

**NICHT ERLAUBTE TÄTIGKEITEN DES
AUFSICHTSRATS
UND SEINER MITGLIEDER IN UND FÜR DIE
AKTIENGESELLSCHAFT**

*Systematische Darstellung der §§ 113 bis 117 AktG
unter Einbeziehung der §§ 105, 111 und 112 AktG*

von Petra Korts

Rechtsanwältin

Fachanwältin für Steuerrecht

Fachanwältin für Handels- und Gesellschaftsrecht

Steuerstrafverteidigerin

MBA – Master of Business Administration –

M.I.Tax – Master of International Taxation –

zertifizierte Mediatorin

www.steuerrecht.com

Inhalt

A. Ergebnis in Thesen	4
B. Ausgangspunkt: Trennung von Leitung, Überwachung und zusätzlicher Dienstleistung.....	6
I. Der Aufsichtsrat ist kein zweiter Vorstand	6
II. Organbefugnis und individuelle Befugnis des Mitglieds	6
C. Nicht erlaubte Tätigkeiten „in“ der Aktiengesellschaft.....	7
I. Unvereinbare Doppelstellung nach § 105 AktG	7
II. Übernahme operativer Geschäftsführung nach § 111 Abs. 4 AktG	7
III. Eigenmächtige Vertretung der Gesellschaft.....	8
IV. Verlagerung eigener Aufgaben auf Dritte.....	8
V. Nutzung vertraulicher Informationen und Interessenkonflikte	9
D. § 113 AktG: Abschließende Ordnung der Vergütung für das Aufsichtsratsamt.....	9
I. Zuständigkeit von Satzung und Hauptversammlung	9
II. Welche Tätigkeiten bereits zum Amt gehören	10
III. Folgen einer unzulässigen Sondervergütung.....	11
E. § 114 AktG: Zulässige externe Tätigkeiten nur unter strengen Voraussetzungen.....	11
I. Tatbestand des § 114 Abs. 1 AktG	11
II. Tätigkeit höherer Art und besonderes Fachgebiet	12
III. Keine Abgrenzung nach Zeitaufwand oder Intensität.....	12
IV. Erforderliche Bestimmtheit des Vertrags.....	12
V. Vertragsschluss und Zustimmungsbeschluss	13
VI. Zeitpunkt der Zustimmung und Zahlungsverbot	14
VII. Verträge über zwischengeschaltete oder nahestehende Unternehmen	14
VIII. Altverträge und fehlerhafte Bestellung	15
IX. Arbeitsverhältnisse.....	15
X. Zusätzliche Anforderungen bei börsennotierten Gesellschaften.....	16
F. § 115 AktG: Kreditgewährung und kreditähnliche Begünstigungen.....	16
G. §§ 116 und 117 AktG: Sorgfalt, Haftung und Einflussnahme	17

I. Persönliche Verantwortlichkeit nach § 116 AktG	17
II. Pflicht zur Prüfung und Verfolgung von Ansprüchen	17
III. § 117 AktG: Haftung des Einflussnehmenden	18
H. Rechtsfolgen im Einzelnen.....	18
I. Nichtigkeit nach § 113 AktG in Verbindung mit § 134 BGB	18
II. Schwebende Unwirksamkeit nach § 114 AktG	18
III. Bereicherungsanspruch des Mitglieds.....	19
IV. Verjährung	19
V. Entlastung und Beschlussmängel	20
I. Typische Fallgruppen und ihre rechtliche Einordnung.....	20
I. Strategieberatung und laufende Unternehmensberatung	20
II. M&A, Finanzierung und Kapitalmarkt	20
III. Rechts- und Steuerberatung.....	21
IV. Technische, wissenschaftliche und gutachterliche Leistungen.....	21
V. Vermittlung, Maklertätigkeit und Investorensuche.....	21
J. Chronologische Entwicklung der Rechtsprechung.....	21
K. Prüfungsschema für die Praxis	24
L. Formulierungselemente für einen Zustimmungsbeschluss.....	25
M. Schlussfolgerung.....	25
N. Verzeichnis der wesentlichen Normen und Entscheidungen	27

A. Ergebnis in Thesen

1. Kein einheitlicher Tätigkeitskatalog. Die §§ 113 bis 117 AktG enthalten keinen abschließenden Katalog verbotener Tätigkeiten. Die rechtliche Beurteilung ergibt sich aus dem Zusammenspiel der personellen Unvereinbarkeit nach § 105 AktG, der Trennung von Leitung und Überwachung nach §§ 76, 111 AktG, der ausschließlichen Vergütungsordnung des § 113 AktG, dem Zustimmungsvorbehalt des § 114 AktG, dem Kreditregime des § 115 AktG sowie den Haftungsnormen der §§ 116 und 117 AktG.¹

2. Organtätigkeit darf nicht als Beratung verkauft werden. Alles, was zum gesetzlichen Pflichtenkreis eines Aufsichtsratsmitglieds gehört, ist mit der nach § 113 AktG festgesetzten oder bewilligten Vergütung abgegolten. Ein zusätzlicher Dienst- oder Werkvertrag über dieselben Leistungen ist nicht lediglich zustimmungsbedürftig, sondern wegen Umgehung der Vergütungszuständigkeit von Satzung und Hauptversammlung grundsätzlich nichtig.²

3. Der Umfang des Einsatzes ändert die Einordnung nicht. Ein außergewöhnlicher Zeitaufwand, eine Krise, eine Transaktion von besonderer Bedeutung oder die besondere Fachkunde eines Mitglieds verwandeln eine organschaftlich geschuldete Leistung nicht in eine gesondert vergütungsfähige Beratungsleistung. Erfordern die Verhältnisse einen erhöhten Einsatz, muss das Mitglied diesen grundsätzlich im Rahmen seines Amtes erbringen.³

4. Externe Spezialleistungen bleiben möglich. Ein Aufsichtsratsmitglied darf außerhalb seines Organamts eine Tätigkeit höherer Art übernehmen, etwa eine konkret abgegrenzte anwaltliche, steuerliche, technische oder gutachterliche Spezialleistung. Der Vertrag muss den Gegenstand, den Umfang, die Vergütung und die Abgrenzung zur Organtätigkeit so präzise festlegen, dass der Aufsichtsrat eigenverantwortlich prüfen kann. Seine Wirksamkeit hängt von einem ordnungsgemäßen Zustimmungsbeschluss nach § 114 Abs. 1 AktG ab.⁴

5. Umgehungsstrukturen werden erfasst. Die Kontrollordnung gilt nicht nur beim unmittelbaren Vertrag mit dem Mitglied. Erfasst werden nach der Rechtsprechung insbesondere Verträge mit einer vom Mitglied beherrschten oder vertretenen Gesellschaft, mit seiner Sozietät,

¹ Vgl. §§ 76 Abs. 1, 105, 111 Abs. 1 und 4 sowie §§ 113 bis 117 AktG in der am 11. August 2026 geltenden Fassung.

² BGH, Urteil vom 25. März 1991 – II ZR 188/89, BGHZ 114, 127, 129 ff.; BGH, Urteil vom 22. Juni 2021 – II ZR 225/20, BGHZ 230, 190 Rn. 27, 36.

³ BGH, Urteil vom 25. März 1991 – II ZR 188/89, BGHZ 114, 127, 132 f.; OLG München, Endurteil vom 21. Februar 2024 – 7 U 2211/23 e, BeckRS 2024, 3780 Rn. 40 f.

⁴ § 114 Abs. 1 AktG; grundlegend BGH, Urteil vom 4. Juli 1994 – II ZR 197/93, BGHZ 126, 340, 344 ff.

über eine zwischengeschaltete Beratungsgesellschaft oder – unter den im Einzelfall entwickelten Voraussetzungen – Zahlungen einer Konzerngesellschaft.⁵

6. Ohne förmliche Zustimmung keine Zahlung. Ein bloßes Wissen des Vorsitzenden, eine Diskussion im Gremium, eine allgemeine Budgetfreigabe oder stillschweigende Duldung genügt nicht. Erforderlich ist ein feststellbarer Beschluss auf vollständig informierter Grundlage. Der Vorstand handelt jedenfalls im Regelfall pflichtwidrig, wenn er vor der Zustimmung zahlt.⁶

7. Rechtsfolgen sind mehrstufig. Bei einem Vertrag über Organtätigkeiten oder bei untrennbar gemischten, nicht hinreichend bestimmten Leistungen greift § 113 AktG in Verbindung mit § 134 BGB: Der Vertrag ist grundsätzlich nichtig. Bei einer echten externen Spezialleistung ohne Zustimmung ist der Vertrag zunächst schwebend unwirksam; Zahlungen sind nach § 114 Abs. 2 AktG zurückzugewähren. Daneben können Vorstand und Aufsichtsrat nach §§ 93, 116 AktG haften.⁷

Kategorie	Rechtliche Einordnung	Typische Folge
Organtätigkeit	Überwachung und vorsorgende Beratung; keine operative Geschäftsführung.	Vergütung ausschließlich nach § 113 AktG; kein zusätzliches Beraterhonorar.
Externe Spezialleistung	Tätigkeit höherer Art außerhalb des Organamts; klare fachliche und gegenständliche Abgrenzung.	Vertrag nach § 114 AktG nur mit informierter Zustimmung des Aufsichtsrats wirksam.
Unvereinbare oder operative Tätigkeit	Doppelfunktion nach § 105 AktG oder Übernahme von Geschäftsführungsmaßnahmen nach § 111 Abs. 4 AktG.	Tätigkeit ist unzulässig; gegebenenfalls Nichtigkeit, Rückforderung und Organhaftung.
Kredit oder kreditähnliche Begünstigung	Sonderregime des § 115 AktG.	Einwilligung erforderlich; andernfalls grundsätzlich sofortige Rückgewähr.

