

Beratungsverträge mit Aufsichtsräten

Bedenken gegen die extensive Auslegung von § 114 AktG

Von Rechtsanwalt Dr. Daniel Graewe, LL.M., Ref. Jur. Finn Dethleff, Hamburg*

Beratungsverträge zwischen Aufsichtsratsmitgliedern und den von ihnen überwachten Gesellschaften sind wiederkehrend Gegenstand in Rechtsprechung und Literatur. Nach § 114 Abs. 1 AktG hängt deren Wirksamkeit von der Zustimmung des Aufsichtsrats ab. Die inhaltlichen Anforderungen und das zu beachtende Verfahren sind trotz mehrfacher richterlicher Konkretisierungen in der letzten Zeit jedoch immer noch umstritten. Besonders die stetige Ausweitung des Anwendungsbereichs von § 114 Abs. 1 AktG durch Rechtsprechung und Literatur gibt Anlass zu einer kritischen Bestandsaufnahme und zu der Frage, ob die Grenzen einer extensiven Normauslegung nicht bereits überschritten wurden.

I. Einführung

Den Anstoß für die anhaltende Diskussion¹ gab der im Jahre 1965 in das Aktiengesetz eingefügte § 114 AktG, der die Wirksamkeit von Dienst- oder Werkverträgen, durch die sich ein Aufsichtsratsmitglied² außerhalb seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat gegenüber der Gesellschaft zu einer Tätigkeit höherer Art verpflichtet, von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig macht. Grund der Einführung dieser Regelung war die Befürchtung einer unsachlichen Beeinflussung einzelner Aufsichtsratsmitglieder durch den Vorstand der Gesellschaft.³ Dies ist im Zusammenhang mit § 113 AktG zu sehen, der die ausschließliche Entscheidungskompetenz der Festsetzung und Höhe einer Vergütung für die Aufsichtsrats Tätigkeit durch die Hauptversammlung normiert. Diese Entscheidungskompetenz sah der Gesetzgeber gefährdet, sollte es dem Vorstand möglich sein, ohne Wissen der Hauptversammlung und des Aufsichtsrats, einzelnen Mitgliedern des Aufsichtsrats durch Dienst- oder Werkverträge, insbesondere durch sog. Beraterverträge, eine Vergütung zu gewähren.⁴

Da aber durchaus ein Interesse der Gesellschaft bestehen kann, die persönlichen Fähigkeiten und Erfahrungen eines

Aufsichtsratsmitglieds auch außerhalb seiner organschaftlichen Tätigkeit für die Gesellschaft nutzbar zu machen,⁵ hat der Gesetzgeber derartige Verträge nicht grundsätzlich untersagt, sondern vielmehr deren Wirksamkeit von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig gemacht. Hierdurch soll neben der Sicherstellung, dass das jeweilige Aufsichtsratsmitglied nicht eine zusätzliche Vergütung für Tätigkeiten erhält, die es bereits aufgrund seiner Organstellung zu erbringen hat, die Angemessenheit der Vergütung durch eine Kontrollinstanz gewährleistet werden.⁶ Rechtsprechung und Lehre haben über diesen Zweck hinaus den Anwendungsbereich des § 114 AktG im Laufe der Jahre immer weiter ausgeweitet.⁷ Ziel war und ist es, durch eine extensive Auslegung der Norm einen generellen und umfassenden Schutz der Unabhängigkeit des Aufsichtsrates vor auch noch so fernliegenden Beeinflussungen durch Vertragsbeziehungen der Aufsichtsratsmitglieder einzuführen. Hierdurch hat sich inzwischen eine deutliche Überdehnung des ursprünglichen Normzwecks ergeben.

II. Beratungstätigkeit des Aufsichtsrats

§ 114 AktG soll insbesondere die zusätzliche Vergütung der organschaftlich geschuldeten Beratungspflicht eines Aufsichtsratsmitglieds durch schuldrechtliche Beratungsvereinbarungen verhindern.

1. Organschaftliche Beratungspflicht

Der Aufsichtsrat ist neben dem Vorstand und der Hauptversammlung zwingendes Organ der Aktiengesellschaft. Hauptaufgabe des Aufsichtsrats ist die Überwachung der Geschäftsführung, vgl. § 111 Abs. 1 AktG. Neben einer vergangenheitsbezogenen Kontrolle der Geschäftsführungstätigkeit dient die aktive Beratung der Geschäftsführung im Hinblick auf die zukünftige Geschäftspolitik der präventiven Kontrolle⁸ und gehört damit ebenfalls zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der vom Gesetz vorgesehenen Überwachung der Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit der Geschäftsführungstätigkeit des Vorstands.⁹ Diese Überwachungspflicht obliegt zunächst dem Aufsichtsrat als Kollegialorgan. Das einzelne Aufsichtsratsmitglied ist jedoch verpflichtet, mit seinen persönlichen Fähigkeiten und Möglichkeiten zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Aufsichtsratsaufgaben beizutragen.¹⁰

* Der Autor Dr. Daniel Graewe ist Rechtsanwalt in Hamburg, der Autor Finn Dethleff ist Rechtsreferendar in Hamburg und Doktorand an der Universität Rostock.

¹ Zuletzt: Pietzke, BB 2012, 658; Quinke, DStR 2012, 2020; Spindler, NZG 2012, 1161; Ziemons, GWR 2012, 451. Aus der Rechtsprechung insbesondere BGH NJW 1991, 1830; BGH NZG 2006, 712; BGH NZG 2007, 103; BGH NZG 2007, 516; BGH NZG 2012, 1064.

² Als Vertragspartner umfasst sind sowohl Aufsichtsratsmitglieder als auch Unternehmen, bei denen das Organmitglied Gesellschafter, Geschäftsführer oder ebenfalls Aufsichtsratsmitglied ist, str.; dafür: BGH ZIP 2007, 22; dagegen: Pfitzer/Höreth, in: Pfitzer/Oser/Orth, Deutscher Corporate Governance Kodex: ein Handbuch für Entscheidungsträger, 2. Aufl. 2005, S. 145 (197 f.).

³ Kropff, Aktiengesetz, 1965, Ausschussbericht zu § 114, S. 158.

⁴ Drygala, in: Schmidt/Lutter, Kommentar zum AktG, 2. Aufl. 2010, § 114 Rn. 2.

⁵ Vollmer/Maurer, BB 1993, 591; zweifelnd Peltzer, ZIP 2007, 305.

⁶ Habersack, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2008, § 114 Rn. 1 m.w.N.

⁷ Kritisch zu dieser Entwicklung Hoffmann-Becking in: Festschrift für K. Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 657; Cahn, Der Konzern 2012, 501.

⁸ BGH NJW 1991, 1830 (1831).

⁹ St. Rspr. seit BGH NJW 1991, 1830 (1831).

¹⁰ Vetter, AG 2006, 173 (174) m.w.N.

