

Univ.-Doz. Dr. HANNIS F. HÜGEL, Rechtsanwalt, Mödling

Beratung durch Aufsichtsratsmitglieder

Beratung des Vorstands zählt zu den Pflichten des Aufsichtsrats. Beratung ist aber auch häufig Gegenstand von Verträgen zwischen der Gesellschaft und einem Aufsichtsratsmitglied. Der folgende Beitrag untersucht Inhalt und Grenzen der Beratungspflicht des Aufsichtsrats sowie Zulässigkeit und Anforderungen an den Inhalt von Beratungsverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern.

Inhaltsübersicht

1. *Das Problem*
2. *Notwendigkeit der Abgrenzung der Aufsichtsrats-tätigkeit von sonstigen Tätigkeiten für die Gesellschaft*
3. *Beratung durch den Aufsichtsrat*
4. *Abgrenzung von Beratungsleistungen außerhalb der Aufsichtsrats-tätigkeit*
 - a) *Grundsätzliche Zulässigkeit von Beratungsverträgen*
 - b) *Irrelevanz des Beratungsadressaten*
 - c) *Irrelevanz des zeitlichen Aufwandes*
 - d) *Maßgeblichkeit des Beratungsgegenstandes und der „Beratungstiefe“*
5. *Anforderungen an die Gestaltung des Beratungsvertrages*
 - a) *Umschreibung des Beratungsgegenstandes*
 - b) *Beratungsentgelt*
6. *Ergebnisse*

1. Das Problem

An die Mitglieder des Aufsichtsrats einer AG oder GmbH werden hohe Anforderungen gestellt. Nach – freilich nicht unbestrittener – Ansicht des OGH müssen sie den durchschnittlichen Kaufmann an Erfahrung und Wissen in geschäftlichen und finanziellen Dingen übertreffen und die Fähigkeit besitzen, schwierige rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhänge zu erkennen und ihre Auswirkungen auf die Gesellschaft zu beurteilen. Die Mitglieder des Aufsichtsrates eines Bankunternehmens müssen etwa in der Lage sein, die Besicherung der Kreditforderungen wirtschaftlich und rechtlich zu prüfen¹⁾.

Gefordert wird somit überdurchschnittliches Fachwissen. Kein Wunder, daß in den Aufsichtsräten zunehmend Angehörige jener Berufsgruppen anzutreffen sind, die Fachwissen entgeltlich zur Verfügung

stellen: Rechtsanwälte, Wirtschaftstreuhänder, Zivilingenieure, Finanz-, Versicherungs- und andere Berater. Oft ist die Berufung in den Aufsichtsrat die Folge langjähriger Beratung der Gesellschaft, die dabei gewonnene Vertrautheit mit den Besonderheiten des Unternehmens Garant fachkundiger Erfüllung der Aufsichtsratsaufgaben. Gelegentlich sind Ursache und Wirkung vertauscht: Langjährige Zusammenarbeit mit einem Aufsichtsratsmitglied ist für den Vorstand Anlaß, Beratungsleistungen des Aufsichtsratsmitgliedes in Anspruch zu nehmen.

Hier beginnt das Rechtsproblem: Gegenstand des Beratungsvertrages dürfen gewiß nicht solche Leistungen sein, die der Berater der Gesellschaft bereits aufgrund seiner Funktion als Aufsichtsratsmitglied schuldet. Doppelte Entlohnung – durch Beraterhonorar und Aufsichtsratsvergütung – ist unzulässig. Andererseits kann nicht zweifelhaft sein, daß die Erstellung von Gutachten zu rechtlichen Spezialfragen, die Durchführung einer Unternehmensbewertung oder die technische Beratung im Zusammenhang mit der Herstellung einer Industrieanlage nicht zur Aufsichtsrats-tätigkeit gehören. Nicht immer wird die Zuordnung einfach sein. Grenzziehung ist somit erforderlich. Doch selbst wenn der Beratungsvertrag nur solche Leistungen umfaßt, die zweifelsfrei nicht zu den Pflichten eines Aufsichtsratsmitgliedes gehören, besteht die Gefahr des Interessenkonflikts. Zumal bei namhaft honorierten Beratungsverträgen läuft das Aufsichtsratsmitglied in Gefahr, die – als Voraussetzung wirksamer Überwachung unerläßliche – Distanz zum Vorstand zu verlieren.

Gleichwohl sind Verträge zwischen der Gesellschaft und Aufsichtsratsmitgliedern über die Verrichtung von Dienstleistungen außerhalb der Aufsichtsrats-tätigkeit grundsätzlich zulässig.

Dies entspricht der einhelligen Ansicht zum AktG 1937²⁾, mit welchem das öAktG in den wesentlichen Bestimmungen noch übereinstimmt. Eine nähere Er-

¹⁾ Dem Aufsatz liegt ein Gutachten des Verfassers zugrunde. OGH 31. 5. 1977 EvBl 1978/4; zustimmend Frotz, ÖZW 1978, 48 f und GesRZ 1982, 103 f; Schiemer-Jabornegg-Strasser, AktG³ §§ 98, 99 Rz 33; kritisch Kastner-Doralt-Nowotny, Gesellschaftsrecht³ 262 FN 127.

²⁾ Schmidt-Meyer-Landrut in Großkommentar AktG² § 98 Anm 18 b; Schlegelberger-Quassowski, AktG³ § 98 Anm 4; Godin-Wilhelmi AktG² § 98 Anm 2 b; Baumbach-Hueck, AktG¹² § 98 Anm 1.

örterung dieser Frage, insbesondere der Abgrenzung gegenüber der (nicht gesondert vergütungsfähigen) Aufsichtsratsstätigkeit, findet sich freilich weder im älteren deutschen Schrifttum zum AktG 1937 noch in der österreichischen Fachliteratur³⁾.

Beachtung verdienen daher umso mehr Judikatur und Schrifttum zum deutschen Aktiengesetz 1965 (dAktG), wo die Problematik der Beratung durch Aufsichtsratsmitglieder in den letzten Jahren eingehend behandelt wird. Auch hier besteht indessen kein Zweifel an der grundsätzlichen Zulässigkeit von Dienst- oder Werkverträgen zwischen der AG und einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern. Seit dem dAktG 1965 sind solche Verträge in § 114 Abs 1 dAktG ausdrücklich erwähnt. Diese Regelung lautet:

„(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 Vertrages von der Zustimmung des Aufsichtsrats ab.

