



Christian Eberlein

**Die Wirksamkeit von Beratungsverträgen
zwischen der Aktiengesellschaft
und einer dem Aufsichtsratsmitglied
nahe stehenden Person**

§ 1 Einführung

A. Einleitung

I. Problemstellung und Ziel der Arbeit

Mit § 114 AktG nimmt sich diese Arbeit einer der „brisantesten und sensibelsten“¹ Vorschriften des Aktiengesetzes an, in welcher mit den Beratungsverträgen von Aufsichtsratsmitgliedern ein aktienrechtlicher „Dauerbrenner“² geregelt ist. Die Vorschrift macht die Wirksamkeit eines Beratungsvertrages zwischen einem Aufsichtsratsmitglied und der Aktiengesellschaft³, deren Vorstand von ihm zu überwachen ist, von einer Zustimmung des Aufsichtsratsgremiums abhängig. Damit soll sichergestellt werden, dass der Vorstand auf seine Überwacher nicht mit lukrativen Beratungsverträgen einwirken kann.

Obwohl die Norm Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern nicht verbietet, ist in der höchstrichterlichen Rspr. die klare Tendenz auszumachen, § 114 AktG so auszulegen, dass der Bereich zulässiger Beratungsverträge zwischen Aufsichtsratsmitgliedern und der von ihnen zu überwachenden Gesellschaft zunehmend verkleinert wird.⁴ In der Literatur wird dies als „Unmöglichkeit der Normbefolgung“⁵ und daher als faktisches Verbot von Beratungsverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern aufgefasst. Zunehmend fraglich ist daher, ob die weit verbreitete Praxis⁶ in deutschen Aktiengesellschaften, Aufsichtsratsmitgliedern z.T. erhebliche Beraterhonorare⁷ zu zahlen, in Zukunft noch Bestand haben kann.

Neuer Diskussionsstoff zu Beratungsverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern wurde in jüngerer Vergangenheit durch zwei Entscheidungen⁸ des Bundesge-

1 Peltzer, FS Priester, S. 573 (583).

2 Fleischer, Der Aufsichtsrat 2012, 49; Spindler/Kaulich, WuB II A § 114 AktG 2.06.

3 Im Folgenden: AG.

4 Kort, ZIP 2008, 717 (729).

5 Drygala, ZIP 2011, 427 (428).

6 Baums, Kommissionsbericht, Rn. 265; Hopt/Roth, in: GroßKomm AktG, § 114 Rn. 1; Lutter, FS Westermann, S. 1171 (1172); Werner, DB 2006, 935; Widmann, Beraterverträge, S. 1.

7 Vgl. die Praxisbeispiele bei Happ, FS Priester, S. 175 (195) FN. 70 und bei Vetter, ZIP 2008, 1 in FN. 66.

8 BGHZ 168, 188; 170, 60.

richtshofs aus dem Jahr 2006 geliefert. Darin nahm sich das Gericht der Fragestellung an, unter welchen Begebenheiten ein Beratungsvertrag mit einer Beratungsgesellschaft, an der das Aufsichtsratsmitglied beteiligt ist, mit dem in § 114 AktG geregelten Fall des Vertragsschlusses direkt mit dem Aufsichtsratsmitglied, gleichzusetzen ist. Die schiere „Veröffentlichungsflut“⁹, die diese Entscheidungen im Schrifttum nach sich gezogen haben, vermochte die Debatte nicht zu beenden, vielmehr ist zu konstatieren, dass die Diskussion um Beratungsverträge von Aufsichtsratsmitgliedern bis heute nicht zur Ruhe kommt¹⁰.

Aufgeworfen wird vom BGH damit die Frage danach, ob und welche Beraterverträge der Zustimmungspflicht des Gesamtaufwichtsrates zu unterwerfen sind, die nicht mit dem Aufsichtsratsmitglied persönlich geschlossen werden. Anders als die ebenfalls einen Vertragsschluss zwischen AG und Aufsichtsratsmitglied regelnde Vorschrift des § 115 AktG behandelt § 114 AktG den Fall des Vertragsschlusses zwischen der AG und einer dem Aufsichtsratsmitglied nahe stehenden Person nicht. Da jedoch Beraterverträge mit einer dem Aufsichtsratsmitglied nahe stehenden Person ähnlich „verdächtig“ sein können, wie solche, die direkt mit ihm abgeschlossen werden, ist es einhellige Auffassung¹¹, dass der Wortlaut des § 114 AktG für die Zwecke der Vorschrift zu eng ist.

