

Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern

Dr. Thomas Frohnmayer, Rechtsanwalt, Dr. Anton Ederle, Rechtsanwalt

**BGH, Urteil vom 10.07.2012 – II ZR 48/11
AktG § 114**

Der Vorstand einer Aktiengesellschaft handelt jedenfalls im Regelfall rechtswidrig, wenn er an ein Aufsichtsratsmitglied eine Vergütung zahlt, obwohl der Aufsichtsrat dem zugrunde liegenden Beratungsvertrag noch nicht nach § 114 Abs. 1 AktG zugestimmt hat.

Keywords

Aufsichtsrat; Beratungsverträge; nachträgliche Genehmigung

Problemstellung und praktische Bedeutung

Im ersten Heft der FuS (FuS 2011, 35) besprach Wiedemann ein Urteil des OLG Frankfurt am Main vom 15.02.2011, Az. 5 U 30/10, das für erhebliche Unruhe in der Gestaltungspraxis sorgte. Das OLG Frankfurt erklärte die Auszahlung von Beratungshonoraren an ein Aufsichtsratsmitglied der Fresenius SE für pflichtwidrig, weil sie ohne vorherige Zustimmung des Gesamtaufsichtsrates erfolgte, obwohl der Gesamtaufsichtsrat die Zahlung im Nachhinein genehmigte. Es handele sich – so das OLG Frankfurt – um einen schweren und eindeutigen Gesetzesverstoß, der zur Versagung der Entlastung nach § 120 Abs. 1 AktG führen müsse.

Direkte Relevanz hat diese Thematik für Pflichtaufsichtsräte in der Aktiengesellschaft, der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) und der mitbestimmten GmbH. Ob sie auch freiwillige Beratungsgremien wie Beiräte, Verwaltungsräte und Gesellschafterausschüsse betrifft, wie sie insbesondere in Familiengesellschaften verbreitet sind (vgl. Wiedemann, FuS 2011, 35), wurde von der Rechtsprechung bislang nicht entschieden, wird in der Literatur aber teilweise bejaht (Wiedemann, FuS 2011, 36).

Die Entscheidung des OLG Frankfurt sorgte deshalb für große Unruhe, weil sich viele Unternehmen die Expertise einzelner ihrer Aufsichtsratsmitglieder häufig nicht nur im Rahmen der allgemeinen Aufsichtsrats Tätigkeit, sondern auch in speziellen Fragen außerhalb der organschaftlichen Tätigkeit nutzbar machen wollen, wofür die Betroffenen aber freilich die Zahlung eines gesonderten, über die bloße Aufsichtsratsvergütung hinausgehenden Beratungshonorars erwarten. In der Praxis hat sich dabei eingebürgert, der Zahlung von Beratungshonoraren nicht bereits im Voraus zuzustimmen, sondern sie erst nachträglich zu genehmigen. Denn ob ein Beratungsvertrag überhaupt genehmigungsfähig ist, kann oft erst im Nachhinein beurteilt werden, ist doch der Umfang des Beratungsgegenstands und der mit der Beratung verbundene Aufwand

– beispielsweise bei der Übernahme von Prozessvertretungen – im Voraus regelmäßig kaum einzuschätzen und damit auch die Angemessenheit der Vergütung sowie die Abgrenzung zur bloßen Organtätigkeit im Voraus nur schwer zu beurteilen.

Dennoch erklärte das OLG Frankfurt diese Praxis für rechtswidrig. Viele Autoren, darunter auch Wiedemann, äußerten die Hoffnung, der BGH werde diese Entscheidung „geraderücken“. Eine Hoffnung, die nun enttäuscht wurde.

Entscheidungsgründe und weitere Hinweise

Der BGH hat sich der Entscheidung des OLG Frankfurt weitgehend angeschlossen: Die Vergütung für einen Beratungsvertrag dürfe grundsätzlich erst dann gezahlt werden, wenn der Aufsichtsrat dem Beratungsvertrag zugestimmt hat.

