

# Vergütung und Auslagen von Aufsichtsratsmitgliedern

Kubis

2025

ISBN 978-3-406-79134-5

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

- Beratung und Begleitung bei allen kapitalmarktrelevanten Aktivitäten: nein<sup>55</sup>
- Teilnahme an (bestimmten) Aufsichtsratssitzungen: nein.<sup>56</sup>

### b) Rechtsfolgen bei Vereinbarung organspezifischer Tätigkeiten

Verträge, durch die einem Aufsichtsratsmitglied eine Vergütung für organspezifische Leistungen versprochen wird, sind wegen Verstoßes gegen § 113 AktG nach § 134 BGB von Anfang an **nichtig**.<sup>57</sup> Damit stellt sich die Frage, ob die Nichtigkeit eines solchen Vertrages durch einen Zustimmungsbeschluss der Hauptversammlung noch geheilt werden kann. Die höchstrichterliche Rechtsprechung<sup>58</sup> steht einer solchen **Heilung** aufgeschlossen gegenüber und auch gewichtige Stimmen im Schrifttum<sup>59</sup> befürworten einen derartigen Weg. Die Gegner einer solchen Möglichkeit verweisen darauf, dass ein Heilungsbeschluss deshalb ausscheiden muss, weil der Vertrag unzulässige Regelungen beinhaltet, die auch durch eine Heilung nicht in die Legalität hineinmutieren können.<sup>60</sup> Hierbei wird allerdings übersehen, dass es der Hauptversammlung freisteht, die organschaftliche Tätigkeit ihrer Aufsichtsratsmitglieder (und darum geht es bei den nichtigen Verträgen) im Rahmen des § 113 AktG bis zur Grenze der Unangemessenheit nach eigenem Ermessen zu vergüten. Ob dies mit oder ohne vertragliche Leistungsbeschreibung geschehen soll, steht im Ermessen der Hauptversammlung. Insofern spricht nichts gegen einen Heilungsbeschluss der Hauptversammlung, der dann allerdings formell und materiell allen Erfordernissen eines Vergütungsbeschlusses nach § 113 AktG entsprechen muss.

### 4. Behandlung gemischter Verträge

Schwierigkeiten bereitet die Behandlung solcher Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern, deren Inhalt teilweise aus organspezifischen Leistungspflichten und teilweise aus darüber hinausgehenden Leistungspflichten besteht. Derart gemischte Verträge werden überwiegend für insgesamt nicht genehmigungsfähig gehalten.<sup>61</sup> Überzeugender ist indes auch hier die Umkehrung der Zweifelsregelung des § 139 BGB, der im Falle einer eindeutigen Trennbarkeit von Leistung und dazugehörigem Vergütungsanteil zu einer teilweisen Aufrechterhaltung des über die Organtätigkeit hinausgehenden Vertragsteils führen würde.<sup>62</sup> Allerdings dürfte die eindeutige Zuordnung von Vergütungsbestandteilen zur einen oder anderen Tätigkeit in der Praxis schwerfallen, so

<sup>55</sup> BGHZ 230, 190 Rn. 28 = NZG 2021, 1311.

<sup>56</sup> BGHZ 230, 190 Rn. 35 = NZG 2021, 1311.

<sup>57</sup> BGHZ 114, 127 (129) = NJW 1991, 1830 (1831); BGH NJW 1994, 2484 (2485) – sub III; BGH NZG 2007, 103 Rn. 13; 2007, 516 Rn. 15; BGHZ 230, 190 Rn. 27 = NZG 2021, 1311; Lutter/Krieger/Verse Rechte und Pflichten Rn. 861; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn AktG § 114 Rn. 5; Koch AktG § 114 Rn. 10; Backhaus/Tielmann/Findeisen AktG § 114 Rn. 50; E. Vetter ZIP 2008, 1 (7).

<sup>58</sup> Vgl. BGHZ 170, 60 Rn. 13 = NZG 2007, 103; offengelassen von BGHZ 114, 127 (135); aA OLG Köln AG 1995, 90, (92); OLG Nürnberg AG 2018, 166 (169); OLG Hamm NZG 2020, 949 Rn. 48.

<sup>59</sup> Vgl. MüKoAktG/Habersack AktG § 114 Rn. 23, 30; Bosse NZG 2007, 172 (174); wohl auch Schilha/Theusinger AG 2021, 830 Rn. 25; aA Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn AktG § 114 Rn. 6.

<sup>60</sup> Semler/v. Schenck Aufsichtsrat/v. Schenck, 1. Aufl. 2015, AktG § 114 Rn. 22; Mertens FS Steindorff, 1990, 176 f.

