BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 325/05

Verkündet am:
2. April 2007
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

AktG §§ 108 Abs. 2, 113, 114; ZPO §§ 284, 286 E

a) Der Ausschluss des Stimmrechts eines von drei Aufsichtsratsmitgliedern im Einzelfall entsprechend § 34 BGB führt nicht zur Beschlussunfähigkeit des Organs gem. § 108 Abs. 2 Satz 3 AktG, sondern nur dazu, dass das betreffende Aufsichtsratsmitglied sich bei der Abstimmung der Stimme zu enthalten hat.

b) Ein Beratungsvertrag zwischen einer Aktiengesellschaft und einer Anwalts-GbR, der ein Aufsichtsratsmitglied angehört, fällt in den Anwendungsbereich der §§ 113, 114 AktG, wenn dem Aufsichtsratsmitglied nicht nur ganz geringfügige Zuwendungen für die Beratungstätigkeit zufließen.

c) Eine entsprechende Rahmenvereinbarung, welche "die anwaltliche Beratung in sämtlichen Angelegenheiten der Gesellschaft" gegen ein Stundenhonorar umfasst, ist mangels Abgrenzung gegenüber der - auch den Einsatz individueller Fachkenntnisse einschließenden - Organtätigkeit des Aufsichtsratsmitglieds einer Zustimmung durch den Aufsichtsrat gemäß § 114 Abs. 1 AktG nicht zugänglich (vgl. Sen.Urt. v. 20. November 2006 - II ZR 279/05, ZIP 2007, 22).

d) Ein Beweisantritt für eine bestimmte rechtserhebliche Tatsache bedarf nicht der Angabe zusätzlicher, erst für die Beweiswürdigung relevanter Begleitumstände (z.B. "wo, wann, gegenüber wem").

BGH, Urteil vom 2. April 2007 - II ZR 325/05 - OLG Koblenz
LG Koblenz

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. April 2007 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Kraemer, Dr. Strohn, Caliebe und Dr. Reichart

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 30. November 2005 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 6. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger, ein praktizierender Rechtsanwalt, war ab 12. März 2002 Mitglied und Vorsitzender des Aufsichtsrats der beklagten Aktiengesellschaft, deren Hauptversammlung ihm am selben Tag ein Jahreshonorar von 10.000,00 € zuzüglich USt bewilligte. Ebenfalls am 12. März 2002 genehmigte der aus drei Mitgliedern bestehende Aufsichtsrat unter Mitwirkung des Klägers einstimmig eine "Honorarvereinbarung" zwischen der Beklagten und einer Anwalts-GbR, deren Mitglied der Kläger damals war. Diese von ihm und dem Vorstand der Beklagten unterzeichnete Vereinbarung vom 25. Februar/1. März 2002 umfasste die "anwaltliche Beratung in sämtlichen Angelegenheiten der Gesellschaft,

insbesondere in den Bereichen Wirtschaftsrecht und Recht der Aktiengesellschaften" gegen ein Honorar von 180,00 €/Std.

2 Die Beklagte suchte damals zusätzliches Kapital durch Anwerbung stiller Gesellschafter. Unter dem 29. April 2002 übersandte sie der Anwaltskanzlei des Klägers den Entwurf eines entsprechenden Gesellschaftsvertrages zur Prüfung, den er nach Behauptung der Beklagten am 5. Juni 2002 "freigegeben" haben soll. Nachdem die Beklagte Prospektmaterial zur Anwerbung stiller Gesellschafter erstellt und veröffentlicht hatte, wurde sie von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht darauf hingewiesen, dass es sich um unerlaubte Bankgeschäfte handele (§§ 1 Abs. 1 Satz 2, 32 Abs. 1 Satz 1 KWG), weil in den prospektierten Verträgen eine Verlustbeteiligung der Anleger ausgeschlossen sei. Die Beklagte gab daraufhin ihr Vorhaben auf, in das sie 23.566,52 € nutzlos investiert haben will. Anfang 2003 teilte der Aktionärsvertreter der Beklagten dem Kläger mit, dass man eine vorzeitige Beendigung seines Aufsichtsratsmandats wünsche. Mit Schreiben vom 3. Februar 2003 legte der Kläger sein Amt nieder und forderte die Beklagte vergeblich zur Zahlung der Aufsichtsratsvergütung von 11.600,00 € brutto auf. Unter dem 17. März 2004 hat er der Beklagten für anwaltliche Beratungstätigkeit im Jahr 2002 - vornehmlich im Zusammenhang mit den prospektierten stillen Beteiligungen - 12.058,20 € in Rechnung gestellt, wozu ihn die Anwaltssozietät, aus der er inzwischen ausgeschieden ist, ermächtigt hatte.

