

Zustellungsfragen bei Vertretung einer AG durch den Aufsichtsrat

Thomas Pfeiffer

I. Einführung

Zu den Eckpunkten für die praktische Wirksamkeit des Rechts zählt es, dass nicht allein die materiellen Inhalte, sondern auch die prozessualen Maßgaben für die Ausübung über seine Effektivität entscheiden. Gerade Fragen des Zusammenwirkens und der Wechselwirkungen des materiellen und prozessualen Rechts standen auch im wissenschaftlichen Wirken des *Jubilars* immer wieder im Blickpunkt. Einer derartigen Fragstellung geht auch der nachstehende Beitrag in einem Umfeld nach, das nur scheinbar von lediglich rechtstechnischer Art ist.

II. Das praktische Problem: Zustellung an den Aufsichtsrat

Während die AG im Allgemeinen durch den Vorstand vertreten wird (§ 78 Abs. 1 S. 1 AktG), kennt das Gesetz bestimmte Konstellationen, in denen ausnahmsweise der Aufsichtsrat die AG vertritt. Das betrifft zunächst den Fall des Nichtbestehens eines Vorstands (§ 78 Abs. 1 S. 2 AktG) und ferner die Vertretung der AG gegenüber Vorstandsmitgliedern (§ 112 AktG). Bei der Anfechtungsklage wird sie in der Regel durch Vorstand und Aufsichtsrat vertreten (§ 246 Abs. 2 S. 2 AktG). In diesen Fällen kann es auf die Bewirkung der Zustellung oder Ersatzzustellung an eines oder mehrere Aufsichtsratsmitglieder – Genauerer wird zu klären sein – ankommen. Diese wird anscheinend mitunter am Sitz der Hauptverwaltung des Unternehmens versucht, was aber rechtlich wie in der Sache als problematisch erscheint, weil Aufsichtsratsmitglieder, anders als typischerweise Vorstandsmitglieder, oft über kein oder jedenfalls kein ständig betriebenes Büro dort verfügen, jedenfalls aber nicht ohne weiteres außerhalb von Aufsichtsratssitzungen anzutreffen sein werden. Deshalb fragt es sich, wie in diesen Fällen die Zustellung bewirkt werden kann.

III. Geltung des § 170 ZPO

Bereits die Grundlagen der Zustellung sind indessen hier streitig. Fraglich ist namentlich, ob die AG selbst Zustellungsadressat sein kann, so dass an die AG – vertreten durch das vertretungsbefugte Organ – zuzustellen ist, oder ob § 170 ZPO eingreift. Zusätzlich sind noch die Kriterien, nach denen über die Anwendbarkeit des § 170 ZPO entschieden werden soll, umstritten.

In Anlehnung an den Wortlaut des § 170 ZPO könnte man dem Ausgangspunkt nach darauf abstellen, ob Aktiengesellschaften stets prozessunfähig im Sinne dieser Vorschrift sind.¹ Geht man so vor, so kommt es alsdann auf die Antwort auf die Streitfrage an, ob juristische Personen des Privatrechts stets prozessunfähig im Sinne des § 51 ZPO sind, weil sie nur durch ihre Vertreter handeln können. Zu dieser Streitfrage lässt sich eine klar herrschende Meinung nicht ausmachen. So hat der BGH etwa einer Entscheidung vom 8.12.1993 beiläufig die Prozessfähigkeit einer GmbH vorausgesetzt.² In seiner Entscheidung vom 16.2.2009 geht er hingegen ohne weiteres von einer Anwendung der nur für generell prozessunfähige Personen maßgebenden Vorschrift des § 170 Abs. 1 ZPO aus.³

Ob hinter dieser Divergenz aber wirklich eine Kontroverse in der Sache steckt, kann man bezweifeln. Die zur Bejahung der Prozessfähigkeit der juristischen Person ergangenen Entscheidungen lassen sich auch dahin verstehen, dass dort gar nicht die generelle dogmatische Frage der Prozessfähigkeit, sondern nur die beschränkte Frage entschieden wurde, inwieweit sich das zeitweilige Fehlen eines gesetzlichen Vertreters auf den Zivilprozess auswirkt.

Dieser Eindruck wird bestärkt, wenn man einen näheren Blick auf § 170 ZPO wirft. § 170 Abs. 1 ZPO regelt lediglich die Frage, ob die AG selbst – vertreten durch das zuständige Organ – oder die Organmitglieder Zustellungsadressat sind.⁴ Praktisch bedeutsamer sind demgegenüber die Regelungen in Abs. 2 und 3 der Vorschrift, dass nämlich die Zustellung an den Leiter erfolgen kann und dass die Zustellung an einen der Leiter oder gesetzlichen Vertreter genügt. Diese Vorschriften sind ersichtlich auf eine Anwendung in den Fällen einer juristischen Person des Privatrechts angelegt. Der Gesetzgeber des Zustellungsreformgesetzes erwähnt in Anlehnung an § 171 Abs. 2 ZPO a.F. den privatrechtlichen Verein ausdrücklich als Anwendungsfall des § 170 ZPO.⁵ Wäre § 170 ZPO hier unanwendbar, so müsste man nach dem gesetzgeberischen Plan wohl zumindest eine Analogie erwägen.