<sup>61</sup> So von OLG Frankfurt NZG 2006, 29 (30); Goette/Arnold AR-HdB/Wasmann/Gärtner § 6 Rn. 246; GroßkommAktG/Hopt/Roth AktG § 114 Rn. 34; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn AktG § 114 Rn. 9; tendenziell auch BGHZ 168, 188 Rn. 18 = NZG 2006, 712; MüKoAktG/Habersack AktG § 114 Rn. 23.

<sup>62</sup> IERG ebenso MHdB GesR IV/Hoffmann-Becking § 33 Rn. 48.

dass auf der Rechtsfolgenseite regelmäßig nur die Gesamtnichtigkeit des Vertrages verbleibt.

## 5. Sonstige Verträge

- 22 Verträge, die nicht Dienst- oder Werkvertrag sind, fallen nicht unter § 114 AktG. Dazu gehören vor allem **Austauschverträge** (Kauf, Miete, Leasing), aber auch einseitig verpflichtende Verträge (Schenkung, Leihe). Für derartige Verträge besitzt der Vorstand vorbehaltlich der §§ 111b, 115 AktG uneingeschränkte Abschlusskompetenz.<sup>63</sup> Dies gilt grundsätzlich auch für diejenigen Fälle, in denen die Satzung nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG eine Aufsichtsratszustimmung vorsieht. Ein solches Zustimmungserfordernis ändert an der Vertretungsbefugnis des Vorstands zunächst nichts; wegen der Vertragsmitwirkung eines Aufsichtsratsmitglieds dürfte bei Nichtbeachtung des Zustimmungsvorbehalts allerdings regelmäßig **Kollusion** vorliegen, so dass der Vertrag auch im Außenverhältnis nicht wirksam wird. Bei gemischten Verträgen entscheidet der inhaltliche Schwerpunkt. Daher unterfallen Werklieferungsverträge nur dann dem § 114 AktG, wenn ihr Schwerpunkt auf dem werkvertraglichen Teil liegt.<sup>64</sup>

## 6. Vergütungsbestimmung

- 23 Damit der Aufsichtsrat im Rahmen des § 114 AktG seiner Entscheidungsfindung ein eigenständiges Urteil über die Art und den Umfang der Leistung sowie über die Höhe und die Angemessenheit der Vergütung bilden kann, muss neben der Tätigkeitsbeschreibung auch die Vergütung im Vertrag selbst fixiert sein.<sup>65</sup> Dies ist allerdings in der Praxis insofern kein nennenswertes Problem, als die „verdächtigen“ Verträge zwar gern die Leistung nebulös beschreiben, bei der Vergütung aber durchaus digitale Kriterien beherzigen. Dennoch gibt es auch auf der Vergütungsseite allzu unbestimmte Regelungen, die eine Zustimmung im Rahmen des § 114 AktG verbieten. Dazu gehören Verweise auf „übliche Stundensätze“,<sup>66</sup> „ortsübliche Provisionen“<sup>67</sup> oder nicht-existierende „Tarife“. Ausreichend sind dagegen **Verweise auf gesetzliche Gebührenordnungen**,<sup>68</sup> weil deren Inhalt für jedermann nachvollziehbar ist. Ebenfalls ausreichend ist die Vereinbarung eines **Pauschalhonorars**.<sup>69</sup>

## 7. Formerfordernisse

- 24 § 114 AktG formuliert für die Gültigkeit der darin geregelten Verträge keinerlei Formerfordernis, so dass aus materiell-rechtlichen Gründen selbst ein mündlich abge-

<sup>63</sup> Vgl. GroßkommAktG/Hopt/Roth AktG § 114 Rn. 22; MüKoAktG/Habersack AktG § 114 Rn. 21; Schilha/Theusinger AG 2021, 830 Rn. 15.

<sup>64</sup> GroßkommAktG/Hopt/Roth AktG § 114 Rn. 22 aE.

<sup>65</sup> BGHZ 168, 188 Rn. 16 = NZG 2007, 712; BGHZ 170, 16 Rn. 13 = NZG 2007, 103; OLG Nürnberg AG 2018, 166 (170); E. Vetter ZIP 2008, 1 (8); dazu eingehend Happ FS Priester, 2007, 175 (184 ff.).

<sup>66</sup> Vgl. dazu LG Stuttgart ZIP 1998, 1275 (1279).

<sup>67</sup> Vgl. dazu OLG Nürnberg AG 2018, 166 (170).

<sup>68</sup> H.-F. Müller NZG 2002, 797 (801); Bosse NZG 2007, 172 (173); Happ FS Priester, 2007, 175 (185); einschr. MüKoAktG/Habersack AktG § 114 Rn. 27; aA Semler/v. Schenck Aufsichtsrat/v. Schenck, 1. Aufl. 2015, AktG § 114 Rn. 61.