3 Mit der Klage hat der Kläger das vereinbarte Aufsichtsratshonorar von 11.600,00 € brutto gegenüber der Beklagten geltend gemacht. Diese hat erstinstanzlich widerklagend die Feststellung begehrt, dass dem Kläger die unter dem 17. März 2004 in Rechnung gestellte Forderung von 12.058,20 € nicht zustehe. Sie meint, der Kläger könne weder Aufsichtsrats- noch Anwaltshonorar verlangen, weil er in beiden Funktionen versagt habe. Jedenfalls werde mit

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

Schadensersatzansprüchen wegen nutzloser Aufwendungen in Höhe von 23.566,52 € aufgerechnet, weil der Kläger die Unzulässigkeit des Anlagemodells der Beklagten frühzeitig hätte erkennen müssen.

4 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und auf die Widerklage unter deren Abweisung im Übrigen festgestellt, dass dem Kläger ein Anwaltshonorar von mehr als 11.327,40 € nicht zustehe. Diesen Betrag hat der Kläger in zweiter Instanz im Wege der Anschlussberufung klageerweiternd geltend gemacht, woraufhin die Parteien "den Berufungsantrag zu 2" der Beklagten hinsichtlich ihrer Feststellungswiderklage übereinstimmend für erledigt erklärt haben. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und auf die Anschlussberufung des Klägers der erweiterten Klage entsprochen. Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten, die der erkennende Senat auf deren Nichtzulassungsbeschwerde zugelassen hat.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung an einen anderen Senat des Berufungsgerichts (§ 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

6 I. 1. Das angefochtene Urteil lässt die Wiedergabe der zweitinstanzlichen Anträge in der üblichen Form sowie eine geordnete Darstellung des dazugehörigen Sach- und Streitstandes vermissen (vgl. zu diesen Erfordernissen BGHZ 154, 99; 156, 216), unterliegt aber hier ausnahmsweise nicht schon aus diesem Grund der Aufhebung von Amts wegen (vgl. BGH aaO), weil sich das Fehlende, wenn auch mit Mühe, gerade noch ausreichend aus den Gründen des Beru-

fungsurteils im Zusammenhang mit dem erstinstanzlichen Urteil und den dort in Bezug genommenen Anlagen erschließen lässt.

