
Datum: 27.02.2019
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 18 U 37/18
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2019:0227.18U37.18.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 90 O 24/17

Tenor:

Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 10. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 6. Februar 2018 – 90 O 24/17 – gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.

Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen ab Zugang dieses Beschlusses.

Gründe:

Die Berufung ist offensichtlich unbegründet und gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, die Fortbildung des Rechts oder die Einheitlichkeit der Rechtsprechung keine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist.

Das Landgericht hat gemeint, der Klägerin stehe ein Honoraranspruch nicht zu, weil der vorliegende Dienstvertrag (§ 611 BGB) wegen Verstoßes gegen § 113 AktG bereits nicht genehmigungsfähig und damit gemäß § 134 BGB nichtig gewesen sei (LU, Seite 7 bis 9). Ausgleich der empfangenen Bereicherung (§ 812 Abs. 1 BGB) müsse die Beklagte nicht leisten, weil die Klägerin den von ihr betriebenen Aufwand nicht hinreichend dargetan habe (LU, Seite 9 f.). Im Ergebnis hält diese Beurteilung den Angriffen der Berufung stand.

1. Das Landgericht hat zutreffend angenommen, dass der zwischen der Klägerin und der Beklagten geschlossene Vertrag in den Anwendungsbereich der §§ 113 und 114 AktG fällt.

1

2

3

4

5

- a) Ihrem Wortlaut nach erfassen diese Bestimmung zwar nur Verträge zwischen der Gesellschaft und Aufsichtsratsmitgliedern. In Anbetracht ihres Normzwecks kann es aber keinen Unterschied machen, ob das Aufsichtsratsmitglied im eigenen Namen oder im Namen einer GmbH abschließt, über die er mittelbar die ausbedungene Vergütung erhält (vgl. dazu BGH, Urteil vom 03.07.2006 – II ZR 151/04, AG 2006, 667-671, zitiert nach juris, Rn.10).
- b) Die §§ 113, 114 AktG sind auch nicht etwa deshalb unanwendbar, weil die Zuwendungen die dem früheren Mitglied des Aufsichtsrats der Beklagten Prof. Dr. A zufließen würden, abstrakt betrachtet nur ganz geringfügig oder im Vergleich zu der von der Hauptversammlung festgesetzten Aufsichtsratsvergütung zu vernachlässigen wären (vgl. dazu BGH, Urteil vom 10.07.2012 – II ZR 48/11, MDR 2012, 1175-1176, zitiert nach juris, Rn. 14 – Fresenius; Urteil vom 20.11.2006 – II ZR 279/05, BGHZ 170, 60-67, zitiert nach juris, Rn. 10). Denn nach dem Schutzzweck des § 113 f AktG kommt es auf die Gesamthöhe der gezahlten Vergütungen und nicht auf den Umfang des einzelnen Beratungsauftrags an (BGH, Urteil vom 10.07.2012 – II ZR 48/11, MDR 2012, 1175-1176, zitiert nach juris, Rn. 14 – Fresenius). Daran gemessen mag auf sich beruhen, welcher Honoraranteil dem früheren Mitglied des Aufsichtsrats der Beklagten Prof. Dr. A zu gute kam. Bei einer durch eine Zwischenholding vermittelten Beteiligung an der Klägerin von 28,34% und einem Honorar in einer Gesamthöhe von rund 366.000 Euro kann – bei abstrakter Betrachtung – weder absolut noch im Vergleich zu seiner Aufsichtsratsvergütung in Höhe von 30.000 Euro (Seite 5 des Schriftsatzes vom 15.02.2019) von einer nur unbedeutenden, zu vernachlässigenden Leistung gesprochen werden. 6
- c) Anders als die Berufung meint, beschränkt sich die zum Schutz vor Umgehungen der gesetzlichen Regelungen erforderliche erweiternde Auslegung der §§ 113, 114 AktG nicht auf den Fall, in dem das Aufsichtsratsmitglied mit 50% an dem beratenden Unternehmen beteiligt war (GA 216 ff.). Vielmehr ist die Heranziehung dieser Vorschriften schon dann geboten, wenn die Aktiengesellschaft mit dem dritten Unternehmen, an welchem das Mitglied des Aufsichtsrats – nicht notwendig beherrschend – beteiligt ist, einen (Beratungs-)Vertrag schließt und wenn dem Aufsichtsratsmitglied auf diesem Wege mittelbar Leistungen der Aktiengesellschaft zufließen, die geeignet sind, in Widerspruch zu den mit den §§ 113, 114 AktG verfolgten Zielen die unabhängige Wahrnehmung der Überwachungstätigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds zu gefährden (BGH, Urteil vom 20.11.2006 – II ZR 279/05, BGHZ 170, 60-67, zitiert nach juris, Rn. 8). Eine solche Gefahr kann hier selbst dann nicht vereint werden, wenn – wie die Klägerin im Berufungsrechtszug unwidersprochen vorgetragen hat (GA 217) – ihr betriebliche Personal- und Sachaufwand im Geschäftsjahr 2016 bei rund 80% gelegen haben sollte. 7
2. Dienstverträge mit einem Aufsichtsratsmitglied oder einer Gesellschaft, an der dieser beteiligt ist, über Tätigkeiten, die das Aufsichtsratsmitglied schon aufgrund seiner Organstellung im Rahmen der auch die vorsorgende Beratung einschließenden Überwachung erbringen muss, stellen nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 25.03.1991 – II ZR 188/89, BGHZ 114, 127-137, zitiert nach juris, Rn. 10; 126, 340, 344 f.; Urteil vom 03.07.2006 – II ZR 151/04, BGHZ 168, 188-200, zitiert nach juris, Rn. 16; Urteil vom 20.11.2006 – II ZR 279/05, BGHZ 170, 60-67, zitiert nach juris, Rn. 13) eine nach § 113 AktG unzulässige Vergütungsvereinbarung dar und sind daher – sofern nicht die Hauptversammlung dem Vertrag zugestimmt hat – gemäß § 134 nichtig. 8
- a) Nach § 114 AktG zulässig sind nur Verträge über Dienst- oder Werkleistungen, die nicht in den Aufgabenbereich des Aufsichtsrats fallen. Zur Meidung von Umgehungen muss der Beratungsvertrag eindeutige Feststellungen darüber ermöglichen, ob die zu erbringende Leistung außer- oder innerhalb des organschaftlichen Pflichtenkreises des 9

