

11 U 48/06

321 O 84/04 LG Hamburg

17.01.2007

HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT

URTEIL

IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

1. Prof. Dr. T...
2. K...

in Gesellschaft bürgerlichen Rechts

gegen

t... Finanzdienstleistungen AG

hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, 11. Zivilsenat, durch die
Richterin am Oberlandesgericht

Dr. Reimers-Zocher - als Einzelrichterin

nach der am 08. November 2006 geschlossenen mündlichen Verhandlung für Recht
erkannt:

Die Berufungen der Kläger und der Beklagten gegen das Urteil des
Landgerichts Hamburg vom 15.11.2005 - 321 O 84/04 - werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Berufungsrechtszuges haben die Beklagte 54,5 % und die
Kläger als Gesamtschuldner 45,5% zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar; den Parteien bleibt nachgelassen,
die Vollstreckung der jeweils anderen Partei gegen Sicherheitsleistung in

Höhe von

110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn
nicht die vollstreckende Partei zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des
jeweils zu vollstreckenden Betrages geleistet hat.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten um Vergütung aus einem Beratungsvertrag.

Die Kläger waren langjährige Berater der Rechtsvorgängerin der Beklagten bzw.
deren Tochtergesellschaften; ein Beratungsverhältnis mit Rechtsanwalt T...
bestand seit dem 01. Juli 1992. In diesem Zusammenhang schlossen die Kläger
mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der t... Holding AG, im Frühjahr
2001 für den Zeitraum vom 01. Januar 2001 bis zum 31. Dezember 2003 einen
Beratungsvertrag mit dem aus der Anlage K 1 ersichtlichen Inhalt.

In Ziffer 1 des Beratungsvertrages heißt es:

„Die Rechtsanwälte verpflichten sich, die t... Holding AG und die
einzelnen Unternehmen innerhalb der t...-Gruppe mit Wirkung vom 01.01.2001 in
allen Rechtsangelegenheiten zu beraten und zu vertreten, und zwar je nach
Bedarf entweder mündlich, fernmündlich oder schriftlich. Die Tätigkeit
schließt auch die Vorlage von Rechtsgutachten ein.

Die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen erstreckt sich insbesondere
auf die Rechtsgebiete des Aktienrechts, Gesellschaftsrechts,
Handelsvertreterrechts, Wirtschaftsrechts, Arbeitsrechts und des allgemeinen
Zivilrechts.“

In Ziffer 4 des Beratungsvertrages ist vereinbart, dass eine Abrechnung der
Beratungsleistungen nach Zeitaufwand auf der Grundlage eines Stundenhonorars
von netto 330,00 DM erfolgen soll. Aus Ziffer 6 des Vertrages ergibt sich,
dass in jedem Falle 75 Beratungsstunden monatlich abgerechnet werden können.
Daraus resultiert eine Vergütung von monatlich mindestens 14.679,19 € brutto.

Die Beklagte bzw. deren Rechtsvorgängerin hat diese Vergütung bis einschließlich Juni 2003 an die Kläger gezahlt.

Mit Schreiben vom 29. Juli 2003 (Anlage K 2) kündigte die Beklagte eine Herabsetzung der Honorierung infolge geringeren Beratungsbedarfes an und kündigte den Beratungsvertrag auch vorsorglich. Die Kläger traten dem mit Schreiben vom 01. August 2003 entgegen (Anlage K 3).

Die Beklagte hat in Umsetzung ihres Schreibens vom 29. Juli 2003 für die Monate Juli bis November 2003 nur noch monatlich 5.871,80 € an die Kläger gezahlt.

Die Kläger haben ursprünglich mit ihrer Klage die ausstehende Vergütung für den Zeitraum August bis November 2003 in Höhe von 30.361,27 € nebst Zinsen begehrt.

Aufgrund eines zwischen den Parteien bestehenden Untermietverhältnisses, aufgrund dessen die Kläger der Beklagten einen monatlichen Mietzins in Höhe von jeweils 4.558,56 € schulden, haben die Kläger gegenüber den Mietzinsforderungen der Beklagten beginnend mit dem Zeitraum Januar 2004 im Verlaufe des erstinstanzlichen Rechtszuges die Aufrechnung erklärt und letztlich den Rechtsstreit im Hinblick auf die von ihnen erhobene Klage in der Hauptsache für erledigt erklärt.

Die Kläger waren in dem Zeitraum von 1992 bis Oktober 2002 als Aufsichtsratsmitglieder für die Tochtergesellschaften der Beklagten tätig. Rechtsanwalt T... war für die Rechtsvorgängerin der Beklagten, die t... Holding AG, in dem Zeitraum vom 24. Mai 2000 bis zum 30. Mai 2001 als Ersatzmitglied des Aufsichtsrates, in dem Zeitraum vom 31. Mai 2001 bis 26. November 2002 als Aufsichtsratsmitglied tätig. Wegen der weiteren Einzelheiten in Bezug auf die Aufsichtsratsstätigkeit der Kläger wird auf die Anlagen B 2 und B 3 Bezug genommen.

Die Beklagten halten aufgrund der gleichzeitigen Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied im Konzern der Beklagten den Beratungsvertrag gemäß Anlage K 1 für unwirksam und verlangen im Wege der Widerklage die Rückzahlung des für die Monate Juni und Juli 2001 an die Kläger gezahlten Entgeltes in Höhe von 25.308,95 €.

Die Kläger haben in erster Instanz die Ansicht vertreten und vertreten diese auch in zweiter Instanz, dass der Beratungsvertrag gemäß Anlage K 1 wirksam zustande gekommen sei. Der Beratungsvertrag könne schon deswegen nicht gegen die Bestimmungen der §§ 113, 114 AktG verstoßen, weil er geschlossen worden sei bevor der Kläger zu 1) Aufsichtsratsmitglied der Beklagten geworden sei. Da die Klage darüber hinaus – unstreitig – nur Vergütungsansprüche aus dem

Jahr 2003 betreffe, d.h. einen Zeitraum, in dem der Kläger zu 1) – unstreitig – nicht mehr Aufsichtsratsmitglied der Beklagten gewesen sei und beide Kläger – unstreitig – auch keine Aufsichtsratsposition im Konzern der Beklagten bekleidet hätten, sei die Klagforderung in jedem Fall begründet. Im Übrigen sei der Beratungsvertrag inhaltlich so gestaltet, dass die nach diesem Vertrag zu erbringende Beratungsleistung von der von einem Aufsichtsratsmitglied als Organ der Gesellschaft zu erbringenden Beratungsleistung abgegrenzt werden könne.