⁵ BGH, Urteil vom 3. Juli 2006 – II ZR 151/04, BGHZ 168, 188; BGH, Urteil vom 20. November 2006 – II ZR 279/05, BGHZ 170, 60; BGH, Urteil vom 22. Juni 2021 – II ZR 225/20, BGHZ 230, 190; BGH, Urteil vom 29. Juni 2021 – II ZR 75/20, BGHZ 230, 203.

⁶ § 108 Abs. 1 AktG; BGH, Urteil vom 10. Juli 2012 – II ZR 48/11, BGHZ 194, 14 Rn. 19 ff. – Fresenius; OLG Nürnberg, Urteil vom 8. März 2017 – 12 U 927/15, AG 2018, 166; OLG München, Endurteil vom 21. Februar 2024 – 7 U 2211/23 e, Rn. 48 ff.

⁷ § 114 Abs. 2 AktG; § 116 Satz 1 in Verbindung mit § 93 Abs. 2 und Abs. 3 Nr. 7 AktG; BGH, Urteil vom 22. Juni 2021 – II ZR 225/20, BGHZ 230, 190 Rn. 31, 38.

B. Ausgangspunkt: Trennung von Leitung, Überwachung und zusätzlicher Dienstleistung

I. Der Aufsichtsrat ist kein zweiter Vorstand

Die Aktiengesellschaft beruht auf einer zwingenden funktionalen Gewaltenteilung. Der Vorstand leitet die Gesellschaft unter eigener Verantwortung. Der Aufsichtsrat überwacht diese Geschäftsführung. Maßnahmen der Geschäftsführung können dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden; zulässig und vielfach geboten sind hingegen Zustimmungsvorbehalte für bestimmte Arten von Geschäften. Die Zustimmung lässt die Leitungsverantwortung des Vorstands unberührt. Sie macht den Aufsichtsrat nicht zum Mitgeschäftsführer.⁸

Aus dieser Kompetenzordnung folgt die erste Gruppe nicht erlaubter Tätigkeiten: Ein Aufsichtsratsmitglied darf nicht dauerhaft operative Leitungsentscheidungen an sich ziehen, Ressorts führen, Mitarbeiterlinien steuern, die laufende Geschäftspolitik anstelle des Vorstands bestimmen oder die Gesellschaft im gewöhnlichen Geschäftsverkehr eigenständig binden. Auch ein Zustimmungskatalog darf nicht so dicht ausgestaltet oder praktiziert werden, dass der Vorstand seine eigenverantwortliche Leitung faktisch verliert. Die Grenze verläuft nicht zwischen „wichtig“ und „unwichtig“, sondern zwischen kontrollierender Mitwirkung und originärer Geschäftsführung.

Die Beratung des Vorstands ist demgegenüber nicht nur erlaubt, sondern Bestandteil einer zukunftsgerichteten Überwachung. Kontrolle erschöpft sich nicht in nachträglicher Rechtsprüfung. Sie umfasst Zweckmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit, Risikostruktur und grundlegende Fragen der künftigen Unternehmenspolitik. Gerade deshalb kann allgemeine strategische oder betriebswirtschaftliche Beratung regelmäßig nicht als fremde Zusatzleistung honoriert werden.⁹

II. Organbefugnis und individuelle Befugnis des Mitglieds

Der Aufsichtsrat handelt grundsätzlich als Kollegialorgan durch Beschluss. Das einzelne Mitglied besitzt keine allgemeine Vertretungs-, Weisungs- oder Geschäftsführungsbefugnis. Es darf seine Aufgaben auch nicht durch Dritte wahrnehmen lassen. Eine persönliche Fachkunde erweitert den Prüfungsmaßstab und die Mitwirkungspflicht des Mitglieds; sie erzeugt aber keine selbständige operative Kompetenz.¹⁰

⁸ § 76 Abs. 1 AktG; § 111 Abs. 1 und Abs. 4 AktG.

⁹ BGH, Urteil vom 25. März 1991 – II ZR 188/89, BGHZ 114, 127, 129 ff.; OLG München, Endurteil vom 21. Februar 2024 – 7 U 2211/23 e, Rn. 40.

¹⁰ § 108 Abs. 1 und § 111 Abs. 6 AktG.

Für die Praxis ist deshalb zwischen drei Rollen zu unterscheiden. Erstens kann das Mitglied innerhalb des Amts überwachen, beraten und an Beschlüssen mitwirken. Zweitens kann es aufgrund eines gesonderten Vertrags eine klar abgrenzbare Spezialleistung außerhalb des Amts erbringen. Drittens kann es versuchen, operative Unternehmensfunktionen zu übernehmen. Nur die zweite Rolle ist dem § 114 AktG zugänglich; die erste wird ausschließlich nach § 113 AktG vergütet, die dritte kann gegen §§ 105 oder 111 Abs. 4 AktG verstoßen.

C. Nicht erlaubte Tätigkeiten „in“ der Aktiengesellschaft

I. Unvereinbare Doppelstellung nach § 105 AktG

Nach § 105 Abs. 1 AktG kann ein Aufsichtsratsmitglied nicht zugleich Vorstandsmitglied, dauernder Stellvertreter eines Vorstandsmitglieds, Prokurist oder zum gesamten Geschäftsbetrieb ermächtigter Handlungsbevollmächtigter derselben Gesellschaft sein. Das Verbot schützt die institutionelle Unabhängigkeit des Überwachungsorgans. Wer sich selbst leitet oder aufgrund umfassender Vertretungsmacht unmittelbar in die Geschäftsführung eingebunden ist, kann diese Tätigkeit nicht zugleich unabhängig überwachen.¹¹

Die Norm verbietet nicht jedes Beschäftigungsverhältnis. Arbeitnehmervertreter bleiben typischerweise Arbeitnehmer der Gesellschaft. Entscheidend ist, ob die konkrete Stellung eine der gesetzlich genannten Leitungs- oder Generalvertretungsfunktionen erreicht oder die Organtrennung auf andere Weise unterläuft. Besonders kritisch sind Funktionsbeschreibungen wie „Generalbevollmächtigter“, „Chief Representative“ oder „Leiter Gesamtunternehmen“, wenn ihnen tatsächlich eine den gesamten Geschäftsbetrieb erfassende Vollmacht oder Leitungsbefugnis entspricht.

§ 105 Abs. 2 AktG erlaubt ausnahmsweise die zeitlich begrenzte Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds zum Stellvertreter eines fehlenden oder verhinderten Vorstandsmitglieds. Die Gesamtdauer darf ein Jahr nicht überschreiten. Während dieser Amtszeit ruht die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied. Die Ausnahme legitimiert keinen fließenden Rollenwechsel und keine gleichzeitige Ausübung beider Funktionen.¹²

II. Übernahme operativer Geschäftsführung nach § 111 Abs. 4 AktG

Unzulässig ist nicht nur die formale Doppelbestellung. Auch ohne Vorstandsamt darf der Aufsichtsrat keine Maßnahmen der Geschäftsführung an sich ziehen. Er darf Ziele, Risikogrenzen und Zustimmungsvorbehalte festlegen, Auskünfte verlangen, Alternativen

¹¹ § 105 Abs. 1 AktG.

¹² § 105 Abs. 2 AktG.

erörtern und bei wesentlichen Geschäften Zustimmung erteilen oder verweigern. Er darf jedoch grundsätzlich nicht selbst den Kaufvertrag aushandeln und abschließen, die Finanzierung verbindlich strukturieren, Lieferanten auswählen, Personal einstellen oder entlassen, operative Weisungen an Führungskräfte erteilen oder im Namen der Gesellschaft verhandlungsabschließend auftreten.

Bei Unternehmenskäufen und -verkäufen zeigt sich die doppelte Grenzziehung besonders deutlich. Die strategische Beurteilung, die Begleitung der Verhandlungen, die Kontrolle der Bewertungsgrundlagen und die Beratung des Vorstands gehören häufig zum Organamt und dürfen nicht zusätzlich vergütet werden. Gleichwohl bleibt der Vorstand Träger der Transaktionsleitung und Vertretung. Ein Aufsichtsratsmitglied kann an Gesprächen teilnehmen und kritisch begleiten; es darf aber nicht an die Stelle des Vorstands treten oder die Gesellschaft ohne Vertretungsmacht binden.¹³

III. Eigenmächtige Vertretung der Gesellschaft

Die Gesellschaft wird grundsätzlich durch den Vorstand vertreten. § 112 AktG weist dem Aufsichtsrat lediglich die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung gegenüber Vorstandsmitgliedern zu. Daraus folgt keine allgemeine Vertretungsmacht gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern oder externen Vertragspartnern. Ein Beratungsvertrag mit einem Aufsichtsratsmitglied wird daher auf Seiten der Gesellschaft grundsätzlich vom Vorstand abgeschlossen; der Aufsichtsrat erteilt die nach § 114 AktG erforderliche Zustimmung.¹⁴

Ein häufiger Gestaltungsfehler besteht darin, dass der Aufsichtsratsvorsitzende oder das Gremium selbst eine Sondervergütung „vereinbart“. Der Aufsichtsrat besitzt hierfür keine allgemeine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht. Er kann die Vergütung des eigenen Amts auch nicht anstelle der Hauptversammlung bestimmen. Die Zuständigkeiten für Vertragsschluss, Zustimmung und Organvergütung müssen daher strikt getrennt werden.

