

Table of Content

Abkürzungsverzeichnis	17
Erster Teil. Problemstellung	23
§ 1 Einleitung	25
I. Unabhängigkeit des Aufsichtsrats in der Corporate Governance Diskussion	25
II. Untersuchungsgegenstand	27
1. Hinführung	27
2. Untersuchung im Einzelnen	30
§ 2 Vorteile und Risiken von Beratungsverträgen	35
I. Bedeutung für den Untersuchungsgegenstand	35
II. Risiken von Beratungsverträgen	36
1. Einflussnahme des Vorstands auf die Aufsichtsratsstätigkeit	36
a) Einflussnahme durch ungerechtfertigte Sondervergütungen	36
b) Beeinflussung außerhalb ungerechtfertigter Sondervergütungen?	38
2. Risiko der Selbstprüfung	39
3. Wirtschaftlicher Interessengegenlauf	40
III. Vorzüge von Beratungsverträgen	41
1. Vertrauen als Grundbedingung erfolgreicher Beratung	41
2. Kenntnis der Unternehmensverhältnisse	41
3. Wahrung der Vertraulichkeit	43
IV. Beratungsverträge - ein zweiseitiges Schwert	44
Zweiter Teil. Untersuchung de lege lata	49
§ 3 Bewältigung von Risiken durch § 114 AktG	51
I. Bedeutung für den Untersuchungsgegenstand	51

II. Schutzzweck des § 114 AktG	53
1. Keine Umgehung der Vergütungskompetenz der Hauptversammlung	53
a) Beratung als Organpflicht des Aufsichtsrats	55
b) Abgrenzung der inner- und außerorganschaftlichen Beratungspflichten	59
aa) Formale Abgrenzungskriterien	60
(1) Keine Abgrenzung nach Beratungsadressat	60
(2) Keine Abgrenzung nach zeitlicher Beanspruchung des Aufsichtsrats	62
bb) Materielle Abgrenzungskriterien	65
(1) Keine Abgrenzung nach dem Schutzzweck der §§ 113, 114 AktG	65
(2) Abgrenzung nach Beratungstiefe	66
(3) Keine Abgrenzung nach der Art der Tätigkeit	68
(4) Rechtsprechung	71
cc) Entscheidung nach dem Einzelfall	76
c) Ergebnis	79
2. Allgemeiner Schutz vor Beeinflussung des Aufsichtsrats durch den Vorstand	81
a) Selbstständiger Schutzzweck des § 114 AktG	81
b) Überdehnung des Schutzzwecks des § 114 AktG?	82
c) These von der Schutzzweckkorrektur	83
aa) Größerer Stellenwert der Unabhängigkeit von Aufsichtsräten	83
bb) Kritik an der herkömmlichen Auffassung	84
3. Fazit	91
III. Zuständiges Gremium für Entscheidung über Beratungsvertrag	91
1. Relevanz für den Untersuchungsgegenstand	91
2. Zulässige Delegation an Ausschuss	92
3. Zweifel an der Delegationsmöglichkeit	93
4. Keine Möglichkeit der Delegation an Einzelpersonen	96
5. Sonderfall: Wechsel eines Vorstandsmitglieds in den Aufsichtsrat	97
a) Zuständiges Gremium für den Abschluss des Vertrags	97

