

Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag

von

Prof. Dr. Mathias Habersack, Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff, Prof. Dr. Holger Altmeyen, Prof. Dr. Walter Bayer, Dr. Michael Breyer, Prof. Dr. Joachim Bornkamm, Prof. Dr. Matthias Casper, Meinrad Dreher, Prof. em. Dr. Jean-Nicolas Druey, Prof. Dr. Holger Fleischer, Dr. Constantin Goette, Maximilian Goette, Prof. Dr. Barbara Grunewald, Prof. Dr. Martin Henssler, Dr. Heribert Hirte, Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus J. Hopt, Prof. Dr. Uwe Hüffer, Prof. Dr. Michael Hoffmann-Becking, Dr. Hans-Christoph Ihrig, Prof. Dr. Susanne Kalss, Prof. Dr. Peter Kindler, Prof. Dr. Detlef Kleindiek, Prof. Dr. Achim Krämer, Hans-Jörg Kraemer, Dr. Gerhart Kreft, Dr. Jens Peter Kurzwelly, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter, Dr. Georg Maier-Reimer, Prof. Dr. Hanno Merkt, Prof. Dr. Peter O. Mühlert, Prof. Dr. Ulrich Noack, Dr. Andreas Pentz, Prof. Dr. Hans-Joachim Priester, Dr. Nicolas Ott, Prof. Hilmar Raeschke-Kessler, Prof. Dr. Jochem Reichert, Dr. Markus Rieder, Dr. Bodo Riegger, Prof. Dr. Carsten Schäfer, Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt, Prof. Dr. Dr. h.c. Uwe H. Schneider, Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Schön, Prof. Dr. Ulrich Seibert, Prof. Dr. Dr. h.c. Johannes Semler, Prof. Dr. Gerald Spindler, Eberhard Stolz, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Ulmer, Dr. Roland Wacker, Dr. Marc-Philippe Weller, Prof. Dres. h.c. Harm Peter Westermann, Prof. Dr. Herbert Wiedemann, Dr. Dirk Wasmann, Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Zöllner, Dr. Thomas Winter

Geboren 1960; Professor für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen.

1. Auflage

[Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag – Habersack / Hommelhoff / Altmeyen / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Festschriften](#)



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 61754 6

zu vernachlässigenden Umfang haben.¹⁸ Bemerkenswert erscheint immerhin, dass die Rechtsprechung, soweit die Person des Aufsichtsratsmitglieds als Vertragspartner betroffen ist, keine pauschale Erstreckung der Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus anerkennt. Generell wird man davon ausgehen müssen, dass der nur mittelbar zufließende Vorteil geeignet sein muss, die Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds zu beeinflussen.¹⁹

b) Erweiterungen aufseiten der Gesellschaft

Ob sich diese Ergebnisse der Rechtsprechung auf die hier beleuchtete *spiegelverkehrte* Konstellation übertragen lassen, erscheint wegen der unterschiedlichen Interessenlage von vornherein zweifelhaft und bedarf jedenfalls einer sorgfältigen Überprüfung. In den vom BGH entschiedenen Sachverhalten bezog sich die teleologische Erweiterung stets auf den Begriff *Aufsichtsratsmitglied* in § 114 Abs. 1 AktG. Ein Umgehungsvorwurf lag hier nahe, da die von der Gesellschaft gewährten wirtschaftlichen Vorteile über Umwege dem Aufsichtsratsmitglied zufließen sollten. Damit lässt es sich methodologisch rechtfertigen, den Begriff *Aufsichtsratsmitglied* auf eine wirtschaftlich vollständig oder jedenfalls in erheblichem Umfang kongruente Gesellschaft zu erstrecken. Entgegen der Rechtsprechung handelt es sich freilich nicht mehr um eine erweiternde Gesetzesauslegung, sondern bereits um eine den Wortsinn klar überschreitende Analogie.

Die hier in Frage stehende Erweiterung des gesetzlichen Tatbestandsmerkmals *gegenüber der Gesellschaft* lässt sich dagegen nicht ohne Weiteres und jedenfalls nicht mittels pauschalen Verweises entsprechend handhaben. Vielmehr bestehen gegen die Einbeziehung von Verträgen des Aufsichtsratsmitglieds mit einem Gesellschafter gleich unter mehreren Gesichtspunkten Bedenken.

aa) Erstreckung der Vorschrift auf Verträge mit (Mehrheits-)Aktionären

(1) Grundsatz: Trennungsbedarf

Eine Gleichstellung der *Gesellschaft* und ihrer *Gesellschafter* erscheint zunächst schon unter systematischen Gesichtspunkten problematisch. Bei der AG findet eine weitreichende Versachlichung der Mitgliedschaftsrechte statt, die in diesem Maß bei anderen Körperschaften nicht anzutreffen ist. Für Verbindlichkeiten der AG haftet nach § 1 Abs. 1 S. 2 AktG allein das Gesellschaftsvermögen. Die AG besitzt nach § 1 Abs. 1 S. 1 AktG eine eigene Rechtspersönlichkeit, ist also eine in ihrem Bestand vom personellen Wechsel ihrer Anteilsinhaber unabhängige, überindividuelle Ziele verfolgende juristische Person. Als Körperschaft ist sie ohne Rücksicht auf ihren Entstehungstatbestand nicht Gesellschaft im engeren Sinn, sondern auf das Grundmodell des Vereins gemäß §§ 21 ff. BGB rückführbar und damit selbst Trägerin von Rechten und Pflichten.²⁰

