

Gutachten

vom 04.03.2026

in Sachen

Nestbau ./ .Beratung

Die N.E.S.T. Bauprojektierung und Vermietung AG – im Folgenden: „Mandantin“ – bittet um Überprüfung, wie sich die vertragliche Ausgestaltung des Vorstandsvertrags, insbesondere die Streichung einer ursprünglich vorgesehenen Zustimmungspflicht für entgeltliche Nebentätigkeiten, sowie die hierzu geführte Korrespondenz, zur gesetzlichen Regelung, namentlich § 88 AktG, verhält und welche Rechtsfolgen sich hieraus ergeben.

Zu untersuchen ist dabei, (1.) ob und unter welchen Voraussetzungen Nebentätigkeiten des Vorstands ohne ausdrückliche Einwilligung zulässig sind, (2.) ob insoweit Offenlegungspflichten gegenüber dem Aufsichtsrat – insbesondere hinsichtlich erzielter Einkünfte – bestehen, (3.) ob und in welchem Umfang der Aufsichtsrat die Aktionäre zu informieren hat, (4.) ob er verpflichtet ist, gegen nicht eingewilligte Nebentätigkeiten einzuschreiten und welche haftungs- oder strafrechtlichen Risiken für Aufsichtsratsmitglieder bei einem Unterlassen bestehen sowie (5.) ob gegebenenfalls Schadensersatzansprüche gegen den Vorstand in Betracht kommen.

I. Sachbericht

Die Mandantin ist eine Kapitalgesellschaft mit Sitz in Tübingen, eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts Stuttgart unter HRB 735734. Unternehmensgegenstand ist die Projektierung nachhaltiger Immobilien, insbesondere solcher, die möglichst wertbeständig errichtet werden und einer sozial sowie ökologisch zuträglichen Stadtentwicklung dienen. Ferner umfasst der Unternehmensgegenstand die Errichtung entsprechender Immobilien durch Dritte sowie die Verwaltung und Vermietung von Immobilien. Dabei werden neben dem Werterhalt und der Erzielung einer maßvollen Rendite auch soziale, ökologische und städtebauliche Belange berücksichtigt.

Mit Beschluss des Aufsichtsrats vom 22. April 2024 wurde Herr Dr. Ulrich Otto mit Wirkung zum 01. Juni 2024 zum Mitglied des Vorstands bestellt. Die Bestellung erfolgte für die Dauer von fünf Jahren und endet am 31. Mai 2029.

Der zwischen der Mandantin und Herrn Dr. Otto am 14. Mai 2024 geschlossene Vorstandsvertrag bestimmt in § 1 Abs. 4, dass sich die Arbeitszeit nach den betrieblichen Belangen richtet. Als Grundsatz vereinbarten die Parteien, dass Herr Dr. Otto an drei Tagen pro Woche jeweils vormittags im Büro der Gesellschaft tätig ist.

Nach § 1 Abs. 5 des Vorstandsvertrags beträgt der Umfang der Tätigkeit 19 Stunden pro Woche, mithin 50 % einer Vollzeittätigkeit auf Basis von 38 Wochenstunden.

Der ursprüngliche Entwurf des Vorstandsvertrags sah in § 1 Abs. 2 vor, dass jede weitere entgeltliche Nebentätigkeit – einschließlich der Übernahme von Aufsichtsrats- oder Beiratsmandaten – der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf.

Herr Dr. Otto hatte bereits vor seiner Bestellung zum Vorstandsmitglied, jedenfalls erneut mit E-Mail vom 30. April 2024, seine Kandidatur bei der Kommunalwahl 2024, seine freiberufliche Tätigkeit als angewandter Gerontologe und Wohnforscher einschließlich hiermit verbundener Vortragstätigkeiten sowie Beratungsleistungen für Gemeinden (u.a. die Stadt Tübingen) sowie sein Verhältnis zur WOHNENwagen eG i.G. und deren Bewerbung um das Bauvorhaben „Quartier Kleineschholz“ in Freiburg offengelegt.

