

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft –
Neue Folge

51

Lars Frederik Bühren

Der Rechtsanwalt als Aufsichtsratsmitglied

Eine aktienrechtliche Analyse unter besonderer
Berücksichtigung des anwaltlichen Berufsrechts



Nomos

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft –
Neue Folge

herausgegeben von

Prof. Dr. Michael Heghmanns, Prof. Dr. Ingo Saenger,
Prof. Dr. Fabian Wittreck

Band 51

Lars Frederik Bühren

Der Rechtsanwalt als Aufsichtsratsmitglied

Eine aktienrechtliche Analyse unter besonderer
Berücksichtigung des anwaltlichen Berufsrechts



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2019

ISBN 978-3-8487-6160-9 (Print)

ISBN 978-3-7489-0282-9 (ePDF)

D6

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/2019 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis einschließlich August 2019 berücksichtigt werden.

Mein herzlicher Dank gilt zuallererst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. *Ingo Saenger*, für die hervorragende Betreuung während der Erstellung der Arbeit sowie für die vielseitige wissenschaftliche Förderung und für die vielen verschiedenen Einblicke, die ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Internationales Wirtschaftsrecht gewinnen konnte.

Frau Professorin Dr. *Petra Pohlmann* gebührt mein Dank für die ausgesprochen zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Herrn Professor Dr. *Michael Heghmanns*, Herrn Professor Dr. *Ingo Saenger* und Herrn Professor Dr. *Fabian Wittreck* danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Fakultätschriftenreihe. Dem Freundeskreis Rechtswissenschaft e.V. bin ich für die Gewährung des großzügigen Druckkostenzuschusses zu Dank verpflichtet.

Besonders danken möchte ich auch dem gesamten Lehrstuhl-Team für die wunderbare gemeinsame Zeit, aus der eine Vielzahl von Freundschaften hervorgegangen ist und die ich stets in bester Erinnerung bewahren werde. Stellvertretend für viele mehr seien nur Dr. *Niklas Cordes*, Dr. *Alexander Hoppe*, Dr. *Marius Klotz* sowie *Katharina Adolph*, *Torsten Fitzke*, *Uwe Gebben*, *Niklas Gustorff*, *Moritz Meyer*, *Janine Pietsch*, Dr. *Alexander Scheuch* und insbesondere *Andrea Freund* genannt, die mich allesamt bei der Durchsicht und Korrektur des Manuskripts wertvoll unterstützt haben. Besondere Erwähnung gebührt darüber hinaus Dr. *Marc Schlömer* sowie meinem Bruder *Marco Bühren*. Professor Dr. *Hisanori Nemoto* danke ich für die gewinnbringenden Diskussionen während seiner Zeit in Münster sowie für den Einblick in seine Forschung.

Mein größter Dank gilt schließlich meinen Eltern *Karin Krömer-Bühren* und *Wolfgang Bühren*. Sie haben mich bei meinen Vorhaben stets unermüdlich unterstützt, mir unglaublich viel ermöglicht und mir durch ihren Rückhalt zugleich die notwendige Kraft zur Erreichung meiner Ziele gegeben. Ihnen ist daher diese Arbeit gewidmet.

Münster, im August 2019

Lars Bühren

Inhaltsübersicht

§ 1	Einleitung	27
	A. Gegenstand der Untersuchung	27
	B. Gang der Untersuchung	29
Teil 1: Die Tätigkeit des Rechtsanwalts im Aufsichtsrat		31
§ 2	Aktienrechtliche Rahmenbedingungen	31
	A. Der Aufsichtsrat im Organgefüge der Aktiengesellschaft	31
	B. Voraussetzungen und Hindernisse für die Bestellung in den Aufsichtsrat	36
	C. Organisation und innere Ordnung des Aufsichtsrats	50
	D. Vergütung des Aufsichtsrats	56
§ 3	Teilhabe des anwaltlichen Aufsichtsratsmitglieds an der Organaufgabe des Aufsichtsrats	63
	A. Überwachung der Geschäftsführung	64
	B. Pflichtenumfang des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds	72
§ 4	Berufsrechtliche Rahmenbedingungen der Bestellung in den Aufsichtsrat	86
	A. Aufsichtsrats Tätigkeit als Beruf	86
	B. Berufsrechtliche Vereinbarkeit	90
Teil 2: Beratungsverträge mit Rechtsanwälten im Aufsichtsrat		100
§ 5	Der Beratungsvertrag im Sinne des § 114 AktG	100
	A. Grundlegende Merkmale von Beratungsverträgen	101
	B. Die Vertragsparteien des Beratungsvertrags	103
	C. Vor- und Nachteile von Beratungsverträgen	104
	D. Regelungszweck des § 114 AktG	110