7 2. Klarzustellen ist, dass das Berufungsgericht entgegen seiner missverständlichen Tenorierung die Berufung der Beklagten ersichtlich nicht insgesamt, sondern nur hinsichtlich ihres nicht für erledigt erklärten Klageabweisungsantrages zurückweisen wollte. Es hat die Teilerledigterklärung (§ 91 a ZPO), wie sich aus den Gründen seines Urteils konkludent ergibt, im Ergebnis zutreffend dahin ausgelegt, dass damit nicht die Berufung, soweit sie sich gegen die erstinstanzliche Abweisung der Feststellungswiderklage richtete, sondern die mit dem Berufungsantrag zu 2 zunächst weiterverfolgte Feststellungswiderklage für erledigt erklärt werden sollte, um dem Wegfall des Feststellungsinteresses nach zweitinstanzlicher Erhebung der gegenläufigen Leistungsklage Rechnung zu tragen (vgl. dazu BGHZ 134, 201, 208 f.; Musielak/Foerste, ZPO 5. Aufl. § 256 Rdn. 16 m.w.Nachw.). Die erstinstanzliche Teilabweisung der negativen Feststellungswiderklage wurde damit nicht rechtskräftig, sondern wirkungslos (vgl. BGH, Urt. v. 23. Oktober 2003 - I ZB 45/02, NJW 2004, 506, 508; Musielak/Wolst aaO § 91 a Rdn. 18) mit der Folge, dass die Beklagte nicht - wie bei rechtskräftiger Abweisung einer negativen Feststellungsklage (vgl. dazu BGH, Urt. v. 17. März 1995 - V ZR 178/93, NJW 1995, 1757; Thomas/Putzo, ZPO 27. Aufl. § 256 Rdn. 23) - mit Einwendungen gegen die von ihr erstinstanzlich überwiegend erfolglos bekämpften, von dem Kläger in zweiter Instanz klageerweiternd geltend gemachten Ansprüche auf Anwaltshonorar präkludiert ist.

8 II. In der Sache meint das Berufungsgericht unter weitgehender Bezugnahme auf das erstinstanzliche Urteil, der Anspruch des Klägers auf die von der Hauptversammlung der Beklagten festgelegte Aufsichtsratsvergütung von 11.600,00 € entfalle nicht deshalb, weil er das wohl von Anfang an aus Rechtsgründen zum Scheitern verurteilte Kapitalanlagekonzept der Beklagten nicht

aufgehalten oder in rechtlich zulässige Bahnen gelenkt habe. Die Planung und Entwicklung des Anlagekonzepts sei Sache des Vorstandes der Beklagten gewesen (§§ 76 ff. AktG) und nicht in den primären Kompetenz- und Aufgabenbereich des Aufsichtsrats sowie des Klägers als dessen Vorsitzenden gefallen. Der Beklagten stünden auch keine (aufrechenbaren) Gegenansprüche auf Schadensersatz wegen der nutzlosen Werbemaßnahmen zu, weil sie mit diesen nicht bis zum Abschluss der dem Kläger als Anwalt bzw. seiner Anwaltskanzlei übertragenen Prüfung des Entwurfs der stillen Gesellschaftsverträge zugewartet habe. Der von der Beklagten angebotene Zeugenbeweis, dass der Kläger den Prospekt vor dessen Präsentation "freigegeben" habe, sei "als reiner Ausforschungsbeweis" nicht zu erheben. Es mangele "an jeglicher Präzisierung dahingehend, wo, wann, gegenüber welchen Personen und unter welchen Umständen eine derartige Freigabe ... erteilt worden sein soll". Die zweitinstanzliche Klageerweiterung hinsichtlich des Anwaltshonorars von 11.327,40 € sei sachdienlich i.S. von § 533 Nr. 1 ZPO. Der von dem Kläger mit Ermächtigung seiner ehemaligen Anwaltssozietät geltend gemachte Anspruch sei begründet; er folge aus den in der Rechnung bezeichneten und von der Beklagten nicht konkret bestrittenen anwaltlichen Beratungs- und Prüfungsleistungen, die auch nicht fehlerhaft, sondern lediglich noch nicht abgeschlossen gewesen seien, als die Beklagte ihre Werbekampagne begonnen habe.