<sup>69</sup> AA Bosse NZG 2007, 172 (173), der allerdings verkennt, dass ein Pauschalhonorar unter dem Aspekt der Beurteilungssicherheit keinerlei Fragen offenlässt.

schlossener Vertrag ausreichen würde. Allerdings ist nicht ersichtlich, wie ein Beschluss des Aufsichtsrats nach § 114 AktG ohne jede Dokumentation des Vertragsinhalts zustandekommen soll. Insofern bedarf ein genehmigungsfähiger Vertrag mindestens der Textform.<sup>70</sup>

## 8. Zulassung von Bagatellausnahmen?

Nach Auffassung der Rechtsprechung soll § 114 AktG nicht anwendbar sein, wenn sich die vereinbarte Vergütung des Aufsichtsratsmitglieds unterhalb einer – nicht näher quantifizierten – Bagatellgrenze bewegt.<sup>71</sup> Dies soll insbesondere der Fall sein, wenn die vertraglich vereinbarte Vergütung im Vergleich zu der von der Hauptversammlung festgesetzten Aufsichtsratsvergütung einen **vernachlässigenswerten Umfang** hat.<sup>72</sup> Die Rechtsprechung ist zwar durchgängig zu solchen Fällen ergangen, in denen die Vergütung an eine Gesellschaft gezahlt wurde, an der das Aufsichtsratsmitglied beteiligt war. Vom Standpunkt des BGH müsste eine solche Bagatellgrenze jedoch auch für die „lupenreine“ Konstellation in Gestalt eines Vertrages mit dem Aufsichtsratsmitglied in persona dieselbe Geltung beanspruchen. Die geschilderte Ausnahme für „Bagatellvergütungen“ erscheint als eine Art Korrektiv für eine Einbeziehung von Kleinstbeteiligungen des Aufsichtsratsmitglieds an juristischen Personen in den Anwendungsbereich des § 114 AktG, die nur dadurch erklärlich ist, dass die prozentuale Höhe einer Beteiligung nichts über deren Wert (und damit auch nichts über den Wert des mittelbaren Zuflusses an das betroffene Aufsichtsratsmitglied) aussagt. Indes spricht gegen die geschilderte Rechtsprechung die dadurch herbeigeführte enorme **Rechtsunsicherheit**.<sup>73</sup> Klarer und praxisnäher wäre eine wertunabhängige Sanktion für fehlende Aufsichtsratszustimmungen nach § 114 AktG, wie sie auch im Rahmen des § 113 AktG besteht. Wenn es bei der Vergütung wirklich nur um Bagatellgrößenordnungen geht, dürfte die Aufsichtsratszustimmung auch kein Problem darstellen.

## III. Zeitpunkt des Vertragsschlusses (Abs. 1 S. 1)

### 1. Vertragsschluss während der Amtszeit

Der gesetzliche Normalfall behandelt den Abschluss des vergütungspflichtigen Dienstvertrages während der Amtszeit des Aufsichtsratsmitglieds. Hiervon betroffen sind gleichermaßen gewählte, entsandte und gerichtlich bestellte Aufsichtsratsmitglieder sowohl auf der Anteilseigner- als auch auf der Arbeitnehmerseite.<sup>74</sup> Unerheblich ist

<sup>70</sup> IERG ebenso OLG Frankfurt NZG 2006, 29 (30); OLG Köln NZG 2013, 548 (550) = ZIP 2013, 516 (519) – Solarworld; OLG Nürnberg AG 2018, 166 (170); Semler/v. Schenck Aufsichtsrat/v. Schenck, 1. Aufl. 2015, AktG § 114 Rn. 32; K. Schmidt/Lutter/Drygala AktG § 114 Rn. 22; MüKoAktG/Habersack AktG § 114 Rn. 26; Happ FS Priester, 2007, 175 (189).

<sup>71</sup> Guter Überblick über die hierzu ergangenen Entscheidungen bei Hannemann/Franitzka NZG 2024, 470 Rn. 13 ff.

<sup>72</sup> So BGHZ 170, 60 Rn. 8 = NZG 2007, 103; BGH AG 2007, 484 Rn. 11 = NZG 2007, 516 Rn. 11; BGHZ 194, 14 Rn. 14 = NZG 2012, 1064 – Fresenius; zust. MüKoAktG/Habersack AktG § 114 Rn. 14; krit. dagegen Semler/v. Schenck Aufsichtsrat/v. Schenck, 1. Aufl. 2015, AktG § 114 Rn. 45 f.

<sup>73</sup> Vgl. Goette/Arnold AR-HdB/Wasmann/Gärtner § 6 Rn. 222; K. Schmidt/Lutter/Drygala AktG § 114 Rn. 20; Happ FS Priester, 2007, 175 (180); Hoffmann-Becking FS K. Schmidt, 2009, 567 (663 f.).