Begründet wird dies mit dem Regelungszweck der §§ 113 und 114 AktG. Nach § 113 AktG hat die Hauptversammlung über die Höhe der Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder zu entscheiden – soweit das nicht bereits in der Satzung geschehen ist. Gemäß § 114 AktG hängt die Wirksamkeit eines Beratervertrages mit einem Aufsichtsratsmitglied von der Zustimmung des Aufsichtsrates ab. Der Zweck des § 114 AktG besteht nach Auffassung des BGH

zum einen darin, Umgehungen des § 113 AktG zu verhindern, indem es dem Aufsichtsrat ermöglicht wird, den vom Vorstand geschlossenen Beratungsvertrag präventiv darauf zu überprüfen, ob er tatsächlich in Übereinstimmung mit dem gesetzlichen Gebot des § 113 AktG nur Dienstleistungen außerhalb der organschaftlichen Tätigkeit zum Gegenstand hat. Der dadurch bewirkte Zwang, den Beratungsvertrag offenzulegen und dem Aufsichtsrat zur Zustimmung zu unterbreiten, soll diesem zugleich die Möglichkeit eröffnen, sachlich ungerechtfertigte Sonderleistungen der Aktiengesellschaft an einzelne Aufsichtsratsmitglieder – etwa in Form überhöhter Vergütungen – und damit eine denkbare unsachliche, der Erfüllung seiner Kontrollaufgabe abträgliche Beeinflussung des Aufsichtsratsmitglieds durch den Vorstand verhindern.

Eine nachträgliche Genehmigung schaffe zwar einen Rechtsgrund für die Vergütungszahlung; das betreffende Aufsichtsratsmitglied muss die bereits vereinnahmte Vergütung also nicht zurückzahlen. Eine nachträgliche Genehmigung ersetze aber nicht die präventive Kontrolle durch den Aufsichtsrat, die das Gesetz erfordere. Schon die Zahlung einer zum Zahlungszeitpunkt rechtsgrundlosen Vergütung stelle regelmäßig eine Pri-

vilegierung des Aufsichtsratsmitglieds dar, die durch § 114 AktG gerade verhindert werden soll. Die Vergütungszahlung bleibe daher rechtswidrig.

Zwar fehle es im vorliegenden Fall – anders als vom OLG Frankfurt angenommen – an einem schwerwiegenden und eindeutigen Gesetzesverstoß, der eine Anfechtung von Entlastungsbeschlüssen rechtfertige. Dies aber nur deshalb, weil die Frage, ob eine nachträgliche Genehmigung nicht nur auf den Rechtsgrund der Zahlung, sondern auch auf die Frage der Pflichtgemäßheit der Auszahlung bezogen werden könne, im Jahr 2008 noch nicht höchstrichterlich entschieden war. Die Rechtslage sei damals nicht eindeutig gewesen. Jetzt, mit seiner Entscheidung – so wird man den BGH wohl verstehen müssen –, ist sie es aber. Auch wenn der BGH zum Gewicht des Gesetzesverstoßes selbst keine Ausführungen macht, droht also künftig die erfolgreiche Anfechtung von Entlastungsbeschlüssen, wenn Aufsichtsratsmitgliedern ein Beratungshonorar ausgezahlt wird, bevor der Aufsichtsrat dem Beratungsvertrag zugestimmt hat.

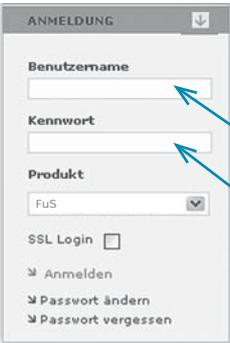
Die zeitliche Verzögerung der Honorarzahung, so der BGH, sei der Preis, den ein Aufsichtsratsmitglied zahlen müsse, wenn es von der Gesellschaft Aufträge bekommen wolle. Dass das Aufsichtsratsmitglied damit das Risiko

eingehen muss, in Vorleistung zu treten und unter Umständen umsonst gearbeitet zu haben, lässt er unerwähnt.