Dass der Gesellschafter einerseits und die Gesellschaft andererseits voneinander nicht nur sprachlich, sondern auch materiell-rechtlich zu trennen sind, kann auch ohne entsprechende ausdrückliche Gesetzesregelung kaum bezweifelt werden. Die Beratung eines Gesellschafters stellt sich *per se* nicht als Beratung der Gesellschaft dar und kann zu völlig unterschiedlichen, unter Umständen sogar gegenteiligen Handlungsempfehlungen führen. Hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens und des Privatvermögens gilt das Trennungsprinzip.²¹ Nur ganz ausnahmsweise kennt das Gesellschaftsrecht die Gleichstellung einer besonderen gesellschaftsrechtlichen Bindungen unterliegenden Person mit dem Unternehmen,

¹⁸ BGHZ 170, 60, 62 f. = NJW 2007, 298; kritisch zur Sachmäßigkeit und (Un-)Bestimmtheit dieser Grenzen Drygala in: Schmidt/Lutter, AktG, 2008, § 114 Rn. 16; Happ in: FS Priester, 2007, S. 175, 179 ff.; v. Schenck DStR 2007, 395, 397 f.

¹⁹ So auch Breuer/Fraune in: Heidel, AktG, 2. Aufl. 2007, § 114 Rn. 5; Vetter AG 2006, 173, 177.

²⁰ Hüfner AktG, 9. Aufl. 2010, § 1 Rn. 4; K. Schmidt Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 3 I 2; Windbichler Gesellschaftsrecht, 22. Aufl. 2009, § 25 I 1.

²¹ BGH NJW-RR 1990, 738, 739.

an dem sie maßgeblich beteiligt ist, so etwa im Rahmen von § 62 AktG,²² bei den §§ 30, 31 GmbHG sowie früher im Recht des Eigenkapitalersatzes.²³

(2) Verwertbarkeit der jüngeren Rechtsprechung? – Bedeutung der wirtschaftlichen Einheit

Das entscheidende Kriterium, auf das die Rechtsprechung in der spiegelverkehrten Konstellation mehrfach abgestellt hat, ist die *wirtschaftliche Einheit* von Aufsichtsratsmitglied und Beratungsgesellschaft.²⁴ Das Abstellen auf eine wirtschaftliche Einheit erscheint aufseiten des Zuwendungsempfängers sachgerecht, weil hier diese Einheit dazu führt, dass die Zuwendung dem Aufsichtsratsmitglied mittelbar zugutekommt. Der Normzweck des § 114 Abs. 1 AktG greift – so lässt sich vertreten – auch dann, wenn zur Umgehung des Zustimmungserfordernisses aus dieser Vorschrift ein Dritter als Zahlungsempfänger zwischen der Gesellschaft und dem Aufsichtsratsmitglied eingeschaltet wird, der quasi als Strohhalm fungiert. Insoweit lässt sich eine erweiternde Auslegung bzw. Analogie selbst für einen Fall begründen, bei dem die zum Zwecke der Zahlungsannahme operierende Mittelsperson nicht einmal aus der Rechtssphäre des Aufsichtsratsmitglieds stammt, sondern von der Gesellschaft zu diesem Zweck eingesetzt wird. Ein Beispiel für derartige Umgehungskonstellationen bietet etwa der Fall der Honorarzahlung der Gesellschaft an einen Gesellschafter, der das empfangene Honorar wiederum an das Aufsichtsratsmitglied auskehrt. Maßgebliches Kriterium ist stets, ob das Beratungshonorar mittelbar dem beratenden Aufsichtsratsmitglied zugutekommt.

Aufseiten des *Beratenen* ist eine Erstreckung über das Kriterium der wirtschaftlichen Einheit dagegen nicht vergleichbar plausibel. Zunächst einmal gibt vor allem die Person des Beratenen dem Beratungsvertrag sein inhaltliches Gepräge. Der Empfänger der Beratungsleistung ist damit nicht beliebig austauschbar. Der Berater, namentlich ein anwaltlicher Berater, ist verpflichtet, gerade die Interessen seines Mandanten zu vertreten (vgl. § 3 Abs. 1 BRAO). Die Interessen eines Aktionärs sind aber mit denjenigen der Gesellschaft nicht identisch.²⁵ Dagegen ist aufseiten des Beraters trotz des Charakters als Dienst höherer Art eine persönliche Beratung meist nicht zwingend. In den vom BGH entschiedenen Fällen wurden die Beratungsleistungen daher auch von Sozietätspartnern des Aufsichtsratsmitglieds oder angestellten Rechtsanwälten erbracht.