Neben der personellen Reichweite im Hinblick auf den Vertragspartner der AG, ergeben sich für den Anwendungsbereich von § 114 AktG des Weiteren erhebliche Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Tätigkeiten, die Gegenstand eines Beratungsvertrages sein können. Das Aufsichtsratsmitglied ist kraft seiner Organstellung verpflichtet, die Geschäftsführung zu überwachen, § 111 I AktG. Nach modernem Verständnis beinhaltet diese Aufgabe aber nicht nur eine retrospektive Überprüfung der Geschäftsführungsmaßnahmen, sondern schließt auch eine proaktive Beratung des Vorstandes in grundlegenden Unternehmensangelegenheiten mit ein.¹² Die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsratsmitglieds ist allerdings mit der Vergütung der Aufsichtsrats Tätigkeit nach § 113 AktG bereits abgegolten. Organtätigkeiten können daher nicht Gegenstand eines Beratervertrages sein.

Ziel der Arbeit ist die Klärung der Frage, inwieweit das Zustimmungserfordernis des § 114 AktG auf Verträge, die mit einer dem Aufsichtsratsmitglied nahe stehenden Person geschlossen werden, anzuwenden ist. Dabei liegt das Hauptaugenmerk auf Vertragsschlüssen mit Gesellschaften, an denen das Aufsichtsratsmitglied ein besonderes Interesse hat. Letzteres kann folgen bspw. aus

9 Weiss, BB 2007, 1853.

10 Vgl. etwa *Drygala*, ZIP 2011, 427.

11 Hierzu unten § 3 D., S. 136.

12 Ganz h.M.: Vgl. nur BGHZ 114, 127 (129 f.); 126, 340 (344); ausführlich unten § 2 C., S. 20.

einer Gesellschafter- oder Organstellung in der Beratungsgesellschaft. Mitbehandelt werden sollen hier aber auch Vertragsschlüsse mit einer dem Aufsichtsratsmitglied besonders nahe stehenden natürlichen Person. In Betracht zu ziehen sind hierbei, ausgehend von den Regelungen zur Zustimmungspflichtigkeit von Kreditverträgen an Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder gem. §§ 89 III 1, 115 II AktG, Ehegatten, Lebenspartner und minderjährige Kinder, da hier eine Umgehung des Vertragsschlusses mit dem Aufsichtsratsmitglied selbst besonders nahe liegt. Die Betrachtung ist darüber hinaus auf in gerader Linie Verwandte ersten Grades im Sinne von § 1589 I BGB zu erstrecken, so dass auch Eltern und volljährige Kinder des Aufsichtsratsmitgliedes erfasst sind. Denn auch hier ist die Missbrauchsanfälligkeit in annähernd gleichem Maße gegeben. Der Einsatz eines Minderjährigen als Berater der AG kommt realistisch betrachtet ohnehin nicht in Betracht.

Zur Klärung der Frage nach der Reichweite des Anwendungsbereichs von § 114 I AktG im Hinblick auf Verträge mit einer dem Aufsichtsratsmitglied nahe stehenden Person ist es zudem erforderlich zu untersuchen, welche Tätigkeiten einem solchen Vertrag überhaupt zugänglich sind. Anknüpfungspunkt hierfür ist die Vorschrift des § 113 AktG, der die Vergütung der Organtätigkeit abschließend regelt und die dadurch abgegoltenen Tätigkeiten dem Anwendungsbereich des § 114 AktG entzieht. Daher wird auch auf die Auswirkungen der Norm des § 113 AktG auf einen Beratungsvertrag mit einer dem Aufsichtsratsmitglied nahe stehenden Person einzugehen sein.

II. Gang der Untersuchung

Nach einem knappen Überblick über die Wirkungsweise des § 114 AktG wird darauf eingegangen, welche Art von Verträgen zwischen Aufsichtsratsmitglied und AG gemeint sind, wenn § 114 I AktG von einer Zustimmungspflicht für Dienst- und Werkverträge über Tätigkeiten höherer Art spricht. Dabei soll knapp auf die Charakteristika der Beraterverträge, auf die die Vorschrift abzielt¹³, eingegangen werden.