9 III. Das angefochtene Urteil hält den Angriffen der Revision in mehrfacher Hinsicht nicht stand.

10 1. Was zunächst den vom Kläger geltend gemachten Anspruch auf Anwaltshonorar gemäß dem Beratungsvertrag vom 25. Februar/1. März 2002 angeht, so rügt die Revision zu Recht, das Berufungsgericht verkenne, dass ein Beratungsvertrag zwischen einer Aktiengesellschaft und einem Mitglied ihres Aufsichtsrats den besonderen Anforderungen der §§ 113, 114 AktG entspre-

chen muss. Von deren Anwendbarkeit ist ersichtlich auch der Kläger selbst ausgegangen, indem er am Tage seiner Wahl zum Mitglied und Vorsitzenden des Aufsichtsrats der Beklagten (12. März 2002) den zuvor mit ihr abgeschlossenen Beratungsvertrag durch den Aufsichtsrat als Gesamtorgan hat genehmigen lassen (vgl. § 114 Abs. 1 AktG).

11 a) Der Anwendung der §§ 113, 114 AktG steht nicht entgegen, dass die "Honorarvereinbarung" vom 25. Februar/1. März 2002 und der darin liegende Rahmenvertrag über die anwaltliche Beratung der Beklagten mit der - als solche teilrechtsfähigen (BGHZ 146, 341) - Anwalts-GbR des Klägers abgeschlossen wurde. Dies hindert die Annahme nicht, dass nach dem Parteiwillen auch der den Vertrag unterzeichnende Kläger persönlich Partner des Beratungsvertrages werden sollte (vgl. BGHZ 70, 247, 248 f.; 97, 269, 277; BGH, Urt. v. 19. Januar 1995 - III ZR 107/94, NJW 1995, 1841; v. 16. Dezember 1999 - IX ZR 11/99, NJW 2000, 1333 f.; Lutter/Drygala, Festschrift Ulmer, S. 381, 383; Drygala, EWiR 2007, 99 f.; vgl. auch BGH, Urt. v. 8. November 2005 - VI ZR 319/04, NJW 2006, 437, 439), weil die Beklagte ersichtlich dem Kläger persönlich besonderes Vertrauen entgegenbrachte und er die Beratung leisten sollte. Im Übrigen betreffen die §§ 113, 114 AktG nach der neueren Rechtsprechung des Senats (Urt. v. 20. November 2006 - II ZR 279/05, ZIP 2007, 22), die das Berufungsgericht allerdings noch nicht berücksichtigen konnte, auch den Fall, dass die Aktiengesellschaft einen Beratungsvertrag mit einem Unternehmen schließt, an dem ein Aufsichtsratsmitglied beteiligt ist, und ihm deshalb mittelbar nicht nur ganz geringfügige Zuwendungen für die Beratungstätigkeit zufließen. Denn der Sinn und Zweck der §§ 113, 114 AktG, die unabhängige Wahrnehmung der organschaftlichen Überwachungsfunktion des Aufsichtsratsmitglieds zu gewährleisten, ist auch in diesem Fall berührt (Senat aaO).

12 Die genannten Voraussetzungen lagen hier vor; denn der Beklagte war nach den Feststellungen des Landgerichts Gesellschafter der Anwalts-GbR. Dass das Honorar zumindest großen Teils ihm zufließen sollte, zeigt der Umstand, dass er es - mit entsprechender Ermächtigung der Anwalts-GbR - "im eigenen Namen und für eigene Rechnung" geltend macht.