Auch im Übrigen führt das von der Rechtsprechung als maßgeblich entwickelte Kriterium der wirtschaftlichen Einheit aufseiten des Empfängers der Beratungsleistung nicht weiter. Zwischen dem Aktionär und der AG besteht nämlich gerade keine *wirtschaftliche Identität*, die eine erweiternde Auslegung von § 114 Abs. 1 AktG rechtfertigen könnte. Ersichtlich kann unter Berücksichtigung des Normzwecks dieser Vorschrift nicht jede irgendwie geartete wirtschaftliche Verflechtung zwischen unternehmerisch tätigen Personen relevant sein.²⁶ Als problematisch angesehen werden können unter dem Aspekt der *wirtschaftlichen Einheit* allenfalls Konstellationen, die zur Folge haben, dass die Zuwendung an das Aufsichtsratsmitglied mittelbar aus dem Vermögen der Gesellschaft erbracht wird. Ein entsprechender Vermögensabfluss ist aber nur zu befürchten, wenn Beratungsverträge mit von der Gesellschaft abhängigen Gesellschaften geschlossen werden.²⁷ Wird die Vergü-

²² Vgl. GroßkommAktG/Henze 4. Aufl. 2008, § 62 Rn. 22.

²³ Vgl. hierzu BGHZ 81, 311, 315 = NJW 1982, 383, 384; BGH NJW 1999, 2822.

²⁴ BGHZ 168, 188, 193 ff. = NJW-RR 2006, 1410, 1412.

²⁵ *Raiser/Veil* Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Aufl. 2010, § 13 Rn. 1 ff., § 14 Rn. 14 mwN.

²⁶ Zu weit gerät insofern die Formulierung des BGH (BGHZ 126, 340, 347 = NJW 1994, 2484, 2486), der Zustimmungsvorbehalt sei auch deshalb geboten, weil „besondere Beziehungen zwischen dem Vorstand und einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern auch außerhalb der Gewährung rechtswidriger Sondervorteile zu engen Beziehungen und Verflechtungen zwischen den an ihnen beteiligten Personen (führen), die Einfluss auf die Ausübung der Überwachungstätigkeit haben können“; zu Recht ablehnend hierzu *Hoffmann-Becking* in: FS K. Schmidt, 2009, S. 657, 658 f.

²⁷ Zu dieser höchststrichterlich noch ungeklärten Konstellation *Hoffmann-Becking* in: FS K. Schmidt, 2009, S. 657, 664 f.; *Lutter* in: FS H.P. Westermann, 2008, S. 1171, 1181 ff.

tung von einer Tochtergesellschaft gezahlt, dann kann die Minderung des Vermögens der Tochtergesellschaft zu einer Vermögensminderung bei der Muttergesellschaft führen, so dass davon gesprochen werden kann, die Zuwendung gegenüber dem Aufsichtsratsmitglied werde mittelbar aus dem Vermögen der Muttergesellschaft erbracht. In diesem Fall könnten nämlich der Gewinn der abhängigen Gesellschaft durch das Beratungshonorar reduziert und damit zugleich die Ausschüttungsrechte bzw. der Wert der Beteiligung der Obergesellschaft vermindert werden.²⁸

Um eben diese Konstellation geht es vorliegend indes nicht. Vielmehr führt die Leistung eines (beherrschenden) Aktionärs an das Aufsichtsratsmitglied unter keinem denkbaren Gesichtspunkt zu einer Vermögensminderung bei der Gesellschaft. Bei natürlichen Personen bzw. Gesellschaften, die ihrerseits an der Gesellschaft im Sinne von § 114 AktG Aktien halten, wirken sich Leistungen, die diese aus ihrem Vermögen erbringen, grundsätzlich nicht auf die (Unter-)Gesellschaft aus. Die von Gesellschaftern erbrachte Vergütung für die Beratungsleistung stellt sich damit nicht als Sonderzuwendung dieser Gesellschaft dar.

Die hL nimmt dementsprechend bei Konzernkonstellationen aufseiten der Gesellschaft eine Unterscheidung vor. Nur bei Verträgen zwischen einem Aufsichtsratsmitglied des herrschenden Unternehmens und einem abhängigen Unternehmen soll § 114 Abs. 1 AktG greifen.²⁹ Dagegen soll eine Anwendung des § 114 AktG nicht geboten sein, wenn ein Aufsichtsratsmitglied des abhängigen Unternehmens einen Beratungsvertrag mit einem seine AG beherrschenden Unternehmen schließt. Dem ist zuzustimmen. Selbst insoweit argumentiert das Schrifttum allerdings nicht mit dem nur für die spiegelverkehrte Konstellation passenden Gedanken der *wirtschaftlichen Einheit*, sondern mit dem Hinweis, der Vorstand der abhängigen AG habe keinen Einfluss auf Geschäfte des herrschenden Unternehmens. Verträge, die mit Aktionären geschlossen werden, die nicht einmal eine beherrschende Stellung in der Gesellschaft haben, deren Aufsichtsratsmitglied der Vertragspartner ist, werden damit erst recht nicht erfasst.³⁰

Die von der Rechtsprechung zur erweiternden Auslegung des Merkmals *Aufsichtsratsmitglied* in § 114 AktG entwickelte Argumentationslinie lässt sich nach alledem weder von der vertraglichen Stellung noch von dem gedanklichen Anknüpfungspunkt der *wirtschaftlichen Einheit* auf die hier zu beurteilende Problematik übertragen.

(3) Gefährdung der Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds?

