

Beratungsvertrag zwischen Aufsichtsratsmitglied und „seiner“ AG (GmbH)

Wolf-Dieter Arnold

Beratungsvertrag zwischen Aufsichtsratsmitglied und „seiner“ AG (GmbH): Gefahr des Anspruchsverlustes?

Mit dem GesRÄG 2005 wurde in den § 95 Abs. 5 AktG eine Z 12 eingefügt. Der vorliegende Beitrag untersucht Inhalt und Reichweite dieser Bestimmung.



1. AN DIE ZUSTIMMUNG DES AUFSICHTSRATES GEBUNDENE RECHTSHANDLUNGEN – § 95 ABS. 5 Z 12 AKTG

1.1. Seit dem GesRÄG 1982 gibt es im AktG einen (Mindest-)Katalog zustimmungspflichtiger Rechtshandlungen (für die der Gesetzgeber den Sammelbegriff „Geschäfte“ wählt). Er folgte bei der Einfügung eines neu textierten Abs. 5 in den § 95 AktG – geleitet vom Bestreben, die Stellung des Aufsichtsrates als Aufsichtsorgan zu stärken – der damals gepflogenen Satzungspraxis.⁽¹⁾

Für den Bereich der GmbH schuf der Gesetzgeber des GesRÄG 1982 zeitgleich einen weitestgehend ident textierten (Mindest-)Katalog durch § 30j Abs. 5 GmbHG.

1.2. Die die gesetzliche Grundlage für den vorliegenden Beitrag (mit)bildende Z 12 wurde durch das GesRÄG 2005 (mit Wirksamkeit ab 1. 1. 2006) als weitere Ziffer in den § 95 Abs. 5 AktG eingefügt. Ausweislich der Materialien dem § 114 Abs. 1 dAktG und der Regel 49 des österreichischen Corporate Governance Kodex (ÖCGK) folgend unterliegen dem Katalog der aufsichtsratspflichtigen Geschäfte nunmehr auch

- der Abschluss von Verträgen mit Mitgliedern des Aufsichtsrates,
- durch die sich diese außerhalb ihrer Tätigkeit im Aufsichtsrat gegenüber der Gesellschaft
- oder einem Tochterunternehmen (§ 228 Abs. 3 HGB – nunmehr UGB)
- zu einer Leistung gegen ein nicht bloß geringfügiges Entgelt verpflichten.
- „Dies gilt auch für Verträge mit Unternehmen, an denen ein Aufsichtsratsmitglied ein erhebliches wirtschaftliches Interesse hat.“

1.3. Anlass für das GesRÄG 2005 war eine EntschlieÙung des Nationalrates zur Stärkung des Vertrauens in die österreichische Wirtschaft.⁽²⁾ Die Materialien zu § 95 Abs. 5 Z 12 AktG (RV 927 BlgNR 22. GP) besagen:

„Vorbild für diese Bestimmung, durch die vor allem die Problematik der mit Aufsichtsratsmitgliedern häufig geschlossenen Beratungsverträge einer befriedigenden Regelung zugeführt werden soll, ist einerseits C-Regel 49 des ÖCGK, andererseits § 114 Abs. 1 dAktG. Ob ein Vertrag der Zustimmung bedarf, soll allerdings nicht von der Art der Gegenleistung, sondern von der Höhe des vereinbarten Entgelts abhängig sein. Entscheidend wird letztlich sein, ob durch diesen Vertrag und die wirtschaftliche Bedeutung des Entgelts für das jeweilige Aufsichtsratsmitglied der Anschein einer Befangenheit entstehen könnte. Dieser Maßstab wird auch auf den wirtschaftlichen Vorteil anzuwenden sein, wenn der Vertrag nicht mit dem Aufsichtsratsmitglied, sondern im Sinn des letzten Satzes mit einem Unternehmen geschlossen wird, von dessen Geschäftstätigkeit das Aufsichtsratsmitglied wirtschaftlich profitiert.“

Im Zweifel wird es sich für den Vorstand und das jeweilige Mitglied des Aufsichtsrates empfehlen, die Zustimmung des Aufsichtsrates einzuholen, um sich gegenüber der Gesellschaft nicht schadenersatzpflichtig zu machen (s. Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 95 Rz. 98).“

Unerwähnt bleibt in den Materialien zum GesRÄG 2005 die damals schon in Geltung gestandene Parallelbestimmung für Kreditinstitute in § 28 Abs. 1 und 2 BWG.

