

# Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern

## Aufsichtsräte im Spannungsfeld zwischen gesetzlichen Aufgaben und Beratungsinteressen

Dr. Olaf Müller-Michaels\*

**Der BGH hat die rechtlichen Grenzen für Beratungsverträge von Aufsichtsratsmitgliedern durch sein Urteil vom 3.7.2006<sup>1</sup> erneut eng abgesteckt. Der ehemalige Vorsitzende des Aufsichtsrats und Beklagte muss danach der klagenden AG Beratungshonorare in Millionenhöhe zurückzahlen. Diese waren über Jahre von einer GmbH, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Beklagte war, für Beratung in „betriebswirtschaftlichen und steuerrechtlichen Fragen“ vereinnahmt worden.**

### 1. Das Spannungsfeld

Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern kann man von zwei Standpunkten aus betrachten. Auf der einen Seite werden häufig Personen wegen ihrer speziellen Kenntnisse und Erfahrungen in den Aufsichtsrat gewählt. Das Know-how dieser Spezialisten soll zum Wohl der Gesellschaft genutzt werden. Das Aufsichtsratsmitglied stellt dieses Know-how üblicherweise nur gegen ein Beratungshonorar zur Verfügung. Es handelt sich häufig um den Kern seiner beruflichen Tätigkeit.

Auf der anderen Seite gehört die Beratung der Gesellschaft zum gesetzlichen Aufgabenbereich des Aufsichtsrats. Dabei soll der Aufsichtsrat unabhängig vom Vorstand der Gesellschaft sein, den er schließlich zu überwachen hat. Hieraus kann sich ein Spannungsfeld entwickeln:

- ▶ Einerseits das Interesse des Aufsichtsratsmitglieds an Beratungsaufträgen und
- ▶ andererseits die aus Sicht einer guten Corporate Governance gewünschte und vom AktG vorgegebene Unabhängigkeit<sup>2</sup>.

In der Praxis tritt dieser potenzielle Interessenkonflikt häufig bei Freiberuflern (Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Rechtsanwälte) und bei Unternehmensberatern auf.

### 2. Die gesetzliche Regelung: § 114 AktG

#### 2.1 Allgemeines und Systematik

Der Gesetzgeber hat versucht, dieses Spannungsfeld mit Hilfe von § 114 AktG zu lösen. § 114 Abs. 1 AktG lautet: „*Verpflichtet sich ein Aufsichtsratsmitglied außerhalb seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat ... gegenüber der Gesellschaft zu einer Tätigkeit höherer Art, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags von der Zustimmung des Aufsichtsrats ab*“. Die anderen Aufsichtsratsmitglieder erfahren also von dem beabsichtigten Beratungsvertrag und müssen diesem mehrheitlich zustimmen.

Für das Verständnis der Struktur der Vorschrift wesentlich ist das Tatbestandsmerkmal „außerhalb seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat“. Damit macht der Gesetzgeber klar, dass Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern über Beratungsleistungen, die zu den gesetzlichen Aufgaben des Aufsichtsrats gehören, nicht von § 114 Abs. 1 AktG erfasst werden. Für solche Verträge gilt § 113 AktG. Nach § 113 Abs. 1 AktG muss die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder in der Satzung festgesetzt oder von der Hauptversammlung bewilligt werden. Mit anderen Worten, ein Beratungsvertrag mit einem Aufsichtsratsmitglied, der den gesetzlichen Tätigkeitsbe-

reich des Aufsichtsrats betrifft, kann auch nicht mit Zustimmung des Gesamtaufwandsrats wirksam werden. Ein solcher Vertrag ist vielmehr, sofern nicht in der Satzung vorgesehen oder von der Hauptversammlung bewilligt, wegen Verstoßes gegen § 113 Abs. 1 AktG nichtig.

