

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	11
Abkürzungsverzeichnis	21
Einleitung mit Problemstellung	25
Kapitel 1 Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern der AG	31
A. Die Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern (§ 113 AktG)	31
B. Die Beratung durch Aufsichtsratsmitglieder	36
C. Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern (§ 114 AktG)	44
Kapitel 2 Anforderungen an Beratungsvertrag und Zustimmungsentscheidung sowie Rechtsfolgen bei Verstößen	95
A. Inhaltliche und formelle Anforderungen an den Beratungsvertrag	95
B. Die Zustimmung durch den Aufsichtsrat	106
C. Rechtsfolgen bei Verstoß gegen die Vorgaben der §§ 113, 114 AktG	128
Kapitel 3 Die Erweiterung des Anwendungsbereichs der §§ 113, 114 AktG	143
A. Erweiterung des Anwendungsbereichs der §§ 113, 114 AktG	143
B. Beratungsverträge mit einer Gesellschaft, mit der das Aufsichtsratsmitglied gesellschaftsrechtlich verbunden ist	158

Inhaltsübersicht

Kapitel 4	Berufsrechtliche Besonderheiten bei Beratungsverträgen mit Rechtsanwaltssozietäten	219
A.	Rechtsformen der anwaltlichen Zusammenarbeit	219
B.	Berufsrechtliche Vereinbarkeit von Aufsichtsratsmandat und anwaltlicher Tätigkeit	221
C.	Vergleich der berufsrechtlichen Tätigkeitsverbote mit §§ 113, 114 AktG	241
D.	Zusammenfassung	242
Zusammenfassung der Ergebnisse		245
Literaturverzeichnis		253
Stichwortverzeichnis		265

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
Einleitung mit Problemstellung	25
Kapitel 1 Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern der AG	31
A. Die Vergütung von Aufsichtsratsmitgliedern (§ 113 AktG)	31
I. Der Vergütungsanspruch	31
II. Art und Höhe der Aufsichtsratsvergütung	32
III. Steuerliche Behandlung der Aufsichtsratsvergütung	36
B. Die Beratung durch Aufsichtsratsmitglieder	36
I. Beratung des Vorstands durch den Aufsichtsrat	37
1. Beratung des Vorstands als Teil der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats	37
2. Umfang und Grenzen der organ-schaftlichen Beratungspflicht	40
3. Beratungspflicht des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds	43
4. Zwischenergebnis	43
II. Zulässigkeit der Beratung der AG auf Basis individueller Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern	44
C. Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern (§ 114 AktG)	44
I. Der Begriff des Beratungsvertrags	44
II. Inhalt von Beratungsverträgen	46
III. Vorteile und Risiken beim Abschluss von Beratungsverträgen	48
1. Vorteile	48
a) Vorteile für die Gesellschaft	48
b) Vorteile für das Aufsichtsratsmitglied	49
2. Risiken	49
a) Selbstkontrolle	49
b) Finanzielle und persönliche Abhängigkeiten	50
c) Interessenkonflikte	52
IV. Grenzen der Zulässigkeit von Beratungsverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern	52

1. Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern und Corporate Governance	53
2. §§ 113, 114 AktG als Schranken für den Abschluss von Beratungsverträgen	55
a) Regelungsinhalt der §§ 113, 114 AktG	55
b) Normzweck der §§ 113, 114 AktG	56
c) Zwischenergebnis	58
3. Allgemeine aktienrechtliche Grenzen von Beratungsverträgen	59
a) Pflichtenbindung des Aufsichtsratsmitglieds	59
b) Aktienrechtliche Behandlung von Interessenkonflikten	61
c) Trennung von Geschäftsführung und Überwachung	62
d) Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds	63
4. Regelungen des Deutschen Corporate Governance Kodex	63
a) Ziel und Regelungssystem des Deutschen Corporate Governance Kodex	64
b) Für den Abschluss von Beratungsverträgen relevante Kodexregelungen	65
5. Vorgaben des Europäischen Rechts	67
a) Fünfte gesellschaftsrechtliche Richtlinie (Strukturrichtlinie)	68
b) Aktionsplan der Europäischen Kommission	69
c) Empfehlung der Europäischen Kommission zur Vergütung	70
d) Empfehlung der Europäischen Kommission zur Unabhängigkeit	71
aa) Allgemeine Bestimmung der »Unabhängigkeit«	72
bb) Unabhängigkeitskriterien der Europäischen Kommission	72
cc) Auswirkungen der Empfehlung auf das deutsche Recht	74
6. Einfluss anglo-amerikanischer Rechts- und Corporate Governance-Systeme	76
7. Vorgaben des Bürgerlichen Gesetzbuches	78
8. Berufsrechtliche Beschränkungen	78
9. Zusammenfassung und Bewertung	79
V. Höchstrichterliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Beratungsverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern	83
1. Urteil des BGH vom 25. März 1991	83
2. Urteil des BGH vom 04. Juli 1994	84