1.4. Im Zuge dieses GesRÄG 2005 wurde auch im SE-Gesetz der Verweis auf § 95 Abs. 5 AktG im § 37 Satz 1 bzw. im § 40 Abs 2 Satz 2 durch Berücksichtigung der neuen Z 12 aktualisiert und für die GmbH dem § 30j Abs. 5 GmbHG eine gleich textierte Z 10 angefügt.⁽³⁾

(1) Kastner, Insolvenzzrecht und Gesellschaftsrecht, GesRZ 1982, 213 (214 f.); W. Jud, Vorratsbeschlüsse im System zustimmungspflichtiger Geschäfte des Aufsichtsrats, ÖBA 1993, 773 (782).

(2) Vom 29. 1. 2004, E 39-NR 22. GP.

(3) Seit damals wurden die beiden Kataloge durch URÄG 2008 neuerlich (durch Anfügung einer Z 13 bzw. Z 11) erweitert. Durch das AktRÄG 2009 wurde (mit Wirksamkeit ab 1. 8. 2009) dem § 95 Abs. 5 AktG eine neue Z 14 angefügt (kein Gegenstück dazu in § 30j Abs. 5 GmbHG).

Hon.-Prof. Dr. Wolf-Dieter Arnold ist Rechtsanwalt in Wien.

Beratungsvertrag zwischen Aufsichtsratsmitglied und „seiner“ AG (GmbH)

Im VAG bestimmt § 47 in seinem Abs. 4 und 5 unter anderem die zwingende Geltung des § 95 Abs. 5 AktG⁽⁴⁾ (in seiner – nicht nach Ziffern differenzierten – Gesamtheit) und des § 98 AktG. Siehe auch § 24e Abs. 3 Z 12 GenG, eingefügt allerdings erst durch das URÄG 2008.

1.5. Für den (nur nach Maßgabe der Bestimmungen des § 22 PSG obligatorischen) Aufsichtsrat einer Privatstiftung gibt es keine umfassenden vergleichbaren Bestimmungen. Nach § 25 Abs. 1 PSG gelten für die Zustimmung zu bestimmten Geschäften nur die Z 1, 2 und 4 bis 6 des § 95 Abs. 5 AktG sinngemäß, wobei die Stiftungsurkunde den Zuständigkeitsbereich des Aufsichtsrates erweitern (nicht aber einschränken) kann.⁽⁵⁾

1.6. Ein spezielles Rechtsgeschäft, nämlich das der Durchführung einer Abschlussprüfung, ist Aufsichtsratsmitgliedern nach Maßgabe des § 271 UGB untersagt, insbesondere nach § 271 Abs. 2 Z 2 UGB die Prüfung der Gesellschaft, deren Aufsichtsratsmitglied er ist. Weiß der Abschlussprüfer, dass er ausgeschlossen oder befangen ist, so gebührt ihm für die dennoch erbrachte Leistung kein Entgelt (§ 271 Abs. 6 Satz 1 UGB).⁽⁶⁾

1.7. Nicht unerwähnt bleiben soll, dass die Z 12 zu einem Zeitpunkt in das AktG eingefügt worden ist, zu dem die Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat schon lange fester Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung war (§ 110 ArbVG). Wenngleich der Abschluss des Arbeitsvertrages der Natur der Sache nach zeitlich vor der Entsendung des Arbeitnehmers in den Aufsichtsrat liegt, sind durchaus (z. B. bei befristeten Arbeitsverträgen) Fälle denkbar, dass mit einem Mitglied des Aufsichtsrates ein Arbeitsvertrag abgeschlossen (z. B. verlängert) wird. Es spricht viel dafür, in reduzierender Interpretation derartige Fälle überhaupt vom Anwendungsbereich der Z 12 auszunehmen.

2. LITERATUR (UND FEHLENDE JUDIKATUR) ZU § 95 ABS. 5 Z 12 AKTG

2.1. Die neue Z 12 des § 95 Abs. 5 AktG ist in der Literatur – zum Teil schon im Zusammenhang mit dem Gesetzesentwurf⁽⁷⁾ – bereits wiederholt behandelt worden.⁽⁸⁾

Vor dem GesRÄG 2005 herausgegebene Kommentare zum AktG haben das Problem der „Verträge mit Mitgliedern des Aufsichtsrates ... außerhalb ihrer Tätigkeit im Aufsichtsrat“ in der Regel unter dem Stichwort „Beratungsverträge“ behandelt.