Unter Bezugnahme auf diese Mitteilung beschloss der Aufsichtsrat im Wege des Umlaufverfahrens, weder einen Zustimmungsvorbehalt noch eine Anzeigepflicht hinsichtlich von Nebentätigkeiten in den Vorstandsvertrag aufzunehmen.

Mit E-Mail vom 22. Juli 2025 legte Herr Dr. Otto unter anderem seine Beratungstätigkeit für die Stadt Tübingen im Zusammenhang mit dem Förderprogramm „OrtsNahePflege BW“ offen.

II. Rechtliche Würdigung

1. Zulässigkeit von Nebentätigkeiten des Vorstands ohne ausdrückliche Einwilligung

Zu prüfen ist, ob etwaige Nebentätigkeiten des Herrn Dr. Otto ohne ausdrückliche Einwilligung des Aufsichtsrats zulässig sind.

a. Gesetzlicher Ausgangspunkt

§ 88 Abs. 1 AktG statuiert für Vorstandsmitglieder während der Dauer ihrer Amtszeit ein gesetzliches Wettbewerbsverbot. Die Vorschrift konkretisiert die organschaftliche Treuepflicht des Vorstands, die es ihm gebietet, die Interessen seiner Gesellschaft zu wahren und alles zu unterlassen, was diese Interessen schädigt¹. Der Gesetzgeber geht dabei vom Leitbild eines Vorstands aus, der seine ganze Arbeitskraft der Gesellschaft zur Verfügung stellt².

Daher darf nach § 88 Abs. 1 S. 1 AktG ein Vorstandsmitglied ohne Einwilligung des Aufsichtsrats weder ein Handelsgewerbe betreiben noch im Geschäftszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen. Andere Tätigkeiten – etwa freiberufliche oder kleinere gewerbliche Betätigungen – sind demgegenüber nicht per se von § 88 Abs. 1 S. 1 AktG erfasst³. § 88 Abs. 1 S. 2 AktG stellt zudem klar, dass es auch nicht Mitglied des Vorstands oder Geschäftsführer oder persönlich haftender Gesellschafter einer anderen Handelsgesellschaft sein darf.

¹ MüKoAktG/Spindler, 6. Aufl. 2023, AktG § 88 Rn. 1, beck-online.

² Ebd.

³ MüKoAktG/Spindler, 6. Aufl. 2023, AktG § 88 Rn. 12, beck-online.

Das Verbot greift unabhängig davon ein, ob ein Konkurrenzunternehmen betroffen ist oder der Gesellschaft ein konkreter Schaden entsteht⁴.

Die in § 88 Abs. 1 AktG genannten Tätigkeiten sind nicht schlechthin verboten, sondern bedürfen der ausdrücklichen Einwilligung, das heißt der vorherigen Zustimmung (§ 183 BGB), des Aufsichtsrats. Ob der Aufsichtsrat eine Einwilligung erteilt, liegt grundsätzlich in seinem freien Ermessen; dieses kann sich jedoch mit Blick auf die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit zu einer Zustimmungspflicht verdichten, wenn schutzwürdige Interessen der Gesellschaft nicht entgegenstehen⁵. Untersagt werden dürfen mithin nur solche Tätigkeiten, die der ordnungsgemäßen Wahrnehmung des Vorstandsmandats entgegenstehen

b. Vertragliche Abrede

Zentral ist jedoch, dass § 88 AktG kein zwingendes Recht darstellt⁶. Die Vorschrift dient ausschließlich dem Schutz der Gesellschaft und ist dispositiv⁷. Satzung oder Anstellungsvertrag können daher sowohl weitergehende Beschränkungen als auch Erleichterungen vorsehen⁸. Auch eine Freistellung des Vorstandsmitglieds von den Wettbewerbsverboten ist grundsätzlich möglich, wenngleich im Schrifttum teilweise vertreten wird, dass eine solche Freistellung nicht pauschal im Anstellungsvertrag erteilt werden könne, sondern nur für bestimmte Handelsgewerbe oder Handelsgesellschaften oder für bestimmte Arten von Geschäften gemäß § 88 Abs. 1 S. 3 AktG gelten dürfe⁹.