§ 114 AktG ist demnach im Zusammenhang mit § 113 AktG zu sehen. Mit der Zuweisung der Entscheidung über die Vergütung des Aufsichtsrats an die Aktionäre in § 113 AktG soll in ihrem Interesse und im Interesse der Gläubiger eine „Selbstbedienung“ der Aufsichtsratsmitglieder ausgeschlossen werden; ferner soll die Vorschrift verhindern, dass der Vorstand über die Vergütung der Mitglieder seines Überwachungsorgans befindet. Darüber hinaus ist eine präventive Kontrolle von Beratungsverträgen (§ 114 AktG) im Hinblick darauf geboten, dass diese auch außerhalb der Gewährung rechtswidriger Sonder Vorteile (§ 113 AktG) zu engen Beziehungen und Verflechtungen zwischen dem Vorstand und einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern führen können<sup>3</sup>. Begrifflich muss man also wie folgt unterscheiden:

- ▶ Unzulässige und nichtige Vereinbarung über die *Vergütung* (für die Organ-tätigkeit) und
- ▶ *Honorar* aufgrund einer der Zustimmung des Gesamtaufwandsrats unterliegenden Beratungsvereinbarung (über Gegenstände, die nicht zu den Organpflichten gehören).

### 2.2 Dreh- und Angelpunkt: Gegenstand der Beratung

#### 2.2.1 Abgrenzung zur gesetzlichen Beratungspflicht

Entscheidend für das Schicksal des Beratungsvertrags ist demnach der Gegenstand der Beratung. Abzugrenzen ist die Beratung „außerhalb der Tätigkeit im

\* Rechtsanwalt Dr. Olaf Müller-Michaels ist Partner von Hölters & Elsing, Düsseldorf. Fragen und Kommentare zu diesem Beitrag können Sie auf seinem Weblog „Verschmelzungsbericht“ (<http://www.verschmelzungsbericht.de/?p=69>) abgeben.

1 BGH v. 3.7.2006 – II ZR 151/04, DB 2006 S. 1834.  
2 Ähnlich Semler, in: Münchener Komm. z. AktG, 2. Aufl. 2004, § 114 Rz. 9.  
3 BGH v. 3.7.2006 – II ZR 155/04, DB 2006 S. 1834, Tz. 9; BGH v. 4.7.1994 – II ZR 197/93, BGHZ 126 S. 340, 347 f.

► Werden zulässige mit unzulässigen Beratungsgegenständen vermischt, „infizieren“ die unzulässigen die zulässigen Teile und die Gesamtvereinbarung ist nichtig. ◀

Aufsichtsrat“ von dessen gesetzlichen Aufgaben. Die gesetzliche Beratungspflicht folgt aus § 111 Abs. 1 AktG. Danach überwacht der Aufsichtsrat den Vorstand. Nach allgemeiner Ansicht erfolgt eine zukunftsbezogene Überwachung des Vorstands durch Beratung in übergeordneten Fragen der Unternehmensführung<sup>4</sup>. Demgegenüber gehören „Fragen eines besonderen Fachgebiets“<sup>5</sup> nicht zu den gesetzlichen Beratungspflichten des Aufsichtsrats. Solche besonderen Fachgebiete können Ingenieur- und Naturwissenschaften, aber auch Rechtswissenschaft (einschließlich Steuerrecht) sowie Betriebswirtschaft sein. Dabei reicht es jedoch nicht aus, dass allgemein auf diesen Gebieten beraten wird<sup>6</sup>. Erforderlich ist die Behandlung spezifischer Einzelfragen. Nicht entscheidend ist der Umfang der Tätigkeit. Es ist also kein Argument, dass ein Aufsichtsratsmitglied besonders zeitaufwändige Beratungsleistungen erbracht hat<sup>7</sup>.

### 2.2.2 Beschreibung des Beratungsgegenstands im Beratungsvertrag

Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, müssen die speziellen Beratungsgegenstände in einem schriftlichen<sup>8</sup> Beratungsvertrag so konkret bezeichnet werden, dass sich der Aufsichtsrat ein eigenständiges Urteil über Art und Umfang der Leistung bilden kann. Bei Rahmenverträgen ist das nicht der Fall. Dabei spielt es auch keine Rolle, dass ein allgemein gefasster Vertragsinhalt gerade bei Rechtsanwälten und Steuerberatern üblich ist. Dieses Argument wischt der BGH in seinem neuen Urteil vom 3.7.2006 ausdrücklich vom Tisch<sup>9</sup>. Es muss also das Beratungsprojekt konkret beschrieben werden. Erforderlich ist ein „spezifisches Leistungsprogramm“<sup>10</sup>. Beispiele wären etwa die gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Beratung bei einem konkreten Umwandlungsvorgang oder die Erstellung der Vertragsdokumentation bei einem Unternehmenskauf. Strategieberater werden es dagegen schwerer haben, ihre Tätigkeit als außerhalb der gesetzlichen Pflichten des Aufsichtsrats zu beschreiben.