Im Ergebnis nicht anders verhält es sich, wenn man eine Betrachtungsweise zugrundelegt, die der Unterscheidung zwischen prozessfähigen und prozessunfähigen Personen lediglich bei natürlichen, nicht aber bei juristischen Personen Sinn beimisst. Denn von diesem Standpunkt – für den viel spricht – aus lautet die maßgebende Fragestellung, inwieweit die organschaftliche Vertretung bei der juristischen Person der gesetzlichen Vertretung bei der natürlichen Person gleichzustellen ist. Mit Blick auf die prototypische Regel des § 26 Abs. 2 S. 1 2. Hs. BGB („... hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters“) wird man eine solche Gleichsetzung folgerichtig bejahen müssen.⁶ Auch auf der Grundlage einer solchen Betrachtungsweise muss man alsdann konsequenterweise § 170 ZPO zumindest entsprechend anwenden.

¹ Jörgen Tielmann, Die Zustellung der aktienrechtlichen Anfechtungsklage nach dem Zustellungsreformgesetz, ZIP 2002, 1879; eine klare Rechtsprechungslinie lässt sich nicht erkennen. BGHZ 94, 105, scheint von Prozessfähigkeit auszugehen, BGHZ 38, 71 von Prozessunfähigkeit.

² BGHZ 121, 263, 266; BGH, NJW 1965, 1666, 1667; wohl auch BGHZ 94, 105, 108.

³ BGH, NJW 2009, 2214; Prozessunfähigkeit bejahend z.B. auch Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 68. Aufl. 2010, § 52 Rz. 4; Reinhard Bork, Stein/Jonas, Zivilprozessordnung, Band 2, 22. Aufl. 2004, § 51, Rz. 12.

⁴ Tielmann, ZIP 2002, 1879, 1881.

⁵ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 14/4554, S. 17.

⁶ Walter Lindacher, in: MünchKommZPO, 3. Aufl. 2008, Rz. 23.

Wie auch immer man diese konzeptionell-dogmatischen Fragen beurteilt: Überwiegende Gründe sprechen dafür, die Zustellung an juristische Personen des Privatrechts grundsätzlich dem Maßstab des § 170 ZPO zu unterwerfen.

IV. Anwendung des § 170 ZPO

Geht man hiervon aus und wendet zunächst mit dem BGH § 170 Abs. 1 ZPO an,⁷ so ist als formeller Zustellungsadressat in den Fällen der Vertretung der AG durch den Aufsichtsrat „der Aufsichtsrat“, also dessen Mitglieder, anzusehen. Diese sind in der jeweiligen Zustellungsurkunde als Zustellungsadressat zu bezeichnen.⁸ Das gewinnt seinen Sinn aber erst im Zusammenwirken mit § 170 Abs. 2 und 3 ZPO. Zu diesen Vorschriften sind allerdings einige weitere Bemerkungen veranlasst. Denn § 170 ZPO nimmt möglicherweise bereits mit dem Begriff des „Leiters“ in Abs. 2 und 3, jedenfalls aber mit dem Abstellen auf die gesetzliche Vertretung in Abs. 1 und 3 auf die Vertretungsregelungen des Aktienrechts Bezug: Die Vorschrift entfaltet erst im Zusammenwirken mit denjenigen des Aktienrechts seine Wirkung und ist zusammen mit diesen zu lesen.

1. Der Begriff des „Leiters“

§ 170 Abs. 2 ZPO erleichtert die Zustellung, indem er die Zustellung an den „Leiter“ der Einrichtung für ausreichend erklärt. Zweck der Vorschrift ist es, dass die Zustellung statt an den gesetzlichen Vertreter auch an den tatsächlichen Leiter erfolgen kann.⁹ Will man dies auf den Fall der Doppelvertretung durch Vorstand und Aufsichtsrat anwenden, so steht in Frage, ob § 170 Abs. 2 ZPO das Prinzip der Doppelvertretung für Zustellungszwecke überspielen kann. Die tatsächliche Leitung der AG dürfte in der Regel beim Vorstand liegen, so dass es naheläge, den Vorsitzenden oder Sprecher des Vorstands als „Leiter“ in diesem Sinne zu begreifen. Freilich scheint die gesetzgeberische Vorstellung in Anlehnung an § 171 Abs. 2 ZPO a.F. stark von den Verhältnissen bei Behörden geprägt zu sein. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, dass das Sonderproblem der Doppelvertretung einer Gesellschaft durch verschiedene Organe gesetzgeberisch gesehen wurde oder geregelt werden sollte. Wollte man dies annehmen, so käme sogar eher in Betracht, dem Gesetz eine ausdrückliche Entscheidung gegen die Anwendung des § 170 Abs. 2 ZPO auf die Konstellation der Doppelvertretung zu entnehmen. Denn bei der Verabschiedung des Zustellungsreformgesetzes war es allgemein bekannt, dass in der Rechtsprechung des BGH im Falle der Doppelvertretung eine gesonderte Zustellung an Vorstand und Aufsichtsrat verlangt wurde.¹⁰ Die bis auf eine sprachliche Korrektur identische Übernahme des § 171 Abs. 2 ZPO a.F. durch den heutigen § 170 Abs. 2 ZPO deutet auf eine Billigung dieser Praxis hin und enthält auch bei objektiver Deutung jedenfalls keine gesetzliche Vorgabe, diese Praxis zu ändern. Im Übrigen nach der Ratio der Doppelvertretung eine separate