IV. Verlagerung eigener Aufgaben auf Dritte

Nach § 111 Abs. 6 AktG können die Mitglieder ihre Aufgaben nicht durch andere wahrnehmen lassen. Zulässig ist, dass der Aufsichtsrat nach § 111 Abs. 2 AktG Sachverständige zur Unterstützung beauftragt oder Ausschüsse bildet. Unzulässig wäre es dagegen, die eigene Prüfung, Beratung oder Entscheidung vollständig an einen Berater zu delegieren und dessen

¹³ Zur vergütungsrechtlichen Einordnung von M&A-Beratung BGH, Urteil vom 20. November 2006 – II ZR 279/05, BGHZ 170, 60 Rn. 14; OLG Köln, Beschluss vom 27. Februar 2019 – 18 U 37/18, Rn. 31 ff.; OLG München, Endurteil vom 21. Februar 2024 – 7 U 2211/23 e, Rn. 41 ff.

¹⁴ § 78 Abs. 1 und § 112 AktG; OLG München, Endurteil vom 21. Februar 2024 – 7 U 2211/23 e, Rn. 38.

Ergebnis lediglich zu übernehmen. Das Mitglied bleibt zur eigenständigen Würdigung verpflichtet.

Diese Pflicht gewinnt bei einem Aufsichtsratsmitglied mit besonderer Fachkunde zusätzliche Bedeutung. Ein Rechtsanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Ingenieur oder Finanzierungsexperte darf seine Fachkunde im Gremium nicht zurückhalten, um dieselbe Analyse anschließend gegen Sonderhonorar anzubieten. Soweit die Fachfrage zur Überwachungs- und Beratungsaufgabe gehört, ist der Einsatz der vorhandenen Kompetenz Teil der Organtätigkeit.

V. Nutzung vertraulicher Informationen und Interessenkonflikte

§ 116 AktG verpflichtet die Mitglieder insbesondere zur Verschwiegenheit über vertrauliche Berichte und Beratungen. Unzulässig sind daher die Weitergabe an Mandanten, Arbeitgeber, Aktionäre oder sonstige Dritte sowie die Nutzung für eigene Geschäfte, fremde Verhandlungspositionen oder die Akquisition zusätzlicher Mandate. Die Organstellung darf nicht zum Zugangskanal für wirtschaftlich verwertbare Informationen werden.¹⁵

Ein Interessenkonflikt führt nicht in jedem Fall automatisch zum Verlust des Mandats. Er muss jedoch offengelegt und verfahrensrechtlich neutralisiert werden. Bei der Zustimmung zu einem eigenen Beratungsvertrag darf das betroffene Mitglied sein Stimmrecht nicht ausüben. Der Bundesgerichtshof leitet diesen Stimmrechtsausschluss aus einer entsprechenden Anwendung des § 34 BGB her. Das Mitglied kann bei einem kleinen Gremium für die Feststellung der Beschlussfähigkeit grundsätzlich anwesend sein, muss sich aber der Stimmabgabe enthalten.¹⁶

D. § 113 AktG: Abschließende Ordnung der Vergütung für das Aufsichtsratsamt

I. Zuständigkeit von Satzung und Hauptversammlung

§ 113 Abs. 1 AktG erlaubt eine Vergütung für die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied. Sie muss in der Satzung festgesetzt oder von der Hauptversammlung bewilligt werden und soll in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und zur Lage der Gesellschaft stehen. Der Aufsichtsrat und der Vorstand dürfen diese Kompetenzordnung nicht durch Individualvereinbarungen verändern.¹⁷

¹⁵ § 116 Satz 2 AktG; über § 116 Satz 1 gilt ergänzend § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG sinngemäß.

¹⁶ BGH, Urteil vom 2. April 2007 – II ZR 325/05, ZIP 2007, 1056 Rn. 11 ff.

¹⁷ § 113 Abs. 1 AktG. Für börsennotierte Gesellschaften bestimmt § 113 Abs. 3 AktG zusätzlich den mindestens vierjährigen Vergütungsbeschluss.

Die Hauptversammlung darf eine feste, sitzungsbezogene, funktionsbezogene oder – innerhalb der gesetzlichen Angemessenheitsgrenzen – variable Vergütung vorsehen. Entscheidend ist nicht die Bezeichnung, sondern die Zuständigkeit. Ein „Beraterhonorar“, eine „Projektprämie“, eine „Transaktionsvergütung“ oder ein „Success Fee“ bleibt Organvergütung, wenn die vergütete Leistung zum Pflichtenkreis des Aufsichtsrats gehört. Dann ist eine Vereinbarung des Vorstands mit dem einzelnen Mitglied kein zulässiger Ersatz für eine Satzungs- oder Hauptversammlungsregelung.

Für Mitglieder des ersten Aufsichtsrats enthält § 113 Abs. 2 AktG eine zusätzliche Sperre: Über ihre Vergütung kann erst die Hauptversammlung entscheiden, die über ihre Entlastung beschließt. Bei börsennotierten Gesellschaften ist mindestens alle vier Jahre ein Beschluss über die Aufsichtsratsvergütung zu fassen; ein bestätigender Beschluss ist zulässig.

II. Welche Tätigkeiten bereits zum Amt gehören

Die Reichweite des Organamts wird weit verstanden. Erfasst sind die laufende und anlassbezogene Überwachung, die Prüfung von Rechtmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit, die Beratung über künftige Geschäftspolitik sowie die vertiefte Befassung mit außergewöhnlichen Transaktionen, Krisen und Risikolagen. Je bedeutsamer oder gefährlicher ein Vorgang ist, desto intensiver kann die Organpflicht werden. Gerade der erhöhte Prüfungsbedarf begründet deshalb regelmäßig keinen externen Honoraranspruch.

Nach der Rechtsprechung gehören insbesondere die allgemeine betriebswirtschaftliche Beratung, die Analyse von Unternehmensdaten, die Ableitung einer Unternehmensplanung, die Aufbereitung von Ergebnissen für Präsentationen, die Beratung über Kapitalmaßnahmen sowie die allgemeine Begleitung von Unternehmens- und Beteiligungskäufen oder -verkäufen zum organschaftlichen Aufgabenbereich.¹⁸

Auch koordinierende Tätigkeiten des Aufsichtsratsvorsitzenden, die Information der übrigen Mitglieder, die Sicherstellung vollständiger Unterlagen und die strukturierte Vorbereitung der Beschlussfassung sind Bestandteile seiner Organfunktion. Sie dürfen nicht unter einer zusätzlichen „Projektleitung“ oder „Transaktionsbegleitung“ vergütet werden.¹⁹

Die bloße Verwendung einer beruflichen Methode ändert daran nichts. Dass ein Mitglied eine steuerliche Analyse, rechtliche Einordnung, finanzmathematische Bewertung oder technische Plausibilisierung aufgrund besonderer Ausbildung besonders qualifiziert durchführen kann,

¹⁸ BGH, Beschluss vom 27. April 2009 – II ZR 160/08, ZIP 2009, 1661 Rn. 7; BGH, Urteil vom 22. Juni 2021 – II ZR 225/20, BGHZ 230, 190 Rn. 26 ff.; OLG Köln, Beschluss vom 27. Februar 2019 – 18 U 37/18, Rn. 31 ff.

¹⁹ OLG München, Endurteil vom 21. Februar 2024 – 7 U 2211/23 e, Rn. 43 f.

macht die Tätigkeit noch nicht zu einem gesonderten Mandat. Maßgeblich ist der Gegenstand der Aufgabe, nicht die Berufsbezeichnung des Mitglieds.

III. Folgen einer unzulässigen Sondervergütung

Ein Vertrag, der für organschaftlich geschuldete Leistungen eine zusätzliche Vergütung vorsieht, umgeht § 113 AktG. Er ist nach der gefestigten Rechtsprechung gemäß § 134 BGB nichtig. Eine Zustimmung des Aufsichtsrats nach § 114 AktG kann den Mangel nicht heilen, weil das Gremium nicht über die Vergütung seiner eigenen Organtätigkeit disponieren darf.²⁰

Dass einzelne Bestandteile eines weit gefassten Vertrags möglicherweise außerhalb des Amts liegen, rettet eine unklare Gesamtvereinbarung grundsätzlich nicht. Fehlt eine trennscharfe Leistungsbeschreibung und Vergütungszuordnung, ist der Vertrag als Umgehungskonstruktion nicht genehmigungsfähig. Die Parteien können nicht nachträglich beliebig einzelne Stunden als „extern“ deklarieren.