So kommentiert *Kalss* Beratungsverträge „außerhalb der Aufsichtstätigkeit“ im Jahr 2003 – vor Einfügung der Z 12 in den § 95 Abs. 5 AktG – im Rahmen des § 98 AktG betreffend Vergütungsansprüche des Aufsichtsratsmitgliedes.⁽⁹⁾ Das zur damaligen Rechtslage gefundene Ergebnis ist einleuchtend und zwingend:

- Entgeltliche Beratungsverträge, die ohnedies in den Pflichtenkreis der gewöhnlichen Aufsichtsratsstätigkeit fallen, sind wegen Gesetzesverstößes nichtig. Gesonderte Beratung (etwa durch einen Personalberater oder durch einen Rechtsanwalt) außerhalb des Aufgabensbereiches des Aufsichtsrates – etwa solche von besonderer Intensität und Beratungstiefe gemessen am Drittvergleich – können vom Vorstand zu angemessenen Bedingungen abgeschlossen werden.
- Zur Gewährleistung der notwendigen Transparenz und zur Sicherheit der Überwachung der Sorgfalt des Vorstandes und des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes ist der genaue Inhalt des Beratungsvertrages (Honorarhöhe) dem Aufsichtsratsvorsitzenden unverzüglich mitzuteilen, der seinerseits den Gesamtaufichtsrat zu informieren hatte, ohne alle Details vorlegen zu müssen.⁽¹⁰⁾

Ist ein zwischen der AG und ihrem Aufsichtsratsmitglied abgeschlossener Beratungsvertrag nichtig, weil er eine „Tätigkeit im Aufsichtsrat“ zum Gegenstand hat, ist die AG durch Erfüllungshandlungen des Aufsichtsratsmitgliedes nicht bereichert.

(4) Durch die VAG-Novelle 2005 wurden alle dynamischen Verweisungen auf das AktG durch generelle Verweisungen (entsprechend der vorherrschenden Gesetzestechnik; vgl. RV 984 BlgNR 22. GP) ersetzt und entfiel demzufolge auch in § 47 Abs. 4 VAG die Wortfolge „in der jeweils geltenden Fassung“.

(5) *N. Arnold*, PSG² (2007) § 25 Rz. 27 ff. § 17 Abs. 5 PSG gilt nur für Rechtsgeschäfte der Privatstiftung mit einem Mitglied des Stiftungsvorstandes.

(6) Dies gilt – gemäß Satz 2 – auch, wenn er seine Ausgeschlossenheit erkennen hätte müssen oder wenn er grob fahrlässig seine Ausgeschlossenheit nicht erkannt hat.

(7) *Dorda/Aigner*, Wesentliche Neuerungen des geplanten GesRÄG 2005 (Teil I), *ecolex* 2005, 42; siehe auch *Egermann*, GesRÄG 2005 – Zu den geplanten Änderungen beim Aufsichtsrat, RdW 2005, 66.

(8) *Kalss*, Die Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats zu Verträgen mit Unternehmen seiner Mitglieder, SWK 9/2006, W 17 (besprochen in der Literaturreisenschau von *Barnert*, Aufsichtsrat aktuell 2/2007, 30); *Fida*, Zur Genehmigungspflicht von Sonderverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern, WBl. 2006, 357; jüngst *Felzl*, Rechtsberatung einer AG durch ihre Aufsichtsratsmitglieder, Aufsichtsrat aktuell 1/2009, 13.

(9) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG (2003) § 98 Rz. 28 ff.

(10) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 98 Rz. 32 auch mit dem Hinweis, dass die Hauptversammlung im Rahmen des Berichts gemäß § 96 AktG zu informieren ist.

Beratungsvertrag zwischen Aufsichtsratsmitglied und „seiner“ AG (GmbH)

Insoweit hat sich durch die Einfügung der Z 12 in den § 95 Abs. 5 AktG „lediglich“ die Änderung ergeben, dass Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern – zusätzlich – nach Maßgabe der Z 12 dem Katalog der genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfte angehören. An die Stelle der Verpflichtung des Vorstandes, den Aufsichtsratsvorsitzenden zu informieren, tritt seine Verpflichtung, vorweg die Zustimmung des (Gesamt-)Aufsichtsrates einzuholen.

2.2. *Koppensteiner/Rüffler* behandeln den § 30j Abs. 5 Z 10 GmbHG in der 3. Auflage ihres Kommentars zum GmbHG unter Rz. 21,⁽¹¹⁾ Beratungsverträge nach wie vor getrennt davon in Rz. 7 jeweils zu § 30j GmbHG. Die Parallelvorschrift zu § 98 AktG findet sich im § 31 GmbHG.