13 b) Die Wirksamkeit der "Honorarvereinbarung" vom 25. Februar/1. März 2002 scheitert zwar nicht schon daran, dass der Kläger bei dem gemäß § 114 Abs. 1 AktG gefassten Zustimmungsbeschluss des Aufsichtsrats vom 12. März 2002 nach dem entsprechend anzuwendenden § 34 BGB nicht hätte mitstimmen dürfen (vgl. dazu BayObLG NZG 2003, 691 = AG 2003, 427; Kölner Komm.z.AktG/Mertens 2. Aufl. § 108 Rdn. 49 m.w.Nachw.). Entgegen einer verbreiteten Meinung (BayObLG aaO; OLG Frankfurt ZIP 2005, 2322, 2324; Hüffer, AktG 7. Aufl. § 108 Rdn. 11) führt der Stimmrechtsausschluss eines von drei Aufsichtsratsmitgliedern nicht zur Beschlussunfähigkeit des Organs gemäß § 108 Abs. 2 Satz 2, 3 AktG; vielmehr kann und muss das betreffende Aufsichtsratsmitglied zur Vermeidung einer Beschlussunfähigkeit des Organs an der Beschlussfassung "teilnehmen" (§ 108 Abs. 2 Satz 2, 3 AktG), hat sich aber der Stimme zu enthalten (vgl. Großkomm.z.AktG/Hopt/Roth 4. Aufl. § 108 Rdn. 63, 84; Kölner Komm.z.AktG/Mertens aaO § 108 Rdn. 57; MünchKommAktG/Semler 2. Aufl. § 108 Rdn. 159; Priester AG 2007, 190 m.w.Nachw. zum Meinungsstand). Im vorliegenden Fall war die positive Stimmabgabe des Klägers zwar nichtig; dies hatte aber ersichtlich keinen Einfluss auf das Beschlussergebnis (vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG 18. Aufl. § 47 Rdn. 104 f.).

14 c) Die vorliegende Honorarvereinbarung war jedoch einer Genehmigung durch den Aufsichtsrat gemäß § 114 Abs. 1 AktG nicht zugänglich.

15 aa) Gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 AktG hat über die Aufsichtsratsvergütung allein die Hauptversammlung zu entscheiden. Ohne deren (ausdrückliche) Zustimmung geschlossene Beratungsverträge der AG mit einem Aufsichtsratsmitglied (oder mit einem ihm gleichzustellenden Unternehmen) über Tätigkeiten, die ihm schon aufgrund seiner Organstellung obliegen, sind nicht nach § 114 Abs. 1 AktG genehmigungsfähig, sondern gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen § 113 AktG nichtig (Sen.Urt. v. 20. November 2006 aaO; v. 3. Juli 2006 - II ZR 151/04, ZIP 2006, 1529; BGHZ 114, 127; 126, 340, 344 f.). Dasselbe gilt, wenn der dem Aufsichtsrat zur Genehmigung gemäß § 114 Abs. 1 AktG vorgelegte Vertrag nicht eindeutige Feststellungen darüber ermöglicht, ob die nach dem Vertrag zu vergütenden Leistungen außer- oder innerhalb des organschaftlichen Pflichtenkreises des Aufsichtsratsmitglieds liegen und ob der Vertrag nicht verdeckte Sonderzuwendungen einschließt (Senat aaO; BGHZ 126, 340, 344 f.).

16 bb) Diesem Bestimmtheitserfordernis genügt der vorliegende Beratungs-Rahmenvertrag nicht. Die "anwaltliche Beratung in sämtlichen Angelegenheiten der Gesellschaft" ist so allgemein gefasst, dass sie zur Kontroll- und Beratungsfunktion des Aufsichtsrats (§ 111 Abs. 1 AktG; BGHZ 114, 127, 129 ff.; 126, 340, 345) gehörende Tätigkeiten einschließt. Auch die Bezeichnung "anwaltliche Beratung" ist zu unspezifisch, zumal zu dem organschaftlichen Pflichtenkreis eines Aufsichtsratsmitglieds auch der Einsatz seiner individuellen Fachkenntnisse gehört (vgl. Sen.Urt. v. 3. Juli 2006 aaO S. 1533; MünchKomm AktG/Semler aaO § 114 Rdn. 26).

17 Soweit der erkennende Senat Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern über Dienste, die Fragen eines besonderen Fachgebiets betreffen, für gemäß § 114 AktG genehmigungsfähig erachtet hat, geht es um spezielle Einzelfragen, die eine besondere "Beratungstiefe" erfordern (vgl. BGHZ 126, 340, 344 f.;

Lutter/Kremer, ZGR 1992, 87, 108; Lutter/Drygala aaO S. 394). Sie und das für die spezielle Beratung zu entrichtende Entgelt müssen in diesem Fall dem Aufsichtsrat gegenüber (im Rahmen des § 114 Abs. 1 AktG) so konkret bezeichnet werden, dass er sich ein eigenständiges Urteil über die Art der Leistung, ihren Umfang sowie die Höhe und Angemessenheit der Vergütung bilden kann (BGHZ 126 aaO). Allgemeine Rahmenvereinbarungen der vorliegenden Art genügen diesen Erfordernissen grundsätzlich nicht (Sen.Urt. v. 20. November 2006 aaO).