E. § 114 AktG: Zulässige externe Tätigkeiten nur unter strengen Voraussetzungen

I. Tatbestand des § 114 Abs. 1 AktG

§ 114 Abs. 1 AktG betrifft einen Dienstvertrag, der kein Arbeitsverhältnis begründet, oder einen Werkvertrag, durch den sich ein Aufsichtsratsmitglied gegenüber der Gesellschaft außerhalb seiner Aufsichtsrats Tätigkeit zu einer Tätigkeit höherer Art verpflichtet. Die Wirksamkeit hängt von der Zustimmung des Aufsichtsrats ab. Die Vorschrift ist keine Erlaubnisnorm für beliebige Nebentätigkeiten, sondern ein präventives Kontrollverfahren gegen verdeckte Organvergütung und Abhängigkeit vom Vorstand.²¹

Die Formulierung „außerhalb seiner Tätigkeit im Aufsichtsrat“ ist das zentrale Tatbestandsmerkmal. Erst wenn die Leistung gegenständlich außerhalb des Organpflichtenkreises liegt, stellt sich die Frage der Zustimmung. Eine Leistung innerhalb des Amts wird nicht dadurch zulässig, dass der Aufsichtsrat zustimmt. Sie bleibt § 113 AktG unterworfen.

²⁰ BGH, Urteil vom 4. Juli 1994 – II ZR 197/93, BGHZ 126, 340, 344 f.; BGH, Urteil vom 3. Juli 2006 – II ZR 151/04, BGHZ 168, 188 Rn. 16; BGH, Urteil vom 22. Juni 2021 – II ZR 225/20, BGHZ 230, 190 Rn. 27.

²¹ § 114 Abs. 1 AktG; zum Schutzzweck BGH, Urteil vom 4. Juli 1994 – II ZR 197/93, BGHZ 126, 340, 346 ff.; BGH, Urteil vom 29. Juni 2021 – II ZR 75/20, BGHZ 230, 203 Rn. 13 ff.

II. Tätigkeit höherer Art und besonderes Fachgebiet

Eine Tätigkeit höherer Art setzt eine qualifizierte, typischerweise selbständig und aufgrund besonderer Fachkunde erbrachte Dienst- oder Werkleistung voraus. In Betracht kommen beispielsweise die Vertretung in einem konkret bezeichneten Gerichts- oder Schiedsverfahren, ein eng umrissenes steuerliches Gutachten, eine patentrechtliche Spezialprüfung, ein technisches Gutachten oder eine förmliche Unternehmensbewertung nach einer bestimmten fachlichen Methode. Diese Beispiele sind keine Freistellung: Auch die Spezialleistung muss außerhalb der organschaftlichen Überwachung und Beratung liegen.

Die Rechtsprechung stellt deshalb auf „Fragen eines besonderen Fachgebiets“ ab. Allgemeine Unternehmenspolitik, laufende Unternehmensführung, strategische Planung und die wirtschaftliche Beurteilung wesentlicher Transaktionen bleiben Organaufgaben. Eine Spezialfrage kann zwar im Umfeld einer überwachten Transaktion entstehen; der Vertrag muss dann exakt die fachliche Teilfrage beschreiben und von der allgemeinen Transaktionsbegleitung abgrenzen.²²

III. Keine Abgrenzung nach Zeitaufwand oder Intensität

Nicht entscheidend ist, ob die Aufgabe üblicherweise mehrere Tage oder Monate beansprucht, ob sie nur mit einem Team bewältigt werden kann oder ob das Aufsichtsratsmitglied weit über den üblichen Sitzungsaufwand hinaus tätig wird. Die Einordnung folgt allein aus dem sachlichen Pflichtenkreis. Die Gesellschaft kann erhöhten Aufwand durch eine angemessene, von der Hauptversammlung beschlossene Organvergütung berücksichtigen; sie darf ihn nicht nachträglich in ein Beratermandat umetikettieren.

Ebenso wenig genügt die Behauptung, das Mitglied habe „operativ“ gearbeitet. Entweder war die operative Tätigkeit kompetenzwidrig, oder die Tätigkeit war in Wahrheit eine besonders intensive Überwachung und Beratung. In beiden Fällen entsteht nicht automatisch ein Vergütungsanspruch nach § 114 AktG.

IV. Erforderliche Bestimmtheit des Vertrags

Der Vertrag muss die speziellen Einzelfragen, die Arbeitsergebnisse, den zeitlichen und sachlichen Umfang sowie das Entgelt so konkret bezeichnen, dass der Aufsichtsrat ein eigenständiges Urteil über die Abgrenzung zur Organtätigkeit, die Erforderlichkeit, die Marktüblichkeit und die Angemessenheit der Vergütung bilden kann. Allgemeine

²² BGH, Urteil vom 25. März 1991 – II ZR 188/89, BGHZ 114, 127, 133; BGH, Urteil vom 4. Juli 1994 – II ZR 197/93, BGHZ 126, 340, 344 ff.; OLG München, Endurteil vom 21. Februar 2024 – 7 U 2211/23 e, Rn. 41.

Rahmenbegriffe wie „strategische Beratung“, „Unterstützung bei Sonderprojekten“, „Begleitung von Kapitalmarktmaßnahmen“, „M&A-Beratung“, „laufende rechtliche Beratung“ oder „sonstige Leistungen nach Bedarf“ genügen regelmäßig nicht.²³

Auch die Vergütung muss bestimmbar sein. Ein Stundensatz ohne realistische Begrenzung des Auftragsvolumens, ein Verweis auf „übliche Sätze“, eine offene Erfolgsprovision oder eine pauschale Budgetfreigabe kann die präventive Kontrolle vereiteln. Das Gremium muss zumindest die Berechnungsgrundlagen und den maximal zu erwartenden Gesamtumfang erkennen können.²⁴

Eine gesetzliche Schriftform nennt § 114 AktG nicht ausdrücklich. Der Bundesgerichtshof hat die Frage einer zwingenden Schrift- oder Textform nicht abschließend entschieden. Angesichts der Bestimmtheits- und Informationsanforderungen ist eine vollständige Dokumentation in Textform jedoch praktisch unverzichtbar. Mündliche Nebenabreden, nachträgliche Stundenlisten oder interne Verteilungen eines Gesamtbonus reichen nicht aus, um einen unbestimmten Vertrag zu heilen.

V. Vertragsschluss und Zustimmungsbeschluss

Der Vorstand schließt den Vertrag für die Gesellschaft. Der Aufsichtsrat entscheidet durch Beschluss über die Zustimmung. Ein informelles Einverständnis des Vorsitzenden, die Kenntnis einzelner Mitglieder, eine bloße Aussprache oder das Schweigen des Gremiums genügt nicht. Der Beschluss muss ausdrücklich feststellbar sein und auf einer vollständigen Information über Vertragspartner, Leistungsgegenstand, Vergütung, Laufzeit, Interessenkonflikte und gegebenenfalls mittelbare wirtschaftliche Vorteile beruhen.²⁵

Das betroffene Aufsichtsratsmitglied darf an der Abstimmung nicht mitwirken. Der Stimmrechtsausschluss beseitigt bei einem dreiköpfigen Aufsichtsrat nicht notwendig die Beschlussfähigkeit; er verhindert aber jede eigene Stimmabgabe und verlangt eine transparente Protokollierung. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte das Mitglied während Beratung und Abstimmung den Raum beziehungsweise die elektronische Sitzung verlassen, auch wenn die Rechtsprechung für die bloße Beschlussfähigkeit differenziert.

Die Zuständigkeit für § 114-Entscheidungen kann grundsätzlich auf einen Ausschuss übertragen werden, weil § 107 Abs. 3 AktG diese Entscheidung nicht als unübertragbar bezeichnet. Der Ausschuss muss unabhängig besetzt und vollständig informiert sein. Bei

²³ BGH, Urteil vom 4. Juli 1994 – II ZR 197/93, BGHZ 126, 340, 344 ff.; BGH, Urteil vom 20. November 2006 – II ZR 279/05, BGHZ 170, 60 Rn. 13; OLG Köln, Beschluss vom 27. Februar 2019 – 18 U 37/18, Rn. 72 ff.

²⁴ OLG Nürnberg, Urteil vom 8. März 2017 – 12 U 927/15, AG 2018, 166, insbesondere Rn. 84 ff.

²⁵ § 108 Abs. 1 AktG; OLG Nürnberg, Urteil vom 8. März 2017 – 12 U 927/15, AG 2018, 166; OLG München, Endurteil vom 21. Februar 2024 – 7 U 2211/23 e, Rn. 48 ff.

wesentlichen oder reputationssensiblen Mandaten bleibt eine Befassung des Plenums gleichwohl die regelmäßig vorzugswürdige Governance-Lösung.²⁶

VI. Zeitpunkt der Zustimmung und Zahlungsverbot

Der Vertrag kann vor der Zustimmung abgeschlossen werden; er ist dann bis zur Zustimmung schwebend unwirksam. § 114 Abs. 2 AktG lässt eine nachträgliche Genehmigung ausdrücklich zu. Lehnt der Aufsichtsrat ab oder wird der Vertrag nicht vorgelegt, bleibt er unwirksam. Aus der Möglichkeit späterer Genehmigung folgt jedoch kein Recht des Vorstands, vorab zu zahlen.