b) Möglichkeit der Delegation an Ausschuss	98
aa) Extensive Auslegung von § 87 Abs. 2 S. 2 AktG	98
bb) Kein Raum für extensive Auslegung	99
IV. Zeitpunkt der Zustimmung	101
1. Verweis auf §§ 182 ff. BGB	101
2. Keine Genehmigung nach erbrachter Beratungsleistung	103
3. Kein Raum für teleologische Reduktion	105
V. Keine Zustimmungspflicht bei geringwertigen Leistungen?	108
1. Kein Raum für § 114 AktG bei geringwertigen Leistungen	108
2. Zweifel am Ansatz der herrschenden Meinung	110
3. Voraussetzungen für eine teleologische Reduktion	112
§ 4 Schwächen des § 114 AktG bei der Risikobewältigung	117
I. Zuständigkeit für die Billigung	118
1. Gesellschaftsexterne Prüfung	118
2. Gesellschaftsinterne Prüfung	119
a) Vorstand	119
b) Hauptversammlung	120
c) Aufsichtsrat	121
c) Zwischenfazit	123
II. § 114 als Instrument gremieninterner Transparenz	123
III. Keine Berücksichtigung von Umgehungskonstellationen	124
1. „Konzernsachverhalte“	124
2. Altverträge	125
IV. Rechtsfolgen fehlerhafter Beratungsverträge	126
V. Unvollkommenheit des § 114 AktG	127
§ 5 Flankierung des § 114 AktG durch die Rechtsprechung	129
I. Bedeutung für den Untersuchungsgegenstand	129
II. § 113 AktG als Verbotsgesetz iSd § 134 BGB	129
1. Vorgehen der Rechtsprechung	129
2. Kritik	132
a) Keine zwingende Nichtigkeitsfolge wegen Gesetzesumgehung	132
b) Entscheidungsbefugnis der Hauptversammlung und Schutzwürdigkeit des Aufsichtsratsmitglieds	134

3. Schwächen der verschiedenen Meinungsgruppen	134
a) § 114 Abs. 2 AktG als abschließende Rückabwicklungsvorschrift?	134
b) Dogmatische Lücken im Konzept der Rechtsprechung	137
c) Zur rechtlichen Gestaltungsbefugnis	139
d) Bestätigung nichtiger Beratungsverträge durch die Hauptversammlung	141
4. Positive Herleitung des Verbotsgesetzcharakters	141
5. Zwischenresümée	144
III. Behandlung von Altverträgen	145
1. Keine Rechtswirkung während der Amtszeit	145
a) Erstreckung von Altverträgen auf §§ 113, 114 AktG	145
b) Wiederaufleben der Verträge nach Niederlegung des Amtes	147
2. Kritik an der Konzeption der Rechtsprechung	149
3. Dauerschuldverhältnisse im Einklang mit der Rechtsordnung	150
4. Nachvertragliche Pflicht zum Neuabschluss des Vertrags aus § 242 BGB?	153
a) „Wiedereinstellungsanspruch“ des Beraters	154
b) Neuabschluss als vertragliche Nebenpflicht	157
c) Erwirkung	158
5. Zwischenergebnis	160
IV. Anforderungen an die vertragliche Konkretisierung	161
1. Überblick über Vertragsgegenstand und Vergütungshöhe	161
2. Rahmenverträge als zwingendes Erfordernis	165
3. Konkretisierungsdogma als Konsequenz des Schutzzwecks	167
a) Zustimmung außerhalb einer Präsenzsitzung	167
b) Unvereinbarkeit von Rahmenvereinbarungen mit Grundanliegen des § 114 AktG	169
c) Angaben über die Vergütungshöhe	170
d) Verweis auf amtliche Gebührenordnung	173
aa) Vergütungsvereinbarungen, §§ 3a - 4b RVG	175
bb) Vergütung nach dem BGB, § 34 RVG	176
cc) Gebühren nach dem Gegenstandswert, § 2 RVG	179

