BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 151/04

Verkündet am:
3. Juli 2006
Boppel
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja (ohne I der Entscheidungsgründe)
BGHR: ja

AktG §§ 113, 114

a) Ein Beratungsvertrag zwischen einer Aktiengesellschaft und einem Unternehmen, dessen alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer ein Mitglied ihres Aufsichtsrats ist, fällt in den Anwendungsbereich der §§ 113, 114 AktG.

b) Ein Vertrag, nach dem das Aufsichtsratsmitglied einer Aktiengesellschaft oder ein von ihm beherrschtes Unternehmen die Gesellschaft "in betriebswirtschaftlichen und steuerrechtlichen Fragen beraten" soll, verstößt mangels Abgrenzung gegenüber der Organtätigkeit des Aufsichtsrats gegen § 113 AktG und ist daher einer Zustimmung durch den Aufsichtsrat als Gesamtorgan gemäß § 114 Abs. 1 AktG nicht zugänglich (Fortführung von BGHZ 114, 127; 126, 340, 344 ff.).

c) Der aktienrechtliche Anspruch der Gesellschaft auf Rückgewähr der Beratungsvergütung gemäß § 114 Abs. 2 Satz 1 AktG greift auch im Fall eines gegen § 113 AktG verstoßenden Beratungsvertrages ein und besteht gegenüber dem betreffenden Aufsichtsratsmitglied auch dann, wenn der Vertrag mit einem von ihm beherrschten Unternehmen abgeschlossen worden ist.

BGH, Urteil vom 3. Juli 2006 - II ZR 151/04 - OLG Köln
LG Köln

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juli 2006 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Dr. Kurzwelly, Kraemer, Prof. Dr. Gehrlein und Caliebe

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Teilurteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 27. Mai 2004 wird auf Kosten des Beklagten zu 2 zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Beklagte zu 2 amtierte von 1987 bis zum 1. September 2000 als Mitglied und Vorsitzender des Aufsichtsrats der klagenden Aktiengesellschaft. Er war des Weiteren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Beklagten zu 1, einer Steuerberatungs-GmbH, welche schon vor 1987 als Beraterin der Klägerin - ohne schriftlichen Beratervertrag - tätig war. Am 15. Mai 1987 beschloss der Aufsichtsrat der Klägerin u.a. eine "Genehmigung der Erweiterung des Beratervertrages". Ob der neue Beratervertrag, der nach dem Beschlussprotokoll den Aufsichtsratsmitgliedern ausgehändigt worden sein soll, ihnen tatsächlich vorlag und inhaltlich bekannt war, ist unter den Parteien streitig. Gemäß dem am 16. Mai 1987 von der Klägerin und der Beklagten zu 1 unterzeichneten Beratungsvertrag sollte die Beklagte zu 1 die Klägerin "im bisherigen Umfang in betriebswirtschaftlichen und steuerrechtlichen Fragen in der Bundesrepublik Deutschland" beraten und das Honorar dafür "wie bisher nach

vereinbarten Tagessätzen und nachgewiesenen Kosten" abrechnen. Darüber hinaus sollte die Beklagte zu 1 künftig nach Vereinbarung mit dem Vorstand der Klägerin auch deren ausländische Tochtergesellschaften in betriebswirtschaftlichen und steuerrechtlichen Fragen sowie bei der Vorbereitung der deutschen Konzernbilanz gegen ein jeweils zu vereinbarendes Honorar beraten. Am 29. Dezember 1992 unterzeichneten die Klägerin und die Beklagte zu 1 einen geänderten Beratervertrag, nach dem die Beklagte zu 1 ab 1993 wegen erheblicher Zunahme ihrer Beratungstätigkeit ein jährliches Pauschalhonorar von 250.000,00 DM (zuzügl. MwSt.) erhalten sollte. Am 28. April 2000 beschloss der Aufsichtsrat der Klägerin die Genehmigung dieser Vertragsänderung. Auf die Klage eines Aufsichtsratsmitglieds wurde durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts Duisburg vom 16. August 2002 die Nichtigkeit des Genehmigungsbeschlusses festgestellt, weil der hieran mitwirkende Beklagte zu 2 am 3. Juli 1997 nicht wirksam als Aufsichtsratsmitglied wiedergewählt worden sei und deshalb nicht die erforderliche Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern für die Genehmigung gestimmt habe.