Der Aufsichtsrat der Beklagten habe in Kenntnis aller Einzelheiten des Beratungsvertrages diesem zugestimmt; dabei habe der Vertrag im Original vorgelegen – die Zustimmung als solche ist unstreitig –. Auch die Aufsichtsräte der Tochtergesellschaften der Beklagten hätten dem Vertrag zugestimmt.

Die Kläger haben, nachdem sie zuvor die Verurteilung der Beklagten in Höhe von € 30.361,27 nebst Zinsen verlangt hatten, am Ende erster Instanz beantragt,

festzustellen, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache (bezüglich der Klage) erledigt ist.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen und widerklagend, die Kläger zu verurteilen, an die Beklagte 25.308,95 € nebst 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank ab Rechtshängigkeit (12. Juli 2004) zu zahlen.

Die Kläger haben beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Die Beklagte hat in erster Instanz die Ansicht vertreten, der Beratungsvertrag sei wegen Verstoßes gegen die §§ 113, 114 AktG unwirksam.

Der Beratungsvertrag ermögliche schon keine Feststellung darüber, ob die von den Klägern geschuldeten Leistungen außerhalb oder innerhalb ihrer organschaftlichen Pflichten anzusiedeln seien, so dass er gemäß § 113 AktG, § 134 BGB nichtig sei. Bei Vertragsschluss sei der Kläger zu 1) Ersatzmitglied

des Aufsichtsrates ihrer Rechtsvorgängerin gewesen und beide Kläger hätten darüber hinaus Aufsichtsratspositionen in den Tochtergesellschaften bekleidet – die Ersatzmitgliedschaft im Aufsichtsrat und die Stellung als Aufsichtsrat in Tochtergesellschaften ist unstreitig –, so dass der Beratungsvertrag insgesamt unwirksam sei. Selbst wenn von einem genehmigungsfähigen Inhalt des Vertrages auszugehen wäre, läge eine wirksame Genehmigung durch den Aufsichtsrat nicht vor. Dem Aufsichtsrat hätten zur Vorbereitung der Sitzung vom 29. Juni 2001, in der – was unstreitig ist – dem Beratungsvertrag zugestimmt worden sei (Anlage B 13), lediglich die insoweit nicht aussagekräftigen Eckdaten gemäß Anlage B 12 vorgelegen, so dass von einer wirksamen Zustimmung des Aufsichtsrates nicht gesprochen werden könne. Darüber hinaus hätten, entgegen den Feststellungen in dem Protokoll gemäß Anlage B 13, die Aufsichtsräte der Tochtergesellschaften dem Vertrag nicht zugestimmt.

Das Landgericht hat mit Urteil vom 15. November 2005 Klage und Widerklage stattgegeben. Es ist davon ausgegangen, dass der Vertrag wirksam geschlossen worden sei, weil die Kläger zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht Mitglieder des Aufsichtsrates der Rechtsvorgängerin der Beklagten gewesen seien und auch im Zeitraum 2003, für den Beratungshonorar verlangt worden sei, nicht Aufsichtsratsmitglieder der Rechtsvorgängerin der Beklagten gewesen seien. Eine Anwendung der Regelungen der §§ 113, 114 AktG für Ersatzmitglieder des Aufsichtsrates hat das Landgericht abgelehnt. Auch die Tatsache, dass die Kläger zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Mitglieder des Aufsichtsrates der Tochtergesellschaften der Beklagten gewesen seien, führt nach Ansicht des Landgerichts nicht dazu, den Beratungsvertrag als unwirksam anzusehen. Für den von der Klage umfassten Zeitraum stünde den Klägern das vertraglich vereinbarte Entgelt zu. Die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung sei unwirksam gewesen, da das Recht zur ordentlichen Kündigung in dem Vertrag gemäß Anl. K 1 wirksam abbedungen worden sei.

Die Widerklage hat das Landgericht für begründet erachtet, da der Kläger zu 1), Rechtsanwalt T..., im maßgebenden Zeitraum des Jahres 2001, in den Monaten Juni und Juli, Aufsichtsratsmitglied der Rechtsvorgängerin der Beklagten gewesen sei und der Beratungsvertrag nicht erkennen lasse, ob die jeweilige Beratung seitens der Kläger noch der organschaftlichen Aufsichtsratsaktivität zuzuordnen sei oder ob es um eine darüber hinaus gehende Tätigkeit handele.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und der rechtlichen Darlegungen wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien form- und fristgerecht Berufung eingelegt und das Rechtsmittel jeweils form- und fristgerecht begründet.

Die Kläger führen in ihrer Berufungsbegründung aus, das Landgericht habe zu Unrecht der Widerklage stattgegeben. Entgegen der Beurteilung des Landgerichts lasse sich die von einem Rechtsanwalt angebotene „Vertretung in allen Rechtsangelegenheiten“ gemäß § 3 Abs. 1 BRAO ohne weiteres von etwaigen Beratungspflichten des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft trennen. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass alle Mitglieder des Aufsichtsrates die gleichen Rechte und Pflichten hätten. Eine Differenzierung der Pflichten von Aufsichtsratsmitgliedern erfolge nicht nach etwa bei ihnen vorhandenen Fachkenntnissen, sondern allein danach, ob sie im Aufsichtsrat besondere Funktionen und höhere Aufgaben als diejenigen eines normalen Aufsichtsratsmitgliedes übernommen hätten, so etwa den Aufsichtsratsvorsitz oder die Leitung eines Aufsichtsratsausschusses. Aufgrund eines an alle Aufsichtsratsmitglieder anzulegenden einheitlichen Pflichtenmaßstabes und einer einheitlichen Haftung aller Aufsichtsratsmitglieder, könne daher von einem Aufsichtsratsmitglied, nur weil dieses ausnahmsweise den Beruf des Rechtsanwaltes ausübe, nicht verlangt werden, dass es im Rahmen seiner Aufsichtsratsaktivität den Vorstand in Rechtsangelegenheiten berate. Gegenstand des Beratungsvertrages sei gerade nicht das Angebot seitens der Kläger an die Beklagte bzw. deren Rechtsvorgängerin gewesen, diese in Fragen allgemeiner Geschäftspolitik zu beraten, vielmehr habe sich der Vertrag, der sich in seiner Ausgestaltung an § 3 BRAO ausgerichtet habe, allein auf die von einem Rechtsanwalt angebotene Vertretung und Beratung in Rechtsangelegenheiten bezogen.