(2) Gewährt die Gesellschaft aufgrund 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. ...“

Selbst wenn keine Überschneidung mit den Pflichten als Aufsichtsrat vorliegt, hängt die Wirksamkeit des Beratungsvertrages somit von der Zustimmung des Aufsichtsrats ab. Anders als nach österreichischem Recht wird die Entscheidung über den Abschluß des Vertrages und damit insbesondere über die Höhe des Entgelts nicht allein dem Vorstand überlassen. Dadurch soll unsachlicher Beeinflussung von Aufsichtsratsmitgliedern durch den vertragsschließenden Vorstand vorgebeugt werden⁴⁾. Bei der Beratung des dAktG 1965 ging der Rechtsausschuß des Bundestages von der grundsätzlichen Zulässigkeit von Verträgen über eine außerhalb der Aufsichtsratsstätigkeit liegende Tätigkeit für die Gesellschaft aus⁵⁾. Dies bezieht sich auf die oben zitierte einhellige Ansicht zum AktG 1937.

2. Notwendigkeit der Abgrenzung der Aufsichtsratsstätigkeit von sonstigen Tätigkeiten für die Gesellschaft

Nach §§ 98 Abs 1 Satz 1 AktG, 31 Abs 1 Satz 1 GmbHG kann den Aufsichtsratsmitgliedern

„... für ihre Tätigkeit eine mit ihren Aufgaben und mit der Lage der Gesellschaft *in Einklang stehende* Vergütung gewährt werden.“

Diese Regelung enthält ein *Angemessenheitsgebot*. Ist die festgesetzte Vergütung unangemessen hoch, führt dies zwar nicht zur Nichtigkeit der Festsetzung; die Organe der Gesellschaft sind aber zur Herabsetzung verpflichtet, etwa im Wege der erleichterten Satzungsänderung gemäß §§ 98 Abs 1 Satz 2 AktG, 31 Abs 1 Satz 2 GmbHG⁶⁾. Auch eine Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses, mit welchem eine unangemessen hohe Vergütung festgesetzt wurde, ist möglich⁷⁾.

Überraschenderweise regeln die §§ 98 Abs 1 AktG, 31 Abs 1 GmbHG aber nicht, ob die Festsetzung der Vergütung im Gesellschaftsvertrag erfolgen muß oder (durch Satzungsermächtigung?) einem Gesellschaftsorgan – bejahendenfalls: welchem Organ? – überlassen werden kann. Indessen besteht Einigkeit im Schrifttum, daß die Festsetzung in der Satzung oder durch Gesellschafterbeschuß, keinesfalls aber durch den Vorstand oder den Aufsichtsrat selbst erfolgen kann⁸⁾.

Auch unter dem Blickwinkel der *Kompetenz zur Festsetzung der Vergütung* ist somit entscheidend, ob Tätigkeiten eines Aufsichtsratsmitglieds den Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrats zuzuordnen sind oder nicht. Denn: Im zuerst genannten Fall kann die Vergütung wirksam nur von der Hauptversammlung beschlossen werden. Im zuletzt genannten Fall handelt es sich hingegen um einen Vertrag, den der Vorstand zulässigerweise und wirksam im Rahmen seiner Vertretungsbefugnis (§§ 71 ff AktG, 18 GmbHG) abschließt.

In der BRD wurde die Kompetenzfrage im Jahre 1965 ausdrücklich geregelt: Die Festsetzung der Vergütung für die Aufsichtsratsstätigkeit kann gemäß § 113 Abs 1 Satz 2 dAktG in der Satzung oder durch die Hauptversammlung erfolgen. Diese Lösung wählt das Gesetz, weil die Festsetzung weder dem Aufsichtsrat noch dem Vorstand überlassen werden kann: Dem Aufsichtsrat muß die Entscheidung entzogen sein, weil die Festsetzung sonst auf ein Insichgeschäft hinausliefe⁹⁾, der Aufsichtsrat Gefahr liefe, zum „Selbstbedienungsladen“ zu verkommen¹⁰⁾. Dem Vorstand schließlich kann nicht die Kompetenz zur Bestimmung der Entlohnung gerade jenes Organs eingeräumt werden, das den Vorstand kontrollieren soll. Dies würde die Unabhängigkeit des Kontrollorgans gefährden¹¹⁾. Die Festsetzung in Satzung oder

³⁾ Die Zulässigkeit von Tätigkeiten für die Gesellschaft außerhalb der Aufsichtsratsaufgaben wird im Schrifttum nicht problematisiert. Soweit das Schrifttum eine gesonderte Honorierung von Leistungen, die außerhalb der Funktionsausübung liegen, annimmt, wird die Zulässigkeit derartiger Leistungen offenkundig vorausgesetzt: Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 302; Wunsch, GmbHG § 31 Rz 3.

⁴⁾ Bericht des Rechtsausschusses bei Kropff, AktG – Textausgabe (1965) S. 158; Vollmer-Maurer, Beratung durch Aufsichtsratsmitglieder oder Abschlußprüfer aufgrund von Zusatzaufträgen, BB 1993, 591, 592; Geßler-Hefermehl-Eckhardt-Kropff, AktG § 114 Rz 1.

⁵⁾ Vgl bei Kropff aaO.

⁶⁾ Vgl Schiemer-Jabornegg-Strasser, AktG² §§ 98, 99 Rz 23; Wunsch, GmbHG § 31 Rz 17, 39; weiters Krejci, Über unzulässige Aufsichtsratsvergütungen, eclex 1991, 776 ff.

⁷⁾ Schmidt-Meyer-Landrut in Großkommentar AktG² § 98 Anm 2; Koppensteiner, GmbHG § 31 Rz 5.

⁸⁾ Schiemer-Jabornegg-Strasser, AktG³ §§ 98, 99 Rz 18; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 302; Wunsch, GmbHG § 31 Rz 4 ff; Koppensteiner, GmbHG § 31 Rz 6.

⁹⁾ Mertens, FS Steindorff (1990) 174.

¹⁰⁾ Lutter-Kremer, ZGR 1992, 92.

¹¹⁾ Robert Fischer, BB 1967, 861; Mertens, FS Steindorff 174; Lutter-Kremer, ZGR 1992, 92; Vollmer-Maurer, BB 1993, 592; Beater, ZHR 157, 426.

durch Hauptversammlungsbeschluß sorgt schließlich für Offenlegung und ermöglicht – vor allem unter dem Blickwinkel des Angemessenheitsgebots – die Rechtmäßigkeitskontrolle durch Anfechtungsklage¹²⁾.

Verträge über Leistungen eines Aufsichtsratsmitgliedes *außerhalb seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat* sind nur innerhalb der Grenzen des (oben wörtlich zitierten) § 114 Abs 1 dAktG zulässig. Es muß sich um „Tätigkeiten höherer Art“ im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrages handeln. Die Wirksamkeit des Vertrages – somit auch der Entgeltsabrede – hängt von der Zustimmung des Aufsichtsrats ab. Ein Angemessenheitsgebot enthält das Gesetz für diesen Fall nicht.