2 Mit ihrer Klage hat die Klägerin beide Beklagten gesamtschuldnerisch auf Rückzahlung der in den Jahren 1991 bis 2000 gezahlten Beratungshonorare von 2.421.825,00 DM bzw. 1.238.259,40 € u.a. aus § 114 Abs. 2 Satz 1 AktG (analog) in Anspruch genommen, weil eine Genehmigung seitens des Aufsichtsrats gemäß § 114 Abs. 1 AktG auch für einen Beratungsvertrag mit einer Gesellschaft, deren einziger Gesellschafter ein Aufsichtsratsmitglied sei, gefordert werden müsse und eine wirksame Genehmigung hier nicht vorliege. Auch der Beklagte zu 2 hafte persönlich für die Rückzahlung der im Ergebnis ihm zugeflossenen Honorare. Die Beklagten haben sich u.a. auf Verjährung gemäß §§ 116, 93 Abs. 6 AktG berufen und behauptet, in der Aufsichtsratssitzung vom 15. Mai 1987 sei - entsprechend einem vorgelegten "Geheimprotokoll", dessen

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Authentizität die Klägerin bestreitet - eine Begrenzung des jährlichen Honorarvolumens auf 300.000,00 DM verabredet und der Vorstand ermächtigt worden, ggf. ein Pauschalhonorar zu vereinbaren. Allen Aufsichtsratsmitgliedern sei auch bekannt gewesen, dass die Beklagte zu 1 einen Tagessatz in Höhe von 1.000,00 DM erhalte. Insgesamt habe sie Leistungen im Wert von ca. 7 Mio. DM erbracht.

3 Das Landgericht hat der Klage gegenüber der Beklagten zu 1 entsprochen und sie gegenüber dem Beklagten zu 2 abgewiesen. Dagegen haben die Klägerin und die Beklagte zu 1 Berufung eingelegt. Durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Beklagten zu 1 ist das Berufungsverfahren ihr gegenüber unterbrochen worden. Nach Schluss der mündlichen Verhandlung über die Berufung der Klägerin gegenüber dem Beklagten zu 2 beantragte dieser die Wiedereröffnung mit dem Vortrag: "Der Insolvenzverwalter rechnet gegen die - bestrittene - Forderung der Klägerin mit den Ansprüchen der Beklagten zu 1 aus ungerechtfertigter Bereicherung auf". Zugleich kündigte der Beklagte zu 2 eine Hilfswiderklage gegen die Klägerin auf Rückzahlung des Betrages an, zu dessen Zahlung an die Klägerin er ggf. verurteilt werden sollte. Unter dem 17. Mai 2004 teilte die Beklagte zu 1 dem Berufungsgericht mit, dass das Insolvenzgericht die Eigenverwaltung angeordnet habe (§ 271 InsO) und sie (vertreten durch den Beklagten zu 2 als Eigenverwalter) den unterbrochenen Rechtsstreit aufnehme. Das Berufungsgericht hat durch Teilurteil der Klage gegenüber dem Beklagten zu 2 entsprochen. Dagegen richtet sich die - von dem Berufungsgericht zugelassene - Revision des Beklagten zu 2 (künftig: der Beklagte).

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision bleibt erfolglos.

5 I. Entgegen der Ansicht der Revision ist das angefochtene Teilurteil (§ 301 ZPO) nicht prozessual unzulässig. Unzulässig ist ein Teilurteil nach ständiger Rechtsprechung dann, wenn es ganz oder zum Teil davon abhängt, wie der Streit über den Rest ausgeht, so dass die Gefahr einander widerstreitender Erkenntnisse, auch durch das Rechtsmittelgericht, besteht (vgl. BGHZ 120, 376, 380). Ob und unter welchen Voraussetzungen dies auch dann gilt, wenn durch Teilurteil über eine Klage gegen einen von mehreren als Gesamtschuldner in Anspruch genommenen Streitgenossen entschieden wird (dazu BGH, Urt. v. 11. Oktober 1991 - V ZR 341/89, WM 1992, 242; Urt. v. 12. Januar 1999 - VI ZR 77/98, NJW 1999, 1035), die grundsätzlich auch in getrennten Prozessen verklagt werden können, kann hier dahinstehen. Zulässig ist in solchem Fall ein Teilurteil jedenfalls dann, wenn über das Vermögen eines (einfachen) Streitgenossen das Insolvenzverfahren eröffnet und damit gemäß § 240 ZPO das Verfahren insoweit unterbrochen worden ist, weil die Unterbrechung zu einer faktischen Trennung der Verfahren führt und die Dauer der Unterbrechung in der Regel ungewiss ist (BGH, Urt. v. 19. Dezember 2002 - VII ZR 176/02, WM 2003, 1740). Eine andere Beurteilung kommt nur in Betracht, wenn Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass das unterbrochene Verfahren alsbald fortgesetzt werden kann (BGH, Urt. v. 19. Dezember 2002 aaO), wobei aber solche Anhaltspunkte naturgemäß vor Schluss der mündlichen Verhandlung vorliegen müssen. Fehl geht es deshalb, soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht hätte zur Vermeidung eines unzulässigen Teilurteils die mündliche Verhandlung wiedereröffnen müssen (§ 156 ZPO), nachdem die Beklagte zu 1 mit Schriftsatz vom 17. Mai 2004 kurz vor dem anberaumten Verkündungstermin mitgeteilt habe, dass am selben Tag die Eigenverwaltung über ihr Vermögen angeordnet worden sei (§ 271 InsO) und der Beklagte zu 2 als Eigenverwalter das ihr gegenüber unterbrochene Verfahren aufnehme (§ 250 ZPO).