<sup>74</sup> AllgM, vgl. nur GroßkommAktG/Hopt/Roth AktG § 114 Rn. 44.

dabei, ob der Bestellungsakt (Beschluss oder gerichtliche Entscheidung) rechtsgültig war; § 114 Abs. 1 AktG gilt auch für das **faktische Aufsichtsratsmitglied**, weil Rechte und Pflichten aus der tatsächlich ausgeübten Funktion resultieren.<sup>75</sup> Die Vorschrift erfasst hingegen nicht **Verträge mit Ersatzmitgliedern**, solange es bei der bloßen Ersatzmitgliedschaft verbleibt.<sup>76</sup> Ein während der Amtszeit geschlossener Vertrag im Sinne des § 114 Abs. 1 AktG, der mangels Zustimmung zunächst schwebend unwirksam bleibt, wird nicht mit Ende der Amtszeit automatisch wirksam, kann aber auch noch danach vom Aufsichtsrat (mit Rückwirkung auf den Vertragsschluss) genehmigt werden.<sup>77</sup>

## 2. Vertragsschluss vor Beginn der Amtszeit

- 27 Nicht ganz unproblematisch sind diejenigen Fälle, in denen der Erbringer der vertraglichen Dienstleistungen nach Abschluss des Vertrages Aufsichtsratsmitglied der vertragsschließenden Gesellschaft wird. Hier nehmen Rechtsprechung<sup>78</sup> und die hL<sup>79</sup> übereinstimmend sowohl bei Verträgen im Leistungsumfeld der Organmitgliedschaft als auch bei Verträgen im ausschließlichen Geltungsbereich des § 114 AktG eine **Suspendierung der Vertragswirksamkeit** für die Dauer der Organmitgliedschaft des Dienstleisters an. Dem ist insofern zuzustimmen, als ein solcher Vertrag vor Eintritt des Dienstleisters in den Aufsichtsrat rechtlich einwandfrei abgeschlossen wurde und nach dem Schutzzweck der §§ 113, 114 AktG erst durch die Organmitgliedschaft infiziert wird. Nach deren Ende besteht kein Grund mehr, die Wirksamkeit des Vertrages länger in Frage zu stellen. Auf den zeitlichen Abstand zwischen Vertragsschluss und Beginn der Aufsichtsratsmitgliedschaft kommt es dabei nicht an.<sup>80</sup>
- 28 Die vorübergehende Suspendierung hindert die Gesellschaft nicht daran, zuvor abgeschlossene Verträge entweder nach § 113 AktG (durch die Hauptversammlung) oder nach § 114 AktG (durch den Aufsichtsrat) zu genehmigen und somit deren fortdauernde Gültigkeit zu sichern. Geschieht dies nicht, entstehen aufgrund der Suspendierung **vertragliche Auslegungsprobleme**. Insbesondere bei vertraglich definierter Gesamtlaufzeit wird man die Zeit der Suspendierung hinzurechnen müssen, um der Gesellschaft nicht noch viele Jahre später eine – unter Umständen nicht mehr benötigte – Dienstleistung aufzudrängen. Dasselbe gilt für die Berechnung von Kündigungsfristen; auch hier muss die Zeit der Suspendierung mit eingerechnet werden. Im Übrigen wird man dem zum Aufsichtsratsmitglied mutierten Vertragsdienstleister bei

<sup>75</sup> BGHZ 168, 188 Rn. 14 = NZG 2006, 712; BGHZ 230, 203 Rn. 31 = NZG 2021, 1314 = ZIP 2021, 1596; Koch AktG § 114 Rn. 2; GroßkommAktG/Hopt/Roth AktG § 114 Rn. 44.

<sup>76</sup> OLG Hamburg AG 2007, 404 (407 f.) = ZIP 2007, 814 (818); Koch AktG § 114 Rn. 2; MüKoAktG/Habersack AktG § 114 Rn. 9.; GroßkommAktG/Hopt/Roth AktG § 114 Rn. 44; E. Vetter ZIP 2008, 1 (10).

<sup>77</sup> Vgl. dazu Koch AktG § 114 Rn. 2.

<sup>78</sup> BGHZ 114, 127 (133 f.) = NJW 1991, 1830 (1832); BGHZ 126, 340 (346 ff.) = NJW 1994, 2484 (2485 f.); BGHZ 168, 188 Rn. 19 = NZG 2006, 712; BGH AG 2007, 484 Rn. 18 = NZG 2007, 516 Rn. 18; OLG Hamburg AG 2007, 404 (407) = ZIP 2007, 814 (818); OLG Nürnberg AG 2018, 166 (169).