Selbst wenn anhand der Vertragsformulierung eine zweifelsfreie Trennung der anwaltlichen Beratungstätigkeit von der durch den Aufsichtsrat geschuldeten Beratung nicht vorgenommen werden könne, könne dies nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages führen, vielmehr sei zuvor im Wege der Auslegung der wirkliche Wille der Parteien zu ermitteln und derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben, die die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes vermeide. Der Vorstand und der Aufsichtsrat hätten aufgrund der gemäß Ziffer 4 des Vertrages geschuldeten monatlichen Abrechnung kontrollieren können, ob die Art der abgerechneten Leistungen im gesetzeskonformen Umfang verblieben gewesen sei oder eine als Aufsichtsrat geschuldete Beratungstätigkeit abgerechnet worden sei. Dies hätte das Landgericht bei seiner Entscheidung und einer Vertragsauslegung berücksichtigen müssen.

Auch der Regelungszweck des § 114 AktG stehe der Wirksamkeit des Vertrages nicht entgegen. Die Regelung bezwecke, eine unsachliche Beeinflussung von Aufsichtsratsmitgliedern durch den vertragsschließenden Vorstand zu verhindern. Im vorliegenden Fall habe unstreitig seit 1992 ein Beratungsverhältnis zwischen den Parteien bestanden, das regelmäßig verlängert worden sei. Aufgrund der langjährigen Übung und der tatsächlichen Leistungserbringung habe das Vertragsverhältnis zu keinem Zeitpunkt unter der Intention des Vorstands stehen können, den Kläger zu 1) seitens des Vorstands

zu beeinflussen. Darüber hinaus habe der Kläger zu 1) bei Ausübung seines Aufsichtsratsmandates zu keinem Zeitpunkt den Eindruck entstehen lassen „aufgrund des Beratungsvertrages als gedungener Vasalle des Vorstands einseitig dessen Interessen gegenüber den weiteren Aufsichtsratsmitgliedern oder den Aktionären zu verteidigen“.

Die Kläger beantragen,

das Urteil des Landgerichts Hamburg zum Aktenzeichen 321 0 84/04 vom 15.11.2005 abzuändern und die Widerklage abzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der Kläger zurückzuweisen und unter Abänderung des am 15.11.2005 verkündeten Urteils des Landgerichts Hamburg zum Aktenzeichen 321 0 84/04 die Klage abzuweisen.

Die Kläger beantragen,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Beklagte führt in ihrer Berufungsbegründung unter anderem aus, die §§ 113, 114 AktG seien auch auf Ersatzmitglieder des Aufsichtsrates anzuwenden. Gemäß § 103 S. 2 AktG rücke das Ersatzmitglied automatisch in den Aufsichtsrat, wenn das Aufsichtsratsmitglied zum Beispiel durch Amtsniederlegung weg falle. Nach der herrschenden Meinung sei insoweit eine neuerliche Annahme der Bestellung nicht erforderlich. Dies spreche dafür, auf das Ersatzmitglied auch die Vorschriften der §§ 113, 114 AktG anzuwenden, da das Ersatzmitglied unter Umständen einmal, ohne erneute Willensbetätigung, Aufsichtsratsmitglied werden könne.

Auch die Tatsache, dass die Kläger zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Aufsichtsratsmitglieder in den Tochtergesellschaften gewesen seien, müsse zur Nichtigkeit des Vertrages führen. Wie sich aus den als Anlagenkonvolut B 14 und B 15 überreichten Stundenaufstellungen ergebe, hätten die Kläger im Wesentlichen die Tochtergesellschaften der Beklagten beraten. Infolgedessen hätte der Vertrag auch der Zustimmung bzw. Genehmigung der Aufsichtsräte der Tochtergesellschaften bedurft. Darüber hinaus müsse berücksichtigt werden, dass der Vorstand fast aller Tochtergesellschaften der Beklagten mit einem

Vorstandsmitglied der t... Holding AG besetzt gewesen sei, wie sich dem Organigramm gemäß Anlage B 4 entnehmen lasse, mithin der Vorstand der Konzernmutter und der Vorstand der Konzerntöchter überwiegend identisch gewesen seien – das Vorbringen der Beklagten ist insoweit unstrittig -. Eine Aufsichtsratsmitgliedschaft in einer Tochtergesellschaft könne jedenfalls dann nicht als Minus gegenüber der Aufsichtsratsmitgliedschaft bei der Konzernmutter angesehen werden, wenn die Mitglieder des Vorstandes der Konzernmutter gleichzeitig Vorstand einer Tochtergesellschaft seien. Auch in einem solchen Fall bestehe die Gefahr einer Interessenkollision im Sinne der §§ 113, 114 AktG.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung der Kläger und die Berufung der Beklagten sind jeweils zulässig, beide Rechtsmittel sind aber nicht begründet.

Zu Recht hat das Landgericht einen Zahlungsanspruch der Kläger für den Zeitraum von Juli bis November 2003 in Höhe von monatlich 14.679,19 € brutto als Beratungshonorar bejaht, da der Beratungsvertrag im Jahr 2001 wirksam geschlossen worden war und die Kläger im Jahr 2003 weder Aufsichtsratsmitglied der Rechtsvorgängerin der Beklagten noch der Tochtergesellschaften gewesen sind. Damit ist zu Recht der Klage stattgegeben worden und ist die gegen die Entscheidung gerichtete Berufung der Beklagten unbegründet.

Auch die Widerklage ist zu Recht für begründet angesehen worden, denn der Beratungsvertrag ist mit Bezug auf den Zeitraum Juni und Juli 2001 als suspendiert anzusehen, und der Beklagten steht im Hinblick auf das für diesen Zeitraum geleistete Beratungshonorar ein Rückzahlungsanspruch nach § 114 Abs. 2 S. 1 AktG zu. Die Berufung der Kläger gegen die landgerichtliche Entscheidung ist mithin ebenfalls unbegründet.