6 Ebenso wenig ist das Teilurteil deshalb unzulässig, weil der Beklagte zu 2 mit Schriftsatz vom 1. April 2004 die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung zwecks Erhebung seiner Hilfswiderklage beantragt und u.a. geltend gemacht hat, der Insolvenzverwalter der Beklagten zu 1 rechne gegenüber den Ansprüchen der Klägerin hilfsweise auf. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, konnte die Hilfswiderklage nach Schluss der mündlichen Verhandlung ohnehin nicht mehr in zulässiger Weise erhoben werden (vgl. BGH, Beschl. v. 12. Mai 1992 - IX ZR 251/91, NJW-RR 1992, 1085) und war im Übrigen auch sachlich nicht geeignet, die Entscheidung über die Klage zu beeinflussen, wie sich aus § 114 Abs. 2 AktG ergibt. Eine Aufrechnung namens des Insolvenzverwalters der Beklagten zu 1 konnte der Beklagte zu 2 nicht (wirksam) erklären. Sein im Präsens gefasster Vortrag zu der angeblichen Aufrechnung des Insolvenzverwalters lässt offen, ob dieser die Aufrechnung bereits gegenüber der Klägerin erklärt hatte oder dies nur beabsichtigte. Davon abgesehen wäre auch eine Aufrechnungserklärung seitens der Beklagten zu 1 nicht geeignet, den Anspruch der Klägerin gegenüber dem Beklagten zu 2 (als etwaigem Gesamtschuldner) zu Fall zu bringen und damit die Entscheidung über die Klage zu beeinflussen. Denn die Beklagte zu 1 unterläge, falls sie entsprechend § 114 Abs. 2 AktG die Honorarrückzahlung schulden würde, auch ihrerseits dem aus § 114 Abs. 2 AktG folgenden Aufrechnungsverbot, wie das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend ausführt. Schuldet die Beklagte zu 1 die Honorarrückzahlung dagegen nicht, kann sie ohnehin nicht aufrechnen. Sonstige zwingende Gründe für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gemäß § 156 Abs. 2 ZPO lagen nicht vor. Das Berufungsgericht hat die mündliche Verhandlung verfahrensfehlerfrei geschlossen.

7 II. In der Sache meint das Berufungsgericht, der Beklagte schulde - unabhängig von einer möglichen Haftung auch der Beklagten zu 1 - analog

§ 114 Abs. 2 AktG die Rückzahlung der an die Beklagte zu 1 gezahlten Beratungshonorare. Der im Urteil des Bundesgerichtshofs vom 4. Juli 1994 (BGHZ 126, 340, 346 f.) dargelegte Schutzzweck des § 114 AktG gebiete es, § 114 AktG einschließlich des gegen das Aufsichtsratsmitglied gerichteten Rückzahlungsanspruchs gemäß § 114 Abs. 2 Satz 1 AktG auch dann anzuwenden, wenn das Aufsichtsratsmitglied den Beratungsvertrag nicht selbst abschließe, sondern sich dazu einer von ihm als Alleingesellschafter geführten GmbH bediene. Dies stelle objektiv eine Umgehung des § 114 AktG mit dem Ziel dar, das dortige Zustimmungserfordernis und eine Rückzahlungsverpflichtung des Aufsichtsratsmitglieds zu vermeiden. Der Beklagte sei nach seinem eigenen Vortrag der eigentliche Berater und mittelbarer Empfänger der Vergütung gewesen. Diese wirtschaftliche Identität von natürlicher Person und GmbH unterfalle dem Normzweck und gebiete deshalb die entsprechende Anwendung des § 114 AktG. Wie das Landgericht zutreffend ausführe, sei der in dem Beschlussprotokoll vom 15. Mai 1987 genannte Vertragsentwurf nicht konkret genug gewesen, um dem Aufsichtsrat eine Kontrolle darüber zu ermöglichen, ob die zu erbringende Leistung außerhalb oder innerhalb der organschaftlichen, durch die Aufsichtsratsvergütung abgegoltenen Pflichten liege (vgl. BGHZ 126, 340, 344 f.). Abgesehen von fehlenden Angaben zur Honorarhöhe in dem Vertragsentwurf sei insbesondere bei der vereinbarten "betriebswirtschaftlichen Beratung" eine Abgrenzung zu den von einem Aufsichtsratsmitglied ohnehin geschuldeten Beratungsleistungen nicht möglich. Dazu besage auch das sog. "Geheimprotokoll" nichts. Schon die insoweit fehlende Konkretisierung führe zur Unwirksamkeit der Zustimmung des Aufsichtsrats mit der Folge, dass der Beratungsvertrag gemäß § 114 Abs. 1 AktG insgesamt unwirksam sei und davon - entgegen der Ansicht des Beklagten - nicht der Teilbereich der steuerlichen Beratung ausgenommen werden könne.