Die erweiternde Auslegung des § 114 AktG wird durch die Vertreter der Gegenansicht mit dem Normzweck begründet. Dieser zielt darauf ab, eine *Gefährdung der Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder* zu vermeiden.³¹ Eine derart allgemeine und weit gefasste Umschreibung des Normzwecks ist indes irreführend; sie entspricht ersichtlich nicht dem gesetzlichen Regelungsanliegen.³² Ginge es in der Regelung des § 114 AktG ganz allgemein darum, Gefährdungen der Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern entgegenzu-

²⁸ Hüffer AktG, 9. Aufl. 2010, § 114 Rn. 2b; MünchHdb. AG/Hoffmann-Becking 3. Aufl. 2007, § 33 Rn. 41 (beschränkt auf Fälle tatsächlicher missbräuchlicher Umgehung); tendenziell weiter jetzt: Hoffmann-Becking in: FS K. Schmidt, 2009, S. 657, 665; noch weiter MünchKommAktG/Habersack 3. Aufl. 2008, § 100 Rn. 17; Lutter in: FS H.P. Westermann, 2008, S. 1171, 1182.

²⁹ OLG Hamburg ZIP 2007, 814, 818 f.; Breuer/Fraune in: Heidel, AktG, 2. Aufl. 2007, § 114 Rn. 4; GroßkommAktG/Hopt/Roth 4. Aufl. 2006, § 114 Rn. 41, 44; Vetter in: Marsch-Barner/Schäfer, Hdb. börsennotierte AG, 2. Aufl. 2009, § 30 Rn. 9; Oppenhoff in: FS Barz, 1974, S. 283, 289; Lutter/Kremer ZGR 1992, 87, 106; Lutter in: FS H.P. Westermann, 2008, S. 1171, 1181 ff.; Deckert WiB 1997, 561, 565; Rellermeyer ZGR 1993, 77, 87 f.; Semler NZG 2007, 881, 885 f.; Vetter ZIP 2008, 1, 9.

³⁰ Vgl. auch Breuer/Fraune in: Heidel, AktG, 2. Aufl. 2007, § 114 Rn. 4.

³¹ Vgl. nur MünchKommAktG/Habersack 3. Aufl. 2008, § 114 Rn. 16, 18.

³² Ebenso Hoffmann-Becking in: FS K. Schmidt, 2009, S. 657, 661 („§ 114 AktG schützt die Unabhängigkeit ..., aber er zielt nicht auf einen generellen und umfassenden Schutz.“).

wirken, so hätte sich eine völlig andersartige Gestaltung des Tatbestands angeboten.³³ Die Gesetzesmaterialien geben für eine entsprechende weite Zielsetzung ebenfalls nichts her. Nicht irgendwelche Gefahren, die von Dritten für die Unabhängigkeit der Mitglieder des Kontrollorgans ausgehen, sollen danach unterbunden werden. Es geht vielmehr – deutlich enger – nur darum, „sachlich ungerechtfertigte Sonderleistungen der Gesellschaft an einzelne Aufsichtsratsmitglieder und damit eine unsachliche Beeinflussung eines Aufsichtsratsmitglieds im Sinne des Vorstands“ zu unterbinden.³⁴

Nicht sämtliche Verträge, die das Aufsichtsratsmitglied zu erwerbswirtschaftlichen Zwecken mit an der Gesellschaft interessierten Dritten schließt, sind dementsprechend von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig. Sie werden vielmehr nicht einmal dann automatisch erfasst, wenn sie tatsächlich die Sphäre der Gesellschaft betreffen. Denkbar sind in diesem Zusammenhang etwa Verträge über eine Rechtsanwalts Tätigkeit mit dem in dem Betrieb oder den Betrieben der Gesellschaft gebildeten Betriebsrat oder Gesamtbetriebsrat. Der Kreis der Personen, die mittels finanzieller Zuwendungen auf die Tätigkeit einzelner Mitglieder des Aufsichtsrats Einfluss nehmen können, ist a priori nahezu unbeschränkt. Jegliche Kunden, Lieferanten, Angehörige der Gesellschafter, Arbeitnehmer, kurz alle Angehörigen des großen Kreises der sog. stakeholder können potenziell die ordnungsgemäße Mandatsausübung beeinträchtigen, wenn sie mit dem Aufsichtsratsmitglied einen Beratungsvertrag abschließen.

Trotz dieser Gefahren werden Verträge mit diesen Personen eindeutig und unstreitig nicht von § 114 Abs. 1 AktG erfasst. Der Gesetzgeber nimmt im Gegenteil all diese Gefährdungen bewusst in Kauf. Die Grenze zwischen einer Beeinflussung in unlauterer Weise und einer zulässigen Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Aufsichtsratsmitglieds verläuft außerhalb der unmittelbaren Beratung der Gesellschaft fließend und könnte nur jeweils im Einzelfall anhand der konkreten Umstände ermittelt werden. Gerade eine solche für einen Zustimmungsvorbehalt kaum praktikable Einzelfallwürdigung sieht das Gesetz in § 114 Abs. 1 AktG aus guten Gründen nicht vor. Der Zustimmungsvorbehalt soll auf eine klar umrissene typisierte Vertragskonstellation beschränkt bleiben, bei der der pauschale Eingriff in die Vertragsfreiheit gerechtfertigt werden kann.

