

letzte Aktualisierung: 23.3.2022

OLG Karlsruhe, Urt. v. 20.10.2021 – 11 U 10/19

AktG § 147 Abs. 2 S. 1

Keine Befugnis des besonderen Vertreters zur Prozessvertretung einer Gesellschaft gegen von ihm beauftragte Dritte

Die einem besonderen Vertreter in § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG zugewiesene Aufgabe, Ersatzansprüche geltend zu machen, umfasst nicht die Befugnis zur Prozessvertretung der Gesellschaft in einem Honorarklageverfahren, das zwischen der Gesellschaft und den in ihrem Namen von dem besonderen Vertreter zum Zweck der Geltendmachung von Ersatzansprüchen hinzugezogenen Rechtsanwälten geführt wird (Abgrenzung zu BGHZ 218, 122).

OLG Karlsruhe Urteil vom 20.10.2021, 11 U 10/19

Aktiengesellschaft: Umfang der organschaftlichen Vertretungsmacht eines besonderen Vertreters

Leitsätze

Die einem besonderen Vertreter in § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG zugewiesene Aufgabe, Ersatzansprüche geltend zu machen, umfasst nicht die Befugnis zur Prozessvertretung der Gesellschaft in einem Honorarklageverfahren, das zwischen der Gesellschaft und den in ihrem Namen von dem besonderen Vertreter zum Zweck der Geltendmachung von Ersatzansprüchen hinzugezogenen Rechtsanwälten geführt wird (Abgrenzung zu BGHZ 218, 122).

Tenor

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Heidelberg vom 09.08.2019, Az. 4 O 366/18, abgeändert. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
4. Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 308.969,75 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Die klagende Partnerschaft von Rechtsanwälten verlangt von der beklagten Aktiengesellschaft die Zahlung von Anwaltshonorar. Die Parteien streiten unter anderem um die Befugnis eines nach § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft bestellten besonderen Vertreters, die Aktiengesellschaft auch in dem Honorarklageverfahren zu vertreten.
- 2 Mit Beschlüssen der Hauptversammlung der Beklagten vom 30.06.2014 und 30.04.2015 wurde Prof. Dr. S. als besonderer Vertreter nach § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG bestellt, um Ersatzansprüche der Gesellschaft unter anderem gegen Aktionäre sowie Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder geltend zu machen. In dem auf Ersatzansprüche gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder beschränkten Bestellungsbeschluss vom 30.06.2014 ist u.a. Folgendes bestimmt:
- 3 *„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.*
- Dem besonderen Vertreter ist unmittelbarer unbehinderter Zugang zu Personal und – insbesondere seinen Auftrag betreffenden – Unterlagen der Gesellschaft zu gewähren.“*
- 4 Mit dem Bestellungsbeschluss vom 30.04.2015 wurde der Auftrag zur Geltendmachung unter Wiedergabe des Beschlusswortlauts vom 30.06.2014 auf weitere Anspruchsgegner erstreckt. Wegen der weiteren Einzelheiten der Beschlussfassung wird auf die Versammlungsniederschriften vom 30.06.2014 und 30.04.2015 (Anl. K1 und K2) verwiesen.
- 5 Aus Anlass des Bestellungsbeschlusses vom 30.06.2014 schlossen der besondere Vertreter und die Beklagte unter dem 01./21.07.2014 eine Mandatsvereinbarung (Anl. GL16), in der sie u.a. die Befugnis, Hilfspersonen hinzuzuziehen, gleichlautend regelten (§ 1 Abs. 2 Mandatsvereinbarung). In einer ebenfalls unter dem 01./21.07.2014 geschlossenen Vergütungsvereinbarung (Anl. GL15) vereinbarten die Beklagte und der besondere Vertreter unter anderem, dass Tätigkeiten von hinzugezogenen Hilfspersonen nach dem tatsächlichen Zeitaufwand zu deren üblichen Stundensätzen pro Arbeitsstunde als Auslagen in Rechnung gestellt werden (§ 2 Abs. 2 Vergütungsvereinbarung). Der besondere Vertreter sollte zudem berechtigt sein, für

seine und die von Hilfspersonen zu erbringenden Beratungsleistungen einen angemessenen Vorschuss in Rechnung zu stellen (§ 2 Abs. 6 Satz 1 Vergütungsvereinbarung).

- 6 Auf der Grundlage der nicht angefochtenen Geltendmachungs- und Bestellungsbeschlüsse machte der besondere Vertreter in zwei erstinstanzlichen Verfahren Ersatzansprüche geltend. Das Landgericht Heidelberg wies die Klagen mit Urteilen vom 26.08.2016 und vom 28.06.2017 ab. Die Urteile sind Gegenstand der von dem besonderen Vertreter für die Aktiengesellschaft beim Oberlandesgericht Karlsruhe unter Az. 19 U 106/16 und Az. 11 U 58/17 geführten Berufungsverfahren.
- 7 Nach Erlass des ersten klageabweisenden Urteils vom 26.08.2016 schloss der besondere Vertreter unter dem 20.09.2016 im Namen der Beklagten mit der Klägerin eine „Mandats- und Vergütungsvereinbarung“ (Anl. K12), deren Gegenstand die zivilrechtliche Beratung und Prozessvertretung der Beklagten im Zusammenhang mit dem am 26.08.2016 entschiedenen Rechtsstreit sein sollte. Die Bedingungen dieser Vereinbarung sollten auch für andere Mandate gelten, soweit sich die Parteien hierauf einigen. Vereinbart wurde ein Stundensatz in Höhe von 350 EUR netto und eine Abrechnung in Zeiteinheiten von 6 Minuten. Der Klägerin wurde gestattet, in angemessenen Zeitabständen Zwischenrechnungen zu stellen (Ziff. 1a und b, Ziff. 2 a und c Mandats- und Vergütungsvereinbarung).
- 8 Durch schriftliche „Erweiterung der Mandats- und Vergütungsvereinbarung“ vom 06.07.2017 (Anl. K13) vereinbarten die Klägerin und der besondere Vertreter die Geltung der Mandats- und Vergütungsvereinbarung für die zivilrechtliche Beratung und Prozessvertretung der Beklagten im Zusammenhang mit dem durch das zweite Urteil vom 28.06.2017 entschiedenen Rechtsstreit. Die Bedingungen der Mandats- und Vergütungsvereinbarung sollten für das weitere Mandat und „die in diesem Zusammenhang bereits erfolgte Beratung“ gelten.
- 9 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 Honorarrechnungen vom 13.01.2017 (342.154,35 EUR) und vom 07.08.2017 (93.134,81 EUR) ließ der Vorstand bezahlen, behielt sich zuletzt jedoch Schadensersatzansprüche gegen den besonderen Vertreter wegen der Höhe des für nicht mehr vertretbar gehaltenen Aufwands vor (Anl. GL4 bis GL9 und Anlagenkonvolut KS&P1).
- 10 Gegen die Honorarrechnung Nr. 171103 vom 06.11.2017 über weitere 380.347,80 EUR (913,2 Stunden zu je 350 EUR) für die Tätigkeit im Berufungsverfahren Az. 11 U 58/17 wandte der Vorstand ein, dass ein unsachgemäß hoher Aufwand abgerechnet werde und die mit der Klägerin geschlossene Vergütungsvereinbarung formnichtig sei. Die Beklagte sei deswegen für dieses Berufungsverfahren einschließlich der Teilnahme an einer noch stattfindenden mündlichen Verhandlung nur zur Zahlung der gesetzlichen Vergütung i.H.v. 305.587,72 EUR (brutto) verpflichtet (Schreiben vom 19.02.2018; Anl. GL11). Diesen Betrag zahlte die Beklagte an die Klägerin. Die Zahlung des Restbetrags und weiterer vom besonderen Vertreter gebilligter Honorarrechnungen der Klägerin lehnte der Vorstand ab. Im Einzelnen wurden folgende Rechnungsbeträge nicht beglichen:
- 11
 - Rechnung Nr. 171103 vom 06.11.2017 zu Az. 11 U 58/17 (913,2 Stunden, Anl. K3): Rest: 74.760,08 EUR
 - Rechnung Nr. 180602 vom 20.06.2018 zu Az. 19 U 106/16 (323,8 Stunden, Anl. K4): 135.320,92 EUR
 - Rechnung Nr. 180603 vom 20.06.2018 zu Az. 11 U 58/17 (236,2 Stunden, Anl. K5) 98.888,76 EUR
- Summe: 308.969,76 EUR.
- 12 Mit Schreiben an den Besonderen Vertreter forderte die Klägerin die Beklagte unter Androhung gerichtlicher Durchsetzung erfolglos zur Zahlung von 308.969,75 EUR auf (Schriftsatz vom 16.08.2018, Anl. K7). Die vom Vorstand der Beklagten beauftragte Rechtsanwaltskanzlei GL wies den besonderen Vertreter auf dessen fehlende Vertretungsmacht betreffend Honorarfragen hin, forderte ihn ungeachtet dessen auf, die gegen die Honorarrechnungen erhobenen Einwände im Namen der Beklagten geltend zu machen und lehnte eine Genehmigung etwaiger Prozesshandlungen des besonderen Vertreters durch den Vorstand ab (Schriftsatz vom