dd) Verweis auf amtliche Gebührenordnung nicht zulässig	181
e) Nichtigkeit des nicht hinreichend konkretisierten Vertrages	182
aa) Nachträgliche Konkretisierung im Interesse des Beraters	182
bb) Neuabschluss statt nachträglicher Konkretisierung	183
4. Zwischenergebnis	188
V. Beitrag der Rechtsprechung zur Risikobewältigung	188
§ 6 Umgehungskonstellationen	191
I. Untersuchungsgegenstand	191
II. Ausdehnung des § 114 AktG auf Umgehungssachverhalte	192
1. Begrenzung auf den Wortlaut	192
2. Umgehungsschutz auch bei § 114 AktG	194
3. Umgehungsschutz als Gebot des Normzwecks	196
a) Gesetzesumgehung als eigenes Institut des Zivilrechts	199
b) Analogie oder erweiternde Auslegung?	203
c) Rechtsfortbildung durch Analogie	205
aa) Planwidrige Regelungslücke	206
bb) Vergleichbare Interessenlage	208
cc) Keine Analogie zu § 115 AktG	209
III. Reichweite der Analogie im Einzelnen	210
1. Vertragsschluss mit Beratungsgesellschaft	210
a) BGB-Gesellschaft	210
aa) Meinungsstand	210
bb) Zustimmungserfordernis auch für BGB-Gesellschaften	211
cc) GbR als alleinige Vertragspartnerin	213
(1) Anknüpfung an überkommene Doppelverpflichtungslehre	213
(2) Alleinige Verpflichtung der GbR	216
(3) Persönliche Verpflichtung als Ausnahmefall	219
(4) Konsequenzen aus alleiniger Verpflichtung der GbR	220
dd) Übertragung auf Partnerschaftsgesellschaft	222

b) Kapitalgesellschaft	222
aa) Aufsichtsrat als Gesellschafter der Beratungsgesellschaft	222
(1) Zustimmungsbefähigung nach § 114 AktG	222
(2) Kritische Stimmen	225
(3) Zustimmung auch bei geringer Beteiligungquote	226
(a) Schutzzwecküberlegungen	226
(b) Berücksichtigung der Beteiligungquote bei Zustimmungsentscheidung	227
bb) Aufsichtsrat als gesetzlicher Vertreter	230
2. Konzernsachverhalte	232
a) Vertragsschluss zwischen Tochtergesellschaft und Aufsichtsrat der Mutter	234
aa) Meinungsstand	234
bb) Restriktiveres Verständnis	236
cc) Ableitung der Zustimmungspflicht aus dem Schutzzweck	237
(1) Kritik am restriktiven Lager	237
(2) Schutzzwecke des § 114 AktG	240
(a) Flankierung des § 113 AktG	240
(b) Sicherung der Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds	242
(c) Zustimmungspflicht auch bei nicht nachweisbarer Einflussnahme	243
dd) Zustimmung durch jeweils betroffenen Aufsichtsrat	247
b) Vertragsschluss der Muttergesellschaft mit Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft	248
aa) Meinungsstand	248
bb) Keine Einflussnahme des Vorstands des abhängigen Unternehmens	249
cc) Vermittelnder Ansatz	250
dd) Zu weitgehendes Unabhängigkeitspostulat des § 114 AktG	251
(1) Schutz der Unabhängigkeit	251
(2) Flankierung von § 113 AktG	254

c) Verträge mit Enkel- oder Schwestergesellschaften	256
3. Beitrag zur Risikobewältigung	257
§ 7 Flankierung des § 114 AktG durch Transparenzgebote	259
I. Problemstellung	259
II. Umgang mit Interessenkonflikten im DCGK	260
1. 5.5.2 iVm 5.5.3 DCGK	260
a) Grundlagen	260
b) Der Begriff des Interessenkonflikts	261
aa) Vertragsschluss mit Aufsichtsratsmitglied	261
bb) Vertragsschluss mit Beratungsgesellschaft	263
(1) Keine Übertragbarkeit der Grundsätze von § 114 AktG	263
(2) Erfasste Konstellationen	265
c) Transparenz ggü. den Aktionären	268
aa) Keine Pflicht zur Berichterstattung über Beratungsverträge?	268
bb) Reichweite der Transparenzpflicht - Meinungsstand	269
cc) Keine Berührung von Geheimhaltungsinteressen	270
(1) Offener Wortlaut des 5.5.3 DCGK	270
(2) Reichweite des 5.5.3 DCGK nach Fresenius	271
(3) Stillschweigende Abkehr vom restriktiven Ansatz?	272
d) Reichweite der Geheimhaltung	273
2. 5.4.6 Abs. 3 DCGK	276
a) Individualisierte Angabe der Aufsichtsratsvergütung	276
b) Reichweite bei Umgehungsgeschäften	277
aa) Zahlung an Beratungsgesellschaft	277
bb) Zahlung durch Konzerngesellschaft	278
3. 5.4.1 Abs. 4 DCGK	279
a) Offenlegung von geschäftlichen Beziehungen	279
b) Beziehungen zu Konzernunternehmen	281
c) Mittelbare Geschäftsverbindungen durch Gesellschaften	281
d) Relevanz für den Untersuchungsgegenstand	283