Inhaltsübersicht

§ 6	Inhaltliche Anforderungen an einen zulässigen Beratungsvertrag	115
	A. Kriterien zur Bestimmung zulässiger Beratungsverträge	116
	B. Rückschlüsse für die Vertragsgestaltung	124
§ 7	Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Beratungsvertrags	142
	A. Voraussetzungen der Beschlussfassung im Aufsichtsrat	143
	B. Beschlussfassung im Aufsichtsrat	145
	C. Zustimmung im Wege der Genehmigung	156
	D. Behandlung von Rahmenverträgen	178
	E. Behandlung von Altverträgen	191
§ 8	Rechtsfolgen von Verstößen	200
	A. Auswirkungen auf den Beratungsvertrag	200
	B. Ansprüche der Gesellschaft	209
	C. Ansprüche des Aufsichtsratsmitglieds	222
	D. Anfechtung der Entlastungsbeschlüsse	237
Teil 3: Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 114 AktG		239
§ 9	Erweiterung des § 114 AktG auf Seiten des Aufsichtsratsmitglieds	239
	A. Erstreckung auf die Beratungsgesellschaft des Aufsichtsrats- mitglieds	239
	B. Kritische Evaluation der einzelnen Anknüpfungskriterien	244
	C. Rückschlüsse und Folgeprobleme aus der Anknüpfung an den mittelbaren finanziellen Vorteil	260
§ 10	Erweiterung des § 114 AktG auf Seiten der Gesellschaft	301
	A. Beratungsverträge in Konzernsachverhalten	302
	B. Beratungsvertrag mit individuellem Vorstandsmitglied	318
	C. Anwaltliche Beratung von Aktionären	324
	D. Anwaltliche Beratung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft	325

Teil 4: Berufsrechtliche Problemstellungen bei Beratungsverträgen	337
§ 11 Kollision mit Tätigkeitsverboten und -beschränkungen	337
A. §§ 46, 46c BRAO	338
B. § 45 BRAO	343
C. § 43a Abs. 4 BRAO	371
§ 12 Kollision mit anwaltlichen Grundpflichten	376
A. Anwaltliche Unabhängigkeit, § 43a Abs. 1 BRAO	376
B. Verschwiegenheitspflicht, § 43a Abs. 2 BRAO	377
Teil 5: Schlussbetrachtung	393
§ 13 Zusammenfassung in Thesen	393
A. Zur Tätigkeit des Rechtsanwalts im Aufsichtsrat	393
B. Zu Beratungsverträgen mit Rechtsanwälten im Aufsichtsrat	394
C. Zur Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 114 AktG	398
D. Zu den berufsrechtlichen Problemstellungen bei Beratungsverträgen	402
Literaturverzeichnis	405

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	27
A. Gegenstand der Untersuchung	27
B. Gang der Untersuchung	29
Teil 1: Die Tätigkeit des Rechtsanwalts im Aufsichtsrat	31
§ 2 Aktienrechtliche Rahmenbedingungen	31
A. Der Aufsichtsrat im Organgefüge der Aktiengesellschaft	31
I. Die Hauptversammlung	32
II. Der Vorstand	33
III. Der Aufsichtsrat	34
B. Voraussetzungen und Hindernisse für die Bestellung in den Aufsichtsrat	36
I. Gesetzlicher Rechtsrahmen der Bestellung	36
II. Faktische Bestellungs Voraussetzungen	37
1. Mindestqualifikation	37
a) Herleitung	38
b) Inhalt und Reichweite der Mindestqualifikation	39
c) Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der Mindestqualifikation	41
d) Folgen bei fehlender Mindestqualifikation	42
aa) Für das betroffene Aufsichtsratsmitglied	42
bb) Für das Aufsichtsratsgremium	43
2. Unternehmerische Erfahrung	44
3. Ausreichend Zeit zur Mandatswahrnehmung	46
a) Die Konzeption als Nebenamt im Spannungsfeld zur zunehmenden Professionalisierung	47
b) Vorgaben des Deutschen Corporate Governance Kodex	48
c) Quantifizierung des tatsächlichen Zeitaufwands	49
d) Folgen bei ungenügendem Zeiteinsatz	50
C. Organisation und innere Ordnung des Aufsichtsrats	50
I. Der Aufsichtsratsvorsitzende	50
II. Ausschüsse des Aufsichtsrats	52