Zur Frage, ob § 30j Abs. 5 GmbHG (und damit im Speziellen die Z 10), der bei der GmbH undifferenziert auch für den fakultativen Aufsichtsrat gilt, durch eine Regelung im Gesellschaftsvertrag für einen bloß fakultativen Aufsichtsrat abbedungen werden kann, enthält der Kommentar keine ausdrückliche Aussage, Rz. 24 deutet auf eine verneinende Antwort. Einer solchen ist meines Erachtens beizupflichten.⁽¹²⁾ Der Gesetzgeber überlässt in bestimmten Fällen der GmbH die Entscheidung, ob sie einen Aufsichtsrat einrichten will oder nicht, nicht aber die Entscheidung, einem diesfalls eingerichteten Aufsichtsrat gesetzlich vorgesehene Rechte auch außerhalb des ausdrücklich im GmbHG eingeräumten Dispositionsfreiraums zu nehmen.

2.3. Österreichische Judikatur zu diesem Thema (§ 95 Abs. 5 Z 12 AktG; § 30j Abs. 5 Z 10 GmbHG) ist nicht bekannt.

3. DER BESCHLUSS DES BGH VOM 27. 4. 2009, II ZR 160/08

Im soeben zitierten Beschluss⁽¹³⁾ hat sich der BGH mit vom Aufsichtsratsmitglied hilfsweise geltend gemachten Bereicherungsansprüchen gegen die AG zu befassen gehabt. Der BGH kam in dieser Entscheidung zum Ergebnis, dass im Falle einer (wegen eines Verstoßes gegen §§ 113, 114 dAktG gegebenen) Nichtigkeit eines Geschäftsbesorgungsvertrages mit dem Aufsichtsratsmitglied (oder mit einer mit ihm verbundenen Gesellschaft) ein Bereicherungsanspruch

des Aufsichtsratsmitgliedes gegen die AG grundsätzlich nur für Tätigkeiten in Betracht kommt, die nicht bereits zum organschaftlichen Pflichtenkreis eines Aufsichtsrates (und damit auch des betreffenden Aufsichtsratsmitgliedes) gehören.

Andernfalls habe das Aufsichtsratsmitglied keinen wie immer gearteten Rechtsanspruch auf Abgeltung seiner Leistung und müsse das allenfalls bereits Empfangene wieder herausgeben.

4. GELTUNG DER IN DIESEM BESCHLUSS GETÄTIGTEN AUSSAGEN DES BGH AUCH FÜR ÖSTERREICH?

Diese Entscheidung des BGH hat naturgemäß in Aufsichtsratskreisen entsprechende Wellen geschlagen,⁽¹⁴⁾ wobei auch schon die Frage aufgeworfen wurde, ob diese Aussagen auch in Österreich gelten.

Wie nachstehend im Einzelnen darzulegen sein wird, gilt bei einer nicht völlig deckungsgleichen Rechtslage in Deutschland und in Österreich das vom BGH gefundene Ergebnis im Ergebnis auch – wenngleich mit zum Teil anderer Begründung – weitestgehend gleich in Österreich. Der Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung liegt im Bereich des (österreichischen) Aktienrechts (die GmbH wird nur dort erwähnt, wo eine rechtsformspezifische Darstellung geboten erscheint).

4.1. Auszugehen ist vom Vergütungsanspruch der Aufsichtsratsmitglieder. § 98 (österreichisches) AktG bestimmt, dass den Aufsichtsratsmitgliedern für ihre Tätigkeit eine mit ihren Aufgaben und mit der Lage der Gesellschaft im Einklang stehende Vergütung gewährt werden kann. Eine inhaltlich gleiche Regelung enthält § 113 dAktG in seinen Abs. 1 und 2.⁽¹⁵⁾

4.2. Der im dAktG unmittelbar an den § 113 anschließende § 114 bestimmt unter der Überschrift „Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern“ Folgendes:

„(1) *Verpflichtet sich ein Aufsichtsratsmitglied außerhalb seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat durch einen Dienstvertrag, durch den ein Arbeitsverhältnis nicht begründet wird, oder durch einen Werkvertrag gegenüber der Gesellschaft zu einer Tätigkeit höherer Art, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags von der Zustimmung des Aufsichtsrats ab.*

(11) Vgl. *Straube/Rauter* in *Straube, GmbHG* (2008) § 30j Rz. 99 ff.

(12) So zur Privatstiftung *N. Arnold*, *PSG*², § 25 Rz. 28; a. A. (für den deutschen Rechtsbereich) *Rohde*, *GmbHR* 2009, 1104. Der (hier schon nach dem Gesetzeswortlaut: Mindest-)Katalog des § 24e Abs. 3 GenG betrifft lediglich aufsichtsratspflichtige Genossenschaften (§ 24 Abs. 1 GenG).