Im Anschluss ist zu klären, welche Tätigkeiten überhaupt Gegenstand eines Beratungsvertrages sein können. Hierzu ist die Vorschrift des § 113 AktG in die Betrachtung miteinzubeziehen, die die Entscheidung über die Vergütung der Aufsichtsrats Tätigkeit in die Hände der Hauptversammlung legt. Tätigkeiten, die hiervon bereits abgegolten sind, können nicht mehr Gegenstand eines Beratungsvertrages sein. Die Überwachungspflicht des Aufsichtsrates nach

13 Ausschussbericht bei *Kropff*, AktG 1965, S. 158.

§ 111 I AktG umfasst aber die Beratung des Vorstandes in übergeordneten Angelegenheiten der Gesellschaft als Mittel der präventiven Vorstandskontrolle.¹⁴ Es fehlen allerdings allgemein anerkannte Kriterien, um die mit der Beraterrolle des Aufsichtsrates einhergehenden Organpflichten exakt festlegen zu können. Diese Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der organschaftlichen Beratungsaufgabe zum Anwendungsbereich von § 114 AktG könnten aber beim Vertragsschluss mit einer dem Aufsichtsratsmitglied nahe stehenden Person dahinstehen, wenn beim Vertragsschluss mit außerhalb des Aufsichtsrats stehenden Dritten eine Kollision zwischen Organtätigkeit und vertraglich vereinbarter Beratertätigkeit nicht zu befürchten stünde. Wäre dies der Fall, so würde ein Entgelt für die Tätigkeit eines Dritten nicht mit der Hauptversammlungskompetenz hinsichtlich der Aufsichtsratsvergütung nach § 113 AktG kollidieren. Dem steht jedoch die herrschende Ansicht entgegen, die §§ 113, 114 AktG im Rahmen des Vertragsschlusses mit einer dem Aufsichtsratsmitglied nahe stehenden Person im Zusammenhang zu betrachten.¹⁵ § 114 AktG flankiere die Vergütungskompetenz der Hauptversammlung aus § 113 AktG und deswegen seien auch Beratungsverträge mit einer dem Aufsichtsratsmitglied nahe stehenden Person an § 113 AktG zu messen. In der vorliegenden Arbeit soll gezeigt werden, dass diese Überlegung nicht zutreffend ist und die Vorschrift des § 113 AktG für den Vertragsschluss mit einer dem Aufsichtsratsmitglied nahe stehenden Person nur in Ausnahmefällen eine Rolle spielt.

Schließlich wird untersucht, unter welchen Voraussetzungen das Zustimmungserfordernis des § 114 AktG auf Verträge mit einer dem Aufsichtsratsmitglied nahe stehenden Person anzuwenden ist. Als nahe stehende Personen kommen primär Beratungsgesellschaften, denen das Aufsichtsratsmitglied in irgendeiner Weise verbunden ist in Betracht. Während auf diesen Beratungsgesellschaften der Schwerpunkt der Untersuchung liegt, ist bei nahe stehenden Personen aber auch an enge Verwandte des Aufsichtsratsmitglieds zu denken. Inwieweit § 114 AktG über seinen Wortlaut hinaus auch auf solche Fallgestaltungen anwendbar ist, hängt maßgebend vom Schutzzweck der Vorschrift ab. Zur Bestimmung desselben wird die Situation des Abschlusses eines Beratungsvertrages zwischen Aufsichtsratsmitglied und AG in den übergeordneten Zusammenhang anderer Interessenkonflikte von Aufsichtsratsmitgliedern eingeordnet. Zu-

14 BGHZ 114, 127 (130).

15 BGH ZIP 2009, 1661 Rn. 6; ZIP 2007, 1056 Rn. 15; BGHZ 170, 60 (65) Rn. 23; 168, 188 (197) Rn. 15; Lutter, FS Westermann, S. 1171 (1179 f.); Marsch-Barner, LMK 2006, 195990; v. Schenk, DSrR 2007, 395 (397); Semler, NZG 2007, 881 (886 f.); Spindler/Kaulich, WuB II A § 114 AktG 2.06.

dem kann die innerhalb der Corporate-Governance-Diskussion¹⁶ immer lauter werdende Debatte bezüglich der Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern¹⁷ nicht außer Acht gelassen werden, da auch § 114 AktG die Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder vom Vorstand schützen soll.

