



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 63/14

Verkündet am:
28. April 2015
Stoll
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

AktG § 84 Abs. 1, § 93 Abs. 2, § 112

- a) Der Abschluss des die Vergütung eines Vorstandsmitglieds betreffenden Vertrags fällt auch dann in die Zuständigkeit des Aufsichtsrats, wenn er von der Gesellschaft nicht mit dem Vorstandsmitglied selbst, sondern einem Dritten abgeschlossen wird und mit dem Dritten eine Vergütung für die Vorstandstätigkeit vereinbart wird. Das gilt auch, wenn ein Vorstandsmitglied nur vorübergehend tätig werden soll.
- b) Eine Entlastung aufgrund eines Rechtsirrtums verlangt nicht, dass ein Prüfauftrag ausdrücklich für eine bestimmte Rechtsfrage erteilt wird, sondern nur, dass die Prüfung aus der Sicht des nicht fachkundigen Organs die zweifelhafte Frage umfasst.

BGH, Urteil vom 28. April 2015 - II ZR 63/14 - OLG Saarbrücken
LG Saarbrücken

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. April 2015 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann und den Richter Prof. Dr. Strohn, die Richterin Dr. Reichart sowie die Richter Dr. Drescher und Born

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Saarländischen Oberlandesgerichts vom 22. Januar 2014 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Beklagte ist alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der 2 (im Folgenden: 2 GmbH). Die 2 GmbH war seit 2007 für die Klägerin, eine Aktiengesellschaft, beratend tätig. Am 15. Mai 2008 beschloss der Aufsichtsrat der Klägerin, den Beklagten für die Zeit ab 1. Juli 2008 zum Vorstandsmitglied für Vertrieb und Marketing der Klägerin zu berufen. Am 26. Juni 2008 beschloss der Aufsichtsrat erneut, den Beklagten mit Wirkung vom 1. Juli 2008 "bis auf Weiteres" zum Vorstandsmitglied zu bestellen. Der Beklagte sollte Geschäftsführer seines Un-

ternehmens bleiben, der Klägerin aber an vier Tagen pro Woche zur Verfügung stehen. Weiter heißt es:

"Die Vergütungsstruktur soll vorsehen, dass die vollen Beratungskosten von 2 [2 GmbH] (außer Herrn Dr. S. sind seit Mitte 2007 zwei weitere Mitarbeiter seines Beratungsunternehmens, unter der direkten Leitung von Herrn Dr. L. , mit analytischer Ausarbeitung und operativer Umsetzung des ‚Business Cases‘ CFM betraut) halbiert werden sollen, aber das Upside in der Form geschaffen werden soll, dass sich im Erfolgsfall die ‚Verzichtshälfte‘ verdreifacht.

In Zahlen heißt das, dass der derzeitige Tagessatz für alle drei Mitarbeiter bei € 4.800 plus 20% pauschaler Aufwandsvergütung liegt - also monatlich bei € 97.920 (bei 17 Tagen p.M.). Demnach liegt die Hälfte bei € 48.960 p.M. Unterstellt man eine maximale Laufzeit des 2 Engagements von 12 Monaten, so ergäbe sich im Erfolgsfall ein Vergütungs „Upside“ von € 1,76 Mio. Das kann in Anbetracht der aktuellen Risikolage des Unternehmens als angemessen bewertet werden. Darüber hinaus sollen aber Mittel und Wege gesucht werden, das „Upside“ an Aktien und deren Wertentwicklung zu koppeln. ..."

2 In der Aufsichtsratssitzung vom 13. Oktober 2008, an der ein Rechtsanwalt teilnahm, wurden Bedenken geäußert, ob die 2 GmbH überhaupt beauftragt werden dürfe, und wurde der Zusammenhang mit der Bestellung des Beklagten zum Vorstand kritisch gesehen. Der stellvertretende Aufsichtsratsvorsitzende B. wurde beauftragt, die Beschlusslage des Aufsichtsrats zu erforschen und kurzfristig eine Handlungsempfehlung abzugeben. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2008 bat der Aufsichtsratsvorsitzende Dr. G. den Vorstandsvorsitzenden der Klägerin Dr. L. um Vorlage eines anwaltlich abgesicherten kompletten Vertrags, mit dem der Aufsichtsrat die ursprüngliche Beauftragung, die Beauftragung nach Bestellung des Beklagten zum Mitglied des Vorstands und die Erfolgskomponenten unter Vermeidung von Mehrfachvergütungen rechtlich sauber genehmigen könne. Der Aufsichtsrat wolle die vom Vorstand begehrte Zustimmung gerne erteilen, bei einem Engagement in dieser Größenordnung aber keinen Fehler machen.