Die Beratung in „betriebs- und steuerrechtlichen Fragen“ ist jedenfalls nicht hinreichend konkret. Das stellt der BGH

in seiner aktuellen Entscheidung klar<sup>11</sup>. Seine Kritik bezieht sich in erster Linie auf die betriebswirtschaftliche Beratung. Diese gehöre zu den gesetzlichen Aufgaben des Aufsichtsrats. Für eine isolierte steuerrechtliche Beratung fehle dagegen ein Zustimmungsbeschluss. Werden also zulässige mit unzulässigen Beratungsgegenständen vermischt, „infizieren“ die unzulässigen die zulässigen Teile und die Gesamtvereinbarung ist nichtig.

### 2.2.3 Honorar

Ähnlich konkret wie der Beratungsgegenstand muss das Honorar geregelt sein. Der Gesamtaufsichtsrat muss bei seiner Entscheidung über die Zustimmung in der Lage sein, die Höhe und Angemessenheit des Honorars zu bewerten<sup>12</sup>. Außerdem muss der Aufsichtsrat erkennen können, welche möglichen Gesamtbelastungen auf die AG zukommen können. Diesen Anforderungen genügt etwa die Vereinbarung von konkreten Tages- oder Stundenätzen kombiniert mit einem Gesamtbudget. Pauschale Hinweise auf „übliche Stundensätze“ reichen dagegen nicht<sup>13</sup>.

## 3. Einzelfragen

### 3.1 Mitglied des Aufsichtsrats

Eine Frage, die auch Gegenstand des neuen BGH-Urteils vom 3.7.2006 war, ist, ob die Restriktionen für Beratungsverträge nur für die Aufsichtsratsmitglieder persönlich oder auch für Gesellschaften gilt, an denen Aufsichtsratsmitglieder beteiligt sind.

#### 3.1.1 Gesellschaften, bei denen das Aufsichtsratsmitglied alleiniger Gesellschafter ist („Wirtschaftliche Einheit“)

In dem vom BGH jüngst entschiedenen Fall war die Antwort einfach. Der Beratungsvertrag war mit einer Gesellschaft geschlossen, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer das Aufsichtsratsmitglied war. Beide bildeten nach Ansicht des BGH eine „wirtschaftliche Einheit“. Damit habe das beklagte Aufsichtsratsmitglied die Vergütung jedenfalls mittelbar erhalten. Ausdrücklich weist der BGH darauf hin, dass in Rechtsprechung und Literatur teilweise erheblich geringere Anforderungen gestellt werden<sup>14</sup>.

### 3.1.2 Gesellschaften, bei denen das Aufsichtsratsmitglied gesetzlicher Vertreter ist

So orientiert sich eine weit verbreitete Meinung an § 115 Abs. 3 AktG. Die Vorschrift weitet das Zustimmungserfordernis für Kreditverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern auf Gesellschaften aus, deren gesetzlicher Vertreter das Aufsichtsratsmitglied ist. Dies soll entsprechend für Beratungsverträge gelten<sup>15</sup>. Tatsächlich ist die Interessenlage bei beiden Vorschriften ähnlich. Leistungen an einzelne Aufsichtsratsmitglieder sollen über ein Zustimmungserfordernis den anderen Mitgliedern transparent gemacht werden. Die Ausweitung auf gesetzliche Vertreter führt gerade bei den von Freiberuflern häufig gewählten Gesellschaftsformen (Partnerschaftsgesellschaft, Gesellschaft bürgerlichen Rechts) zu einer Zustimmungspflicht, wenn ein Partner einer solchen Gesellschaft Beratungsleistungen erbringt und gleichzeitig Aufsichtsratsmitglied ist<sup>16</sup>. Denn oft sind sämtliche Partner vertretungsbefugt.