B. Funktionsweise des § 114 AktG und Verträge in dessen Sinn

I. Funktionsweise des § 114 AktG

Zum besseren Verständnis der folgenden Ausführungen soll an dieser Stelle die Wirkungsweise des § 114 AktG knapp erläutert werden. Die Vorschrift statuiert eine Ausnahme von dem Grundsatz der unbeschränkten Möglichkeit des Abschlusses von Rechtsgeschäften zwischen Aufsichtsratsmitgliedern und ihrer AG. Sie verbietet diese allerdings nicht, sondern stellt sie unter den Vorbehalt der Zustimmung des Gesamtaufichtsrates. Die Offenlegungspflicht und Kontrolle des Gesamtaufichtsrates sollen verhindern, dass der Vorstand dem Aufsichtsratsmitglied ungerechtfertigte Sonderleistungen auf Kosten der Gesellschaft zukommen lässt.¹⁸ Andererseits soll der Gesellschaft die Möglichkeit erhalten bleiben, sich die besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten ihrer Aufsichtsratsmitglieder auch außerhalb der Organtätigkeit nutzbar zu machen.¹⁹ Da die Aufsichtsrats Tätigkeit lediglich nebenamtlich ausgeführt wird (vgl. §§ 100 II 1 Nr. 1, 110 III, 115 I 5 AktG), kann die AG ein Interesse daran haben, sich die hauptamtlichen Dienste des vertrauten Aufsichtsrates zu sichern.

Der Aufsichtsrat entscheidet über die Zustimmung im Sinne von § 114 I AktG zu dem Beratungsvertrag durch Beschluss. Der Beschluss kann auf einen Ausschuss delegiert werden, arg. e. § 107 III 3 AktG. Es handelt sich um eine Ermessensentscheidung, bei der zwischen dem Interesse der AG, sich die besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten des Aufsichtsratsmitglieds nutzbar zu machen, und den für die Überwachungstätigkeit aus der Beeinträchtigung der Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds erwachsenden Nachteilen abzuwägen ist.²⁰

16 Die Schlagwörter „Corporate Governance“ und „Grundsätze guter Unternehmensführung“ werden in der vorliegenden Arbeit synonym verwendet. Die Begriffe werden hier weit verstanden als Ordnungsrahmen für die Verwaltung der AG und nicht reduziert auf das „Kontrollproblem“, welches im Auseinanderfallen von wirtschaftlichem Risiko und Leitungsmacht liegt (ein solches Verständnis zugrunde legend z.B. *Bachmann*, FS Hopt, S. 337).

17 Vgl. hierzu zuletzt *Strenger*, Der Konzern 2012, 10.

18 Ausschussbericht bei *Kropff*, AktG 1965, S. 158.

19 *Lutter/Kremer*, ZGR 1992, 87 (93).

20 *Habersack*, in: MüKo AktG, § 114 Rn. 29; *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 114 Rn. 23.

Hat der Aufsichtsrat seine Zustimmung zu dem Vertrag nicht erteilt, so hat die AG einen besonderen aktienrechtlichen Anspruch auf Rückzahlung der aufgrund des Vertrages gewährten Vergütung gegen das Aufsichtsratsmitglied aus § 114 II 1 AktG. Das Aufsichtsratsmitglied kann für bereits erbrachte Leistungen gem. § 114 II 2 Hs. 1 AktG nach allgemeinen Grundsätzen, insbesondere nach Bereicherungsrecht, Wertersatz verlangen, nicht jedoch die vereinbarte und vermeintlich überhöhte Vergütung einfordern.²¹ Es kann mit dem Wertersatzanspruch aber nicht gegen den aktienrechtlichen Rückerstattungsanspruch der AG aufgerechnet werden, § 114 II 2 HS. 2 AktG.

II. Dienst- und Werkverträge über Tätigkeiten höherer Art

In den Anwendungsbereich des § 114 AktG fallen nicht alle Verträge zwischen Aufsichtsratsmitglied und Gesellschaft. Zustimmungspflichtig sind nur Dienst- und Werkverträge, die eine Tätigkeit höherer Art zum Gegenstand haben.

1. Keine Zustimmungspflicht für Arbeitsverhältnisse und Anstellungsverträge

Ausdrücklich ausgenommen von der Zustimmungspflicht sind nach dem Wortlaut des § 114 I AktG Arbeitsverhältnisse. Zudem bringt die Vorschrift durch die Formulierung „außerhalb seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat“ zum Ausdruck, dass das der Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied zugrunde liegende Rechtsverhältnis mit der Gesellschaft, auf das sogleich einzugehen sein wird, zu seiner Wirksamkeit ebenfalls nicht der Zustimmung des Gesamtaufichtsrates bedarf.²² Die Herausnahme der Arbeitsverhältnisse soll sicherstellen, dass die Dienstverträge der Arbeitnehmervertreter des mitbestimmten Aufsichtsrates nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen.²³ Für diese Arbeitsverträge würde das Zustimmungserfordernis eine reine Förmerei bedeuten, da sie zeitlich vor der Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied geschlossen werden und kaum jemals direkt mit dem Vorstand ausgehandelt werden. Der Gesetzgeber hat damit zu Recht das in dem Arbeitsvertrag eines Arbeitnehmervertreters im Aufsichtsrat liegende Potential, durch den Vorstand hinsichtlich seiner ordnungsgemäßen Überwachungstätigkeit beeinflusst zu werden, für derart gering gehalten, dass eine Kontrollbedürftigkeit entfällt.