Auch in Bezug auf Verträge mit Aktionären der Gesellschaft, als deren Aufsichtsratsmitglied ein Rechtsanwalt tätig ist, lässt sich der *lex lata* nach diesen Grundsätzen kein generelles Zustimmungserfordernis entnehmen. Insbesondere muss ein als Aufsichtsratsmitglied einer Publikumsgesellschaft oder sogar börsennotierten Gesellschaft tätiger Anwalt nicht jeden Mandanten fragen, ob er zufälligerweise Aktien dieser Gesellschaft besitzt, um sodann ggf. vor der endgültigen Vertragsannahme die Zustimmung des Aufsichtsrats nach § 114 Abs. 1 AktG einzuholen.

Es ist ganz im Gegenteil sogar üblich und im Einklang mit dem Gesetz, dass Gesellschafter versuchen, Personen ihres Vertrauens in den Aufsichtsrat des Unternehmens zu platzieren, an dem sie beteiligt sind. Häufig werden sogar Vorstandsmitglieder des Gesellschafters in den Aufsichtsrat entsandt.³⁵ Verwiesen sei beispielhaft auf den Fall der Beteiligung von Porsche an VW oder auf die Beteiligung von Fonds an der Deutschen Börse AG, in deren Folge Aufsichtsratsmitglieder durch Wunschkandidaten der Gesellschafter ausgetauscht wurden. Diese Personen stehen regelmäßig in einer weit engeren Abhängigkeit von dem Gesellschafter, als dies bei einem anwaltlichen Berater der Fall ist, dessen Beziehung zu seinem Mandanten gerade die Unabhängigkeit auszeichnet. Gleichwohl äußert das Gesetz insoweit keine grundsätzlichen Bedenken. Nur in der anders gelagerten Konstellation eines

³³ Hoffmann-Becking in: FS K. Schmidt, 2009, S. 657, 661 f., unterstreicht diesen beschränkten, lückenhaften Unabhängigkeitsschutz des § 114 AktG durch eine exemplarische Auflistung weiterer nur fragmentarischer Vorschriften zum Schutz der Unabhängigkeit des Aufsichtsrats, insbesondere §§ 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3, 105 Abs. 1, §§ 113, 115 und § 124 Abs. 3 S. 1 AktG.

³⁴ Ausschussbericht zu § 114 AktG, abgedruckt bei Kropff AktG, 1965, S. 158.

³⁵ So etwa auch Roth/Wörle ZGR 2004, 565, 596 („geradezu typisch“); Langenbucher ZGR 2007, 571, 594.

gesetzlichen Vertreters eines von der Gesellschaft abhängigen Unternehmens verbietet § 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AktG eine Bestellung zum Aufsichtsrat.³⁶

Gesetzliche Vertreter und leitende Angestellte eines herrschenden Unternehmens können dem Aufsichtsrat eines abhängigen Unternehmens dagegen unproblematisch angehören. Durch die Konzernklausel des § 100 Abs. 2 S. 2 AktG wird eine solche Gestaltung sogar begünstigt, denn sie entspricht dem *natürlichen Organisationsgefälle*.³⁷ Die gesetzliche Regelung in § 100 AktG bestätigt damit eindrucksvoll die hier entwickelte Auffassung, nach der nur Beratungsverträge mit abhängigen Gesellschaften, nicht aber solche mit Gesellschaftern problematisch sind. Das gilt selbst dann, wenn es sich um herrschende Gesellschafter handelt.³⁸

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass es geradezu widersprüchlich wäre, es einerseits zuzulassen, dass gesetzliche Vertreter eines herrschenden Unternehmens trotz der permanenten Gefährdung ihrer Unabhängigkeit die Stellung eines Aufsichtsratsmitglieds in einer abhängigen Gesellschaft übernehmen können, es andererseits aber als problematisch einzustufen, wenn ein kraft Berufs (§§ 1, 3 BRAO) unabhängiges Aufsichtsratsmitglied einen Beratungsvertrag mit einem beherrschenden Gesellschafter abschließt. Die Normzwecke nicht nur des § 114 AktG, sondern auch der parallelen, die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats sichernden Vorschriften stehen damit einer Erstreckung des Zustimmungserfordernisses auf Beratungsverträge mit Gesellschaftern entgegen.

(4) Ergebnis

Im Ergebnis scheidet danach eine erweiternde Auslegung des Merkmals *gegenüber der Gesellschaft* im Sinne eines Verständnisses als *gegenüber der Gesellschaft oder einem ihrer Gesellschafter* aus. Der Wortsinn bildet hier eine absolute Grenze, die einer Rechtsfortbildung *intra legem* entgegensteht.

bb) Erstreckung auf Verträge mit Vorstandsmitgliedern durch erweiternde Auslegung

Soll das Merkmal *gegenüber der Gesellschaft* in § 114 Abs. 1 AktG als *gegenüber dem Vorstand der Gesellschaft oder gegenüber einem Vorstandsmitglied der Gesellschaft* gelesen und verstanden werden, so müsste zum einen der Vorstand einer AG bei einem weiten Begriffsverständnis mit der *Gesellschaft* gleichgesetzt werden können. Überdies setzt die entsprechend extensive Auslegung voraus, dass bei Verträgen mit Vorständen gemäß dem Normzweck der Regelung *sachlich ungerechtfertigte Sonderleistungen der Gesellschaft* die Unabhängigkeit gefährden könnten. Eine Übertragbarkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung käme wiederum nur dann in Betracht, wenn AG und Vorstandsmitglied in gleicher Weise *identisch* wären wie ein Beratungsunternehmen und das an ihm beteiligte Aufsichtsratsmitglied. Keine dieser Voraussetzungen lässt sich bejahen.