Gegenstand dieser Überwachungspflicht ist nach dem Wortlaut der Norm „die Geschäftsführung“. Dieser weite Begriff umfasst grundsätzlich jedwede tatsächliche oder rechtsgeschäftliche Tätigkeit für die Gesellschaft.¹¹ Es besteht aber weitgehend Einigkeit, dass sich die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats nicht auf sämtliche Angelegenheiten der Gesellschaft erstreckt.¹² Hierfür spricht insbesondere, dass der Gesetzgeber das Aufsichtsratsamt als Nebentätigkeit konzipiert hat, so dass sich die Überwachungsaufgabe auf die wesentlichen Geschäftsführungsmaßnahmen beschränkt und nicht jede einzelne Tätigkeit des operativen Tagesgeschäfts zu überwachen ist.¹³ Einen Anhaltspunkt, was zu den wesentlichen Geschäftsführungsmaßnahmen gehört, bieten die in § 90 Abs. 1 AktG statuierten Berichtspflichten des Vorstands.¹⁴ Eine abschließende Aufzählung von konkreten Einzelgegenständen der Überwachungstätigkeit ist hingegen nicht möglich. Vielmehr müssen diese im Einzelfall nach den jeweiligen Umständen bestimmt werden.¹⁵ Ebenso bestimmt sich die Überwachungsintensität im Einzelfall nach der Lage der Gesellschaft. Im Normalfall genügt es, wenn sich der Aufsichtsrat darauf beschränkt, die Vorstandsberichte des § 90 Abs. 1 AktG sorgsam zu prüfen und so die Geschäftsführung kritisch zu begleiten.¹⁶ Ist die Lage der Gesellschaft hingegen angespannt oder stehen für das Unternehmen bedeutsame Entscheidungen an, so muss der Aufsichtsrat seine Überwachungstätigkeit intensivieren.¹⁷ Dies kann dazu führen, dass der Aufsichtsrat verpflichtet ist, nicht nur die Vorstandstätigkeit kritisch zu begleiten, sondern vielmehr unterstützend oder gar gestaltend tätig zu werden, wobei als absolute Grenze dieser Intensivierung das Geschäftsführungsverbot des § 111 Abs. 4 S. 1 AktG zu beachten ist.¹⁸

Für die Überwachungstätigkeit kann dem Aufsichtsrat durch eine Satzungsregelung oder einen Hauptversammlungsbeschluss eine angemessene Vergütung¹⁹ gewährt werden, vgl. § 113 AktG. Die Zuständigkeit für die Festsetzung der Vergütung ist der Hauptversammlung vorbehalten, unabhängig davon, in welchem Umfang die Aufsichtsratsstätigkeit ausgeübt wird oder ob von einzelnen Mitgliedern Sonderleis-

tungen erbracht werden, da die ordnungsgemäße Überwachungstätigkeit die Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber dem Vorstand voraussetzt.²⁰ Diese Unabhängigkeit würde konterkariert, wäre es dem Vorstand überlassen, die Vergütung seines Überwachungsorgans festzulegen. Die Regelung des § 113 AktG sichert insoweit die Funktionsfähigkeit des dualen Verwaltungssystems der Aktiengesellschaft.²¹ Aus diesem Grund können Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder auch nicht durch individuelle schuldrechtliche Vereinbarungen begründet, erweitert oder eingeschränkt werden.²² Vielmehr sind Vereinbarungen, die dem Aufsichtsratsmitglied lediglich eine zusätzliche Vergütung für die gesetzlich geschuldete Aufsichtsratsstätigkeit gewähren, gem. § 134 BGB nichtig.²³

2. Schuldrechtliche Beratungstätigkeit

Schuldrechtliche Beziehungen zwischen einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern und der von ihnen zu überwachenden Gesellschaft sind vielfältig denkbar. In Betracht kommen insbesondere Kauf-, Miet- und Leasingverträge, aber auch Kreditverträge, Dienst- und Werkverträge. Da der Abschluss solcher Verträge zu den Geschäftsführungsaufgaben des Vorstands zählt, sind sie grundsätzlich geeignet das Aufsichtsratsmitglied unsachlich zu beeinflussen und von einem Gremium abhängig zu machen, welches es zu überwachen hat.²⁴ Da normale Wirtschaftsbeziehungen der Gesellschaft zu einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern jedoch nicht beeinträchtigt werden sollen,²⁵ kann der Vorstand mit einem Aufsichtsratsmitglied grundsätzlich Verträge jeglicher Art schließen, soweit diese nicht seine Aufsichtsratsstätigkeit betreffen.²⁶ Unproblematisch sind insoweit die oben erstgenannten Verträge, da diese keine der Aufsichtsratsstätigkeit zugehörigen Pflichten zum Gegenstand haben können, wobei der Gesetzgeber die Kreditgewährung an Aufsichtsratsmitglieder gem. § 115 Abs. 1 AktG nur nach Einwilligung des Aufsichtsrats zulässt.

Anders ist die Situation bei Verträgen, mit denen sich das Aufsichtsratsmitglied gegenüber der Gesellschaft zu Dienst- oder Werkleistungen verpflichtet. Typischer Gegenstand solcher Vereinbarungen ist die Beratung der Gesellschaft in juristischen, steuerlichen oder betriebswirtschaftlichen Angelegenheiten, aber auch in den Bereichen Vertrieb, Technik, Datenverarbeitung oder Architektur.²⁷ Bei diesen Verträgen

¹¹ Dauner-Lieb, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 77 AktG Rn. 2 m.w.N.

¹² Habersack, in: Münchener Kommentar zum AktG, § 111 Rn. 19 m.w.N.

¹³ Boujong, AG 1995, 203 (205).

¹⁴ OLG Frankfurt NZG 2006, 29 (30), unter Berufung auf Lutter/Kremer, ZGR 1992, 87 (90, 96); Deckert, AG 1997, 109 (112); Heussen, NJW 2001, 708 (709); Müller, NZG 2002, 797 (798); Mertens, in: Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, 1990, S. 173 (176).

¹⁵ Breuer/Fraune, in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2011, § 114 Rn. 7; Hopt/Roth, in: Groß Kommentar zum AktG, 4. Aufl. 2005, § 114 Rn. 19.

¹⁶ Habersack (Fn. 12), § 111 Rn. 44 f. m.w.N.

¹⁷ Pentz, in: Handbuch des Vorstandsrechts, 2. Aufl. 2006, § 16 Rn. 44 ff.

¹⁸ Lutter/Kremer, ZGR 1992, 87 (90).

¹⁹ Thüsing/Veil, AG 2008, 359; Vetter, ZIP 2008, 1 (2 ff.).

²⁰ Bank, in: Haftung von Unternehmensorganen, 2010, § 6 Rn. 255; Drygala (Fn. 4), § 113 Rn. 4; Hambloch-Gesinn/Gesinn, in: Hölter, Kommentar zum AktG, 2011, § 113 Rn. 53; Henssler, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, § 113 AktG Rn. 4.

²¹ Mertens (Fn. 14), S. 173 (174).

²² Hoffmann-Becking, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 3. Aufl. 2007, § 33 Rn. 10.

²³ BGH NJW 1991, 1830 (1831).

²⁴ Benecke, WM 2007, 717.

²⁵ Beater, ZHR 157 (1993), 420 (427).

²⁶ Schiedermaier/Kolb, in: Beck'sches Handbuch der AG, 2. Aufl. 2009, § 7 Rn. 259; BGHZ 126, 340 (344); Lutter/Kremer, ZGR 1992, 87 (93 ff.).