Im deutschen Schrifttum besteht Einigkeit darüber, daß das für die Aufsichtsratsvergütung geltende Angemessenheitsgebot und die Festsetzungskompetenz von Satzung oder Hauptversammlung nicht umgangen werden dürfen. Andernfalls könnte Aufsichtsratsmitgliedern in Gestalt von Sonderverträgen ohne Wissen und Zustimmung der Hauptversammlung ein zusätzliches Entgelt eingeräumt werden¹³⁾. Dem ist der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) in zwei neueren Entscheidungen – unter dem fast einhelligen Beifall des Schrifttums – gefolgt¹⁴⁾. Methodisch zu treffend lösen sich *Vollmer-Maurer*¹⁵⁾ von der Beschränkung auf die Umgehungsproblematik: „Art und Umfang der Kontroll- und Beratungspflichten ergeben sich als Folge der Organstellung *allein aus dem Gesetz*. Sie können durch Vertrag weder eingeschränkt noch erweitert werden. Es fehlt insoweit an der *Vertragsdispositivität*. Entsprechende Verträge sind nichtig, und zwar sowohl was die Leistungs- als auch was die Vergütungsabrede anbelangt“. Daraus folgt ohne weiteres, daß Zusatzvergütungen für Tätigkeiten, die zu den Pflichten des Aufsichtsrates gehören, dem Angemessenheitsgebot und der Festsetzungskompetenz der Hauptversammlung unterliegen, selbst wenn die Zugehörigkeit zum Aufgabenbereich des Aufsichtsrats von den Parteien (bewußt oder unbewußt) durch Abschluß eines schuldrechtlichen (Beratungs-)Auftragsvertrages verdeckt wird.

Diese in der BRD durch Schrifttum und Judikatur entwickelten Grundsätze gelten auch für das österreichische Recht: Erbringt ein Aufsichtsratsmitglied Leistungen, die zu den Pflichten des Aufsichtsrats gehören, so unterliegt das dafür gewährte Entgelt dem Angemessenheitsgebot der §§ 98 Abs 1 AktG, 31 Abs 1 GmbHG. Die dem Aufsichtsratsmitglied im konkreten Fall zustehende Vergütung kann nur durch Satzungsbestimmung oder Hauptversammlungsbe-

schluß festgesetzt werden. Diese Grundsätze gelten auch für (schuldrechtliche) Beratungsverträge. Gehören darin festgelegte Beratungsleistungen zu den Pflichten des Aufsichtsrats, so wäre zumindest die Entgeltsabrede mangels Sanktionierung durch Satzungsbestimmung oder Hauptversammlungsbeschluß nichtig.

3. Beratung durch den Aufsichtsrat

Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung (durch den Vorstand) *zu überwachen* (§§ 95 Abs 1 AktG, 30j Abs 1 GmbHG). Auf den ersten Blick könnte man annehmen, daß Überwachung bloß „reaktives Verhalten“ beinhaltet, der Aufsichtsrat demgemäß nicht zu „aktiver Beratung“ verpflichtet sei. Dies wäre indessen ein Irrtum: Nach allgemeiner Auffassung bezieht sich die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats nicht nur auf abgeschlossene – in der Vergangenheit liegende – Maßnahmen der Geschäftsführung; vielmehr hat sich der Aufsichtsrat, muß er doch die Gesellschaft vor Schaden bewahren, mit *den laufenden und künftigen Maßnahmen* der Geschäftsführung zu befassen¹⁶⁾. Im österreichischen Recht wird dies aufgrund des Katalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte in den §§ 95 Abs 5 AktG, 30j Abs 5 GmbHG deutlich. Dieser umfaßt naturgemäß *künftige* Maßnahmen der Geschäftsführung. Durch den zwingenden Zustimmungsvorbehalt wird hier gerade die ex ante-Überwachung sichergestellt. Auch in diesem Bereich genügt der Aufsichtsrat indessen seiner Überwachungsverpflichtung nicht, wenn er bloß die Argumente des Vorstands anhört und danach zustimmt oder ablehnt. Sachgemäße Entscheidung setzt vielmehr eine interaktive Erörterung des Komplexes mit dem Vorstand voraus, in deren Verlauf Meinungen und Argumente auszutauschen sind. Zumal der Vorstand vom Aufsichtsrat fachkundige Stellungnahmen erwarten kann und darf, sind die in diesen Diskurs vom Aufsichtsrat einzubringenden Beiträge nichts anderes als „Beratung“¹⁷⁾. Es liegt auf der Hand, daß die Überwachungsverpflichtung außerhalb des Bereichs zustimmungspflichtiger Geschäfte nicht anders strukturiert ist. Die Statuierung genehmigungspflichtiger Geschäfte in den §§ 95 Abs 5 AktG, 30j Abs 5 GmbHG hat nicht den Zweck, eine intensivere Befassung unter Einbeziehung einer sonst vom Aufsichtsrat nicht geschuldeten Beratung anzuordnen, sondern will bei gewichtigen Maßnahmen schlicht und einfach die Umgehung des Aufsichtsrates, der sonst vom Vorstand vor „vollendete Tatsachen“ gestellt werden könnte, verhindern. Beratung

¹²⁾ Lutter-Kremer, ZGR 1992, 92.

¹³⁾ Schlaus, Verträge mit Aufsichtsratsmitglieder gemäß § 114 AktG, AG 1968, 376; Geßler-Hefermehl-Eckhardt-Kropff, § 114 AktG Rz 9; Mertens, FS Steindorff (1990) 173, 175.

¹⁴⁾ BGH 25. 3. 1991 BGHZ 114, 127 = DB 1991, 1212 Anm Theisen = AG 1991, 312 Anm Wolf = EWiR § 114 AktG 1/91, 525 Anm Semler = WuB II A § 114 AktG 1.91 Anm Werner; dazu weiters Lutter-Kremer, ZGR 1992, 87 ff; Rellermeier, ZGR 1993, 85 ff; eingehend Vollmer-Maurer, BB 1993, 591; neuerdings BGH 4. 7. 1994, NJW 1994, 2484 = DB 1994, 1666.

¹⁵⁾ BB 1993, 592.

¹⁶⁾ Mertens, FS Steindorff 176; Semler, Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats (1980) 97 ff; Frerk, AG 1995, 212; Boujong, AG 1995, 203 ff; Scheffler, AG 1995, 208; Beater, ZHR 157, 420 ff; zu eng Schiemer-Jabornegg-Strasser, AktG² §§ 95–97 Rz 7: „... in der Regel immer nur eine zeitverschobene, das heißt „nachhinkende“ Kontrolle...“.

¹⁷⁾ So ausdrücklich Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat² (1984) 6; Frerk, AG 1995, 212; ähnlich Semler, Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats (1989) 94 ff; zustimmend Mertens, AG 1980, 68 sowie derselbe, FS Steindorff 176.

ist somit stets untrennbar Bestandteil der Aufsichtsratspflichten.