Weitere Hinweise

Bei der Fresenius SE sollen am Anfang jedes Jahres vom Aufsichtsrat eine Obergrenze für Mandate an bestimmte Aufsichtsratsmitglieder oder deren Sozietäten festgelegt und die einzelnen Verträge dann am Ende des Jahres dem Aufsichtsrat zur Genehmigung vorgelegt worden sein. Ob die Zahlung eines Beratungshonorars vor Zustimmung des Aufsichtsrates unter diesen Umständen ausnahmsweise rechtmäßig ist, ließ der BGH ausdrücklich offen. Dies wird im Einzelfall davon abhängen, ob dem Zweck des § 114 AktG, durch eine präventive Kontrolle eine Umgehung des § 113 AktG und eine Beeinflussung der Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds zu verhindern, durch hinreichende Konkretisierung ausreichend Rechnung getragen wurde. Für die Praxis empfiehlt es sich künftig, vor der Auszahlung von Beratungshonoraren die Genehmigung durch den Aufsichtsrat abzuwarten, wenn aufgrund der Aktionärsstruktur mit der Anfechtung von Entlastungsbeschlüssen zu rechnen ist.

Quicklink: uw121202



Ihre Zugangsdaten zum Archiv und der Rechtsprechungsdatenbank Familienunternehmen und Stiftungen:

Geben Sie unter www.betrifft-unternehmen.de/fus-online Ihren Benutzernamen und Ihr Kennwort ein. Der Benutzername setzt sich immer zusammen aus „fusleser“ und Ihrer Auftragsnummer.

Beispiel: fusleser12345

Geben Sie unter Kennwort Ihre Auftragsnummer ein.

Beispiel: 12345

Ihre individualisierte Auftragsnummer finden Sie auf dem Adressaufkleber Ihrer FuS oben links!

Nach dem Login haben Sie Zugriff auf das Zeitschriftenarchiv und die Rechtsprechungsdatenbank. Mit den im Heft angegebenen **Quicklinks** haben sie dann Zugriff auf den Volltext der Entscheidungen.

Familie, Vermögen und Leistung im Einklang!



ISSN 2191-9828

2011, Erscheinungsweise: 2-monatlich, jeweils zum Anfang eines geraden Monats, 36 Seiten, Format A4, geheftet, Jahresabonnement 189,- €

Bestellen Sie auch online unter:



Familienunternehmen und Stiftungen (FuS)

Recht, Management, Familie und Vermögen

In Familienunternehmen und Stiftungen ergeben sich spezielle Fragestellungen, die an die Familienunternehmer selbst wie auch an deren Berater hohe fachliche Anforderungen stellen. Viele Lösungen erfordern im Kern einen interdisziplinären und ganzheitlichen Ansatz.

Die FuS schließt nun die bisherige Lücke im Zeitschriftenumfeld. Sie bietet vernetzte Fachinformationen aus den Bereichen Recht, Familie, Management und Vermögen. Sie setzt damit an der Schnittstelle zwischen Recht, Steuern, Ökonomie und Psychologie an. So wird es für Sie als Berater oder Unternehmer möglich, für das Wirtschaftsmandat oder das eigene Unternehmen schnell und kompetent effiziente Lösungen zu entwickeln.

Aktuelle Aufsätze ermöglichen Ihnen einen schnellen Überblick und Praxisreports vermitteln Ihnen Beratungskompetenz aus aktuellen Fällen. Die praxisrelevante Kommentierung von Leitsätzen bietet Ihnen eine kompakte Rechtsprechungsübersicht. Die moderne mediale Gestaltung der FuS sichert hohen Lesekomfort und Nutzwert, z.B. durch eine angebundenen Online -Rechtsprechungsdatenbank für vertiefende Recherchen.

AUS DEM INHALT

- Aktuelle Aufsätze für den schnellen Überblick zu Themen in Familienunternehmen und Stiftungen
- Abstracts und Vertiefungshinweise
- Praxisreports zu Recht, Steuern, Familie, Management und Vermögen
- Rechtsprechung in Leitsätzen – kurz kommentiert
- Aktuelles aus der Branche, Tipps und Termine
- Rechtsprechungsdatenbank per Quicklink

Werden Sie jetzt FuS-Abonnent!

Sichern Sie sich eine unserer attraktiven Prämie für ein Jahresabonnement oder testen Sie 2 Ausgaben kostenlos!



Informationen direkt von der Quelle!



