

Kombinationen von Beratungsverträgen und Aufsichtsratsmandaten

Anmerkung zum Urteil des BGH
vom 2. April – II ZR 325/05*

Prof. Dr. Barbara Grunewald, Köln

Ein Aufsichtsratsmandat schmückt den Anwalt. Es kann aber für ihn und seine Sozietät gefährlich werden, wenn er oder die Sozietät für die Aktiengesellschaft anwaltlich tätig werden will. Die Anforderungen an einen Beratungsvertrag hat der BGH nun konkretisiert. Der Beitrag stellt die Auswirkungen für die Praxis dar und zeigt Auswege aus, wie eine Honorarrückzahlung vermieden werden kann.

I. Die Entscheidung

Vor kurzem hatte der BGH einen Fall zu entscheiden, in dem ein Rechtsanwalt eine Vergütung von ca. € 11.000,- einklagte. Die Forderung beruhte auf einem Beratungsvertrag zwischen der Sozietät, der der klagende Rechtsanwalt angehörte, und einer Aktiengesellschaft. Die Gesellschaft verteidigte sich mit zwei Argumenten: Zum einen sei der Beratungsvertrag unwirksam, da der Rechtsanwalt auch Mitglied des Aufsichtsrates der AG sei und sich die Beratung allgemein auf die anwaltliche Beratung in sämtlichen Angelegenheiten der Gesellschaft, insbesondere den Bereichen „Wirtschaftsrecht“ und „Recht der AG“ bezogen haben. Zudem sei die Beratung schlecht gewesen. Sie hätte sogar zu einem Schaden in Höhe von € 25.000,- geführt.

Der BGH hat der AG insoweit Recht gegeben, als auch er davon ausgeht, dass der Beratungsvertrag unter §§ 113, 114 AktG fällt. Zwar sei der Vertrag zwischen der Anwalts-GbR und der AG abgeschlossen worden. Aber dies hindere nicht die Annahme, dass nach dem Parteiwillen auch der Kläger persönlich Partner des Beratungsvertrages werden sollte. Denn die Beklagte habe ersichtlich dem Kläger persönlich besonderes Vertrauen entgegen gebracht und er habe die Beratung auch erbringen sollen. Im übrigen würden die §§ 113, 114 AktG auch den Fall betreffen, dass die AG einen Beratungsvertrag mit einem Unternehmen oder einer Sozietät schließt, an dem ein Aufsichtsratsmitglied beteiligt ist, und ihm deshalb mittelbar nicht nur ganz geringfügige Zuwendungen für die Beratungstätigkeit zufließen. Denn Sinn und Zweck der §§ 113, 114 AktG sei es, eine unabhängige Wahrnehmung der organschaftlichen Überwachungsfunktion des Aufsichtsratsmitgliedes zu gewährleisten.

Somit stellte sich für den BGH die Frage, ob der Beratungsvertrag den Kriterien der §§ 113, 114 AktG Stand hält. Hierfür ist nach Ansicht des BGH zweierlei erforderlich. Zum einen muss der Vertrag Tätigkeiten betreffen, die dem Aufsichtsratsmitglied nicht schon auf Grund seiner Organstellung obliegen, und zum anderen muss der dem Aufsichtsrat zur Genehmigung gemäß § 114 Abs. 1 AktG vorgelegte Vertrag eindeutige Feststellungen darüber ermöglichen, ob die nach dem Vertrag zu vergütende Leistung tatsächlich außerhalb des organschaftlichen Pflichtenkreises

des Aufsichtsrates liegt und ob der Vertrag nicht eine verdeckte Sonderzuwendung einschließt.

Diesem sogen. Bestimmtheitserfordernis genüge der Beratungsvertrag nicht, da die geschuldete anwaltliche Beratung „in sämtlichen Angelegenheiten der Gesellschaft“ auch Tätigkeiten umfasse, die zur Kontroll- und Beratungsfunktion des Aufsichtsrates gehören. Möglich seien allerdings Ansprüche des Klägers nach §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 2 BGB sowie nach §§ 683, 670 BGB. § 817 S. 2 BGB sei nicht anwendbar, da das gesetzliche Verbot des § 113 AktG sich nicht gegen die Beratungstätigkeit als solche, sondern gegen die Vergütungsvereinbarung richte.

II. Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern, die Rechtsanwälte sind

1. Das Bestimmtheitserfordernis

Es ist offensichtlich nicht einfach, dem geschilderten Bestimmtheitserfordernis nachzukommen. Zwar kann jeder einzelne Beratungsauftrag (hier die Prüfung eines Prospektes, mit dem für den Abschluss eines stillen Gesellschaftsvertrages mit der AG geworben werden sollte) konkret beschrieben werden, Rahmenverträge scheitern aber an §§ 113, 114 AktG¹. Nun mag man dem entgegenhalten, dass bis zu dem Zeitpunkt zugewartet werden könne, zu dem klar ist, was der Rechtsanwalt nun genau tun soll. Allerdings lässt sich u.U. zu diesem Zeitpunkt die Genehmigung nicht ohne weiteres einholen, da dann nicht unbedingt gerade eine Aufsichtsrats Sitzung ansteht².