- 4 BGH v. 25.3.1991 – II ZR 188/98, BGHZ 114 S. 127, 129 f.; BGH v. 4.7.1994 – II ZR 197/93, BGHZ 126 S. 340, 344; Semler, in: Münchener Komm. z. AktG, 2. Aufl. 2004, § 114 Rz. 22.
- 5 BGH v. 25.3.1991 – II ZR 188/98, BGHZ 114 S. 127, 132; BGH v. 4.7.1994 – II ZR 197/93, BGHZ 126 S. 340, 344; Hopt/Roth, in: Großkomm. z. AktG, 4. Aufl. 2005, § 114 Rz. 17.
- 6 LG Stuttgart v. 27.5.1998 – 27 O 7/98, ZIP 1998 S. 1275, 1278 („Rechtsberatung“).
- 7 BGH v. 25.3.1991 – II ZR 188/98, BGHZ 114 S. 127, 131; Semler, in: Münchener Komm. z. AktG, 2. Aufl. 2004, § 114 Rz. 25.
- 8 Offen gelassen: OLG Frankfurt v. 21.9.2005 – 11 W 29/05, AG 2005 S. 925, 927.
- 9 BGH v. 3.7.2006 – II ZR 151/04, DB 2006 S. 1834, Tz. 17.
- 10 Mertens, in: Kölner Komm. z. AktG, 2. Aufl. 1996, § 114 Rz. 6.
- 11 BGH v. 3.7.2006 – II ZR 151/04, DB 2006 S. 1834, Tz. 17 f.
- 12 BGH v. 4.7.1994 – II ZR 197/93, BGHZ 126 S. 340, 344 f.
- 13 LG Stuttgart, ZIP 1998 S. 1279.
- 14 BGH v. 3.7.2006 – II ZR 151/04, DB 2006 S. 1834, Tz. 9 ff.
- 15 LG Köln v. 8.5.2002 – 91 O 204/00, ZIP 2002 S. 1296, 1297 f.; Semler, in: Münchener Komm. z. AktG, 2. Aufl. 2004, § 114 Rz. 43; a.A. Hopt/Roth, in: Großkomm. z. AktG, 4. Aufl. 2005, § 114 Rz. 42, die auf ein Abhängigkeitsverhältnis abstellen.
- 16 LG Stuttgart, ZIP 1998 S. 1280; Vetter, AG 2006 S. 173, 176, m.w.N.

## ► Schließen der Vorstand und ein Aufsichtsratsmitglied einen Beratungsvertrag ab, der außerhalb der Tätigkeit des Aufsichtsrats liegt, sind beide verpflichtet, die Zustimmung des Aufsichtsrats herbeizuführen. ◀

### 3.1.3 Gesellschaften, an denen das Aufsichtsratsmitglied „nicht nur marginal“ beteiligt ist

Noch weiter geht das OLG Frankfurt. Danach reicht es für eine Anwendung der §§ 113, 114 AktG auf eine beratende Gesellschaft schon aus, wenn das Aufsichtsratsmitglied an dieser „nicht nur marginal“ beteiligt ist<sup>17</sup>. Die gesetzliche Vertretung sei nicht entscheidend. Wesentlich sei vielmehr, so das OLG Frankfurt, dass die Erwartung des Zuflusses nicht unerheblicher Gewinnanteile das Aufsichtsratsmitglied auch im Fall einer Minderheitsbeteiligung mehr als gewollt an den Vorstand binden könne. Eine strenge Handhabung der §§ 113, 114 AktG sei sachlich gerechtfertigt, weil Beratungsverträge erhebliche Interessenkonflikte heraufbeschwören. Wie hoch eine „nicht nur marginale“ Beteiligung ist, sagt das OLG Frankfurt nicht. Im konkreten Fall war das Aufsichtsratsmitglied mit 50 % an der beratenden GmbH beteiligt. Ob sich diese sehr weitgehende Auffassung durchsetzt, bleibt abzuwarten<sup>18</sup>. In jedem Fall ist auch bei geringerer Beteiligung als 100 % Vorsicht geboten.

### 3.2 Keine Ausnahme für Altverträge

Eine typische Situation ist auch die, in der zuerst das Beratungsverhältnis begründet wurde und der Berater (vielleicht gerade aufgrund der guten Beratung) in den Aufsichtsrat der von ihm beratenen Gesellschaft gewählt wird. Hier war man früher der Meinung, dass solche Beratungsverträge von §§ 113, 114 AktG nicht berührt würden. Dem hat der BGH schon in seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1991 widersprochen. Es sei mit § 113 AktG nicht vereinbar, dass ein Aufsichtsratsmitglied nur deshalb mehr als das in der Satzung oder in dem Hauptversammlungsbeschluss vorgesehene Entgelt erhalte, weil er vor seiner Bestellung mit der durch den Vorstand vertretenen Gesellschaft einen Beratungsvertrag geschlossen habe, der nun zu seinen Organpflichten gehöre. Der Beratungsvertrag sei daher – solange das Aufsichtsratsmandat bestehe – ohne Wirkung<sup>19</sup>. Die Hoffnung, dass das nur für (nicht genehmigungsfähige) Verträge über Beratungsgegenstände, die zu den gesetzlichen Aufgaben des Aufsichtsratsmitglieds gehören,