- Das Gericht hat, der Klagschrift folgend, die Tatsache, dass die Kläger in Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammenarbeiten, im Rubrum berücksichtigt. -

Im Einzelnen:

Der Beratungsvertrag gemäß Anlage K 1 ist zu Beginn des Jahres 2001 wirksam geschlossen worden. Zu diesem Zeitpunkt waren weder der Kläger zu 1) noch der Kläger zu 2) Mitglieder des Aufsichtsrates der Rechtsvorgängerin der

Beklagten, der t... Holding AG, so dass es auf die Frage, ob der Vertrag gegen § 113 AktG verstößt und daher einer Zustimmung durch den Aufsichtsrat gem. § 114 Abs. 1 AktG gar nicht zugänglich ist, für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht ankommt. Weder die Tatsache, dass der Kläger zu 1) zu dieser Zeit zum Ersatzmitglied des Aufsichtsrates berufen war, noch die Tatsache, dass beide Kläger Aufsichtsratspositionen in den Tochtergesellschaften der t... Holding AG ausübten, führen zur Unwirksamkeit des Vertrages bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Mit Übernahme der Position des ordentlichen Aufsichtsratsmitgliedes in der Rechtsvorgängerin der Beklagten für die Zeit vom 31.05.2001 bis zum 26.11.2002 verlor der Vertrag allerdings seine Wirkung und war außer Vollzug zu setzen, da sein Inhalt mangels Abgrenzung gegenüber der Organtätigkeit des Aufsichtsrats gegen § 113 AktG verstößt und diese Wirkungslosigkeit den mit beiden Klägern geschlossenen Beratungsvertrag erfasst.

Der Beratungsvertrag ist nach § 113 AktG während der Dauer der Tätigkeit des Klägers zu 1) als Aufsichtsratsmitglied in der t... Holding AG unwirksam; das für die Monate Juni und Juli 2001 gezahlte Beratungshonorar ist gemäß § 114 Abs. 2 S. 1 AktG der Beklagten zurückzugewähren.

Nach § 113 AktG ist die Entscheidung über die Vergütung der Tätigkeit der Aufsichtsratsmitglieder, soweit nicht bereits eine Regelung in der Satzung enthalten ist, der Hauptversammlung vorbehalten, um letztlich eine Selbstbedienung der Aufsichtsratsmitglieder zu verhindern und auszuschließen, dass der Vorstand über die Bezüge der Mitglieder seines Überwachungsorgans befinden kann. Werden zwischen Vorstand und einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern Verträge über Dienstleistungen höherer Art, insbesondere Beraterverträge, abgeschlossen, so zwingt § 114 AktG zu einer Offenlegung dieser Verträge und ermöglicht dem Aufsichtsrat eine dahingehende Kontrolle, ob tatsächlich außerhalb der Aufsichtsratsstätigkeit liegende Leistungen erbracht und vergütet werden sollen oder ob dem Aufsichtsratsmitglied nicht doch eine verdeckte Sonderzuwendung gewährt werden soll (dazu im einzelnen BGH AG 2006, 667 (668 f.)). Zwar erfasst § 114 AktG seinem Wortlaut nach nur Beratungsverträge zwischen der Gesellschaft und den Aufsichtsratsmitgliedern, es ist aber anerkannt, dass, soll eine Umgehung der in §§ 113, 114 AktG aufgestellten Regelungen verhindert werden, eine analoge Anwendung auf die Fälle in Betracht kommt, in denen der Vertrag mit einer Gesellschaft geschlossen wird, deren einziger Gesellschafter und Geschäftsführer das Aufsichtsratsmitglied ist (BGH a.a.O., S. 669; MK-AktG-Semler, 2. Aufl. 2004, § 114 Rn. 42 m.w.Nachw.). Dasselbe muss gelten, wenn das Aufsichtsratsmitglied gleichzeitig Rechtsanwalt und Mitglied einer Sozietät ist, die wiederum den Beratungsvertrag mit der Gesellschaft geschlossen hat, denn zum Schutz der Aktiengesellschaft müssen auch solche Fälle erfasst werden, in denen Sondervergütungen dem Aufsichtsratsmitglied jedenfalls mittelbar als Einnahme der Sozietät zufließen. Auch in einem

solchen Fall besteht die Gefahr einer Beeinflussung des Aufsichtsratsmitgliedes von Seiten des Vorstandes durch eine ungerechtfertigte oder überhöhte Vergütung. Darüber hinaus würde bei einer Differenzierung zwischen dem Vertragsschluss nur mit dem Aufsichtsratsmitglied als Einzelanwalt oder dem Vertragsschluss mit einer Sozietät, deren Mitglied das Aufsichtsratsmitglied ist, der Umgehung der Vorschriften der Weg geebnet (für eine entsprechende Analogie auch LG Stuttgart ZIP 1998, 1275 (1280); MK-AktG-Semler, a.a.O., § 114 Rn. 44; Mertens in Kölner Komm., 2. Aufl. 1996, § 114 Rn. 7; Müller, Aufsichtsratsmandat, NZG 2002, 797 (798)). Dass hier mit dem Beratungsvertrag gemäß Anlage K 1 ein Vertrag über Dienstleistungen höherer Art geschlossen worden ist, bedarf keiner näheren Begründung. Dass der Vertrag mit beiden Klägern in deren Eigenschaft als in Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammenarbeitende Rechtsanwälte geschlossen wurde, ergibt sich aus dem Rubrum und dem Wortlaut des Vertrages, in denen von dem Rechtsanwälten T... & K... die Rede ist und davon, dass sie selbst, aber auch durch Angestellte, Beratungsleistungen erbringen können.

Ein Beratungsvertrag, den eine Aktiengesellschaft mit einem Aufsichtsratsmitglied oder dessen Sozietät schließt, ist nach § 113 AktG nichtig und nicht nach § 114 Abs. 1 AktG genehmigungsfähig, wenn die übernommene Beratungstätigkeit von der im Rahmen der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats bestehenden Beratungspflicht umfasst wird. Ein solcher Vertrag verliert, wenn er vor der Bestellung des Dienstverpflichteten zum Aufsichtsrat geschlossen wurde, nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung für die Dauer des Aufsichtsratsmandates seine Wirkung.