30.08.2018, Anl. GL 12).

- 13 Die Klägerin reichte daraufhin beim Landgericht die vorliegende, gegen die Beklagte, „vertreten durch Prof. Dr. S. als besonderen Vertreter gemäß § 147 Abs. 2 AktG aufgrund der Hauptversammlungsbeschlüsse vom 30. Juni 2014 und vom 30. April 2015 (...)“ gerichtete Klage auf Zahlung von Honorar nebst Zinsen ein, welche antragsgemäß an den besonderen Vertreter an dessen Kanzleisitz zugestellt wurde (Seite 1 und Seite 15, Rn. 44 der Klageschrift vom 05.09.2018, AS I/1, I/29; Empfangsbekenntnis AS I/39).
- 14 Die Klägerin hat in erster Instanz vorgetragen, die Beklagte werde ausschließlich von dem besonderen Vertreter vertreten. Die organschaftliche Vertretungsbefugnis des besonderen Vertreters umfasse auch die Beauftragung von Hilfspersonen, insbesondere die Mandatierung einer Anwaltskanzlei im Namen der Aktiengesellschaft und den Abschluss einer Vergütungsvereinbarung. Zudem sei der besondere Vertreter von der Hauptversammlung ausdrücklich ermächtigt worden, Hilfspersonen hinzuzuziehen. Seine Vertretungsbefugnis erfasse auch die prozessuale Vertretung der Aktiengesellschaft hinsichtlich der Honorarklage. Dies ergebe sich aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20.03.2018, Az. II ZR 395/16, zur Honorarklage einer von einem Aufsichtsrat mit einer Sonderuntersuchung beauftragten Wirtschaftsprüfungsgesellschaft. Die von dem Vorstand veranlasste Zahlungsverweigerung diene dazu, eine effektive Tätigkeit des besonderen Vertreters zu behindern. Die Honorarforderungen seien auch berechtigt. Die abgerechneten Leistungen seien eng mit dem besonderen Vertreter abgestimmt und vereinbarungsgemäß erbracht worden. Der Vorstand sei nicht berechtigt, Honorarrechnungen einer eigenen Beurteilung zu unterziehen und auf dieser Grundlage weitere Zahlungen zu verweigern. Die Beklagte befinde sich jeweils 14 Tage nach Rechnungszugang in Verzug und schulde daher Verzugszinsen, die sich im Zeitraum 23.11.2017 bis 21.02.2018 auf 7.699,91 EUR belaufen würden. Mit der Klage nicht geltend gemachte vertragliche oder gesetzliche Ansprüche blieben vorbehalten.
- 15 Die Klägerin hat in erster Instanz beantragt (AS I/3):
- 16 1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen Betrag i.H.v. 308.969,75 EUR zuzüglich Zinsen i.H.v. neun Prozentpunkten
- 17 a. aus einem Betrag i.H.v. 74.760,08 EUR seit dem 22.02.2018 (einschließlich) und
- 18 b. aus einem weiteren Betrag i.H.v. 234.209,67 EUR seit dem 06.07.2018 (einschließlich)
- 19 zu zahlen.
- 20 2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin einen weiteren Betrag i.H.v. 7.699,91 EUR zu zahlen.
- 21 Für die Beklagte, vertreten durch den besonderen Vertreter, hat der besondere Vertreter mit Schriftsatz vom 18.09.2018 folgende Erklärung abgegeben (AS I/45 f.):
- 22 „(...) erkennen wir namens und im Auftrag der Beklagten, vertreten durch den besonderen Vertreter, die mit Klageschrift vom 5. September 2018 geltend gemachten Ansprüche der Klägerin – unter dem Vorbehalt des Vorliegens der Prozesshandlungsvoraussetzungen, d.h. der gesetzlichen Vertretung durch den besonderen Vertreter – an.“
- 23 Der besondere Vertreter führte hierzu aus, dass er die Beklagte auch im Honorarprozess mit den von ihm mandatierten Anwälten vertrete und gegen die geltend gemachten Honorarforderungen keine Einwendungen habe. Als Prozessbevollmächtigte der Beklagten gab er die „als Rechtsanwälte zugelassen Partner der Sozietät GK“ an. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Schriftsatz vom 18.09.2018 verwiesen.
- 24 Für die Beklagte, vertreten durch die Vorstandsmitglieder, haben die vom Vorstand bestellten Prozessbevollmächtigten (Rechtsanwälte GL)
- 25 Klageabweisung
- 26 beantragt (AS I/49).
- 27 Zur Begründung haben sie die fehlende Befugnis des besonderen Vertreters zur Vertretung der Gesellschaft in dem Honorarprozess, die unwirksame Zustellung der Klage an den besonderen Vertreter, die unwirksame Prozessvollmacht der „als Rechtsanwälte zugelassen Partner der Sozietät GK“ sowie die Unwirksamkeit von Prozesshandlungen, insbesondere des Anerkenntnisses vom 18.09.2018, gerügt und dem Anerkenntnis widersprochen.