(13) Abgedruckt in *GmbHR* 2009, 1103 (*Rohde*, mit weiteren Nachweisen und einem eigenen Unterabschnitt zum Spannungsverhältnis zwischen Aufsichtsratsmandat und Hauptberuf).

(14) Obwohl die Entscheidung auf einschlägiger Vorjudikatur (BGH 2. 4. 2007, II ZR 325/05, ZIP 2007, 1056) basiert.

(15) § 113 Abs. 3 dAktG regelt die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder in Form eines Anteils am Jahresgewinn der Gesellschaft. Die Parallelbestimmung im österreichischen AktG wurde durch BGBl. Nr. 475/1990 aufgehoben.

Betrifft der Beratungsvertrag eine „Tätigkeit außerhalb des Aufsichtsrates“, so ist der Vertrag in der Regel auch dann gültig, wenn er unter Verstoß gegen § 95 Abs. 5 Z 12 AktG ohne Zustimmung des Aufsichtsrates zustande gekommen ist.

Beratungsvertrag zwischen Aufsichtsratsmitglied und „seiner“ AG (GmbH)

(2) Gewährt die Gesellschaft auf Grund eines solchen Vertrags dem Aufsichtsratsmitglied eine Vergütung, ohne dass der Aufsichtsrat dem Vertrag zugestimmt hat, so hat das Aufsichtsratsmitglied die Vergütung zurückzugewähren, es sei denn, dass der Aufsichtsrat den Vertrag genehmigt. Ein Anspruch des Aufsichtsratsmitglieds gegen die Gesellschaft auf Herausgabe der durch die geleistete Tätigkeit erlangten Bereicherung bleibt unberührt; der Anspruch kann jedoch nicht gegen den Rückgewähranspruch aufgerechnet werden.“

Ein Vergleich dieser Gesetzesstelle mit § 95 Abs. 5 Z 12 (österreichisches) AktG erweist, dass beide Gesetzesstellen zwar dasselbe Thema zum Gegenstand einer gesetzlichen Regelung machen (in den Materialien zum GesRÄG 2005 wird die angesprochene Vorbildfunktion des dAktG betont), jedoch unterschiedliche Rechtsfolgen normieren. Mit der Wortfolge „so hängt die Wirksamkeit des Vertrags von der Zustimmung des Aufsichtsrats ab“ legt der deutsche Gesetzgeber die Sanktion der Nichtigkeit (§ 134 BGB) des Vertrages für den Fall des Fehlens der Genehmigung fest. Der dann noch denkbare Bereicherungsanspruch des Aufsichtsratsmitgliedes gegenüber der AG (§§ 812, 818 Abs. 2 BGB) bleibt unberührt, ist jedoch – was der Beschluss des BGH vom 27. 4. 2009 unmissverständlich herausarbeitet – auf Tätigkeiten beschränkt, die nicht bereits zum organschaftlichen Pflichtenkreis eines Aufsichtsrates (und damit des betreffenden Aufsichtsratsmitgliedes) gehören.⁽¹⁶⁾

Dies gilt selbst dann, wenn die von der AG empfangene Leistung (deshalb) nicht wertlos

ist, weil die AG (auch) eine andere Person beauftragt und bezahlt hätte.

4.3. Die Rechtsfolgen sind in Österreich – wie bereits betont – weitestgehend gleich.

Durch die Einbettung der diesbezüglichen Regelung (als Z 12) in den Katalog der (durch den Aufsichtsrat) genehmigungspflichtigen Geschäfte des § 95 Abs. 5 AktG hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass er die entsprechenden Regelungen und Rechtsfolgen des § 95 Abs. 5 AktG auch für den in der Z 12 geregelten Fall angewendet wissen will. Das bedeutet:

- Die Nichteinhaltung der gesetzlichen Vorschriften über die Genehmigungspflichten⁽¹⁷⁾ (sohin auch hinsichtlich der Genehmigungspflicht nach Z 12) führt im Schadensfall zu einer Verantwortlichkeit des Vorstandes.⁽¹⁸⁾
- Lehre und Rechtsprechung zu einer Vorausgenehmigung bzw. zu einer nachträglichen Genehmigung⁽¹⁹⁾ gelten auch hier.
- Das Rechtsgeschäft mit dem Dritten (hier: mit dem Mitglied des Aufsichtsrates) ist aber meines Erachtens – selbst bei (hier der Natur der Sache nach gegebener) Kenntnis um die fehlende Genehmigung des Aufsichtsrates im Fall der Z 12 – grundsätzlich gültig und wirksam, d. h., die AG ist daran gebunden.⁽²⁰⁾
- Ein Verstoß gegen § 98 AktG, wenn dem Aufsichtsratsmitglied (versteckt) über

Bereicherungsansprüche des Aufsichtsratsmitgliedes bestehen in aller Regel nicht.