18 d) Unerheblich ist, dass die Rahmenvereinbarung vom 25. Februar/1. März 2002 schon vor der Bestellung des Klägers zum Aufsichtsratsmitglied abgeschlossen worden ist. Sollte sie nicht ohnehin im Vorgriff auf das dem Kläger zu erteilende Aufsichtsratsmandat getroffen worden sein, verlor sie jedenfalls von da an für die Dauer des Aufsichtsratsmandats ihre Wirkung (BGHZ 114, 127, 133 f.).

19 e) Ist sonach die in der Honorarrechnung des Klägers vom 17. März 2004 in Bezug genommene Honorarvereinbarung vom 25. Februar/1. März 2002 nicht wirksam, kann er das darin vereinbarte und von dem Berufungsgericht zuerkannte Stundenhonorar nicht fordern. Das angefochtene Urteil kann daher insoweit keinen Bestand haben.

20 Der Klageantrag auf Zahlung der Anwaltsvergütung ist allerdings nicht abweisungsreif, weil Ansprüche des Klägers aus ungerechtfertigter Bereicherung der Beklagten gemäß §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 2 BGB (vgl. BGHZ 37, 259; 111, 308, 314) sowie aus §§ 683, 670 (vgl. BGHZ 37, 258, 263; 111, 308, 311) in Betracht kommen. Eine Anwendung des § 817 Satz 2 BGB scheidet hier aus, weil das gesetzliche Verbot des § 113 AktG sich (anders als etwa Art. 1 § 1 RBerG, vgl. dazu BGH, Urt. v. 17. Februar 2000 - IX ZR 50/98, NJW 2000,

1560) nicht gegen die Beratungstätigkeit als solche, sondern gegen die Vergütungsvereinbarung richtet. Zur Höhe der verbleibenden Ansprüche hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus konsequent - keine Feststellungen getroffen. Gemäß § 139 Abs. 2 ZPO muss den Parteien auch Gelegenheit gegeben werden, zu den in den Vorinstanzen verkannten Gesichtspunkten vorzutragen.

21 2. Nicht zu folgen ist der Revision, soweit sie die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung der Aufsichtsratsvergütung in Höhe von 11.600,00 € (Klageantrag zu 1) mit der Begründung angreift, der Anspruch entfalle entsprechend § 326 Abs. 1 BGB, weil der Kläger seinen Kontroll- und Überwachungspflichten als Aufsichtsratsmitglied (§ 111 Abs. 1 AktG) in Zusammenhang mit dem von der Beklagten angestrebten Kapitalanlagemodell nicht nachgekommen sei und dessen rechtliche Unzulässigkeit alsbald hätte erkennen müssen. Insoweit geht es nicht um einen - nach den Regeln der Unmöglichkeit der Leistung (§§ 326 Abs. 1, 275 Abs. 1 BGB) zu behandelnden - "Untätigkeitseinwand" (vgl. dazu Senat BGHZ 10, 187, 189; Kölner Komm.z.AktG/Mertens aaO § 113 Rdn. 14; MünchKommAktG/Semler aaO § 111 Rdn. 265), sondern um den Vorwurf einer Pflichtverletzung gemäß §§ 116, 93 Abs. 2 AktG, die ggf. aufrechenbare Schadensersatzansprüche rechtfertigt (dazu unten 3).