Da § 113 AktG die Aufsichtsratsvergütung abschließend regelt, kann die Aufsichtsratsstätigkeit als solche nicht Gegenstand einer vertraglichen Regelung im Sinne des § 114 AktG, d.h. eines Beratungsvertrages, sein. Ob es sich im Einzelfall um eine einer vertraglichen Regelung zugängliche und gesondert zu vergütende Tätigkeit handelt, hängt mithin davon ab, wie weit der Kreis der Aufgaben reicht, zu deren Erfüllung das Aufsichtsratsmitglied bereits aufgrund seiner Organstellung verpflichtet ist. Nach § 111 AktG hat der Aufsichtsrat in erster Linie die Geschäftsführung zu überwachen. Diese Kontrolle erstreckt sich auch auf die Beratung des Vorstandes in übergeordneten Fragen der Unternehmensführung (MK-AktG-Semler, a.a.O., § 114 Rn. 22; Hüffer, AktG, 7. Aufl. 2006, § 111 Rn. 5), und zwar nicht nur bezogen auf abgeschlossene Vorgänge, sondern auch auf Fragen der gegenwärtigen und der künftigen Geschäftspolitik (MK-AktG-Semler, a.a.O., § 114 Rn. 22; Hüffer, a.a.O., § 111 Rn. 5). Die Beratungsfunktion ist nicht auf die Rechtmäßigkeit von Geschäftsführungsmaßnahmen beschränkt, sondern umfasst auch die Beurteilung von Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit solcher Maßnahmen (MK-AktG-Semler, a.a.O., § 114 Rn. 22; Hüffer, a.a.O., § 111 Rn. 5 und 6). Besondere Qualifikationen des Aufsichtsratsmitgliedes können zu einer gesteigerten Beratungsverpflichtung auf Seiten des Aufsichtsratsmitgliedes

führen (MK-AktG-Semler, a.a.O., § 114 Rn. 23; BGH AG 2006, 667 (670); Mertens in Kölner Komm., a.a.O., § 111 Rn. 34, der davon spricht, dass die Aufsichtsratsmitglieder ihr berufliches Know-How in die Arbeit des Aufsichtsrates einzubringen haben, aber keine Pflicht zur Verfügungstellung ihrer „professionelle(n) Expertise“ bestünde). Zu den organschaftlichen Pflichten eines Rechtsanwaltes gehört es daher auch, aus juristischer Sicht zu den grundlegenden Fragen der Unternehmenspolitik Stellung zu nehmen (Müller, Aufsichtsratsmandat, NZG 2002, 797 (798); Wissmann, Im Blickpunkt, BB 1998, 1957 (1958)), nur mit Einzelproblemen bei der konkreten Umsetzung derartiger Zielsetzungen und ganz allgemein dem operativen Geschäft braucht sich das Aufsichtsratsmitglied nicht zu beschäftigen (Müller, Aufsichtsratsmandat NZG 2002, 797 (798); Mertens in Kölner Komm., a.a.O., § 111 Rn. 34). Dasselbe gilt für die Übernahme der Prozessführung für die Gesellschaft, die außerhalb der Beratungstätigkeit anzusiedeln ist (Wissmann, Im Blickpunkt, BB 1998, 1957 (1958)). Die Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrates im Konzern und damit auch die Beratungspflicht gegenüber dem Vorstand erstrecken sich auch auf die Konzernleitung des Vorstandes (MK-AktG-Semler, a.a.O., § 114 Rn. 46; Mertens in Kölner Komm., a.a.O., § 111 Rn. 23 f.).

Maßgebend für die Abgrenzung von Dienst- bzw. Beratungsleistungen, die nicht in den Aufgabenbereich eines Aufsichtsratsmitgliedes fallen, zu den Beratungsleistungen, die von ihm als Organ der Gesellschaft geschuldet sind, ist folglich nicht der Umfang der Beratung, sondern ihr Gegenstand. Nach § 114 AktG zulässig sind allein Verträge über Dienste, die Fragen eines besonderen Fachgebietes betreffen, sofern sich die zu erbringenden Beratungsleistungen nicht auch auf übergeordnete, in den Rahmen der Aufsichtsratsstätigkeit fallende allgemeine Fragen der Unternehmenspolitik beziehen (BGHZ 126, 340 (tz. 8 in juris); BGHZ 114, 127 (tz. 14 in juris); MK-AktG-Semler, a.a.O., § 114 Rn. 24; Mertens in Kölner Komm., a.a.O., § 114 Rn. 6; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates, 3. Aufl. 1993, Rn. 296). Um dem Aufsichtsrat eine nach § 114 AktG geforderte, verantwortliche Prüfung zu ermöglichen und um die Frage beantworten zu können, ob überhaupt eine genehmigungsfähige Tätigkeit vorliegt, der Vertrag also keine verdeckten Sonderzuwendungen enthält, muss ein Beratungsvertrag eindeutige Feststellungen in dieser Richtung ermöglichen. Das erfordert nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung, der das Gericht folgt, „dass die speziellen Beratungsgegenstände und das dafür zu entrichtende Entgelt so konkret bezeichnet werden, dass sich der Aufsichtsrat ein eigenständiges Urteil über Art und Umfang der Leistung sowie über die Höhe und Angemessenheit der Vergütung bilden kann“ (Zitat: BGH AG 2006, 667 (670); Mertens in Kölner Komm., a.a.O., § 114 Rn. 4 m.w.Nachw.). Verträge, die diesen Anforderungen nicht gerecht werden, weil sie Beratungsgegenstände umfassen, die auch zur Organtätigkeit gehören oder gehören könnten, sind nicht nach § 114 Abs.1 AktG genehmigungsfähig, sondern unterfallen § 113 AktG

(BGH AG 2006, 667 (670)).