(16) Allenfalls verbleibt Aufwandsersatz bzw. Wertersatz nach §§ 684 und 670 BGB.

(17) Bei der GmbH kann die Generalversammlung die Zuständigkeit an sich ziehen (und den Aufsichtsrat „overrulen“); so schon *Kastner*, GesRZ 1982, 215. Zum Weisungsbeschluss in diesem Zusammenhang siehe *Koppenssteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) § 30j Rz. 20.

(18) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 95 Rz. 98 (die Genehmigung befreit nicht von der Haftung nach § 84 AktG). Eine Verantwortlichkeit des Aufsichtsrates über § 99 i. V. m. § 84 AktG ist nur bei Genehmigung, nicht auch bei Nichtbefassung des Aufsichtsrates denkbar. Das gilt auch für das einzelne Mitglied des Aufsichtsrates als Vertragspartner des Beratungsvertrages.

(19) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 97 Rz. 92 und 91.

(20) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 95 Rz. 90; a. A. (nur) für die Z 12 *Kalss*, Interessenkonflikt bei Geschäften von Aufsichtsratsmitgliedern mit ihrer Gesellschaft, *ecolex* 2009, 923 (925 ff.; besprochen in der Literaturrecherche von *Barnert*, Aufsichtsrat aktuell 6/2009, 32). *Kalss* begründet in *ecolex* ihre Rechtsansicht wie folgt: „Die allgemeine Verkehrsschutzregelung schützt ein derartiges Geschäft ... nicht.“ Meines Erachtens betrifft § 95 Abs. 5 AktG allein das Innenverhältnis fernab von Verkehrsschutzüberlegungen (vgl. *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 95 Rz. 90, wo „allgemeine Verkehrsschutzüberlegungen“ im Zusammenhang mit der Zustimmung des Aufsichtsrates lediglich als ausdrücklich vereinbarte Geschäftsbedingung angesprochen werden; siehe auch *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ (2006) §§ 95 bis 97 Rz. 41: § 95 Abs. 5 AktG „beschränkt nicht die Vertretungsmacht des Vorstandes ... Die vom Vorstand unter Vernachlässigung der gebotenen Zustimmung des Aufsichtsrates ... abgeschlossenen Geschäfte sind deshalb nicht ungültig, da das Zustimmungserfordernis gem. § 95 Abs 5 keine Wirksamkeitsvoraussetzung für das zustimmungspflichtige Geschäft ist.“; so letztlich schon *Schlegelberger/Quassowski*, AktG³ (1939) § 95 Rz. 34; *Kastner*, GesRZ 1982, 215 bzw. *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 234; ebenso zuletzt z. B. *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht [2008] Rz. 3/521). Gerade betreffend die Z 12 wäre nicht auszuschließen, dass „Unternehmen, an denen ein Aufsichtsratsmitglied ein erhebliches Interesse hat“, schutzbedürftig in ihrem Vertrauen auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes sind, andererseits ist aber methodisch nicht einzusehen, mit welcher Berechtigung innerhalb der (einheitlichen) Z 12 bei der Auslegung eine Differenzierung zwischen Satz 1 und Satz 2 erfolgen dürfte. Vorrangig gilt der Grundsatz, dass die Vertretungsmacht des Vorstandes unbeschränkt und unbeschränkbar ist (§ 74 AktG).

Beratungsvertrag zwischen Aufsichtsratsmitglied und „seiner“ AG (GmbH)

die dort geregelten – d. h. hinsichtlich Art und Umfang der Regelung vorgegebenen – Vergütungsansprüche hinaus eine Vergütung „für seine Tätigkeit“ (als Mitglied des Aufsichtsrates) gewährt wird, wird jedoch Nichtigkeit – als Verstoß gegen eine zwingende gesetzliche Bestimmung – (und völlig unabhängig von einer allfälligen Zustimmung des Aufsichtsrates) begründen.⁽²¹⁾

- Jedenfalls im Fall der Kollusion (oder einer sonstigen Sittenwidrigkeit) käme es – aus anderen als aktienrechtlichen Gründen – zu einer Unwirksamkeit des Vertrages.⁽²²⁾
- Nur in diesen Fällen stellt sich überhaupt die Frage, ob ungeachtet der zivilrechtlichen Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes Bereicherungsansprüche⁽²³⁾ des Aufsichtsratsmitgliedes in seiner Eigenschaft als Leistungserbringer (Partner eines unwirksamen Rechtsgeschäftes) bestehen.