Vorliegend sprechen gute Gründe dafür, dass die Mandantin Herrn Dr. Otto jedenfalls hinsichtlich der offengelegten Tätigkeiten (Kandidatur bei der Kommunalwahl, freiberufliche Tätigkeit sowie Engagement im Zusammenhang mit der WOHNENwagen eG i.G.) wirksam vom gesetzlichen Wettbewerbsverbot freigestellt hat: Herr Dr. Otto hat diese Tätigkeiten vor bzw. spätestens mit E-Mail vom 30. April 2024 ausdrücklich offengelegt. Der Aufsichtsrat hat hierauf im Wege eines Umlaufbeschlusses bewusst davon abgesehen, einen Einwilligungsvorbehalt oder eine Anzeigepflicht für Nebentätigkeiten vertraglich vorzusehen. Die ursprünglich geplante Zustimmungsklausel wurde in dem endgültigen Vorstandsvertrag ersatzlos gestrichen.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände kann der Vertrag nach Maßgabe der §§ 133, 157 BGB dahin ausgelegt werden, dass eine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild des § 88 AktG gewollt war. Der Einwilligungsvorbehalt sollte – jedenfalls hinsichtlich der offengelegten Tätigkeiten – gerade nicht gelten.

Diese Auslegung kann durch die konkrete Ausgestaltung des Vorstandsmandats gestützt werden. Herr Dr. Otto übt sein Amt in Teilzeit (19 Wochenstunden) aus. Eine Reduktion der Tätigkeit auf Teilzeit ist bereits im Rahmen von Doppelmandaten innerhalb eines Konzerns faktisch anerkannt;

⁴ MüKoAktG/Spindler, 6. Aufl. 2023, AktG § 88 Rn. 13, beck-online.

⁵ MüKoAktG/Spindler, 6. Aufl. 2023, AktG § 88 Rn. 26, beck-online m.w.N.

⁶ MüKoAktG/Spindler, 6. Aufl. 2023, AktG § 88 Rn. 7, beck-online.

⁷ Goette/Arnold AR-HdB/C. Arnold, 2. Aufl. 2024, § 4 Rn. 1591, beck-online; MüKoAktG/Spindler, 6. Aufl. 2023, AktG § 88 Rn. 28, beck-online.

⁸ MüKoAktG/Spindler, 6. Aufl. 2023, AktG § 88 Rn. 7, beck-online.

⁹ Goette/Arnold AR-HdB/C. Arnold, 2. Aufl. 2024, § 4 Rn. 1591, beck-online.

auch dort kann das Vorstandsmitglied seine Arbeitskraft naturgemäß nicht vollständig einer einzelnen Gesellschaft widmen¹⁰.

Wenn ein Vorstandsmitglied seine Arbeitskraft auf mehrere Gesellschaften verteilen darf, dann muss es erst recht zulässig sein, einen Teil seiner zeitlichen Kapazität für andere private Tätigkeiten einzusetzen, sofern keine Interessenkonflikte drohen und der für die Gesellschaft verbleibende zeitliche Rahmen den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Geschäftsleitung genügt¹¹.

§ 88 AktG selbst zeigt im Übrigen, dass Vorstandsmitglieder mit Zustimmung des Aufsichtsrats – wie hier – ihre Arbeitskraft nicht vollständig der Gesellschaft zur Verfügung stellen müssen, sondern berechtigt sind, ihre Arbeitskraft teilweise anderweitig einzusetzen¹².