8 III. Dies hält den Angriffen der Revision im Ergebnis stand.

9 1. Wie der Senat im Urteil vom 4. Juli 1994 (II ZR 197/93, BGHZ 126, 340, 346 f.) ausgeführt hat, ist der Regelungszweck des § 114 AktG in Zusammenhang mit demjenigen des § 113 AktG zu sehen. Danach ist die Entscheidung über die Vergütung für die Amtsführung der Aufsichtsratsmitglieder, soweit dies nicht bereits in der Satzung geregelt ist, allein der Hauptversammlung vorbehalten. Damit sollen im Interesse der Aktionäre und der Gläubiger der Gesellschaft einerseits eine "Selbstbedienung" der Aufsichtsratsmitglieder, andererseits aber auch die Kompetenz des Vorstandes ausgeschlossen werden, über die Vergütung der Mitglieder seines Überwachungsorgans zu befinden (vgl. Mertens, FS Steindorff 1990, S. 173 f.; Hüffer, AktG 7. Aufl. § 113 Rdn. 1). § 114 AktG flankiert diesen Schutzzweck, indem er zwischen Vorstand und einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern ausgehandelte Verträge über Dienstleistungen höherer Art, insbesondere Beratungsverträge o.ä. der Zustimmung des Aufsichtsrats und damit einer zwingenden präventiven - die Offenlegung des Vertrages gegenüber dem Aufsichtsrat voraussetzenden - Kontrolle darauf hin unterwirft, ob der betreffende Vertrag tatsächlich nur Dienstleistungen außerhalb der organschaftlichen Tätigkeit (vgl. § 114 Abs. 1 AktG) oder aber eine verdeckte Sonderzuwendung zum Gegenstand hat, welche dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied unter Umgehung der Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung (§ 113 Abs. 1 AktG) gewährt wird und die Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung seiner Kontrolltätigkeit mit sich bringt. Darüber hinaus ist eine präventive Kontrolle von Beratungsverträgen im Hinblick darauf geboten, dass diese auch außerhalb der Gewährung rechtswidriger Sondervorteile zu engen Beziehungen und Verflechtungen zwischen dem Vorstand und einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern führen können (vgl. BGHZ 126, 340, 347 f.).

10 2. Zwar erfasst § 114 AktG seinem Wortlaut nach nur Beratungsverträge zwischen der Gesellschaft und Aufsichtsratsmitgliedern. Unter Zugrundelegung des dargestellten Normzwecks der §§ 113, 114 AktG kann es aber, wie das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend ausführt, keinen entscheidenden Unterschied machen, ob das Aufsichtsratsmitglied den Vertrag im eigenen Namen oder im Namen einer von ihm als alleinigem Gesellschafter (und Geschäftsführer) geführten GmbH abschließt, über die er mittelbar die ausbedungene Vergütung erhält (vgl. insoweit auch OLG Frankfurt, AG 2005, 925 f.). Dies stellt sich objektiv als eine Umgehung der §§ 113, 114 AktG mit dem Ziel dar, deren Rechtsfolgen zu vermeiden.

11 a) Anders als § 115 AktG, der den Zustimmungsvorbehalt für Kreditgewährungen an Aufsichtsratsmitglieder ausdrücklich auf eine Reihe von Umgehungssachverhalten ausdehnt (vgl. auch § 89 AktG), enthält § 114 AktG zwar keine entsprechende Regelung. Da ein Sachgrund hierfür nicht ersichtlich ist, lässt sich aber daraus - entgegen der Ansicht der Revision - nicht entnehmen, dass es für die von dem Berufungsgericht befürwortete analoge Anwendung des § 114 AktG auf den vorliegenden Fall an einer "planwidrigen Regelungslücke" fehle, was voraussetzen würde, dass der Gesetzgeber bewusst davon abgesehen hat, offenbare Umgehungen der §§ 113, 114 AktG in deren Anwendungsbereich einzubeziehen. Davon kann keine Rede sein. Dass jedenfalls Beratungsverträge zwischen einer AG und einer Gesellschaft, deren einziger Gesellschafter und Geschäftsführer ein Aufsichtsratsmitglied der AG ist, in den Anwendungsbereich der §§ 113, 114 AktG fallen, entspricht der nahezu einhelligen Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum, wobei zum Teil sogar geringere Anforderungen gestellt werden (vgl. KG, AG 1997, 42; OLG Frankfurt, AG 2005, 925; LG Stuttgart, BB 1998, 1549 mit Anmerkung Wissmann/Ost, BB 1998, 1957; LG Köln, ZIP 2002, 1296; Oppenhoff, FS Barz 1974, 283, 287;

