



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 279/05

Verkündet am:  
20. November 2006  
Vondrasek  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: ja

AktG §§ 113, 114

- a) §§ 113, 114 AktG betreffen auch den Fall, dass die Aktiengesellschaft mit einem Unternehmen einen (Beratungs-)Vertrag schließt, an dem ein Aufsichtsratsmitglied - nicht notwendig beherrschend - beteiligt ist; § 115 AktG entfaltet gegenüber einer solchen erweiternden Anwendung keine Sperrwirkung (Bestätigung von Sen.Urt. v. 3. Juli 2006 - II ZR 151/04, ZIP 2006, 1529).
- b) Der von §§ 113, 114 AktG verfolgte Zweck, die unabhängige Wahrnehmung der organschaftlichen Überwachungstätigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds zu gewährleisten, ist auch dann betroffen, wenn dem Aufsichtsratsmitglied mittelbar Zuwendungen über die Vergütung für den (Beratungs-)Vertrag zufließen und diese nicht - abstrakt betrachtet - geringfügig sind oder im Vergleich zu der Aufsichtsratsvergütung einen nur vernachlässigenswerten Umfang haben.
- c) Grundlage für die Rückgewähr einer aufgrund eines gegen §§ 113, 114 AktG verstoßenden Beratungsvertrages zwischen der Aktiengesellschaft und einer Gesellschaft, der ein Aufsichtsratsmitglied angehört, **gezahlten Vergütung** ist auch im Verhältnis zu dem Beratungsunternehmen § 114 Abs. 2 AktG.

BGH, Urteil vom 20. November 2006 - II ZR 279/05 - OLG Frankfurt a.M.  
LG Frankfurt a.M.

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. November 2006 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Dr. Kurzwelly, Kraemer, Prof. Dr. Gehrlein und Dr. Reichart

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 21. September 2005 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Insolvenzverwalter der B. AG (im Folgenden: Schuldnerin). Bis zum Beginn des Insolvenzverfahrens war Rechtsanwalt K. Vorsitzender des Aufsichtsrats der Schuldnerin. K. war zugleich mit einer Beteiligung von 50 % Gesellschafter der beklagten GmbH. Diese erbrachte für die Schuldnerin aufgrund eines schriftlichen Rahmenvertrages und nachfolgender, mündlich geschlossener Einzelverträge Unternehmensberatungsleistungen, für die sie Honorare i.H.v. zusammen 125.997,21 € erhielt.
- 2 Der Kläger hält die zugrunde liegenden Verträge gemäß §§ 113 f. AktG für unwirksam und verlangt Rückzahlung der Honorare. Das Landgericht hat

der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten - unter Abweisung eines geringfügigen Teils der Klageforderung von 296,55 € - zurückgewiesen (ZIP 2005, 2322). Hiergegen wendet sich die Beklagte mit der von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Entscheidungsgründe:

3 Die Revision ist unbegründet.

4 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Beklagte sei zur Rückzahlung der Honorare verpflichtet. Die zwischen ihr und der Schuldnerin geschlossenen Beratungsverträge seien nach § 134 BGB i.V.m. §§ 113 f. AktG nichtig. Obwohl die Verträge nicht mit dem Aufsichtsratsmitglied selbst geschlossen worden seien, fänden die genannten aktienrechtlichen Vorschriften Anwendung. Es genüge nämlich, dass eine Gesellschaft beauftragt worden sei, an der das Aufsichtsratsmitglied mit 50 %, also "nicht nur marginal" als Gesellschafter beteiligt gewesen sei. Mangels hinreichender Konkretisierung der zu erbringenden Beratungsleistungen und des geschuldeten Honorars seien die Verträge nicht nach § 114 AktG genehmigungsfähig. Jedenfalls fehle es an einer wirksamen Genehmigung des Aufsichtsrats.

5 II. Dies hält den Angriffen der Revision im Ergebnis stand.

6 1. Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die zwischen der Schuldnerin und der Beklagten geschlossenen Beratungsverträge in den Anwendungsbereich der §§ 113 und 114 AktG fallen.

7 a) Der Senat hat bereits mit Urteil vom 3. Juli 2006 (II ZR 151/04, ZIP 2006, 1529) entschieden, dass die §§ 113, 114 AktG über ihren zu engen Wortlaut hinaus auch dann anzuwenden sind, wenn die Aktiengesellschaft einen (Beratungs-)Vertrag nicht mit einem Mitglied ihres Aufsichtsrats selbst, sondern mit einer Gesellschaft schließt, deren alleiniger Gesellschafter dieses Aufsichtsratsmitglied ist, und dass die besonderen, für Kreditgewährungen geltenden Regeln des § 115 AktG gegen eine solche erweiternde Anwendung der §§ 113, 114 AktG keine Sperrwirkung entfalten.