²⁷ Vetter, AG 2006, 173.

werden häufig erhebliche Honorare gezahlt, denen kein konkret messbares Äquivalent gegenübersteht, so dass ein etwaiges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung objektiv schwer erkennbar bzw. beweisbar ist.²⁸ Öffentlich gewordene Fälle belegen zudem, dass mit Hilfe von derartigen Beratungsverträgen nicht selten der Versuch unternommen wird, die gesetzliche Regelung zur Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder gem. § 113 AktG zu umgehen.²⁹

Trotz dieses Umgehungspotenzials und der besonderen Eignung zur unsachlichen Beeinflussung einzelner Aufsichtsratsmitglieder durch das Geschäftsführungsorgan hat der Gesetzgeber solche Beratungsverträge zwischen der Gesellschaft und seinen Aufsichtsratsmitgliedern nicht generell untersagt. Vielmehr hat er erkannt, dass es für eine Gesellschaft durchaus von Interesse sein kann, sich die persönliche Expertise von einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern auch außerhalb der Organtätigkeit zu Nutze zu machen.³⁰ Da diese, oftmals berufliche, Expertise im Regelfall nur gegen eine entsprechende, die Unabhängigkeit gefährdende, Vergütung der Gesellschaft zu erhalten ist, hat der Gesetzgeber die Wirksamkeit derartiger Verträge gem. § 114 Abs. 1 AktG von der Zustimmung des Aufsichtsrats als Gesamtorgan abhängig gemacht. Stimmt der Aufsichtsrat zu, so kann dies vor oder nach Vertragsschluss erfolgen.³¹ Dieses Zustimmungserfordernis zwingt zunächst zur Offenlegung des Vertrages gegenüber dem Gesamtaufichtsrat und damit auch zu einer Transparenz der Beziehung des Vorstands zu einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern, so dass eine versteckte Beeinflussung des Aufsichtsratsmitglieds verhindert wird. In der Offenlegung müssen die spezifischen Fragestellungen des Vertrages und die Vergütung sowie dessen angemessenes Verhältnis dargestellt sein. Nur so kann sich der Aufsichtsrat ein fundiertes Urteil bilden. Die Offenlegung umfasst daher auch zumindest den wesentlichen Inhalt des Vertrages.³²

Zudem obliegt dem Aufsichtsrat die Pflicht der Kontrolle, ob der Vertrag nur Dienst- und Werkleistungen außerhalb der organschaftlichen Tätigkeit zum Gegenstand hat und nicht Tätigkeiten erbracht werden sollen, die das Aufsichtsratsmitglied schon auf Grund seiner Organstellung schuldet.³³ Nur im ersten Fall kann dem Vertrag überhaupt zugestimmt werden, anderenfalls wäre der Vertrag wegen Verstoßes gegen die zwingende Regelung des § 113 AktG nicht zustimmungsfähig sondern gem. § 134 BGB nichtig.³⁴ Insoweit dient der Zustimmungsvorbehalt einer Absicherung des § 113 AktG.³⁵ Aber auch wenn der Beratungsgegenstand außerhalb der Überwachungspflicht liegt und damit grundsätzlich genehmigungsfähig ist, kann das Aufsichtsratsmitglied durch über-

höhe oder gar unberechtigte Vergütungen unsachlich beeinflusst werden. Insoweit obliegt dem Gesamtaufichtsrat auch eine Angemessenheitskontrolle der vereinbarten Vergütung.³⁶

Bei der Abstimmung über einen solchen Vertrag unterliegt das betroffene Aufsichtsratsmitglied als Vertragspartner analog § 34 BGB einem Stimmverbot. Darüber hinaus sollte es schon an den Beratungen hierzu nicht teilnehmen.³⁷ Die Zustimmung zu Verträgen kann daher auch auf Ausschüsse übertragen werden.³⁸

3. Deutscher Corporate Governance Kodex

Beraterverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern sind auch Gegenstand des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK). Die Ziffer 5.5.4 DCGK³⁹ wiederholt jedoch nur zusammenfassend die gesetzliche Regelung des § 114 Abs. 1 AktG.⁴⁰ Hintergrund der Kodexziffer ist der Transparenzgedanke, die Erkennung von Interdependenzen und die Vermeidung von unsachlicher Beeinflussung.⁴¹ Eine Zustimmungspflicht ist auch hier nur dann notwendig, wenn die Leistung außerhalb des Aufsichtsratsmandats erbracht wird und noch nicht mit der Vergütung bezahlt ist.⁴²

III. Beratung durch dem Aufsichtsrat nahestehende Gesellschaften

Als Vertragspartner eines möglichen Beratungsvertrages mit der Gesellschaft umfasst sein sollen sowohl Aufsichtsratsmitglieder als auch Unternehmen, bei denen das Organmitglied beherrschender Gesellschafter, Geschäftsführer oder ebenfalls Aufsichtsratsmitglied ist.⁴³

Damit hat auch hier der BGH die Anwendbarkeit von § 114 AktG in Richtung professioneller Beratungsgesellschaften wie auch mit der Gesellschaft verbundener Unternehmen sehr weit vorangetrieben.

1. Verträge mit Beratungsgesellschaften

Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist § 114 Abs. 1 AktG nur auf Verträge anwendbar, die zwischen dem Aufsichtsratsmitglied und der Gesellschaft abgeschlossen werden. Die herrschende Meinung erstreckt den Anwendungsbereich aber inzwischen auch auf dem Aufsichtsratsmitglied nahestehende Personen, wenn der Zweck der Norm dies erfordert.⁴⁴ Die Einzelheiten einer solchen weitergehenden Erstreckung sind

²⁸ Henssler (Fn. 20), § 114 AktG Rn. 2.

²⁹ Vetter, AG 2006, 173.

³⁰ Vollmer/Maurer, BB 1993, 591.

³¹ Lutter/Drygala, in: Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, 2003, S. 381 (396 f.).

³² Hoffmann-Becking (Fn. 22), § 33 Rn. 30; für Offenlegung des ganzen Vertrages: Habersack (Fn. 6), § 114 Rn. 30.

³³ Habersack (Fn. 6), § 114 Rn. 3.

³⁴ Vetter, AG 2006, 173 (174) m.w.N.

³⁵ Hopt/Roth (Fn. 15), § 114 Rn. 4 f.

³⁶ Vetter, in: Handbuch börsennotierte AG, 3. Aufl. 2014, § 30 Rn. 1.

³⁷ Kremer, in: Ringleb u.a., Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, 4. Aufl. 2010, Rn. 1147.

³⁸ Habersack (Fn. 6), § 114 Rn. 30.

³⁹ „Berater- und sonstige Dienstleistungs- und Werkverträge eines Aufsichtsratsmitglieds mit der Gesellschaft bedürfen der Zustimmung des Aufsichtsrats.“

⁴⁰ Kremer (Fn. 37), Rn. 1143; Strieder, Praxiskommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, 2005, S. 128.

⁴¹ Pfitzer/Höreth (Fn. 2), S. 145 (197).

⁴² Pfitzer/Höreth (Fn. 2), S. 145 (197).

⁴³ BGH ZIP 2007, 22; Ihring, ZGR 2013, 417 (433).