Lutter/Kremer, ZGR 1992, 86, 106; Semler in MünchKommAktG 2. Aufl. § 114 Rdn. 43; Hoffmann-Becking in MünchHdB AG § 33 Rdn. 30; Breuer/Fraune in Heidel AktG § 114 Rdn. 5; Hopt/M. Roth in GroßKommAktG 4. Aufl. § 114 Rdn. 42; Mertens in Kölner Komm.z.AktG 2. Aufl. § 114 Rdn. 7; Vetter in Marsch-Barner/Schäfer, HdB Börsennotierte AG § 30 Rdn. 11; ders. AG 2006, 173 ff.; a.A. Raiser/Wiesner, AG 1976, 266 f.). Die Gleichstellung einer besonderen gesellschaftsrechtlichen Bindungen unterliegenden Person mit einem Unternehmen, an dem sie maßgeblich beteiligt ist, findet sich - ohne ausdrückliche entsprechende Gesetzesregelung - auch in anderen Bereichen des Gesellschaftsrechts, so z.B. im Rahmen des § 62 AktG (vgl. z.B. Henze in GroßKommAktG 4. Aufl. § 62 Rdn. 22), der §§ 30 f. GmbHG sowie im Recht des Eigenkapitalersatzes (vgl. Senat BGHZ 81, 311, 315; Urt. v. 21. Juni 1999 - II ZR 70/98, ZIP 1999, 1315), wobei es nicht entscheidend darauf ankommt, ob es sich um eine Analogie oder um eine an Sinn und Zweck der Norm orientierte Gesetzesauslegung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten handelt. Im vorliegenden Fall gilt nichts anderes. Entscheidend ist hier, dass der Beklagte zu 2 und die von ihm als Alleingesellschafter geführte Beklagte zu 1 eine wirtschaftliche Einheit darstellen (vgl. auch Senat BGHZ 105, 168, 176 f.), die es rechtfertigt, den zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 abgeschlossenen Beratungsvertrag einem solchen zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 2 gleichzustellen, zumal andernfalls Umgehungen der genannten Vorschriften durch Einschaltung einer Ein-Mann-GmbH Tor und Tür geöffnet wäre und ein bewusstes Absehen des Gesetzgebers von einem Umgehungsschutz regelmäßig nicht angenommen werden kann (vgl. auch Senat BGHZ 110, 47, 55 f.).

12 b) Soll ein Aufsichtsratsmitglied die §§ 113, 114 AktG durch eine Gestaltung der vorliegenden Art nicht umgehen können, so müssen die Rechtsfolgen

einer etwaigen Unzulässigkeit des Beratervertrages unter Einschluss derjenigen des Fehlens einer Zustimmung des Aufsichtsrats gemäß § 114 Abs. 1 AktG, insbesondere die aktienrechtliche Rückgewährverpflichtung des Aufsichtsratsmitglieds gemäß § 114 Abs. 2 AktG, auch gegenüber dem Aufsichtsratsmitglied eingreifen, dem die Vergütung mittelbar aufgrund des mit "seiner" GmbH abgeschlossenen Beratungsvertrages zugeflossen ist. Insoweit gilt hier unter Normzweckgesichtspunkten ähnliches wie bei gemäß §§ 30 GmbHG, 57 AktG verbotenen Leistungen an ein von einem Gesellschafter beherrschtes Unternehmen, wofür - jedenfalls auch - der Gesellschafter gemäß §§ 31 GmbHG, 62 AktG erstattungspflichtig ist (vgl. Senat BGHZ 81, 311, 315; Sen.Urt. v. 24. September 1990 - II ZR 174/89, ZIP 1990, 1467; Bayer in MünchKommAktG 2. Aufl. § 57 Rdn. 63, § 62 Rdn. 14; Henze in GroßKommAktG 4. Aufl. § 62 Rdn. 22; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG 18. Aufl. § 31 Rdn. 13 a.E.). Ebenso wie § 62 AktG statuiert § 114 Abs. 2 Satz 1 AktG einen speziellen aktienrechtlichen Erstattungsanspruch (vgl. Semler in MünchKommAktG 2. Aufl. § 114 Rdn. 90; Hüffer, AktG 7. Aufl. § 114 Rdn. 7), nicht etwa - entgegen der Ansicht der Revision - einen Bereicherungsanspruch, der sich nur gegen den unmittelbar Bereicherten richten könnte. Rückzahlungspflichtig ist nach dem Wortlaut des § 114 Abs. 2 Satz 1 AktG "das Aufsichtsratsmitglied". Ob im vorliegenden Fall auch die Beklagte zu 1 rückzahlungspflichtig ist, ist hier nicht zu entscheiden.