⁷ BGH, NJW 2009, 2214.

⁸ BGHZ 107, 296.

⁹ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 14/4554, S. 17.

¹⁰ BGHZ 32, 114; BGHZ 70, 384; BGH, NJW 1993, 2099, 2100.

Zustellung an den Aufsichtsrat geboten und sinnvoll. Das kann im Kontext des § 170 Abs. 3 ZPO noch einmal näher beleuchtet werden:¹¹

2. Anwendung des § 170 Abs. 3 ZPO bei Doppelvertretung

Von dem in § 170 Abs. 3 ZPO geregelten Fall mehrerer gesetzlicher Vertreter ist derjenige der Vertretung durch mehrere Organe der Gesellschaft zu unterscheiden. § 170 Abs. 3 ZPO bezweckt eine praktische Erleichterung der Zustellung bei verschiedenen Personen. Bei der Anwendung dieser Vorschrift auf die Zustellung an Aufsichtsratsmitglieder ist allerdings zwischen ihrer Bedeutung für die Aufsichtsratsmitglieder untereinander einerseits und der Bedeutung im Verhältnis von Vorstand und Aufsichtsrat zu unterscheiden. Zu dem letztgenannten Fall ist anerkannt, dass § 170 Abs. 3 ZPO im Falle der Doppelvertretung durch Vorstand und Aufsichtsrat nicht bewirken kann, dass die Zustellung nur an eines der beiden Organe erfolgen müsste. Die Doppelvertretung dient als Sicherung gegenüber allfälligen Interessenkonflikten des Vorstands im Falle der Anfechtungsklage.¹² Nun ist zwar schon das Vorliegen einer Gesamtvertretung Ausdruck einer grundsätzlich und normativ anerkannten Notwendigkeit wechselseitiger Kontrolle durch die verschiedenen Vertreter.¹³ Anders als in den Fällen der Vertretung durch mehrere Personen, geht es bei der Doppelvertretung durch Vorstand und Aufsichtsrat um die Vertretung durch mehrere verschiedene Organe. Durch diese institutionelle Komponente geht der Fall der Doppelvertretung durch Vorstand und Aufsichtsrat über den in § 170 Abs. 3 ZPO geregelten Fall hinaus. Erforderlich ist deshalb eine gesonderte Anwendung des § 170 Abs. 3 ZPO auf beide Organe.¹⁴

Anders liegt es im Falle der Aufsichtsratsmitglieder untereinander. Hier ist eine Anwendung des § 170 Abs. 3 ZPO angezeigt. Zwar können auch zwischen den Aufsichtsratsmitgliedern oder Bänken oder „Fraktionen“ des Aufsichtsrats Interessenkonflikte auftauchen. Das ist aber keine Besonderheit eines Kollegialorgans wie des Aufsichtsrats, sondern gilt auch in anderen Fällen der Vertretung durch mehrere Personen. Überlegen mag man noch, ob der Fall der Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage besonders konfliktanfällig ist. Gerade wenn die Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage als Folge eines Interessenkonflikts zwischen verschiedenen Aktionärsgruppen erhoben wird und diese Aktionärsgruppen durch unterschiedliche Mitglieder im Aufsichtsrat vertreten sind, besteht zwar die Gefahr, dass die Zustellung an ein „im Lager“ der Kläger stehendes Aufsichtsratsmitglied erfolgt. Solche Interessenkonflikte gehen jedoch nicht über das in anderen Fällen der Gesamtvertretung vorstellbare Maß hinaus. Schon das Vorliegen einer Gesamtvertretung ist Ausdruck für die grundsätzliche Notwendigkeit wechselseitiger Kontrolle durch die verschiedenen Vertreter. § 170 Abs. 3 ZPO ist die Wertung zu entnehmen, dass diese wechselseitige Kontrolle im Verhältnis der auf Zusammenwirken angeleg-

¹¹ Zum Ganzen auch *Tielmann*, ZIP 2002, 1879, 1881.

¹² *Hüffer*, Aktiengesetz, 8. Aufl. 2008, § 246 AktG, Rz. 30

¹³ Kritisch allerdings *Borsch*, Doppelvertretung und Zustellung bei der Anfechtungsklage, AG 2005, 606, 607; *Westermann*, Formalismus und Interessenbewertung im Aktienrecht: zur Zustellung einer Anfechtungsklage, FS Hadding, 2004, 708.