Dies entspricht denn auch der im Schrifttum fast einhellig vertretenen Ansicht¹⁸⁾. Dem ist der BGH in seinen beiden zitierten Entscheidungen vom 25. 3. 1991 und 4. 7. 1994 gefolgt¹⁹⁾. Zurecht wurde schließlich bemerkt, daß Berufserfahrung und Sachverstand im besonderen Maße für die Funktion als Aufsichtsrat qualifizieren. Finanzsachverständige, Marketingexperten, Rationalisierungsfachleute, Rechtsanwälte, Professoren, Wirtschaftsprüfer und Techniker werden in aller Regel gerade deshalb in Aufsichtsräte gewählt, um dem Unternehmen ihre Expertise zur Verfügung zu stellen²⁰⁾.

4. Abgrenzung von Beratungsleistungen außerhalb der Aufsichtsratsstätigkeit

a) Grundsätzliche Zulässigkeit von Beratungsverträgen

Besteht somit weitgehend Einigkeit, daß zur Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats jedenfalls auch Beratungsleistungen gehören, so behauptet andererseits niemand, daß dies jegliche erdenkliche Beratung umfaßt. Mit anderen Worten: Es existieren Beratungsbereiche, die nicht zur Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats gehören. Hier ist das Aufsichtsratsmitglied zur Beratung „außerhalb seiner Aufsichtsratsfunktion“ – und damit zum Abschluß schuldrechtlicher Beratungsverträge, die weder der Angemessenheitskontrolle der §§ 98 Abs 1 AktG, 31 Abs 1 GmbHG noch der Festsetzungskompetenz durch Satzung oder Generalversammlung unterliegen – berechtigt. Unrichtig wäre die Annahme, aus der Aufsichtsratsfunktion folge ein generelles Verbot der Beratung außerhalb der Aufsichtsratsfunktion. Dies wäre auch wenig sachgerecht. Es wird oft zur Steigerung von Qualität und Effizienz der Beratungsleistung beitragen, daß die Beratung durch einen Experten erfolgt, der – etwa aufgrund seiner Funktion im Aufsichtsrat – mit den Aktivitäten, Produkten, Kunden und Märkten des Unternehmens eng vertraut ist²¹⁾.

Wie die Abgrenzung zwischen diesen unterschiedlichen Bereichen zuzuzählenden Beratungsleistungen vorzunehmen ist, war einige Zeit umstritten. Nunmehr kann die Frage als geklärt betrachtet werden:

b) Irrelevanz des Beratungsadressaten

Geßler hat stets dann das Vorliegen einer außerorganmäßigen Beratung angenommen, wenn diese auf einem *Auftrag des Vorstandes* beruht. Dann liege

keine Beratung oder Untersuchung innerhalb der Aufsichtsratsstätigkeit vor. Beratungsadressat sei in solchen Fällen die Gesellschaft.

Dem ist zunächst das Schrifttum²²⁾ und ihm folgend der BGH²³⁾ entgegengetreten. Entscheidend ist, ob die fraglichen Beratungsleistungen zu den Organpflichten gehören. Ist dies der Fall, können sie nicht Gegenstand eines schuldrechtlichen Beratungsvertrages sein, denn die Zuordnung zu den Organpflichten erfolgt kraft zwingenden Rechts. Auf das „rein formale Kriterium“ des Vorliegens eines besonderen Beratervertrages kommt es nicht an²⁴⁾.

c) Irrelevanz des zeitlichen Aufwands

Nicht entscheidend ist schließlich, ob die übernommene Beratungstätigkeit einen über den normalen Rahmen hinausgehenden Einsatz des Aufsichtsratsmitglieds erfordert. Zutreffend wird darauf verwiesen, daß dem Gesetz kein zeitlicher Rahmen entnommen werden kann, innerhalb dessen die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats (erschöpfend) erfüllt wird. Der Umfang der geschuldeten Überwachungstätigkeit kann – je nach der Art des Unternehmens und der Situation der Gesellschaft – durchaus unterschiedlich sein. Vor allem in einer Krise des Unternehmens besteht erhöhter Bedarf nach Überwachung des Vorstandes, zumal die Situation des Unternehmens gerade dann Zweifel an der Sachkunde und Sorgfalt der Geschäftsführung wecken muß. Eine Sondervergütung kann in solchen Fällen nicht verlangt werden. Die besondere Arbeitsintensität von Beratungsleistungen allein führt nicht dazu, daß Beratungsleistungen von vornherein aus dem Kreis der Organpflichten ausgeschlossen werden können²⁵⁾.

d) Maßgeblichkeit des Beratungsgegenstandes und der „Beratungstiefe“

Wie dargelegt, ist die Beratungspflicht des Aufsichtsrats organischer Bestandteil der Überwachungsaufgabe. Diese wiederum bezieht sich auf „die Geschäftsführung“ (§§ 95 Abs 1 AktG, 30j Abs 1 GmbHG). Die Kontrolle beschränkt sich nicht auf eine Rechtmäßigkeitsprüfung, sondern muß auch die Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung einbeziehen. Gerade dies kann aber ein bloß passiv agierender Aufsichtsrat nicht leisten; nur interaktive Erörterung – eben Beratung – gewährleistet effektive Kontrolle.

Dennoch liegt auf der Hand, daß nicht jegliche Beratungstätigkeit – insbesondere solche, die üblicherweise bei spezialisierten Beratern nachgefragt wird – vom Aufsichtsrat geschuldet ist. Intensive Beratung, insbesondere im Zusammenhang mit Einzelprojekten,

¹⁸⁾ *Geßler-Hefermehl-Eckhardt-Kropff*, AktG § 111 Rz 36; *Hüffer*, AktG² § 111 Rz 5; *Lutter-Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats³ § 2 Rz 30; *Frotz*, ÖZW 1978, 48; *Wünsch*, GmbHG § 30j Rz 9; *Koppensteiner*, GmbHG § 30j Rz 4.

¹⁹⁾ Vgl die obigen Zitate; prinzipielle Kritik nur bei *Theisen*, DB 1991, 1215 f und AG 1995, 199 f; gegen den Umfang der vom BGH der Aufsichtsratsstätigkeit zugeordneten Beratungsleistungen *Hoffmann-Kirchhoff*, WPg 1991, 594 f.

²⁰⁾ *Hoffmann-Kirchhoff*, WPg 1991, 594.

²¹⁾ So auch *Vollmer-Maurer*, BB 1993, 591.

²²⁾ *Mertens*, FS Steindorff 181 FN 9.

²³⁾ BGHZ 114, 127, 131.