22 3. Zu Recht rügt die Revision indessen, das Berufungsgericht habe der Beklagten verfahrensfehlerhaft die gegenüber beiden Klageforderungen zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzansprüche aberkannt, indem es der unter Beweis gestellten Behauptung nicht nachgegangen sei, der Kläger habe den Prospekt am 5. Juni 2002 nach vorheriger Prüfung "freigegeben", ohne auf die bankaufsichtsrechtliche Unzulässigkeit des Kapitalanlagemodells hinzuweisen.

23 a) Entgegen den leerformelhaften und dem Verfahrensrecht widersprechenden Ausführungen des Berufungsgerichts ("wo, wann, gegenüber wem") handelte es sich hier nicht um einen "reinen Ausforschungsbeweis", der darauf abzielt, bisher unbekannte Tatsachen zwecks genaueren Vorbringens in Erfahrung zu bringen (vgl. dazu BGH, Urt. v. 5. April 2001 - IX ZR 276/98, NJW 2001, 2327 f.; Musielak/Foerste, ZPO 5. Aufl. § 284 Rdn. 17). Der Beweisantritt der Beklagten enthält vielmehr die Behauptung, die beiden Zeugen hätten die "Freigabe" seitens des Klägers wahrgenommen. Der Zeuge B. war immerhin Leiter des Anlageprojekts. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung genügt für einen Beweisantritt der Vortrag von Tatsachen, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als entstanden erscheinen zu lassen; nähere Einzelheiten sind durch entsprechende Nachfrage bei der Beweisaufnahme zu klären (Sen.Urt. v. 13. Juli 1998 - II ZR 131/97, NJW-RR 1998, 1409; BGH, Urt. v. 13. Dezember 2002 - V ZR 359/01, NJW-RR 2003, 491; Beschl. v. 1. Juni 2005 - XII ZR 275/02, NJW 2005, 2710; Musielak/Foerste aaO § 284 Rdn. 15). Diesen Maßstab hat das Berufungsgericht unter Verstoß gegen §§ 284, 286 ZPO verkannt.

24 b) Das angefochtene Urteil beruht auf diesem Verfahrensfehler. Die unter Beweis gestellte Behauptung wäre geeignet, beide Klageforderungen im Wege der Aufrechnung mit den behaupteten Schadensersatzansprüchen von 23.566,52 € zu Fall zu bringen.

25 aa) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kommt es für die Aufrechnung der Beklagten gegenüber dem Anspruch des Klägers auf Aufsichtsratsvergütung nicht darauf an, ob die von ihm tatsächlich übernommene Prospektprüfung in seinen Aufgabenbereich als Aufsichtsratsmitglied oder unter den anwaltlichen Beratungsauftrag fiel. Selbst wenn das Anwaltsmandat sich nicht auch auf den Kläger persönlich, sondern nur auf seine Sozietät als (teilrechts-

fähige) GbR bezogen hätte, würde er für deren Verfehlungen entsprechend § 128 HGB persönlich haften (vgl. BGHZ 154, 88) und könnte deshalb die Beklagte gegen dessen Anspruch auf Zahlung der Aufsichtsratsvergütung mit einem Schadensersatzanspruch gegen die GbR aufrechnen (vgl. MünchKommBGB/Ulmer 4. Aufl. § 719 Rdn. 16). Die Nichtigkeit des Anwaltsvertrages führt nicht zu einer Haftungsfreistellung, sondern lässt Hinweispflichten gemäß § 311 Abs. 2 BGB sowie aus Geschäftsführung ohne Auftrag unberührt (vgl. BGHZ 157, 168, 175; BGH, Urt. v. 28. Juli 2005 - III ZR 290/04, ZIP 2005, 1599, 1601), die hier dahin gingen, die Beklagte auf die Problematik der stillen Gesellschaftsverträge hinzuweisen. Von einem Anwalt musste im Jahr 2002 erwartet werden, dass er die durch die 6. KWG-Novelle zum 1. Januar 1998 vorgenommene Erweiterung des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG und die dazu vertretene Auffassung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht im Hinblick auf stille Gesellschaften ohne Verlustbeteiligung jedenfalls nach näherer Prüfung der Rechtslage und/oder durch Nachfrage bei der Bundesanstalt erkennt. Darüber wurde auch in der Fachliteratur diskutiert (vgl. z.B. Demgensky/Erm, WM 2001, 1445, 1449 m.w.Nachw.; Loritz, ZIP 2001, 309). Da die Beklagte schon das Risiko eines unerlaubten Bankgeschäfts nicht eingehen wollte, kann hier offen bleiben, ob die Auffassung der Bundesanstalt zutrifft.