⁴⁴ Cahn, Der Konzern 2012, 501 (502).

indes umstritten. Mit der herrschenden Meinung wendet auch der BGH § 114 Abs. 1 AktG auf solche Sachverhalte an, in denen ein Beratungsvertrag zwischen der Gesellschaft und einer Beratungsgesellschaft geschlossen wird, bei welcher ein Aufsichtsratsmitglied zumindest in nicht ganz unerheblichem Umfang an der für die Beratung zu leistenden Vergütung teil hat.⁴⁵ Hierbei soll es nicht darauf ankommen, ob das Aufsichtsratsmitglied eine dominierende Position innerhalb der Beratungsgesellschaft innehat⁴⁶ oder ob das Aufsichtsratsmitglied unmittelbar oder gar persönlich an der Beratung der Gesellschaft beteiligt ist. Ziel dieser extensiven Normauslegung ist – wie bereits erwähnt – der möglichst umfassende Schutz der Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds. Damit reicht auch schon eine nur ganz geringfügige Beteiligung des Aufsichtsratsmitglieds an einer Beratungsgesellschaft aus, sofern eine nicht ganz unerhebliche Teilhabe durch die bzw. an der Beratung erfolgt.⁴⁷ Nach Ansicht des BGH wäre ein Beratungsvertrag damit nur noch dann gem. § 114 Abs. 1 AktG zulässig, wenn es sich bei den gesamten (auch nur mittelbaren) Zuwendungen, die der Beratungsgesellschaft durch den Beratungsvertrag zufließen, nur um ganz geringfügige Leistungen handelt oder wenn sie im Vergleich zu der von der Hauptversammlung festgesetzten Aufsichtsratsvergütung nur einen zu vernachlässigenden Umfang erreichen.⁴⁸ Damit unterfallen aber schon geringste monetäre Vorteile dem § 114 Abs. 1 AktG.⁴⁹

Gegen eine solche extensive Ausweitung des Normzwecks spricht hingegen, dass zunächst bei der Erteilung eines Beratungsauftrages auf Honorarbasis oftmals noch gar nicht feststeht wie hoch das (in der Regel auf Tages- oder Stundenbasis errechnete) Honorar ausfällt. In der Folge lässt sich daher zu diesem Zeitpunkt auch noch gar nicht bestimmen, ob dem Aufsichtsratsmitglied überhaupt ein Vorteil zufließt.⁵⁰ Auch wären nach dieser Ansicht Beratungsunternehmen auch von der Erbringung von Leistungen ausgeschlossen, die das betroffene Aufsichtsratsmitglied gem. § 113 AktG nicht erbringen darf, weil die Tätigkeit von seiner Organpflicht mit umfasst ist.⁵¹

Im Ergebnis führt daher das Abstellen auf eine finanzielle Beteiligung an den Beratungshonoraren im Rahmen des § 114 Abs. 1 AktG zu einer Überdehnung der Norm, die nicht nur gegen ihren ursprünglichen Zweck verstößt, sondern auch zunehmend in der Praxis für Rechtsunsicherheit sorgt.⁵² Da-

⁴⁵ BGH NJW 2012, 3235 (3236 Rn. 14); so auch z.B. OLG Hamburg AG 2007, 404; für die h.M. z.B. *Lutter* in: Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 1171 (1180).

⁴⁶ BGH NJW 2012, 3235 (3236 Rn. 14); so auch z.B. OLG Hamburg AG 2007, 404; für die h.M. z.B. *Lutter* (Fn. 45), S. 1171 (1180).

⁴⁷ *Wissmann/Ost*, BB 1998, 1957 (1960).

⁴⁸ BGH, *Der Konzern* 2007, 132.

⁴⁹ OLG Frankfurt a.M. AG 2011, 256; *Spindler*, NZG 2011, 334 (336).

⁵⁰ *Drygala* (Fn. 4), § 114 Rn. 16.

⁵¹ *Ihrig*, ZGR 2013, 417 (434).

⁵² So auch *Ihrig*, ZGR 2013, 417 (434).

her sollte die Anwendung des § 114 AktG auf solche Fälle beschränkt bleiben, bei denen ein Aufsichtsratsmitglied als (federführender) Partner persönlich an der Erbringung der Beratungsleistungen beteiligt ist.

2. Verträge mit verbundenen Unternehmen

Weiterhin vertritt der BGH die Auffassung, dass von § 114 Abs. 1 AktG auch Beratungsverträge zwischen einem Aufsichtsratsmitglied und einer (Tochter-) Gesellschaft umfasst sind, welches von der beaufsichtigten (Mutter-) Gesellschaft kontrolliert wird.⁵³ Diese Auffassung basiert auf der Befürchtung, dass der Vorstand der Obergesellschaft den Vertragsschluss mit der Tochtergesellschaft beeinflussen könnte, um sich z.B. das Wohlwollen seines Aufsichtsratsmitgliedes zu sichern.

Dem ursprünglichen Normzweck (und auch der Praxis) dürfte jedoch viel mehr gedient sein, wenn man sich von dem Ausreichen einer abstrakten Gefährdungsmöglichkeit wieder entfernt und stattdessen auf eine tatsächliche Einflussnahme des Vorstands abstellt, bzw. Hinweise darauf ausreichen lässt, dass die Vorschrift des § 114 AktG umgangen werden soll.⁵⁴ Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn der Beratungsvertrag im Ergebnis eher auf eine Beratung der Obergesellschaft oder des Konzerns abzielt⁵⁵, anstatt auf die Tochtergesellschaft, welchen den Beratungsvertrag abgeschlossen hat. Gleiches sollte auch gelten, wenn ein Beratungsvertrag mit einer Schwestergesellschaft abgeschlossen wird, oder etwa einer Obergesellschaft, bei der das Aufsichtsratsmitglied nur Organmitglied einer Untergesellschaft ist. Auch in diesen Fällen sollte ein konkreter Anlass für eine Befürchtung der Umgehung der Norm notwendig sein, um § 114 AktG anwenden zu können.⁵⁶

IV. Konkretisierung des Beratungsgegenstands

Der gesetzliche Idealfall geht von folgendem Sachverhalt aus: Das Aufsichtsratsmitglied soll durch den Vorstand mit einer Beratungstätigkeit betraut werden. Zu diesem Zweck wird ein Vertragsentwurf formuliert, der die einzelne Beratungstätigkeit und die von der Gesellschaft zu gewährende Vergütung so konkret beschreibt, dass eine Abgrenzung zu der organschaftlichen Beratungspflicht und eine Angemessenheitskontrolle der Vergütung zweifelsfrei möglich ist. Dieser Vertragsentwurf wird dem Aufsichtsrat vorgelegt, der nach einer Prüfung im Wege des ausdrücklichen Beschlusses seine Zustimmung zu dem Vertragsschluss erteilt. Nach Einwilligung des Aufsichtsrats wird der Vertrag zwischen den Parteien geschlossen, das Aufsichtsratsmitglied führt seine Beratungstätigkeit durch und erhält die Vergütung.

Diese Idealvorstellung lässt sich nur in Ausnahmefällen erfüllen. Dies hat auch der Gesetzgeber erkannt und die Wirksamkeit des Vertrags von der „Zustimmung“ des Auf-

⁵³ BGH NJW 2012, 3235 (3236 Rn. 16).

⁵⁴ *Ihrig*, ZGR 2013, 417 (435).

⁵⁵ *Hoffmann-Becking*, in: Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, S. 657 (665).