²⁴⁾ *Lutter-Kremer*, ZGR 1992, 93 f im Anschluß an die BGHE vom 25. 3. 1991; vgl auch *Werner*, WuB II A. § 114 AktG 1.91; *Hoffmann-Kirchhoff*, WPg 1991, 594.

²⁵⁾ Grundlegend *Robert Fischer*, BB 1967, 859 f; zustimmend *Mertens*, FS Steindorff 176 ff; ihnen folgend BGH 25. 3. 1991; ebenso *Hoffmann-Kirchhoff*, WPg 1991, 594; *Lutter-Kremer*, ZGR 1992, 94; *Beater*, ZHR 157, 422.

kann der Aufsichtsrat schon aufgrund der bloß nebenberuflichen Erfüllung der Organpflichten nicht leisten. So wurde zutreffend darauf hingewiesen, daß „detaillierte technische Planung und Überwachung der Investitionen“ nicht zu den Aufgaben des Aufsichtsrats zählt²⁶⁾. Demgemäß hat der BGH entschieden, daß Beratung in „Fragen eines besonderen Fachgebietes“ nicht zur Überwachungsfunktion des Aufsichtsrates gehört²⁷⁾. An diesem Kriterium wurde freilich beanstandet, daß es „zu allgemein und deshalb für die Praxis nicht geeignet“ sei²⁸⁾. Wichtig ist daher die weitere Aussage des BGH, wonach sich die Überwachungspflichten des Aufsichtsrats auf „übergeordnete Fragen der Unternehmenspolitik“ beziehen²⁹⁾.

Diese Eingrenzung der Überwachungspflichten und somit auch der Beratungspflichten folgt ohne weiteres aus dem Überwachungsgegenstand. Der Aufsichtsrat hat „die Geschäftsführung“ zu überwachen (§§ 95 Abs 1 AktG, 30j Abs 1 GmbHG). Anders als im Kontext des § 112 HGB ist darunter nicht jegliche auf die Verwirklichung des Gesellschaftszwecks gerichtete Tätigkeit³⁰⁾ zu verstehen. Wie sich insbesondere aus den §§ 70 Abs 1 AktG, 76 Abs 1 dAktG ergibt, umfaßt die Geschäftsführung durch den Vorstand die *Leitung der Gesellschaft*. Als unternehmerische Führungsfunktionen gehören dazu die *Unternehmensplanung*, die *Unternehmenskoordinierung* und die *Unternehmenskontrolle*. Sachlich umfaßt dies naturgemäß alle Unternehmensbereiche, somit Produktion, Einkauf, Verkauf, Investitionen, Forschung und Entwicklung, Finanzierung, Personal, Administration. Die vom BGH angesprochenen „übergeordneten Fragen der Unternehmenspolitik“ betreffen gewissermaßen die „obere Schicht“ der Planung, Koordinierung und Kontrolle aller Unternehmensbereiche. Zwar müssen auch Detailabläufe geplant werden, das Tagesgeschäft, wie etwa der Rohstoffbezug, der Außendienst und die Produktionsabläufe, koordiniert und kontrolliert werden. Dies zählt aber nicht zur Unternehmenspolitik. Diese besteht vielmehr aus generellen Zielsetzungen und Grundsätzen, die optimale Einzelentscheidungen vorzeichnen und derart erleichtern sollen. Unternehmenspolitik ist langfristig orientiert und wird demgemäß oft mit strategischer Unternehmensführung gleichgesetzt. Als Instrumente der unternehmenspolitischen Zielformulierung und Zielerreichung dienen Unternehmensplanung, Koordinierung (Organisation) und Kontrolle³¹⁾.

²⁶⁾ *Schlaus*, AG 1968, 376.

²⁷⁾ BGH 25. 3. 1991, BGHZ 114, 127, 132; vgl auch *Boujong*, AG 1995, 204.

²⁸⁾ *Hoffmann-Kirchhoff*, WPg 1991, 594.

²⁹⁾ BGHZ 114, 132; zustimmend *Lutter-Kremer*, ZGR 1992, 97; *Rellermeyer*, ZGR 1993, 85; *Boujong*, AG 1995, 204; ebenso BGH 4. 7. 1994, DB 1994, 1666, 1667.

³⁰⁾ *Hueck*, Das Recht der Offenen Handelsgesellschaft⁴ (1971) 115; *Hämmerle-Wünsch*, Handelsrecht⁴ II 158; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht² § 47 V 1.

³¹⁾ Vgl etwa *Busse von Colbe-Perlitz*, Unternehmenspolitik, in: Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft (1988) Band 8, 145 ff; *Müller-Stewens*, Unternehmenspolitik, in: *Gabler*, Wirtschaftslexikon¹² II 2149 ff.

Gegenstand der Überwachung durch den Aufsichtsrat ist die Leitung der Gesellschaft durch den Vorstand. Dazu zählen

- zunächst und vorrangig die unternehmenspolitischen Entscheidungen,
- weiters aber auch einzelne Maßnahmen und Geschäfte, die aufgrund ihrer Art oder ihres Umfangs die Vermögens-, Ertrags- oder Finanzlage des Unternehmens erheblich beeinflussen³²⁾.

Diese das Überwachungsfeld kennzeichnende Gemengelage aus unternehmenspolitischen Zielsetzungen und ins Gewicht fallenden Einzelmaßnahmen prägt auch die Zustimmungskataloge der §§ 95 Abs 5 AktG, 30j Abs 5 GmbHG. Die in Z 8 erwähnten „allgemeinen Grundsätze der Geschäftspolitik“ sind identisch mit „Unternehmenspolitik“ im beschriebenen Sinne. Dazu zählen aber auch die in den Z 1, 3, 4 und 7 angesprochenen weitreichenden Investitions-, Desinvestitions- und Produktionsentscheidungen. Obwohl ohne unternehmenspolitischen Bezug unterliegen wegen ihrer typischerweise erheblichen finanziellen Bedeutung die in den Z 2, 5 und 6 genannten Maßnahmen der Zustimmung des Aufsichtsrats. Der Unternehmenspolitik sind aber wiederum jene Umgründungsmaßnahmen zuzuordnen, die seit dem EU-GesRÄG der Prüfung und Berichterstattung durch den Aufsichtsrat unterliegen (§§ 220c AktG iVm 96 Abs 2, 100 Abs 1 Satz 2 GmbHG, 2 Abs 3, 5 Abs 5 UmwG, 6 SpaltG).