3 Am 30. Oktober 2008 sandte die vom Vorstandsvorsitzenden beauftragte Rechtsanwaltskanzlei eine E-Mail an das Aufsichtsratsmitglied B. , die

mit "cc" auch an den Vorstandsvorsitzenden gesandt wurde, mit dem Entwurf eines Beratervertrags zwischen der 2 GmbH, vertreten durch den Beklagten, und der Klägerin, vertreten durch ihren Vorstandsvorsitzenden. In der E-Mail heißt es u.a.:

"Anbei erhalten Sie im Auftrag von Herrn Dr. L. die endgültige schriftliche Fassung des Beratungsvertrags 2 so wie in dem Schreiben vom 23. Oktober erbeten sowie folgende ergänzende Ausführungen.

Der Vertrag entspricht inhaltlich dem Aufsichtsratsprotokoll vom 26.06.2008 sowie der Beschlussvorlage vom 30.09.2008 und den bisherigen Absprachen mit 2. Inhaltlich möchten wir zum besseren Verständnis anmerken, dass Herr Dr. S. über keinen eigenständigen Vorstandsdienstvertrag verfügt, sondern seine Organfunktion als Teil seiner Beratungsleistungen unter dem beigefügten Vertrag erbringt. Dies ist eine in der Praxis übliche Gestaltung, die für die Gesellschaft auch den Vorteil besitzt, dass Herr Dr. S. die AG nach außen formal repräsentieren kann und bei seiner Aufgabenerfüllung zudem den besonderen gesetzlichen Vorstandspflichten unterliegt, die sowohl seinem Anstellungsverhältnis mit 2 als auch dem Beratervertrag vorgehen. Wegen der Entbehrlichkeit eines eigenen Dienstvertrages ist die Gestaltung auch sehr flexibel und es besteht nicht die Gefahr einer doppelten Vergütung.

Es ist deshalb auch nur eine einzige Regelung vorzusehen. Durch die Bestellung von Herrn Dr. S. zum Vorstand hat sich diese nicht geändert. Neben weiteren Regelungen zum Schutz der Gesellschaft besteht sogar die Möglichkeit für die Gesellschaft mit Zustimmung des Aufsichtsrats, diesen auszuwechseln oder bei Kündigung des Beratungsvertrags abzuberaufen.

Bitte beachten Sie, dass der Vertrag formal gesehen, d.h. nach den Geschäftsordnungen von Vorstand und Aufsichtsrat nicht der Zustimmung des Aufsichtsrats unterliegt. Es handelt sich vielmehr um ein Beraterverhältnis im ordentlichen Geschäftsgang, das in der alleinigen Kompetenz des Vorstands liegt. Der Aufsichtsrat hat mit der vorbehaltlosen Bestellung des Herrn Dr. S. zum Vorstand vielmehr seine gesetzlichen Mitwirkungspflichten schon vollständig erfüllt.

Es liegt auch kein Fall der Drittanstellung als Vorstand der Gesellschaft vor, da die Geschäftsführertätigkeit bei 2 sich nicht direkt auf die Vorstandstätigkeit bezieht. Nachdem Herr Dr. S. lediglich nach wie vor sein unverändertes Geschäftsführergehalt in der 2 erhält, wird schließlich die Kompetenz des Aufsichtsrats zur Festlegung der Vorstandsbezüge nicht berührt.

Gleichwohl erhofft sich der Vorstand der Gesellschaft auch noch einmal die ausdrückliche Unterstützung durch den Aufsichtsrat bei der Einbindung von 2 im Wege eines bestätigenden Beschlusses für den Beraterver-

trag, da die Tätigkeit von 2 schlicht erfolgskritisch für die Restrukturierungsbemühungen der Gesellschaft ist. ...

Wir bitten Sie um Ihr kurzes Feedback, damit wir diese email samt Vertragsentwurf an die weiteren Aufsichtsratsmitglieder weiterleiten können, um kurzfristig im Namen des Gesamtaufichtsrats das Einverständnis mit der vorliegenden Regelung zu signalisieren. Wir würden dann einen formalen Bestätigungsbeschluss vorbereiten. Wir bitten Sie in diesem Zusammenhang, die email Adressen und Kontaktdaten der weiteren Aufsichtsratsmitglieder uns zur Verfügung zu stellen, da uns diese nicht vorliegen. ..."

- 4 Das Aufsichtsratsmitglied B. antwortete, dass der Aufsichtsrat der Beauftragung der 2 gerne zustimme, wenn ihr keine rechtlichen Probleme entgegenstünden. Die Rechtsanwaltskanzlei kündigte daraufhin per E-Mail die Formulierung eines zustimmenden Beschlusses an, in dem es u.a. heißt:

"Als Aufsichtsrat der It. AG stimme ich gemäß Ziffern 4.2. Satz 2, Ziffer 5.2. Geschäftsordnung Aufsichtsrat wegen besonderer Dringlichkeit unter abgekürzter Frist auf Vorschlag des Vorstands dem beiliegenden Beratungsvertrag mit 2 auch noch einmal formal zu. ... Wie schon bei der vorbehaltlosen Bestellung von Herrn Dr. S als Vorstand zum Ausdruck gebracht, bestehen seitens des Aufsichtsrats wegen des zwingenden Vorrangs der gesetzlichen Organpflichten und dem Fehlen einer besonderen Vergütung für die Wahrnehmung der Vorstandstellung auch im Hinblick auf § 88 AktG keine Bedenken gegen die Tätigkeit von Herrn Dr. S. als Geschäftsführer von 2 ."