Aufsichtsratsmitglieds liegt und ob der Vertrag darüber hinaus keine verdeckten Sonderzuwendungen - etwa in Form einer überhöhten Vergütung - 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 die Art und den Umfang der Leistung sowie über die Höhe und die Angemessenheit der Vergütung bilden kann. Verträge, die diese Anforderungen nicht erfüllen, sind nicht nach § 114 Abs. 1 AktG genehmigungsfähig, sondern gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 113 AktG nichtig (BGH, Urteil vom 20.11.2006 – II ZR 279/05, BGHZ 170, 60-67, zitiert nach juris, Rn. 13).

b) Gemessen an diesen Grundsätzen war die angeblich am 14.06.2016 mit der Klägerin geschlossene Vereinbarung nichtig. 10

aa) Dabei kann die vom Bundesgerichtshof (vgl. Urteil vom 03.06.2006 – II ZR 151/04, AG 2006, 667-771, zitiert nach juris, Rn. 17) bislang unbeantwortet gelassene Frage auf sich beruhen, ob der Aufsichtsrat nur dann eigenverantwortlich über die Zulässigkeit eines Beratungsvertrages befinden kann, wenn dieser schriftlich oder zumindest in Textform geschlossen ist (so OLG Nürnberg, Urteil vom 08.03.2017 – 12 U 927/15, AG 2018, 166-171, zitiert nach juris, Rn. 86 und Habersack in Münchener Kommentar zum AktG, 5. Auflage 2019, § 114 Rn. 25 mit weiteren Nachweisen auch zur Gegenansicht). 11