Inhaltsverzeichnis

III. Sitzungen und Beschlussfassung	53
1. Beschluss in der Präsenzsitzung	53
2. Beschlussfassung ohne Sitzung	54
D. Vergütung des Aufsichtsrats	56
I. Aufsichtsratsvergütung in der Rechtswirklichkeit	56
II. Vergütungszuständigkeit der Hauptversammlung	57
III. Vergütungsarten	58
1. Feste Vergütung	59
2. Variable Vergütung	59
3. Sitzungsgeld	60
IV. Angemessenheit und Gleichbehandlung	61
V. Steuerliche Behandlung der Aufsichtsratsvergütung	62
§ 3 Teilhabe des anwaltlichen Aufsichtsratsmitglieds an der Organaufgabe des Aufsichtsrats	63
A. Überwachung der Geschäftsführung	64
I. Überwachungsmaßstab	64
II. Reichweite der Überwachungsaufgabe	65
1. Retrospektive Kontrolle	66
2. Beratung als zukunftsgerichtete Kontrolle	66
a) Die Beratungspflicht als Teil der Überwachungsaufgabe	67
b) Reichweite der Beratungspflicht	68
III. Gesteigerte Überwachungsintensität in Krisenzeiten	70
B. Pflichtenumfang des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds	72
I. Mitwirkung an der Erfüllung der Organaufgabe des Aufsichtsrats	72
II. Sorgfaltsmaßstab und individueller Arbeitseinsatz	74
1. Allgemeiner Sorgfaltsmaßstab	74
2. Erhöhter Einsatz bei Übernahme besonderer Funktionen	75
3. Erhöhter Einsatz in besonderen Situationen	77
4. Erhöhter Maßstab bei Spezialqualifikationen?	78
a) Die ISION-Entscheidung des Bundesgerichtshofs	78
b) Folgerungen für den Rechtsanwalt im Aufsichtsrat	80
aa) Feststellbarkeit von Sonderwissen	80

bb) Kriterien für die Feststellung des Sonderwissens	81
(1) Rechtsanwaltszulassung	81
(2) Einschlägiger Dokortitel	81
(3) Einschlägiger Fachanwaltstitel	82
cc) Mögliche Einwände	84
dd) Zwischenergebnis	85
III. Ergebnis zur Reichweite der Mitwirkungspflicht an der Überwachungsaufgabe	85
§ 4 Berufsrechtliche Rahmenbedingungen der Bestellung in den Aufsichtsrat	86
A. Aufsichtsratsstätigkeit als Beruf	86
I. Auf Dauer angelegte Betätigung	87
II. Zur Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage	89
III. Zwischenergebnis	90
B. Berufsrechtliche Vereinbarkeit	90
I. Versagung der Zulassung zur Anwaltschaft nach § 7 Nr. 8 BRAO	90
1. Verfassungsrechtlicher Hintergrund	91
2. Konkretisierung des § 7 Nr. 8 BRAO mittels Fallgruppen	93
a) Fehlende Ausübungsmöglichkeit	93
aa) Möglichkeit der Berufsausübung in nennenswertem Umfang	94
bb) Übertragbarkeit auf das Aufsichtsratsmitglied	95
b) Interessenkollisionen	95
aa) Voraussetzungen	95
bb) Übertragbarkeit auf das Aufsichtsratsmitglied	96
II. Widerruf der Zulassung zur Anwaltschaft nach § 14 Abs. 2 Nr. 8 BRAO	97
1. Voraussetzungen	97
2. Härteklausele des § 14 Abs. 2 Nr. 8, 2. Hs. BRAO	97
III. Ergebnis zur berufsrechtlichen Vereinbarkeit	99