III. Fragerechte der Aktionäre nach § 131 AktG	283
1. Reichweite des Auskunftsrechts	283
2. Grenzen des Auskunftsrechts	284
a) Erforderlichkeit der Auskunft	284
b) Unmöglichkeit der Auskunftserteilung	285
c) Nachteile durch Auskunftserteilung	286
IV. Hinweis auf Beratungsverträge nach §§ 121 ff. AktG	288
1. Analogie zu § 125 Abs. 1 S. 5 AktG	288
2. Analogie zu § 171 Abs. 2 AktG	289
3. Erforderlichkeit gesetzgeberischen Eingreifens	290
V. Publizität im Jahresabschluss	293
1. Transparenz nach dem HGB	293
a) § 285 Nr. 9 a) HGB	293
aa) Nationaler Gesetzgeber	295
bb) EU-Normsetzung	295
b) Transparenz nach § 285 Nr. 21 HGB	297
2. Transparenz nach IAS/IFRS	298
a) Relevanz für die Untersuchung	298
b) Angaben zu nahe stehenden Unternehmen und Personen	299
c) Umgehungssachverhalte	301
VI. Bewertung	302
§ 8 Flankierung des § 114 AktG durch Rückgriffsansprüche der Gesellschaft	305
I. Pflichtverletzung	305
1. Nichtigte Beratungsverträge	306
a) Pflichtverletzung	306
aa) Keine Entlastung durch Aufsichtsrat	308
bb) Einholung eines Rechtsgutachtens	310
(1) Legal judgement rule	310
(2) Verschulden als geeignetes Korrektiv	312
(3) Rechtsverstoß als Pflichtverletzung	313
2. Auszahlung der Beratervergütung vor der Zustimmungentscheidung des Aufsichtsrats	317
a) Pflichtenverstoß nach Diktion der Rechtsprechung	317
b) Kritische Würdigung der Rechtsprechung durch Literatur	319

c) Überzeugende Rechtsprechung	321
aa) An § 114 orientierte Argumentation	321
(1) Flankierung des § 113 AktG	321
(2) Sicherung der Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds	321
(3) Kein tragfähiges Wortlautargument der Literatur	322
bb) Zahlung auf schwebend unwirksamen Vertrag	323
cc) Auswirkung der Zustimmung zu Rahmenvereinbarung	325
II. Schaden	326
1. Nichtigkeit des Vertrags nach §§ 113 AktG iVm 134 BGB	327
a) „Organschaftlicher“ Beratungsvertrag	327
b) Nicht hinreichend konkreter Beratungsvertrag	328
2. Vergütung vor Zustimmungserteilung	329
a) Erteilung der Genehmigung durch Aufsichtsrat	329
b) Verweigerung der Genehmigung	330
III. Möglicher Rückgriff durch Gesellschaft	330
Dritter Teil. Untersuchung de lege ferenda	333
§ 9 Notwendigkeit einer Reform de lege ferenda	335
§ 10 Hinführung zum Normvorschlag	337
I. Abgrenzung Organtätigkeit – außerorganschaftliche Tätigkeit	337
II. Begrifflichkeit der Zustimmung iRd § 114 AktG	338
III. Umgang mit Altverträgen	339
IV. Konkretisierung von Beratungsverträgen	340
V. Umgang mit Umgehungskonstellationen	341
VI. Normvorschlag im Einzelnen	342
§ 11 Schlussbetrachtung	345
Vierter Teil. Untersuchungsergebnisse	347
Literaturverzeichnis	353