8 Anders als die Revision meint, beschränkt sich die zum Schutz vor Umgehungen der gesetzlichen Regelungen erforderliche erweiternde Auslegung der §§ 113, 114 AktG nicht auf den seinerzeit entschiedenen Fall, in dem das Aufsichtsratsmitglied der alleinige Gesellschafter des beratenden Unternehmens war. Vielmehr ist die Heranziehung dieser Vorschriften schon dann geboten, wenn die Aktiengesellschaft mit dem dritten Unternehmen, an welchem das Mitglied des Aufsichtsrates - nicht notwendig beherrschend - beteiligt ist, einen (Beratungs-)Vertrag schließt und wenn dem Aufsichtsratsmitglied auf diesem Wege mittelbar Leistungen der Aktiengesellschaft zufließen, die geeignet sind, in Widerspruch zu den mit den §§ 113, 114 AktG verfolgten Zielen die unabhängige Wahrnehmung der organschaftlichen Überwachungstätigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds zu gefährden. Eine solche Gefahr kann allenfalls dann verneint werden, wenn es sich bei den mittelbaren Zuwendungen um - abstrakt betrachtet - ganz geringfügige Leistungen handelt oder wenn sie im Vergleich zu der von der Hauptversammlung durch Satzungsbestimmung oder durch Einzelbeschluss festgesetzten Aufsichtsratsvergütung einen vernachlässigenswerten Umfang haben (vgl. E. Vetter, AG 2006, 173, 176 f.; Rellermeyer, ZGR 1993, 77, 86 f.; Müller, NZG 2002, 797, 798; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl. 2002 Rdn. 749; Werner, DB 2006, 935, 936;

a.A. - nur bei beherrschendem Einfluss des Aufsichtsratsmitglieds: Lutter/Kremer, ZGR 1992, 87, 106; Lutter/Drygala, Festschrift Ulmer 2003, S. 381, 383 ff.; Krüger/Thonfeld, EWiR 2006, 385; MünchHdBGesR IV/Hoffmann-Becking, 2. Aufl. § 33 Rdn. 29; Hopt/Roth in Großkomm.z.AktG 4. Aufl. § 114 Rdn. 42; ähnl. MünchKommAktG/Semler 2. Aufl. § 114 Rdn. 43 - analoge Anwendung des § 115 Abs. 3 AktG).

9

Wie der Senat bereits mehrfach ausgeführt hat, ist der Regelungszweck des § 114 AktG in Zusammenhang mit demjenigen des § 113 AktG zu sehen (BGHZ 126, 340, 346 f.; Sen.Urt. v. 3. Juli 2006, ZIP aaO S. 1531, Tz. 9). § 113 AktG will sicherstellen, dass die Hauptversammlung über die Höhe der Aufsichtsratsvergütung befindet und weder die Aufsichtsratsmitglieder selbst ihre Vergütung festsetzen können, noch dass der Vorstand mit dieser Aufgabe befasst wird und so in die Lage kommt, über die Vergütung derjenigen zu entscheiden, die ihn kontrollieren sollen. Durch die Regelungen des § 114 AktG soll sichergestellt werden, dass dieses Schutzsystem nicht dadurch unterlaufen wird, dass der Vorstand - ohne Wissen von Hauptversammlung und Aufsichtsrat - auf dem Wege des Abschlusses von Beratungs- oder ähnlichen Verträgen den Aufsichtsratsmitgliedern Sondervorteile zuwendet, die zu einer Gefährdung der unabhängigen Wahrnehmung der organschaftlichen Pflichten des Empfängers führen können. Die unschwer zu erfüllende Offenlegung des Vertragschlusses gegenüber dem gesamten Aufsichtsrat und das Erfordernis der Zustimmung dieses Gesellschaftsorgans sind der Preis, den das Aufsichtsratsmitglied entrichten muss, wenn es über die organschaftliche Tätigkeit hinaus gegen Entgelt für die Gesellschaft tätig werden und sich nicht der Gefahr aussetzen will, die Vergütung nach § 114 Abs. 2 AktG zurückgewähren zu müssen.