¹⁴ BGHZ 32, 114; BGHZ 70, 384; BGH, NJW 1993, 2099, 2100.

ten gemeinsamen Vertretung gerade nicht durchschlagen soll und dass die Zustellung an einen Vertreter ausreichen soll. Anders als im Verhältnis des Vorstands zum Aufsichtsrat geht es hier um das Verhältnis verschiedener Personen (innerhalb eines Organs), nicht verschiedener Organe, so dass § 170 Abs. 3 ZPO anwendbar ist.¹⁵

Damit ist im Ergebnis für die Anwendung des § 170 ZPO in Fällen der Doppelvertretung festzuhalten: Zustellungsadressat ist nach § 170 Abs. 1 ZPO (auch) der Aufsichtsrat. Die Zustellung an den Aufsichtsrat kann nicht gemäß § 170 Abs. 2 ZPO dadurch ersetzt werden, dass an den Vorstandssprecher oder -vorsitzenden als Leiter zugestellt wird. Innerhalb des vertretungsberechtigten Organs genügt nach § 170 Abs. 3 ZPO die Zustellung an eines von mehreren Organmitgliedern.

V. IV. Ersatzzustellung an Aufsichtsratsmitglieder

1. Überblick

Praktisch stellt sich in derartigen Fällen oft das Problem, dass dem Kläger die private Anschrift der Aufsichtsratsmitglieder unbekannt ist. Deshalb kommt es vor, dass eine Ersatzzustellung in den Geschäftsräumen der AG nach § 178 ZPO versucht wird. Ihre rechtliche Zulässigkeit ist freilich umstritten; der BGH hat sie jüngst offen gelassen, aber angedeutet, dass jedenfalls bei einer Großbank zumindest für den Aufsichtsratsvorsitzenden das Vorhandensein von Geschäftsräumen des Aufsichtsratsvorsitzenden erwartet werden könne.¹⁶ Demgegenüber geht bislang eine wohl herrschende Meinung dahin, dass Aufsichtsratsmitgliedern, die Vorstand einer anderen Gesellschaft sind, zwar in den dortigen Geschäftsräumen zugestellt werden kann,¹⁷ nicht aber in den Räumen der (beklagten) Gesellschaft, bei der sie lediglich dem Aufsichtsrat angehören.¹⁸

Zur Begründung wird ausgeführt, Aufsichtsratsmitglieder verfügten in der beklagten Gesellschaft in aller Regel keinen Geschäftsraum,¹⁹ gingen ihrer Tätigkeit an diesem Ort kaum nach.²⁰ Zudem sei die Möglichkeit einer Ersatzzustellung dort mit dem

¹⁵ BGHZ 32, 114; BGHZ 70, 384; BGH, NJW 1993, 2099, 2100.

¹⁶ BGH, NJW 2009, 2207, 2214.

¹⁷ *Heidel*, Anwaltkommentar Aktienrecht, 2003, § 246 AktG, Rz. 26; *Hüffer*, § 246 AktG, Rz. 34; *Tielmann*, ZIP 2002, 1879, 1883.

¹⁸ BGHZ 107, 296; OLG Karlsruhe NZG 2008, 714; OLG Nürnberg, DB 1982, 166; LG Berlin, Der Konzern 2003, 639; LG Bonn, 02.05.2002, 14 O 160/00 – juris (jedenfalls nicht durch Übergabe an weisungsgebundenes Personal der Gesellschaft); *Heidel*, § 246 AktG, Rz. 26; *Hüffer*, § 246 AktG, Rz. 34; ders., in: MünchKommAktG, 2. Aufl. 2001, § 246 AktG, Rz. 58; *Dörr*, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz, 2007, § 246 AktG, Rz. 46; *Tielmann*, ZIP 2002, 1879, 1883; für den Regelfall ferner KG, AG 2005, 583; für die GmbH mit fakultativem Aufsichtsrat auch *Bergwitz*, Die GmbH im Prozess gegen ihren Geschäftsführer, GmbH-Rundschau 2008, 225, 230; offen lassend LG München II, WM 2007, 211; a.A. etwa *Häublein*, in: MünchKommZPO, 3. Aufl. 2008, § 178 ZPO, Rz. 20.; *Schwab*, in: K. Schmidt/Lutter, Aktiengesetz, II. Band, 2008, § 246 AktG, Rz. 17.

¹⁹ BGHZ 107, 296.

²⁰ BGHZ 107, 296; *Tielmann*, ZIP 2002, 1879, 1883.