Nach der Fresenius-Entscheidung handelt der Vorstand jedenfalls im Regelfall rechtswidrig, wenn er eine Vergütung zahlt, obwohl der Aufsichtsrat dem zugrunde liegenden Vertrag noch nicht zugestimmt hat. Die zeitliche Verzögerung ist der gesetzlich gewollte Preis für die präventive Kontrolle. Eine spätere Genehmigung kann die vertragliche Wirksamkeit und den Rückgewähranspruch beeinflussen, beseitigt aber nicht ohne Weiteres den bereits verwirklichten Pflichtverstoß des Vorstands im Zeitpunkt der Zahlung.²⁷

VII. Verträge über zwischengeschaltete oder nahestehende Unternehmen

Die §§ 113 und 114 AktG wären leicht zu umgehen, wenn nur der unmittelbare Vertrag mit der natürlichen Person erfasst würde. Der Bundesgerichtshof wendet die Kontrollordnung deshalb auf wirtschaftlich vergleichbare Gestaltungen an. Erforderlich ist keine Umgehungsabsicht; maßgeblich ist die objektive Gefährdung von Vergütungsordnung und Unabhängigkeit.²⁸

Erfasst ist zunächst die eigene Beratungs-GmbH, deren Alleingesellschafter und Geschäftsführer das Aufsichtsratsmitglied ist. Erfasst sein kann ferner eine Gesellschaft, an der das Mitglied nicht beherrschend beteiligt ist, wenn ihm nicht nur ganz geringfügige oder gegenüber der Organvergütung vernachlässigbare Vorteile zufließen. Ebenso hat der Bundesgerichtshof den Anwendungsbereich auf eine Gesellschaft erstreckt, deren gesetzlicher Vertreter das Aufsichtsratsmitglied ist, auch wenn die wirtschaftliche Zurechnung nicht allein auf einer Kapitalbeteiligung beruht.²⁹

Auch die Sozietät oder Personengesellschaft eines anwaltlich oder steuerlich tätigen Mitglieds wird einbezogen. Gleiches gilt für eine Unterbeauftragung: Beauftragt die

²⁶ BGH, Urteil vom 10. Juli 2012 – II ZR 48/11, BGHZ 194, 14 Rn. 21 – Fresenius; § 107 Abs. 3 AktG.

²⁷ BGH, Urteil vom 10. Juli 2012 – II ZR 48/11, BGHZ 194, 14 Rn. 19 ff. – Fresenius.

²⁸ BGH, Urteil vom 3. Juli 2006 – II ZR 151/04, BGHZ 168, 188 Rn. 9 f.; BGH, Urteil vom 29. Juni 2021 – II ZR 75/20, BGHZ 230, 203 Rn. 20 ff.

²⁹ BGH, Urteil vom 20. November 2006 – II ZR 279/05, BGHZ 170, 60 Rn. 8 ff.; BGH, Urteil vom 29. Juni 2021 – II ZR 75/20, BGHZ 230, 203 Rn. 14 ff.

Aktiengesellschaft einen externen Hauptberater, der seinerseits die vom Aufsichtsratsmitglied beherrschte Gesellschaft einschaltet, kann diese Kette den §§ 113 und 114 AktG unterfallen. Entscheidend ist, ob das Mitglied oder die ihm zuzurechnende Einheit aus einem für die Aktiengesellschaft erbrachten Beratungsmandat vergütet wird und die präventive Kontrolle andernfalls leerliefe.³⁰

Schließlich können Zahlungen einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft an das Aufsichtsratsmitglied der Obergesellschaft oder an eine ihm zuzurechnende Gesellschaft erfasst werden. Das ist keine automatische Konzernzurechnung jeder Zahlung. Es kommt auf die konkrete Umgehungs- und Interessenlage sowie den Bezug zur Tätigkeit für die Obergesellschaft an. Die neuere obergerichtliche Rechtsprechung behandelt den Rückgewähranspruch in solchen Konstellationen als speziellen aktienrechtlichen Anspruch.³¹

VIII. Altverträge und fehlerhafte Bestellung

Die Schutzvorschriften gelten auch für Verträge, die vor Beginn des Aufsichtsratsamts geschlossen wurden, wenn Leistung oder Vergütung während der Amtszeit fortwirken. Mit der Bestellung entsteht die Konfliktlage neu. Ein bestehender Rahmenvertrag sollte deshalb überprüft, gegebenenfalls neu abgegrenzt und dem Aufsichtsrat zur Zustimmung vorgelegt werden. Die Rechtsprechung wendet § 114 Abs. 2 AktG außerdem auf ein nur fehlerhaft bestelltes, tatsächlich als Aufsichtsratsmitglied handelndes Organmitglied an.³²

IX. Arbeitsverhältnisse

§ 114 Abs. 1 AktG nimmt Dienstverträge, die ein Arbeitsverhältnis begründen, seinem Wortlaut nach aus. Daraus folgt jedoch kein allgemeines Freistellungsprivileg. Arbeitnehmervertreter können selbstverständlich in einem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft stehen. Bei einem Anteilseignervertreter ist dagegen sorgfältig zu prüfen, ob die neue Beschäftigung zu einer nach § 105 AktG unvereinbaren Leitungs- oder Generalvertretungsfunktion führt, die Unabhängigkeit beeinträchtigt oder in Wahrheit nur eine zusätzliche Vergütung für Organpflichten verschleiert. § 113 AktG bleibt als Umgehungsverbot anwendbar.

³⁰ BGH, Urteil vom 2. April 2007 – II ZR 325/05, ZIP 2007, 1056; BGH, Urteil vom 22. Juni 2021 – II ZR 225/20, BGHZ 230, 190 Rn. 21 ff.

³¹ BGH, Urteil vom 10. Juli 2012 – II ZR 48/11, BGHZ 194, 14 Rn. 16 – Fresenius; BayObLG, Beschluss vom 12. August 2025 – 102 AR 64/25 e, AG 2025, 889 Rn. 17, 23.

³² BGH, Urteil vom 3. Juli 2006 – II ZR 151/04, BGHZ 168, 188 Rn. 14, 19; BGH, Urteil vom 29. Juni 2021 – II ZR 75/20, BGHZ 230, 203 Rn. 32.

X. Zusätzliche Anforderungen bei börsennotierten Gesellschaften

Bei einer börsennotierten Aktiengesellschaft kann ein Beratungs- oder Werkvertrag mit einem Aufsichtsratsmitglied zugleich ein Geschäft mit einer nahestehenden Person sein. Überschreitet der wirtschaftliche Wert allein oder zusammen mit weiteren Geschäften die Schwelle des § 111b Abs. 1 AktG, ist die vorherige Zustimmung des Aufsichtsrats oder eines dafür eingerichteten Ausschusses erforderlich. Beteiligte oder konfliktbelastete Mitglieder dürfen nicht abstimmen; zustimmungsbedürftige Geschäfte sind nach § 111c AktG zu veröffentlichen.³³

Die gesetzmäßige Organvergütung nach § 113 Abs. 3 AktG ist von diesem Related-Party-Regime ausgenommen. Ein externer Beratungsvertrag nach § 114 AktG fällt jedoch nicht allein wegen seiner Bezeichnung unter diese Ausnahme. Beide Kontrollregime können deshalb nebeneinander zu beachten sein. Die nach § 114 Abs. 2 AktG mögliche spätere Genehmigung ersetzt nicht die in § 111b vorgesehene vorherige Zustimmung.

F. § 115 AktG: Kreditgewährung und kreditähnliche Begünstigungen

§ 115 AktG behandelt nicht die Vergütung, sondern die Kreditgewährung an Aufsichtsratsmitglieder. Die Gesellschaft darf einem Mitglied Kredit nur mit Einwilligung des Aufsichtsrats gewähren. Die Einwilligung darf nur für bestimmte Kreditgeschäfte oder Arten von Kreditgeschäften und höchstens drei Monate im Voraus erteilt werden; der Beschluss muss Verzinsung und Rückzahlung regeln.³⁴

Das Zustimmungserfordernis erstreckt sich auf Kredite an Ehegatten, Lebenspartner, minderjährige Kinder und an Dritte, die für Rechnung dieser Personen oder des Mitglieds handeln. Es gilt ferner unter den Voraussetzungen des § 115 Abs. 3 AktG für juristische Personen und Personenhandelsgesellschaften, deren gesetzlicher Vertreter oder Gesellschafter das Aufsichtsratsmitglied ist. Für verbundene Unternehmen und bestimmte Warenkredite bestehen gesetzliche Ausnahmen.

Wird ein Kredit ohne die erforderliche Einwilligung gewährt, ist er grundsätzlich sofort zurückzugewähren, wenn der Aufsichtsrat nicht nachträglich zustimmt. § 115 AktG verdrängt die §§ 113 und 114 AktG nicht. Eine Gestaltung kann zugleich vergütungsrechtliche und kreditrechtliche Fragen aufwerfen; insbesondere darf ein Vorschuss, ein ungewöhnlich

³³ §§ 111a bis 111c AktG, insbesondere § 111b Abs. 1 und 2 sowie § 111c Abs. 1 und 2 AktG.