13 c) Zu Unrecht meint die Revision, der Rückgewähranspruch gegenüber dem Beklagten aus § 114 Abs. 2 AktG müsse in entsprechender Anwendung des § 115 Abs. 3 Satz 2 daran scheitern, dass die Klägerin und die Beklagte zu 1 miteinander verbundene Unternehmen (§§ 15, 18 AktG) seien, weil der Beklagte zu 2 nach dem Vortrag der Klägerin neben seinem Anteilsbesitz an der Beklagten zu 1 über eine Aktienmehrheit von 50,1 % an der Klägerin verfügt haben soll. Abgesehen davon, dass dieser Vortrag der Klägerin sich nur auf die

Zeit ab Dezember 1998 bezog und zudem nicht ersichtlich ist, dass sich der Beklagte in der Vorinstanz den ihm nach Ansicht der Revision günstigen Vortrag im Sinne der Ausnahmevorschrift des § 115 Abs. 3 Satz 2 AktG zu eigen gemacht hat, betrifft diese Vorschrift nur miteinander verbundene Unternehmen, zwischen welchen Kreditgewährungen zum gewöhnlichen Geschäftsverkehr gehören (vgl. Hefermehl/Spindler in MünchKommAktG 2. Aufl. § 89 Rdn. 30), ohne dass dadurch Umgehungssachverhalte privilegiert werden sollen (vgl. Mertens in Kölner Komm.z.AktG aaO § 114 Rdn. 8). Auch die Kautelen für die Kreditgewährung an Aufsichtsrats- oder Vorstandsmitglieder gemäß §§ 115 Abs. 1, 89 Abs. 1 AktG gelten nach ihrem Sinn und Zweck in gleicher Weise für den Umgehungssachverhalt der Kreditgewährung an ein von dem Organmitglied als Alleingesellschafter beherrschtes Unternehmen (vgl. Oppenhoff aaO S. 290; Mertens aaO § 89 Rdn. 9). Hätte der Beklagte zu 2 den mit "seiner" GmbH zustande gekommenen Beratungsvertrag selbst abgeschlossen, wären die §§ 113, 114 AktG unabhängig von seiner Beteiligung an der Klägerin zweifelsfrei anwendbar. Der die Gleichstellung des Aufsichtsratsmitglieds mit einem von ihm beherrschten Unternehmen gebietende Normzweck der genannten Vorschriften kann nicht dadurch ausgehebelt werden, dass man auf die Konzernsituation abstellt. Eine Unternehmensverbindung in Form eines faktischen Unterordnungs- und Gleichordnungskonzerns unter der Herrschaft des Aufsichtsratsmitglieds selbst ist in § 115 Abs. 3 Satz 2 und § 89 Abs. 4 Satz 2 AktG nicht gemeint (vgl. Mertens aaO Rdn. 10 a.E.).

14 d) Für den vorliegenden Fall ohne Bedeutung ist der - auch von der Revision nicht aufgegriffene - Umstand, dass der Beklagte im Jahr 1997 nicht wirksam als Aufsichtsratsmitglied wiedergewählt worden ist und die Rückgewähransprüche der Klägerin sich auch auf den Zeitraum danach erstrecken. Abgesehen davon, dass die Beratungsverträge, aufgrund deren er die zurückgeforderte

Vergütung erhalten hat, lange zuvor abgeschlossen worden sind, gelten für die Zeit ab 1997 die Grundsätze der fehlerhaften Bestellung (vgl. Hüffer, AktG § 250 Rdn. 16), weil der Beklagte als Aufsichtsrat weiterhin amtierte und es für seine Organpflichten unter Einschluss der Kautelen der §§ 113, 114 AktG auf die tatsächlich ausgeübte Funktion ankommt (vgl. allgemein BGHZ 41, 282; 47, 341; Hüffer aaO § 101 Rdn. 17).

15 3. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts waren allerdings die vorliegenden Beratungsverträge, insbesondere derjenige vom 16. Mai 1987, nicht (nur) wegen Fehlens einer wirksamen Zustimmung des Aufsichtsrats unwirksam, sondern wegen Verstoßes gegen § 113 AktG schon nicht genehmigungsfähig (vgl. Kropff in Semler/v. Schenck, Hdb. für Aufsichtsratsmitglieder 2. Aufl. § 8 Rdn. 116; OLG Frankfurt, AG 2005, 925 m.w.Nachw.), was auch die Revision verkennt. Im Ergebnis ändert dies aber nichts (vgl. unten d).