Den genannten Anforderungen genügt der zwischen den Parteien im Jahr 2001 geschlossene Beratungsvertrag nicht. Nach Ziffer 1 des Vertrages sind die Rechtsvorgängerin der Beklagten sowie die Unternehmen innerhalb der Unternehmensgruppe in allen Rechtsangelegenheiten zu beraten und zu vertreten. Wie diese Beratung und Vertretung im einzelnen zu erfolgen hat und welche Aufgaben aufgrund dieser Beschreibung der geschuldeten Tätigkeit den Klägern übertragen sein sollen, ist dem Vertrag nur insoweit zu entnehmen, als dass einige rechtliche Schwerpunkte aufgezeigt werden und ausgeführt wird, dass auch die gerichtliche Vertretung der Holding und der Tochtergesellschaften eingeschlossen ist. Eine klar abgrenzbare Beratung in Fragen eines besonderen Fachgebietes, wie sie die höchstrichterliche Rechtsprechung fordert (BGH AG 2006, 670; BGHZ 114, 127 (131 f.)), ist in dem Vertrag nicht festgelegt.

Die Beratung des Vorstandes hat auch rechtliche Fragestellungen zu umfassen, soweit sie unternehmenspolitische Entscheidungen betreffen und angesichts der Schwierigkeit der Fragestellung nicht die Ausarbeitung eines besonderen rechtlichen Gutachtens erfordern. Nicht alle rechtlichen Fragestellungen können, zumal wenn eine Aktiengesellschaft sich für einen Rechtsanwalt als Aufsichtsratsmitglied entscheidet, aus dem Aufgabenbereich des Aufsichtsratsmitgliedes ausgeschlossen werden mit dem Argument, ein Aufsichtsratsmitglied mit einer anderen, z.B. ökonomischen, Qualifikation könne derartige Fragen schon aufgrund seiner Ausbildung nicht beantworten. Auch die besondere Qualifikation des Aufsichtsratsmitgliedes hat, wie bereits ausgeführt, Einfluss auf dessen Aufgabenstellung als Aufsichtsrat, denn gerade in der besonderen Qualifikation liegt oft der Grund für die Wahl in den Aufsichtsrat. In solchen Fällen muss sich die Gesellschaft, worauf Semler (in MK-AktG, a.a.O., § 114 Rn. 26 für die Wahl des ehemaligen Vorstandsmitgliedes zum Aufsichtsrat) hinweist, dafür entscheiden, ob sie einen Berater oder ein Aufsichtsratsmitglied haben will bzw. sie muss die Abgrenzung zwischen Überwachungsbereich und rechtlicher Beratung im Tagesgeschäft strikt treffen, auch wenn die Abgrenzung im einzelnen schwierig ist (zur Schwierigkeit der Abgrenzung auch: Heussen NJW 2001, 708 (710)). Dem Vertrag lässt sich in Bezug auf den wie beschrieben bestimmten Aufgabenkreis des Aufsichtsrates keine klare Abgrenzung entnehmen, vielmehr werden von dem Vertrag auch Beratungsleistungen erfasst, die jedenfalls auch als Organ der Gesellschaft geschuldet sein können.

Soweit der BGH in der Entscheidung vom 3.7.2006 (AG 2006, 667) die Frage offen gelassen hat, ob die Vereinbarung der Beratung „in steuerrechtlichen Fragen“ den von ihm geforderten Abgrenzungskriterien entspricht, lässt sich aus dieser Entscheidung keine Schlussfolgerung für den vorliegenden Rechtsstreit ableiten. Auch von einem Steuerberater als Aufsichtsratsmitglied

ist die steuerrechtliche Beratung der Gesellschaft in unternehmenspolitischen Fragen geschuldet, so dass eine solche Vereinbarung ebenfalls nicht den Anforderungen der §§ 113, 114 AktG entsprechen dürfte. Da der BGH diese Frage und damit auch die Frage des Umfangs der vom Aufsichtsrat geschuldeten Beratungstätigkeit aber ausdrücklich offen gelassen hat, lässt sich der Entscheidung des Bundesgerichtshofes keine Direktive für die hier zu treffende Entscheidung entnehmen.

Soweit davon ausgegangen werden kann, dass ein Aufsichtsratsmitglied mit Sicherheit keine gerichtliche Vertretung der Gesellschaft schuldet, kommt die Annahme einer Teilwirksamkeit des Vertrages nicht in Betracht. Ganz abgesehen davon, dass nicht ersichtlich ist, dass die Parteien einen auf die gerichtliche Vertretung beschränkten Beratungsvertrag überhaupt geschlossen hätten, scheidet die Annahme der Teilwirksamkeit daran, dass es für einen derart eingeschränkten Beratungsvertrag und die hierauf entfallende Vergütung schon an einer Zustimmung des Aufsichtsrates nach § 114 Abs. 1 AktG fehlt, denn es hatte - den Vortrag der Kläger als zutreffend unterstellt - der gesamte Vertrag dem Aufsichtsrat zur Zustimmung vorgelegen. Es kann nicht unterstellt werden, dass der Aufsichtsrat auch einen entsprechend eingeschränkten Beratungsvertrag gebilligt hätte (so im Ergebnis BGH AG 2006, 667 (671)).

Auch die Tatsache, dass die Rechtsvorgängerin der Beklagten bereits seit längerer Zeit auf die Beratungsleistungen der Kläger zurückgegriffen hatte und den Tätigkeitsumfang der Kläger kannte, führt zu keinem anderen Ergebnis. Mit dem im Jahr 2001 geschlossenen Beratungsvertrag wurde ein in die Zukunft gerichteter Vertrag geschlossen, der sich in seinen Regelungen zwar an den Vertrag gemäß Anl. BB 1 anlehnt, ein Rückgriff auf die Handhabung der in Vergangenheit vermag aber die fehlende Einhaltung der mit §§ 113, 114 AktG aufgestellten Erfordernisse nicht zu korrigieren, zumal, wie die Anl. K 3 ersehen lässt, schon in der Vergangenheit strategische, einem Aufsichtsratsmitglied obliegende Beratungsaufgaben im Rahmen des damaligen Beratervertrages erbracht worden waren. Des weiteren kommt hinzu, dass, soll den Interessen der Aktiengesellschaft Rechnung getragen werden und sollen die Vorschriften der §§ 113, 114 AktG nicht leer laufen, an der Striktheit der aus dem Vertrag ersichtlichen Aufgabentrennung festgehalten werden muss. Auch die Tatsache, dass sowohl Vorstand als auch Aufsichtsrat anhand der monatlich vorzunehmenden Abrechnung erkennen könnten, ob Leistungen abgerechnet würden, die zum Aufgabenkreis des Aufsichtsratsmitgliedes gehörten, führt zu keinem anderen Ergebnis. Wesentlich ist, dass aus dem mit dem Berater geschlossenen Vertrag dessen Aufgabenkreis von vornherein eindeutig und in Abgrenzung zu dessen Aufgaben als Aufsichtsrat ersichtlich ist, eine Einzelfallkorrektur eines nicht genehmigungsfähigen Vertrages im Hinblick darauf, dass Einzelleistungen korrekterweise als Berater erbracht und abgerechnet wurden, sehen die §§ 113, 114 AktG nicht vor, vielmehr verweist § 114 Abs. 2 S. 2