<sup>79</sup> Koch AktG § 114 Rn. 2; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn AktG § 114 Rn. 22; MüKoAktG/Habersack AktG § 114 Rn. 10 f.; K. Schmidt/Lutter/Drygala AktG § 114 Rn. 13; Goette/Arnold AR-HdB/Wasmann/Gärtner § 6 Rn. 224 f.; für eine irreversible Beendigung des Vertrages dagegen Mertens FS Steindorff, 1990, 173 (182 f.); GroßkommAktG/Hopt/Roth AktG § 114 Rn. 49; nur für Verstöße gegen § 113 AktG.

<sup>80</sup> MüKoAktG/Habersack AktG § 114 Rn. 10 aE; Mertens FS Steindorff, 1990, 182.

Ablehnung der Zustimmung nach §§ 113, 114 AktG ein **außerordentliches Kündigungsrecht** zubilligen müssen.

### 3. Vertragsschluss nach Ende der Amtszeit

Unproblematisch sind Verträge der Gesellschaft mit einem ehemaligen Aufsichtsratsmitglied, die erst nach Ende der Amtszeit abgeschlossen werden. Erfolgt der Vertragsschluss dagegen noch während der Amtszeit, obwohl der Vertrag erst nach deren Ende in Kraft treten soll, so ist § 114 Abs. 1 AktG mit der Folge einschlägig, dass der Vertrag ohne Zustimmung des Aufsichtsrats niemals wirksam werden kann.<sup>81</sup>

## IV. Erfasste Vertragspartner (Abs. 1 S. 1)

### 1. Vertragspartner auf Seiten des Aufsichtsratsmitglieds

#### a) Aufsichtsratsmitglied in persona

Für die Anwendung des § 114 AktG unproblematisch sind solche Verträge, die das Aufsichtsratsmitglied in persona mit der Gesellschaft abschließt. Hier kann sich allenfalls die Frage stellen, ob eine wirksame Bestellung des Aufsichtsratsmitglieds zum Tatbestand der Vorschrift gehört. Diese Frage ist zu verneinen. § 114 AktG findet auch auf Verträge mit unwirksam bestellten, aber **faktisch agierenden Aufsichtsratsmitgliedern** Anwendung.<sup>82</sup>

#### b) Nahestehende Personen des Aufsichtsratsmitglieds

Verträge mit nahestehenden Personen des Aufsichtsratsmitglieds scheint § 114 AktG nicht zu betreffen. Anders als § 115 Abs. 2 AktG beinhaltet § 114 AktG keine Ausdehnung auf Verträge mit nahestehenden Personen und hier insbesondere mit Familienangehörigen des Aufsichtsratsmitglieds. Allerdings wurde § 114 AktG erst im Rahmen der Ausschussberatung zum AktG 1965 eingefügt, so dass eine Abstimmung mit § 115 AktG nicht mehr möglich war und sich von daher ein Umkehrschluss aus § 115 Abs. 2 AktG verbietet.<sup>83</sup> Insofern handelt es sich bei § 114 AktG um eine planwidrige Lücke, die unter anderem durch eine **analoge Anwendung des § 115 Abs. 2 AktG** ausgefüllt werden muss, ohne dass die letztgenannte Vorschrift auf deren Wortlaut zu beschränken wäre. Auf eine Umgehungsabsicht kommt es dabei nicht an.<sup>84</sup>

Der von der analogen Ausdehnung des § 114 AktG auf nahestehende Personen betroffene Personenkreis umfasst zunächst die in § 115 Abs. 2 AktG genannten Ehegatten, Lebenspartner und minderjährigen Kinder. Darüber hinaus wird man auch die volljährigen Kinder sowie die Eltern des Aufsichtsratsmitglieds in den Anwendungsbereich der Vorschrift einbeziehen müssen. Schließlich erfasst § 114 AktG auch Ver-

<sup>81</sup> So auch Goette/Arnold AR-HdB/Wasmann/Gärtner § 6 Rn. 226.

<sup>82</sup> BGHZ 168, 188 Rn. 14 = NZG 2006, 712.

<sup>83</sup> Vgl. dazu GroßkommAktG/Hopt/Roth AktG § 114 Rn. 52; MüKoAktG/Habersack AktG § 114 Rn. 12.