³⁴ § 115 Abs. 1 AktG.

langfristiges Zahlungsziel oder eine Finanzierung über eine nahestehende Gesellschaft nicht nur formal eingeordnet werden.³⁵

G. §§ 116 und 117 AktG: Sorgfalt, Haftung und Einflussnahme

I. Persönliche Verantwortlichkeit nach § 116 AktG

§ 116 Satz 1 AktG verweist für Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit weitgehend auf § 93 AktG. Ein Aufsichtsratsmitglied haftet der Gesellschaft, wenn es seine Überwachungs-, Beratungs-, Zustimmungs-, Verschwiegenheits- oder Rückforderungsaufgaben schuldhaft verletzt und dadurch einen Schaden verursacht. Ist streitig, ob die erforderliche Sorgfalt angewandt wurde, trifft die Organmitglieder nach der gesetzlichen Verweisungsordnung grundsätzlich eine gesteigerte Darlegungs- und Beweislast.³⁶

Die Business Judgment Rule schützt nur unternehmerische Ermessensentscheidungen auf angemessener Informationsgrundlage. Sie deckt keinen Verstoß gegen klare Kompetenz-, Zustimmungs- oder Vergütungsnormen. Wer einen erkennbar unbestimmten Beratungsvertrag genehmigt, trotz eigener Betroffenheit abstimmt, eine gesetzlich unzulässige Sondervergütung zulässt oder offenkundige Rückforderungsansprüche verjähren lässt, kann sich nicht darauf zurückziehen, dies sei eine freie unternehmerische Entscheidung.

Die Haftungsgefahr trifft auch den Vorstand. § 93 Abs. 3 Nr. 7 AktG nennt ausdrücklich die gesetzeswidrige Gewährung von Vergütungen an Aufsichtsratsmitglieder; Nr. 8 erfasst unzulässige Kreditgewährungen. Der Aufsichtsrat darf eine Pflichtverletzung des Vorstands nicht durch Billigung neutralisieren. § 93 Abs. 4 Satz 2 AktG stellt klar, dass die Billigung durch den Aufsichtsrat die Ersatzpflicht nicht ausschließt.³⁷

II. Pflicht zur Prüfung und Verfolgung von Ansprüchen

Stellt der Aufsichtsrat fest, dass unzulässige Vergütungen gezahlt wurden, muss er nicht nur künftige Zahlungen stoppen. Er hat das Bestehen von Ersatz- und Rückgewähransprüchen eigenverantwortlich zu prüfen und durchsetzbare Ansprüche grundsätzlich zu verfolgen. Die ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung lässt ein Absehen nur aufgrund einer am Unternehmenswohl orientierten, rechtlich tragfähigen Abwägung zu; persönliche Rücksichtnahme, Loyalität oder Reputationsschutz einzelner Organmitglieder genügen nicht.³⁸

³⁵ § 115 Abs. 4 AktG; zur fehlenden Sperrwirkung gegenüber § 114 AktG BGH, Urteil vom 29. Juni 2021 – II ZR 75/20, BGHZ 230, 203 Rn. 24.

³⁶ § 116 Satz 1 in Verbindung mit § 93 Abs. 1 und 2 AktG.

³⁷ § 93 Abs. 3 Nr. 7 und 8 sowie Abs. 4 Satz 2 AktG.

³⁸ BGH, Urteil vom 21. April 1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 252 ff. – ARAG/Garmenbeck.

Für Ansprüche gegen Vorstandsmitglieder vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft nach § 112 AktG. Bei Ansprüchen gegen ein Aufsichtsratsmitglied ist die Vertretungslage gesondert zu prüfen; regelmäßig handelt der Vorstand für die Gesellschaft. Interessenkonflikte innerhalb beider Organe können die Bestellung eines besonderen Vertreters oder weitere gesellschaftsrechtliche Maßnahmen erforderlich machen.

III. § 117 AktG: Haftung des Einflussnehmenden

§ 117 AktG richtet sich gegen denjenigen, der vorsätzlich seinen Einfluss auf die Gesellschaft benutzt, um ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied, einen Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten zu einem schädigenden Verhalten zu bestimmen. Die Norm kann etwa relevant werden, wenn ein beherrschender Aktionär, Berater oder sonstiger Machttäger die Gewährung einer unzulässigen Sondervergütung oder die Übernahme einer interessengeleiteten Geschäftsführungsmaßnahme veranlasst. Pflichtwidrig handelnde Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder haften neben ihm als Gesamtschuldner.³⁹

H. Rechtsfolgen im Einzelnen

I. Nichtigkeit nach § 113 AktG in Verbindung mit § 134 BGB

Betrifft der Vertrag Tätigkeiten, die bereits dem Organamt zuzurechnen sind, ist die Vergütungsvereinbarung wegen Umgehung des § 113 AktG grundsätzlich nichtig. Gleiches gilt bei einer untrennbaren Mischung aus Organ- und Fremdleistungen oder einer Leistungsbeschreibung, die keine verlässliche Abgrenzung erlaubt. Der Aufsichtsrat kann einen solchen Vertrag nicht durch Zustimmung nach § 114 AktG wirksam machen.

Die Nichtigkeit betrifft die vertragliche Vergütungsgrundlage. Sie bedeutet nicht, dass jede tatsächlich erbrachte Handlung rechtswidrig gewesen sein muss. Eine zulässige organschaftliche Beratung bleibt pflichtgemäß; nur ihre zusätzliche individualvertragliche Vergütung ist ausgeschlossen. Soweit die Tätigkeit operative Geschäftsführung darstellt, kann hingegen bereits die Tätigkeit selbst kompetenzwidrig sein.

II. Schwebende Unwirksamkeit nach § 114 AktG

Liegt eine echte externe Spezialleistung vor, fehlt aber die Zustimmung, ist der Vertrag bis zur Genehmigung schwebend unwirksam. Die Gesellschaft ist nicht zur Zahlung verpflichtet.

³⁹ § 117 Abs. 1 bis 3 AktG.

Erfolgt dennoch eine Zahlung, hat das Aufsichtsratsmitglied die Vergütung nach § 114 Abs. 2 Satz 1 AktG zurückzugewähren, sofern der Aufsichtsrat den Vertrag nicht genehmigt.⁴⁰

Der Rückgewähranspruch wird von der Rechtsprechung auf wirtschaftlich zurechenbare Empfängergesellschaften erstreckt. In den erfassten Konstellationen können sowohl das Mitglied als auch die empfangende Gesellschaft auf Rückzahlung in Anspruch genommen werden. Die Einschaltung einer GmbH, Sozietät, Unterberaterin oder Tochtergesellschaft beseitigt das Rückforderungsrisiko daher nicht.⁴¹

III. Bereicherungsanspruch des Mitglieds

§ 114 Abs. 2 Satz 2 AktG lässt einen Anspruch des Mitglieds auf Herausgabe der durch die Tätigkeit erlangten Bereicherung unberührt, schließt aber die Aufrechnung gegen den Rückgewähranspruch aus. Ein Wertersatz kommt nur insoweit in Betracht, als die Gesellschaft durch eine tatsächlich außerhalb des Organamts liegende Leistung bereichert wurde. Für Leistungen, die das Mitglied ohnehin organschaftlich schuldete, besteht kein zusätzlicher Wertausgleich.

Das Mitglied oder seine Gesellschaft muss die externen Leistungen, ihren Zeitraum, ihre Abgrenzung und den objektiven Wert substantiiert darlegen. Pauschale Stundenaufstellungen oder eine Vermengung mit Organleistungen genügen nicht. Das OLG Köln hat betont, dass nur die ersparte marktübliche Vergütung für wirklich externe Leistungen maßgeblich sein kann.⁴²

IV. Verjährung

Auf den aktienrechtlichen Rückgewähranspruch findet nach der Rechtsprechung grundsätzlich die regelmäßige Verjährungsfrist der §§ 195 und 199 BGB Anwendung. Der Beginn hängt insbesondere von der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis der anspruchsbegründenden Umstände und der Person des Schuldners ab. Eine neue Unternehmensleitung ist nicht ohne Weiteres verpflichtet, jede frühere Rechnung sofort auf mögliche § 114-Verstöße zu untersuchen; vorhandene, ohne besonderen Aufwand zugängliche Erkenntnisquellen dürfen jedoch nicht ignoriert werden.⁴³

⁴⁰ § 114 Abs. 2 Satz 1 AktG.

⁴¹ BGH, Urteil vom 22. Juni 2021 – II ZR 225/20, BGHZ 230, 190 Rn. 31, 38; BayObLG, Beschluss vom 12. August 2025 – 102 AR 64/25 e, Rn. 17.

⁴² BGH, Urteil vom 2. April 2007 – II ZR 325/05, ZIP 2007, 1056 Rn. 20; BGH, Beschluss vom 27. April 2009 – II ZR 160/08, ZIP 2009, 1661 Rn. 4 ff.; OLG Köln, Beschluss vom 27. Februar 2019 – 18 U 37/18, Rn. 101 ff.

⁴³ BGH, Urteil vom 29. Juni 2021 – II ZR 75/20, BGHZ 230, 203 Rn. 32, 36 ff.; zur regelmäßigen Verjährung bereits BGH, Urteil vom 3. Juli 2006 – II ZR 151/04, BGHZ 168, 188 Rn. 21.

