOGK AktG/Mock, Stand: 1.2.2022, § 147 Rn. 174, 174.3). Ob sich bei der Beauftragung einer mit dem besonderen Vertreter zur gemeinsamen Berufsausübung verbundenen Person im Hinblick auf mögliche Interessenkonflikte etwas Anderes ergeben kann, muss vorliegend nicht entschieden werden (vgl. MünchKommAktG/Arnold, 5. Aufl., § 147 Rn. 88).

35 (5) Negative Auswirkungen auf den Schutz des Rechtsverkehrs sind nicht zu erwarten. Im Gegenteil stellt die Befugnis des besonderen Vertreters, die Gesellschaft in Verfahren über Streitigkeiten zu vertreten, die in der Beauftragung von Hilfspersonen wurzeln, die Rechtsklarheit und Kontinuität in Bezug auf die Aufgabenwahrnehmung und die Vertretung der Gesellschaft her. Für die Hilfsperson ist es ohne weiteres einsichtig, wenn die Gesellschaft im Prozess von demselben Organ vertreten wird wie bei seiner Beauftragung.

36 III. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat hat in der Sache selbst zu entscheiden, weil die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

37 1. Vorstand und Aufsichtsrat sind aus dem Rechtsstreit zu weisen, weil sie nicht zur Vertretung der Beklagten befugt sind.

38 a) Wenn die Legitimation einer als gesetzlicher Vertreter auftretenden Person während des Rechtsstreits in Frage gestellt wird, so ist die nicht legitimierte Person aus dem Rechtsstreit zu weisen. Das ist zwar im Gesetz nicht geregelt, ergibt sich aber aus der Notwendigkeit, den nicht befugten Vertreter von weiteren Prozesshandlungen für die von ihm nicht vertretene Partei auszuschließen (BGH, Urteil vom 2. Juli 2019 - II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rn. 79 f.).

39 b) Vorstand und Aufsichtsrat sind vorliegend im Hinblick auf die Vertretungsbefugnis des besonderen Vertreters von der Vertretung der Beklagten ausgeschlossen.

40 aa) Nach einhelliger Auffassung verdrängt der besondere Vertreter im Rahmen seiner Zuständigkeit die für die Geltendmachung der Ersatzansprüche zuständigen Organe der Gesellschaft (LG München I, ZIP 2007, 1809, 1816; Hüffer, ZHR 174 [2010], 642, 664; Binder, ZHR 176 [2012], 380, 386; Kling, ZGR 2009, 190, 212; Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 7. Aufl., § 7 Rn. 459 Fn. 462; Böbel, Die Rechtstellung der besonderen Vertreter gem. § 147 AktG, 1999, S. 56 ff.; Spindler in K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl., § 147 Rn. 23; MünchKommAktG/Arnold, 5. Aufl., § 147 Rn. 95; MünchKommAktG/Habersack, 5. Aufl., § 112 Rn. 5; Schmolke in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 147 Rn. 392; Koch, AktG, 16. Aufl., § 147 Rn. 23; Grigoleit/Grigoleit/Rachlitz, AktG, 2. Aufl., § 147 Rn. 25; BeckOGK AktG/Mock, Stand: 1.2.2022, § 147 Rn. 186; KK-AktG/Rieckers/Vetter, 3. Aufl., § 147 Rn. 505).

41 Allerdings wird in Bezug auf die Vertretungskompetenz des Aufsichtsrats für Hilfsgeschäfte vertreten, die Vertretungsmacht des Vorstands bleibe neben derjenigen des Aufsichtsrats bestehen (vgl. Werner, ZGR 1989, 369, 383 f.; MünchHdB GesR IV/Hoffmann-Becking, 5. Aufl., § 23 Rn. 2; Hoffmann-Becking,

ZGR 2011, 136, 141; MünchKommAktG/Habersack, 5. Aufl., § 112 Rn. 4; aA, verdrängende Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats, KK-AktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl., § 112 Rn. 24; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 112 Rn. 54; Rahlmeyer/Groh, NZG 2014, 1232, 1233; Wasmann in Goette/Arnold, Handbuch Aufsichtsrat, § 4 Rn. 2643; vermittelnd Fleischer/Wedemann, GmbHR 2010, 449, 456).

42           bb) Im Fall der Prozessvertretung der Gesellschaft schließt die Vertretungsbefugnis des besonderen Vertreters diejenige anderer Gesellschaftsorgane aus. Dies beruht darauf, dass - wie oben näher dargelegt - die Prozessvertretung durch den Vorstand die abstrakte Gefahr einer Interessenkollision mit sich brächte (Fleischer/Wedemann, GmbHR 2010, 449, 456) und zudem die Gefahr sich widersprechender Prozesshandlungen bestünde (vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 - IX ZR 324/01, NJW-RR 2004, 275, 276).

43           Da der besondere Vertreter sich der Berufung gegen das Anerkenntnisurteil nicht angeschlossen hat und Vorstand und Aufsichtsrat nicht zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sind, ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Berufung als unzulässig zu verwerfen.

IV. Rechtsbehelfsbelehrung:

44           Gegen das Versäumnisurteil kann die säumige Partei innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieses Urteils beginnt, schriftlich Einspruch durch eine von einer beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältin oder einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnete Einspruchsschrift beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe (Postanschrift: 76125 Karlsruhe) einlegen.

Born

B. Grüneberg

V. Sander

von Selle

Adams

Vorinstanzen:

LG Heidelberg, Entscheidung vom 09.08.2019 - 4 O 366/18 -

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 20.10.2021 - 11 U 10/19 -