21 Vgl. Ausschussbericht bei *Kropff*, AktG 1965, S. 158.

22 Ausschussbericht bei *Kropff*, AktG 1965, S. 158.

23 *Hopt/Roth*, in: GroßKomm AktG, § 114 Rn. 11.

Hinsichtlich des der Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses ging man bei Erlass des Gesetzes davon aus, dass es sich dabei entweder um einen Vertrag *sui generis* oder um einen Dienstvertrag handelt.²⁴ Die Regelung dieses Anstellungsvertrages wurde aber in § 113 AktG, nicht in § 114 AktG verortet, weshalb dafür in § 114 AktG kein Raum mehr gesehen wurde.²⁵ Das Verständnis des durch die Bestellung zum Aufsichtsrat begründeten Rechtsverhältnisses hat sich nun aber seit Erlass der Vorschrift im Zuge des Aktiengesetzes von 1965 dahingehend gewandelt, dass nach der heute weit überwiegenden Meinung neben einem korporationsrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen Aufsichtsratsmitglied und Gesellschaft – anders als zwischen Vorständen und der Gesellschaft – kein weiteres durch Vertrag begründetes Rechtsverhältnis mehr besteht.²⁶ Dementsprechend kann dieses Rechtsverhältnis von vornherein nicht dem Dienst- und Werkverträgen vorbehaltenen Anwendungsbereich des § 114 AktG unterfallen. Insofern kommt der Formulierung „außerhalb seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat“ nur noch klarstellende Bedeutung dahingehend zu, dass die Vergütung der organschaftlichen Tätigkeit abschließend in § 113 AktG geregelt ist. Zustimmungsfähig nach § 114 I AktG kann daher nur ein Vertrag sein, der ausschließlich Tätigkeiten zum Gegenstand hat, die nicht bereits aufgrund der Organstellung als Aufsichtsratsmitglied geschuldet werden.²⁷

2. Tätigkeit höherer Art gem. § 114 I AktG

a) Inhalt des Tatbestandsmerkmals der Tätigkeit höherer Art

Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage danach, was unter einer Tätigkeit höherer Art im Sinne des § 114 I AktG zu verstehen ist, sind die historischen Normzwecke und damit die entsprechenden Gesetzesmaterialien. Ausweislich derselben sind mit Tätigkeiten höherer Art insbesondere Beratungs- und ähnliche Dienstleistungen gemeint.²⁸ Zudem wird für die Bestimmung einer Tätigkeit höherer Art auf die – inzwischen aufgehobene – Vorschrift des § 622 BGB a.F.

24 Ausschussbericht bei *Kropff*, AktG 1965, S. 158.

25 Ausschussbericht bei *Kropff*, AktG 1965, S. 158.

26 *Habersack*, in: MüKo AktG, § 101 Rn. 67; *Hoffmann-Becking*, in: MüHdBuch GesR Band IV, § 33 Rn. 10; *Hopt/Roth*, in: GroßKomm AktG, § 101 Rn. 91 f.; *Hüffer*, AktG, § 101 Rn. 2; *Lut-ter/Krieger*, Rechte und Pflichten, Rn. 842; *Schürnbrand*, Organstellung im Recht der privaten Verbände, S. 345 f.; *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 101 Rn. 7 f.; a.A. *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 2.C. Rn. 85; *Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 1122.