Inhaltsverzeichnis

Teil 2: Beratungsverträge mit Rechtsanwälten im Aufsichtsrat	100
§ 5 Der Beratungsvertrag im Sinne des § 114 AktG	100
A. Grundlegende Merkmale von Beratungsverträgen	101
B. Die Vertragsparteien des Beratungsvertrags	103
C. Vor- und Nachteile von Beratungsverträgen	104
I. Vorteile von Beratungsverträgen	104
1. Vorteile und Motive auf Seiten der Gesellschaft	104
2. Vorteile und Motive auf Seiten des Aufsichtsratsmitglieds	107
II. Nachteile und Risiken von Beratungsverträgen	108
D. Regelungszweck des § 114 AktG	110
I. Grundsätzliches Verständnis des Regelungszwecks	111
II. Umfassender Unabhängigkeitsschutz als weiterer Normzweck?	113
§ 6 Inhaltliche Anforderungen an einen zulässigen Beratungsvertrag	115
A. Kriterien zur Bestimmung zulässiger Beratungsverträge	116
I. Außergewöhnliche Intensität	116
II. Abgrenzung nach dem Adressaten der Beratung	118
III. Abgrenzung nach dem Inhalt des Beratungsvertrags	119
1. Fragen eines besonderen Fachgebiets	119
2. Beratungstiefe	121
IV. Persönlicher Aufgabenbereich des Aufsichtsratsmitglieds	122
V. Zwischenfazit	123
B. Rückschlüsse für die Vertragsgestaltung	124
I. Inhaltliche Ausgestaltung des Beratungsvertrags	124
1. Vertragsgegenstand	125
a) Konkretisierung des Vertragsgegenstands	125
b) Zulässige Gegenstände von anwaltlichen Beratungsverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern	127
aa) Prozessführung	127
bb) Beratung in rechtlichen Angelegenheiten	128
2. Vergütung	130
a) Übliche Stundensätze	131

b) Verweis auf Gebührenordnung	133
c) Konkrete Stunden- oder Tagessätze	136
d) Pauschalhonorare und bloße Angabe der Vergütungshöchstgrenze	138
e) Berufsrechtliche Besonderheiten	139
II. Anforderungen an die Form des Beratungsvertrags	140
§ 7 Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Beratungsvertrags	142
A. Voraussetzungen der Beschlussfassung im Aufsichtsrat	143
I. Vorlagezuständigkeit	143
II. Umfang der Vertragsvorlage	144
B. Beschlussfassung im Aufsichtsrat	145
I. Delegation auf einen Aufsichtsratsausschuss	146
II. Bewertungsmaßstab bei der Zustimmungentscheidung	147
III. Mitwirkung des betroffenen Aufsichtsratsmitglieds	150
1. Stimmverbot analog § 34 BGB	150
2. Auswirkungen auf den dreiköpfigen Aufsichtsrat	151
a) Lösungsweg des Bundesgerichtshofs	152
b) Kritik an den alternativen Lösungsvorschlägen	153
c) Besonderheiten beim Stimmverbot von zwei Mitgliedern	155
IV. Schriftformerfordernis für den Zustimmungsbeschluss	155
C. Zustimmung im Wege der Genehmigung	156
I. Die Genehmigung als Verfahrenserleichterung	157
II. Zeitlicher Rahmen für die Genehmigung	158
III. Genehmigung nach Leistungserbringung	159
1. Position der Rechtsprechung	159
2. Kritische Evaluation	161
a) Nachträgliche Genehmigung	161
aa) Schädliche Loyalität	161
bb) Systematik des § 114 Abs. 2 S. 1 AktG	163
b) Rechtswidrigkeit der Vergütungszahlung vor Genehmigung	164
aa) Verstoß gegen § 93 Abs. 3 Nr. 7 AktG?	164
bb) Systematischer Vergleich mit § 115 AktG	166
cc) Abhängigkeit des beratenden Aufsichtsratsmitglieds	169