V. Entlastung und Beschlussmängel

Gesetzesverstöße im Zusammenhang mit Aufsichtsratsverträgen können die Entlastung von Vorstand oder Aufsichtsrat und die Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen berühren. Nicht jeder Rechtsfehler führt automatisch zur erfolgreichen Anfechtung. Maßgeblich sind insbesondere Schwere und Eindeutigkeit des Verstoßes, die Informationslage und die konkrete Bedeutung für die Gesellschaft. Die Fresenius-Entscheidung verdeutlicht jedoch, dass Zahlungen vor Zustimmung als klarer Governance-Verstoß einzuordnen sein können.⁴⁴

I. Typische Fallgruppen und ihre rechtliche Einordnung

I. Strategieberatung und laufende Unternehmensberatung

Ein Vertrag über „strategische Beratung“, „Unternehmensentwicklung“, „Sparring des Vorstands“, „laufende betriebswirtschaftliche Beratung“ oder „Unterstützung bei wesentlichen Entscheidungen“ betrifft regelmäßig den Kern der organschaftlichen Beratung. Eine zusätzliche Vergütung ist nicht nach § 114 AktG genehmigungsfähig. Eine höhere Organvergütung muss nach § 113 AktG durch Satzung oder Hauptversammlung vorgesehen werden.

II. M&A, Finanzierung und Kapitalmarkt

Die wirtschaftliche Prüfung eines Unternehmenskaufs oder -verkaufs, die Erörterung von Kaufpreis, Struktur, Finanzierung und Risiken, die Analyse von Unternehmensdaten, die Suche nach Investoren und die allgemeine Begleitung von Verhandlungen sind nach der Rechtsprechung weitgehend dem Organamt zugeordnet. Eine gesonderte Bewertung nach einem klar definierten Standard, eine steuerliche Spezialstruktur oder die anwaltliche Bearbeitung einer bestimmten Rechtsfrage kann hingegen außerhalb liegen, wenn sie trennscharf beauftragt und vergütet wird.

Besonders riskant sind erfolgsabhängige Vergütungen, die an Closing, Kaufpreis, Kapitalerhöhung oder Investoreneinzug anknüpfen. Sie können die Unabhängigkeit des Überwachungsorgans beeinträchtigen und honorieren häufig gerade die strategische Transaktionsbegleitung. Soweit eine variable Vergütung überhaupt vorgesehen werden soll, muss zunächst geklärt werden, ob sie als Organvergütung nach § 113 AktG oder als Vergütung einer echten Spezialleistung nach § 114 AktG einzuordnen ist.

⁴⁴ BGH, Urteil vom 10. Juli 2012 – II ZR 48/11, BGHZ 194, 14 Rn. 19 ff., 23 – Fresenius.

III. Rechts- und Steuerberatung

Ein anwaltlich oder steuerlich qualifiziertes Aufsichtsratsmitglied darf nicht jede juristische oder steuerliche Frage automatisch gesondert abrechnen. Die rechtliche Plausibilisierung der Geschäftsführung, die Beurteilung allgemeiner Compliance-Risiken, die steuerliche Würdigung einer vom Aufsichtsrat zu überwachenden Struktur und die Beratung über gesellschaftspolitische Grundentscheidungen können Teil des Amts sein. Gesondert beauftragbar sind nur hinreichend spezielle, abgrenzbare Mandate, etwa die Prozessvertretung in einem konkret bezeichneten Drittverfahren oder ein Gutachten zu einer präzisen Spezialfrage, sofern kein Interessenkonflikt besteht.

IV. Technische, wissenschaftliche und gutachterliche Leistungen

Technische Untersuchungen, Patentrecherchen, Umweltgutachten oder förmliche Bewertungsleistungen können typische § 114-Leistungen sein. Das gilt jedoch nicht, wenn das Mitglied lediglich seine technische oder finanzielle Fachkunde zur Plausibilisierung einer Vorstandsvorlage einsetzt. Auch hier entscheidet der konkrete Gegenstand: eigenständiges Gutachten mit definiertem Untersuchungsprogramm einerseits, organschaftliche Prüfung und Beratung andererseits.

V. Vermittlung, Maklertätigkeit und Investorensuche

Vermittlungs- und Maklerleistungen können abstrakt außerhalb des Amts liegen. Sobald sie jedoch mit der strategischen Vorbereitung oder Durchführung eines Unternehmensverkaufs, der Suche nach Käufern oder Investoren und der laufenden Transaktionsbegleitung verbunden werden, besteht ein erhebliches Risiko der Zuordnung zum Organpflichtenkreis. Eine erfolgsabhängige Provision ohne klaren Höchstbetrag und ohne förmlichen Zustimmungsbeschluss ist besonders angreifbar.⁴⁵

J. Chronologische Entwicklung der Rechtsprechung

BGH, Urteil vom 25. März 1991 – II ZR 188/89, BGHZ 114, 127: Der Bundesgerichtshof legte den Grundstein der heutigen Abgrenzung. Die Überwachung umfasst auch die Beratung des Vorstands in übergeordneten Fragen der Unternehmenspolitik. Ein überdurchschnittlicher Einsatz oder besondere Fachkunde begründet keinen gesonderten Honoraranspruch. Verträge über bereits organschaftlich geschuldete Leistungen umgehen § 113 AktG und sind nichtig.

⁴⁵ OLG Nürnberg, Urteil vom 8. März 2017 – 12 U 927/15, AG 2018, 166; OLG Köln, Beschluss vom 27. Februar 2019 – 18 U 37/18; OLG München, Endurteil vom 21. Februar 2024 – 7 U 2211/23 e.

BGH, Urteil vom 4. Juli 1994 – II ZR 197/93, BGHZ 126, 340: Der Beratungsvertrag muss spezielle Einzelfragen und Vergütung so konkret beschreiben, dass das Gremium Art, Umfang und Angemessenheit selbst beurteilen kann. Allgemeine Beratungsrahmen gefährden die Unabhängigkeit und öffnen verdeckten Sonderzuwendungen den Weg. Unklare Verträge sind nicht genehmigungsfähig.

BGH, Urteil vom 21. April 1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244 – ARAG/Garmenbeck: Der Aufsichtsrat muss mögliche Ersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder eigenverantwortlich prüfen und grundsätzlich verfolgen. Diese Pflicht ist für unzulässige Zahlungen an Aufsichtsratsmitglieder besonders wichtig: Das Gremium darf Rückforderungs- und Haftungsansprüche nicht aus Kollegialität oder Rücksichtnahme unbeachtet lassen.

BGH, Urteil vom 3. Juli 2006 – II ZR 151/04, BGHZ 168, 188: Die §§ 113 und 114 AktG erfassen auch den Vertrag mit einer vom Aufsichtsratsmitglied beherrschten Gesellschaft. Eine Umgehungsabsicht ist nicht erforderlich. Altverträge und fehlerhaft bestellte Mitglieder werden einbezogen. Der Rückgewähranspruch unterliegt grundsätzlich der regelmäßigen Verjährung.

BGH, Urteil vom 20. November 2006 – II ZR 279/05, BGHZ 170, 60: Die Einbeziehung gilt auch bei einer nicht notwendig beherrschenden Beteiligung, sofern dem Mitglied wirtschaftlich nicht nur unerhebliche Vorteile zufließen. Allgemeine betriebswirtschaftliche Beratung und die Beratung bei Unternehmens- und Beteiligungskaufverträgen zählen zum Organamt. Die empfangende Gesellschaft kann zur Rückzahlung verpflichtet sein.

BGH, Urteil vom 2. April 2007 – II ZR 325/05, ZIP 2007, 1056: Die Anwaltssozietät eines Aufsichtsratsmitglieds wird in den Schutzbereich einbezogen. Das betroffene Mitglied darf über die Zustimmung nicht abstimmen. Bereicherungs- oder Aufwendungsersatzansprüche bleiben nur für echte Leistungen außerhalb des Amts möglich; § 817 Satz 2 BGB sperrt sie nicht generell.

BGH, Beschluss vom 27. April 2009 – II ZR 160/08, ZIP 2009, 1661: Unternehmensdatenanalyse, Unternehmensplanung und Präsentationsaufbereitung sind allgemeine betriebswirtschaftliche Beratungsleistungen und damit regelmäßig Organpflichten. Für einen Bereicherungsausgleich müssen externe Leistungen konkret getrennt und bewertet werden.

BGH, Urteil vom 10. Juli 2012 – II ZR 48/11, BGHZ 194, 14 – Fresenius: Der Vorstand handelt im Regelfall rechtswidrig, wenn er vor der Zustimmung des Aufsichtsrats zahlt. Die Entscheidung nach § 114 AktG kann auf einen Ausschuss übertragen werden. Auch konzerninterne Zahlungen können in den Anwendungsbereich gelangen. Die Entscheidung prägt bis heute den Verfahrensstandard.

OLG Nürnberg, Urteil vom 8. März 2017 – 12 U 927/15, AG 2018, 166: Erforderlich sind ein förmlicher Beschluss und vollständige Kenntnis aller wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere der Vergütung. Eine konkludente Zustimmung scheidet aus. Die Entscheidung hebt die Notwendigkeit einer belastbaren Vertrags- und Beschlussdokumentation hervor.

OLG Köln, Beschluss vom 27. Februar 2019 und Beschluss vom 11. Juli 2019 – 18 U 37/18: Breit formulierte Leistungen im Zusammenhang mit Unternehmensplanung, Käuferkontakten, Transaktionsverhandlungen und Vertragsprüfung ließen sich nicht vom Organamt abgrenzen. Der Vertrag war nichtig. Ein Bereicherungsausgleich kam nur für konkret dargelegte externe Leistungen in Betracht.