Zweck der Doppelvertretung unvereinbar.²¹ Die Gegenansicht bringt vor, nach dem Zweck der Regelung müsse es darauf ankommen, dass eine zeitnahe Weiterleitung an Aufsichtsratsmitglieder erwartet werden könne.²² Da Aufsichtsratsmitglieder als gesetzliche Vertreter fungierten, seien sie nicht anders als Mitglieder des Vorstands zu behandeln.²³

Diese Argumente liegen konzeptionell auf zwei unterschiedlichen Ebenen. Einmal geht es um die Frage, ob bei einem Aufsichtsratsmitglied vom Vorhandensein eines Geschäftsraums des Aufsichtsratsmitglieds oder einem Äquivalent dazu ausgegangen werden kann. Das stellt zunächst einmal eine tatsächliche Frage im Einzelfall dar. Darüberhinaus mag die Existenz eines solchen Büros oft – oder jedenfalls bei einer bestimmten Unternehmensgröße (welcher?) – der Verkehrserwartung entsprechen, wie dies auch der BGH angedeutet hat. Die daran anknüpfende Rechtsfrage lautet indessen, ob und unter welchen Voraussetzungen die tatsächliche Existenz eines solchen Büros oder eine entsprechende Verkehrserwartung für die Möglichkeit einer Ersatzzustellung relevant sind. Demgegenüber erscheint die Frage, ob eine Zustellung in den Geschäftsräumen mit dem Sinn der Doppelvertretung und der Stellung des Aufsichtsrats generell vereinbar ist, eher von grundlegend-konzeptioneller Bedeutung.

2. Zustellung in den Geschäftsräumen der beklagten AG

Geschäftsräume sind nach allgemeiner Einschätzung solche Räume des Zustellungsadressaten, in denen dieser mit Publikumsverkehr geschäftlich tätig wird.²⁴ Bei der Anwendung dieser Definition kommen für das Vorhandensein von Geschäftsräumen des Aufsichtsrats allerdings zweierlei Ansatzpunkte in Betracht. Entweder hält man es für ausschlaggebend, ob das betreffende Aufsichtsratsmitglied im beklagten Unternehmen ein eigenes Büro unterhält, das den Anforderungen des § 178 Abs. 1 Nr. 2 ZPO genügt, oder man stellt auf die Geschäftsräume des Unternehmens insgesamt ab.

Betrachtet man die Geschäftsräume der beklagten AG als Ganze, so bestehen zunächst Zweifel, ob diese insgesamt als Geschäftsräume des Aufsichtsrats qualifiziert werden können. Allgemein wird der Terminus des Geschäftsraums nämlich dahin verstanden, dass es sich um einen Geschäftsraum des Zustellungsadressaten handeln muss.²⁵ Nach diesem Maßstab bestehen an der Möglichkeit einer Zustellung an Aufsichtsratsmitglieder schon deshalb Zweifel, weil die Geschäftsräume des Unternehmens eben solche des Unternehmens und keine eigenen des Aufsichtsratsmitglieds sind. Denn ganz allgemein muss

²¹ Hüffer, in: MünchKommAktG, 2. Aufl. 2001, § 246 AktG, Rz. 58, Tielmann, ZIP 2002, 1879, 1883.

²² MünchKommZPO/Häublein, § 178 ZPO, Rz. 20; K. Schmidt/Lutter/Schwab, Aktiengesetz, II. Band, 2008, § 246 AktG, Rz. 17.

²³ MünchKommZPO/Häublein, § 178 ZPO, Rz. 20.

²⁴ BGH, NJW 1998, 1958, 1959; MünchKommZPO/Häublein, § 178 ZPO, Rz. 21; Musielak/Wolst, 7. Aufl. 2009, § 178 ZPO, Rz. 4; Kessen, in: Prütting/Gehrlein, Zivilprozessordnung, 2010, § 178, Rz. 8.

²⁵ Statt aller: Prütting/Gehrlein/Kessen, § 178 ZPO, Rz. 8; MünchKommZPO/Häublein, § 178 ZPO, Rz. 19.

gelten, dass die Geschäftsräume einer juristischen Person keine Geschäftsräume ihres gesetzlichen Vertreters darstellen.²⁶