⁵⁶ *Cahn*, *Der Konzern* 2012, 501 (503).

sichtsrats abhängig gemacht und nicht wie bei Kreditgewährungen (§ 115 AktG) von der „Einwilligung“. Der Begriff „Zustimmung“ (§ 182 BGB) umfasst sowohl die (vorherige) Einwilligung (§ 183 BGB) als auch die (nachträgliche) Genehmigung (§ 184 BGB). Daraus ergibt sich, dass der Aufsichtsrat den Vertrag auch genehmigen, ihm also nachträglich zustimmen kann. Nach allgemeiner Ansicht bedeutet dies jedoch nur, dass sich der Aufsichtsrat nicht zwingend vor Vertragsschluss mit dem Vertrag befassen muss, vielmehr darf er auch dem bereits geschlossenen Vertrag zustimmen.⁵⁷ Die Genehmigung des geschlossenen Vertrags vor Leistungsaustausch hilft jedoch in der Praxis nur bedingt weiter. Die regelmäßigen Aufsichtsratssitzungen finden in der Regel quartalsweise statt, vgl. § 110 Abs. 3 AktG. Hat gerade eine Sitzung stattgefunden, könnten dringende Fragen nicht zeitnah bearbeitet werden. Die jeweilige Einberufung einer Aufsichtsratssitzung geht an der Lebenswirklichkeit vorbei und auch die Beschlussfassung im Wege des Umlaufverfahrens stößt auf wenig Gegenliebe bei den einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern.⁵⁸ In der Literatur wird diesbezüglich angeführt, dies sei der Preis für die Beauftragung eines Aufsichtsratsmitglieds durch die Gesellschaft. Es muss jedoch bedacht werden, dass das betroffene Aufsichtsratsmitglied dann ggf. vor die Wahl gestellt werden würde, ob er Berater oder Aufsichtsratsmitglied der Gesellschaft sein will.⁵⁹ Im Zweifel dürfte die Entscheidung zugunsten der beruflichen Tätigkeit ausfallen, so dass für ein Unternehmen wichtige Kompetenz im Aufsichtsrat nicht zur Verfügung stünde. Einen Ausweg sucht die Praxis daher in dem Abschluss von Rahmenvereinbarungen, in denen der Beratungsgegenstand nur grob umrissen wird und unter dem individuelle Beratungsleistungen des Aufsichtsratsmitgliedes erfolgen.

V. Anforderungen an den Beratungsgegenstand

Der BGH fordert in ständiger Rechtsprechung, dass in Beraterverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern „die speziellen Einzelfragen, in denen das Aufsichtsratsmitglied den Vorstand beraten soll, sowie das für diese Leistung von der Gesellschaft zu entrichtende Entgelt so konkret bezeichnet werden, dass sich der Aufsichtsrat ein eigenständiges Urteil über die Art der Leistung, ihren Umfang sowie die Höhe und Angemessenheit der Vergütung bilden kann“. Verträge die diese Anforderungen nicht erfüllen, fallen von vornherein nicht unter § 114 AktG, sondern sind im Zweifel wegen Verstoßes gegen § 113 AktG nach § 134 BGB nichtig.⁶⁰ Nur wenn der Vertrag eindeutig erkennen lässt, ob die vereinbarte Beratungsleistung außerhalb der Organpflicht liegt, kann der Aufsichtsrat dem Vertrag wirksam zustimmen. Die Abgrenzung der Beratungspflichten ist somit zunächst notwendige Voraussetzung für einen zustimmungsfähigen Vertragsinhalt.⁶¹

⁵⁷ *Habersack* (Fn. 6), § 114 Rn. 27; *Spindler*, in: *Spindler/Stilz*, Kommentar zum AktG, 2. Aufl. 2010, § 114 Rn. 21.

⁵⁸ *Pietzke*, BB 2012, 658 (662).

⁵⁹ *Drygala*, ZIP 2011, 427 (428).

⁶⁰ BGH NJW 1994, 2484 (2485).

⁶¹ *Hopt/Roth* (Fn. 15), § 114 Rn. 17.

1. Abgrenzung der Beratungspflichten

Ausgangspunkt der Abgrenzung ist der Gesetzeszweck, organschaftliche Tätigkeiten des Aufsichtsratsmitglieds nicht doppelt zu vergüten. Entscheidend ist deshalb, dass die beabsichtigte Beratung nicht bereits zu den organschaftlichen Beratungspflichten des Aufsichtsrats gehört. Nicht möglich ist daher der Abschluss eines Vertrags, der das Aufsichtsratsmitglied verpflichtet, die Gesellschaft allgemein juristisch oder steuerlich zu beraten.⁶² Denn die Überwachungspflicht als Organmitglied beinhaltet bereits eine entsprechende allgemeine Beratungspflicht. Nach allgemeiner Ansicht erfolgt die Abgrenzung nach inhaltlichen Kriterien anhand des im Vertrag konkret umschriebenen Beratungsgegenstands.⁶³

Im Schrifttum ist zunächst vorgeschlagen worden, die Abgrenzung der Tätigkeitsbereiche nach der Intensität der Beratungstätigkeit oder Schwere der Aufgabe vorzunehmen.⁶⁴ Der BGH hat diese Abgrenzungskriterien in seiner ersten Grundsatzentscheidung zu Beraterverträgen im Jahr 1991 abgelehnt und für die Abgrenzung inhaltliche Kriterien herangezogen. Eine nicht zu den Organpflichten gehörende Tätigkeit kann danach nur dann vorliegen, „wenn die zu leistenden Dienste Fragen eines speziellen Fachgebiets betreffen [...]“. Es gehört nicht zu den Aufgaben eines Aufsichtsratsmitglieds, sich mit derartigen speziellen Geschäften zu befassen.⁶⁵ Was damit gemeint ist, erschließt sich aus dieser Entscheidung hingegen nicht.⁶⁶

Lutter und *Kremer* haben in der Folge herausgearbeitet, dass Fragen eines besonderen Fachgebiets dann nicht Gegenstand der organschaftlichen Beratungspflicht des Aufsichtsrats sind, wenn entweder Fragen des Tagesgeschäfts betroffen sind oder zwar Gegenstände betroffen sind, die im Grundsatz der Überwachung unterliegen, die Fragen aber so speziell sind, dass sie im Regelfall als Teil des überwachungsfreien Tagesgeschäfts angesehen werden müssen. Letzteres muss anhand der „Beratungstiefe“ bestimmt werden. Da die Beratung als Teil der Überwachungsaufgabe nur wesentliche Geschäftsvorgänge von grundsätzlicher Bedeutung erfasst, gehören spezielle Fragen zu Einzelvorgängen des Tagesgeschäfts, seiner Vorbereitung und Umsetzung per se nicht zur Beratungsaufgabe des Aufsichtsrats.⁶⁷ Dienste, die Fragen in diesem Bereich betreffen, können somit zulässiger Gegenstand einer einzelvertraglichen Vereinbarung mit dem Aufsichtsratsmitglied sein.⁶⁸ Darüber hinaus können aber auch innerhalb von wesentlichen Geschäftsvorgängen spezielle Einzelfragen auftreten, die nicht mehr zu den organschaftlichen Beratungspflichten des Aufsichtsrats gehören.⁶⁹ So unterliegt die Finanzplanung des Vorstands zwar den

⁶² BGH ZIP 2006, 1529 (1531).