<sup>84</sup> Vgl. BGHZ 230, 203 Rn. 28 = NZG 2021, 1314 = ZIP 2021, 1596; MüKoAktG/Habersack AktG § 114 Rn. 12; Lutter/Drygala FS Ulmer, 2003, 381 (383).

träge mit solchen Personen, die **aufgrund einer schuldrechtlichen Abrede** mit dem Aufsichtsratsmitglied wirtschaftlich für dessen Rechnung handeln.<sup>85</sup>

### c) Verträge mit Gesellschaften, an denen das Aufsichtsratsmitglied beteiligt ist

- 33** Obwohl es in § 114 AktG an einer dem § 115 Abs. 2 AktG vergleichbaren Regelung fehlt, hat die Rechtsprechung den persönlichen Anwendungsbereich des § 114 AktG schon sehr früh auf Gesellschaften ausgedehnt, an denen das Aufsichtsratsmitglied beteiligt ist.<sup>86</sup> Eine derartige persönliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Vorschrift ist im Grundsatz bis heute ohne nennenswerten Widerspruch geblieben.<sup>87</sup> Ungeklärt ist – neben der dogmatischen Ansiedlung dieser Tatbestandsausdehnung<sup>88</sup> – lediglich die Frage, bis zu welcher Einflussgrenze des Aufsichtsratsmitglieds innerhalb der ihm zugerechneten Gesellschaft eine derart ausgedehnte Anwendung des § 114 AktG statthaft ist. Eine solche absolute Beteiligungs-Untergrenze ist bis dato noch nicht gefunden.<sup>89</sup> Stattdessen wird gelegentlich ein wirtschaftlicher Mindestzufluss bei der Gesellschaft gefordert, der das Aufsichtsratsmitglied angehört.<sup>90</sup>
- 34** Vollkommen unstrittig ist die Anwendung des § 114 AktG auf solche Gesellschaften, deren **Alleininhaber** das Aufsichtsratsmitglied ist.<sup>91</sup> Ausschlaggebend hierfür war das Bestreben, Umgehungen des § 114 AktG mit Hilfe einer Ein-Mann-GmbH zu vermeiden.<sup>92</sup> Ein solcher Umgehungsschutz muss unabhängig davon eingreifen, ob es sich bei dem Beratungsverhikel um eine Kapitalgesellschaft oder um eine Personengesellschaft handelt.
- 35** Jenseits der Alleininhaberschaft hat die Rechtsprechung § 114 AktG auch auf diejenigen Fälle ausgedehnt, in denen das Aufsichtsratsmitglied **weder alleiniger noch mehrheitlicher Gesellschafter** des Vertragspartners war, sondern hieran eine nicht-dominierende Beteiligung hielt.<sup>93</sup> Zu einem solchen Ergebnis gelangt man nur dann, wenn man mit der ständigen Rechtsprechung den Schutzzweck des § 114 AktG in der Stabilisierung der unabhängigen Wahrnehmung organschaftlicher Aufsichtspflichten sieht.<sup>94</sup> Allerdings bedürfte es hierzu konsequenterweise überhaupt keiner mitgliedschaftlichen Beteiligung des Aufsichtsratsmitglieds an der vertragsschließende (Personen-<sup>95</sup> oder Kapital-)Gesellschaft. Jedenfalls verträgt die höchstrichterliche Begründung für die Anwendung des § 114 AktG auf derartige Beteiligungssachverhalte

<sup>85</sup> So auch MüKoAktG/Habersack AktG § 114 Rn. 13; K. Schmidt/Lutter/Drygala AktG § 114 Rn. 20 aE.

<sup>86</sup> Vgl. KG AG 1997, 42 (44 f.).

<sup>87</sup> Sehr krit. allerdings Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn AktG § 114 Rn. 17 f.; zuvor bereits Lutter/Drygala FS Ulmer, 2003, 381 (384 f.).

<sup>88</sup> Offengelassen von BGHZ 168, 188 Rn. 11 = NZG 2006, 712; für Analogie MüKoAktG/Habersack AktG § 114 Rn. 14; dagegen eingehend Hoffmann-Becking FS K. Schmidt, 2009, 657 (658 ff.).

<sup>89</sup> Vgl. dazu Kuthe/Beck NZG 2020, 778 (779): „erscheint wünschenswert“.

<sup>90</sup> So zB von GroßkommAktG/Hopt/Roth AktG § 114 Rn. 53 ff.

<sup>91</sup> Grdl. BGHZ 168, 188 Rn. 10 ff. = NZG 2006, 712; jüngst wieder BGHZ 230, 203 Rn. 14 = NZG 2021, 1314 = ZIP 2021, 1596.

<sup>92</sup> So ausdrücklich BGHZ 168, 188 Rn. 10 aE = NZG 2006, 712.

<sup>93</sup> So BGHZ 170, 60 Rn. 9 ff. = NZG 2007, 103; BGH AG 2007, 484 Rn. 11 = NZG 2007, 516 Rn. 11.

<sup>94</sup> Krit. dazu Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn AktG § 114 Rn. 10, 14 ff.; ebenso Ihrig ZGR 2013, 417 (433 f.).

<sup>95</sup> Gegen eine Einbeziehung von Personengesellschaften GroßkommAktG/Hopt/Roth AktG § 114 Rn. 58; für eine solche Einbeziehung dagegen ausdrücklich BGH NZG 2007, 516 Rn. 11; Koch AktG § 114 Rn. 2; GroßkommAktG/Hopt/Roth AktG § 114 Rn. 59; MüKoAktG/Habersack AktG § 114 Rn. 15; Lutter/Drygala FS Ulmer, 2003, 381 (383 f.).