Allerdings führte diese Argumentation in letzter Konsequenz auch dazu, die weiterhin anerkannte Möglichkeit einer Ersatzzustellung an Vorstandsmitglieder in den Räumen des Beklagten Unternehmens auszuschließen. Denn bei den Räumlichkeiten des Unternehmens handelt es sich ebenfalls nicht um Geschäftsräume des jeweiligen Vorstandsmitglieds. Freilich lässt sich die Anerkennung der Ersatzzustellungsmöglichkeit bei Vorstandsmitgliedern ersichtlich damit rechtfertigen, dass dem Vorstand innerhalb des Unternehmens nach §§ 76, 77 AktG die Geschäftsführungsbefugnis und die Ausübung des arbeitsrechtlichen Direktionsrechts gegenüber den „dort beschäftigten Personen“ ebenso wie die Ausübung des Hausrechts zusteht. Die Möglichkeit einer Ersatzzustellung bei Vorstandsmitgliedern durchbricht damit nur formell die Maßgabe, dass es sich um Geschäftsräume des Zustellungsadressaten handeln muss. Dem materiellen Sinn nach kann die Anwendung auf Vorstandsmitglieder hingegen dadurch gerechtfertigt werden, dass sie die Geschäftsräume des Unternehmens in ähnlicher Weise wie ein Inhaber beherrschen und den dort beschäftigten Personen in Unternehmensangelegenheiten, zu denen Anfechtungsklagen zählen, wie ein Inhaber Anweisungen geben können. All dies lässt sich für den Aufsichtsrat nicht in gleicher Weise sagen. Der Aufsichtsrat verfügt weder über eine solche allgemeine Weisungsbefugnis noch kann er über die Räumlichkeiten in gleicher Weise herrschen. Das gilt selbst dann, wenn der Aufsichtsrat in den Geschäftsräumen über ein eigenes Büro verfügt. Denn die Existenz eines solchen Büros verschafft dem Aufsichtsrat keine Herrschaft über die Räume der AG als Ganze. Zwar wird behauptet, die Gefahr einer kollusiven Übergehung des Aufsichtsrats durch den Vorstand sei nicht real.²⁷ Ob diese These zutrifft, soll hier nicht weiter vertieft werden. Jedenfalls normativ – worauf es allein ankommt – entspricht sie nicht der Wertung des § 246 Abs. 2 AktG. Auch wenn der Aufsichtsrat über Büroräume verfügt, können nicht ganz allgemein die Geschäftsräume der beklagten AG mit denen des Aufsichtsrats gleichgesetzt werden. Eine andere, hiervon jedoch zu unterscheidende Frage ist es, ob eine Ersatzzustellung im Büro des Aufsichtsrats den Voraussetzungen des § 178 Abs. 1 Nr. 2 ZPO genügt. Für die Räume der beklagten AG als solche bleibt es dabei, dass es einer Ersatzzustellung jedenfalls dem Ausgangspunkt nach entgegensteht, dass diese keine Geschäftsräume des Aufsichtsratsmitglieds darstellen.

Das von der Gegenansicht vorgebrachte Argument, es sei auch im Falle des Aufsichtsrats zu erwarten, dass das zugestellte Schriftstück im Falle der Zulässigkeit einer Ersatzzustellung an den Räumen des beklagten Unternehmens das jeweilige Aufsichtsratsmitglied erreiche, impliziert, dass es nicht auf eine inhabergleiche Herrschaftsbefugnis des Zustellungsadressaten im Hinblick auf den Geschäftsraum ankomme. Ausreichend ist nach dieser Ansicht offenbar die begründete Erwartung des Rechtsverkehrs, dass das Schriftstück den Adressaten erreichen werde. Das mag tatsächlich²⁸ zutreffen, erscheint aber mit dem in § 177 ZPO zu Ausdruck kommenden Prinzip,

²⁶ LAG Hessen, NZA-RR 2007, 266; MünchKommZPO/Häublein, § 178 ZPO, Rz. 19; a.A. Borsch, AG 2005, 606, 607.

²⁷ Borsch, AG 2005, 606, 607.

²⁸ Über diese tatsächliche Erwartung hinaus werden eine Informationspflicht des Vorstands und eine Erkundigungspflicht des Aufsichtsrats bezüglich einer Anfechtungsklage erörtert, s. Westermann, FS Hadding, 707, 721. Das wird (durchaus folgerichtig) aber lediglich als Argument dafür

dass die persönliche Übergabe das Leitbild des Zustellungsrechts bildet,²⁹ nur schwer vereinbar. Denn nach diesem Leitbild kann gerade nicht durch Übergabe an eine Person zugestellt werden, bei der eine Weiterleitung an den Adressaten tatsächlich hinreichend gewährleistet erscheint. Wäre dies anders, so könnte und müsste die Zustellung an einem dauerhaften Arbeitsplatz jedenfalls grundsätzlich zugelassen werden, was nicht der Fall ist. All dies mag man für überholten Formalismus halten; es bleibt die nach dem Gesetz prägende Wertungsentscheidung des Zustellungsrechts.

Auf der anderen Seite steht das Praktikabilitätsargument, dass es sich um eine Klage gegen die AG handelt und dass die Zustellung am Wohnsitz des Aufsichtsratsmitglieds die Zustellung in überzogener Weise erschwere.³⁰ Dem ist aber zunächst entgegenzuhalten, dass es nach dem dargestellten Maßstab der Ersatzzustellung an nur ein Aufsichtsratsmitglied bedarf und dass bei diesem – wenn es zugleich Vorstandsmitglied einer anderen AG ist – häufig auch die allgemein anerkannte Möglichkeit besteht, eine Ersatzzustellung den dortigen, typischerweise allgemein bekannten Geschäftsräumen vorzunehmen.