16 a) Wie der Senat in seinen Grundsatzentscheidungen vom 25. März 1991 (BGHZ 114, 127 ff.) und vom 4. Juli 1994 (BGHZ 126, 340 ff.) ausgesprochen hat, sind Beratungsverträge einer AG mit Aufsichtsratsmitgliedern über Tätigkeiten, welche bereits von der zur Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats gehörenden Beratungspflicht umfasst werden, gemäß §§ 113 AktG, 134 BGB nichtig. Zulässig, aber in ihrer Wirksamkeit von der Zustimmung des Aufsichtsrats nach § 114 AktG abhängig, sind nur Verträge über Dienstleistungen, die nicht in den Aufgabenbereich des Aufsichtsrats fallen (vgl. § 114 Abs. 1 AktG; BGHZ 126, 340, 344). Um Umgehungen des § 113 AktG zu verhindern und den Aufsichtsrat in die Lage zu versetzen, eine verantwortliche Prüfung und entsprechende Abgrenzung vorzunehmen, muss ein Beratungsvertrag i.S. von § 114 AktG eindeutige Feststellungen darüber ermöglichen, ob die zu erbringende Leistung außer- oder innerhalb der organschaftlichen Pflichten des Auf-

sichtsratsmitglieds liegt und der Vertrag keine verdeckten Sonderzuwendungen 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 Art und Umfang der Leistung sowie über die Höhe und Angemessenheit der Vergütung bilden kann. Verträge, die diese Anforderungen nicht erfüllen, weil sie Beratungsgegenstände umfassen, die auch zur Organtätigkeit gehören oder gehören können, sind von vornherein nicht von § 114 Abs. 1 AktG gedeckt, sondern nach § 113 AktG zu beurteilen (BGHZ 126, 340, 344 f.).

17 b) Den genannten Anforderungen genügte der vorliegende Beratungsvertrag vom 15. Juni 1987, wie das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf das erstinstanzliche Urteil rechts- und verfahrensfehlerfrei ausführt, schon deshalb nicht, weil danach neben der steuerrechtlichen eine Beratung "in betriebswirtschaftlichen Fragen" vereinbart war und bei dieser allgemein gehaltenen Bezeichnung eine Abgrenzung gegenüber der organschaftlichen Aufgabe des Aufsichtsrats nicht möglich ist. Denn diese umfasst auch die Beratung des Vorstandes in Fragen der Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung (BGHZ 114, 127, 129 f.), mithin in betriebswirtschaftlichen Fragen der Unternehmensführung (vgl. Kropff in Semler/v. Schenck aaO § 8 Rdn. 112; Vetter, AG 2006, 173, 177). Anders als evtl. bei der steuerlichen handelt es sich jedenfalls bei der betriebswirtschaftlichen Beratung nicht um eine aus dem Aufgabenbereich des Aufsichtsrats herausfallende, klar abgrenzbare Beratung in Fragen eines besonderen Fachgebiets (zu dieser Abgrenzung BGHZ 114, 127, 132). Entgegen der Ansicht der Revision kommt es nicht darauf an, ob der allgemein gefasste Vertragsinhalt der üblichen Gestaltung eines Beratungsvertrages mit einem Rechtsanwalt oder Steuerberater entsprach. Denn hier waren eben wegen der Organfunktion des Beklagten, welche auch den Einsatz indivi-

dueller Sachkenntnis (vgl. Semler in MünchKommAktG 2. Aufl. § 114 Rdn. 26) und bei Bedarf eine das übliche Maß übersteigende Beanspruchung des Aufsichtsratsmitglieds einschließt (BGHZ 114, 127, 131), die besonderen Kautelen der §§ 113, 114 AktG zu beachten. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob den anderen Aufsichtsratsmitgliedern die Vertragsurkunde vorlag und das daraus nicht ersichtliche Tageshonorar von 1.000,00 DM oder die Begrenzung des jährlichen Honorarvolumens auf 300.000,00 DM bekannt waren, weil angesichts der Unbestimmtheit der "Beratung in betriebswirtschaftlichen Fragen" unklar blieb, ob und inwieweit es sich um verdeckte Sonderzuwendungen für die Organtätigkeit handelte. Aus dem gleichen Grund stellt sich die Frage der Genehmigungsfähigkeit mündlich getroffener Honorarvereinbarungen (offengelassen in BGHZ 126, 340, 345) hier ebenfalls nicht.

18 c) Im Ergebnis zu Recht ist das Berufungsgericht der Annahme einer Teilwirksamkeit des Beratungsvertrages hinsichtlich der "steuerlichen Beratung" und der Vereinbarung einer hierauf entfallenden Vergütung in Anwendung des § 139 BGB (befürwortend Beater, ZHR 157 [1993], 420, 434; Hoffmann-Becking in MünchHdB GesR IV 2. Aufl. § 33 Rdn. 28) entgegengetreten. Diese Annahme scheitert jedenfalls daran, dass es für einen derart eingeschränkten Beratungsvertrag und die hierauf entfallende Vergütung schon an einer Zustimmung des Aufsichtsrats gemäß § 114 Abs. 1 AktG fehlt.