- 28 Nachfolgend haben die Rechtsanwälte GL die Verweisung des Rechtsstreits an die Kammer für Handelssachen beantragt. Die Kammer für Handelssachen hat die Übernahme des Rechtsstreits abgelehnt (Beschluss vom 10.12.2018, AS I/257 ff.), da es an einem wirksamen Verweisungsantrag fehle. Dies gelte auch, wenn Honorarstreitigkeiten mit Anwälten, die vom besonderen Vertreter beauftragt seien, nicht in dessen Vertretungsmacht fielen. Die Zuständigkeit des Aufsichtsrats aus § 112 AktG für Klagen gegen Vorstände erstrecke sich auch auf Honorarklagen aus Aufträgen an Hilfspersonen (zu § 111 AktG BGH, Urt. v. 20.03.2018, Az. II ZR 359/16). Ein Verweisungsantrag eines vom Aufsichtsrat bevollmächtigten Prozessvertreters oder eine Genehmigung des Verweisungsantrags des Vorstands liege aber nicht vor.
- 29 Die Beklagte (Rechtsanwälte GL) hat daraufhin eine den Rechtsanwälten GL für die Honorarklage erteilte, von zwei Vorstandsmitgliedern und dem Aufsichtsratsvorsitzenden unterzeichnete Vollmacht vom 04.03./05.03.2019 (Anl. GL13) sowie einen Protokollauszug der Aufsichtsratssitzung vom 17.12.2018 (Anl. GL14) vorgelegt, in dem es unter „TOP 10 Verschiedenes“ heißt:
- 30 *„Beschluss Honorarklage EHW (von GL)*
- (...)
- 31 *Vor diesem Hintergrund fasst der Aufsichtsrat einstimmig folgenden Beschluss:*
- 32 *Der Aufsichtsrat schließt sich dem Vorstand an und beauftragt vorsorglich auch selbst im Namen der Gesellschaft GL damit, die Gesellschaft in dem Rechtsstreit mit EHW umfassend zu beraten und gerichtlich zu vertreten.*
- 33 *Der Aufsichtsrat genehmigt sämtliche bisher in diesem Rechtsstreit durch GL vorgenommenen Prozesshandlungen.“*
- 34 In dem sich anschließenden Gerichtsstandsbestimmungsverfahren hat das Oberlandesgericht Karlsruhe (15. Zivilsenat) mit Beschluss vom 10.07.2019 entschieden, dass mangels wirksamen Verweisungsantrags die Zivilkammer zuständig sei (Az. 15 AR 8/19, AS I/389 ff., veröffentlicht bei juris). Jedenfalls für das Bestimmungsverfahren sei zugrunde zu legen, dass Vorstand und Aufsichtsrat der Beklagten den Rechtsanwälten GL keine wirksame Prozessvollmacht hätten erteilen können, weil nicht sie, sondern der besondere Vertreter die Beklagte in der vorliegenden Streitsache vertrete. Ob die Kompetenz des besonderen Vertreters soweit reiche, dass er namens der Beklagten die Honorarforderung anerkennen dürfe, sei keine im Rahmen des Bestimmungsverfahrens zu klärende Frage.
- 35 Mit dem angegriffenen Anerkenntnisurteil vom 09.08.2019 (AS I/437 ff.; veröffentlicht bei juris) hat das Landgericht Heidelberg die Beklagte aufgrund Anerkenntnisses vom 18.09.2018 antragsgemäß verurteilt. Der besondere Vertreter habe für die Beklagte eindeutig ein Anerkenntnis erklärt. Ferner sei mit dem Beschluss des Oberlandesgerichts vom 10.07.2019 zu Az. 15 AR 8/19 davon auszugehen, dass die Beklagte in dem Rechtsstreit nicht durch Vorstand oder Aufsichtsrat, sondern durch den besonderen Vertreter vertreten werde. Insbesondere sei die Interessenlage dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall der gerichtlichen Vertretung einer Gesellschaft im Streit um einen vom Aufsichtsrat erteilten Sachverständigenauftrag (BGH, Urt. v. 20.03.2018, Az. II ZR 359/16) vergleichbar. Den Bestellungsbeschlüssen sei keine Einschränkung dahingehend zu entnehmen, dass der besondere Vertreter Rechtsanwälte nur in eigenem Namen mandatieren dürfe. Die Vertretungsmacht umfasse auch die Abgabe eines Anerkenntnisses. Davon unberührt bleibe die Frage, inwieweit der besondere Vertreter sich durch diese Vorgehensweise gegenüber der Aktiengesellschaft schadensersatzpflichtig mache. Ein Missbrauch der Vertretungsmacht, der zur Nichtigkeit der Erklärung des Anerkenntnisses führe, liege aber nicht vor. Insbesondere sei die Mandats- und Vergütungsvereinbarung weder offensichtlich formunwirksam noch sei dargetan, welche Beratungsleistungen der Klägerin einen unangemessen hohen Aufwand darstellen würden. Im Übrigen stehe es der Hauptversammlung frei, den besonderen Vertreter ohne Angaben von Gründen abzuverufen.
- 36 Das Anerkenntnisurteil, auf das wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und der Entscheidungsgründe Bezug genommen wird, ist beiden für die Beklagte auftretenden Prozessbevollmächtigten am 19.08.2019 zugestellt worden (AS I/463 f.). Es wird von der Beklagten, vertreten durch Vorstand und Aufsichtsrat, mit der am 18.09.2019 beim Oberlandesgericht eingegangenen Berufung angegriffen (AS II/1).

- 37 Zur Begründung des Rechtsmittels trägt die Beklagte nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 19.11.2019 (AS II/16) mit an diesem Tag eingegangenem Schriftsatz der Rechtsanwälte GL vor, die Klage sei unzulässig und unbegründet (AS II/18 ff.). Die Beklagte sei mangels Vertretungsbefugnis des besonderen Vertreters bereits nicht prozessfähig gewesen. Zur Begründung einer von § 78 Abs. 1 AktG abweichenden Vertretungsbefugnis sei eine ausdrückliche gesetzliche Regelung erforderlich, an der es hier fehle. § 147 Abs. 2 S. 1 AktG sei keine Befugnisnorm zu Gunsten des besonderen Vertreters, sondern eine Kompetenzzuweisung an die Hauptversammlung. Die Befugnisse des besonderen Vertreters würden durch den im Rahmen des § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG gefassten Bestellungsbeschluss konkretisiert. Seine Rolle sei nach § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG auf Ersatzansprüche der Gesellschaft betreffende Aktivprozesse beschränkt. Der besondere Vertreter sei nur insoweit gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft, als seine Befugnis reiche, Ersatzansprüche gegen Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats im Namen der Gesellschaft zu verfolgen. Diese Befugnis sei ein abgespaltener Teil der umfassenden gesetzlichen Vertretungsmacht des Vorstands. Die vorliegende Honorarstreitigkeit liege außerhalb des vom Gesetzgeber und in den Bestellungsbeschlüssen definierten Aufgabenbereichs. Nach dem Wortlaut des § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG sei die Hauptversammlung nicht befugt, den besonderen Vertreter zu einer Vertretung in einem Rechtsstreit wie dem vorliegenden zu ermächtigen, und es bestehe auch keine Annexkompetenz. Bereits in den Bestellungsbeschlüssen sei ausdrücklich bestimmt, dass der besondere Vertreter nicht befugt sein sollte, im Namen der Beklagten Hilfspersonen zu mandatieren, sondern Hilfspersonen im eigenen Namen hinzuzuziehen. Auch der besondere Vertreter sei unmittelbar nach seiner Bestellung davon ausgegangen, nicht zur Beauftragung von Hilfspersonen im Namen der Beklagten befugt zu sein. Dies ergebe sich aus der von ihm selbst entworfenen Vergütungsvereinbarung vom 01./21.07.2014 (Anl. GL 15), nach deren § 2 Abs. 2 „Tätigkeiten von hinzugezogenen Hilfspersonen nach dem tatsächlichen Zeitaufwand zu deren üblichen Stundensätzen pro Arbeitsstunde als Auslagen in Rechnung gestellt“ würden. Die Gefahr einer Vorfinanzierungspflicht des besonderen Vertreters bestehe hier nicht, da dieser nach § 2 Abs. 6 Satz 1 der Vergütungsvereinbarung mit der Beklagten berechtigt sei, einen angemessenen Vorschuss in Rechnung zu stellen. Im Übrigen gelte für den besonderen Vertreter ein Optimierungsgebot im Hinblick auf die von ihm betriebene Sachverhaltsaufklärung und Rechtsdurchsetzung. Für die Finanzierung der Durchsetzung des Anspruchs müsse nicht der denkbar einfachste Weg zur Verfügung stehen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats, welche sich aus der in § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG geregelten Kompetenz zur Beauftragung von Sachverständigen ableite, sei mangels vergleichbarem Anknüpfungspunkt nicht auf den besonderen Vertreter zu übertragen. Die Interessenlage sei auch nicht vergleichbar. Der Vorstand erlange durch eine Vertretung der Beklagten keine neuen Informationen zur Prozessstrategie. Es bestehe auch kein konkreter Interessenkonflikt insofern, als die Schadensersatzansprüche lediglich den Vorstandsvorsitzenden, nicht jedoch weitere amtierende Vorstandsmitglieder beträfen. Die nur abstrakte Gefahr eines Interessenkonflikts genüge nicht, um eine Vertretungsbefugnis des besonderen Vertreters zu begründen. Insbesondere könnten auch amtierende Vorstandsmitglieder zu besonderen Vertretern bestellt werden, um Ersatzansprüche gegen andere Vorstandsmitglieder geltend zu machen. Das Argument einer Kontinuität der Aufgabenwahrnehmung könne nicht herangezogen werden, da der besondere Vertreter im Gegensatz zum Aufsichtsrat kein ständiges Gesellschaftsorgan sei. Der Vertretungsmangel sei nicht geheilt worden, da der gesetzliche Vertreter weder in den Prozess eingetreten sei noch die bisherige Prozessführung des vollmachtlosen Vertreters genehmigt habe. Jedenfalls aber sei die Klage unbegründet. Die Beklagte sei nicht Schuldnerin der Honorarforderung. Die Vergütungsvereinbarungen der Klägerin seien formunwirksam. Zudem bestehe die Honorarforderung nicht in der geltend gemachten Höhe. Schließlich habe der besondere Vertreter sowohl bei Abschluss der Vergütungsvereinbarungen als auch bei der Prozessvertretung seine Vertretungsmacht missbraucht.
- 38 Die Beklagte, vertreten durch Vorstand und Aufsichtsrat, beantragt (AS II/49, II/117):
- 39 Die Klage wird unter Aufhebung des Anerkenntnisurteils des Landgerichts Heidelberg vom 09.08.2019 (Az. 4 O 366/18) abgewiesen.
- 40 Die Klägerin beantragt (AS II/89, II/117),
- 41 die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.
- 42 Die Klägerin verteidigt das Anerkenntnisurteil als zutreffend. Sie ist der Ansicht, dass die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 20.03.2018 (Az. II ZR 359/16) ohne Einschränkungen auf den besonderen Vertreter zu übertragen sei mit der Folge, dass die Vertretungskompetenz des besonderen Vertreters diejenige von Vorstand und Aufsichtsrat auch in dem vorliegenden Verfahren verdränge. Es könne nicht Sache von Vorstand und/oder