Bundesanzeiger Verlag
www.bundesanzeiger-verlag.de

www.betrifft-unternehmen.de/fus

Kostenlose Bestell-Hotline: 0 800/1234-339
(gebührenfrei aus dem deutschen Festnetz)

Fax: 0221/976 68-115 · in jeder Fachbuchhandlung

BESTELLSCHEIN

- ▶ im Fensterkuvert einsenden
- ▶ per Fax an (0221) 9 76 68-115
- ▶ www.betrifft-unternehmen.de/fus
- ▶ in jeder Fachbuchhandlung

Bundesanzeiger Verlag
Postfach 10 05 34
50445 Köln



Prämie Nr. 1

KRUPS Nescafé Dolce Gusto „Fontana“
Rot (4704592) oder Weiß (4704576)

- 15 bar Pumpendruck: Mit automatischer Druckregulierung für perfekten Milchschaum
- Aluminium Thermoblock mit Edelstahl Verkleidung: Kein Vorheizen, keine Wartezeiten
- Exklusives und sauberes Kapselsystem



Prämie Nr. 2

GARMIN Navigationsgerät „N30“ (5151198)

- 3,5 Zoll (8,9 cm) QVGA TFT-Display
- Kartenabdeckung für 22 Länder Zentraleuropas
- Eingebauter Lithium-Ionen Akku (Betriebsdauer bis zu 4 Std.)
- Inkl. Saugnapfhalterung für die Windschutzscheibe, Klebplatte für Saugnapfbefestigung am Armaturenbrett, KFZ-Ladekabel



Prämie Nr. 3

Der Besserschein 90 € (3602771)

- Suchen Sie sich Ihre Wunschprämie einfach selbst aus
- Stöbern Sie in aller Ruhe in dem Besserschein-Onlineshop
- Einlösen des BESSERSCHEINS unter: www.der-besserschein.de

Jahresabonnement plus Prämie!

Ja, ich möchte die Zeitschrift „FuS – Familienunternehmen und Stiftungen“ direkt im Jahresabonnement für 189,- €* bestellen.

Als Dankeschön erhalte ich Prämie Nr.

Sie bekommen die Prämie zugesendet, nachdem die Zahlung des Jahresabonnementspreises bei uns eingegangen ist.

2 Ausgaben kostenlos!

Ja, ich möchte **2 Ausgaben kostenlos** bestellen**.

ABSENDER:

Firma

Name, Vorname

Straße, Nr.

PLZ, Ort

Telefon

Fax

E-Mail

X

Datum, Unterschrift

* inkl. MwSt. und Versandkosten (deutschlandweit)

**2 AUSGABEN KOSTENLOS:

Wenn ich das Produkt darüber hinaus regelmäßig beziehen möchte, brauche ich nichts weiter zu unternehmen. Das reguläre Abonnement des Produktes beginnt dann mit der nächsten Ausgabe zum Jahresabonnementspreis inkl. gesetzlich geltender MwSt. und Versandkosten (deutschlandweit). Wenn ich an der Lieferung weiterer Ausgaben des Produktes nicht interessiert bin, teile ich dies dem Bundesanzeiger Verlag spätestens innerhalb einer Woche nach Erhalt der zweiten Ausgabe mit. Es ist nicht möglich, die beiden oben genannten Abonnementangebote miteinander zu kombinieren.

VERBRAUCHERSCHUTZHINWEIS:

Diese Bestellung kann innerhalb von 4 Wochen nach Absendung ohne Begründung schriftlich oder in anderer Textform bei der Bundesanzeiger Verlagsges. mbH., Amsterdamer Str. 192, 50735 Köln, widerrufen werden. Zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs innerhalb dieses Zeitraumes. Der Widerruf verpflichtet zur Rücksendung der Ware, Beschädigung der Ware verpflichtet zum Kauf.

Ihre Daten sind bei uns in sicheren Händen! Informationen zu unseren AGB und Datenschutzbestimmungen finden Sie unter www.bundesanzeiger-verlag.de.

Ihre Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH.

W A - N r . 1 1 0 0 2 0 4 1



**Bundesanzeiger
Verlag**

**Recht
vielseitig!**