bb) Legt man den Sachvortrag der Klägerin zugrunde, genügte die angeblich am 14.06.2016 geschlossene Vereinbarung den genannten Anforderungen schon deshalb nicht, weil danach neben der Ausarbeitung einer auf einer Auswertung relevanter Geschäftsunterlagen beruhenden Unternehmensplanung für die Geschäftssparte „C“ mitsamt Präsentation der Finanzaufstellungen, der Ermittlung des Werts dieser Geschäftssparte, der Herstellung und Pflege von Kontakten mit potentiellen Käufern, der Ausarbeitung von für die Hauptversammlung bestimmten Erläuterungen der Transaktion eine „Begleitung“ der „Kaufpreis- und Transaktionsverhandlungen“ und eine Durchsicht und Prüfung der in deren Rahmen erstellten Vertragswerke vereinbart war und bei diesen allgemein gehaltenen Bezeichnungen eine Abgrenzung gegenüber der organschaftlichen Aufgabe des Aufsichtsrats nicht möglich ist. Denn diese umfasst auch die Beratung des Vorstands bei dem Abschluss von Unternehmens- und Beteiligungskaufverträgen (BGH, Urteil vom 20.11.2006 – II ZR 279/05, MDR 2007, 533-535, zitiert nach juris, Rn. 14). Einzelfragen, die Gegenstand eines Dienstvertrages sein können, mögen sich zwar auch in Bereichen finden, die an sich der Überwachung durch den Aufsichtsrat unterfallen (Lutter/Kremer, ZGR 1992, 87, 96). Darauf, ob ein Aufsichtsratsmitglied einzelvertraglich mit Gegenständen betraut werden kann, die der „technischen“ Vorbereitung und Abwicklung eines Unternehmenskaufs zuzurechnen sind (so Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 6. Auflage 2014, Rn. 860), kommt es indes, worauf das Landgericht richtig hingewiesen hat (LU, Seite 8), nicht an, weil angesichts der Unbestimmtheit der „Begleitung“ der „Kaufpreis- und Transaktionsverhandlungen“ und der Durchsicht und Prüfung der in deren Rahmen erstellten Vertragswerke unklar blieb, ob und inwieweit es sich um verdeckte Sonderzuwendungen für die Organtätigkeit handelte. 12

c) Geht man von dem Vortrag der Beklagten aus, die Information des Aufsichtsrats habe sich in der Mitteilung erschöpft, die Klägerin habe der Beklagten einen Käufer für die Geschäftssparte vermittelt und sei mit diversen, beispielhaft aufgezählten Dienstleistungen betraut gewesen (GA 28, 148), war die angeblich am 14.06.2016 getroffene Vereinbarung schon deshalb nicht genehmigungsfähig, weil die betroffenen Beratungsgegenstände nicht so konkret bezeichnet waren, dass sich der Aufsichtsrat ein eigenverantwortliches Urteil über Art und Umfang der Leistungen bilden konnte. Die Betrauung der Klägerin mit diversen, nur 13

beispielhaft aufgezählten Dienstleistungen ist so allgemein gefasst, dass sie nicht nur zulässige Beratungsleistungen etwa über Detailfragen umfasst, sondern auch zur Kontroll- und Beratungsfunktion des Aufsichtsrats gehörende Tätigkeiten einschließt. Angesichts des Normzwecks des § 114 AktG muss sich der Aufsichtsrat davon überzeugen können, dass der Vertrag keine verdeckten Sonderzuwendungen an das durch ihn begünstigte Aufsichtsratsmitglied enthält. Dazu gehört, dass die speziellen Einzelfragen, in denen es tätig werden soll, sowie das für diese Leistungen von der Gesellschaft zu entrichtende Entgelt so konkret bezeichnet werden muss, dass sich der Aufsichtsrat ein eigenständiges Bild über die Art der Leistung, ihren Umfang sowie die Höhe und Angemessenheit der Vergütung bilden kann. Verträge, die diese Anforderungen nicht erfüllen, weil sie – wie hier – als Beratungsgegenstand nur generell bezeichnete Einzelfragen auf Gebieten angeben, die grundsätzlich auch zur Organtätigkeit gehören oder gehören können, sind von vornherein nicht von § 114 AktG gedeckt, sondern vielmehr nach § 113 AktG zu beurteilen (BGH, Urteil vom 04.07.1994 – II ZR 197/93, AG 1994, 508-510, zitiert nach juris, Rn. 9). Hier lässt die Art der Aufgabenbeschreibung nicht mit der erforderlichen Sicherheit erkennen, dass die dem Beklagten übertragenen Aufgaben aufgrund des Ausmaßes und der Intensität der angestrebten Beratungstiefe (vgl. Lutter/Kremer, ZGR 1992, 87, 108) ausschließlich jenseits der organschaftlichen Beratungspflichten des damaligen Aufsichtsratsmitglieds Prof. Dr. A liegen sollte.