Aufsichtsrat sein, über die Ausgestaltung des Mandatsverhältnisses mit der vom besonderen Vertreter für die Anspruchsdurchsetzung mandatierten Kanzlei zu entscheiden und in die Art und Weise der Mandatsführung einzugreifen, die sich gegen amtierende oder ehemalige Mitglieder dieser Gremien richte. Eine solche unzulässige Einflussnahme wäre auch dann zu besorgen, wenn Vorstand und/oder Aufsichtsrat anstelle des besonderen Vertreters darüber zu befinden hätten, ob die Mandatsführung „richtig“ oder „angemessen“ gewesen sei und ob und in welchem Umfang die vom besonderen Vertreter mit beauftragten Rechtsanwälten vereinbarte Vergütung tatsächlich gezahlt oder die Zahlung verweigert werden solle. Der Vorstand habe keine wie auch immer geartete Befugnis, darüber zu entscheiden oder zu beeinflussen, wer mit der Anspruchsdurchsetzung beauftragt werde und welche Mittel hierfür aufgewendet würden. Zudem weigere sich der Vorstand, dem besonderen Vertreter die für seine Amtsführung für erforderlich gehaltenen Mittel zur Verfügung zu stellen. Damit solle der besondere Vertreter offenbar – wie auch durch das Vorenthalten von Informationen und die Androhung haftungsrechtlicher Konsequenzen – bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben obstruiert werden. Sie – die Klägerin – habe auch bereits seit Februar 2018 keine Zahlungen mehr auf Honorarforderungen erhalten und weitere Zahlungen seien bereits abgelehnt worden. Die Berufung solle dazu dienen, sie über ihre Vergütung für bisherige und künftige Prozesstätigkeit im Unklaren zu lassen, um sie zu einer Prozessführung „auf Sparflamme“ oder gar zur Mandatsniederlegung zu bewegen. Im Übrigen werde bestritten, dass ein wirksamer Aufsichtsratsbeschluss über die Mandatierung der Rechtsanwälte GL für das erstinstanzliche und das Berufungsverfahren gefasst worden sei und der Aufsichtsrat diese namens der Gesellschaft wirksam mandatiert habe. Die Anlagen GL 13 und GL 14 würden diese Behauptung nicht tragen. Die Beauftragung von Hilfspersonen im Namen der Beklagten sei dem besonderen Vertreter auch nicht in den Hauptversammlungsbeschlüssen vom 30.06.2014 und vom 30.04.2015 untersagt worden. Die Klageforderung sei wirksam durch den besonderen Vertreter anerkannt worden und im Übrigen auch begründet.

- 43 Wegen der weiteren Einzelheiten des Berufungsvorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

- 44 Die zulässige Berufung ist begründet und führt unter Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung zur Abweisung der Klage als unzulässig.
- 45 1. Die Beklagte wird durch den besonderen Vertreter nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten (§ 547 Nr. 4 ZPO).
- 46 a) Die Vertretung der Aktiengesellschaft in dem vorliegenden Zivilprozess richtet sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts (§ 51 Abs. 1 ZPO). In einem Passivprozess wird die Aktiengesellschaft gemäß § 78 Abs. 1 Satz 1 AktG grundsätzlich durch ihren Vorstand als dem zu ihrer Außenvertretung berufenen Organ vertreten. Dies gilt jedoch nicht, wenn und soweit das Aktiengesetz die Vertretung der Gesellschaft einem anderen Organ zuweist (vgl. BGHZ 218, 122, zitiert nach juris Rn. 10 f.).
- 47 Der Bestellungsbeschluss, welcher den Auftrag des besonderen Vertreters definiert, ist daher keine geeignete Grundlage, um den hier aufgetretenen Kompetenzkonflikt zu lösen. Eine organschaftliche Vertretungsmacht des besonderen Vertreters kann sich nur aus einer gesetzlichen Aufgabenzuweisung oder einer aus dieser abgeleiteten Annexkompetenz ergeben (vgl. Schmolke, Großkommentar AktG Bd. 7/3, 5. Aufl. 2021, § 147 Rn. 383 m.w.N.).
- 48 b) Eine explizite Vertretungsermächtigung für den besonderen Vertreter betreffend die gerichtliche Vertretung der Gesellschaft in dem vorliegenden Rechtsstreit sieht das Aktiengesetz nicht vor.
- 49 aa) Dem von der Hauptversammlung bestellten besonderen Vertreter ist in § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG die Vertretung der Gesellschaft zur Geltendmachung eines Ersatzanspruchs zugewiesen, dessen Geltendmachung die Hauptversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen hat (§ 147 Abs. 1 Satz 1 AktG).
- 50 Der nach § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG bestellte Sondervertreter ist hiernach im Rahmen seines Aufgabenkreises Organ der Gesellschaft (vgl. BGH, B. v. 27.09.2011 - II ZR 225/08 -, juris) und befugt, die Gesellschaft zur prozessualen oder außerprozessualen Durchsetzung der Ersatzansprüche zu vertreten (vgl. BGH, NJW 1981, S. 1097 <1098>; OLG München, Urt. v. 28.11.2007 – 7 U 4498/07 –, juris Rn. 71). Er ist jedoch nur insoweit gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft, als seine Befugnis reicht, Ersatzansprüche im Namen der Gesellschaft zu verfolgen, die ein abgespaltener Teil der umfassenden gesetzlichen Vertretungsmacht des Vorstands ist (vgl. BGH, NZG 2015, S. 835, Rn. 15 m.w.N. sowie Senat, Urt. v. 14.03.2018 – 11 U 35/17 -, juris Rn. 36).