also nur für § 113 AktG gilt, währte nicht lange. 1994 stellte der BGH in seiner nächsten Leitentscheidung zum Thema Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern klar, dass auch Verträge „außerhalb der Tätigkeit im Aufsichtsrat“ (§ 114 AktG) mit Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied unwirksam werden<sup>20</sup>. Die Wirksamkeit kann nur durch die Zustimmung des Gesamtaufichtsrats nach § 114 Abs. 1 AktG herbeigeführt werden. Altverträge genießen demnach keine Sonderbehandlung.

### 3.3 Zustimmung

#### 3.3.1 Beschluss des Aufsichtsrats oder eines Ausschusses

Schließen der Vorstand und ein Aufsichtsratsmitglied einen Beratungsvertrag ab, der außerhalb der Tätigkeit des Aufsichtsrats liegt, sind beide verpflichtet, die Zustimmung des Aufsichtsrats herbeizuführen. Regelmäßig wird das betroffene Aufsichtsratsmitglied die Zustimmung zum Beratungsvertrag auf die Tagesordnung der nächstmöglichen Aufsichtsratsitzung setzen.

Die Zustimmung kann nach § 185 BGB sowohl als Einwilligung (vor Vertragsabschluss) als auch als Genehmigung (nach Vertragsabschluss) erfolgen. Bei der Genehmigung ist allerdings zu beachten, dass der Beratungsvertrag nach den oben ausgeführten Regeln für Altverträge bis zur Genehmigung unwirksam ist. Am besten sollte die Genehmigung in diesen Fällen in der gleichen Aufsichtsratsitzung beschlossen werden, in der das betroffene Mitglied bestellt wird.

Der Aufsichtsrat entscheidet durch Beschluss (§ 108 Abs. 1 AktG). Um dem Aufsichtsrat eine informierte Entscheidung zu ermöglichen, muss der wesentliche Inhalt des Beratungsvertrags bei der Beschlussfassung bekannt sein; das gilt insbesondere für die Vergütung<sup>21</sup>. Der sicherste Weg ist, den kompletten Beratungsvertrag dem Beschluss zu Grunde zu legen. Der Vertrag muss dann mit der Einladung zur Sitzung verschickt werden oder zumindest in der Sitzung zur Einsicht ausliegen. In jedem Fall müssen die vertraglichen Eckpunkte in der Einladung zur Sitzung offen gelegt werden.

Der Gesamtaufichtsrat kann die Zustimmung zu Beratungsverträgen auch an einen Ausschuss delegieren<sup>22</sup>, etwa den bei vielen größeren Gesellschaften für Personalfragen eingerichteten Präsidialausschuss. In § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG, der die Entscheidungen aufführt, bei denen zwingend der Gesamtaufichtsrat entscheiden muss, ist § 114 AktG nämlich nicht erwähnt.

#### 3.3.2 Stimmverbot des betroffenen Aufsichtsratsmitglieds

Das betroffene Aufsichtsratsmitglied ist bei der Entscheidung über „seinen“ Beratungsvertrag grundsätzlich nicht stimmberechtigt<sup>23</sup>. Das führt bei mit nur drei Mitgliedern besetzten Aufsichtsräten zur Streitfrage, ob hier überhaupt eine wirksame Beschlussfassung über die Zustimmung möglich ist. § 108 Abs. 2 Satz 3 AktG schreibt vor, dass mindestens drei Mitglieder an der Beschlussfassung teilnehmen müssen. Daraus hat etwa das OLG Frankfurt gefolgert, dass ein Zustimmungsbeschluss, der mit zwei Ja-Stimmen bei Enthaltung des betroffenen Aufsichtsratsmitglieds gefasst wurde, unwirksam ist<sup>24</sup>. Dem ist nicht zuzustimmen. Um eine Beschlussunfähigkeit des Aufsichtsrats zu verhindern, ist das Aufsichtsratsmitglied trotz der Stimmenthaltung zu Zwecken der Feststellung der Beschlussfähigkeit mitzuzählen<sup>25</sup>. Darüber hinaus ist Folgendes zu bedenken: § 114 AktG soll verhindern, dass der Vorstand ohne Kenntnis