Das Praktikabilitätsargument müsste durchschlagen, wenn die verbleibenden Erschwerungen entweder eine verfassungsrechtlich nicht hinnehmbare, also unzumutbare Rechtsschützerschwerung begründeten oder wenn sie im Rahmen der einfachgesetzlichen Teleologie des Zustellungsrechts zu einer anderen Bewertung führten. Eine unzumutbare Rechtsschützerschwerung ist – soweit ersichtlich – noch nicht behauptet worden, es geht lediglich um die Frage der Abwägung von Formalität und Praktikabilität des Zustellungsrechts.

Auf dieser einfachgesetzlichen Ebene ist zu bedenken, dass die Vorschriften des Zustellungsrechts aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, weithin formalisiertes Recht darstellen. Die Annahme, dass ein Schriftstück den Adressaten in aller Regel auf einem bestimmten Weg erreichen werde, genügt dieser Formalisierung nicht. Das Gesetz definiert vor allem durch die Heilungsregelung in § 189 ZPO ganz ausdrücklich, unter welchen Voraussetzungen tatsächliche Erwägungen die grundsätzlich gebotene formalisierte Betrachtungsweise durchbrechen, nämlich erst und nur im Falle des Zugangs.³¹ Die bloße begründete Erwartung, dass ein Zugang bewirkt wird, reicht demgegenüber gerade nicht aus. Die in diesem Grundsatze liegenden Voraussetzungen an eine wirksame Zustellung sind grundsätzlich zumutbar und hinzunehmen. Auch mit diesem gesetzlichen Prinzip wäre es deshalb unvereinbar, wenn eine Zustellung in den Geschäftsräumen der beklagten AG zulässig wäre. Sie muss deshalb ausscheiden.

mobilisiert, dass eine eigenständige Zustellung an den Aufsichtsrat generell nicht notwendig ist, Westermann, ebenda, ist also möglicherweise für das „Ob“ einer eigenständigen Zustellung bedeutsam, kann jedoch schwerlich als Argument für eine Absenkung der Formanforderungen an das „Wie“ der Zustellung dienen.

²⁹ BGHZ 145, 358, 364; MünchKommZPO/Häublein, § 177 ZPO, Rz. 1; Prütting/Gehrlein/Kessen, § 177 ZPO, Rz. 1.

³⁰ Borsch, AG 2005, 6060, 607.

³¹ Nur ergänzend sei bemerkt, dass die Ersatzzustellung in den Räumen der beklagten AG auch keinem Zugang bei dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied begründet. Für einen Zugang ist es erforderlich, dass das Schriftstück so in den Machtbereich des Zustellungsadressaten gelangt, dass er hiervon Kenntnis erlangt, er es also „in die Hand“ bekommt, BGH, NJW 2001, 1946, 1948; Prütting/Gehrlein/Kessen, § 189 ZPO, Rz. 4; MünchKommZPO/Häublein, § 189 ZPO, Rz. 8.

3. Zustellung in den Räumen des Aufsichtsrats

Verfügt der Aufsichtsrat über ein Büro, so fragt sich, ob nicht in diesen Räumen die Zustellung bewirkt werden kann. Nach der allgemeinen Definition ist ohnehin als Geschäftsraum ist nicht das Bürogebäude mit allen Geschäftsräumen zu verstehen, sondern regelmäßig der Raum, in dem sich der Publikumsverkehr abspielt und zu dem der mit der Ausführung der Zustellung beauftragte Bedienstete Zutritt hat, wenn er das Schriftstück abgibt.³² Ein Büroraum oder ein Sekretariat können hierunter fallen, wenn sie die besagten Voraussetzungen erfüllen.

Die Zustellung in diesen Räumen wirft zwei Fragen auf, nämlich einmal, ob diese Räume dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied (ggf. auch nur dessen Vorsitzendem) als eigene Geschäftsräume zustellungsrechtlich zuzuordnen sind, zum anderen die noch vorrangige Frage, ob es sich bei derartigen Räumen auch um Geschäftsräume im Sinne des § 178 ZPO handelt.

Um Geschäftsräume handelt es sich nach der bereits eingeführten Definition nur, wenn sich dort Publikumsverkehr abspielt. Die Ersatzzustellung kann auch nur erfolgen, wenn der mit der Zustellung beauftragte Bedienstete Zutritt zu diesen Räumen hat und das Schriftstück einer dort beschäftigten Person übergibt. Ob ein Büroraum des Aufsichtsrats diese Voraussetzungen erfüllen kann, ist zunächst eine tatsächliche Frage. Praktisch wird ein solches Büro in aller Regel keinen Publikumsverkehr aufweisen; dem Zusteller wird es nicht ohne weiteres gelingen, dort vorgelassen zu werden. Der Sinn derartiger Räume ist nicht ohne weiteres auf Publikumsverkehr angelegt.