AktG den Berater insoweit auf bereicherungsrechtliche Ansprüche gegenüber der Gesellschaft.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Beratungsvertrag für die Dauer der Aufsichtsratsbestellung des Klägers zu 1) in der T... Holding AG seine Wirkung verliert und außer Vollzug zu setzen ist. Nach der Rechtsprechung des BGH ist bei einer Unwirksamkeit des Beratungsvertrages gemäß § 113 AktG die Gesellschaft für die Rückgewähr der Beratungsvergütung nicht auf einen Anspruch aus § 812 BGB beschränkt, sondern ihr steht, in entsprechender Anwendung, ein Anspruch nach § 114 Abs. 2 S. 1 AktG zu (BGH AG 2006, 667). Damit ist die von der Beklagten erhobene Widerklage auf Rückgewähr der für die Monate Juni und Juli 2001 geleisteten Beratungshonorare begründet, die gegen die entsprechende Verurteilung des Landgerichts gerichtete Berufung der Kläger unbegründet.

Da der Beratungsvertrag, wie noch auszuführen sein wird, wirksam geschlossen worden ist, die Außervollzugsetzung des Vertrages während des Zeitraumes der Aufsichtsrats Tätigkeit des Klägers zu 1) nicht zu einer Gesamtnichtigkeit des Beratungsvertrages auch für den Zeitraum außerhalb der Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied der Rechtsvorgängerin der Beklagten führt, ist die von den Klägern erhobene Klage ebenfalls begründet.

Wird ein Beratungsvertrag vor Bestellung des Dienstverpflichteten zum Aufsichtsratsmitglied geschlossen, so verliert er nur für die Dauer der Aufsichtsrats Tätigkeit seine Wirkung, denn er kann, von Umgehungsproblemen abgesehen, nur dann gegen die Vorschriften der §§ 113, 114 AktG verstoßen, wenn der Berater zum Aufsichtsratsmitglied bestellt wird (BGHZ 114, 127 (tz. 16 in juris); Mertens in Kölner Komm., a.a.O., § 114 Rn. 9). Soweit in der Literatur vertreten wird, der Vertrag werde mit der Bestellung in den Aufsichtsrat nichtig und könne nach Beendigung des Aufsichtsratsmandates nicht wieder aufleben (MK-AktG-Semler, a.a.O., § 114 Rn. 72 m.w.Nachw. zum Streitstand), kann dieser Ansicht nicht gefolgt werden. Der Sinn der aktienrechtlichen Vorschriften liegt gerade darin, einen Interessenkonflikt und eine unzulässige Beeinflussung des Aufsichtsrates durch den zu kontrollierenden Vorstand zu vermeiden, dieser Konfliktvermeidung ist mit einer Wirkungslosigkeit des Vertrages für die Dauer des Aufsichtsratsmandates ausreichend Rechnung getragen. Es kommt hinzu, dass sich erst mit der Begründung des Aufsichtsratsmandates dessen Vergütung nach den zwingenden gesetzlichen Regelungen der §§ 113, 114 AktG richtet; dass auch außerhalb dieses Zeitraumes ein zukünftiges oder ehemaliges Aufsichtsratsmitglied, sofern der Vertrag des Letzteren vor Eintritt in den Aufsichtsrat geschlossen wurde - von Umgehungstatbeständen abgesehen - denselben Einschränkungen unterliegen soll wie das Honorar eines amtierenden Aufsichtsratsmitgliedes, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen.

Der Vertrag ist wirksam zustande gekommen, da die Ersatzmitgliedschaft des Klägers zu 1) im Aufsichtsrat der Rechtsvorgängerin der Beklagten zu 1) zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht zur Unwirksamkeit des Beratungsvertrages führt.

Ein Ersatzmitglied des Aufsichtsrates gehört erst ab dem Zeitpunkt des Ersatzfalles zum Aufsichtsrat. Vorher zählt es nicht zu den Mitgliedern des Aufsichtsrates und ihm obliegen auch nicht dessen Rechte und Pflichten (MK-AktG-Semler, a.a.O., § 101 Rn. 201; Mertens in Kölner Komm., a.a.O., § 101 Rn. 78). Aus dieser Tatsache ergibt sich angesichts der Zielsetzung der §§ 113, 114 AktG, eine Einflussnahme auf das Aufsichtsratsmitglied durch möglicherweise unzulässige Zuwendungen zu verhindern, dass die Regelungen der §§ 113, 114 AktG erst dann maßgebend sein können, wenn der Ersatzfall eingetreten ist und der Berater in die Konfliktsituation zwischen Bewältigung der Aufgaben als Aufsichtsrat und möglicherweise unzulässiger Beratung der Gesellschaft gekommen ist.