26 Da die Anwaltssozietät und damit der Kläger für eine fahrlässige Freigabe des Prospekts auf jeden Fall haften würde, kommt es umgekehrt nicht darauf an, ob er für eine solche Freigabe auch in seiner Funktion als Aufsichtsratsmitglied gemäß §§ 116, 93 Abs. 2 AktG haftbar wäre.

27 bb) Zu weit geht es, soweit die Revision meint, der Kläger hafte in seiner Funktion als Aufsichtsratsvorsitzender nach dem bisherigen Sach- und Streitstand auch unabhängig von der besagten "Freigabeerklärung" schon deshalb gemäß §§ 116, 93 Abs. 2 AktG, weil er die rechtliche Problematik des von

dem Vorstand der Beklagten angestrebten Kapitalanlagemodells nicht alsbald erkannt und die kostenträchtigen Werbemaßnahmen nicht verhindert habe. Zwar ist die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand nicht nur vergangenheitsbezogen, sondern auch präventiv ausgerichtet (vgl. BGHZ 114, 127, 129 f.; Hüffer, AktG 7. Aufl. § 111 Rdn. 6 m.w.Nachw.) und kann sich in besonderen Risikolagen oder bei Vorgängen von wesentlichem Einfluss auf die Lage und Entwicklung der Gesellschaft intensivieren (Hüffer aaO Rdn. 7; Semler aaO § 111 Rdn. 96), was auch bei der hier beabsichtigten Kapitalbeschaffungsmaßnahme so gewesen sein mag. Jedenfalls aber konnte von dem Kläger nicht ohne weiteres erwartet werden, dass er die Problematik des Kapitalanlagemodells ohne nähere Prüfung, die ihm als Anwalt in Auftrag gegeben worden ist, sofort erkannte. Ebenso wenig musste der offenbar nicht am Sitz der Beklagten residierende Kläger bei ihr ständig präsent sein, um einen vorzeitigen Start der Werbekampagne zu verhindern. Dass er mit einer solchen Entwicklung rechnen musste und für ihn erkennbar Eile geboten war, ist von der Revision nicht dargetan. Mangels gegenteiliger Feststellungen konnte deshalb der Kläger davon ausgehen, dass bis zur Erteilung seines "Placet" nichts geschieht.

28 c) Nach allem kommt es - nach dem in der Revisionsinstanz ersichtlichen Sach- und Streitstand - im Hinblick auf die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen gegenüber beiden Klageforderungen auf die von der Beklagten behauptete "Freigabeerklärung" des Klägers an. Da das Berufungsgericht verfahrensfehlerhaft den angebotenen Beweis nicht erhoben hat und dieser auch den vom Kläger geltend gemachten Anspruch auf Aufsichtsratsvergütung zu Fall bringen kann, ist auch die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung der Aufsichtsratsvergütung aufzuheben.

29 Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, die noch erforderlichen Feststellungen, ggf. nach ergänzendem Parteivortrag, zu treffen.

Goette Kraemer Strohn

Caliebe Reichart

Vorinstanzen:
LG Koblenz, Entscheidung vom 25.02.2005 - 5 O 87/03 -
OLG Koblenz, Entscheidung vom 30.11.2005 - 1 U 443/05 -