Inhaltsverzeichnis

dd) Präventive Kontrolle	171
(1) Umgehung der Vergütungsregelung des § 113 AktG	171
(2) Enge Verbindungen und Verflechtungen	172
(3) Zwischenergebnis	174
c) Ergebnis zur nachträglichen Genehmigung	174
3. Rückschlüsse aus den Vorgaben der Rechtsprechung	175
a) Gefahr der Entprofessionalisierung des Aufsichtsrats	175
b) Lösungsmöglichkeiten	176
D. Behandlung von Rahmenverträgen	178
I. Gründe für den Abschluss von Rahmenverträgen	178
II. Schwierigkeiten im Zusammenhang mit Rahmenverträgen	179
1. Probleme hinsichtlich der Konkretisierungsanforderungen	179
2. Das zweistufige Verfahren als Reaktion	180
III. Nachträgliche Konkretisierung	181
1. Gegenstand der nachträglichen Konkretisierung	182
2. Nachträgliche Konkretisierung vor Leistungserbringung	184
3. Nachträgliche Konkretisierung nach Leistungserbringung	185
IV. Nachträgliche Genehmigung von nachträglich konkretisierten Beratungsverträgen	186
1. Evaluation des Meinungsspektrums in der Literatur	186
2. Rückschlüsse aus der Fresenius-Entscheidung des Bundesgerichtshofs	187
3. Auswirkungen auf das zweistufige Verfahren	188
a) Zeitpunkt der Honorarauszahlung	189
b) Stellungnahme	190
aa) Vertragsgegenstand	190
bb) Vergütung	191
E. Behandlung von Altverträgen	191
I. Vereinbarkeit mit §§ 113, 114 AktG	192
II. Rechtsfolgen für den Altvertrag während der Aufsichtsratszugehörigkeit	194

III. Rechtsfolgen für den Altvertrag nach Beendigung der Aufsichtsratszugehörigkeit	195
1. Bewertung anhand der Interessenlagen der Parteien	196
2. Bewertung anhand der dogmatischen Begründung der Ansätze	197
3. Lösungsmöglichkeiten	199
§ 8 Rechtsfolgen von Verstößen	200
A. Auswirkungen auf den Beratungsvertrag	200
I. Teilnichtigkeit	201
1. Positionen in der Rechtsprechung	202
2. Positionen in der Literatur	202
3. Kritik und eigene Bewertung	203
II. Auswirkungen auf die Prozessvertretung	206
III. Heilung durch Hauptversammlungsbeschluss	207
B. Ansprüche der Gesellschaft	209
I. Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft	209
1. Verstoß gegen § 114 AktG	210
2. Verstoß gegen § 113 AktG	211
3. Geltendmachung	213
4. Verjährung	213
II. Schadensersatzansprüche der Gesellschaft	216
1. Schadensersatzansprüche gegen die Vorstandsmitglieder	216
a) Unterlassene Geltendmachung des Rückgewähranspruchs	216
b) Unzulässige Gewährung der Beratungsvergütung	217
2. Schadensersatzansprüche gegen Aufsichtsratsmitglieder	220
3. Schadensersatzansprüche gegen das beratende Aufsichtsratsmitglied	221
4. Verjährung	221
C. Ansprüche des Aufsichtsratsmitglieds	222
I. Culpa in contrahendo	222
II. Bereicherungsrechtlicher (Gegen-)Anspruch des Aufsichtsratsmitglieds	224
1. Beratung im organschaftlichen Pflichtenbereich	225

Inhaltsverzeichnis

2. Außerorganschaftliche Beratung	226
a) § 814 BGB	227
b) § 817 S. 2 BGB	230
aa) Fehlende Zustimmung	230
bb) Nicht ausreichend konkretisierte oder gemischte Beratungsverträge	231
3. Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB als Anspruchsinhalt	234
III. Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag	235
IV. Verjährung	236
D. Anfechtung der Entlastungsbeschlüsse	237
Teil 3: Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 114 AktG	239
§ 9 Erweiterung des § 114 AktG auf Seiten des Aufsichtsratsmitglieds	239
A. Erstreckung auf die Beratungsgesellschaft des Aufsichtsrats- mitglieds	239
I. Keine „Sperrwirkung“ der §§ 89 Abs. 3 und 4, 115 Abs. 2 und 3 AktG	240
II. Methodische Erwägungen	242
B. Kritische Evaluation der einzelnen Anknüpfungskriterien	244
I. Persönliche Leistungserbringung durch das Aufsichtsratsmitglied	244
II. Persönliche Verpflichtung des Aufsichtsratsmitglieds	247
III. Organfunktion in der Beratungsgesellschaft	251
IV. Umfang der Beteiligung an der Gesellschaft	254
1. Alleingeschafter	255
2. Beherrschende Gesellschafterstellung oder Mehrheitsbeteiligung	256
3. Minderheitsbeteiligung	257
a) Mittelbarer finanzieller Vorteil aus der Beteiligung als maßgebliches Kriterium	258
b) Stellungnahme	259