- 5 Am 3. November 2008 sandte die Rechtsanwaltskanzlei einen Beschlussentwurf an den Vorstandsvorsitzenden, der am 4. November 2008 mittels E-Mail, die dem Beklagten in Kopie übermittelt wurde, zurückschrieb:

"Natürlich ist der Beschluss so korrekt formuliert - überfordert aber den AR vollständig. Sind Sie doch so nett, und fügen dieselbe Erläuterung bei, die Sie auch Herrn B. gegeben haben. Ferner wäre es hilfreich, nicht nur §§ zu zitieren - denn ohne Gesetzestext hilft das den Herren wenig. Auch würde ich die Formulierung ändern, dass hier nochmals zugestimmt werden soll - denn dem Schreiben von Herrn Dr. G. ist klar zu entnehmen, dass die Herren der Auffassung sind, noch nicht zugestimmt zu haben, sondern nur gerne würden, aber Angst haben, einen rechtlichen Fehler zu begehen. Also muss man denen doch in verständlicher Form - so wie in dem Anschreiben an Herrn B. - den Sachverhalt zuerst erklären. Und dann erst den Beschluss dran hängen. ..."

6 Am 5. November 2008 sandte der Vorstandsvorsitzende der Klägerin eine E-Mail an den Aufsichtsratsvorsitzenden, die in Kopie an weitere Aufsichtsratsmitglieder und die Vorstandsmitglieder gesandt wurde. Darin heißt es u.a.

"Eine erneute juristische Überprüfung durch A. hat ergeben, dass für die Vergütungsregelung 2 keine aufsichtsrätliche Genehmigung erforderlich ist. Das Rational mögen Sie bitte den nachfolgenden Ausführungen entnehmen, welche von A. abgefasst wurden. ..."

7 Im Folgenden enthält die Mail eine weitgehend wörtliche Wiedergabe der Mail vom 30. Oktober 2008 mit der Bitte, sich bei Rückfragen an die Anwaltskanzlei zu wenden, und den Vermerk: "Somit geht der Vorstand davon aus, dass dieser Vorgang nun endgültig abgeschlossen ist."

8 In der Vorstandssitzung vom 11. November 2008 beschloss der Vorstand, den Beratervertrag vom Vorstand unterzeichnen zu lassen. Der Beklagte enthielt sich der Stimme.

9 Mit dem Datum 4. November 2008 unterzeichneten die Vorstandsmitglieder Dr. L. und Dr. N. für die Klägerin und der Beklagte für die 2 GmbH den Beratervertrag, der für die Vergütung der 2 GmbH feste Tagessätze für einzelne Mitarbeiter, darunter den Beklagten, vorsah sowie, dass die Hälfte der auf rund 98.000 € pro Monat geschätzten Vergütung gestundet und nur in einem näher bestimmten Erfolgsfall gezahlt werden sollte, dann aber bis zur dreifachen Höhe.

10 Durch Beschluss des Aufsichtsrats vom 16./18. Dezember 2008 wurde der Beklagte als Vorstand abberufen. Die 2 GmbH machte Zahlungsansprüche gegen die Beklagte vor dem Landgericht Saarbrücken geltend, über die noch nicht entschieden ist.

11 Mit der Klage beantragt die Klägerin festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet sei, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der dieser dadurch ent-

standen ist oder entstehen werde, dass der Beklagte als Vorstand der Klägerin die ihm obliegenden Pflichten durch den Abschluss des Beratervertrags vom 4. November 2008 zwischen der Klägerin und der Firma 2 , deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer er ist, verletzt habe.

12 Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Die Berufung des Beklagten hatte keinen Erfolg. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Beklagten.

Entscheidungsgründe:

13 Die Revision des Beklagten hat Erfolg und führt zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

14 I. Das Berufungsgericht (OLG Saarbrücken, ZIP 2014, 822) hat ausgeführt, die Feststellungsklage sei zulässig. Durch die behauptete Pflichtwidrigkeit des Beklagten, den kompetenzwidrigen Abschluss des Beratervertrags durch den Vorstand, sei bei der Klägerin bereits ein Schaden eingetreten. Dadurch, dass die 2 GmbH das Honorar aus dem Beratervertrag eingeklagt habe, habe die Klägerin Rechtsanwaltskosten aufwenden müssen. Diese Kosten seien ein auf der Pflichtverletzung beruhender Schaden, unabhängig davon, ob er nach einer Kostenerstattung durch die 2 GmbH wieder entfalle.

