

Mayrhofer & Partner · Heimeranstraße 35 · 80339 München

Heimeranstraße 35
(Theresienhöhe)
80339 München
Tel.: 089/23 23 93-0
Fax: 089/23 23 93-33
kontakt@mayrhofer-partner.de
www.mayrhofer-partner.de

Thomas Mayrhofer
Rechtsanwalt

Hans-Ulrich Birkhofer
Rechtsanwalt
Steuerberater

Dr. Alexander Thomas
Rechtsanwalt

Dr. Barbara Pirner
Rechtsanwältin

Dr. Christine von Hauch
Rechtsanwältin

Alexander Sanz
Rechtsanwalt

München, den 18. September 2009

Mandanteninformation

Bundesgerichtshof bleibt restriktiv gegenüber Beraterverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat in einem Hinweisbeschluss vom 27. April 2009 (Az. II ZR 160/08) bekräftigt: Einem Aufsichtsratsmitglied bzw. einer mit ihm verbundenen Gesellschaft steht gegen die Aktiengesellschaft aufgrund eines nach §§ 113, 114 AktG nichtigen Beratungsvertrages ein Bereicherungsanspruch nur für solche Tätigkeiten zu, die nicht schon zum organschaftlichen Pflichtenkreis eines Aufsichtsrats gehören.

Der BGH führt in seiner Begründung aus, dass die aufgrund eines nichtigen Beratungsvertrages empfangene (Dienst-)Leistung für die Aktiengesellschaft dann nicht wertlos ist, wenn sie ohne die Leistungen des Aufsichtsratsmitglieds eine andere Person bzw. Gesellschaft mit der Erbringung dieser Leistung beauftragt hätte und dafür eine entsprechende Vergütung hätte zahlen müssen. Dies könne naturgemäß nur für solche Leistungen gelten, die nicht bereits zum organschaftlichen Pflichtenkreis eines Aufsichtsrats gehörten. Diesen Kreis zieht der BGH erneut sehr weit. Dazu gehören

Partnerschaftsgesellschaft
Sitz München
AG München PR 261

Bayerische Hypo- und
Vereinsbank AG München
BLZ 700 202 70
Kto.-Nr. 33 86 75 81

Bankhaus Reuschel & Co.
München
BLZ 700 303 00
Kto.-Nr. 12 29 059

nach Auffassung des BGH beispielsweise neben der mitwirkenden Beratung am Jahresabschluss auch die Beratung des Vorstands beim Abschluss von Unternehmens- und Beteiligungskaufverträgen sowie die Verhandlungen mit Banken und Börsen anlässlich der Börseneinführung.

Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern können daher nur an Fragen spezieller Art, insbesondere solche des operativen Tagesgeschäfts anknüpfen. So fasst es das Oberlandesgerichtes (OLG) Düsseldorf in seinem Urteil vom 20. Mai 2008 (Az. I-23 U 128/07) zusammen, das dem Hinweisbeschluss des BGH zugrunde liegt. Danach gilt die -im Streitfall vom Aufsichtsratsmitglied zu widerlegende- Vermutung, dass sämtliche von diesem erbrachte Leistungen als Erfüllung der organschaftlichen Aufgaben des Aufsichtsrats anzusehen sind. Erfordern besondere Verhältnisse einer Gesellschaft einen über das übliche Maß hinausgehenden Einsatz, kann dem Aufsichtsratsmitglied dafür keine zusätzliche Vergütung mit Hilfe eines Beratungsvertrages, sondern nur eine Erhöhung der Aufsichtsvergütung durch Beschluss der Hauptversammlung gewährt werden, heißt es in der Düsseldorfer Entscheidung weiter.

Die Frage nach dem Pflichtenkreis von Aufsichtsräten war bereits Gegenstand zahlreicher Entscheidungen. Entscheidendes Kriterium ist die klare Abgrenzung organschaftlicher Beratungs- und Überwachungstätigkeiten einerseits von Tätigkeiten höherer Art außerhalb der organschaftlichen Tätigkeit im Aufsichtsrat andererseits. Sie kann nur über eine genaue und individualisierte Beschreibung der nach dem Beratungsvertrag geschuldeten Leistungen und der dafür vorgesehenen Vergütung erreicht werden. Nur bei eindeutiger Abgrenzung ist ein Beratungsvertrag überhaupt genehmigungsfähig; nur dann kann der Aufsichtsrat als Gremium eindeutig feststellen, ob die zu erbringende Leistung außerhalb des organschaftlichen Pflichtenkreises liegt und ob der Vertrag keine verdeckten Sonderzuwendungen enthält. Konkretisierung und damit Abgrenzung sind, wie BGH-Beschluss und OLG-Urteil erneut zeigen, höchst schwierig und immer abhängig vom Einzelfall. Der Aufsichtsrat schuldet dem Vorstand im Rahmen seiner Überwachungsaufgaben auch und gerade Beratung.

Der Abschluss von Beratungsverträgen birgt daher nicht unerhebliche rechtliche Risiken. Vorstand und Aufsichtsrat (Gremium sowie betreffendes Aufsichtsratsmitglied selbst) sind daher gut beraten, sämtliche Beratungsverträge zwischen Aufsichtsräten bzw. mit diesen verbundenen Gesellschaften rechtlich überprüfen zu lassen. Erweist sich ein Beratungsvertrag, aufgrund dessen die Aktiengesellschaft ein Beratungshonorar gezahlt hat, als nicht genehmigungsfähig und damit nichtig bzw. aufgrund fehlender Genehmigung als unwirksam, so hat die Aktiengesellschaft gegen das Aufsichtsratsmitglied einen Anspruch auf

Rückgewähr des geleisteten Honorars. Das gilt auch dann, wenn der Beratungsvertrag nicht mit dem Aufsichtsratsmitglied persönlich, sondern mit einer mit ihm verbundenen Gesellschaft abgeschlossen wurde.

Der Vorstand ist grundsätzlich verpflichtet, Rückzahlungsansprüche gegen Aufsichtsratsmitglieder geltend zu machen, sonst macht er sich selbst schadenersatzpflichtig gegenüber der Gesellschaft. Unterlässt der Vorstand die Geltendmachung durchsetzbarer Rückgewähransprüche gegen ein Aufsichtsratsmitglied, ist es wiederum Sache des Aufsichtsrates, gegen Vorstandsmitglieder, die sich schadenersatzpflichtig gemacht haben, vorzugehen. Hiervon darf der Aufsichtsrat nur in engen Grenzen absehen.

Die alles entscheidende Bedeutung kommt damit der Konkretisierung der aufgrund eines Beratungsvertrages zu erbringenden Beratungsleistungen zu. Nur wenn die Leistung durch konkrete und individualisierte Beschreibung hinreichend klar von der ohnehin zu erbringenden organschaftlichen Leistung als Aufsichtsratsmitglied abgrenzbar ist, ist der Beratungsvertrag der Genehmigung durch den Aufsichtsrat überhaupt zugänglich.

Für weitere Fragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Thomas Mayrhofer
(Rechtsanwalt)