C. Rückschlüsse und Folgeprobleme aus der Anknüpfung an den mittelbaren finanziellen Vorteil	260
I. Stellung des Rechtsanwalts in der Beratungsgesellschaft	261
1. Meinungsstand	262
2. Stellungnahme	263
3. Zwischenergebnis	264
II. Bagatellschwelle	264
1. Feststellung eines unbeachtlichen finanziellen Vorteils	265
2. Berechnung des mittelbaren finanziellen Vorteils	266
a) Anknüpfungspunkt für den mittelbaren finanziellen Vorteil	266
b) Keine festen Grenzwerte	267
c) Reguläre Aufsichtsratsvergütung als Vergleichsmaßstab	269
3. Berücksichtigung nichtfinanzieller Aspekte?	270
4. Generelles Bedürfnis einer Bagatellschwelle	272
III. Praktische Auswirkungen auf den Beratungsvertrag	275
1. Vorlage des Beratungsvertrags	275
a) Vorlagezuständigkeit	276
b) Modalitäten des Vorlageverfahrens	277
2. Überprüfung des Vertragsinhalts für die Zustimmungseinscheidung	278
a) Überprüfung des Vertragsgegenstands	278
b) Folgen für eine rechtswirksame Vertragsgestaltung	280
c) Lösungsmöglichkeit für Beratungen im Bereich der Organpflicht	281
3. Stimmverbot des Aufsichtsratsmitglieds bei der Beschlussfassung	282
4. Zwischenergebnis	284
IV. Probleme bei den Rückgewähransprüchen	284
1. Rückzahlungsanspruch gegen die Beratungsgesellschaft	285
2. Rückzahlungsanspruch gegen das Aufsichtsratsmitglied	286
a) Kritische Evaluation	287
aa) Vergleich mit den Wertungen der §§ 89 Abs. 5, 115 Abs. 4 AktG	288

Inhaltsverzeichnis

bb) Lösungsansätze der überwiegenden Auffassung	289
(1) Kammergericht Berlin, Urteil vom 25. September 1995	289
(2) Bundesgerichtshof, Urteil vom 3. Juli 2006	290
(3) Analogie zu §§ 57, 62 AktG wegen Veranlassung durch das Aufsichtsratsmitglied?	293
cc) Eigener Ansatz	295
b) Umfang der Rückgewährverpflichtung	296
aa) Problemaufriss	296
bb) Rückgewährverpflichtung in voller Höhe	296
cc) Rückgewährverpflichtung in Höhe des mittelbaren Vermögensvorteils	298
dd) Zwischenergebnis	301
§ 10 Erweiterung des § 114 AktG auf Seiten der Gesellschaft	301
A. Beratungsverträge in Konzernsachverhalten	302
I. Keine „Sperrwirkung“ der §§ 89 Abs. 2 S. 2, 115 Abs. 1 S. 2 AktG	302
II. Beratungsverträge mit Tochterunternehmen	304
1. Meinungsstand	305
2. Stellungnahme	308
3. Konsequenzen	310
III. Beratungsverträge mit Mutterunternehmen	311
1. Grundkonstellation	312
2. Sonderkonstellation: Personenidentität der Vorstände	315
3. Konsequenzen	317
IV. Beratungsverträge mit Schwesterunternehmen	318
B. Beratungsvertrag mit einzelmem Vorstandsmitglied	318
I. Einschränkungsglose Erstreckung des § 114 AktG	318
II. Begrenzung auf Beratungen im Zusammenhang mit der Vorstandstätigkeit	321
C. Anwaltliche Beratung von Aktionären	324