**keine Beteiligungs-Untergrenze**, die auch von der Rechtsprechung nicht verlangt wird. Ebenso wenig ist es erforderlich, dass das Aufsichtsratsmitglied in der vertragsschließenden Gesellschaft eine Geschäftsführungsfunktion wahrnimmt.<sup>96</sup>

Nicht ausreichend für eine Anwendung ist die **Zugehörigkeit** des Aufsichtsratsmitglieds **zu einem Aufsichtsgremium** bei der vertragsschließenden Gesellschaft (Aufsichtsrat oder Beirat).<sup>97</sup> Auch die Inhaberschaft an Rechten an einer Beteiligung (Pfandrecht, Nießbrauch etc.) genügt für § 114 AktG nicht.<sup>98</sup>

Auf der Rechtsfolgende bleibt das Aufsichtsratsmitglied ungeachtet der Person des Vertragspartners und ungeachtet der Person, dem die Vergütung zuzufloss, im Rahmen des § 114 Abs. 2 AktG stets primärer Rückzahlungsschuldner.<sup>99</sup> Fraglich ist, ob daneben auch der Zuflussempfänger für die Rückzahlung haftet. Diese Frage ist durch Annahme einer **Gesamtschuld zwischen Aufsichtsratsmitglied und Zuflussempfänger** zu bejahen.<sup>100</sup>

#### d) Verträge mit Gesellschaften, deren Vertretungsorgan das Aufsichtsratsmitglied angehört

Sowohl in der Rechtsprechung<sup>101</sup> als auch im Schrifttum<sup>102</sup> wird überwiegend angenommen, dass auch Verträge mit Gesellschaften, dessen Vertretungsorgan das Aufsichtsratsmitglied angehört, von § 114 AktG selbst dann erfasst sein sollen, wenn das Aufsichtsratsmitglied an diesen Gesellschaften nicht beteiligt ist. Auch dem ist zuzustimmen. Die Gegenansicht,<sup>103</sup> die jedwede Anlehnung an § 115 Abs. 3 AktG ablehnt, verkennt, dass es im Gesetzgebungsverfahren keinerlei inhaltliche Abstimmung zwischen § 114 AktG und § 115 AktG gab, so dass § 115 Abs. 3 S. 1 AktG weder für eine Analogie noch für einen Umkehrschluss fruchtbar gemacht werden kann.<sup>104</sup> Entscheidend ist, dass der – von der Rechtsprechung möglicherweise überdehnte – Schutzzweck des § 114 AktG keinerlei Unterscheidung zwischen gesellschaftsrechtlicher Beteiligung und organschaftlicher Vertretung des Aufsichtsratsmitglieds in der leistungserbringenden Gesellschaft erlaubt. Entscheidend ist, dass den organschaftlichen Vertreter einer Gesellschaft der wirtschaftliche Erfolg bzw. Misserfolg in seiner beruflichen Stellung trifft.<sup>105</sup> Anders als in den Fällen einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung des Aufsichtsratsmitglieds macht die Rechtsprechung **keine Ausnahme für Bagatellfälle**.<sup>106</sup> Rückzahlungspflichtig ist in dieser Konstellation

<sup>96</sup> Ebenso MüKoAktG/Habersack AktG § 114 Rn. 14; aA Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn AktG § 114 Rn. 18.

<sup>97</sup> GroßkommAktG/Hopt/Roth AktG § 114 Rn. 60; einschr. MüKoAktG/Habersack AktG § 114 Rn. 14.

<sup>98</sup> Vgl. MüKoAktG/Habersack AktG § 114 Rn. 14.

<sup>99</sup> Vgl. BGHZ 168, 188 Rn. 12 aE = NZG 2006, 712 für eine Beteiligung von 50 %.

<sup>100</sup> Zur Haftung der empfangenden Gesellschaft vgl. BGHZ 170, 60 Rn. 16 = NZG 2007, 103; ausdrücklich für Gesamtschuld E. Vetter ZIP 2008, 1 (10).

<sup>101</sup> Vgl. BGHZ 230, 203 Rn. 19 ff. = NZG 2021, 1314 = ZIP 2021, 1596; zuvor bereits KG AG 1997, 42 (44); LG Köln ZIP 2002, 1296 (1297 f.).

<sup>102</sup> Vgl. Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn AktG § 114 Rn. 18; MüKoAktG/Habersack AktG § 114 Rn. 14; Koch AktG § 114 Rn. 3; BeckOGK/Spindler/Mock AktG § 114 Rn. 10; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn AktG § 114 Rn. 18.