Das Schwergewicht der Überwachungstätigkeit liegt im Bereich der Führungsfunktionen des Vorstands, somit im Bereich der Unternehmenspolitik³³⁾. Ohne besondere Anhaltspunkte oder Besorgnisgründe, die eine tiefergehende Kontroll- und Nachforschungstätigkeit des Aufsichtsrates auslösen können³⁴⁾, muß sich der Aufsichtsrat hingegen nicht mit Einzelheiten des laufenden Geschäftes³⁵⁾ befassen. Die Tätigkeit von Angestellten hat der Aufsichtsrat nur dann zu überwachen, wenn sie mit Führungsentscheidungen oder ins Gewicht fallenden Einzelmaßnahmen befaßt sind³⁶⁾. Sonst ist die Überwachung von Angestellten Angelegenheit des Vorstands. Zum Kontrollfeld des Aufsichtsrats zählen nicht das Tagesgeschäft, insbesondere nicht Maßnahmen des operativen Bereichs³⁷⁾. „Durchführungshandlungen“ muß der Aufsichtsrat nicht überwachen³⁸⁾.

³²⁾ So auch *Lutter-Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats³, 36 f.

³³⁾ Vgl mit Unterschieden im Detail *Semler*, Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats 1 ff, 21; *Lutter-Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats³ 35 ff; *Geßler-Hefermehl-Eckhardt-Kropff*, AktG § 111 Rz 12; *Hüffer*, AktG² § 76 Rz 7 f und § 111 Rz 2 f; *Semler*, EWIR § 114 AktG 1/91, 526.

³⁴⁾ Dazu eingehend *Semler*, Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats 88 ff.

³⁵⁾ *Geßler-Hefermehl-Eckhardt-Kropff*, AktG § 111 Rz 12 f; *Mertens* in *Kölner Komm*¹ § 111 Rz 28.

³⁶⁾ So die wohl überwiegende Meinung in der BRD: vgl etwa *Hüffer*, AktG² § 111 Rz 3 mwN. Ähnlich *Schiemer-Jabornegg-Strasser*, AktG³, §§ 95-97 Rz 8. AA *Semler*, Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats 22 ff; *Lutter-Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats³ 37.

³⁷⁾ *Lutter-Kremer*, ZGR 1992, 96; *Hoffmann-Kirchhoff*, WPg 1991, 594; *Boujong*, AG 1995, 204 f.

³⁸⁾ *Hoffmann-Kirchhoff*, WPg 1991, 595.

Für die Abgrenzung zwischen Beratungsleistungen, die zu den Aufsichtsratspflichten gehören, und solchen, die Gegenstand schuldrechtlicher Beratungsverträge sein können, ist somit zunächst die Unterscheidung zwischen den – der Aufsichtsratskontrolle unterliegenden – Leitungsmaßnahmen des Vorstands und dem grundsätzlich kontrollfreien operativen Geschäft maßgeblich. Entsprechend der vom BGH und dem deutschen Schrifttum vertretenen Meinung zählt somit Beratung in Fragen der Unternehmenspolitik zum Aufgabenbereich des Aufsichtsrats. Gleiches gilt bei mit ins Gewicht fallenden Einzelentscheidungen, die zwar nicht zur strategischen Unternehmensplanung gehören, wegen ihrer Auswirkungen auf die Lage des Unternehmens aber dennoch der Aufsichtsratskontrolle unterliegen. Hingegen zählt Beratung in Fragen des Tagesgeschäftes, im operativen Bereich, nicht zu den Aufsichtsratspflichten. Illustrative Beispiele sind die Beratung im Zusammenhang mit Gewährleistungsansprüchen, bei der Inanspruchnahme steuerlicher Investitionsbegünstigungen sowie technische Beratungs- und Planungsleistungen für konkrete Projekte der Gesellschaft oder bei der Organisation der EDV.

Aber selbst wenn sich die Beratung auf die Leitung der Gesellschaft, auf die unternehmerischen Führungsfunktionen, bezieht, erfolgt dies nicht stets in Erfüllung der Pflichten als Aufsichtsratsmitglied. Maßgeblich kommt es hier auf Ausmaß und Intensität der angestrebten Beratung – auf die „Beratungstiefe“ – an³⁹⁾. Je allgemeiner und abstrakter die Beratung, desto eher ist sie der Aufgabe des Aufsichtsrats zuzuordnen; bereichsspezifische Beratungsverträge zu konkreten Aufgabenstellungen, vor allem aber Ad hoc-Beratungsverträge, können hingegen bedenkenfrei auf schuldrechtlicher Basis abgeschlossen werden⁴⁰⁾. Praktikabel ist jenes Abgrenzungskriterium, das darauf abstellt, ob die fraglichen Leistungen üblicherweise bei außenstehenden Beratern nachgefragt werden. Ist dies der Fall, so wird Beratung nicht bloß deswegen zur Organpflicht, weil der Vorstand ein Aufsichtsratsmitglied betraut⁴¹⁾. Erfordert die spezifische „Beratungstiefe“ die Beauftragung eines spezialisierten Beraters, führt selbst eine Tätigkeit, die den Bereichen der Unternehmensplanung oder Unternehmenspolitik zuzuordnen ist, zu keiner Überschneidung mit den Organpflichten des Aufsichtsrats. Sind etwa umfangreiche Forschungen und Beratungen zur Weiterentwicklung von Produkten erforderlich, so handelt es sich, obwohl dies den Bereich der Unternehmensplanung und Unternehmenspolitik durchaus betreffen kann, nicht um Aufgaben des Aufsichtsrats.

Maßgeblich sind somit

- sowohl die *Art der unternehmerischen Entscheidung*, von der abhängt, ob sie Gegenstand

der Leitungsaufgabe des Vorstands und – als Konsequenz – der Überwachung durch den Aufsichtsrat ist,

- als auch die *Intensität der Beratung* – die „Beratungstiefe“.

Handelt es sich weder um Fragen der Unternehmenspolitik noch um Einzelmaßnahmen von erheblichem Einfluß auf die Lage des Unternehmens, zählt die Beratung von vornherein nicht zu den Aufgaben des Aufsichtsrats. Der Aufsichtsrat ist aber selbst zur Beratung grundsätzlicher Fragen nicht zuständig, wenn die „Beratungstiefe“ derart intensiv ist, daß die konkreten Leistungen üblicherweise bei externen Beratern nachgefragt werden.