19 Ebenso wenig kann sich der Beklagte auf den vor seiner Wahl zum Aufsichtsratsmitglied geschlossenen Beratungsvertrag berufen, weil dieser für die Dauer der Amtsführung des Beklagten seine Wirkung verlor (Senat BGHZ 114, 127). Für den geänderten Beratervertrag vom 29. Dezember 1992 fehlt es - abgesehen von dessen ebenfalls fehlender Genehmigungsfähigkeit - auf der Grundlage des vom Berufungsgericht herangezogenen Urteils des Landgerichts

Duisburg vom 16. August 2002 schon an einem formell ordnungsgemäßen Genehmigungsbeschluss des Aufsichtsrats. Die Revision erhebt insoweit keine Einwände.

20 d) Wenn auch der Beratungsvertrag vom 16. Mai 1987 zumindest zum Teil nicht genehmigungsfähig bzw. gemäß §§ 113 AktG, 134 BGB nichtig (und im Übrigen jedenfalls nicht wirksam genehmigt) ist (vgl. oben c), so kann das gleichwohl nicht dazu führen, dass insoweit ein Rückzahlungsanspruch der Klägerin nur aus §§ 812 ff. BGB, nicht aber aus § 114 Abs. 2 Satz 1 anzunehmen ist. Der Gesetzgeber hat in §§ 113, 114 AktG die - in Grenzbereichen fließende - Unterscheidung zwischen nicht genehmigungsfähigen, weil gemäß §§ 113 AktG, 134 BGB nichtigen, und nicht (wirksam) genehmigten Beratungsverträgen nicht klar erkannt (vgl. AusschussB bei Kropff, AktG 1965 S. 159). Er hat in den genannten Vorschriften keine unterschiedlichen Rechtsfolgen angeordnet, sondern in § 114 Abs. 2 AktG einen aktienrechtlichen Rückgewähranspruch statuiert, der nach seinem Sinn und Zweck in allen Fällen von gemäß §§ 113, 114 AktG unwirksamen Beratungsverträgen eingreift (vgl. auch Hüffer, AktG 7. Aufl. § 115 Rdn. 7; Semler in MünchKommAktG aaO § 114 Rdn. 86). Es wäre ungereimt, wenn für einen erkennbar unbestimmten und daher schon nicht genehmigungsfähigen Beratervertrag schwächere Rechtsfolgen eingreifen würden als bei Fehlen einer (wirksamen) Genehmigung, zumal im ersten Fall auch ein Zustimmungsbeschluss des Aufsichtsrats (§ 114 Abs. 1 AktG) wie der vorliegende vom 15. Mai 1987 wegen Verstoßes gegen § 113 AktG gesetzwidrig, mithin unwirksam ist und die Kumulation beider Unwirksamkeitsgründe nicht zu schwächeren Rechtsfolgen als das bloße Fehlen einer (wirksamen) Zustimmung führen kann. Vielmehr müssen der aktienrechtliche Rückgewähranspruch gegen das Aufsichtsratsmitglied und das Aufrechnungsverbot gemäß § 114 Abs. 2 AktG in Fällen eines nicht genehmigungsfähigen, gemäß § 113 AktG

unerlaubten Beratungsvertrages erst recht eingreifen (vgl. auch LG Stuttgart BB 1998, 1549, 1553).

21 4. Der Rückgewähranspruch gegen den Beklagten aus § 114 Abs. 2 Satz 2 AktG ist - entgegen der vorinstanzlich erhobenen und von der Revision nicht mehr geltend gemachten Einrede - auch nicht verjährt. Er unterlag - ebenso wie der mit ihm konkurrierende Bereicherungsanspruch der Klägerin (§ 812 BGB) - nach Maßgabe des Art. 229 § 6 EGBGB der dreißigjährigen Verjährungsfrist gemäß § 195 BGB i.d.F. bis zum 31. Dezember 2001. Die Verjährungsfrist gemäß §§ 116, 93 Abs. 6 i.V.m. Abs. 3 Nr. 7 AktG betrifft nur Schadensersatzansprüche gegen Aufsichtsratsmitglieder wegen Mitwirkung an der

Gewährung unzulässiger Vergütungen, nicht aber den Rückgewähranspruch gegen das Aufsichtsratsmitglied, das die Vergütung (mittelbar oder unmittelbar) erhalten hat. Die Klage ist im März 2002 eingereicht worden.

Goette Kurzwelly Kraemer

Gehrlein Caliebe

Vorinstanzen:
LG Köln, Entscheidung vom 12.06.2003 - 22 O 243/02 -
OLG Köln, Entscheidung vom 27.05.2004 - 18 U 114/03 -