D. Anwaltliche Beratung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft	325
I. Ausgangssituation	326
1. Kompetenzbereich des Aufsichtsrats	326
2. Pflichtenkreis des Aufsichtsratsmitglieds	327
II. Rückschlüsse aus der Kombination beider Perspektiven	328
1. § 111 Abs. 2 S. 2 AktG	328
2. § 112 AktG	330
3. Zwischenergebnis	333
III. Mögliche Einwände gegen das gefundene Ergebnis	333
IV. Anwendung des § 114 AktG auf diese Verträge?	335
Teil 4: Berufsrechtliche Problemstellungen bei Beratungsverträgen	337
§ 11 Kollision mit Tätigkeitsverboten und -beschränkungen	337
A. §§ 46, 46c BRAO	338
I. Die Beratungs- und Vertretungsbeschränkungen im Überblick	338
II. Anwendbarkeit auf den Rechtsanwalt im Aufsichtsrat	339
1. Bewertung nach vormaliger Rechtslage	339
2. Bewertung nach nunmehr geltender Rechtslage	341
III. Ergebnis	343
B. § 45 BRAO	343
I. § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO	344
1. Rechtliche Voraussetzungen	344
2. Übertragung auf die Aufsichtsrats-tätigkeit des Rechtsanwalts	346
a) Einschränkung-lose Anwendung des § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO	346
aa) Voraussetzungen der Vorbefassung	347
bb) Beratungsverträge im originären Anwendungsbereich des § 114 AktG	347
cc) Beratungsverträge in Sonderkonstellationen	349
(1) Beratungsverträge in Konzernsachverhalten	349
(2) Beratungsverträge mit einzelnen Vorstandsmitgliedern oder Aktionären	350
(3) Beratungsverträge mit dem Aufsichtsrat	350
dd) Zwischenbefund für diese Sichtweise	351

Inhaltsverzeichnis

b) Teleologische Reduktion des § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO	351
3. Abschließende Bewertung zu § 45 Abs. 1 Nr. 4 BRAO	354
II. § 45 Abs. 2 Nr. 2 BRAO	354
1. Rechtliche Voraussetzungen	355
2. Verfassungsrechtliche Bedenken	355
3. Konsequenzen des § 45 Abs. 2 Nr. 2 BRAO für die Aufsichtsrats Tätigkeit	357
a) Beratungsverträge im originären Anwendungsbereich des § 114 AktG	357
b) Beratungsverträge in Sonderkonstellationen	359
aa) Beratungsverträge in Konzernsachverhalten	359
bb) Beratungsverträge mit einzelnen Vorstandsmitgliedern oder Aktionären	360
cc) Beratungsverträge mit dem Aufsichtsrat	360
4. Vergleich der Folgen des Tätigkeitsverbots aus § 45 Abs. 2 Nr. 2 BRAO mit dem aktienrechtlichen Stimmverbot	361
III. § 45 Abs. 3 BRAO	363
1. Anwendungsbereich des § 45 Abs. 3 BRAO	363
2. Kritik an der pauschalen Erstreckung	365
a) Fehlende Möglichkeit der Einzelfallprüfung	365
b) Überörtliche Sozietäten	367
3. Schlussfolgerungen	367
IV. Rechtsfolgen von Verstößen gegen § 45 BRAO	369
1. Berufsrechtliche Folgen	369
2. Zivilrechtliche Folgen	370
C. § 43a Abs. 4 BRAO	371
I. Anwendungsbereich der Norm	372
II. Auswirkungen für den Rechtsanwalt im Aufsichtsrat	374
§ 12 Kollision mit anwaltlichen Grundpflichten	376
A. Anwaltliche Unabhängigkeit, § 43a Abs. 1 BRAO	376
B. Verschwiegenheitspflicht, § 43a Abs. 2 BRAO	377
I. Inhalt und Reichweite der Verschwiegenheitspflicht	378

II. Verschwiegenheitspflicht im Zusammenhang mit Beratungsverträgen	380
1. Faktische Einschränkung des Anwendungsbereichs durch § 45 Abs. 2 Nr. 2 BRAO	380
2. Beratungsverträge im originären Anwendungsbereich des § 114 AktG	381
a) Reichweite des Verschwiegenheitsschutzes aus dem Mandat	381
aa) Die Gesellschaft als Mandant	382
bb) Einbeziehung der Vorstandsmitglieder in das Mandatsverhältnis?	382
b) Verwertung von Mandatswissen für die Aufsichtsratsstätigkeit	385
aa) Wissensverwertung im Allgemeinen	385
bb) Wissensverwertung in Konfliktsituationen	386
(1) Problemaufriss	386
(2) Stellungnahme	388
3. Abschließende Bewertung zu § 43a Abs. 2 BRAO	391
Teil 5: Schlussbetrachtung	393
§ 13 Zusammenfassung in Thesen	393
A. Zur Tätigkeit des Rechtsanwalts im Aufsichtsrat	393
B. Zu Beratungsverträgen mit Rechtsanwälten im Aufsichtsrat	394
C. Zur Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 114 AktG	398
D. Zu den berufsrechtlichen Problemstellungen bei Beratungsverträgen	402
Literaturverzeichnis	405