Das Urteil nimmt nur andeutungsweise zu der Frage Stellung, ob die nach § 114 AktG erforderliche Genehmigung nach Konkretisierung der Tätigkeit auf Aufgaben, die außerhalb des organschaftlichen Betätigungsfelds des Aufsichtsratsmitglieds liegen, nachgeholt werden kann³. In den Gründen heißt es aber, dass für Verträge, die dem Bestimmtheitserfordernis nicht entsprechen, dasselbe gelte wie für Verträge, die sich auf Leistungen beziehen, die auf Grund der organschaftlichen Stellung des Aufsichtsratsmitgliedes sowieso geschuldet sind und daher nicht genehmigungsfähig, sondern nichtig sind. Entgegen diesen Andeutungen sollte man aber davon ausgehen, dass ein Vertrag, der eine Leistung betrifft, die nicht schon auf Grund der Stellung als Aufsichtsratsmitglied geschuldet ist, auch nach Vertragsabschluss noch genehmigungsfähig ist. Denn zum einen spricht § 114 Abs. 1 AktG von der Zustimmung des Aufsichtsrates und dies heißt gem. §§ 182 ff. BGB, dass sowohl vor Durchführung des Geschäftes eingewilligt wie auch später genehmigt werden kann. Zudem trägt auch eine nachträgliche Genehmigung dem Sinn der Regelung von § 114 AktG schon deshalb Rechnung, weil auch dann der Inhalt der Beratung offen gelegt wird und damit auch überprüft werden kann, ob es sich um eine sowieso auf Grund der Stellung als Aufsichtsrat geschuldete Tätigkeit handelt oder nicht. Zudem kann auch zu diesem Zeitpunkt überlegt werden, ob die Auftragsvergabe durch den Vorstand an das Aufsichtsratsmitglied nicht zu unerwünschten Abhängigkeiten führt.

* Leitsatz in diesem Heft auf Seite 634 (Entscheidungsgründe im Internet unter www.anwaltsblatt.de) sowie BGH ZIP 2007, 22.

1 BGH ZIP 2007, 22; *Benecke WM 2007, 717, 718.*

2 *Benecke WM 2007, 717, 718; Hans-Friedrich Müller NZG 2002, 797, 801.*

3 Dafür *Benecke WM 2007, 717, 720; Happ, FS Priester, 2007, S. 175, S. 197; Krüger/Thonfeld EWIR 2006, 385, 386; Lutter/Drygala FS Ulmer 2003, S. 381, 396; Vetter AG 2006, 173, 178; Wissmann/Ost BB 1998, 1957, 1958.*

Dem wird entgegengehalten, dass der Aufsichtsrat nach Durchführung der Beratung nicht mehr wirklich frei über die Genehmigung des zugrunde liegenden Vertrages entscheiden könne⁴. Der vorliegende Fall zeigt aber, dass dies keineswegs so sein muss. Vielmehr kann es auch dazu kommen, dass eine nicht zufriedenstellende Beratung die Verweigerung der Genehmigung zur Folge hat. Die Versagung der Genehmigung dient dann zwar nicht dem Zweck, dem § 114 AktG verpflichtet ist (Offenlegung des Vertragsinhaltes, um überprüfen zu können, ob die Tätigkeit außerhalb des organschaftlichen Tätigkeitsfeldes des Aufsichtsratsmitglieds liegt und Vorbeugung von Interessenverquickung zwischen Aufsichtsrat und Vorstand). Aber dieses Risiko kann einem Aufsichtsratsmitglied, das keine vorherige Zustimmung des Aufsichtsrats eingeholt hat, zugemutet werden.

2. Die Rechtsfolgen bei Nichtigkeit des Beratungsvertrages

Der BGH zieht Ansprüche nach §§ 812 Abs. 1, 818, §§ 683, 670 BGB in Erwägung, was schon deshalb unausweichlich war, weil eine Genehmigung im vorliegenden Fall gar nicht zur Debatte stand. Diesen Ansprüchen soll – so die Gründe der Entscheidung – § 817 S. 2 BGB nicht entgegen stehen, weil sich das Verbot von §§ 113, 114 AktG nicht gegen die Beratungstätigkeit, sondern gegen die Vergütungsvereinbarung richte. Dies überzeugt, lässt aber zugleich erneut deutlich werden, dass die Möglichkeit einer nachträglichen Genehmigung zu sachgerechten Ergebnissen führt. Denn wenn der Vertrag genehmigungsfähig ist – und nur solche Verträge stehen überhaupt zur Debatte, und der Aufsichtsrat später zustimmt, besteht kein Grund für eine doch stets mit erheblichen Problemen verbundene Abwicklung nach den genannten Normen.