- 51 bb) Die dem besonderen Vertreter in § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG explizit zugewiesene und beschränkte Aufgabe, Ersatzansprüche geltend zu machen, umfasst dem Wortlaut nach aber nicht die Prozessvertretung in einem Passivprozess, der Ansprüche aus einem von dem besonderen Vertreter im Namen der Gesellschaft begründeten Auftragsverhältnis zum Gegenstand hat.
- 52 c) Eine entsprechende Befugnis ergibt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer - vom Landgericht der Sache nach bejahten - Annexkompetenz zu § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG.
- 53 aa) Im Kapitalgesellschaftsrecht kann unter bestimmten Voraussetzungen eine Kompetenzlücke in der Organisationsverfassung unter Rückgriff auf die Rechtsfigur der Annexkompetenz geschlossen werden. Die Annexkompetenz bildet dabei keine eigenständige Kompetenzgrundlage zur Lösung von Kompetenzkonflikten. Sie ist vielmehr im Wege der Gesetzesauslegung oder der Analogiebildung konkret für jede Fallgestaltung und gebunden an eine ausdrücklich normierte Zuständigkeitsnorm zu begründen. In der Sache ist zu gewährleisten, dass mit der Anerkennung einer Annexkompetenz nicht gegen die in der Organisationsverfassung vorgegebenen Struktur- und Wertungsprinzipien verstoßen wird. Erweiterungen von enumerativen Zuständigkeiten müssen sich in die Kompetenzordnung ohne strukturelle Brüche einfügen lassen (vgl. Lieder, NZG 2015, S. 569 f.; Fleischer/Wedemann, GmbHR 2010, S. 449 <454 ff.>). Bezogen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass eine Annexkompetenz zu § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG im Einklang mit dem organisatorischen Gesamtgefüge der Aktiengesellschaft stehen muss (vgl. zu § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG/Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats: BGHZ 218, 122, zitiert nach juris Rn. 17).
- 54 In der Rechtsprechung wurden Annexkompetenzen insbesondere als Hilfszuständigkeit innerhalb einer zugewiesenen Aufgabe (vgl. zu § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG/Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats: BGHZ 218, 122, zitiert nach juris Rn. 17, 19) und als Kompetenzerweiterung aus Gründen des inneren Sachzusammenhangs (vgl. zum Gleichlauf von Bestellungs- und Anstellungszuständigkeit beim eingetragenen Verein: BGHZ 113, 237, zitiert nach juris Rn. 5) bejaht. Als weitere Gesichtspunkte zur Begründung einer Annexkompetenz werden das Ziel, Interessenkonflikte zu vermeiden und die kompetenzmäßige Irrelevanz diskutiert (zum Ganzen: Fleischer/Wedemann, GmbHR 2010, S. 449 <454 ff.> m.w.N.).
- 55 Der Umfang einer Vertretungszuständigkeit für im Zusammenhang mit der Aufgabenwahrnehmung anfallende Hilfsgeschäfte bestimmt sich dabei aus dem Inhalt der jeweiligen Aufgabenzuweisung. Entscheidend ist, dass die Anerkennung der Kompetenz für Hilfsgeschäfte nicht zu einer Erweiterung des sachlichen Aufgabenbereichs führt, sondern sich innerhalb der zugewiesenen Aufgabe auf die Stadien der Vorbereitung und Durchführung der Aufgabenwahrnehmung bezieht. Die Anbindung an den sachlichen Aufgabenbereich setzt der Kompetenzzuweisung für Hilfsgeschäfte einen engen Rahmen (vgl. BGHZ 218, 122, zitiert nach juris Rn. 19 m.w.N.; Fleischer/Wedemann, GmbHR 2010, S. 449 <455>).
- 56 bb) Ausgehend von diesen Grundsätzen kann dem besonderen Vertreter die Befugnis zur Vertretung der Aktiengesellschaft in einem Rechtsstreit mit zum Zweck der Geltendmachung von Ersatzansprüchen mandatierten Rechtsanwälten weder als Hilfszuständigkeit innerhalb der ihm zugewiesenen Aufgabe, Ersatzansprüche im Namen der Gesellschaft zu verfolgen, noch kraft Sachzusammenhangs zuerkannt werden.
- 57 (1) Eine der außergerichtlichen und gerichtlichen Vertretung der Gesellschaft durch den Aufsichtsrat im Zusammenhang mit der Beauftragung von Sachverständigen (Annexkompetenz zu § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG) vergleichbare Fallgestaltung liegt nicht vor.
- 58 (a) § 147 AktG enthält weder nach seinem Wortlaut noch nach seiner systematischen Stellung im Gesamtgefüge aktienrechtlicher Kompetenznormen eine § 111 Abs. 2 AktG vergleichbare Regelung von Einzelbefugnissen, an die eine Annexkompetenz angeknüpft werden kann.
- 59 (aa) § 111 Abs. 2 AktG weist dem Aufsichtsrat bei der Ausübung seiner Mitwirkungs- und Kontrollbefugnisse einen eigenen Aufgabenbereich zu, in dessen Rahmen die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands nicht tangiert wird. Dies rechtfertigt es, die Befugnis des Aufsichtsrats zur außergerichtlichen Vertretung der Aktiengesellschaft beim Vertragsschluss mit einem nach § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG beauftragten Sachverständigen anzuerkennen (vgl. BGHZ 218, 122, zitiert nach juris Rn. 16 f.). Ergänzend ist aufgrund der Sachnähe der gerichtlichen Vertretung der Gesellschaft in einem aus dem Auftragsverhältnis geführten Rechtsstreit sowie nach dem § 111 Abs. 2 Satz 2 AktG innewohnenden Zweck der Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit des Aufsichtsrats auch die Prozessvertretung der Gesellschaft von der gesetzlichen Aufgabenzuweisung gedeckt (vgl. BGHZ 218, 122, zitiert nach juris Rn. 23 ff.).