- 10            Im Hinblick auf diesen Schutzzweck ist es unerheblich, ob eine ungerichtfertigte Sonderleistung unmittelbar oder nur mittelbar über die Beteiligung an einem Beratungsunternehmen an das Aufsichtsratsmitglied fließt, weil aus der Sicht der Gesellschaft die Gefahrenlage dieselbe ist. Deswegen muß auch ein Vertrag über Dienst- oder Werkleistungen höherer Art zwischen der Aktiengesellschaft und einem Unternehmen, an dem das Aufsichtsratsmitglied beteiligt ist, demselben Kontrollmechanismus unterworfen werden. Auf die Fragen, in welcher Höhe das Aufsichtsratsmitglied an der Vertragspartnerin der Aktiengesellschaft beteiligt ist oder ob es die geschuldeten Vertragsleistungen selbst zu erbringen hat, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an (a.A. Wissmann/Ost, BB 1998, 1957, 1960; Mertens in Kölner Komm.z.AktG 2. Aufl. § 114 Rdn. 7), weil es allein um die Sicherstellung der im Interesse der Gesellschaft unerlässlichen Wahrnehmung der von - auch mittelbaren - Einflussnahmen des Vorstandes unabhängigen Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats geht. So wie sie in dem unmittelbar in § 114 AktG gesetzlich geregelten Fall einer solchen Vertragsbeziehung zwischen dem Aufsichtsratsmitglied und der Gesellschaft gefährdet sein kann, so kann sie in gleicher Weise beeinträchtigt werden, wenn dem Aufsichtsratsmitglied eine nach den oben genannten Maßstäben nicht nur vernachlässigenswerte Vergütung mittelbar zufließt.
- 11            b) Gemessen an diesen Grundsätzen besteht hier kein Zweifel, dass die zwischen der Schuldnerin und der Beklagten geschlossenen Beratungsverträge dem Anwendungsbereich der §§ 113 f. AktG unterworfen sind. Bei einer Beteiligung des Aufsichtsratsvorsitzenden K. an der Beklagten i.H.v. 50 % und Beratungshonoraren in einer Gesamthöhe von mehr als 125.000,00 € kann nicht mehr von einem - bei abstrakter Betrachtung - nur unbedeutenden und damit vernachlässigenswerten, mittelbar zukommenden Vermögensvorteil des Rechtsanwalts K. gesprochen werden; auf die Frage des Verhältnisses

von Aufsichtsratsvergütung und aus dem Beratungsvertrag fließenden Sonder-  
vorteil kommt es danach hier nicht an.

12            2. Die Beratungsverträge sind - wie das Berufungsgericht weiter zutref-  
fend angenommen hat - wegen Verstoßes gegen § 113 AktG nicht genehmi-  
gungsfähig und damit gemäß § 134 BGB nichtig.

13            a) Beratungsverträge einer Aktiengesellschaft mit einem Aufsichtsrats-  
mitglied oder mit einer ihm - wie hier - zuzurechnenden Gesellschaft über Tätig-  
keiten, die das Aufsichtsratsmitglied schon aufgrund seiner Organstellung im  
Rahmen der auch die vorsorgende Beratung einschließenden Überwachung  
erbringen muss, sind nach der ständigen Rechtsprechung des Senats nicht  
nach § 114 AktG genehmigungsfähig. Sie stellen vielmehr eine nach § 113  
AktG unzulässige Vergütungsvereinbarung dar und sind daher - sofern nicht die  
Hauptversammlung dem Vertrag zugestimmt hat - gemäß § 134 BGB nichtig  
(BGHZ 114, 127 ff.; 126, 340, 344 f.; Sen.Urt. v. 3. Juli 2006, ZIP aaO S. 1533,  
Tz. 16). Zulässig nach § 114 AktG sind nur Verträge über Dienst- oder Werk-  
leistungen, die nicht in den Aufgabenbereich des Aufsichtsrats fallen. Um Um-  
gehungen des § 113 AktG zu verhindern, muss der Beratungsvertrag eindeuti-  
ge Feststellungen darüber ermöglichen, ob die zu erbringende Leistung außer-  
oder innerhalb des organschaftlichen Pflichtenkreises des Aufsichtsratsmit-  
glieds liegt und ob der Vertrag darüber hinaus keine verdeckten Sonderzuwen-  
dungen - etwa in Form einer überhöhten Vergütung - enthält. Dazu gehört, dass  
die speziellen Beratungsgegenstände und das dafür zu entrichtende Entgelt so  
konkret bezeichnet werden, dass sich der Aufsichtsrat ein eigenständiges Urteil  
über die Art und den Umfang der Leistung sowie über die Höhe und die Ange-  
messenhaftigkeit der Vergütung bilden kann. Verträge, die diese Anforderungen nicht

erfüllen, sind nicht nach § 114 Abs. 1 AktG genehmigungsfähig, sondern nichtig (§ 134 BGB i.V.m. § 113 AktG).