15 Der Beklagte habe im Zusammenhang mit dem Abschluss des Beratervertrags die ihm als Vorstandsmitglied gemäß § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG obliegenden Pflichten verletzt und sich dadurch nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG gegenüber der Klägerin schadenersatzpflichtig gemacht. Der Vorstand einer Aktiengesellschaft handele pflichtwidrig, wenn er bei einer Entscheidung die ihm eingeräumten Kompetenzen überschreite. Der Vorstand der Klägerin habe bei dem Abschluss des Beratervertrags mit der 2 GmbH seine durch das Gesetz

zugewiesenen Kompetenzen überschritten. Nach § 112 Satz 1 AktG werde die Aktiengesellschaft Vorstandsmitgliedern gegenüber durch den Aufsichtsrat gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Zuständig für den Vertragsschluss sei somit der Aufsichtsrat gewesen, weil der Beklagte als damaliges Vorstandsmitglied der Klägerin zugleich alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der 2 GmbH gewesen sei. Die Kompetenzüberschreitung des Vorstands sei dem Beklagten zuzurechnen. Dass sich der Beklagte bei der internen Beschlussfassung des Vorstands über den Vertragsschluss der Stimme enthalten habe, schließe eine Zurechnung nicht aus. Es habe ihm obliegen, in angemessener Weise, etwa durch die Erhebung von Gegenvorstellungen gegenüber den übrigen Vorstandsmitgliedern, darauf hinzuwirken, dass die Zuständigkeit des Aufsichtsrats gewahrt werde. Aus denselben Erwägungen könne sich der Beklagte nicht darauf zurückziehen, er habe den Beratervertrag nicht für die Klägerin, sondern lediglich für die 2 GmbH unterzeichnet.

16 Der Beklagte habe auch schuldhaft gehandelt. Das Vorstandsmitglied könne sich grundsätzlich nicht auf fehlende persönliche Sachkunde berufen. Das gelte namentlich für Rechtsfragen. Verfüge das Vorstandsmitglied nicht selbst über die erforderlichen Rechtskenntnisse, habe es fachkundigen Rat einzuholen. Dazu reiche eine schlichte Anfrage bei einer von dem Vorstandsmitglied für fachkundig gehaltenen Person grundsätzlich nicht aus. Erforderlich sei vielmehr, dass sich das Vertretungsorgan unter umfassender Darstellung des für die rechtliche Bewertung relevanten Tatsachenstoffs von einem unabhängigen, für die zu klärende Fragestellung fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lasse.

17 Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe habe sich der Beklagte auf die von der Rechtsanwaltskanzlei gegenüber dem Vorstandsvorsitzenden in der E-Mail vom 30. Oktober 2008 abgegebene Stellungnahme nicht verlassen dürfen. Aus ihr lasse sich lediglich entnehmen, dass der Beratervertrag aus der Sicht

der sachbearbeitenden Rechtsanwälte nach den Satzungsbestimmungen der Klägerin nicht der Zustimmung des Aufsichtsrats bedurft habe. Die nahe liegende Frage, ob der Vorstand aufgrund der persönlichen Betroffenheit des Beklagten möglicherweise nach § 112 AktG generell von der Vertretung der Klägerin bei dem Vertragsschluss ausgeschlossen gewesen sei, werde dagegen in der Stellungnahme nicht beantwortet, wie auch nicht erkennbar sei, dass eine entsprechende Prüfung überhaupt (ausdrücklich) Gegenstand der Beauftragung der Kanzlei gewesen sei. Die fehlenden Erläuterungen zu diesem Punkt hätten dem Beklagten indes Veranlassung geben müssen, entweder gegenüber dem Vorstandsvorsitzenden, der die Rechtsanwaltskanzlei mandatiert habe, auf eine ergänzende anwaltliche Prüfung der Vertretungsbefugnis des Vorstands in dem konkreten Fall hinzuwirken oder insoweit eigene Erkundigungen bei einem entsprechend spezialisierten Rechtsanwalt einzuholen. Denn in Anbetracht der für die Vertretungsverhältnisse der Aktiengesellschaft grundlegenden Vorschrift in § 112 AktG, deren Kenntnis auch von einem nicht juristisch vorgebildeten Vorstandsmitglied wie dem Beklagten als Kommunikationswissenschaftler erwartet werden könne, habe sich aufdrängen müssen, dass hinsichtlich des beabsichtigten Vertragsschlusses mit einer Gesellschaft, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer zugleich Vorstandsmitglied der Klägerin sei, nicht lediglich ein satzungsmäßiges Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrats, sondern dessen gesetzliche Zuständigkeit zum Abschluss des Beratervertrags in Rede gestanden habe.

18 Entgegen der von dem Beklagten wiederholt geäußerten Rechtsauffassung komme es nicht entscheidend darauf an, ob von ihm eine zutreffende rechtliche Beurteilung der Frage, ob § 112 AktG auf Fälle der wirtschaftlichen Identität zwischen einem Vorstandsmitglied und einem Vertragspartner der Aktiengesellschaft anwendbar sei, habe erwartet werden dürfen. Maßgeblich sei vielmehr, dass sich die E-Mail einer Stellungnahme zu dieser Problematik ent-

halten habe und dass der Beklagte das hätte erkennen und deshalb weitere Erkundigungen hätte einholen müssen.

19 II. Das Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

20 1. Die Feststellungsklage ist zulässig. Die Klägerin hat das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Rechtsverhältnisses. Ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses ist gegeben, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige Gefahr oder Unsicherheit droht und wenn das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen. Wegen einer Gefahr für ein Recht besteht ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Schadensersatzpflicht schon zur Hemmung der drohenden Verjährung, ohne dass der Eintritt der Verjährung unmittelbar bevorstehen muss (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 2010 - VII ZR 187/08, NJW-RR 2010, 750 Rn. 13 mwN; Urteil vom 10. Juli 2014 - IX ZR 197/12, ZIP 2014, 2150 Rn. 11).

21 Eine Verjährung des Anspruchs droht. Der Lauf der fünfjährigen Verjährungsfrist nach § 93 Abs. 6 AktG beginnt mit der Entstehung des Anspruchs und damit mit dem Eintritt des Schadens dem Grunde nach (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2005 - II ZR 112/03, ZIP 2005, 852, 853 zur GmbH). Ob ein Schaden dem Grunde nach bereits mit dem Abschluss des Vertrags vom 4. November 2008 eingetreten ist, kann hier dahinstehen, weil jedenfalls mit der Belastung mit der Honorarforderung für die Rechtsanwälte der Klägerin im Verfahren, in dem die 2 GmbH Zahlungsansprüche geltend gemacht hat, ein Schaden eingetreten ist. Der Ausgang des Rechtsstreits zwischen der Klägerin und der 2 GmbH ist insoweit ohne Belang. Auch ein möglicher Erstattungsanspruch gegen die 2 GmbH in diesem Rechtsstreit beseitigt den Schaden nicht. Ein Ausgleichsanspruch gegen einen Dritten lässt den Schaden nicht entfallen

(arg. ex. § 255 BGB, vgl. etwa BGH, Urteil vom 15. April 2010 - IX ZR 223/07, NJW 2010, 1961 Rn. 28 mwN).

22 Der Klägerin steht mit einer Streitverkündung gegenüber dem Beklagten im Honorarprozess der 2 GmbH entgegen der Revision auch kein einfacheres Mittel zur Verfügung. Die Streitverkündung würde nur zur Hemmung der Verjährung führen, die Ersatzpflicht des Beklagten aber nicht klären. An der Klärung der Ersatzpflicht hat die Klägerin aber ein eigenes Feststellungsinteresse, jedenfalls nachdem der Beklagte seine haftungsrechtliche Verantwortlichkeit in Abrede stellt (vgl. BGH, Urteil vom 16. Januar 2001 - VI ZR 381/99, NJW 2001, 1431, 1432).

23 2. Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht eine Pflichtverletzung des Beklagten festgestellt. Er hat seine Pflichten als Vorstandsmitglied dadurch verletzt, dass er die beiden anderen Vorstandsmitglieder nicht vom Abschluss des Beratungsvertrags mit der 2 GmbH abgehalten hat.

24 a) Die Vorstandsmitglieder der Klägerin, die den Beratungsvertrag mit der 2 GmbH unter dem Datum 4. November 2008 abgeschlossen haben, haben ihre Pflichten verletzt, weil sie dafür weder geschäftsführungs- noch vertretungsbefugt waren. Ein Vorstandsmitglied verletzt seine Pflichten, wenn es die aktienrechtliche Kompetenzverteilung missachtet (vgl. § 82 Abs. 2 AktG). Für die Entscheidung über die Vergütung der Vorstandsmitglieder und für den Abschluss der die Vergütung betreffenden Verträge ist nach § 84 Abs. 1 Satz 5 in Verbindung mit Satz 1, § 87, § 112 AktG der Aufsichtsrat zuständig. Der Abschluss dieser Verträge fällt auch dann in die Zuständigkeit des Aufsichtsrats, wenn sie von der Gesellschaft nicht mit dem Vorstandsmitglied selbst, sondern einem Dritten abgeschlossen werden und mit diesem eine Vergütung für die Vorstandstätigkeit vereinbart wird (Hüffer/Koch, AktG, 11. Aufl., § 112 Rn. 3; Krieger, Festschrift Hoffmann-Becking, 2013, S. 712, 716; E. Vetter, Festschrift Hoffmann-Becking, 2013, S. 1297, 1310). Nur dadurch ist der Gleichlauf von

Bestellungs- und Anstellungskompetenz gewährleistet. Unter diese "Drittanstellungsverträge" fällt auch bei der Bestellung eines vorübergehenden Vorstandsmitglieds, das selbst in einem Vertragsverhältnis zu einem Dritten steht, der Abschluss eines Vertrags über die Vergütung dieses Dritten für die Vermittlung sowie Stellung des Vorstandsmitglieds und für seine Vorstandstätigkeit (Hüffer/Koch, AktG, 11. Aufl., § 112 Rn. 3; Krieger, Festschrift Hoffmann-Becking, 2013, S. 712, 716).

25 Der Beratervertrag mit der 2 GmbH regelte die Vergütung dieser Gesellschaft für die Vorstandstätigkeit des Beklagten. Die Beratertätigkeit der 2 GmbH sollte nach der ausdrücklichen Regelung unter 2.2. auch Vorstands- und Geschäftsführungsaufgaben umfassen, für die der Beklagte zum Vorstandsmitglied bestellt war. Für die Beratungsleistungen sollte die 2 GmbH ein Honorar nach Manntagen auf der Grundlage von Tagessätzen erhalten, wobei für den Beklagten ein bestimmter Tagessatz vorgesehen war. Dass der Vertrag als Beratervertrag und die zu erbringenden Leistungen der 2 GmbH als Beratungsleistungen bezeichnet waren, nimmt dem Vertrag nicht seinen Charakter als Regelung der Vergütung für die Vorstandstätigkeit des Beklagten. Maßgebend ist nicht die Bezeichnung, sondern der Inhalt der Vereinbarung.

26 An dem Kompetenzverstoß ändert sich auch nichts, weil die Beratungsleistungen auch noch durch andere Mitarbeiter der 2 GmbH erbracht werden sollten, die nicht zu Vorstandsmitgliedern bestellt waren. Der Abschluss von Beraterverträgen fällt allerdings grundsätzlich in die Zuständigkeit des Vorstands, soweit die Beratungs- oder Managementleistungen durch Mitarbeiter erbracht werden sollen, die nicht Vorstandsmitglieder sein sollen (§ 78 Abs. 1 AktG), sofern nicht aus anderen Gründen die Zuständigkeit des Aufsichtsrats begründet wird. Ob eine Vertragsgestaltung, bei der in einem Vertrag sowohl die Vergütung des Vorstandsmitglieds als auch Verhältnisse der weiteren Mitarbeiter geregelt werden sollen, zu einer gemeinsamen Zuständigkeit des Vor-

stands und des Aufsichtsrats führt (Krieger, Festschrift Hoffmann-Becking, 2013, S. 712, 717) oder auch in diesem Fall die Kompetenz allein beim Aufsichtsrat liegt, kann hier dahinstehen. In keinem Fall fällt der Abschluss allein in die Geschäftsführungskompetenz des Vorstands.

27 b) Der Beklagte hatte als Mitglied des Vorstands darauf hinzuwirken, dass auch seine Vorstandskollegen die Kompetenzordnung achten und ihre Kompetenzen nicht überschreiten. Er handelte beim Abschluss des schriftlichen Beratervertrags zwar nicht selbst auf Seiten der Gesellschaft, sondern schloss ihn für die 2 GmbH als Geschäftsführer ab und enthielt sich bei der Abstimmung im Vorstand der Klägerin der Stimme. Vorstandsmitglieder verletzen ihre Pflichten aber nicht nur dann, wenn sie eigenhändig tätig werden oder Kollegialentscheidungen treffen, sondern auch, wenn sie gegen pflichtwidrige Handlungen anderer Vorstandsmitglieder nicht einschreiten (BGH, Urteil vom 15. Januar 2013 - II ZR 90/11, ZIP 2013, 455 Rn. 22).

28 3. Nicht frei von Rechtsfehlern ist das Berufungsurteil jedoch hinsichtlich des Verschuldens des Beklagten. Von einem Verschulden ist bei Vorliegen einer objektiven Pflichtverletzung grundsätzlich auszugehen. Mangelnde Fähigkeiten und Kenntnisse, die dem verlangten Standard nicht genügen, stellen keinen Entschuldigungsgrund dar. Das gilt erst recht für einen Rechtsirrtum. Grundsätzlich trifft den Schuldner das Risiko, die Rechtslage zu verkennen. Ein Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft kann sich nur ausnahmsweise wegen eines Rechtsirrtums entlasten, wenn es sich unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lässt und den erteilten Rechtsrat einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht (BGH, Urteil vom 20. September 2011 - II ZR 234/09, ZIP 2011, 2097 Rn. 18). Diese Rechtsgrundsätze hat das Berufungsgericht nicht rechtsfehlerfrei angewandt.

29 a) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht die Entlastung des Beklagten für ausgeschlossen erachtet, weil sich der mit der Übersendung des ausgearbeiteten Beratervertrags erteilten Mail-Auskunft nur entnehmen lasse, dass der Beratervertrag aus der Sicht der sachbearbeitenden Rechtsanwälte nach den Satzungsbestimmungen der Klägerin nicht der Zustimmung des Aufsichtsrats bedurfte, und die naheliegende Frage, ob der Vorstand aufgrund einer persönlichen Betroffenheit des Beklagten möglicherweise nach § 112 AktG generell von der Vertretung der Klägerin bei dem Vertragsschluss ausgeschlossen war, in der Stellungnahme nicht beantwortet werde und auch nicht erkennbar sei, dass eine entsprechende Prüfung überhaupt ausdrücklich Gegenstand der Beauftragung der Anwaltskanzlei gewesen sei. Damit überspannt das Berufungsgericht die Anforderungen. Ob eine Prüfung der Abschlusskompetenz des Vorstands nach § 112 AktG ausdrücklich Gegenstand des Prüfauftrags war, ist nicht von Bedeutung.

30 Eine Entlastung aufgrund eines Rechtsirrtums verlangt nicht, dass ein Prüfauftrag ausdrücklich für eine bestimmte Rechtsfrage erteilt wird, sondern nur, dass die Prüfung aus der Sicht des nicht fachkundigen Organs die zweifelhafte Frage umfasst. Selbst wenn sich der dem sachkundigen Dritten erteilte Auftrag auf eine anderweitige Aufgabenstellung richtet, kann es das Organ entlasten, wenn es sich nach den Umständen der Auftragserteilung darauf verlassen durfte, die Fachperson habe im Rahmen der anderweitigen Aufgabenstellung auch die zweifelhafte Frage geprüft (vgl. BGH, Urteil vom 27. März 2012 - II ZR 171/10, ZIP 2012, 1174 Rn. 22). Unabhängig vom Inhalt des Prüfauftrags kann es das Organ auch entlasten, wenn die fachkundige Person nach dem Inhalt der Auskunft die Rechtsfrage tatsächlich geprüft und beantwortet hat. Dass der Prüfauftrag nicht auf die ausdrückliche Klärung einer bestimmten rechtlichen Frage - wie hier nach der Würdigung des Berufungsgerichts den Ausschluss des Vorstands von der Vertretung der Klägerin nach § 112 AktG aufgrund einer persönlichen Betroffenheit des Beklagten - zielt, hindert eine

Entlastung ebenfalls nicht. Von einem nicht selbst rechtskundigen Auftraggeber kann grundsätzlich nicht erwartet werden, dass er bestimmte Rechtsfragen formuliert.

31 Für den Beklagten als Organ genügte als Rechtsauskunft, ob die Maßnahme in die Kompetenz des Vorstands fiel und der Vorstand eigenverantwortlich handeln durfte. Diese Fragen wurden in der erteilten Auskunft beantwortet. Ob es dazu bereits genügt, dass der Vertragsentwurf die Vertretung durch den Vorstand vorsah, obwohl damit noch kein Anhalt für eine Plausibilitätsprüfung bestand, kann dahinstehen. Die Rechtsberater haben sich nicht auf die Übersendung des Vertragsentwurfs beschränkt, sondern dazu ausgeführt, dass es sich um ein Beratungsverhältnis im ordentlichen Geschäftsgang handele, das in der alleinigen Kompetenz des Vorstands liege, und der Aufsichtsrat mit der vorbehaltlosen Bestellung des Beklagten zum Vorstandsmitglied seine gesetzlichen Mitwirkungspflichten bereits erfüllt habe. Aus den weiteren Darlegungen, der Vertrag unterliege nicht der Zustimmung des Aufsichtsrats, musste ein juristischer Laie nicht entnehmen, dass die Kompetenz des Vorstands zum Handeln nicht geprüft worden ist. Im Gegenteil befasst sich die E-Mail ausführlich mit den Kompetenzen des Aufsichtsrats und erklärt, warum der Beratervertrag nicht darunter falle.

32 Wenn das Berufungsgericht darauf abgestellt hat, dass in dem Begleitschreiben nicht die Vertretungsmacht, sondern nur die Zustimmungsbedürftigkeit behandelt werde, legt es eine rechtliche Unterscheidung zugrunde, deren Kenntnis von dem Beklagten gerade nicht erwartet werden konnte. Schon aus diesem Grund musste sich entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts dem Beklagten als Kommunikationswissenschaftler in Anbetracht der für die Vertretungsverhältnisse der Aktiengesellschaft grundlegenden Vorschrift des § 112 AktG auch nicht aufdrängen, dass hinsichtlich des beabsichtigten Vertragsschlusses mit einer Gesellschaft, deren alleiniger Gesellschafter und

Geschäftsführer zugleich Vorstandsmitglied der Klägerin ist, nicht lediglich ein satzungsmäßiges Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrats, sondern dessen gesetzliche Zuständigkeit zum Abschluss des Beratervertrags in Rede stand. Die vom Berufungsgericht in den Mittelpunkt seiner Erörterung gestellte Frage der Erstreckung der Geschäftsführungs- und Vertretungskompetenz des Aufsichtsrats nach § 112 AktG auf Verträge mit von einem Vorstandsmitglied beherrschten Gesellschaften, die nicht geklärt ist (vgl. BGH, Urteil vom 12. März 2013 - II ZR 179/12, BGHZ 196, 312 Rn. 9) und die einem juristischen Laien nicht bekannt sein muss, ist zudem für die Geschäftsführungs- und Vertretungskompetenz für den abzuschließenden Beratervertrag nicht von Bedeutung, weil hier die Zuständigkeit des Aufsichtsrats bereits daraus folgt, dass die Vorstandsvergütung geregelt wird.