3. Erstreckung der Rechtsfolgen von § 114 AktG auf die Sozietät

In dem Urteil wird auch die Frage angesprochen, ob der Beratungsvertrag nicht vielleicht deshalb problemlos ist, weil Mitglied des Aufsichtsrates der klagende Sozius, nicht aber die Sozietät war, die aber ihrerseits wiederum Schuldnerin des Beratungsvertrages war. Die Entscheidung spricht die Frage an, ob Partner des Beratungsvertrages neben der Sozietät auch der Kläger persönlich sein könne und lässt Sympathie für diese Lösung erkennen, da – so das Urteil – die AG dem Kläger persönlich besonderes Vertrauen entgegen brachte und er die Beratung auch erbringen sollte⁵. Dieser Aspekt führt aber nicht zu der Annahme, dass der Kläger auch persönlich Vertragspartner werden müsste. Auch sonst kann an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine Person beteiligt sein, die den Vertrag als einzige erfüllen kann. Dies hat aber nicht zur Folge, dass mit dieser Person ein nebenher laufender besonderer weiterer Vertrag abgeschlossen werden würde⁶. Wer etwa Tanzstunden bei einer Tanzschule in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts bucht und dabei klar zum Ausdruck bringt, dass er einen bestimmten

Tanzlehrer, der zugleich auch Gesellschafter ist, wünscht, erhält nur dann das, was geschuldet ist, wenn diese Person ihn unterrichtet. Einen besonderen Vertrag zwischen Lehrer und Schüler erfordert das nicht. Vielmehr steht lediglich fest, dass tauglicher Erfüllungsgehilfe nur diese eine Person und sonst niemand ist.

Dieser Aspekt ändert allerdings nichts daran, dass das Urteil im Ergebnis überzeugt. Da es im Anwendungsbereich von § 114 AktG zum einen darum geht, die vertragliche Vereinbarung dahingehend zu überprüfen, ob die Aufsichtsratsvergütung für Tätigkeiten kassiert wird, die schon auf Grund der organschaftlichen Stellung geschuldet sind, und zum anderen ungewollte Abhängigkeiten zwischen Vorstand und Aufsichtsrat vermieden werden sollen, ist diese Frage genauso relevant, wenn eine Gesellschaft mandatiert wird, deren Gesellschafter das Aufsichtsratsmitglied ist. Dies gilt jedenfalls – wie es in dem Urteil zu Recht heißt – wenn dem Aufsichtsratsmitglied „nicht nur ganz geringfügige Zuwendungen für die Beratungstätigkeit zufließen“⁷. Daher ändert sich an dieser Beurteilung auch dann nichts, wenn das Aufsichtsratsmitglied nicht Gesellschafter, sondern zB. nur freier Mitarbeiter der Sozietät ist⁸, und auch nichts, wenn die Beratung von einem anderen Partner der Sozietät durchgeführt wird⁹. Das wiederum zeigt, dass die Konstruktion eines nebenher laufenden Vertragsverhältnisses zwischen Gesellschafter/Aufsichtsratsmitglied und Mandant der Sozietät nur in Sonderfällen zur Problemlösung beiträgt. Zugleich ist dieses weite Normverständnis von §§ 113, 114 AktG akzeptabel, weil die erforderliche Genehmigung problemlos (zur Not wie gezeigt auch im Nachhinein) eingeholt werden kann.

III. Zusammenfassung

1. Ein Vertrag zwischen einer AG und einem Dritten (z. B. einer Sozietät) ist auch dann nach § 114 AktG genehmigungspflichtig, wenn dem Aufsichtsratsmitglied nur mittelbar eine Vergütung aus diesem Vertragsverhältnis zufließt.
2. Die nach § 114 Abs. 1 AktG erforderliche Genehmigung kann auch im Nachhinein erteilt werden.

4 OLG Frankfurt NZG 2006, 29, 30.

5 Zustimmend Vetter AG 2006, 173, 176.

6 Siehe dazu Grunewald FS Peltzer 2001, S. 129, 132.

7 So schon BGH ZIP 2007, 22; Hans-Friedrich Müller NZG 2002, 797, 798; Rellermeyer ZGR 1993, 77, 86; Vetter AG 2006, 173, 176; großzügiger Benecke WM 2007, 717, 719; auf die Probleme bei der Bestimmung, was geringfügig ist, weist Happ, FS Priester, 2007, S. 175, S. 179 ff., hin.

8 Rellermeyer ZGR 1993, 77, 89.

9 BGH ZIP 2007, 22; Benecke WM 2007, 717, 719; Hans-Friedrich Müller NZG 2002, 797, 798; Rellermeyer ZGR 1993, 77, 89; a. A. Wissmann/Ost BB 1998, 1957, 1960.



Prof. Dr. Barbara Grunewald, Köln

Die Autorin ist Professorin an der Universität zu Köln (Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht) und geschäftsführende Direktorin des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln.