



Christian Eberlein

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

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XV
§ 1 Einführung	1
A. Einleitung	1
I. Problemstellung und Ziel der Arbeit	1
II. Gang der Untersuchung	3
B. Funktionsweise des § 114 AktG und Verträge in dessen Sinn	5
I. Funktionsweise des § 114 AktG	5
II. Dienst- und Werkverträge über Tätigkeiten höherer Art	6
1. Keine Zustimmungspflicht für Arbeitsverhältnisse und Anstellungsverträge	6
2. Tätigkeit höherer Art gem. § 114 I AktG	7
a) Inhalt des Tatbestandsmerkmals der Tätigkeit höherer Art	7
b) Hintergrund der Beschränkung auf Tätigkeiten höherer Art	9
c) Zwischenergebnis	10
3. Typologie der Beratungsverträge	11
§ 2 Vereinbarkeit von Beratungsverträgen mit der Regelung der Aufsichtsratsvergütung nach § 113 AktG	13
A. Regelungsgehalt des § 113 I AktG	13
I. Ermessensentscheidung der Hauptversammlung	13
II. Angemessenheitsgebot, § 113 I 1 AktG	14
1. Inhalt des Angemessenheitsgebotes	15
2. Kontrollmechanismen zur Einhaltung des Angemessenheits- gebotes	15
3. Rechtstatsachen zur Aufsichtsratsvergütung	17
III. Allgemeines Gebot der Gleichbehandlung der Aufsichts- ratsmitglieder	17
IV. Rechtsgrund der Vergütung	18
B. Maßstab für die Vereinbarkeit eines Beratungsvertrages mit der Vergütungsregelung des § 113 I 2 AktG	18
C. Die präventive Überwachung durch den Aufsichtsrat nach § 111 I AktG	20

I. Gesetzliche Verankerung der präventiven Überwachungsaufgabe ...	21
II. Prüfungsmaßstab der organschaftlichen Überwachung	22
1. Rechtmäßigkeit	22
2. Wirtschaftlichkeit.....	23
3. Zweckmäßigkeit.....	23
4. Ordnungsmäßigkeit.....	24
5. Beratung hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Geschäfts- führungshandlung	24
6. Beratung hinsichtlich Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführungshandlung	25
III. Einwirkungsmöglichkeiten auf den Vorstand	26
IV. Beratung als „Pflichtrecht“ des Aufsichtsrates.....	27
1. Der (weitgehend terminologische) Streit über das Bestehen einer organschaftlichen Beratungspflicht	29
a) Interpretation von „Beratung“ im betriebswirtschaftlichen Schrifttum	30
b) Verständnis der „Gegenansicht“	31
c) Keine sachlichen Unterschiede der genannten Ansichten	32
d) Auseinandersetzung mit der die organschaftliche Beratungsaufgabe gänzlich ablehnenden Ansicht	32
2. Grenzen der organschaftlichen Beratung.....	34
a) Geschäftsführungsautonomie des Vorstandes, § 111 IV 1 AktG.....	34
b) Nebenamtliche Tätigkeit des Aufsichtsrates	36
c) Keine Grenze durch Wissensvorsprung des Vorstandes	37
V. Träger der Überwachungsaufgabe	37
VI. Zwischenergebnis	39
D. Inhalt und Reichweite der Beratungspflicht, Abgrenzung zum Anwendungsbereich von § 114 I AktG.....	39
I. Ausgangspunkt: Konkretisierung der Organpflichten	40
1. Überwachung der „Geschäftsführung“, § 111 I AktG	40
2. Nebenamtliche Tätigkeit.....	42
3. Vorstandsberichte gem. § 90 AktG.....	42
4. Zwischenergebnis	45
II. Abgrenzungskriterien	45
1. Abgrenzung nach Umfang der Tätigkeit	46
2. Abgrenzung nach Adressaten der Beratung	47
3. Abgrenzung nach dem Gegenstand der Beratung	47
4. Abgrenzung nach dem Zweck der Beratung	49
5. Stellungnahme.....	49

a) Beratung außerhalb grundlegender Führungsentscheidungen ..	51
b) Beratung bei der Durchführung von Führungsentscheidungen ..	51
c) Beratung bei der Vorbereitung von Führungsentscheidungen ..	52
aa) Zustimmungspflichtige Geschäfte, § 111 IV 2 AktG	53
bb) Vorbereitung sonstiger Leitungsentscheidungen	56
III. Ergebnis zur Reichweite der Organpflicht und Abgrenzung zu § 114 I AktG.....	56
E. Kollision von organschaftlicher Überwachungsaufgabe und Beratungsvertrag mit einer dem Aufsichtsratsmitglied nahe stehenden Person	57
I. Überwiegende Ansicht in Rspr. und Lit.: einheitlicher Anwendungsbereich von §§ 113, 114 AktG.....	59
1. § 113 AktG als Verbotsnorm im Sinne von § 134 BGB.....	59
2. Voraussetzungen der Nichtigkeit des Beratungsvertrages nach § 113 AktG, § 134 BGB.....	59
II. Kritische Auseinandersetzung mit der in Rspr. und Lit. vertretenen Ansicht	61
1. § 113 AktG als Verbotsnorm	62
a) Fehlende Rechtsmacht des Vorstandes zur Vornahme des Geschäfts	62
b) Berücksichtigung des Schutzzwecks des § 113 I 2 AktG und des Umgangs des AktG mit die Aufsichtsratsstätigkeit beeinflussenden Verträgen	63
c) Unanwendbarkeit des § 134 BGB auf vor Aufnahme der Aufsichtsratsstätigkeit geschlossene Beratungsverträge	65
d) Zwischenergebnis	66
2. Einheitlicher Anwendungsbereich von §§ 113, 114 AktG	67
a) Entstehungsgeschichte der Normen	67
b) Unterschiedliche Normtypen	67
c) Widersinnigkeit der Bagatellausnahme	68
d) Unstimmigkeiten bei der Rechtsfolge des § 114 II AktG.....	69
e) Zwischenergebnis	71
3. Unpraktikabilität der Zustimmung durch die Hauptversammlung ..	72
a) Interesse der AG an der Geheimhaltung des Beratungs- gegenstandes	72
b) Anfechtbarkeit des Hauptversammlungsbeschlusses wegen Verstoß gegen § 113 I 3 AktG.....	73
4. Faktischer Ausschluss vieler qualifizierter Aufsichtsratsmitglieder	73

III. Keine Auswirkungen auf Beratungsvertrag mit dem Aufsichtsratsmitglied selbst	74
IV. Auswirkungen auf Beratungsvertrag mit dem Aufsichtsratsmitglied nahe stehenden Personen	75
1. Beratungsvertrag mit einer Gesellschaft des Aufsichtsratsmitglieds.....	76
a) Beratungsvertrag mit einer Kapitalgesellschaft.....	77
aa) Wirtschaftliche Einheit zwischen Aufsichtsratsmitglied und Beratungsgesellschaft	78
bb) Persönliche Verpflichtung zur Beratung	80
cc) Tatsächliches Tätigwerden des Aufsichtsratsmitglieds	81
b) Beratungsvertrag mit einer Personengesellschaft	82
aa) Haftung des Gesellschafters	82
bb) Zur Leistung gegenüber dem Mandanten Berechtigter	83
2. Auswirkungen auf Verträge mit anderen nahe stehenden Personen	84
F. Praktisches Bedürfnis für die Nichtanwendung von § 113 AktG auf Beratungsverträge mit dem Aufsichtsratsmitglied nahe stehenden Personen	85
I. Pflicht des Vorstandes, sachkundigen Rat einzuholen	85
II. Vorteile des Vertragsschlusses mit Beratungsgesellschaft des Aufsichtsratsmitglieds.....	86
III. Zwischenergebnis	88
G. Ergebnis zur Vereinbarkeit von Beratungsverträgen mit einer dem Aufsichtsratsmitglied nahe stehenden Person und § 113 I 2 AktG.....	88
§ 3 Die Erstreckung des Anwendungsbereichs von § 114 AktG auf Beraterverträge mit dem Aufsichtsratsmitglied nahe stehenden Personen	91
A. Methodische Vorüberlegungen	91
I. unmittelbarer Anwendungsbereich der Norm.....	91
II. Analogie und teleologische Extension	92
1. Abgrenzung der beiden Methoden	92
2. Planwidrige Regelungslücke.....	93
III. Gesetzesumgehung	94
IV. Zwischenergebnis	96
B. Schutzzweck des § 114 AktG.....	97
I. § 114 AktG als besonders geregelter Interessenkonflikt	98
1. Inhärenz von Interessenkonflikten und Aufsichtsratsamt.....	99
a) Zusammensetzung des Aufsichtsrates	100

b) Nebenamtliche Tätigkeit der Aufsichtsratsmitglieder	100
c) Kaum vorhandene Inkompatibilitätsvorschriften	101
d) Interessenkonflikte als Folge des Mitbestimmungsmodells	102
2. Typische Interessenkonflikte von Aufsichtsratsmitgliedern	103
3. Rechtsfolgen von Interessenkonflikten von Aufsichtsrats-	
mitgliedern	103
a) Abstufung nach Ausprägtheit der Treuepflicht	104
aa) Interessenkonflikt im Bereich des Organhandelns	104
bb) Interessenkonflikt außerhalb der Organpflichten	105
cc) Mischfälle	105
(1) Missbräuchlicher Einsatz der Aufsichtsratsstellung	106
(2) Gegenübertreten wie ein gesellschaftsfremder Dritter ..	107
(3) Keine weiteren Konsequenzen bei Rechtsgeschäften	
zwischen Aufsichtsratsmitgliedern und ihrer AG	107
b) Zur Lösung des Interessenkonflikts gebotene Handlungs-	
pflichten	108
aa) Transparenz	109
bb) Stimmrechtsausschluss, vorübergehende und dauerhafte	
Amtsniederlegung	110
c) Folgerungen für Beratungsverträge zwischen Aufsichtsrats-	
mitglied und AG	112
4. Rückschlüsse hinsichtlich des Schutzzwecks des § 114 AktG	112
II. Schutz der Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds vom	
Vorstand	114
1. Einordnung des Unabhängigkeitsbegriffs und Folge von	
Abhängigkeit für die Überwachungstätigkeit	115
2. Unabhängigkeitsprinzip in Gesetz und soft law	116
3. In § 114 AktG erfasste Beeinträchtigungen der Unabhängigkeit ..	117
a) Beeinflussung durch wirtschaftliche Vorteile	117
aa) Hintergrund der Beschränkung auf Dienst- und	
Werkverträge	118
bb) Keine Beschränkung auf Schutz vor unausgewogenen	
Verträgen	118
b) Beeinflussung durch persönliche Beziehungen	120
aa) Vertretene Ansichten	120
bb) Eigene Stellungnahme	121
III. Absicherung der Regelung zur Aufsichtsratsvergütung in	
§ 113 I AktG	123
1. Verpflichtung „außerhalb seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat“	123
2. Verhältnis von § 114 zu § 113 AktG	124

IV. Problem der Überwachung eigener Empfehlungen	125
V. § 114 als „Verhaltensnorm“?	126
VI. Zusammenfassung zum Schutzzweck	127
C. Anforderungen an die Bestimmtheit der vertraglichen Leistungen	128
I. Bestimmtheit der Vergütung des Aufsichtsratsmitglieds	128
1. Bezug auf Gebührenordnungen, Stundensatz	129
2. Bezug auf übliche Stundensätze	129
3. Feststehen der Gesamtvergütung	130
II. Bestimmtheit der Tätigkeit des Aufsichtsratsmitglieds	131
1. Verträge zur Erfüllung eines konkreten Beratungsbedarfs	131
2. Rahmenverträge	132
a) Angabe des Sachgebietes ausreichend	132
b) Mehrere Genehmigungsbeschlüsse	133
c) Stellungnahme	133
aa) Genehmigung	133
bb) Praktikabilität häufiger Zustimmungsbeschlüsse	133
cc) Konsequenzen für Unabhängigkeit	134
III. Nachträgliche Konkretisierung	135
IV. Zwischenergebnis	135
D. Vertragsschluss mit einer Gesellschaft des Aufsichtsratsmitglieds	136
I. Meinungsstand zum Vertragsschluss mit Kapitalgesellschaft	136
1. Ablehnende Haltung gegenüber Anwendung von § 114 I AktG ...	137
2. Analoge Anwendung von § 115 III 1 AktG	137
3. Zurechnungsdurchgriff	138
a) Missbrauchslehre	139
b) Normzwecklehre	139
c) Vermittelnde Ansicht	140
d) Übertragung auf § 114 AktG	140
4. Abhängigkeit der Gesellschaft vom Aufsichtsratsmitglied	142
a) Vertreter in Literatur	142
b) Entscheidung des BGH vom 3. Juli 2006	143
aa) Sachverhalt und Begründung	143
bb) Betrachtung der Entscheidung	144
(1) Anwendung auf Umgehungssachverhalte	145
(2) Wirtschaftliche Einheit von Aufsichtsratsmitglied und Beratungsgesellschaft	146
5. Abstellen auf mittelbare Leistung an Aufsichtsratsmitglied	147
a) Ansichten in der Literatur	147
b) Entscheidung des BGH vom 20. November 2006	147
aa) Sachverhalt	148

bb) Gründe.....	148
6. Zusammenfassung der vertretenen Ansichten	148
II. Meinungsstand zum Vertragsschluss mit Personengesellschaft	149
1. Gleichbehandlung von Kapital- und Personengesellschaften	149
2. Maßgebliche Stellung in der Sozietät, Geschäftsführer	150
3. Abstellen auf Leistenden	150
III. Stellungnahme.....	150
1. Auseinandersetzung mit der h.M.....	150
a) Probleme bei der Messbarkeit der mittelbaren Vergütung	151
b) Fehlende weitergehende Differenzierungskriterien	152
2. Übrige Ansichten	154
3. Zwischenergebnis	155
IV. Eigener Lösungsansatz	155
1. Keine Trennung zwischen Kapital- und Personengesellschaften ..	155
2. Grundsatz: Keine Beschränkung für Rechtsgeschäfte zwischen Aufsichtsratsmitglied und zu überwachender AG	156
3. Einschränkung für Beratungsverträge nach § 114 AktG	157
4. Missbrauchsanfälligkeit als Richtschnur für die Zustimmungspflicht nach § 114 AktG.....	157
a) Missbrauchsgefahr aufgrund Beteiligung am Vertragsschluss ..	158
b) Missbrauchsgefahr aufgrund hohem wirtschaftlichen Interesse des Aufsichtsratsmitglieds am Beratungsvertrag	159
aa) Regelung im österreichischen Aktiengesetz	160
bb) Übertragung auf § 114 AktG	161
5. Folgerung für den Anwendungsbereich von § 114 I AktG.....	161
6. Vergleich des Ergebnisses mit der Ansicht des BGH.....	162
E. Vertrag mit sonstiger nahe stehender Person	163
§ 4 Zusammenfassung in Thesen	165