⁶³ *Hüffer*, in: *Hüffer*, Kommentar zum AktG, 10. Aufl. 2012, § 114 Rn. 5 m.w.N.

⁶⁴ *Beater*, ZHR 157 (1993), 420 (422).

⁶⁵ BGH NJW 1991, 1830 (1831).

⁶⁶ *Kritisch Beater*, ZHR 157 (1993), 420 (423); *Peltzer*, ZIP 2007, 305 (306).

⁶⁷ *Lutter/Kremer*, ZGR 1992, 87 (95 f.).

⁶⁸ *Habersack* (Fn. 6), § 114 Rn. 24 m.w.N.

⁶⁹ *Lutter/Kremer*, ZGR 1992, 87 (96).

Überwachungspflichten des Aufsichtsrats und ist somit grundsätzlich von der Organpflicht umfasst. Die konkrete Ausarbeitung einer „speziellen Emission oder der Entwurf von Genußscheinen“ ist hingegen so speziell, dass dies zu den überwachungsfreien Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands gerechnet werden muss und somit eine Beratung durch das einzelne Aufsichtsratsmitglied nicht aus der organ-schaftlichen Beratungspflicht verlangt werden kann. Gleiches gilt etwa für die Entwicklung einer Sozialbilanz oder das Modell einer Arbeitnehmerbeteiligung.

Den Begriff der „Beratungstiefe“ hat der BGH in seinem zweiten Grundsatzurteil zu Beraterverträgen im Jahre 1994⁷⁰ dann übernommen. Er hat erkannt, dass das Merkmal „Fragen eines besonderen Fachgebiets“ als alleiniges Abgrenzungskriterium zu unbestimmt ist.⁷¹ So hat er in der Entscheidung zunächst ausdrücklich festgestellt, dass Dienste, die Fragen eines besonderen Fachgebiets betreffen, zur Aufsichtsrats-tätigkeit gehören, soweit zu erbringende Beratungsleistungen auch allgemeine Fragen der Unternehmenspolitik betreffen.⁷² Insoweit bedarf es zur Abgrenzung der organ-schaftlichen Beratungspflichten einer Auseinandersetzung mit dem *Ausmaß und der Intensität der angestrebten Beratung (Beratungstiefe)*. Das Abgrenzungskriterium der „Beratungstiefe“ hat sich in der Folge in der Rechtsprechung durchgesetzt⁷³ und ist inzwischen auch in weiten Teilen des Schrifttums⁷⁴ anerkannt, auch wenn der Begriff selbst nicht immer verwendet wird.

2. Rahmenvereinbarungen

Da es für die Abgrenzung nach der Beratungstiefe auf die konkreten Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Verhältnisse der Gesellschaft ankommt,⁷⁵ ist die korrekte Formulierung des Beratungsgegenstands von erheblicher Bedeutung. Der BGH geht davon aus, dass dies „unschwer“ zu erfüllen ist.⁷⁶ Bei Beratungsleistungen, die offensichtlich außerhalb der Organpflicht liegende Tätigkeiten zum Gegenstand haben, etwa die Vertretung durch einen Rechtsanwalt in einem gerichtlichen Verfahren,⁷⁷ kann dies zutreffen.

Schwierigkeiten bereiten aber insbesondere sog. Rahmenvereinbarungen, die eine Vielzahl von Beratungsaufgaben beinhalten, weil die einzelnen Beratungstätigkeiten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht abschließend feststehen.⁷⁸ Bezeichnend führt das LG Stuttgart hierzu aus, die Bezeichnung „Rahmenvertrag“ deute bereits auf eine hohe Abstraktion hin und sei somit ein Indiz für eine unzureichende Kon-

kretisierung.⁷⁹ In der Literatur ist daraus gefolgert worden, Rahmenverträge seien grundsätzlich unzulässig.⁸⁰ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass der BGH mit der Formulierung „genügt der vorliegende Beratungs-Rahmenvertrag nicht“⁸¹, erkennen lässt, dass Rahmenvereinbarungen nicht generell unzulässig sind.⁸² Wie diese jedoch konkret zu formulieren sind, damit sie eine Abgrenzung zur organschaftlichen Beratungspflicht ermöglichen, lässt der BGH offen. So hat er einem Vertrag, der die Beratung der Gesellschaft bei „Abschluss von Unternehmens- und Beteiligungskaufverträgen“, „Eingehung strategischer Allianzen (Joint Ventures)“, bei „Finanzierungsmodellen zur Ausstattung mit liquiden Mitteln (Kapitalerhöhungen, Inhaber- und Wandelschuldverschreibungen, Kreditverträge)“, bei „sonstigen Kapitalmaßnahmen, z.B. Aktiensplits“ sowie bei „internen Strukturierungen“ vorsah, die Zustimmungsfähigkeit versagt, weil die genannten Tätigkeiten bereits zu den organschaftlichen Beratungspflichten eines Aufsichtsratsmitglieds gehören.⁸³ Das LG Stuttgart hat darüber hinaus die Formulierungen „Erstellung von Rechtsgutachten zu Einzelfragen“ und „die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung der Gesellschaft in allen Rechtsstreitigkeiten, soweit sie nicht die Vertretung der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern betreffen“ als zu unbestimmt abgelehnt,⁸⁴ was jedoch auf Ablehnung in der Literatur gestoßen ist.⁸⁵ Das OLG Hamburg hat unter Bezugnahme auf die BGH-Rechtsprechung festgestellt, dass Tätigkeiten bei konkreten juristischen Umsetzungsfragen unternehmenspolitischer Zielsetzung, im Rahmen des operativen Geschäfts oder im Rahmen der Prozessvertretung zulässige Aufgabenbeschreibungen in Rahmenvereinbarungen darstellen können.⁸⁶

VI. Nachträgliche Genehmigung bei unwirksamen Rahmenvereinbarungen

Durch die strenge Rechtsprechung zur Formulierung des Beratungsgegenstands haftet jeder Rahmenvereinbarung damit die Gefahr einer potentiellen Unwirksamkeit an.⁸⁷ In der Literatur ist deshalb die Frage aufgekommen, ob nicht die nachträgliche Konkretisierung der einzelnen Beratungsgegenstände und deren anschließende Genehmigung durch den Aufsichtsrat eine rechtssichere Lösung für eine möglicherweise unwirksame Rahmenvereinbarung darstellt. Betrifft der Beratervertrag von Anfang an eine außerhalb der Organpflicht liegende und angemessen vergütete Tätigkeit, sieht das Gesetz in § 114 Abs. 2 S. 1 AktG ausdrücklich die Möglichkeit

⁷⁰ BGH NJW 1994, 2484.

⁷¹ Deckert, AG 1997, 109 (112); Jaeger, ZIP 1994, 1759.

⁷² BGH NJW 1994, 2484 (2485).

⁷³ BGH NJW 1991, 1830; BGH NJW 1994, 2484; BGH NZG 2006, 712; BGH NZG 2007, 103; BGH NZG 2007, 516.

⁷⁴ Lorenz/Pospiech, NZG 2011, 81 (84); Vetter (Fn. 36), § 30 Rn. 3; a.A. Weiss, DB 2007, 1853 (1855).