Gleichwohl verbleibt eine gewisse Rechtsunsicherheit: Im Vorstandsvertrag selbst findet sich keine positive Freistellungsklausel. Die ursprünglich vorgesehene Zustimmungsklausel wurde ersatzlos gestrichen. Nach allgemeinen Grundsätzen gilt: Soweit ein Vertrag keine abweichende Regelung enthält, greifen die gesetzlichen Vorschriften ein. Zwar spricht der dokumentierte Wille des Aufsichtsrats für eine gewollte Abweichung. Gleichwohl könnte vertreten werden, dass eine ausdrückliche Freistellung klar und positiv hätte geregelt werden müssen.

Es existiert keine höchstrichterliche Rechtsprechung zur Frage, in welchem Umfang eine pauschale Freistellung von § 88 AktG im Anstellungsvertrag zulässig ist. Im Schrifttum wird teilweise – etwa von Arnold – vertreten, dass eine Freistellung nicht pauschal, sondern nur tätigkeits- oder unternehmensbezogen erteilt werden könne (§ 88 Abs. 1 S. 3 AktG). Folgt man dieser restriktiven Auffassung, wäre zumindest im Wege ergänzender Vertragsauslegung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände sowie unter Heranziehung der salvatorischen Klausel (§ 7 Abs. 1 des Vorstandsvertrags) davon auszugehen, dass eine Freistellung hinsichtlich der konkret offengelegten Tätigkeiten gewollt war.

Eine gefestigte herrschende Meinung besteht insoweit nicht.

c. Bedeutung des Deutschen Corporate Governance Kodex

Über § 88 AktG hinaus enthält der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) weitergehende Vorgaben.

Der Kodex enthält Grundsätze, Empfehlungen und Anregungen zur Leitung und Überwachung börsennotierter Gesellschaften. Empfehlungen sind durch das Wort „soll“ gekennzeichnet. Von ihnen kann abgewichen werden, sofern dies jährlich offengelegt und begründet wird („comply or explain“). Anregungen („sollte“) sind demgegenüber unverbindlich.

Nach Empfehlung E.3 DCGK sollen Vorstandsmitglieder Nebentätigkeiten – insbesondere konzernfremde Aufsichtsratsmandate – nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats übernehmen. Der

¹⁰ Semler/v. Schenck/Wilsing AR-HdB/Grau, 6. Aufl. 2025, § 11 Rn. 74 m.w.N.

¹¹ Ebd.

¹² Goette/Arnold AR-HdB/Gärtner, 2. Aufl. 2024, § 4 Rn. 873, beck-online; Semler/v. Schenck/Wilsing AR-HdB/Grau, 6. Aufl. 2025, § 11 Rn. 74.

Begriff der Nebentätigkeit wird weit verstanden und erfasst auch ehrenamtliche Tätigkeiten, politische Ämter sowie Lehr- und Publikationstätigkeiten. Keine Nebentätigkeiten in diesem Sinne sind reine Freizeitbeschäftigungen¹³.

Da Empfehlung E.3 lediglich eine „Soll“-Vorgabe enthält, ist eine abweichende vertragliche Gestaltung grundsätzlich zulässig.

d. Hilfsweise: Anwendung des § 88 AktG

Aufgrund der oben dargestellten Unsicherheiten ist aus anwaltlicher Vorsicht hilfsweise zu unterstellen, dass eine wirksame Freistellung nicht vorliegt und § 88 AktG uneingeschränkt Anwendung findet. Ausgehend von den etablierten Maßstäben ist daher hilfsweise zu prüfen, ob die von Herrn Dr. Otto ausgeübten Nebentätigkeiten einer ausdrücklichen Einwilligung des Aufsichtsrats bedürfen.

i. Kandidatur bei der Kommunalwahl

Herr Dr. Otto kandidierte bei der Kommunalwahl 2024, wurde jedoch nicht gewählt. Die bloße Kandidatur für ein kommunalpolitisches Mandat stellt weder den Betrieb eines Handelsgewerbes im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB noch ein Geschäftemachen im Geschäftszweig der Mandantin dar. Mangels Wahl kam es ohnehin zu keiner Übernahme eines öffentlichen Amtes mit fortdauernder zeitlicher Bindung. Ein Verstoß gegen § 88 AktG ist insoweit nicht ersichtlich.

ii. Freiberufliche Tätigkeit

Herr Dr. Otto ist weiterhin freiberuflich als angewandter Gerontologe und Wohnforscher tätig, insbesondere durch Vortragstätigkeiten sowie Beratungsleistungen für Gemeinden. Eine freiberufliche Tätigkeit stellt kein Handelsgewerbe im Sinne der §§ 1 ff. HGB dar. § 88 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG ist daher nicht unmittelbar einschlägig.