- 60 (bb) In dem vorliegend betroffenen Bereich der mittelbar auf die Anspruchsverfolgung gerichteten Rechtshandlungen des besonderen Vertreters hat der Gesetzgeber hingegen davon abgesehen, diesem ausdrücklich einen eigenen, von der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands abgegrenzten Aufgabenbereich zuzuweisen.
- 61 Etwas Anderes folgt auch nicht aus dem Zusammenspiel des § 147 AktG mit anderen Kompetenznormen des Aktiengesetzes. § 147 Abs. 1 Satz 2 AktG verdrängt in seinem Anwendungsbereich die Regelungen in §§ 78, 112 AktG über die Vertretungsmacht von Vorstand und Aufsichtsrat mit der Folge, dass bei Bestellung eines besonderen Vertreters für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen dieser die Gesellschaft ausschließlich vertritt (vgl. Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, 15. Aufl. 2021, § 147 Rn. 13; Drygala, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 112 Rn. 1, 4). § 112 AktG setzt jedoch - ebenso wie § 39 GenG - voraus, dass sich als Parteien des Prozesses die Gesellschaft und das Vorstandsmitglied gegenüberstehen (vgl. zur Vertretung der Genossenschaft: BGH, AG 1997, S. 123 f.). Dem Zusammenspiel der Kompetenzzuweisungen in § 147 Abs. 2, § 112 und § 78 AktG kann daher entnommen werden, dass der besondere Vertreter die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich in Prozessen vertritt, in denen sich als Parteien die Gesellschaft und Vorstands- bzw. Aufsichtsratsmitglieder sowie weitere vom Anwendungsbereich des § 147 Abs. 1 AktG erfasste Anspruchsgegner gegenüberstehen. Ein Rückschluss auf den Umfang der Vertretungszuständigkeit für im Zusammenhang mit der Geltendmachung anfallende Hilfsgeschäfte ist hingegen nicht möglich.
- 62 (b) Ein besonderer Vertreter, dem - wie in dem vorliegenden Fall - die Hinzuziehung von Hilfspersonen im Bestellungsbeschluss gestattet worden ist, hat ferner das Recht, im Namen der Gesellschaft Rechtsanwälte beizuziehen (vgl. KG Berlin, B. v. 16.12.2011 – 25 W 92/11 –, juris Rn. 20). Dies schließt die Vereinbarung einer Vergütung ein (vgl. Schmolke, in: Großkommentar AktG, Bd. 7/3, 5. Aufl. 2021, § 147 Rn. 386, 388 m.w.N.; Rieckers/Vetter, in: Kölner Kommentar AktG, Bd. 3/2, 3. Aufl. 2015, § 147 Rn. 509; Uwe H. Schneider, ZIP 2013, S. 1985 <1988>). Ob diese Kompetenz auch ohne ausdrückliche Gestattung im Bestellungsbeschluss besteht (vgl. Arnold, in: Münchener Kommentar AktG Bd. 3, 4. Aufl. 2018, § 147 Rn. 71), kann dahingestellt bleiben. Ein Recht zur gerichtlichen Vertretung der Gesellschaft in einem mit den beauftragten Rechtsanwälten geführten Honorarklageverfahren kann aus ihr jedenfalls nicht abgeleitet werden.
- 63 (aa) Das Recht, die Gesellschaft beim Vertragsschluss mit den zum Zweck der Geltendmachung beauftragten Rechtsanwälten zu vertreten und unmittelbar zu verpflichten, folgt aus der ungeschriebenen Annexkompetenz zu § 147 Abs. 2 Satz 1 AktG für solche Hilfsgeschäfte, die der Anspruchsverfolgung nur mittelbar dienen, für diese aber erforderlich sind (vgl. Schmolke, in: Großkommentar AktG, Bd. 7/3, 5. Aufl. 2021, § 147 Rn. 386, 388 m.w.N.; Rieckers/Vetter, in: Kölner Kommentar AktG, Bd. 3/2, 3. Aufl. 2015, § 147 Rn. 509; jeweils m.w.N.).
- 64 (bb) Diese Annexkompetenz gewährt aber, wie oben ausgeführt, keine eigenständige Kompetenzgrundlage zur Lösung des vorliegenden Kompetenzkonflikts (vgl. Lieder, NZG 2015, S. 569 f.). Die Frage einer weitergehenden Annexkompetenz zur gerichtlichen Vertretung der Aktiengesellschaft durch den besonderen Vertreter in einem Rechtsstreit mit von ihm mandatierten Rechtsanwälten kann daher nicht mit der Sachnähe zu seiner Befugnis, das Mandat zu erteilen, sondern ausschließlich nach Maßgabe der ausdrücklich normierten Aufgabenzuweisung, bestimmte Ersatzansprüche geltend zu machen, beantwortet werden.
- 65 (2) Mit der Anerkennung einer Befugnis des besonderen Vertreters, die Aktiengesellschaft in einem mit von ihm mandatierten Rechtsanwälten geführten Rechtsstreit gerichtlich zu vertreten, würde 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.
- 66 (a) Der besondere Vertreter tritt zwar für seinen Aufgabenbereich an die Stelle des Vorstands. Dieser Aufgabenbereich besteht aber nur für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen (vgl. BGH, NZG 2015, S. 835, Rn. 15 f.). Der Aufgabenzuweisung in § 147 AktG ist kein allgemeiner Grundsatz zu entnehmen, der es dem besonderen Vertreter gestattet, die Aktiengesellschaft zum Zweck der Geltendmachung von Ersatzansprüchen in jeder Hinsicht und insbesondere auch in Verfahren zu vertreten, die mit der Aufgabenerfüllung nur mittelbar in Zusammenhang stehen. So umfasst die Vertretungsmacht des besonderen Vertreters zur Geltendmachung des Ersatzanspruchs nicht mehr ein Rechtsgeschäft, das für die Gesellschaft wirtschaftlich einem Teilverzicht gleichkommt (vgl. BGH, NJW 1981, S. 1097 <1098>). Auch soweit teilweise vertreten wurde, dass der besondere Vertreter wegen der Besorgnis einer nachlässigen Rechtsverteidigung durch Vorstand und Aufsichtsrat im Anfechtungsprozess um seine Bestellung die Gesellschaft vertrete oder jedenfalls die Hauptversammlung eine solche Vertretung bestimmen könne, hat sich diese Ansicht nicht

durchgesetzt. Im Anfechtungsstreit um die Bestellung des besonderen Vertreters wird die Gesellschaft gemäß § 246 Abs. 2 AktG durch Vorstand und Aufsichtsrat auch dann vertreten, wenn deren Mitglieder von der Geltendmachung selbst betroffen sind (vgl. BGH, NZG 2015, S. 835, Rn. 16). Dem aus der Gestaltungswirkung der Nichtigkeitsklärung folgenden rechtlichen Interesse des besonderen Vertreters an einem Obsiegen der Gesellschaft im Anfechtungsstreit um seine Bestellung wird lediglich durch die Möglichkeit Rechnung getragen, als Einzelperson der Klage auf Seiten der Gesellschaft als Nebenintervenient beizutreten (vgl. BGH, NZG 2015, S. 835, Rn. 19).

- 67 (b) Die Befugnis zur gerichtlichen Vertretung der Gesellschaft im Rechtsstreit mit den von ihm beauftragten Rechtsanwälten würde eine Ausnahme von dem Grundsatz darstellen, dass der besondere Vertreter keinen Zugriff auf Finanzmittel der Aktiengesellschaft hat und für die Zahlung der von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten wie auch seiner eigenen Vergütung auf die Mitwirkung der Verwaltung angewiesen ist.
- 68 (aa) Der besondere Vertreter hat keine Vertretungsmacht in Bezug auf die Bankverbindungen und Konten der Gesellschaft. Selbst wenn die Zahlungen unmittelbar die Durchführung seines Auftrags betreffen sollten, ist er auf die Mitwirkung des Vorstands angewiesen (vgl. Nietsch, NZG 2021, S. 271 <275>; Schmolke, in: Großkommentar AktG Bd. 7/3, 5. Aufl. 2021, § 147 Rn. 391; Rieckers/Vetter, in: Kölner Kommentar AktG, Bd. 3/2, 3. Aufl. 2015, § 147 Rn. 510). Dies hat auch zur Folge, dass der besondere Vertreter Prozessbevollmächtigte zum Zweck der Geltendmachung von Ersatzansprüchen im Namen der Gesellschaft beauftragen, deren Bezahlung aber nicht selbst veranlassen kann (vgl. Nietsch, NZG 2021, S. 271 <275>). Im Übrigen kann der besondere Vertreter - anders als der Aufsichtsrat, der die Möglichkeit der Selbstverpflichtung nicht hat (vgl. BGHZ 218, 122, zitiert nach juris Rn. 15) - auch von einer Verpflichtung der Gesellschaft absehen, die Hilfspersonen in eigenem Namen beauftragen und die hierfür erforderlichen Auslagen als Aufwendungsersatz einschließlich der Zahlung eines Kostenvorschusses verlangen (vgl. Schmolke, in: Großkommentar AktG Bd. 7/3, 5. Aufl. 2021, § 147 Rn. 636, 638 m.w.N.). Ebenso wie seinen eigenen Vergütungsanspruch muss er jedoch auch den Anspruch auf Aufwendungsersatz im Streitfall gegen die Aktiengesellschaft klageweise durchsetzen (vgl. KG, B. v. 16.12.2011 – 25 W 92/11 –, juris Rn. 19; Mock, in: BeckOGK, Stand 01.06.2021, § 147 AktG Rn. 186; Schmolke, in: Großkommentar AktG Bd. 7/3, 5. Aufl. 2021, § 147 Rn. 630; jeweils m.w.N.; a.A. für eine gerichtliche Festsetzung: Schneider, ZIP 2013, S. 1985 <1990>). In der Praxis muss der besondere Vertreter damit rechnen, dass Vergütung und Auslagen nicht gezahlt werden (vgl. Schneider, ZIP 2013, S. 1985 <1990>). Im Ergebnis gehört es zum Risiko des ihm übertragenen Amtes, dass sein Anspruch auf Vergütung und Auslagenersatz möglicherweise bestritten wird.
- 69 (bb) Mit dieser Struktur lässt es sich schwerlich vereinbaren, dem besonderen Vertreter in einem mit beauftragten Rechtsanwälten geführten Honorarklageverfahren durch die Einräumung einer Befugnis zur Prozessvertretung die Möglichkeit zu verschaffen, auch gegen den Widerstand der Verwaltung einen die Aktiengesellschaft bindenden, vollstreckungsfähigen Zahlungstitel über die Kosten dieser von ihm beauftragten Hilfspersonen zu erwirken.
- 70 (c) Eine Kompetenzerweiterung in diesem Umfang hätte auch erhebliches Gewicht, da sie mit der zumindest abstrakten Gefahr einherginge, der besondere Vertreter könnte den Prozess nicht mit der gebotenen Sorgfalt und allein ausgerichtet am wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft führen. Besonders greifbar wird dies, wenn der besondere Vertreter seine eigene Kanzlei mandatiert hat und in dem Vergütungsstreit neben deren Honorarabrechnung auch eine formularmäßige, gegebenenfalls von dem besonderen Vertreter als Rechtsanwalt selbst verwendete Honorarvereinbarung zur Überprüfung steht. Die Gefahr kann sich aber auch in anderen Fallgestaltungen aus seinem Interesse ergeben, die zeitnahe Bezahlung der von ihm beauftragten Rechtsanwälte ohne angemessene Prüfung von Einwänden des Vorstands durchzusetzen.
- 71 Zwar kann die konkrete Prozessführung gegebenenfalls Schadensersatzpflichten des besonderen Vertreters gegenüber der Aktiengesellschaft auslösen, sodass etwaige Einwände gegen eine Honorarforderung der von dem besonderen Vertreter im Namen der Aktiengesellschaft beauftragten Rechtsanwälte nochmals in einem Haftungsprozess angebracht werden können. Ein derartiger Verweis auf eine zeitlich nachgelagerte Korrekturmöglichkeit stünde aber mit den Grundsätzen, die für die Vergütung des besonderen Vertreters selbst gelten, nicht in Einklang. Denn Einwände gegen dessen eigene Vergütung und seine Auslagen wären in einem Honorarklageverfahren zu klären, in dem die Gesellschaft, der gesetzlichen Grundregel folgend, durch den Vorstand vertreten würde. Eine Befugnis des besonderen Vertreters zur Prozessvertretung im Honorarklageverfahren mit beauftragten Rechtsanwälten würde daher im Ergebnis zur einer sachlich nicht begründeten Verbesserung seiner Rechtsstellung für den Fall führen, dass er Rechtsanwälte im Namen der