4.4. Abgrenzend gilt – inhaltlich durchaus deckungsgleich mit den Aussagen des BGH in seiner hier besprochenen Entscheidung vom 27. 4. 2009 –, dass ein Bereicherungsanspruch des Aufsichtsratsmitgliedes gegen die AG grundsätzlich nur für Tätigkeiten in Betracht kommt, die nicht bereits zum organschaftlichen Pflichtenkreis des Aufsichtsrates (als Gesamtorgan) und damit auch des betroffenen Aufsichtsratsmitgliedes gehören.

Für die Ansprüche des Aufsichtsratsmitgliedes aus Beratungsverträgen wird es daher nicht nur auf die Z 12 des § 95 Abs. 5 AktG ankommen, sondern primär auf die Auslegung des § 98 AktG, ob und inwieweit die Verletzung eben dieser Bestimmung zur Nichtigkeit des Vertrages und zur Verneinung⁽²⁴⁾ von Bereicherungsansprüchen führt.

4.5. Das bedeutet aber wiederum nicht, dass nicht hinsichtlich der Höhe der Aufsichtsrats-

vergütung unter den einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern Differenzierungen vorgenommen werden können, so etwa qualifikationsbezogene oder auch von der Intensität der Inanspruchnahme abhängige.⁽²⁵⁾ Die ausschließliche Kompetenz zur Festlegung der Entlohnung der Aufsichtsratsmitglieder liegt aber diesfalls bei der Hauptversammlung (Satzung)⁽²⁶⁾ und nicht bei den (als Organe der AG den Vertrag abschließenden) Vorstandsmitgliedern oder gar bei Prokuristen der AG.

Aus dem Blickwinkel der Bereicherung ist für derartige Fälle festzuhalten, dass die AG dann nicht bereichert ist, wenn kein diesbezüglicher Hauptversammlungsbeschluss (keine Deckung in der Satzung) vorliegt, zumal – generell – kein unbedingt durchsetzbarer Anspruch auf Vergütung der Tätigkeit als Mitglied des Aufsichtsrates und demzufolge auch kein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf Differenzierung in der Höhe der Aufsichtsratsvergütung besteht.⁽²⁷⁾ Dies gilt auch – so ausdrücklich der Beschluss des BGH – für Leistungen im Rahmen der Organstellung als Mitglied des Aufsichtsrates, soweit diese aufwendig sind oder spezielle Kenntnisse voraussetzen.⁽²⁸⁾

5. ZUSAMMENFASSUNG

5.1. Ist ein zwischen der AG und ihrem Aufsichtsratsmitglied abgeschlossener Beratungsvertrag nichtig, weil er eine „Tätigkeit im Aufsichtsrat“ zum Gegenstand hat, ist die AG durch Erfüllungshandlungen des Aufsichtsratsmitgliedes nicht bereichert und dem Aufsichtsratsmitglied steht weder ein Entgelt⁽²⁹⁾ noch ein Bereicherungsanspruch zu.

5.2. Betrifft der Beratungsvertrag eine „Tätigkeit außerhalb des Aufsichtsrates“, so ist der Vertrag in der Regel auch dann gültig, wenn er unter Verstoß gegen § 95 Abs. 5 Z 12 AktG

Umfasst der Beratungsvertrag sowohl „innerhalb“ als auch „außerhalb“ der Aufsichtsrats-tätigkeit gelegene Bereiche, so gilt im Zweifel der Grundsatz der „Teilnichtigkeit – Restgültigkeit“, sodass für den ersten Teilbereich kein Entlohnungsanspruch (sondern ein solcher nur für den zweiten Teilbereich) zusteht.

(21) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 98 Rz. 28 mit Hinweis auf BGH 25. 3. 1991, II ZR 188/89, BGHZ 114, 127; *dies.* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz. 3/501.

(22) OGH 25. 9. 1990, 4 Ob 544/90, RdW 1991, 76.

(23) Grundsätzlich ist § 877 ABGB auch auf solche Verträge anzuwenden, die gemäß § 879 ABGB nichtig sind (so schon OGH 17. 5. 1950, 3 Ob 123/50, SZ 23/159).

(24) Ich wähle bewusst das Wort „Verneinung“ und nicht das Wort „Verlust“. Wenn das Aufsichtsratsmitglied Tätigkeiten erbringt, die zu seinem organschaftlichen Pflichtenkreis gehören (wofür es im § 98 AktG eine gesetzliche Vergütungsregelung gibt), so ist die AG insoweit nicht bereichert.

(25) Vgl. *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 98 Rz. 12.