⁷⁵ Breuer/Fraune (Fn.15), § 114 Rn. 7; Hopt/Roth (Fn. 15), § 114 Rn. 19.

⁷⁶ BGH NZG 2007, 103 (104).

⁷⁷ Vetter, ZIP 2008, 1 (8).

⁷⁸ Müller, NZG 2002, 797 (800).

⁷⁹ LG Stuttgart BB 1998, 1549 (1550).

⁸⁰ Bosse, NZG 2007, 172 (173); Habersack (Fn. 6), § 144 Rn. 25.

⁸¹ BGH NZG 2007, 516 (518).

⁸² Tophoven, BB 2007, 2413 (2415).

⁸³ BGH NZG 2007, 103 (104).

⁸⁴ LG Stuttgart ZIP 1998, 1549 (1551).

⁸⁵ Wissmann/Ost, BB 1998, 1957 (1960); Müller, NZG 2002, 797 (800 f.).

⁸⁶ OLG Hamburg NZG 2007, 470 (471).

⁸⁷ Tophoven, BB 2007, 2413 (2415).

einer Genehmigung vor, selbst wenn die jeweiligen Leistungen bereits erbracht sind.⁸⁸

Problematisch und höchstrichterlich noch nicht entschieden sind hingegen solche Fälle, in denen zustimmungsfähige Beratungstätigkeiten des Aufsichtsratsmitglieds aufgrund einer in der Regel nicht zustimmungsfähigen, und damit nichtigen Rahmenvereinbarung erfolgt sind und die einzelnen Tätigkeiten nach Erbringung der Leistung durch den Aufsichtsrat genehmigt werden sollen. Eine Genehmigung des unzureichend konkretisierten Rahmenvertrags unter Berücksichtigung der einzelnen zustimmungsfähigen Beratungsleistungen dürfte nicht Betracht kommen.⁸⁹ Da der Vertrag mangels Konkretisierung nach der Rechtsprechung nichtig ist, käme nur eine Neuvernahme des Rechtsgeschäfts in Betracht.⁹⁰ Es geht somit um die Frage, ob einzelne zustimmungsfähige Tätigkeiten, die aufgrund eines nichtigen Rahmenvertrags erbracht wurden, durch den Aufsichtsrat genehmigt werden können.

Das OLG Frankfurt⁹¹ lehnt insoweit die Zulässigkeit einer Genehmigung nachträglich konkretisierter Tätigkeiten ab und führt aus, dass eine nachträgliche Konkretisierung unwirksamer Verträge jedenfalls dann nicht mehr möglich ist, wenn das Aufsichtsratsmitglied die Beratungsleistung bereits erbracht hat. Zur Begründung führt der *Senat* aus: „Der Aufsichtsrat ist, wenn die Vertragsleistung erst einmal erbracht ist, in seiner Entscheidung über die Zustimmung zum Vertrag deutlich unfreier als vorher; es liegt nahe, dass Erwägungen der Loyalität zum Aufsichtsrats-Kollegen, der in der Gefahr steht, mehr oder weniger umsonst gearbeitet zu haben, ein sachlich unerwünschtes Gewicht erhalten.“ Der BGH hat die Frage in der anschließenden Revisionsentscheidung⁹² jedoch offen gelassen. Diese Entscheidung ist im Schrifttum vielfach abgelehnt worden.⁹³ Dabei richtet sich die Kritik in erster Linie gegen die „Loyalitäts“-Begründung des *Senats*. „Loyalitätserwägungen“ würden nicht nur bei der streitgegenständlichen Fallgestaltung, sondern könnten bei allen Zustimmungsgeschäften des Aufsichtsrats eine Rolle spielen.⁹⁴ Insoweit habe der Gesetzgeber aber mit dem Sanktionssystem der Haftung einen ausreichenden Sicherungsmechanismus zur Verfügung gestellt.⁹⁵ Die Entscheidung ist auch aus einem weiteren Grund abzulehnen. Denn der Aufsichtsrat könnte sonst einen Vertrag zwar nach Leistungsaustausch genehmigen, wenn er sich vorher noch gar nicht mit dem

Vertrag befasst hat und der Vertrag damit ohne seine Kenntnis durchgeführt wurde, nicht jedoch, wenn der Aufsichtsrat vorher seine grundsätzliche Zustimmung zu einer Reihe von Beratungstätigkeiten gegeben hätte, die mangels Präzision aber den Anforderungen der Rechtsprechung nicht genügten.⁹⁶

VII. Vergütungszahlungen vor der Genehmigung durch den Aufsichtsrat

In Verbindung mit der nachträglichen Genehmigung von Beratungsleistungen stellt sich darüber hinaus die Frage, ob der Vorstand die von einem Aufsichtsratsmitglied erbrachte, aber noch nicht genehmigte Beratungsleistung vergüten darf. In seiner „Fresenius-Entscheidung“⁹⁷ lehnte das OLG Frankfurt die Zulässigkeit der Zahlung von Beratungsvergütungen an einzelne Aufsichtsratsmitglieder durch den Vorstand vor Zustimmung des Aufsichtsrats ab. Das Gericht begründete seine Entscheidung mit einem Verweis auf § 93 Abs. 3 Nr. 7 AktG. Aus dieser Norm ergebe sich, dass § 114 Abs. 1 AktG nicht nur eine verfügungswirksame Bestimmung ist, sondern eine Verhaltenspflicht des Vorstands enthält, vor der Genehmigung keine Vergütungen an ein Aufsichtsratsmitglied zu leisten. Trotz des Wortlautes des § 114 Abs. 2 S. 2 AktG ist im Falle einer vor Zustimmung des Aufsichtsrats geleisteten Zahlung eine Pflichtverletzung des Vorstands gegeben, die durch eine Genehmigung nicht entfällt. Die Unzulässigkeit der Zahlung deckt sich zudem mit dem Gesetzeszweck die unsachliche Beeinflussung einzelner Aufsichtsratsmitglieder durch den Vorstand zu verhindern. Die Abhängigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds von dem Vorstand ist bei Zahlung ohne Rechtsgrund nämlich noch größer als bei Zahlungen auf einen wirksamen Vertrag, da das Aufsichtsratsmitglied damit rechnen muss, auf Rückzahlung in Anspruch genommen zu werden, je nach dem, wann der Aufsichtsrat den Vertrag genehmigt. Der BGH hat in der anschließenden Revisionsentscheidung jedoch lediglich festgestellt, dass aus der Möglichkeit, einen Beratungsvertrag zu genehmigen, noch nicht folge, „dass der Vorstand pflichtgemäß handelt, wenn er dem Aufsichtsratsmitglied [...] schon vor der Genehmigung des Vertrags durch den Aufsichtsrat eine Vergütung zahlt“⁹⁸. Der Vertrag sei vielmehr bis zur Genehmigung schwebend unwirksam, und „deshalb ist es dem Vorstand regelmäßig untersagt, auf die bloße Erwartung hin, dass der Vertrag genehmigt wird, schon eine Vergütung zu zahlen“. Offen ließ er, „ob die Zahlung eines Beratungshonorars an ein Aufsichtsratsmitglied vor Zustimmung des Aufsichtsrats ausnahmsweise dann rechtmäßig ist, wenn [...] die Übung besteht, dass am Anfang eines jeden Jahres vom Aufsichtsrat eine Obergrenze für Mandate an bestimmte Aufsichtsratsmitglieder oder deren Sozietäten festgelegt wird und die einzelnen Verträge dann am Ende des Jahres dem Aufsichtsrat zur Genehmigung vorgelegt werden“.