Gesellschaft beauftragt und nicht, was auch möglich wäre, als Hilfspersonen im eigenen Namen hinzuzieht.

- 72 In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass in einem gerichtlichen Verfahren betreffend die Bestellung eines besonderen Vertreters (§ 147 Abs. 2 Satz 2 AktG) die (Un-)Angemessenheit der mit beigezogenen Rechtsanwälten vereinbarten Vertragskonditionen nicht zu prüfen, sondern von der Gesellschaft in einem Honorarklageverfahren mit den beauftragten Anwälten zu klären ist (vgl. KG Berlin, B. v. 16.12.2011 – 25 W 92/11 –, juris Rn. 20). Diese Prüfung liefe aber ins Leere, wenn die Aktiengesellschaft in dem Honorarklageverfahren wiederum durch den besonderen Vertreter vertreten würde. Eine effektive Kontrolle kann nur erfolgen, wenn die Gesellschaft in diesem Rechtsstreit nicht durch den besonderen Vertreter, sondern durch das zuständige ständige Organ vertreten wird.
- 73 (3) Die Erweiterung der Befugnisse des besonderen Vertreters um die Zuständigkeit für die gerichtliche Vertretung der Aktiengesellschaft in einem Rechtsstreit mit von ihm mandatierten Rechtsanwälten ist auch nicht aus Gründen des Sachzusammenhangs zu der ihm zugewiesenen Aufgabe der Geltendmachung und deren effektiver Erledigung geboten.
- 74 (a) § 147 AktG will die tatsächliche Geltendmachung bestimmter Ersatzansprüche sichern und soll so dem das pflichtgemäße Verhalten bewirkenden Haftungsdruck für die Organe Nachdruck verleihen. Zudem sollen die §§ 147 ff. AktG verhindern, dass Ersatzansprüche der Gesellschaft auf Grund einer Befangenheit der Mitglieder der Verwaltungsorgane nicht durchgesetzt werden. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs zum UMAG könne typischerweise nicht erwartet werden, dass derjenige Ansprüche verfolge, der dem Ersatzpflichtigen kollegial oder geschäftlich verbunden bzw. ihm für seine eigene Bestellung zu Dank verpflichtet sei, oder der Gefahr laufe, dass im Verfahren seine eigenen Versäumnisse aufgedeckt würden (RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 20; zum Ganzen: BGHZ 226, 182, zitiert nach juris Rn. 39).
- 75 (b) Insofern weist die Klägerin zwar im Ausgangspunkt zu Recht auf die zumindest abstrakt bestehende Gefahr einer nachteiligen Beeinflussung der Tätigkeit des besonderen Vertreters hin, wenn die Prozessvertretung der Gesellschaft in einem das Mandatsverhältnis der von dem besonderen Vertreter beauftragten Rechtsanwälte betreffenden Erkenntnisverfahren einem Vertretungsorgan obliegt, gegen dessen Mitglieder Ersatzansprüche geltend gemacht werden.
- 76 (c) Indes ist die Interessenlage 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. Die abstrakte Gefahr einer unzulässigen Einflussnahme auf die Geltendmachung durch den für die Prozessvertretung zuständigen und ggf. von der Geltendmachung selbst betroffenen Vorstand besteht in diesen Fallgestaltungen gleichermaßen.
- 77 Entsprechendes gilt für die Durchsetzung sonstiger zur Geltendmachung erforderlicher Hilfsbefugnisse. Auch Informationsrechte, die ihm als Annexkompetenz zum Verfolgungsrecht zustehen - etwa auf Auskunft, Einsichtnahme und Vorlage von Schriftstücken und anderen Datenträgern -, muss der besondere Vertreter im eigenen Namen gegen die Aktiengesellschaft, vertreten durch den Vorstand, gegebenenfalls klageweise geltend machen (vgl. OLG München, Urt. v. 28.11.2007 – 7 U 4498/07 –, juris Rn. 72 m.w.N.; OLG Köln, Urt. v. 04.12.2015 – I-18 U 149/15 –, juris Rn. 35; Hüffer/Koch, AktG, 15. Aufl. 2021, § 147 Rn. 15 f. m.w.N.). Insofern ist von dem Recht, die Gesellschaft bei der prozessualen und außerprozessualen Durchsetzung der Ersatzansprüche zu vertreten, die Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis der Gesellschaft zu unterscheiden. Dem besonderen Vertreter auch innerhalb der Gesellschaft eine dem Vorstand ähnliche Organstellung zuzubilligen, würde zu schwerwiegenden Eingriffen in die Struktur und Organisation der Gesellschaft mit der Gefahr erheblicher praktischer Schwierigkeiten führen (vgl. OLG München, a.a.O., juris Rn. 73).
- 78 (d) Für einen stärker ausgeprägten Schutz des besonderen Vertreters im Zusammenhang mit der Mandatierung von Prozessbevollmächtigten im Namen der Gesellschaft besteht kein hinreichendes Bedürfnis. Der besondere Vertreter hat zwar ein berechtigtes Interesse daran, nicht durch eine Zahlungsverweigerung bezogen auf die von ihm eingegangene Verbindlichkeit an der Erledigung seiner Aufgabe, Ersatzansprüche geltend zu machen, gehindert zu werden bzw. nicht auf eigene Rechnung für einen zahlungsunwilligen Auftraggeber tätig werden zu müssen. In diesem Interesse wird er jedoch in Bezug auf die Finanzierung seiner eigenen Tätigkeit hinreichend dadurch geschützt, dass er sowohl die Übernahme des Auftrags von einer seine Risiken angemessen abdeckenden Vorschusszahlung abhängig machen als auch grundsätzlich die weitere Tätigkeit bis zum Eingang des Vorschusses einstellen kann (vgl. zu § 9 RVG: Mayer, in: Gerold/Schmidt, RVG, 25. Aufl. 2021, § 9

Rn. 3, 19; zum Recht auf Vorschusszahlung: Schmolke, in: Großkommentar AktG Bd. 7/3, 5. Aufl. 2021, § 147 Rn. 631 m.w.N.). Entsprechendes gilt für die Tätigkeit der von ihm mandatierten Rechtsanwälte, deren Konditionen der besondere Vertreter bei der Erteilung des Mandats mit Wirkung für die Gesellschaft verhandeln kann.