Eine analoge Anwendung käme nur in Betracht, wenn der erforderliche Arbeitseinsatz demjenigen eines Handelsgewerbes entspräche¹⁴. Dafür bestehen nach derzeitiger Aktenlage keine näheren Anhaltspunkte.

Entscheidend ist daher vielmehr, ob die freiberufliche Tätigkeit des Herrn Dr. Otto ein Geschäftemachen im Geschäftszweig der Mandantin im Sinne des § 88 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 AktG darstellt.

Die Mandantin projiziert nachhaltige Immobilien. Das bedeutet typischerweise Grundstücksakquise, Entwicklung baulicher Konzepte, Wirtschaftlichkeitsberechnung, Planung und Realisierung von Bauvorhaben sowie gegebenenfalls deren Vermarktung oder Veräußerung. Vortragstätigkeiten und wissenschaftlich geprägte Tätigkeiten im Bereich Gerontologie und

¹³ Goette/Arnold AR-HdB/Gärtner, 2. Aufl. 2024, § 4 Rn. 590, beck-online.

¹⁴ MüKoAktG/Spindler, 6. Aufl. 2023, AktG § 88 Rn. 12, beck-online.

Wohnen sind demgegenüber zunächst fachlich verwandt, entsprechen jedoch nicht dem Geschäftszweig der Mandantin.

Soweit Beratungsleistungen gegenüber Städten und Gemeinden erbracht werden, ist im Einzelfall zu prüfen, ob diese dem Geschäftszweig der Mandantin zuzuordnen sind. Nur in diesem Fall käme ein Geschäftemachen im Sinne des § 88 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 AktG in Betracht.

Die Beratungstätigkeit des Herrn Dr. Otto für die Stadt Tübingen im Zusammenhang mit dem Konzept „Gut Leben im Alter auf Waldhäuser-Ost“ betrifft ein sozialplanerisches, konzeptionelles und gemeinwohlorientiertes Beratungskonzept, nicht hingegen eine konkrete bauliche Projektentwicklung oder wirtschaftliche Verwertung von Immobilien.

Entsprechendes gilt für die Mitwirkung an der Erstellung eines Antrags für das Förderprogramm „OrtsNahePflege BW“. Auch hierbei handelt es sich um die konzeptionelle Ausarbeitung eines sozialplanerischen Modellprojekts gegenüber dem Sozialministerium, nicht die Realisierung eines konkreten Bauvorhabens.

Unter Zugrundelegung der bisherigen Aktenlage ist diese Beratungstätigkeit anders gelagert als die Immobilienprojektierung und dürfte daher nicht dem Geschäftszweig der Mandantin im Sinne des § 88 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 AktG zuzuordnen sein.

iii. Tätigkeit im Zusammenhang mit der WOHNENwagen eG i.G.

Hinsichtlich der WOHNENwagen eG i.G., die gemeinwohlorientierte Wohnprojekte projektieren will, ist zu berücksichtigen, dass das Wettbewerbsverbot des § 88 AktG nicht eingreift, wenn ein Vorstandsmitglied noch während seiner Amtszeit Vorbereitungen für eine eigene wettbewerbliche Betätigung trifft, sofern diese nicht bereits als Geschäftemachen im Geschäftszweig zu qualifizieren sind¹⁵. Die Rechtsprechung hat etwa die bloße Gründung eines Unternehmens als zulässige Vorbereitung angesehen, solange dieses keine nach außen gerichtete werbende Tätigkeit entfaltet¹⁶.