VI.	Vorschläge de lege ferenda	85
1.	Totalverbot von Beratungsverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern	86
2.	Verlagerung der Zustimmungskompetenz auf die Hauptversammlung	87
3.	Vereinbarung von Zeithonoraren für die Aufsichtsratstätigkeit	89
VII.	Publikationspflichten bei Abschluss von Beratungsverträgen	90
VIII.	Zusammenfassung	93
 Kapitel 2 Anforderungen an Beratungsvertrag und Zustimmungsentscheidung sowie Rechtsfolgen bei Verstößen		95
A.	Inhaltliche und formelle Anforderungen an den Beratungsvertrag	95
I.	Kriterien zur Bestimmung von nach § 114 AktG zustimmungsfähigen Vertragsinhalten	95
II.	Inhaltliche Anforderungen an den Beratungsvertrag	99
1.	Beschreibung des Beratungsgegenstands	100
2.	Beschreibung des Beratungshonorars	101
3.	Besonderheiten bei Vereinbarung eines Rahmenvertrags	102
III.	Formelle Anforderungen an den Beratungsvertrag	106
B.	Die Zustimmung durch den Aufsichtsrat	106
I.	Zustimmungsverfahren	107
1.	Stimmverbot des betroffenen Aufsichtsratsmitglieds	108
2.	Beschlussfassung ohne Präsenzsitzung (§ 108 Abs. 4 AktG)	110
II.	Zustimmungsentscheidung des Aufsichtsrats	112
III.	Zustimmung durch Genehmigung	114
1.	»Fresenius«-Entscheidung des BGH	115
2.	Genehmigungsfähigkeit bei nachträglicher Konkretisierung	116
a)	Zustimmung durch Genehmigung zulässig	117
b)	Gegenstand der Genehmigung	117
c)	Ablehnung der Genehmigung nachträglich konkretisierter Beratungsverträge durch OLG Frankfurt a.M.?	118
d)	Besonderheiten unbestimmter Beratungsverträge	119

3.	Rechtswidrigkeit bei vorgezogener Vertragserfüllung	120
a)	Pflichtverstoß durch Vergütungszahlung vor Zustimmung	121
b)	Heilung des Pflichtverstoß durch Genehmigung des Aufsichtsrats	122
aa)	Keine unangemessene Beeinflussung der Zustimmungsentscheidung durch Loyalität der Aufsichtsratsmitglieder	123
bb)	Kein Entstehen einer rechtswidrigen Abhängigkeit	124
cc)	Keine Beeinträchtigung der Verwaltungsstruktur der AG	124
dd)	Gleichlauf von Vertrags- und Haftungsebene	125
c)	Heilung bei nachträglich konkretisierten Verträgen	126
4.	Zusammenfassung	127
C.	Rechtsfolgen bei Verstoß gegen die Vorgaben der §§ 113, 114 AktG	128
I.	Verstoß gegen §§ 113, 114 AktG und der Rückforderungsanspruch des § 114 Abs. 2 AktG	128
1.	Anwendungsbereich des Rückforderungsanspruchs nach § 114 Abs. 2 AktG	128
2.	Heilungsmöglichkeiten/Teilnichtigkeit	129
a)	Genehmigung bei unterlassener Zustimmung nach § 114 Abs. 1 AktG	130
b)	Heilung bei Verstoß gegen die Kompetenzordnung des § 113 AktG	130
c)	Folgen bei unzureichender Konkretisierung des Beratungsvertrags	132
aa)	Teilnichtigkeit?	132
bb)	Heilung bei unzureichender Konkretisierung des Beratungsvertrags	134
d)	Zusammenfassung	136
II.	Schadensersatzansprüche der AG bei Verstößen gegen §§ 113, 114 AktG	137
III.	Ansprüche des Aufsichtsratsmitglieds gegen die AG	139

Kapitel 3	Die Erweiterung des Anwendungsbereichs der §§ 113, 114 AktG	143
A.	Erweiterung des Anwendungsbereichs der §§ 113, 114 AktG	143
I.	Beratungsverträge mit Aufsichtsrat, Aktionär oder Vorstandsmitglied	143
1.	Beratungsverträge zwischen Aufsichtsratsmitglied und Aufsichtsrat	143
2.	Beratungsverträge zwischen Aufsichtsratsmitglied und Aktionären	145
3.	Beratungsverträge zwischen Aufsichtsrats- und Vorstandsmitgliedern	146
II.	Beratungsverträge bei anderen Gesellschaftsformen/Gremien	147
1.	Obligatorischer Aufsichtsrat bei der GmbH	147
2.	Fakultativer Aufsichtsrat bei der GmbH	148
3.	Beirat und vergleichbare freiwillige Gremien	149
4.	Sonstige Gesellschaftsformen	150
III.	Beratungsverträge im Konzern	151
1.	Beratungsverträge mit Tochtergesellschaften	152
2.	Beratungsverträge mit der Muttergesellschaft	153
3.	Folgen und Zusammenfassung	154
IV.	Vor Amtsantritt des Aufsichtsratsmitglieds geschlossene Beratungsverträge (Altverträge)	155
V.	Beratungsverträge mit Abschlussprüfern	156
VI.	Beratungsverträge mit dem Aufsichtsratsmitglied nahestehenden Personen	157
B.	Beratungsverträge mit einer Gesellschaft, mit der das Aufsichtsratsmitglied gesellschaftsrechtlich verbunden ist	158
I.	Problemstellung	158
II.	Fallgruppen	159
1.	Beteiligung des Aufsichtsratsmitglieds an der Beratungsleistung	159
2.	Aufsichtsratsmitglied als gesetzlicher Vertreter der Beratungsgesellschaft	160
3.	Beteiligung des Aufsichtsratsmitglieds an der Beratungsgesellschaft	160
III.	Leitentscheidungen des BGH zum Anwendungsbereich der §§ 113, 114 AktG	161
1.	Urteil des BGH vom 03. Juli 2006	161
2.	Urteil des BGH vom 20. November 2006	163
3.	Urteil des BGH vom 02. April 2007	164
IV.	Vergleich mit dem österreichischen Recht	165

V. Kritische Würdigung der in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Auffassungen	167
1. Notwendigkeit der Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 114 AktG	167
2. Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke	168
3. Dogmatische Grundlagen der Erweiterung des Anwendungsbereichs von §§ 113, 114 AktG	169
a) Normzweck des § 114 AktG als Grundlage der Analogie	170
b) Analoge Anwendung von § 115 Abs. 3 AktG	170
aa) Vergleich der Interessenlagen bei § 114 AktG und § 115 AktG	171
bb) Abhängigkeitsverhältnis als zusätzliche Voraussetzung der Analogie?	172
cc) Analogie bei § 113 AktG	174
dd) Gesellschafterstellung in der Personenhandelsgesellschaft	174
ee) Erfordernis einer über die Umgehungs-konstellationen des § 115 Abs. 3 AktG hinausgehenden Zustimmungspflicht	175
c) Analoge Anwendung von § 114 AktG	177
d) Zusammenfassung	178
4. Anforderungen an die Erweiterung des Anwendungsbereichs der §§ 113, 114 AktG durch Analogie	178
a) Aufsichtsratsmitglied als gesetzlicher Vertreter der Beratungsgesellschaft	179
b) Differenzierung nach Gesellschaftstyp	180
c) Persönliche Beteiligung des Aufsichtsratsmitglieds an der Beratungsleistung	183
d) Beteiligung an der Beratungsgesellschaft	185
e) Zufluss von Vermögensvorteilen	188
aa) Vermögensvorteil des Aufsichtsratsmitglieds als maßgebliches Kriterium	189
bb) Gesteigertes Transparenzerfordernis bei Beratungsverträgen	190
cc) Besonderheiten bei geringfügigen Vermögenszuwendungen	191
5. Zusammenfassung und Zwischenergebnis	193

VI. Systematische Einordnung und praktische Umsetzung der Erweiterung des Anwendungsbereichs von §§ 113, 114 AktG	194
1. Vereinbarkeit des erweiterten Anwendungsbereichs mit dem Corporate Governance-System	194
a) Deutscher Corporate Governance Kodex	194
b) Empfehlung der Europäischen Kommission	195
2. Vereinbarkeit des erweiterten Anwendungsbereichs mit dem Rechtsfolgensystem des § 114 Abs. 2 S. 1 AktG	195
a) Rückzahlungsanspruch gegen die Beratungsgesellschaft	196
b) Vollständiger Rückzahlungsanspruch auch gegen das Aufsichtsratsmitglied?	197
aa) Bedenken gegen eine Inanspruchnahme des Aufsichtsratsmitglieds	197
bb) Inanspruchnahme des Aufsichtsratsmitglieds in vollem Umfang	198
cc) Lösung mittels einer »Zweistufenprüfung«	200
dd) Heranziehung der Wertungen der §§ 31 GmbHG und 62 AktG	201
ee) Zusammenfassung	204
c) Verhältnis der Rückzahlungsverpflichtungen zueinander	204
3. Folgen und Risiken durch die Erweiterung des Anwendungsbereichs der §§ 113, 114 AktG	204
a) Verschlechterung der Rechtssicherheit und der Justizierbarkeit?	204
b) Erschwerung für die Arbeit des Aufsichtsrats und der Beratungsgesellschaft?	206
c) Gefahr der Entprofessionalisierung des Aufsichtsrats	206
d) Zwischenergebnis	207
4. Praktische Umsetzung der Erweiterung des Anwendungsbereichs der §§ 113, 114 AktG	208
a) Vorlagepflicht, Zustimmungserfordernis und Rückgewährpflicht	208
b) Pflicht zur Vertragsvorlage	209
c) Einholung der Zustimmung	210
d) Ausnahme vom Zustimmungserfordernis	211
e) Pflicht zur Vergütungsrückgewähr	213

5. Vorschläge zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei der erweiterten Anwendung der §§ 113, 114 AktG	213
a) Ergänzung des Aktiengesetzes	213
b) Ergänzung des Deutschen Corporate Governance Kodex	214
aa) Anpassung an die vorgeschlagene Neuregelung des AktG	214
bb) Erweiterung der Offenlegungspflichten	215
cc) Konkretisierung der Voraussetzungen des § 114 AktG	215
c) Zwischenergebnis	216
VII. Zusammenfassung und Zwischenergebnis	217
 Kapitel 4 Berufsrechtliche Besonderheiten bei Beratungsverträgen mit Rechtsanwaltssozietäten	219
 A. Rechtsformen der anwaltlichen Zusammenarbeit	219
B. Berufsrechtliche Vereinbarkeit von Aufsichtsratsmandat und anwaltlicher Tätigkeit	221
I. Versagung oder Widerruf der anwaltlichen Zulassung wegen des Aufsichtsratsmandats?	221
II. Tätigkeitsverbote nach § 46 BRAO	224
III. Tätigkeitsverbote nach § 45 BRAO	226
1. Anwendbarkeit des § 45 BRAO auf die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied	227
a) Berufliche Tätigkeit	227
b) Verfassungskonforme Auslegung des § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO	229
c) Richtungsgebende Einflussnahme durch das Aufsichtsratsmandat?	231
d) Verbot der Aufsichtsratstätigkeit nach anwaltlicher Vorbefassung (§ 45 Abs. 2 Nr. 2 BRAO)?	233
aa) Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 45 Abs. 2 Nr. 2 BRAO	233
bb) Erfordernis der drohenden Interessenkollision	234
e) Zwischenergebnis	236
2. Abgrenzung Rechtsanwaltstätigkeit von nicht-anwaltlicher Betätigung	236
3. Tätigkeitsverbot bei gemeinschaftlicher Berufsausübung, § 45 Abs. 3 BRAO	237
4. Zusammenfassung	239
IV. Allgemeine Berufspflichten nach § 43a BRAO	240

C. Vergleich der berufsrechtlichen Tätigkeitsverbote mit §§ 113, 114 AktG	241
D. Zusammenfassung	242
 Zusammenfassung der Ergebnisse	 245
 Literaturverzeichnis	 253
 Stichwortverzeichnis	 265