BGH, Urteil vom 22. Juni 2021 – II ZR 225/20, BGHZ 230, 190: Die Kontrollordnung greift auch bei einer Unterbeauftragung: Ein von der Aktiengesellschaft beauftragter Berater schaltete die vom Aufsichtsratsmitglied beherrschte Gesellschaft ein. Unklare Mischleistungen waren nicht genehmigungsfähig. Mitglied und Empfängergesellschaft mussten die Zahlungen zurückgewähren.

BGH, Urteil vom 29. Juni 2021 – II ZR 75/20, BGHZ 230, 203: Ein Vertrag mit einer Gesellschaft, deren gesetzlicher Vertreter das Aufsichtsratsmitglied ist, fällt auch ohne beherrschende Beteiligung in den Anwendungsbereich. Entscheidend ist die objektive Gefährdung der Unabhängigkeit. Der Bundesgerichtshof bestätigte persönliche Rückgewähr und regelmäßige Verjährung.

OLG München, Endurteil vom 21. Februar 2024 – 7 U 2211/23 e: Die Tätigkeit in einem Team für den Verkauf einer Unternehmenssparte, die Kommunikation mit Erwerbsinteressenten, die Information des Aufsichtsrats und die Korrespondenz mit dem Notariat gehörten zum Organamt. Ein außergewöhnlicher Einsatz änderte daran nichts. Zudem fehlte ein ausdrücklicher Zustimmungsbeschluss.

BayObLG, Beschluss vom 12. August 2025 – 102 AR 64/25 e, AG 2025, 889: Das Gericht ordnete § 114 Abs. 2 AktG als speziellen aktienrechtlichen Rückgewähranspruch ein und fasste die Rechtsprechung zu Zahlungen an zurechenbare Gesellschaften sowie zu Zahlungen einer Tochtergesellschaft zusammen. Die Entscheidung verdeutlicht die prozessuale Reichweite der Rückforderung.

K. Prüfungsschema für die Praxis

1. Zunächst ist festzustellen, wer die Leistung erbringen und wer die Vergütung erhalten soll. Zu erfassen sind natürliche Person, Sozietät, Beteiligungsgesellschaft, gesetzlich vertretene Gesellschaft, Unterauftragnehmer und Konzerngesellschaft.
2. Sodann ist der Leistungsgegenstand ohne Rücksicht auf Vertragsbezeichnungen zu bestimmen. Welche konkrete Handlung, welches Arbeitsergebnis und welche Entscheidungsunterstützung werden geschuldet?
3. Der Gegenstand ist mit dem organschaftlichen Pflichtenkreis nach §§ 111 und 116 AktG abzugleichen. Allgemeine Unternehmenspolitik, strategische Beratung, betriebswirtschaftliche Analyse und M&A-Begleitung sprechen für Organtätigkeit.
4. Liegt Organtätigkeit vor, darf keine individualvertragliche Sondervergütung vereinbart werden. Eine Vergütungsanpassung muss über § 113 AktG durch Satzung oder Hauptversammlung erfolgen.
5. Liegt eine Spezialleistung außerhalb des Amts vor, muss ein schriftlich dokumentierter Vertrag Gegenstand, Umfang, Arbeitsergebnis, Laufzeit, Vergütung und Höchstvolumen präzise regeln.
6. Der Vorstand schließt den Vertrag. Der Aufsichtsrat oder ein zuständiger Ausschuss beschließt ausdrücklich über die Zustimmung. Das betroffene Mitglied legt sämtliche Interessen offen und stimmt nicht mit.
7. Vor der Beschlussfassung sind Marktüblichkeit, Erforderlichkeit, Alternativangebote, Gesamtvergütung, Abhängigkeit und Reputationsrisiken zu prüfen. Bei börsennotierten Gesellschaften sind §§ 111a bis 111c AktG zusätzlich einzubeziehen.
8. Vor wirksamer Zustimmung darf keine Zahlung erfolgen. Rechnungen müssen den genehmigten Leistungsgegenstand nachvollziehbar ausweisen. Änderungen des Auftrags oder Überschreitungen des Volumens bedürfen erneuter Befassung.
9. Bei bereits erfolgten Zahlungen sind Nichtigkeit, Rückgewähr nach § 114 Abs. 2 AktG, Bereicherungsausgleich, Verjährung und Organhaftung gesondert zu prüfen. Ansprüche dürfen nicht ohne dokumentierte Unternehmenswohlabwägung aufgegeben werden.
10. Die gesamte Prüfung ist in Vertrag, Beschlussvorlage und Sitzungsniederschrift so zu dokumentieren, dass ein außenstehender Prüfer die Abgrenzung und Entscheidungsgrundlagen nachvollziehen kann.

L. Formulierungselemente für einen Zustimmungsbeschluss

Ein belastbarer Beschluss sollte nicht lediglich lauten, der Aufsichtsrat „genehmige die Beauftragung“. Er sollte den Vertrag durch Datum und Parteien identifizieren, den konkreten Leistungsgegenstand wiedergeben, den maximalen Vergütungsrahmen nennen, die Abgrenzung zur Organtätigkeit begründen, die Marktüblichkeit dokumentieren, den Interessenkonflikt und den Stimmrechtsausschluss festhalten sowie bestimmen, dass Erweiterungen und Zahlungen außerhalb des genehmigten Rahmens einer erneuten Zustimmung bedürfen.

Eine mögliche Grundstruktur lautet: „Der Aufsichtsrat stimmt dem ihm vollständig vorgelegten Vertrag vom ... zwischen der Gesellschaft, vertreten durch den Vorstand, und ... über die ausschließlich folgende, außerhalb des Aufsichtsratsamts liegende Spezialleistung ... bis zu einer maximalen Gesamtvergütung von ... zu. Das betroffene Aufsichtsratsmitglied hat an Beratung und Abstimmung nicht teilgenommen. Der Vorstand wird angewiesen, Leistungen und Rechnungen ausschließlich innerhalb des genehmigten Gegenstands abzurufen und jede Änderung vor Ausführung erneut zur Zustimmung vorzulegen.“ Diese Formulierung ersetzt keine Einzelfallprüfung, bildet aber die gesetzlich erforderlichen Prüfpunkte ab.

M. Schlussfolgerung

Das Aktienrecht verbietet nicht jede zusätzliche Tätigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds für die Gesellschaft. Es verhindert jedoch, dass die gesetzliche Überwachungs- und Beratungsfunktion in ein vom Vorstand vergebenes und vergütetes Mandat umgewandelt wird. Der entscheidende Maßstab ist die Unabhängigkeit des Überwachungsorgans: Wer vom Vorstand für Leistungen bezahlt wird, die er diesem bereits als Kontrolleur schuldet, verliert die gesetzlich vorausgesetzte Distanz und umgeht die Vergütungszuständigkeit der Hauptversammlung.

Die zulässige externe Tätigkeit nach § 114 AktG ist deshalb die eng begrenzte Ausnahme. Sie verlangt eine echte Spezialleistung außerhalb des Amts, einen präzisen Vertrag, vollständige Offenlegung, einen ausdrücklichen und konfliktfreien Zustimmungsbeschluss sowie die Zurückhaltung jeder Zahlung bis zur Zustimmung. Je allgemeiner, strategischer, transaktionsnäher oder erfolgsabhängiger das Mandat ausgestaltet ist, desto eher gehört es zum Organamt oder berührt die unzulässige Geschäftsführung.

Für Vorstand und Aufsichtsrat ist die Einhaltung dieser Ordnung keine bloße Formalie. Verstöße können zur Nichtigkeit des Vertrags, vollständiger Rückforderung, persönlicher Haftung, Beschlussmängeln und erheblichen Reputationsschäden führen. Die rechtssichere

Gestaltung beginnt daher nicht bei der Rechnung, sondern bei der gegenständlichen Abgrenzung der Rolle des Aufsichtsratsmitglieds.

N. Verzeichnis der wesentlichen Normen und Entscheidungen

Gesetzliche Kernnormen: §§ 76, 78, 93, 105, 107, 108, 111, 111a bis 111c, 112 sowie §§ 113 bis 117 AktG; ergänzend § 134 BGB und §§ 195, 199 BGB.

Wesentliche Rechtsprechung: BGH, 25. März 1991 – II ZR 188/89, BGHZ 114, 127; BGH, 4. Juli 1994 – II ZR 197/93, BGHZ 126, 340; BGH, 21. April 1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244; BGH, 3. Juli 2006 – II ZR 151/04, BGHZ 168, 188; BGH, 20. November 2006 – II ZR 279/05, BGHZ 170, 60; BGH, 2. April 2007 – II ZR 325/05, ZIP 2007, 1056; BGH, 27. April 2009 – II ZR 160/08, ZIP 2009, 1661; BGH, 10. Juli 2012 – II ZR 48/11, BGHZ 194, 14; OLG Nürnberg, 8. März 2017 – 12 U 927/15, AG 2018, 166; OLG Köln, 27. Februar/11. Juli 2019 – 18 U 37/18; BGH, 22. Juni 2021 – II ZR 225/20, BGHZ 230, 190; BGH, 29. Juni 2021 – II ZR 75/20, BGHZ 230, 203; OLG München, 21. Februar 2024 – 7 U 2211/23 e; BayObLG, 12. August 2025 – 102 AR 64/25 e, AG 2025, 889.