Säcker³⁹ hat die Anwendung von § 114 Abs. 1 AktG auf Geschäfte zwischen dem Aufsichtsratsmitglied und einem Vorstandsmitglied empfohlen, sofern eine erhebliche Diskrepanz zwischen der beratungsvertraglichen Vergütung und der Vergütung aufgrund der Organstellung besteht. Einen ähnlichen Standpunkt vertreten nunmehr Habersack und Spindler.⁴⁰

³⁶ Der Grund hierfür liegt in dem Widerspruch zum Organisationsgefälle; statt vieler GroßkommAktG/Hopt/Roth 4. Aufl. 2006, § 100 Rn. 51; MünchKommAktG/Habersack 3. Aufl. 2008, § 100 Rn. 24; ErfK/Oetker 11. Aufl. 2011, § 100 AktG Rn. 3.

³⁷ Vgl. auch MünchKommAktG/Habersack 3. Aufl. 2008, § 100 Rn. 26; angelehnt an die Terminologie des Gesetzgebers, vgl. Ausschussbericht, abgedruckt bei Kropff AktG, 1965, S. 136.

³⁸ So auch Hoffmann-Becking in: FS K. Schmidt, 2009, S. 657, 666 f., der darauf hinweist, dass andernfalls auch der Vorstandsvertrag des Aufsichtsratsmitglieds mit der Muttergesellschaft – unzweifelhaft ein Dienstvertrag zur Leistung von Diensten höherer Art – dem Aufsichtsrat der Tochter vorgelegt werden müsste.

³⁹ Säcker AG 2004, 180, 183.

⁴⁰ MünchKommAktG/Habersack 3. Aufl. 2008, § 114 Rn. 18; Spindler in FS: Graf von Westphalen, 2010, S. 641, 647 f.

Eine inhaltliche Gleichbehandlung der Begriffe *Gesellschaft* und *Vorstand* bzw. *Vorstandsmitglied* sprengt nicht nur sprachlich, sondern auch sachlich die Grenzen der Auslegung. Gegen eine entsprechende erweiternde Auslegung des § 114 Abs. 1 AktG sprechen gleich mehrere Erwägungen. Zum einen besteht zwischen der Gesellschaft und ihrem Vorstand keine juristische Identität, vielmehr ist das Kapitalgesellschaftsrecht vom Prinzip der Fremdorganschaft beherrscht. Zum anderen besteht auch in wirtschaftlicher Hinsicht keine Überschneidung. Weder können Leistungen der Gesellschaft als Leistungen des Vorstands oder gar eines seiner Mitglieder angesehen werden noch sind umgekehrt Leistungen eines Vorstands Leistungen der Gesellschaft. Sonderzuwendungen aus dem Gesellschaftsvermögen können bei Verträgen mit Vorstandsmitgliedern per se nicht erbracht werden. Der Vorstand ist nach § 76 AktG dazu berufen, die Gesellschaft *unter eigener Verantwortung* zu leiten. Der in Rede stehende Sachverhalt wird danach nicht mehr vom Wortsinn des § 114 Abs. 1 AktG erfasst.

Insofern spielt es keine Rolle, ob bei Verträgen mit Vorstandsmitgliedern ebenfalls eine Einflussnahme auf ein Aufsichtsratsmitglied zu befürchten ist. Diese Gefahren liegen auf einer anderen Ebene und können damit keinesfalls über eine bloße erweiternde Auslegung unter § 114 Abs. 1 AktG subsumiert werden. Mit dem aufgezeigten Regelungsanliegen des § 114 Abs. 1 AktG, eine Einflussnahme durch *sachlich ungerechtfertigte Sonderzuwendungen der Gesellschaft* zu verhindern, hat diese Fallkonstellation nichts mehr gemein.

c) Ergebnis

Eine Erstreckung des § 114 Abs. 1 AktG auf Verträge mit Gesellschaftern oder mit Vorstandsmitgliedern im Wege der erweiternden Auslegung kommt nicht in Betracht. Sie scheitert sowohl an der Auslegungsgrenze des denkbaren Wortsinns als auch am Normzweck der Regelung.

3. Entsprechende Anwendung des § 114 Abs. 1 AktG

Um die Rechtsfolge des § 114 Abs. 1 AktG auf Verträge von Aufsichtsratsmitgliedern mit Dritten zu erstrecken, bleibt – nachdem eine extensive Auslegung nach den vorstehenden Überlegungen ausscheidet – nur die Möglichkeit einer entsprechenden bzw. analogen Anwendung praeter legem. Sie ist – anders als eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung contra legem – grundsätzlich zulässig. Um eine Analogie handelt es sich, wenn der zu beurteilende Sachverhalt nach gewöhnlichem Sprachgebrauch nicht mehr unter den Gesetzesbegriff subsumiert werden kann. Voraussetzung jeder Analogie ist, dass das Gesetz nach seinem denkbar weitesten sprachlichen Verständnis den in Rede stehenden Sachverhalt nicht erfasst (Lückenhaftigkeit), dass diese Lücke planwidrig ist, der Gesetzgeber also, wenn ihm der Fall vor Augen gestanden hätte, diesen geregelt hätte und dass die Ähnlichkeit der Interessenlage die Anwendung der Rechtsfolge der analog anzuwendenden Norm gebietet.⁴¹

a) Erster Prüfungsschritt: Lückenfeststellung – Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke

aa) Grundsätzliches

In der Praxis ist sehr häufig zu beobachten, dass die Bedeutung der Lückenfeststellung im Verhältnis zum Akt der Lückenausfüllung grundlegend unterschätzt und demzufolge