Die WOHNENwagen eG befindet sich zwar noch in Gründung und ist nicht im Genossenschaftsregister eingetragen. Die Unterhaltung einer eigenen Homepage, die das Unternehmen, seine Ziele und zukünftigen Projekte darstellt, spricht jedoch für ein nach außen gerichtetes Auftreten. Spätestens mit der Abgabe einer Bewerbung um das Bauvorhaben „Quartier Kleineschholz“ in Freiburg tritt die WOHNENwagen eG i.G. in ein konkretes Auswahlverfahren ein und konkurriert unmittelbar mit anderen Marktteilnehmern. Dies stellt eine marktrelevante, nach außen gerichtete geschäftliche Betätigung dar und geht über eine bloße interne Vorbereitung hinaus.

Maßgeblich ist daher, ob diese Tätigkeit dem Geschäftszweig der Mandantin zuzuordnen ist. Soweit beide Gesellschaften Immobilienprojekte projektieren, liegt jedenfalls eine sachliche Nähe nahe.

¹⁵ MüKoAktG/Spindler, 6. Aufl. 2023, AktG § 88 Rn. 22, beck-online.

¹⁶ LAG Köln, Urteil vom 12. April 2005 – 9 Sa 1518/04, NZA-RR 2005, 595, beck-online.

Sofern die Gründung der WOHNENwagen eG noch nicht abgeschlossen ist und die Tätigkeit des Herrn Dr. Otto für die WOHNENwagen eG i.G. tatsächlich ruht, könnte ein Geschäftemachen im Sinne des § 88 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 AktG allerdings ausscheiden.

Gleichwohl kann ein Treuepflichtverstoß vorliegen, wenn schutzwürdige Interessen der Gesellschaft beeinträchtigt werden, etwa wenn der Gesellschaft die Arbeitskraft ihres Vorstandsmitglieds nur noch in begrenztem Maße zur Verfügung steht¹⁷. Insbesondere vor dem Hintergrund der vereinbarten Teilzeittätigkeit ist nach derzeitiger Aktenlage jedoch nicht ersichtlich, dass Herr Dr. Otto seine Arbeitsleistung nicht im vertraglich geschuldeten Umfang erbringt.

e. Zwischenergebnis

Zusammenfassend sprechen gute Gründe dafür, dass Herr Dr. Otto jedenfalls hinsichtlich der offengelegten Tätigkeiten wirksam vom gesetzlichen Wettbewerbsverbot des § 88 AktG freigestellt wurde.

Gleichwohl verbleibt aufgrund der fehlenden ausdrücklichen Vertragsregelung sowie der nicht abschließend geklärten Rechtsfrage eine gewisse Rechtsunsicherheit.

Unter vorsorglicher Anwendung des § 88 AktG wären insbesondere inhaltlich leitende oder organschaftlich mitwirkende Tätigkeiten für die WOHNENwagen eG i.G. – etwa als Vorstandsmitglied – sowie einzelne Beratungstätigkeiten im Einzelfall zwar nicht schlechthin verboten, wohl aber zustimmungsbedürftig.

Allerdings könnte sich im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG und der vereinbarten Teilzeittätigkeit eine Zustimmungspflicht ergeben, sofern im Einzelfall kein Interessenkonflikt besteht und der für die Mandantin verbleibende zeitliche Rahmen den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Amtsausübung genügt.

2. Offenlegungs- und Berichtspflichten gegenüber dem Aufsichtsrat

Der Mandantin könnte gegen Herrn Dr. Otto ein Auskunftsanspruch zustehen.

a. Anspruch aus § 666 BGB i.V.m. §§ 675, 611 BGB

Der Vorstand ist der Gesellschaft gegenüber grundsätzlich gemäß § 666 BGB i.V.m. §§ 675, 611 BGB umfassend zur Auskunftserteilung verpflichtet.