- 14            b) Die zwischen der Schuldnerin und der Beklagten geschlossenen Beratungsverträge sind danach nichtig. Der Rahmenvertrag ist schon deshalb nicht genehmigungsfähig, weil er die Aufgaben der Beklagten nicht abschließend bezeichnet, sondern nur beispielhaft aufzählt ("Die N.        berät den Auftraggeber in wirtschaftlichen und strategischen Angelegenheiten. Die N.        wird hierbei insbesondere folgende Aufgaben erbringen: ..."). Darüber hinaus betreffen jedenfalls eine Reihe der beispielhaft aufgezählten Vertragsgegenstände - das gilt etwa für die "Beratung der Gesellschaft bei dem Abschluss von Unternehmens- und Beteiligungskaufverträgen und bei der Eingehung strategischer Allianzen (Joint Ventures)", für die "Beratung zu Finanzierungsmodellen zur Ausstattung mit liquiden Mitteln (Kapitalerhöhungen, Inhaber- und Wandelschuldverschreibungen, Kreditverträge)", für die "Beratung bei sonstigen Kapitalmaßnahmen, z.B. Aktiensplits" und für die "Beratung bei internen Strukturierungen" - den bereits von den Pflichten des Aufsichtsratsmitglieds erfassten Aufgabenbereich. Im Ergebnis das Gleiche gilt für die Vertragsgegenstände der - zudem nur mündlich geschlossenen - Einzelverträge; auch hier genügen die stichwortartigen Angaben nicht, um dem Aufsichtsrat die erforderliche eigene Prüfung zu eröffnen, ob die vertraglich vereinbarte Beratungsleistung bereits von der Organtätigkeit des Aufsichtsratsmitglieds erfasst ist und ob die dafür versprochene Vergütung sich im Rahmen des Angemessenen hält.

- 15            3. Ob ein wegen ungenauer Bezeichnung der Vertragspflichten gegen §§ 113 f. AktG verstoßender Beratungsvertrag nachträglich konkretisiert und dann durch den Aufsichtsrat genehmigt werden kann (so Wissmann/Ost, BB aaO S. 1958; Müller, NZG aaO S. 801; Lutter/Drygala aaO S. 395 f.;

E. Vetter, AG aaO S. 178; Krüger/Thonfeld, EWiR aaO S. 386), bedarf keiner Entscheidung. Eine derartige Genehmigung hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Dabei kann offen bleiben, ob das Berufungsgericht den Vortrag der Beklagten, bei der Beschlussfassung des Aufsichtsrats seien sämtliche Einzelrechnungen - mit den daraus ersichtlichen Beratungsgegenständen - und die "Time-Sheets" vorgelegt worden, zu Recht gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen hat. Denn die Revision zeigt schon nicht auf, dass sich aus den Rechnungen die erforderliche Klarheit hätte gewinnen lassen können. So sind etwa die Formulierungen "B. allgemeine Beratung: Beratung zu Kapitalmarkttransaktionen" und "B. allgemeine Beratung: wirtschaftliche Stellungnahme zum Aktienoptionsplan" keineswegs geeignet, die Möglichkeit auszuschließen, dass die Beratungstätigkeit der Beklagten auch den organschaftlichen Aufgabenbereich von Rechtsanwalt K. als Aufsichtsratsmitglied erfasst hat. Der Senat hat deswegen entgegen der Ansicht der Revision auch nicht zu entscheiden, ob die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts zutrifft, der Genehmigungsbeschluss sei auch aus formellen Gründen - Beschlussunfähigkeit des dreiköpfigen Aufsichtsrats - unwirksam.

16                    4. Folge der Nichtigkeit der Beratungsverträge ist die Verpflichtung der Beklagten, die ihr von der Schuldnerin gewährte Vergütung zurückzuzahlen. Grundlage dafür ist - wie der Senat bereits in dem Urteil vom 3. Juli 2006

(aaO S. 1533 Tz. 20) näher ausgeführt hat - die auch hinsichtlich der Rechtsfolgen entsprechend heranzuziehende Vorschrift des § 114 Abs. 2 AktG, die einen effektiven, von Verrechnungen mit Gegenansprüchen freien Rückgewähranspruch gewährleistet.

Goette

Kurzwelly

Kraemer

Gehrlein

Reichart

Vorinstanzen:

LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 21.12.2004 - 2/14 O 16/04 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 21.09.2005 - 1 U 14/05 -