Diese Grundsätze sollen anhand von Beispielen illustriert werden:

Zum Bereich der *Unternehmenspolitik* zählen etwa Entscheidungen über die Entwicklung neuer Produkte, die Erschließung neuer sachlicher und räumlicher Märkte, Vertriebswege, Vertriebsformen, die Wahl der Finanzierung, etwa ein Börsengang, Kauf und Verkauf von Betrieben oder die Durchführung von Umgründungen. Auch wenn derartige Entscheidungen bei Tochtergesellschaften zu treffen sind, kann dies die Kontrollpflicht, im Einzelfall auch die Beratungspflicht des Aufsichtsrats der Konzernobergesellschaft auslösen. Dies gilt unstrittig für die Überwachung der Beteiligungsverwaltung durch den Vorstand der Konzernobergesellschaft, ferner aber auch dann, wenn der Vorstand im Wege seiner Leitungsmacht, die auf verbandsrechtlicher Weisungsbefugnis (§ 20 GmbHG) oder auf einem Beherrschungsvertrag⁴²⁾ beruhen kann, Einfluß auf die Geschäftsführung von Tochtergesellschaften ausübt⁴³⁾. Ob Beratung im Zusammenhang mit diesen Entscheidungen zu den Aufsichtsratspflichten gehört oder Gegenstand eines Beratungsvertrages sein kann, hängt von der „Beratungstiefe“ ab. So hat ein Techniker im Rahmen seiner Aufsichtsrats-tätigkeit sein Wissen um Vor- und Nachteile konkurrierender Produkttechnologien oder von Fertigungsmethoden zur Verfügung zu stellen, nicht aber technische Untersuchungen, Messungen, Neuheitsrecherchen durchzuführen oder gar Forschungs- und Entwicklungsarbeit zu leisten. Rechtsberater im Aufsichtsrat werden mit dem Vorstand die Risiken einer beabsichtigten Unternehmensübernahme, die Notwendigkeit einer Due Diligence-Prüfung sowie die Absicherung durch Gewährleistungsbestimmungen erörtern; sie

⁴²⁾ Für die Zulässigkeit des (konzernrechtlichen) Beherrschungsvertrages im österreichischen Recht insbesondere *Nowotny* in *Straube*, HGB § 244 Rz 38 ff; wohl auch *Kastner-Doralt-Nowotny*, Gesellschaftsrecht³, 415 f; *Koppensteiner*, FS Ostheim 406 f; ablehnend demgegenüber *Vanis*, GesRZ 1987, 132; *derselbe*, Beherrschung von Kapitalgesellschaften (1991); *Schiemer-Jabornegg-Strasser*, AktG³, § 15 Rz 17. Rechtspolitisch vgl insbesondere *Krejci*, Partnerschaft, Verein, Konzern, Gutachten für den 10. ÖJT (1988), Band I, 1. Teil 321 ff sowie *Peter Doralt*, aaO Band II/1, 12 f.

³⁹⁾ So ausdrücklich BGH 4. 7. 1994, DB 1994, 1667 im Anschluß an *Lutter-Kremer*, ZGR 1992, 108.

⁴⁰⁾ Vgl *Mertens*, FS Steindorff, 180 ff.

⁴¹⁾ *Hoffmann-Kirchhoff*, WPg 1991, 595; *Semler*, EWIR § 114 AktG 1/91, 526: „... alles, was nicht der Vorstand tut, sondern von einem Berater tun läßt“.

⁴³⁾ Zum Meinungsstand vgl *Lutter-Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats³ § 2 Rz 44 ff; *Semler*, Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats (1980) 103 ff; *Hommelhoff*, AG 1995, 225; *Koppensteiner* in *Köln*er Komm² Vorb § 291 AktG Rz 31 jeweils mwN.

sind aber weder zur Durchführung der Due Diligence-Prüfung und zur Errichtung des Unternehmenskaufvertrages noch zur „Überbegutachtung“ dieser von externen Beratern durchgeführten Tätigkeiten verpflichtet. Rechts- und Finanzberater werden mit dem Vorstand die Wahl des Börseplatzes, die Entscheidung über die zu beauftragende Investmentbank, die Art des zu emittierenden Wertpapiers und Eckpunkte der Emissionsbedingungen erörtern. Es zählt aber nicht zu ihren Pflichten, die Emissionsbedingungen im einzelnen zu entwerfen oder eine Unternehmensbewertung zur Bestimmung des Emissionskurses durchzuführen⁴⁴). Ein Wirtschaftsprüfer hat im Aufsichtsrat zwar Maßnahmen der Bilanzpolitik zu erörtern, nicht aber die steuerrechtliche Anerkennung einzelner Bilanzpositionen zu untersuchen⁴⁵).

Das Abgrenzungskriterium der Beratungstiefe läßt sich anhand der gesetzlichen Wertungen, die der Regelung der Überwachung durch den Aufsichtsrat zugrundeliegen, wie folgt konkretisieren: Überwachung und Beratung sind Pflichten des Aufsichtsrates als Gesamtorgan. Diese finden schweremwichtig in Aufsichtsratssitzungen oder in Ausschüssen statt. Auch wenn Aufsichtsratsmitglieder – zumal beim Vorliegen von Besorgnisgründen – auch außerhalb von Aufsichtsratssitzungen initiativ werden müssen, insbesondere durch die Anforderung von Vorstandsberichten (§§ 95 Abs 2 AktG, 30j Abs 2 GmbHG) und die Vornahme von Einsichtsmaßnahmen und Prüfungen (§§ 95 Abs 3 AktG, 30j Abs 3 GmbHG), ist jedenfalls die Beratungspflicht auf Erörterung im Rahmen von Aufsichtsratssitzungen, gegebenenfalls in Ausschusssitzungen, beschränkt. Gegenstand der Beratungspflicht des Aufsichtsrats ist somit schweremwichtig (verbale) Erörterung im Kollegium, gemeinsam mit dem Vorstand. Derartige Beratung verlangt selbstverständlich die Einbringung *präsent* Know-hows. Die Anstellung von Recherchen, Untersuchungen, Befundaufnahmen oder die Erstellung von Gutachten zählt nicht zu diesen Pflichten. Typischerweise werden derartige, in die Tiefe gehenden Expertisen denn auch bei externen Beratern eingeholt. Zur Abgrenzung eignet sich daher besonders der Drittvergleich: Erfordert die Komplexität des Beratungsgegenstandes regelmäßig die Beiziehung fachkundiger Berater, so wird die Beratungspflicht des Aufsichtsrates nicht deswegen auf den fraglichen Beratungsgegenstand ausgedehnt, weil dem Aufsichtsrat gerade ein ausreichend spezialisiertes Mitglied angehört. Umfangreiche – außerhalb von Aufsichtsratssitzungen zu erbringende – Leistungen stehen im übrigen zu dem grundsätzlich *nebenberuflichen* Charakter der Aufsichtsratsratstätigkeit im Widerspruch⁴⁶).

⁴⁴) Dazu vgl auch *Lutter-Kremer*, ZGR 1992, 96.

⁴⁵) *Hoffmann-Kirchhoff*, WPg 1991, 594.

⁴⁶) Zutreffend weist *Martens*, FS Fleck 199 auf die „begrenzte Kontrollkapazität“ des Aufsichtsrats hin. Einerseits ergebe sich aus dem Gesetz, daß die Kontrolltätigkeit typischerweise innerhalb eines geringen zeitlichen Rahmens zu entfalten sei (§ 110 Abs 3 dAktG: in der Regel vierteljährliche, mindestens halbjährliche Aufsichtsratssitzungen; § 94 Abs 3 AktG: mindestens drei Aufsichtsratssitzungen im Geschäftsjahr). Andererseits fehle dem Aufsichtsrat typischer-

weise der organisatorische Unterbau. Zum nebenberuflichen Charakter der Aufsichtsratsratstätigkeit vgl auch *Kastner-Doralt-Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 262 FN 127 mwN.