⁴¹ BGH NJW 1988, 2109, 2110; BGHZ 105, 140, 143 = NJW 1988, 2734; BGHZ 110, 183, 192 = NJW 1990, 2546, 2548; BGHZ 120, 239, 252 = NJW 1993, 925, 928; BGHZ 149, 165, 174; BGH NJW 2003, 1932, 1933; Larenz (Fn. 10) S. 370 f., 373 ff., 381, 383; Müller/Christensen Juristische Methodik, Bd. I, 10. Aufl. 2009, S. 357 ff.

vernachlässigt wird. Bereits die Lückenfeststellung ist aber regelmäßig die entscheidende Weichenstellung, da sie erst den Raum für die rechtsgestaltende Tätigkeit des Rechtsanwenders jenseits der expliziten Gestaltung des parlamentarisch legitimierten Gesetzgebers eröffnet. Mit Rücksicht auf das Gewaltenteilungsprinzip darf sie folglich nur erfolgen, wenn tatsächlich ausnahmsweise konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Regelungsplan des Gesetzgebers entgegen dessen Vorstellungen unvollständig ist.⁴²

bb) Bedeutung des § 115 AktG im gesetzlichen Regelungsplan

Der Regelungskontext, in den § 114 AktG gestellt ist, enthält demgegenüber klare Anhaltspunkte, die in eine entgegengesetzte Richtung deuten. Während nämlich die unmittelbar benachbarte und inhaltlich verwandte Vorschrift des § 115 AktG den Zustimmungsvorbehalt für Kreditgewährungen an Aufsichtsratsmitglieder ausdrücklich auf eine Reihe von Umgehungssachverhalten ausdehnt, hat der Gesetzgeber in § 114 AktG auf eine entsprechende Regelung verzichtet. Die Rechtsprechung hat – wie bereits eingehend dargelegt (s. 2. a) – bislang nur die Frage behandelt, inwieweit auf der Seite des Dienstleistungspflichtigen und Empfängers der Zahlungen anstelle des Aufsichtsratsmitglieds auch dritte Personen in Betracht kommen. Nur insoweit soll die explizite Regelung in § 115 AktG für die Vertragsseite des Aufsichtsrats, als dem Erbringer der Beratungsleistung, nicht den Schluss zulassen, dass der Gesetzgeber *bewusst* davon abgesehen hat, offenbare Umgehungen der §§ 113, 114 AktG in diesen Vorschriften zu regeln.⁴³

Zwar soll ein numerus clausus der gesetzlichen Zustimmungstatbestände eine gesetzestückernde Rechtsfortbildung nicht generell ausschließen.⁴⁴ Vorliegend sprengen die genannten Auffassungen jedoch die anerkannten Grenzen für eine – die Gesetzesbindung des Richters achtende – Rechtsfortbildung de lege lata, da sie dem Gesetzgeber selbst ein Mindestmaß an gedanklicher Stringenz bei der redaktionellen Gestaltung der verabschiedeten Normen absprechen. Immerhin stehen §§ 113 f. AktG einerseits und § 115 AktG andererseits in einer derart engen systematischen Verbindung, dass sich einem sorgfältigen Gesetzgeber die Gleichbehandlung geradezu aufdrängen musste, wenn er sie denn tatsächlich gewollt hätte. Da die Gleichstellung gleichwohl unterblieben ist, spricht alles dafür, dass der Gesetzgeber in § 114 AktG bewusst auf eine Erstreckung des Zustimmungsvorbehalts auf Verträge mit Dritten verzichtet und im Übrigen auf den allgemeinen Umgehungs-schutz vertraut hat. Die Erstreckung des § 114 Abs. 1 AktG auf Verträge mit Dritten ist damit eine rechtspolitisch motivierte Rechtsgestaltung, welche die Grenzen zulässiger Rechtsanwendung überschreitet.

b) Zweiter Prüfungsschritt: Lückenausfüllung – Vergleichbarkeit der Interessenlagen

Voraussetzung für eine Lückenfüllung im Wege der analogen Anwendung einer nach ihrem Wortlaut nicht einschlägigen Norm ist die Vergleichbarkeit des geregelten mit dem unregulierten Sachverhalt. Die Vergleichbarkeit muss dabei jeweils vor dem Hintergrund des der Vorschrift zugrunde liegenden Regelungszwecks ermittelt werden. Darüber hinaus ist zu beachten, dass eine Analogie stets nur im Einklang mit den leitenden Prinzipien der Gesamtrechtsordnung erfolgen darf.⁴⁵

⁴² Zu diesen besonderen Schwierigkeiten der Lückenfeststellung auch *Hoffmann-Becking* in: FS K. Schmidt, 2009, S. 657, 660. Von einer Lücke im Gesetz kann man nur dann sprechen, wenn das Gesetz eine vollständige Regelung anstrebt, *Larenz* (Fn. 10) S. 371.