Diese Pflicht besteht jedoch nicht schrankenlos. Wird – wie hier – Auskunft zur Vorbereitung etwaiger Schadensersatzansprüche begehrt, bestimmt sich ihr Umfang nach dem Aufklärungsbedürfnis der Gesellschaft¹⁸. Ein entsprechendes Auskunftsinteresse besteht aber

¹⁷ MüKoAktG/Spindler, 6. Aufl. 2023, AktG § 88 Rn. 23, beck-online.

¹⁸ BGH, Beschluss vom 22. Juni 2021 – II ZR 140/20, NZG 2021, 1356, beck-online; OLG Brandenburg, Urteil vom 04. Dezember 2024 – 4 U 65/23, NZG 2025, 507, beck-online.

bereits dann, wenn der begründete Verdacht einer Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds besteht und wahrscheinlich ist, dass der Gesellschaft deswegen Ansprüche entstanden sind¹⁹.

Ausweislich der E-Mail des Aufsichtsratsmitglieds Frau Dorothea Mann vom 22. Juli 2025 wird sinngemäß beanstandet, Herr Dr. Otto habe „unendlich viele Termine und Stunden“ im Zusammenhang mit dem Projekt „Ortsnahe Pflege“ aufgewendet; dies erkläre, weshalb für bestimmte Aufgaben im Rahmen der Vorstandstätigkeit „nicht so richtig Zeit“ geblieben sei.

Allein der Umstand, dass im Kalender zahlreiche externe Termine verzeichnet sind, dürfte für sich genommen – insbesondere vor dem Hintergrund der vereinbarten Teilzeittätigkeit – noch keinen hinreichend konkreten Verdacht einer Pflichtverletzung begründen. Erforderlich wären belastbarer Anhaltspunkt dafür, dass Herr Dr. Otto seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung im Umfang von 19 Wochenstunden nicht erbracht oder konkrete Vorstandspflichten vernachlässigt hat. Hierfür bestehen nach derzeitiger Aktenlage keine quantifizierbaren Anhaltspunkte.

Ein spezifisch auf die Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs gerichteter Auskunftsanspruch dürfte daher gegenwärtig mangels hinreichend verdichteter Verdachtsmomente nicht durchgreifen.

b. Anspruch aus § 242 BGB

Unabhängig hiervon kann sich ein Auskunftsanspruch aus § 242 BGB ergeben. Denn Treu und Glauben gebieten es, dem Anspruchsberechtigten einen Auskunftsanspruch zuzubilligen, wenn die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der Anspruchsberechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, und wenn der Verpflichtete in der Lage ist, unschwer die zur Beseitigung dieser Ungewissheit erforderliche Auskunft zu erteilen²⁰.

Vor dem Hintergrund der konkreten Wahrnehmung eines erheblichen Umfangs externer Termine kann ein berechtigtes Informationsinteresse des Aufsichtsrats bestehen, die zeitliche Inanspruchnahme näher einordnen zu können. Dieses Informationsinteresse dürfte jedoch in Abgrenzung zum Auskunftsanspruch nach § 666 BGB i.V.m. §§ 675, 611 BGB auf die Kontrolle der ordnungsgemäßen Amtsausübung beschränkt sein.

Es betrifft insbesondere die Frage, ob Herr Dr. Otto seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung ordnungsgemäß erbringt, und ob aus den Nebentätigkeiten ein struktureller oder konkreter Interessenkonflikt erwächst.

c. Zwischenergebnis

Der Auskunftsanspruch beschränkt sich nach derzeitiger Sachlage auf eine nachvollziehbare Darstellung des zeitlichen Umfangs der Vorstandstätigkeit.

Zur Prüfung etwaiger Interessenkonflikte dürfte zudem ein Anspruch auf grundsätzliche Benennung und sachliche Einordnung der ausgeübten Nebentätigkeiten bestehen.

¹⁹ OLG Brandenburg, Urteil vom 04. Dezember 2024 – 4 U 65/23, NZG 2025, 507, beck-online.