4. Die Annahme einer Teilwirksamkeit der in Frage stehenden Vereinbarung hinsichtlich derjenigen Vertragsbestandteile, die Gegenstand eines Dienstvertrages mit dem Geschäftsführer der Klägerin in seiner Eigenschaft als früherem Mitglied des Aufsichtsrats der Beklagten hätten sein können, scheitert jedenfalls daran, dass es für einen derart eingeschränkten Vertrag und die hierauf entfallende Vergütung schon an einer Zustimmung des Aufsichtsrats gemäß § 114 Abs. 1 AktG fehlt (vgl. dazu BGH, Urteil vom 03.07.2006 – II ZR 151/04, BGHZ 168, 188-200, zitiert nach juris, Rn. 18). 14

5. Nach dem im Berufungsrechtszug zugrunde zu legenden Sachverhalt ist das Klagebegehren weder ganz noch zum Teil aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 i.V.m. § 818 Abs. 2 BGB) oder einer anderen gesetzlichen Grundlage berechtigt. 15

a) Dem Aufsichtsratsmitglied, das aufgrund eines nach §§ 113, 114 AktG i.V.m. § 134 BGB unwirksamen Dienstvertrages Leistungen an die Gesellschaft erbringt, kann allerdings ein Bereicherungsanspruch gemäß §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 2 BGB bzw. ein Anspruch auf Aufwendungsersatz aus Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 683, 670 BGB erwachsen. Eine Anwendung des § 817 Satz 2 BGB scheidet aus, weil das gesetzliche Verbot des § 113 AktG sich nicht gegen die Tätigkeit als solche, sondern gegen die Vergütungsvereinbarung richtet (BGH, Urteil vom 02.04.2007 – II ZR 325/05, MDR 2007, 1028-1029, zitiert nach juris, Rn. 20). Derartige Ansprüche stehen auch einer Gesellschaft zu, durch die das Aufsichtsratsmitglied mittelbar Dienstleistungen erbringen ließ (BGH, Beschluss vom 27.04.2009 – II ZR 160/08, AG 2009, 661-662, zitiert nach juris, Rn. 4). 16

b) Derzeit bedarf es nicht der Klärung, ob es sich bei den zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen um einen Maklerdienstvertrag gehandelt hat, weil die Klägerin zu einem Tätigwerden verpflichtet war, ihre Tätigkeit auf die Vermittlung des Verkaufs der Geschäftssparte C abzielte und eine Vergütung nur im Falle ihres Erfolgs geschuldet war. Offenbleiben kann ferner, ob das Bereicherungsrecht dem Makler überhaupt einen Anspruch geben kann (zweifelnd BGH, Urteil vom 07.07.2005 – III ZR 397/04, BGHZ 163, 332-339, zitiert nach juris, Rn. 12 mit Nachweisen zum Meinungsstand). Schließlich kann dahinstehen, eine Leistungskondition jedenfalls bei einem Maklerdienstvertrag in Betracht zu ziehen ist, 17

wenn der Empfänger durch die rechtsgrundlose Maklerdienstleistung etwas erlangt hat, was sich in einen Wertersatzanspruch umwandeln kann. Denn bei jedem in Betracht zu ziehenden Bereicherungsausgleich wäre zu prüfen, ob und in welchem Umfang die Beklagte an Stelle der Klägerin einen Berater und Vermittler mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragt hätte. Soweit dies der Fall gewesen wäre, ist sodann zu ermitteln, welche von der Beklagten ersparte Vergütung angefallen wäre (vgl. BGH, Beschluss vom 27.04.2009 – II ZR 160/08, AG 2009, 661-662, zitiert nach juris, Rn. 6).

b) Diese Prüfung scheitert daran, dass die Klägerin ihre Tätigkeit nicht hinreichend aufgeschlüsselt hat, weil sie davon ausgeht, dass die Beklagte ihr Wertersatz für sämtliche erbrachten Leistungen schulde. Tatsächlich kommt ein Bereicherungsanspruch oder ein Anspruch wegen Geschäftsführung ohne Auftrag eines Aufsichtsratsmitglieds bzw. einer mit ihm verbundenen Gesellschaft gegen die AG aber nur für solche Dienstleistungen in Betracht, die außerhalb des Tätigkeitsbereichs des Aufsichtsratsmitglieds im Aufsichtsrat liegen (BGH, Beschluss vom 27.04.2009 – II ZR 160/08, AG 2009, 661-662, zitiert nach juris, Rn. 6).