⁴³ BGHZ 168, 188, 193 f. = NJW-RR 2006, 1410, 1412; OLG Frankfurt ZIP 2005, 2322, 2333 mwN.

⁴⁴ MünchKommBGB/*Schramm* 5. Aufl. 2006, Vor §§ 182 ff. Rn. 12; *Gursky* in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2009, § 182 Rn. 27.

⁴⁵ *Larenz* (Fn. 10) S. 366.

aa) Normzwecke des § 114 AktG

Die Argumentation der Rechtsprechung zum Tatbestandsmerkmal Aufsichtsrat in § 114 Abs. 1 AktG orientiert sich – wie gezeigt – maßgeblich am Schutzzweck der Norm. Danach soll es aufseiten des Aufsichtsratsmitglieds „unerheblich [sein], ob eine ungerechtfertigte Sonderleistung unmittelbar oder nur mittelbar über die Beteiligung an einem Beratungsunternehmen an das Aufsichtsratsmitglied fließt, weil aus der Sicht der Gesellschaft die Gefahrenlage dieselbe ist“.⁴⁶ Es wurde bereits im Rahmen der Ausführungen zur erweiternden Auslegung dargelegt, dass diese *Gefahrenlage* in der hier beleuchteten spiegelverkehrten Fallkonstellation nicht in gleicher Weise besteht. Auch für die Lückenausfüllung lässt sich damit festhalten, dass die Rechtsprechungsgrundsätze nicht übertragbar sind.

Eine Lückenfüllung, die nicht mehr auf die Gewährung von *Sondervorteilen* abstellt, sondern ganz allgemein auf eine Gefährdung der Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder, verlässt den Boden des § 114 Abs. 1 AktG. Sie erstreckt nicht mehr den Normzweck auf einen gesetzlich ungeregelten Sachverhalt, sondern nimmt eine Veränderung des Normzwecks vor. Damit überschreitet sie die Grenze zur unzulässigen Rechtsfortbildung contra legem.

bb) Speziell: der Begriff der Sonderleistung

Wenn in der Rechtsprechung in Anlehnung an die Gesetzesbegründung von *Sonderleistungen* oder *Sondervorteilen* die Rede ist, spricht einiges dafür, dass diese nur in einem Verhältnis erbracht werden können, in dem üblicherweise auch eine *Regelleistung* erbracht wird. Sondervergütungen sind lediglich solche Vergütungen, die Aufsichtsratsmitglieder für die Erledigung besonderer Aufgaben erhalten.⁴⁷ Setzte man allgemein jeglichen wirtschaftlichen Vorteil damit gleich, so verlöre der spezifische Begriff der *Sonderleistung* gänzlich an Kontur. Dies aber widerspräche dem in der Schutzvorschrift des § 114 Abs. 1 AktG zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Regelungswillen und zöge weitreichende Rechtsunsicherheit nach sich. Sofern in diesem Kontext in der Rechtsprechung angedeutet wird, dass § 114 Abs. 1 AktG den Schutz des Gesellschaftsvermögens bezwecke und auf die Verhinderung eines sachlich nicht gerechtfertigten Vermögensabflusses gerichtet sei,⁴⁸ spricht dies gerade gegen die Erstreckung des Zustimmungserfordernisses in der hier interessierenden Konstellation. Selbst ein nur mittelbarer Abfluss von Gesellschaftsvermögen ist bei Beratungsverträgen mit Vorstandsmitgliedern nicht zu befürchten.⁴⁹ Die Leistungen, die ein Mitglied des Vorstands für eigene Rechnung an ein Aufsichtsratsmitglied erbringt, gehen grundsätzlich nicht zu Lasten der Gesellschaft.⁵⁰ Gleiches gilt erst recht für Leistungen eines Gesellschafters, da dessen Beratung im Eigeninteresse erfolgt, ein Regress bei der Gesellschaft damit regelmäßig ausscheidet.

cc) Bedeutung des § 115 AktG für die Lückenausfüllung

Auch wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung von einer planwidrigen Gesetzeslücke ausgeht, ist schließlich zu berücksichtigen, dass die Wertung des § 115 AktG zumindest im Rahmen der Lückenausfüllung nicht vollständig ausgeblendet werden darf. Aus dem Vergleich mit § 115 AktG (s. a) bb)) ergibt sich nämlich die klare Einschätzung des Gesetzgebers, dass Vorstand und Gesellschafter nicht pauschal der Gesellschaft gleichgestellt werden können.

⁴⁶ BGHZ 170, 60, 64 = NJW 2007, 298, 299.

⁴⁷ *Wilhelmi* BB 1966, 1172.

⁴⁸ So etwa KG AG 1997, 42, 44.

⁴⁹ Wie hier *Hoffmann-Becking* in: FS K. Schmidt, 2009, S. 657, 666, der vor allem darauf abstellt, dass deshalb keine Umgehung des § 114 AktG drohe.

⁵⁰ Ausnahmen gelten allenfalls, sofern das Organmitglied geschäftsbesorgend für die Gesellschaft tätig wurde.