⁴⁷) Vgl BGH 4. 7. 1994, DB 1994, 1667; *Lutter-Kremer*, ZGR 1992, 97; ansatzweise bereits *Mertens*, FS Steindorff 182.

5. Anforderungen an die Gestaltung des Beratungsvertrages

a) Umschreibung des Beratungsgegenstandes

Ob eine nicht zu den Organaufgaben gehörende Beratungstätigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds vorliegt, unterliegt zunächst der pflichtgemäßen *Entscheidung durch den Vorstand*, der den Beratungsauftrag erteilt. Als Akt der Geschäftsführung ist die Auftragsvergabe Gegenstand der *Überwachung durch den Gesamtaufichtsrat*. Auf sie kann sich auch ein *Auskunftsverlangen von Aktionären* gemäß § 112 AktG beziehen.

Um die Beurteilung der Zulässigkeit des Beratungsauftrages durch die genannten Organe zu ermöglichen, müssen die entscheidenden Kriterien hinreichend klar dokumentiert werden. Dies erfordert eine detaillierte Umschreibung des Beratungsgegenstandes (zB Entwicklung eines Produkts, Überprüfung einer Konstruktion) und des Beratungsziels⁴⁷) (zB Entwicklung zur Serienreife, statische Überprüfung). Dies ermöglicht in aller Regel die Beurteilung der „Beratungstiefe“, die über die Zulässigkeit des Beratungsvertrages entscheidet. Ist der Gegenstand der Beratung hingegen nicht klar definiert, besteht die Gefahr, daß im Rahmen der Organfunktion geschuldeten Beratungsleistungen gesondert entgolten werden.

b) Beratungsentgelt

Mangels einer zu den Aufsichtsratspflichten gehörenden Tätigkeit ist das Angemessenheitsgebot der §§ 98 Abs 1 AktG, 31 Abs 1 GmbHG nicht anwendbar. Freilich hat der Vorstand aufgrund seiner Verpflichtung, die Geschäfte der Gesellschaft mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (Geschäftsmannes) zu führen (§§ 84 Abs 1 AktG, 25 Abs 1 GmbHG), darauf zu achten, daß auch die gegenständlichen Beratungsverträge zu marktüblichen Bedingungen abgeschlossen werden. Wie bei allen Geschäften muß der Vorstand besorgt sein, daß Leistungen und Gegenleistungen ausgewogen sind und die Gesellschaft durch unangemessen hohe Vergütungen keinen Schaden nimmt. Dies gilt auch für die Inanspruchnahme von Beratungsleistungen. Verstärkte Aufmerksamkeit ist schließlich deswegen am Platze, weil eine unangemessen hohe Vergütung den Anschein erwecken könnte, der Vorstand habe durch ihre Gewährung auf eine wohlwollende

weise der organisatorische Unterbau. Zum nebenberuflichen Charakter der Aufsichtsratsratstätigkeit vgl auch *Kastner-Doralt-Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 262 FN 127 mwN.

⁴⁷) Vgl BGH 4. 7. 1994, DB 1994, 1667; *Lutter-Kremer*, ZGR 1992, 97; ansatzweise bereits *Mertens*, FS Steindorff 182.

Beurteilung im Rahmen der Überwachung durch das Aufsichtsratsmitglied hinwirken wollen.

Schließlich muß die Entgeltsabrede überprüfbar gefaßt sein. Ist das Entgelt im Vergleich mit marktüblichen Bedingungen unangemessen hoch, liegt häufig eine verdeckte Zuwendung an den Aufsichtsrat vor. Wird nicht eine Pauschalvergütung vereinbart, sind an die Leistungsnachweise (zB Stundenaufzeichnungen) hohe Anforderungen zu stellen. Wird keine Pauschalvergütung vereinbart, weil das Ausmaß der Leistungen von vornherein nicht hinreichend genau bestimmt werden kann, ist doch darauf zu achten, daß der Berater den Leistungsumfang nicht weitgehend frei bestimmen kann. Manchmal mag die Vereinbarung von Zwischenberichten oder Zwischenabrechnungen sinnvoll sein.

Um die Überprüfung von Beratungsgegenstand, Beratungstiefe und Angemessenheit der Entgeltsabrede zu ermöglichen, ist es regelmäßig erforderlich, den Beratungsvertrag *schriftlich* niederzulegen. Abweichendes gilt, wenn der Umfang der Beratungsleistungen aufgrund der Natur des Beratungsgegenstandes klar abgegrenzt ist (zB Vertretung in einem Prozeß, Verfassung einer Steuererklärung) und/oder allgemeine Entlohnungsvorschriften (zB RATG, GOA) zur Anwendung gelangen.

6. Ergebnisse

1. Der Aufsichtsrat hat den Vorstand bei der Leitung der Gesellschaft zu überwachen. Dies umfaßt die

Unternehmenspolitik sowie Maßnahmen und Geschäfte, die von erheblichem Einfluß auf die Vermögens-, Ertrags- oder Finanzlage des Unternehmens sind. Anhaltspunkte geben die Genehmigungskataloge der §§ 95 Abs 5 AktG, 30j Abs 5 GmbHG sowie die Prüfungs- und Berichtspflichten des Aufsichtsrats bei Umgründungen (§§ 220c AktG iVm 96 Abs 2, 100 Abs 1 Satz 2 GmbHG, 2 Abs 3, 5 Abs 5 UmwG, 6 SpaltG).

2. Bei der Überwachung dieser Vorstandstätigkeiten hat der Aufsichtsrat den Vorstand zu beraten. Diese Tätigkeit wird durch die Aufsichtsratsvergütung entgolten. Die Honorierung aufgrund gesonderter Beratungsverträge ist insoweit unzulässig.
3. Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern sind zulässig, wenn
 - a) die Beratung nicht Fragen der Leitung der Gesellschaft (siehe oben 1), sondern Maßnahmen des Tagesgeschäftes, insbesondere im operativen Bereich, betrifft;
 - b) die Beratung, obwohl Fragen der Leitung der Gesellschaft betreffend (siehe oben 1), wegen ihre „Beratungstiefe“ nicht vom Aufsichtsrat als Gesamtorgan zu erbringen ist, sondern in aller Regel bei externen Beratern nachgefragt wird.
4. Beratungsgegenstand, Beratungsziel und Beratungsentgelt sind klar und überprüfbar zu regeln. Dies erfordert in aller Regel die schriftliche Niederlegung des Beratungsvertrages.