Im Schrifttum sind diese beiden Entscheidungen, mit Ausnahme von *Spindler*⁹⁹, auf Kritik gestoßen.¹⁰⁰ Insbesondere

⁸⁸ Teilweise wird in der Literatur (zu Unrecht) angenommen, ein Urteil des OLG Frankfurt (NZG 2006, 29 [30]) stelle dies in Frage, vgl. *Happ*, in: Festschrift für Hans-Joachim Priester zum 70. Geburtstag, 2007, S. 175 (191).

⁸⁹ *Tophoven*, BB 2007, 2415 (2417).

⁹⁰ *Happ* (Fn. 88), S. 175 (189, 191).

⁹¹ OLG Frankfurt NZG 2006, 29 (30).

⁹² BGH NZG 2007, 103 (104).

⁹³ *Drygala* (Fn. 4), § 113 Rn. 11, 19; *Happ* (Fn. 88), S. 175 (192); *Henssler* (Fn. 20), § 114 Rn. 20; *Hopt/Roth* (Fn. 15), § 114 Rn. 26.

⁹⁴ *Lorenz/Pospiech*, NZG 2011, 81 (85).

⁹⁵ *Bosse*, NZG 2006, 172 (174); *Müller/König*, CCZ 2011, 115 (117).

⁹⁶ *Lutter/Drygala* (Fn. 31), S. 381 (396).

⁹⁷ OLG Frankfurt NZG 2011, 350.

⁹⁸ BGH NZG 2012, 1064 f.

⁹⁹ *Spindler*, NZG 2012, 1161.

dere kann aus § 93 Abs. 3 Nr. 7 AktG, wie es das OLG Frankfurt angenommen hat, kein Zahlungsverbot vor einer Genehmigung des Aufsichtsrates hergeleitet werden.¹⁰¹ Vielmehr handelt es sich um einen „Zirkelschluss“¹⁰², da § 93 Abs. 3 Nr. 7 AktG zum Ersatz verpflichtet, wenn entgegen dem AktG eine Vergütung an Aufsichtsratsmitglieder gewährt wird. Da somit für eine Pflichtverletzung im Sinne des § 93 Abs. 3 Nr. 7 AktG ein Verstoß gegen § 114 AktG vorliegen muss, kann diese Vorschrift nicht zur Begründung eines solchen Verstoßes herangezogen werden. Auch die weitere Begründung des OLG Frankfurt, das Aufsichtsratsmitglied würde durch eine Zahlung ohne Rechtsgrund erheblich stärker beeinflusst als bei Zahlungen auf einen wirksamen Vertrag, ist kritisiert worden. So ist den Ausführungen des OLG Frankfurt entgegen gehalten worden, dass allein der Aufsichtsrat über die Wirksamkeit zu entscheiden hat, so dass eine „Abhängigkeit“, wenn überhaupt, nur gegenüber dem Aufsichtsrat in Betracht kommt.¹⁰³

Die Kritik der Literatur ist durchaus berechtigt, denn die Entscheidung des OLG Frankfurt setzt sich in unzulässiger Weise über den Wortlaut des § 114 Abs. 2 S. 2 AktG hinweg. Der Gesetzgeber hat mit der Regelung des § 114 Abs. 2 S. 2 AktG explizit die Genehmigung nach Vergütungsleistung zugelassen. Er ging somit davon aus, dass es durchaus zulässig sein kann, Vergütungen durch den Vorstand auch vor der Genehmigung zu zahlen.¹⁰⁴ Hätte er dies generell als unzulässig erachtet und untersagen wollen, hätte er den letzten Halbsatz des § 114 Abs. 2 S. 2 AktG weggelassen. Insoweit bestehen bereits Bedenken, dass eine Vorgehensweise, die nach § 114 Abs. 2 S. 2 AktG zulässig sein kann, nach § 93 Abs. 3 Nr. 7 AktG unzulässig ist. Darüber hinaus wird der Zweck des § 93 Abs. 3 Nr. 7 AktG verkannt. Die Regelung begründet im hier interessierenden Sinn eine Ersatzpflicht des Vorstands, wenn der Aufsichtsrat die Genehmigung des Vertrags verweigert und eine bereits geleistete Vergütung von dem Aufsichtsratsmitglied nicht zurückerlangt werden kann. Dies setzt aber dennotwendig voraus, dass eine Leistung vor Genehmigung in zulässiger Weise erfolgt ist. Anderenfalls müsste eine Ersatzpflicht auch bei Genehmigung oder Rückzahlung der Vergütung durch das Aufsichtsratsmitglied bestehen. Dies ist aber gerade nicht der Fall. Der Argumentation des OLG Frankfurt kann daher nicht gefolgt werden, wonach es dem Vorstand verboten ist, „Vergütungen vor Genehmigung an ein Aufsichtsratsmitglied zu zahlen, weil er zum Ersatz verpflichtet ist, wenn der Aufsichtsrat die Genehmigung verweigert und die Vergütung von dem Aufsichtsratsmitglied nicht zurückerlangt werden kann.“. Vielmehr lässt sich genau das Gegenteil aus der gesetzlichen Regelung ableiten, nämlich dass es dem Vorstand grundsätzlich erlaubt ist, Vergütungen vor Genehmigung an ein Aufsichtsratsmitglied zu zahlen, dieser jedoch zum Ersatz ver-

pflichtet ist, wenn der Aufsichtsrat die Genehmigung verweigert und die gezahlte Vergütung von dem Aufsichtsratsmitglied nicht zurückerlangt werden kann.

VIII. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass in der Rechtsprechung bei der Beurteilung von Beraterverträgen zwischen einem Aufsichtsratsmitglied und der von ihm zu überwachenden Gesellschaft strenge Maßstäbe angelegt werden. Zu weit geht es aber, die Anforderungen – insbesondere der neuesten Rechtsprechung – an Beraterverträge derart streng zu formulieren, dass eine Beratungstätigkeit von einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern bzw. diesen nahestehenden Gesellschaften faktisch unmöglich gemacht wird.

Durch die vermeintliche Unzulässigkeit der nachträglichen Konkretisierung der einzelnen Beratungstätigkeiten und dem vermeintlichen Verbot der Vergütungszahlung durch den Vorstand vor einer Genehmigung des Beratervertrages durch den Aufsichtsrat legt die Rechtsprechung Maßstäbe an, die weit über die gesetzlichen Regelungen hinaus gehen. Angezeigt wäre vielmehr eine Beschränkung von § 114 AktG, insb. in seiner persönlichen Anwendbarkeit, auf echte Umgehungssachverhalte des § 113 AktG.

¹⁰⁰ Drygala, ZIP 2011, 427.

¹⁰¹ Bicker, DStR 2011, 2155 (2156); Müller/König, CCZ 2011, 115 (117).

¹⁰² Quinke, DStR 2012, 2020 (2022).

¹⁰³ Pietzke, BB 2012, 658 (661).

¹⁰⁴ Habersack, NJW 2011, 1234.