Vor diesem Hintergrund kommen drei denkbare Alternativen in Betracht. Eine Möglichkeit bestünde darin, auf den Einzelfall abzustellen und danach zu unterscheiden, ob die betreffenden Räume tatsächlich als Geschäftsraum im besagten Sinne genutzt werden und die Zustellung an eine dort beschäftigte Person gelingt, oder ob es sich um einen rein intern genutzten Arbeitsraum ohne jede Außenfunktion handelt. Im Ergebnis hieße das: Eine Zustellung in den Geschäftsräumen der beklagten AG ist in aller Regel praktisch ausgeschlossen, weil ein nach außen gerichteter Geschäftsbetrieb in einem derartigen Büro in der Regel nicht stattfindet. Ausnahmsweise ist aber eine Ersatzzustellung dort möglich, wenn der Aufsichtsrat nicht nur einen Büroraum, sondern tatsächlich Geschäftsräume mit Außenverkehr unterhält und die Übergabe an eine dort beschäftigte Person gelingt, so dass die gesetzlichen Voraussetzungen des § 178 Abs. 1 Nr. 2 ZPO erfüllt werden.

Eine zweite Möglichkeit bestünde in einer typisierenden Betrachtung und würde die Möglichkeit einer Ersatzzustellung in den Räumen der beklagten AG ausschließen. Das wäre zwar die klarere Lösung, jedoch mit dem Gesetz schwerlich vereinbar. Denn eine solche Lösung liefe darauf hinaus, eine wirksame Ersatzzustellung an Aufsichtsratsmitglieder in den Räumen der beklagten AG auch dann zu verneinen, wenn ausnahmsweise im Einzelfall die Voraussetzungen des § 178 Abs. 1 Nr. 2 ZPO gewahrt werden können. Auch die herrschende Praxis schließt eine Ersatzzustellung nicht schlechthin aus, sondern sieht die Unmöglichkeit einer solchen Ersatzzustellung nur als Regelfall an, dem gegenüber eine Ausnahme allerdings praktisch (nicht jedoch: schlechthin) ausscheidet.³³ Soweit dies gelegentlich etwas apodiktischer formuliert wird, ist damit nur gemeint, dass

³² BT-Drucks. 14/4554, S. 20.

³³ KG, AG 2005, 583, unter zutreffender Berufung auf BGHZ 107, 296, 299.

das Geschäftslokal der beklagten AG kein Geschäftslokal des Aufsichtsrats im Sinne des § 178 Abs. 1 Nr. 2 ZPO darstellt, was zutrifft.

Schließlich könnte man drittens daran denken, zwar nicht die Räume der beklagten AG insgesamt, aber deren für die Inempfangnahme von Schriftstücken zuständige Stelle (Poststelle, Pforte, Empfang) nicht nur als Geschäftsraum derselben, sondern auch als solchen des Aufsichtsrats einzuordnen, wenn es einen nennenswerten Publikums- oder Briefverkehr des Aufsichtsrats nach außen über eine solche Stelle im Unternehmen gibt. Wollte man die Möglichkeit einer Ersatzzustellung eröffnen, so wäre dies noch die am ehesten mit dem Gesetz zu vereinbarende Hypothese, sofern die betreffende Stelle des Unternehmens die Voraussetzungen eines Geschäftsraums des Aufsichtsrats auch tatsächlich erfüllt.

Freilich treffen alle Argumente, die generell gegen die Gleichsetzung von Räumen der beklagten AG mit solchen eines Aufsichtsratsmitglieds, auch gegenüber einer Einordnung einer solchen Poststelle als Geschäftsraum der Aufsichtsratsmitglieder zu. Ohne Herrschaft des Aufsichtsrats über diesen Raum bleibt eine solche Gleichsetzung bedenklich und ist ohne ausdrückliche Anordnung mit dem Konzept eines formalisierten und auf dem Grundsatz der persönlichen Übergabe beruhenden Zustellungsrecht nicht zu vereinbaren.

VI. Fazit

Vergleicht man die vorstehenden Überlegungen mit dem bisherigen Meinungsstand, so hat sich in zweierlei Hinsicht ein Bedürfnis nach mehr Differenzierung gezeigt. Erstens ist es notwendig, zwischen der Frage nach einer Gleichsetzung von Geschäftsräumen der beklagten AG mit solchen des Aufsichtsrats einerseits und der Frage, ob eine Ersatzzustellung in den (besonderen) Geschäftsräumen des Aufsichtsrats – soweit es solche gibt – zulässig ist, andererseits zu unterscheiden. Zweitens kommt es mehr als bisher beachtet auf die Kategorie des Geschäftsraums an, weil nicht jeder Büroraum im Sinne des Gesetzes ein Geschäftsraum ist. Insgesamt haben sich die Bedenken der bislang herrschenden Praxis gegenüber einer solchen Ersatzzustellung aber weitgehend als begründet erwiesen.

Eine Ersatzzustellung ist nur ausnahmsweise möglich, wenn das Aufsichtsratsmitglied als Zustellungsadressat in der beklagten AG über eigene Räumlichkeiten verfügt, wenn diese als sein Geschäftsräume im Sinne des Gesetzes zu qualifizieren sind, wenn die Ersatzzustellung in diesen Räumen erfolgt und zwar durch Übergabe an eine Person, die dort beschäftigt ist.