17 OLG Frankfurt v. 21.9.2005 – 11 W 29/05, AG 2005 S. 925, 926.

18 Zustimmung Vetter, AG 2006 S. 177.

19 BGH v. 25.3.1991 – II ZR 188/89, BGHZ 114 S. 127, 133 f.

20 BGH v. 4.7.1994 – II ZR 197/93, BGHZ 126 S. 340, 348.

21 OLG Köln v. 27.5.1994 – 19 U 289/93, AG 1995 S. 90, 91 f.; LG Stuttgart, ZIP 1998 S. 1279.

22 Ganz herrschende Meinung, siehe etwa Hüffer, AktG, 7. Aufl. 2006, § 114 Rz. 6.

23 Hopt/Roth, in: Großkomm. z. AktG, 4. Aufl. 2005, § 114 Rz. 47; Mertens, in: Kölner Komm. z. AktG, 2. Aufl. 1996, § 114 Rz. 12, m.w.N.

24 OLG Frankfurt v. 21.9.2005 – 1 U 14/05, AG 2005 S. 925, 927, unter Berufung auf BayOblG v. 28.3.2003 – 32 BR 199/02, AG 2003 S. 427.

25 OLG Karlsruhe v. 20.6.1980 – 15 U 171/79, AG 1981 S. 102, 103; Semler, in: Münchener Komm. z. AktG, 2. Aufl. 2004, § 108 Rz. 34; Mertens, in: Kölner Komm. z. AktG, 2. Aufl. 1996, § 108 Rz. 57; Vetter, AG 2006 S. 179.

► **Überschneidet sich der Beratungsgegenstand mit den gesetzlichen Pflichten des Aufsichtsrats, ist der Beratungsvertrag nichtig.** ◀

und Billigung der anderen Aufsichtsratsmitglieder Verträge mit einzelnen Aufsichtsräten abschließt und diesen ein Honorar gezahlt wird.

Dieser Schutzzweck ist auch gewahrt, wenn bei einem Dreieraufsichtsrat die beiden anderen Mitglieder dem Vertragsschluss zustimmen. In der Praxis sollte es daher ausreichen, wenn sich das betroffene Mitglied bei der Beschlussfassung enthält und die beiden anderen Mitglieder mit „Ja“ stimmen.

### 3.4 Rückforderung

#### 3.4.1 Aktienrechtlicher Rückforderungsanspruch bei § 114 und § 113 AktG

Besteht ein Beratungsvertrag „außerhalb der Tätigkeit des Aufsichtsrats“ und wird die Zustimmung verweigert oder erfolgt gar nicht oder fehlerhaft, muss das betroffene Aufsichtsratsmitglied die erhaltene Vergütung nach § 114 Abs. 2 Satz 1 AktG zurückgewähren. Für seine eigenen Leistungen kann das Aufsichtsratsmitglied nur einen Bereicherungsanspruch geltend machen (§ 114 Abs. 2 Satz 2 AktG i. V. mit §§ 812 ff. BGB); aufrechnen kann das Aufsichtsratsmitglied allerdings mit diesem Anspruch nicht (§ 114 Abs. 2 Satz 2 a. E. AktG) und ist daher prozessual im Nachteil. Materiell wird sich die Gesellschaft gegenüber dem Bereicherungsanspruch regelmäßig auf einen Wegfall der Bereicherung hinsichtlich der Beratungsleistungen berufen (§ 818 Abs. 3 BGB). Das Aufsichtsratsmitglied muss also damit rechnen, leer auszugehen; bestenfalls erhält er nur Wertersatz.

Gilt dies auch für die Fälle, in denen der Vertrag, weil die Beratungsleistungen zu den gesetzlichen Aufgaben des Aufsichtsrats gehören, nach §§ 113 AktG, 134 BGB nichtig ist? Der BGH hat diese Frage in seinem jüngsten Urteil zum Thema bejaht.