27 Hierzu sogleich ausführlich unten § 2 B., S. 18.

28 Ausschussbericht bei *Kropff*, AktG 1965, S. 158.

verwiesen.²⁹ Heute findet sich der Begriff der Tätigkeit höherer Art mit identischem Inhalt noch in § 627 I BGB. In § 622 BGB a.F. wurden Lehrer, Erzieher, Privatbeamte und Gesellschafterinnen als Berufsgruppen aufgezählt, die insbesondere unter den Begriff fallen sollten. Abgestellt wurde darauf, ob die betreffenden Personen etwa aufgrund besonderer Bildung oder langjähriger Erfahrung dazu in der Lage waren, besonders anspruchsvolle Aufgaben zu erfüllen oder selbständig situationsadäquate Entscheidungen zu treffen.³⁰ Eine Tätigkeit höherer Art war auch bei einer herausgehobenen Stellung des Betroffenen, folgend beispielsweise aus einer Anweisungsbefugnis gegenüber anderen Angestellten, gegeben.³¹ Rückschlüsse sollten auch aus der Höhe der Vergütung gezogen werden.³² Indizwirkung hatte zudem das Vorliegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Dienstverpflichtetem und Dienstempfänger.³³ Neben den in der Vorschrift selbst genannten Berufsgruppen hat die Rspr. als Tätigkeiten höherer Art zum Beispiel noch die Tätigkeit von Vorstandsmitgliedern juristischer Personen, Bürovorstehern, Rechtsanwälten, Bauleitern, wirtschaftlichen Beratern, Kommissionären sowie Inkassobeauftragten angesehen.³⁴ Besonders hohe Anforderungen wurden dabei an das Vorliegen einer Tätigkeit höherer Art nicht gestellt, wie sich aus dem Beispiel der Gesellschafterin, für deren Berufsausübung zumindest keine besondere Vorbildung erforderlich ist, ergibt.³⁵ Wenn heute im Rahmen des § 627 BGB für einen Dienst höherer Art ein überdurchschnittliches Maß an Fachkenntnis, Kunstfertigkeit oder wissenschaftlicher Bildung, eine hohe geistige Fantasie oder Flexibilität, die dem Betroffenen eine herausgehobene Stellung verleiht, verlangt wird³⁶, so deckt sich dies mit den bei Erlass des Aktiengesetzes von 1965 für § 622 BGB a.F. geltenden Maßstäben.

Nach dem dargestellten Begriffsverständnis liegt stets eine Tätigkeit höherer Art vor, wenn deren Ausübung eine bestimmte Mindestqualifikation, sei es aufgrund besonderer Bildung oder langjähriger Erfahrung, verlangt. Im Ergebnis führt dies dazu, dass ein Aufsichtsratsmitglied in der Praxis – zumindest soweit die Tätigkeiten in Zusammenhang mit seiner hauptberuflichen Tätigkeit stehen –

29 Ausschussbericht bei *Kropff*, AktG 1965, S. 158.

30 BAG 2, 119; *Mohnen/Neumann*, in: Staudinger BGB, 11. Auflage, § 622 Rn. 4.

31 *Denecke*, in: RGRK BGB, § 622; *Mohnen/Neumann*, in: Staudinger BGB, 11. Auflage, § 622 Rn. 4.

32 *Denecke*, in: RGRK BGB, § 622; *Mohnen/Neumann*, in: Staudinger BGB, 11. Auflage, § 622 Rn. 4.

33 *Mohnen/Neumann*, in: Staudinger BGB, § 622 Rn. 4.

34 Siehe Nachweise bei *Denecke*, in: RGRK BGB, § 627 Anm. 1; *Mohnen/Neumann*, in: Staudinger BGB, 11. Auflage, § 622 Rn. 6.

35 LAG Frankfurt, NJW 1959, 645 (646).

36 *Preis*, in: Staudinger BGB, § 627 Rn. 18.

stets eine Tätigkeit höherer Art erbringen wird.³⁷ Denn die Bestellung in das Aufsichtsratsgremium erfolgt idealtypisch gerade aufgrund der besonderen Qualifikation einer Person.³⁸

Indizwirkung für das Vorliegen einer Tätigkeit höherer Art wird der Höhe des vereinbarten Entgelts zugesprochen, da bei gleichem Umfang Tätigkeiten höherer Art besser vergütet zu werden pflegen als niedrige Tätigkeiten.³⁹ Berücksichtigt man, dass durch die Zustimmungspflicht des Gesamtaufseherrates nach § 114 I AktG eine unsachliche Beeinflussung des Aufsichtsratsmitglieds durch den Vorstand verhindert werden soll⁴⁰, so erscheint die Vergütungshöhe hierfür maßgeblich. Denn die Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds vom zu überwachenden Vorstand ist umso mehr gefährdet, je größer die wirtschaftliche Abhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds von dem betreffenden Vertrag ist. Ein gut dotierter Dienst- oder Werkvertrag müsste deswegen immer ein Anlass zur Überprüfung durch den Aufsichtsrat sein. Die Höhe der Vergütung kann allerdings für das Vorliegen einer Tätigkeit höherer Art im Sinne des § 114 AktG nicht ausschlaggebend sein. Diese Interpretation wäre vom möglichen Wortsinn einer „Tätigkeit höherer Art“ nicht mehr umfasst, da das Entgelt gerade die Gegenleistung für die Tätigkeit darstellt. Eine Mindestschwelle für das dem Aufsichtsratsmitglied aufgrund des Beratungsvertrages zufließenden Entgelts sieht § 114 I AktG nicht vor. Die Höhe der Vergütung hat damit allein Indizwirkung dahingehend, dass eine hohe Vergütung auch eine Tätigkeit höherer Art vermuten lässt.

b) Hintergrund der Beschränkung auf Tätigkeiten höherer Art

Warum im Umkehrschluss Tätigkeiten, die eine bestimmte Mindestqualifikation nicht erfordern, zustimmungsfrei erbracht werden dürfen, lässt sich nur damit begründen, dass Verträge zwischen Aufsichtsratsmitgliedern und ihrer AG grundsätzlich ohne Beschränkungen geschlossen werden dürfen, die Zustimmungsbedürftigkeit somit nur fragmentarischen Charakter hat.⁴¹ Nicht alle Verträge zwischen Aufsichtsratsmitglied und AG werden mit anderen Worten unter

37 So auch *Deckert*, WiB 1997, 561 (562); *Lorenz/Pospiech*, NZG 2011, 81 (82); *Schlaus*, AG 1968, 376.

38 OLG Hamburg, ZIP 2007, 814 (817); *Hoffmann/Kirchhoff*, Wpg 1991, 592 (594); *Scheuffele/Baumgartner*, GmbH 2010, 400 (401); *Vetter*, AG 2006, 173 (176); Vgl. auch *Lutter/Drygala*, FS Ulmer, S. 381.

39 *Beater*, ZHR 157 (1993), 420 (427).

40 Ausschussbericht bei *Kropff*, AktG 1965, S. 158.

41 Zur ähnlich gelagerten Frage nach den Gründen der Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Dienst- und Werkverträge vgl. unten § 3 B. II. 3. a) aa), S. 118.

einen Generalverdacht gestellt. Die Zustimmungspflicht stellt für Aufsichtsratsmitglieder sowie die Gesellschaft in wirtschaftlicher Hinsicht eine Belastung dar. Der Gesetzgeber wollte diese Last den Beteiligten nur dort aufbürden, wo die Gefahr der unsachlichen Beeinflussung des Aufsichtsratsmitglieds durch den Vorstand hinreichend groß ist.⁴² Eine abstrakte Gefahr der Einflussnahme des Vorstands auf das einzelne Aufsichtsratsmitglied ist zwar auch bei Tätigkeiten, für die eine gewisse Mindestqualifikation nicht erforderlich ist⁴³, gegeben. Auch hier können dem Aufsichtsratsmitglied, veranlasst durch den von ihm zu überwachenden Vorstand, Mittel zufließen, denen keine adäquate Gegenleistung gegenübersteht, auch hier kann das Aufsichtsratsmitglied in seiner wirtschaftlichen Unabhängigkeit durch den Vertrag beeinflusst werden. Nur pflegen zum einen Tätigkeiten, für die eine berufliche Mindestqualifikation nicht erforderlich ist, grundsätzlich niedriger vergütet zu werden als andere Tätigkeiten. Daher ist das Beeinflussungspotential von vornherein geringer.

Zum anderen kann es bei niedrigen Tätigkeiten praktisch nicht zu einer Doppelvergütung des Aufsichtsratsmitglieds für eine ohnehin aufgrund seiner Organstellung geschuldeten Tätigkeit kommen.⁴⁴ Die Organtätigkeit des Aufsichtsratsmitglieds ist durch das korporative Rechtsverhältnis zur AG abschließend geregelt und einer vertraglichen Vereinbarung daher nicht zugänglich.⁴⁵ Da für die organschaftliche Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied stets eine Mindestqualifikation von Nöten ist⁴⁶, kommt bei niedrigen Tätigkeiten eine unzulässige Doppelvergütung aufgrund eines zusätzlichen Vertrages zwischen Aufsichtsratsmitglied und AG von vornherein nicht in Betracht. In dieser Hinsicht bedarf ein solcher Vertrag dann auch keiner Überprüfung durch den Gesamtaufsichtsrat.