Auch die Tatsache, dass beide Kläger zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Aufsichtsratsposten in den Tochtergesellschaften bekleideten, führt nicht zur Unwirksamkeit des Beratungsvertrages bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Abgesehen davon, dass schon streitig ist, ob das Fehlen einer konzernbezogenen Regelung wie für den Fall der Darlehensgewährung mit § 115 AktG geschaffen, dafür spricht, dass der Gesetzgeber ganz bewusst konzernrechtliche Fragestellungen nicht in die gesetzliche Regelung der Aufsichtsratsbezüge einbeziehen wollte, d.h. Beratungsverträge mit verbundenen Unternehmen ohne Einschränkung zulässig sein sollten (so Mertens in Kölner Komm., § 114 Rn. 8), oder ob es sich nicht um eine Lücke des Gesetzes handelt, da ein entsprechendes Regelungserfordernis einfach übersehen wurde (so MK-AktG-Semler, a.a.O., § 114 Rn. 49 a.E. mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte des § 115 AktG), kommt jedenfalls eine analoge Anwendung des § 115 AktG im vorliegenden Fall nicht in Betracht. Selbst wenn die Anwendung der §§ 113, 114 AktG auf Konzernsachverhalte bejaht wird, so ist zwischen Verträgen der abhängigen Gesellschaft mit Aufsichtsratsmitgliedern der Konzernobergesellschaft einerseits und Vereinbarungen zwischen der herrschenden Gesellschaft im Konzern und Aufsichtsratsmitgliedern abhängiger Unternehmen andererseits zu unterscheiden (MK-AktG-Semler, a.a.O., § 114 Rn. 50 und wohl auch Lutter/Krieger, a.a.O., Fn. 298, die nur den Fall des Abschlusses des Vertrages zwischen abhängiger Gesellschaft und Aufsichtsrat der Konzernmutter behandeln; ebenso Lutter/Kremer ZGR 1992, 87 (104 f.)). Der Schutzzweck der Norm, eine unsachgemäße Beeinflussung des Aufsichtsratsmitgliedes auszuschließen, greift nicht ein, wenn das beherrschende Unternehmen einen Beratungsvertrag mit dem Aufsichtsratsmitglied eines abhängigen Tochterunternehmens abschließt (MK-AktG-Semler, a.a.O., § 114 Rn. 52). Der Vorstand des abhängigen Unternehmens, in dessen Aufsichtsrat der Berater bestellt ist, hat keinen

Einfluss auf die Geschäfte der die Aktiengesellschaft beherrschenden Unternehmens.

Etwas anderes gilt auch nicht, wenn, wie im vorliegenden Fall, der Vorstand der Konzernmutter und die Vorstände von Tochtergesellschaften zum Teil mit denselben Personen besetzt sind. Würde die Anwendung der Regelung der §§ 113, 114 AktG auf Konzernsachverhalte bejaht, käme es für die Beantwortung der Frage, für welche Fallkonstellationen im einzelnen eine Analogie heranzuziehen ist, auch auf den Umfang der Beratungs- und Kontrollbefugnis des Aufsichtsratsmitgliedes an, da eine unzulässige Beeinflussung durch den zu kontrollierenden Vorstand durch die Regelungen der §§ 113, 114 AktG verhindert werden soll. Bei nur teilweiser Identität der Vorstände von Mutter- und Tochtergesellschaften ist eine Kontrolle der nämlichen Personen durch das betroffene Aufsichtsratsmitglied der Tochtergesellschaft gerade nicht möglich und unzulässige Zuwendungen des Vorstandes der Muttergesellschaft könnten das Kontrollverhalten des Aufsichtsrates der Tochtergesellschaft bezogen auf den Vorstand der Tochtergesellschaft allenfalls indirekt beeinflussen. Etwas anderes würde nur für den Fall gelten, das sämtliche Vorstände identisch besetzt wären.

Dass der Vertrag die Kläger verpflichtet, nicht nur die Holding, sondern auch die Tochterfirmen zu beraten und die Kläger in den Tochtergesellschaften Aufsichtsratspositionen bekleideten, führt ebenfalls zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung des Vertragsschlusses im Jahr 2001. Der Vertrag ist zwischen der Sozietät und der Holding, der Rechtsvorgängerin der Beklagten, geschlossen worden. Nach dem Vertrag war nur der Holding gegenüber abzurechnen und nur die Holding war zur Zahlung verpflichtet. Dass die Höhe des vereinbarten Honorars auch den für die Töchter zu leistenden Beratungsumfang berücksichtigte und die Tochtergesellschaften möglicherweise sogar ein eigenes Recht hatten, Beratungsleistungen einzufordern, hat nicht zur Folge, eine Ausdehnung des in § 114 AktG normierten Zustimmungserfordernisses auch auf die Aufsichtsräte der Tochtergesellschaften anzunehmen. Es ist zum einen abzustellen auf den formalen Vertragsschluss zwischen Klägern und Konzernmutter und zum anderen auf den Zweck der §§ 113, 114 AktG, eine unzulässige Beeinflussung des Aufsichtsrates durch den von ihm zu kontrollierenden Vorstand zu verhindern. Eine solche Beeinflussung bzw. ein Versuch der Beeinflussung durch den Vorstand der Tochtergesellschaften liegt aber, solange die Tochtergesellschaften nur qua konzerninterner Verrechnung für die Beratungsleistungen zahlen, nicht vor.

Aus den Ausführungen ergibt sich, dass der Beratungsvertrag im Jahr 2001 wirksam geschlossen worden ist. Mit Ausscheiden des Klägers zu 1) aus dem Aufsichtsrat der Rechtsvorgängerin der Beklagten sind die vertraglichen Rechte und Pflichten der Kläger wieder aufgelebt und sie können für den

Zeitraum August bis November 2003 das vertraglich vereinbarte Honorar beanspruchen. Da diese Forderung der Kläger nur infolge der Aufrechnung gegenüber Mietzinsansprüchen der Beklagten erloschen ist, hat das Landgericht zu Recht die Erledigung der Klage in der Hauptsache festgestellt. Soweit die Beklagte sich in erster Instanz noch auf ihre Kündigung vom 29.07.2003 (Anl. K 2) gestützt hatte, um eine Zahlungspflicht zu verneinen, ist diese Frage nicht mehr Gegenstand der zweiten Instanz. Das Landgericht hat die Unzulässigkeit der Kündigung festgestellt, die Entscheidung ist insoweit in zweiter Instanz nicht angegriffen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 92, 100 Abs. 4 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision ist zuzulassen, da die Frage, ob die §§ 113, 114 AktG auf konzernrechtliche Sachverhalte anzuwenden ist und die weitere Frage, in welchem Umfang rechtsanwaltliche Beratung neben einer von einem Rechtsanwalt bekleideten Aufsichtsratsposition zulässig ist, bisher nicht höchstrichterlich entschieden sind und es sich um Fragen von grundsätzlicher Bedeutung handelt.