(26) Vgl. *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 98 Rz. 3 (ein Hauptversammlungsbeschluss, der eine zu hohe Vergütung festlegt, kann angefochten werden) und § 98 Rz. 24; bleibt die Aufteilung einer Gesamtvergütung des Aufsichtsrates einer Beschlussfassung der Aufsichtsratsmitglieder vorbehalten, so kann eine Differenzierung auf diesem Weg erfolgen.

(27) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 98 Rz. 9.

(28) Der Beschluss des BGH geht sogar so weit, als weiteres Argument ins Treffen zu führen, dass das Aufsichtsratsmitglied auch zu solchen Leistungen (innerhalb der Aufsichtsrats-tätigkeit) verpflichtet ist.

(29) Barauslagenersatz kann unter dem Titel „Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied für die AG“ nach allgemeinen Grundsätzen verlangt werden.

Beratungsvertrag zwischen Aufsichtsratsmitglied und „seiner“ AG (GmbH)

ohne Zustimmung des Aufsichtsrates zustande gekommen ist. Eine Verantwortlichkeit des Vorstandes für die Durchführung des genehmigungslosen Geschäftes ist im Schadensfall nach allgemeinen Grundsätzen auch hier gegeben.

5.3. Bereicherungsansprüche des Mitgliedes des Aufsichtsrates scheiden in beiden Fällen aus: Bei Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen § 98 AktG angesichts der oben aufgezeigten Überlegungen (die AG ist nicht bereichert), bei Gültigkeit des Vertrages angesichts der aus diesem zu stehenden Entlohnungsansprüche.⁽³⁰⁾

5.4. Umfasst der Beratungsvertrag sowohl „innerhalb“ als auch „außerhalb“ der Aufsichtsratsstätigkeit gelegene Bereiche, so gilt in Österreich im Zweifel der Grundsatz der „Teilnichtigkeit – Restgültigkeit“,⁽³¹⁾ sodass für den ersten Teilbereich kein Entlohnungsanspruch⁽³²⁾ (sondern ein solcher nur für den zweiten Teilbereich) zusteht.

5.5. Sollte der Fall eintreten, dass der Beratungsvertrag aus ganz anderen Gründen nichtig ist,⁽³³⁾ so greift gemäß § 877 ABGB gegebenenfalls sehr wohl Bereicherungsrecht.

(30) Ansprüche auf Aufwandsersatz stehen nach allgemeinen Grundsätzen zu.

(31) Wegen der – oft schwankenden – Grenze zwischen „innerhalb“ und „außerhalb“ wird man in der Regel nicht davon auszugehen haben, dass Natur und Zweck des Verbotes Gesamtnichtigkeit erfordern (grundlegend schon OGH 28. 10. 1971, 1 Ob 282/71, SZ 44/166).

(32) Die Judikatur, dass für den teilnichtigen Bereich gemäß § 877 ABGB Bereicherungsrecht gilt (vgl. schon OGH 27. 6. 1951, 1 Ob 397/51, SZ 24/170; ebenso OGH 21. 5. 1968, 4 Ob 308/68, SZ 41/62), führt für das Mitglied des Aufsichtsrates zu keinem wirtschaftlichen Erfolg, da die AG nicht bereichert ist.

(33) Z. B. wenn mit einem Wirtschaftstreuhänder als steuerlichem Vertreter der AG als Honorar ein Anteil an der erwirkten Steuerermäßigung vereinbart wird (OGH 23. 4. 1958, 6 Ob 86/58, SZ 31/66, i. V. m. OGH 25. 9. 1984, 4 Ob 67/83, JBl. 1985, 690; offengelassen in OGH 13. 4. 1999, 4 Ob 81/99m).

GMBH-GESCHÄFTSFÜHRER - JETZT IN 2. ERW. UND AKT. AUFLAGE!



- Die Organisationsstruktur von Kapitalgesellschaften
- Die Rechtsstellung von Geschäftsführern und Vorständen
- Bestellung der Geschäftsleitungsorgane
- Haftung von Vorständen und Geschäftsführern

Fritz
2. Aufl., 2008, 408 Seiten, kart.
Inkl. CD-ROM
ISBN 978-3-7073-1283-6
EUR 37,-
**Sonderpreis für
SWK-Abonnenten EUR 29,60**

Christian Fritz
Partner der Kanzlei Fritz & Schauer in Innsbruck,
ist einer der bekanntesten Spezialisten für die Lösung
gesellschaftsrechtlicher Fragen und Autor zahlreicher
Publikationen im Gesellschafts- und Unternehmensrecht,
Fachvortragender sowie allgemein beideter und gerichtlich
zertifizierter Sachverständiger.

office@lindeverlag.at
www.lindeverlag.at

Linde