

## GASTBEITRAG

# Regeln für Berater im Aufsichtsrat erneut verschärft

VON OLAF MÜLLER-MICHAELS \*)

Börsen-Zeitung, 13.2.2007  
Mit Urteil vom 20. November 2006 hat der BGH erneut über das Thema Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern entschieden. Die §§ 113, 114 Aktiengesetz setzen solchen Verträgen enge Grenzen, um die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats zu gewährleisten.

Schon früher hatte der BGH geurteilt, dass Beratungsverträge, deren Gegenstand sich nicht eindeutig von den gesetzlichen Aufgaben des Aufsichtsrats abgrenzen lässt, nach § 113 AktG nichtig sind. Für Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern außerhalb der gesetzlichen Aufgaben des Aufsichtsrats ist nach § 114 AktG die Zustimmung des Gesamtaufichtsrats erforderlich.

Im Kern ging es in dem jüngsten Urteil um die Frage, in welchem Umfang die genannten Beschränkungen nicht nur für das Aufsichtsratsmitglied persönlich, sondern auch für Gesellschaften gilt, an denen das Aufsichtsratsmitglied beteiligt ist.

In seinem Urteil vom 3. Juli 2006 (II ZR 151/04) hatte der BGH die §§ 113, 114 AktG auf einen Fall angewandt, in dem das Aufsichtsratsmitglied einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der beratenden GmbH war. Im vom BGH jetzt entschiedenen Fall war das Aufsichtsratsmitglied nur zu 50% an der beratenden Gesellschaft beteiligt. Die Vorinstanz, das OLG Frankfurt, hatte dies als ausreichend angesehen. Wenn das Aufsichtsratsmitglied „nicht nur marginal“ an der Gesellschaft beteiligt sei, könne die Erwartung des Zuflusses nicht unerheblicher Gewinnanteile das Aufsichtsratsmitglied mehr als gewollt an den Vorstand binden.

### Seltene Ausnahmefälle

Die rechtswissenschaftliche Literatur stellt dagegen teilweise analog § 115 Abs. 3 AktG darauf ab, ob das Aufsichtsratsmitglied gesetzlicher Vertreter der Beratungsgesellschaft ist oder ob das Aufsichtsratsmitglied selbst auch die Beratungsleistungen erbringt. Im Ergebnis folgt der BGH der Auffassung des OLG Frankfurt. Auf die Frage, ob das Aufsichtsratsmitglied die Beratungsleistungen

selbst erbringt oder in welcher Höhe er an ihr beteiligt ist, komme es nicht an.

Entscheidend sei, ob dem Aufsichtsratsmitglied mittelbar über seine Beteiligung an der Gesellschaft Leistungen zufließen, die seine Unabhängigkeit gegenüber dem Vorstand gefährden könnten. Eine solche Gefahr könne allenfalls dann verneint werden, wenn es sich „um – abstrakt betrachtet – ganz geringfügige“ Leistungen handelt oder wenn sie im Verhältnis zur regulären Vergütung des Aufsichtsrats einen „vernachlässigenswerten Umfang“ haben. Dies dürften in der Praxis seltene Ausnahmefälle bleiben.

Aber der BGH macht hier nicht Schluss. Er zieht auch die Daumenschrauben bei der Konkretisierung des Beratungsgegenstands weiter an. Die allgemeine Regel lautet: Ein Beratungsvertrag ist nach § 114 AktG durch den Aufsichtsrat genehmigungsfähig, wenn sich der Beratungsgegenstand eindeutig von den gesetzlichen Aufgaben des Aufsichtsrats abgrenzen lässt.