- 79 Eine Vorschusszahlung entbindet den besonderen Vertreter auch von der Notwendigkeit, Arbeitsschritte zur Unzeit gegenüber dem Vorstand in einer Vergütungsabrechnung offenlegen zu müssen. Denn die Vorlage konkreter Abrechnungen birgt zumindest potentiell Risiken für eine effektive Umsetzung des Geltendmachungsbeschlusses, soweit der Vorstand daraus Rückschlüsse auf rechtliche oder taktische Überlegungen des besonderen Vertreters ziehen könnte. Unabhängig von der Möglichkeit, den Zeitpunkt der Vorlage solcher Rechnungen durch Vorschussanforderungen zu steuern, ist bei der Bewertung des Gefährdungspotentials allerdings zu berücksichtigen, dass eine Schutzbedürftigkeit des besonderen Vertreters nur in eingeschränktem Maße besteht, da der Vorstand durch den Geltendmachungsbeschluss – an dessen Bestimmtheit gesteigerte Anforderungen gestellt werden (vgl. BGHZ 226, 182, zitiert nach juris Rn. 24, 29; Hüffer/Koch, AktG, 15. Aufl. 2021, § 147 Rn. 5; jeweils m.w.N.) – über den zugrundeliegenden Lebenssachverhalt und die betroffenen Antragsgegner ohnehin informiert ist.
- 80 (4) Diesem Ergebnis kann schließlich nicht das von der Klägerin herausgestellte Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach Rechtsklarheit und Kontinuität in Bezug auf die Aufgabenwahrnehmung in der Aktiengesellschaft entgegeng gehalten werden.
- 81 (a) Aufgrund der Stellung des besonderen Vertreters als anlassbezogen und zeitlich begrenzt tätigem „Ad-hoc-Organ“ der Gesellschaft (vgl. Schmolke, Großkommentar AktG, Bd. 7/3, 5. Aufl. 2021, § 147 Rn. 219) kann der Rechtsverkehr von vornherein keine Kontinuität in der Aufgabenwahrnehmung erwarten.
- 82 (b) Dem Kapitalgesellschaftsrecht kann auch kein Grundsatz des Inhalts entnommen werden, dass stets ein Gleichlauf der Kompetenz zum Abschluss eines Vertrages und der Befugnis zur Prozessvertretung in einem diesen Vertrag betreffenden Rechtsstreit zu gewährleisten ist. Vielmehr obliegt in einer GmbH die Bestellung und die Abberufung der Geschäftsführer nach § 46 Nr. 5 GmbHG der Gesellschafterversammlung, die im Rahmen einer Annexkompetenz zu dieser Norm auch für Abschluss, Änderung und Kündigung des Anstellungsvertrages eines Geschäftsführers zuständig und vertretungsbefugt ist (vgl. BGH, NZG 2008, S. 104 f.; BGH, NJW 1991, 1680 <1681>; Schindler, in: BeckOGK GmbHG, Stand 01.05.2021, § 46 GmbHG Rn. 59 m.w.N.). Die Personalkompetenz der Gesellschafterversammlung hat jedoch nicht zur Folge, dass Mitglieder der Geschäftsführung stets ihre organschaftliche Vertretungsmacht für einen Prozess mit Geschäftsführern verlieren. Gemäß § 46 Nr. 8 GmbHG unterliegt der Bestimmung der Gesellschafter zwar auch die Bestimmung über die Vertretung der Gesellschaft in Prozessen, welche sie gegen die Geschäftsführer zu führen hat und über den Wortlaut hinaus auch über die Vertretung in allen weiteren in Frage kommenden gerichtlichen Verfahren zwischen der Gesellschaft einerseits und dem Geschäftsführer andererseits (vgl. Schindler, a.a.O., § 46 GmbHG Rn. 103 f.). Macht die Gesellschafterversammlung von dieser Befugnis jedoch keinen Gebrauch, wird die Gesellschaft - vorbehaltlich einer die Vertretungsbefugnis anders regelnden Satzungsbestimmung - im Prozess mit gegenwärtigen oder ausgeschiedenen Geschäftsführern nicht durch einen von der Gesellschafterversammlung bestimmten Vertreter, sondern durch bereits zuvor oder neu bestellte (weitere) Geschäftsführer vertreten (vgl. BGH, B. v. 22.03.2016 - II ZR 253/15 -, juris Rn. 10; BGH, NJW 2012, S. 1656, Rn. 12; Schindler, a.a.O., § 46 GmbHG Rn. 103; jeweils m.w.N.).
- 83 2. Der Vertretungsmangel ist nicht geheilt worden (§ 547 Nr. 4 ZPO; vgl. hierzu: BGH, Urt. v. 28.02.2005 – II ZR 220/03 –, juris Rn. 8). Es kann dahingestellt bleiben, ob der Vorstand allein (§ 78 Abs. 1 AktG) oder zusammen mit dem Aufsichtsrat (§ 112 AktG, Doppelvertretung) zur gesetzlichen Vertretung der Gesellschaft in dem vorliegenden Honorarklageverfahren berufen ist. Denn jedenfalls haben beide Organe die Genehmigung der bisherigen Prozessführung seitens des besonderen Vertreters durch Erklärung der von ihnen bevollmächtigten Rechtsanwälte GL ausdrücklich verweigert (Schriftsatz v. 19.09.2018, AS I/49 f., Berufungsbegründung v. 19.11.2019, AS II/73 f.). Die Beschlussfassung des Aufsichtsrats über die Genehmigung sämtlicher zurückliegender Prozesshandlungen der Rechtsanwälte GL in diesem Verfahren ist ebenso wie die gemeinsame Erteilung einer Prozessvollmacht durch Vorstand und Aufsichtsrat für das weitere Verfahren zur Überzeugung des Senats hinreichend durch den Auszug aus der Niederschrift der Aufsichtsratssitzung vom 17.12.2018 (Anl. GL14, AH Bekl. I) und die von zwei Vorstandsmitgliedern und dem Aufsichtsratsvorsitzenden unterzeichnete Vollmacht vom 04./05.03.2019 (Anl. GL13, AH Bekl. I) belegt.

- 84 Das Vorgehen von Vorstand und Aufsichtsrat war schließlich auch nicht rechtsmissbräuchlich.
- 85 3. Das Anerkenntnisurteil ist daher aufzuheben und die Klage wegen des Vertretungsmangels als unzulässig abzuweisen (vgl. BGH, Urt. v. 28.02.2005 – II ZR 220/03 –, juris Rn. 11; BGHZ 40, 197, zitiert nach juris Rn. 19).
- 86 4. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen zu tragen (§ 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Der Ausspruch zur Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 709 Satz 2, 711 Satz 1 und 2 ZPO. Die Revision ist wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache zuzulassen (§§ 542 Abs. 1, 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Die Wertfestsetzung beruht auf §§ 63 Abs. 2, 47 Abs. 1 Satz 1 GKG.