c) Zwischenergebnis

Es kann somit festgehalten werden, dass eine Tätigkeit höherer Art im Sinne von § 114 I AktG immer dann vorliegt, wenn die Ausübung der Tätigkeit eine bestimmte Mindestqualifikation oder eine gewisse Erfahrung erfordert. Dies wird praktisch in nahezu jedem Fall eines Abschlusses eines Dienst- oder Werkvertrages zwischen einem Aufsichtsratsmitglied und der Gesellschaft der Fall

42 Hierzu näher unten § 3 D. IV. 2., S. 156.

43 Z.B. ein Bewirtungsvertrag, vgl. OLG Frankfurt, ZIP 2005, 2322 (nachfolgend BGHZ 170, 60); *Schlaus*, AG 1968, 376 nennt als Beispiel einen Reparaturauftrag.

44 Ausführlich hierzu unten § 2 B., S. 18.

45 *Hoffmann-Becking*, in: MüHdBuch GesR Band IV, § 33 Rn. 10; *Kort*, FS Hüffer, S. 483 (484); *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten, § 12 Rn. 842; *Hopt/Roth*, in: GroßKomm AktG, § 101 Rn. 92 m.w.N.

46 Vgl. BGHZ 85, 293 (295) – Hertie.

sein. Gerade die praktisch bedeutsamen und vom Gesetzgeber ins Visier genommenen Beratungsverträge haben stets eine Tätigkeit höherer Art zum Gegenstand. Die Beschränkung der Zustimmungspflichtigkeit auf Verträge über Tätigkeiten höherer Art ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass § 114 I AktG eine Ausnahme darstellt von dem Grundsatz, dass das Aufsichtsratsmitglied mit seiner Gesellschaft schrankenlos Verträge schließen kann.

Da durch § 114 AktG gerade die Beratungsverträge zwischen Aufsichtsratsmitgliedern und AG dem Zustimmungserfordernis des Gesamtaufsichtsrates unterstellt werden sollten⁴⁷, wird im Folgenden von Beratungsverträgen stellvertretend für sämtliche Dienst- und Werkverträge über Tätigkeiten höherer Art im Sinn von § 114 I AktG gesprochen.

3. Typologie der Beratungsverträge

Da Beratungsverträge zwischen der AG und einem ihrer Aufsichtsratsmitglieder oder einem solchen nahe stehenden Personen in vielfältigen Variationen denkbar sind, soll an dieser Stelle kurz auf die in Betracht kommenden Vertragstypen eingegangen werden. Der Überblick ist knapp gehalten, da es auf die schuldrechtliche Einordnung eines Beratungsvertrages für die Zwecke des § 114 I AktG nicht ankommt und dient daher nur dazu, für das Vorkommen und die Bedeutung von Beratungsverträgen in der Praxis zu sensibilisieren. Schließt die AG mit einem ihrer Aufsichtsratsmitglieder einen Beratungsvertrag ab, so werden dadurch hauptsächlich die Dienste von Rechtsanwälten, Steuerberatern, Unternehmensberatern und Architekten in Anspruch genommen.⁴⁸ Mit Ausnahme des Architektenvertrages spiegelt sich das auch in den von den Gerichten zu § 114 AktG entschiedenen Fällen wider.⁴⁹

Dabei handelt es sich bei Unternehmensberatungsverträgen um Dienst- oder Werkverträge (§§ 611ff. bzw. 631ff. BGB), je nachdem, ob sich nach der Parteivereinbarung die Leistung des Beraters im Tätigwerden erschöpfen soll oder ein bestimmter Erfolg herbeizuführen ist.⁵⁰ In Betracht kommt auch ein Vertrag, der Leistungen sowohl dienstvertraglicher als auch werkvertraglicher Natur zum Ge-

47 Ausschussbericht bei *Kropff*, AktG 1965, S. 158; Vgl. auch BT-Drucks. IV/3296, S. 20.

48 Vgl. v. *Bünau*, Beratungsverträge, S. 11; *Lutter*, FS Westermann, S. 1171 (1173); *Vetter*, ZIP 2008, 1 (6); *ders.* AG 2006, 173.

49 So handelte es sich z.B. um Unternehmensberatungsverträge in BGHZ 170, 60; BGHZ 114, 127; OLG Köln ZIP 1994, 1773, um Rechtsberatungsverträge in BGH ZIP 2007, 1056; OLG Hamburg ZIP 2007, 814 und um einen Steuerberatungsvertrag in OLG Düsseldorf v. 20.5.2008, AZ: I-23 U 128/07.

50 *Exner*, Der Unternehmensberatungsvertrag, S. 10.