Dies sah der BGH bei einer Reihe der im vorliegenden Fall vereinbarten Vertragsgegenstände nicht als erfüllt an. Den bereits von den gesetzlichen Pflichten des Aufsichtsrats erfassten Aufgabenbereich betreffen seiner Meinung nach die „Beratung der Gesellschaft bei dem Abschluss von Unternehmens- und Beteiligungskaufverträgen und bei der Eingehung strategischer Allianzen (Joint Ventures)“, die „Beratung zu Finanzierungsmodellen zur Ausstattung mit liquiden Mitteln (Kapitalerhöhungen, Inhaber- und Wandelschuldverschreibungen, Kreditverträge)“ sowie die „Beratung bei sonstigen Kapitalmaßnahmen, z. B. Aktiensplits“.

Auch die Vorlage der entsprechenden „Time-Sheets“ (Stundenaufstellungen) reiche regelmäßig nicht aus. Das ist nicht zwingend. Bei all diesen Maßnahmen sind überwiegend Leistungen zu erbringen, die kaum zum Pflichtenkreis eines Aufsichtsratsmitglieds gehören. So etwa der Entwurf von Anteilskauf- oder Joint-Venture-Verträgen, die Unterstützung des Vorstands bei der Verhandlung dieser Verträge, die Vorbereitung von

Hauptversammlungen, die über Kapitalmaßnahmen beschließt, sowie die Begutachtung weiterer im Zusammenhang mit den beschriebenen Transaktionen anfallender Rechtsfragen.

### Arbeitsmodule

Dass dies so ist, reicht dem BGH aber nicht, er fordert, dass die einzelnen Arbeitsmodule auch tatsächlich im Beratungsvertrag beschrieben werden. Das macht es besonders bei Beratungsgegenständen schwierig, die sich wie häufig erst während einer Transaktion ergeben. In diesem Fall muss jeweils wieder ein neuer Beratungsvertrag abgeschlossen und dem Gesamtaufichtsrat zur Genehmigung vorgelegt werden.

Das Urteil des BGH weist allerdings auch auf einen anderen Ausweg hin. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit von Beratungsverträgen, die (auch) den gesetzlichen Aufgabenkreis des Aufsichtsrats betreffen, stellt der BGH entsprechend § 113 Abs. 1 Satz 2 AktG unter den Vorbehalt, dass die Hauptversammlung dem Vertrag nicht zugestimmt hat.

Umgekehrt könnte man also vorsorglich Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern nicht nur vom Aufsichtsrat, sondern auch von der Hauptversammlung genehmigen lassen. Selbst wenn der Beratungsgegenstand den Bestimmtheitsanforderungen des BGH nicht genügt, entgeht man so möglicherweise dem Verdikt der Nichtigkeit. In der Praxis bietet sich diese Vorgehensweise bei Aktiengesellschaften mit einem überschaubaren Aktionärskreis an.

### Restriktive Linie

Fazit: Mit seinem Urteil vom 20. November 2006 setzt der BGH seine restriktive Linie gegenüber Beratern im Aufsichtsrat fort. Nunmehr ist klar, dass sich Partner von Rechtsanwaltssozialitäten und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, die ein Aufsichtsratsmandat bei einem der Mandanten ihrer Gesellschaft übernehmen wollen, den strengen Vorgaben der §§ 113, 114 AktG unterwerfen müssen. Dies stellt hohe Anforderungen an die Beschreibung des

Beratungsgegenstands.

Misslingt eine klare Abgrenzung der Beratungstätigkeit von den gesetzlichen Aufgaben des Aufsichtsrats, läuft die Beratungsgesellschaft Gefahr, ihr gesamtes Honorar an die beratene Aktiengesellschaft zurückzahlen zu müssen. Ein möglicher

Ausweg besteht darin, dass der Beratungsvertrag nicht nur vom Aufsichtsrat, sondern vorsorglich auch von der Hauptversammlung genehmigt wird.

.....  
\*) Dr. Olaf Müller-Michaels ist Rechtsanwalt und Partner bei Höl-

ters & Elsing in Düsseldorf.

„Der BGH zieht auch die Daumenschrauben bei der Konkretisierung des Beratungsgegenstands weiter an.“