Der aktienrechtliche Rückforderungsanspruch müsse erst Recht geltend gemacht werden können, wenn der Vertrag schon gar nicht genehmigungsfähig sei<sup>26</sup>. Andernfalls müsste sich auch die Gesellschaft auf einen Bereicherungsanspruch stützen und sähe sich möglicherweise selbst dem Einwand des Wegfalls der Bereicherung durch das betroffene Aufsichtsratsmitglied ausgesetzt. Dem hat der BGH mit der Anwendung des § 114 Abs. 2 Satz 1 AktG auch im Fall der Nichtigkeit des Beratungsvertrags einen Riegel vorgeschoben.

#### 3.4.2 Rückzahlung durch Aufsichtsratsmitglied persönlich

Schließlich stellt der BGH in seinem Urteil vom 3.7.2006 klar, dass sich der Rückforderungsanspruch, auch wenn die Beratungsleistungen von einer Gesellschaft erbracht werden, die dem Aufsichtsratsmitglied zuzurechnen ist, gegen dieses persönlich richtet<sup>27</sup>. Das macht Sinn, wenn die Gesellschaft und das Aufsichtsratsmitglied eine „wirtschaftliche Einheit“ sind.

Folgt man allerdings der Auffassung des OLG Frankfurt, nach der für eine Zurechnung ausreichend ist, dass das Aufsichtsratsmitglied „mehr als nur marginal“ beteiligt ist<sup>28</sup>, muss das Aufsichtsratsmitglied erheblich mehr zurückzahlen als es (mittelbar über seinen Gewinnanteil) erhalten hat. Dieses Ergebnis erscheint kaum zu rechtfertigen.

#### 3.4.3 Mithaftung der Beratungsgesellschaft

Ob auch die Gesellschaft haftet, lässt der BGH ausdrücklich offen<sup>29</sup>. Eine solide Mithaftung ist aber wahrscheinlich<sup>30</sup>.

Insgesamt ist der Rückforderungsanspruch ein scharfes Schwert, dem das Aufsichtsratsmitglied wenig entgegen zu setzen hat.

## 4. Zusammenfassung

Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern werden zunehmend kritisch gesehen. Überschneidet sich der Beratungsgegenstand mit den gesetzlichen Pflichten des Aufsichtsrats, ist der Beratungsvertrag nichtig.

Das Aufsichtsratsmitglied muss sämtliches Honorar zurückzahlen. Das gilt auch, wenn er das Honorar nicht selbst, sondern über eine Gesellschaft erhalten hat, mit der er eine wirtschaftliche Einheit bildet; teilweise wird sogar eine „mehr als nur marginale“ Beteiligung an der Beratungsgesellschaft für ausreichend gehalten.

Eine Beratung über Gegenstände außerhalb der Tätigkeit des Aufsichtsrats ist zulässig, wenn der Aufsichtsrat zustimmt. Gegenstand und Honorar müssen im Beratungsvertrag dann aber konkret im Sinne eines spezifischen Leistungsprogramms beschrieben werden.

## ZCG-Nachrichten

### Elektronisches Unternehmensregister

Der Deutsche Bundestag hat das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) am 28.9.2006 beschlossen. Zu den Änderungen im Einzelnen (BMJ-Pressemitteilung vom 28.9.2006, vgl. DB 40/2006 S. XIII):

► **Elektronisches Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister:** Spätestens zum 1.1.2007 werden Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister auf den elektronischen

Betrieb umgestellt. Zuständig für die Führung der Register bleiben die Amtsgerichte. Um die Verwaltung der Register zu beschleunigen, können Unterlagen in Zukunft nur noch elektronisch eingereicht werden. Die Bundesländer können allerdings Übergangsfristen vorsehen, nach denen die Unterlagen bis spätestens Ende 2009 auch noch in Papierform eingereicht werden können. Beispiel aus der Praxis: Der Unternehmer U möchte eine GmbH gründen. Um die erforderliche Handelsregisteranmeldung zu veranlassen, geht er zum Notar N. Lie-

26 BGH v. 3.7.2006 – II ZR 151/04, DB 2006 S. 1834, Tz. 20.

27 BGH v. 3.7.2006 – II ZR 151/04, DB 2006 S. 1834, Tz. 12.

28 Siehe oben Abschn. 3.1.3.

29 BGH v. 3.7.2006 – II ZR 151/04, DB 2006 S. 1834, Tz. 12.

30 Siehe zur Parallelvorschrift der § 62 AktG Bayer, in: Münchener Komm. z. AktG, 2. Aufl. 2004, § 62 Rz. 23, m.w.N.