18

aa) Entgegen der Ansicht der Berufung ist – von der (angeblich) zu Ziffer (7.) in Auftrag gegebenen Ermittlung des Werts der Geschäftssparte C abgesehen – nicht erkennbar, dass die Klägerin Beratungsleistungen erbracht, die außerhalb der Tätigkeiten liegen, die bereits zur Beratungs- und Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats gehören. Da seine Überwachungspflicht angesichts der Bedeutung des Verkaufs der Geschäftssparte intensiviert war, konnte sich der Aufsichtsrat nicht auf die Entgegennahme von Informationen des Vorstands beschränken, sondern hatte den für die Transaktion relevanten Sachverhalt selbständig und vollständig zu erfassen und sich ein eigenes Urteil darüber zu bilden. Dazu gehörte auch die (angeblich) zu Ziffern (1.) und (2.) in Auftrag gegebene Sichtung und Bewertung von Unterlagen ebenso wie die (angeblich) zu Ziffer (10.) in Auftrag gegebene Prüfung und Bewertung relevanter Vertragswerke. Die Analyse von Unternehmensdaten und die Ableitung einer Unternehmensplanung sowie deren Aufbereitung zu Präsentationszwecken, wie sie (angeblich) zu Ziffern (3.), (4.), (5.), (6.) und (11.) beauftragt worden ist, zählen als allgemeine Beratungsleistungen betriebswirtschaftlicher Art zu den Pflichten eines Aufsichtsrats (vgl. BGH, Beschluss vom 27.04.2009 – II ZR 160/08, AG 2009, 661-662, zitiert nach juris, Rn. 7). Dem Vortrag der Klägerin lässt sich eine Tätigkeit, die über diese allgemeinen Beratungsleistungen hinausgeht, nicht entnehmen. Das gilt auch für die Suche von Kaufinteressenten und die Begleitung von Vertragsverhandlungen, wie sie (angeblich) zu Ziffern (8.), (9.) und (12.) beauftragt worden ist.

19

bb) Die weiteren mit Bezug auf den Auftrag zur Erstellung eines Gutachtens zum Wert der Geschäftssparte „C“ mögen die geltend gemachten Leistungen zwar über die Fachkunde und die zeitlichen und technischen Möglichkeiten der Mitglieder des Aufsichtsrats hinausgehen. Dementsprechend mochte es für Vorstand und Aufsichtsrat angezeigt gewesen sein, diesbezüglich externen Rat einzuholen. Daraus lassen sich indes derzeit Bereicherungsansprüche nicht ableiten, weil die Klägerin die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, welche von der Beklagten ersparte Vergütung angefallen wäre. Bei der Behauptung, der Auftraggeber habe ein Zeithonorar erspart, muss die nahe liegende Gefahr ins Auge gefasst werden, dass diesem der tatsächliche zeitliche Aufwand des Auftragnehmers verborgen bleibt. Deshalb erfordert eine schlüssige Darlegung der angeblich ersparten Stunden, dass über pauschale Angaben hinaus die angeblich während des abgerechneten Zeitintervalls getroffenen Maßnahmen konkret und in nachprüfbarer Weise dargelegt werden. Eine nähere Substantiierung ist – worauf bereits das Landgericht zutreffend hingewiesen hat (LU, Seite 10) – unverzichtbar, weil die für die

20

Unternehmensbewertung aufgewendete Arbeitszeit einer Kontrolle nicht oder allenfalls in geringem Rahmen zugänglich ist (vgl. BGH, Urteil vom 04.02.2010 – IX ZR 18/09, MDR 2010, 529-531, zitiert nach juris, Rn. 77 betreffend anwaltliche Tätigkeit). Dies bedeutet für die Klägerin keinen unzumutbaren Aufwand. Sie kann ohne weiteres stichwortartig in einer auch im Nachhinein verständlichen Weise niederlegen, welche konkrete Tätigkeit sie innerhalb eines bestimmten Zeitraums verrichtet hat.

Diesen Anforderungen ist die Klägerin weder im ersten noch im zweiten Rechtszug gerecht geworden. Sie hat lediglich pauschal einen Arbeitsaufwand von 8 „Manntagen“ behauptet (GA 133, 213). Hinzu kommt, dass ohne Vorlage von Arbeitsergebnissen die gebotene Prüfung, ob die behaupteten Stunden in einem angemessenen Verhältnis zu Umfang und Schwierigkeit der Sache gestanden haben, nicht möglich ist.

21