<sup>103</sup> Vgl. GroßkommAktG/Hopt/Roth AktG § 114 Rn. 60; K. Schmidt/Lutter/Drygala AktG § 114 Rn. 20.

<sup>104</sup> Ähnlich BGHZ 230, 203 Rn. 34 ff. = NZG 2021, 1314 = ZIP 2021, 1596.

<sup>105</sup> BGHZ 230, 203 Rn. 21 = NZG 2021, 1314 = ZIP 2021, 1596; zust. Hannemann/Franitzka NZG 2024, 470 Rn. 34.

<sup>106</sup> Krit. dazu Schilha/Theusinger AG 2021, 830 Rn. 9.

tion (allein) das Aufsichtsratsmitglied in persona, nicht aber die von ihm vertretene Gesellschaft.<sup>107</sup>

### e) Verträge mit Gesellschaften, mit denen das Aufsichtsratsmitglied rein schuldrechtlich verbunden ist

- 39 Gelegentlich wird gefordert, dass auch Verträge mit solchen Gesellschaften unter § 114 AktG fallen sollen, mit denen das Aufsichtsratsmitglied lediglich schuldrechtlich verbunden ist.<sup>108</sup> Sofern nicht ausnahmsweise eine Treuhandkonstruktion vorliegt, dürfte dies allerdings für eine Anwendung des § 114 AktG nicht ausreichen.<sup>109</sup>

## 2. Vertragspartner auf Seiten der Gesellschaft

### a) Gesellschaft

- 40 § 114 AktG adressiert die Gesellschaft selbst als Vertragspartner der zustimmungsbedürftigen Dienstverträge. Hierfür ist es ausreichend, wenn die Gesellschaft (nur) als Vergütungsschuldner verpflichtet wird. Bestehen neben der Gesellschaft weitere Vertragspartner, stellt sich lediglich die Frage, ob die vertraglichen Vereinbarungen mit diesen anderen Vertragspartnern wirksam oder bei Nicht-Erteilung der Aufsichtsratszustimmung wegen § 139 BGB zu einem insgesamt schwebend unwirksamen Vertrag führen. Die Antwort hierauf kann nur der Einzelfall liefern.

### b) Vorstandsmitglieder der Gesellschaft

- 41 Für Beratungsverträge zwischen dem Aufsichtsratsmitglied und einzelnen Vorstandsmitgliedern der Gesellschaft wurde im Schrifttum bisweilen die Anwendung des § 114 AktG zumindest für den Fall bejaht, dass der Vertrag einen inhaltlichen Bezug zur Gesellschaft hat.<sup>110</sup> Dem ist nicht zu folgen.<sup>111</sup> Aufgabe des § 114 AktG ist es nicht, sachfremde Motive aus dem Verhältnis zwischen Vorstand und Aufsichtsrat umfassend fernzuhalten, was die Vorschrift aufgrund ihrer Beschränkung auf Dienstverträge auch gar nicht leisten könnte. Insofern besteht kein Anlass, gerade die in § 114 AktG beschriebenen Verträge der Zustimmung des Aufsichtsrats zu unterwerfen. Hierdurch wäre im Übrigen auch der Schutzzweck des § 114 AktG in Gestalt der Vermeidung von Sondervorteilen zu Lasten der Gesellschaft (!) gar nicht zu erfüllen. Aus diesem Grunde bleiben Verträge mit Vorstandsmitgliedern der eigenen Gesellschaft zustimmungsfrei. Sie sind dem Aufsichtsrat nicht einmal offenzulegen.<sup>112</sup>

<sup>107</sup> So zumindest bezüglich der persönlichen Verpflichtung BGHZ 230, 203 Rn. 33 = NZG 2021, 1314 = ZIP 2021, 1596.

<sup>108</sup> So zB Grigoleit/Tomasic AktG § 114 Rn. 12; Kölner Komm AktG/Mertens/Cahn AktG § 114 Rn. 15.

<sup>109</sup> Ebenso auch Goette/Arnold AR-HdB/Wasmann/Gärter § 6 Rn. 233 aE.

<sup>110</sup> So von MüKoAktG/Habersack AktG § 114 Rn. 18; Grigoleit/Tomasic AktG § 114 Rn. 16.

<sup>111</sup> Ebenso K. Schmidt/Lutter/Drygala AktG § 114 Rn. 17; Backhaus/Tielmann/Findeisen AktG § 114 Rn. 38; Hoffmann-Becking FS K. Schmidt, 2009, 657 (667 ff.).

<sup>112</sup> Semler/v. Schenck Aufsichtsrat/v. Schenck, 1. Aufl. 2015, AktG § 114 Rn. 56 aE; Hoffmann-Becking FS K. Schmidt, 2009, 657 (668).