33 b) Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht deshalb als richtig, weil - wie die Revisionserwiderung meint - der Beklagte durch einen kurzen Blick in einen aktienrechtlichen Standardkommentar zu § 112 AktG hätte erkennen können, dass nach überwiegender Auffassung keine Vertretungskompetenz des Vorstands für den Abschluss von Geschäften mit einer vom Vorstandsmitglied beherrschten Gesellschaft bestehe und dem Beklagten bei einer sorgfältigen Plausibilitätsprüfung das Fehlen einer Auseinandersetzung mit dieser Frage in der Auskunft der beauftragten Rechtsanwälte hätte auffallen müssen. Die Plausibilitätsprüfung besteht nicht in einer rechtlichen Überprüfung der erhaltenen Rechtsauskunft. Sie beinhaltet vielmehr eine Überprüfung, ob dem Berater nach dem Inhalt der Auskunft alle erforderlichen Informationen zur Verfügung standen, er die Informationen verarbeitet hat und alle sich in der Sache für einen Rechtsunkundigen aufdrängenden Fragen widerspruchsfrei beantwortet hat oder sich aufgrund der Auskunft weitere Fragen aufdrängen.

34 III. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen, weil sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist.

- 35 1. Es bedarf weiterer Feststellungen zu einer Entlastung des Beklagten. Ein Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft kann sich nur ausnahmsweise wegen eines Rechtsirrtums entlasten, wenn es sich unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lässt und den erteilten Rechtsrat einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht (BGH, Urteil vom 20. September 2011 - II ZR 234/09, ZIP 2011, 2097 Rn. 18). Insoweit liegen sowohl die Darlegungs- als auch die Beweislast beim Beklagten.
- 36 Insbesondere fehlen Darlegungen und Feststellungen zur Unabhängigkeit des Beraters. Damit ist nicht seine persönliche Unabhängigkeit gemeint, sondern dass der Berater seine Rechtsauskunft sachlich unabhängig, d.h. unbeeinflusst von unmittelbaren oder mittelbaren Vorgaben hinsichtlich des Ergebnisses erteilt hat. Ohne eine nähere Darlegung der Umstände der Auftragserteilung und des weiteren Verlaufs wird eine Beurteilung hier nicht möglich sein. Einflussnahmen des Vorstandsvorsitzenden, der die Rechtsanwälte beauftragt hat, fallen in die Risikosphäre des Beklagten.
- 37 Ebenso fehlen Darlegungen und Feststellungen zu einer Plausibilitätsprüfung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Grundlage der Plausibilitätsprüfung die unzutreffende Rechtsauskunft und nicht die wirkliche Rechtslage ist. Es kann hier insbesondere darauf ankommen, ob sich satzungsgemäße Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats aufdrängten und möglicherweise übersehen worden waren, nachdem sich die Begleitmail vom 30. Oktober 2008 mit Zustimmungsvorbehalten nicht im Einzelnen befasste. Außerdem fällt auf, dass der Entwurf eines Zustimmungsbeschlusses für die Zustimmung des Aufsichtsrats auf Vorschriften der Geschäftsordnung Bezug nimmt, mit denen sich die Erläuterungen vom 30. Oktober 2008 nicht befassen.

38

2. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, seine Feststellungen zu einem eingetretenen Schaden zu überprüfen. Die Feststellung eines Schadens durch die Belastung mit den Anwaltsgebühren für das Verfahren der 2 GmbH gegen die Klägerin geht von der Annahme aus, dass der 2 GmbH zwar kein Vergütungsanspruch aufgrund des am 4. November 2008 geschlossenen schriftlichen Vertrags zusteht, die 2 GmbH aber durch den kompetenzwidrigen Abschluss des Vertrags zur Klage herausgefordert wurde. Dem liegt offenbar die Vorstellung zugrunde, dass der 2 GmbH ohne den am 4. November 2008 geschlossenen Vertrag keine Vergütung zusteht. Das trifft aber nicht zu. Ausweislich des vorgelegten Protokolls der Aufsichtsratssitzung vom 26. Juni 2008 sollte der Beklagte nicht ohne Vergütung tätig werden und die Vergütung an die 2 GmbH gezahlt werden. Erst recht sollte für die weiteren von der 2 GmbH gestellten Mitarbeiter eine Vergütung geleistet werden. Sofern insoweit nicht die bereits vor der Bestellung des Beklagten zum Vorstandsmitglied ggf. mündlich vereinbarte Vergütung zugrunde gelegt werden kann (vgl. dazu Krieger, Festschrift Hoffmann-Becking, 2013, S. 712, 718), kann jedenfalls entsprechend den Grundsätzen des fehlerhaften Anstellungsverhältnisses die

bei der Bestellung des Beklagten vorausgesetzte, und wenn sich eine solche nicht ermitteln lässt, die übliche Vergütung (§ 612 Abs. 2 BGB) verlangt werden.

Bergmann

Strohn

Reichart

Drescher

Born

Vorinstanzen:

LG Saarbrücken, Entscheidung vom 29.05.2012 - 8 KfH O 137/10 -

OLG Saarbrücken, Entscheidung vom 22.01.2014 - 2 U 69/13 -