²⁰ BGH, Urteil vom 06. Februar 2007 – X ZR 117/04, NJW 2007, 1806, beck-online.

Eine weitergehende, detaillierte Offenlegung – insbesondere erzielter Einkünfte – setzt demgegenüber konkrete Anhaltspunkte für eine treuwidrige Pflichtverletzung voraus. Solche Anhaltspunkte sind nach derzeitiger Aktenlage nicht ersichtlich.

3. Informationspflichten des Aufsichtsrats gegenüber den Aktionären

Fraglich ist, ob und in welchem Umfang der Aufsichtsrat verpflichtet ist, die Aktionäre im Rahmen der Hauptversammlung über die in Rede stehenden Umstände zu informieren.

a. Gesetzlicher Ausgangspunkt

Rechtsgrundlage ist § 171 Abs. 2 AktG. Danach hat der Aufsichtsrat der Hauptversammlung über die Wahrnehmung seiner Aufsichts- und Kontrollfunktion im Allgemeinen sowie speziell in Bezug auf die für die Beschlussfassung durch die Hauptversammlung wesentlichen Gesichtspunkte (Lagebericht, Jahresabschluss, Vorschlag der Verwendung des Bilanzgewinns, ggf. Konzernabschluss und Konzernlagebericht, vgl. § 171 Abs. 1 AktG) zu berichten. Der Bericht erfüllt dabei eine doppelte Funktion: Er informiert nicht nur über das Ergebnis der eigenen Prüfung der vom Vorstand beschlossenen Vorschläge und Berichte, sondern dient zugleich als Rechenschaftsbericht über die vom Aufsichtsrat hinsichtlich der Geschäftsführung des Vorstands ausgeübten Überwachungstätigkeit²¹.

In der Praxis – insbesondere bei börsennotierten Gesellschaften – enthält der Aufsichtsratsbericht regelmäßig Angaben dazu, welche Themen im Mittelpunkt der Sitzungen standen, in welchen Fällen zustimmungspflichtige Geschäfte genehmigt wurden, welchen Einfluss der Aufsichtsrat auf Planung und Strategie genommen hat sowie welche besonderen Berichte vom Vorstand angefordert wurden²².

Ob sich hieraus bereits eine Rechtspflicht zur detaillierten Darstellung einzelner Überwachungsmaßnahmen ableiten lässt, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Teilweise wird unter Hinweis auf das Beratungsgeheimnis und die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder eine weitergehende Offenlegung abgelehnt²³. Ebenso gut vertretbar dürfte die Gegenauffassung sein, die eine derart restriktive Sichtweise mit Wortlaut und Zweck des § 171 Abs. 2 AktG nur eingeschränkt vereinbar findet²⁴. Zwischen Berichtspflicht und Verschwiegenheitspflicht sei demnach ein Ausgleich im Sinne praktischer Konkordanz herzustellen: Soweit geheimhaltungsbedürftige Tatsachen betroffen seien, sei eine Abwägung zwischen dem Informationsinteresse der Aktionäre und dem Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft vorzunehmen; als Orientierung könne insoweit § 131 Abs. 3 AktG dienen²⁵.

Die Intensität der Berichterstattung hängt zudem von den Umständen des Einzelfalls ab²⁶.

²¹ BGH, Urteil vom 21. Juni 2010 – II ZR 24/09, juris.

²² MüKoAktG/Henrichs/Pöschke, 6. Aufl. 2025, AktG § 171 Rn. 217.

²³ MüKoAktG/Henrichs/Pöschke, 6. Aufl. 2025, AktG § 171 Rn. 218.

²⁴ Ebd.

²⁵ Ebd.

²⁶ MüKoAktG/Henrichs/Pöschke, 6. Aufl. 2025, AktG § 171 Rn. 219.

b. Bedeutung des DCGK

Ergänzend sind die Empfehlungen des DCGK zu berücksichtigen.

Nach Empfehlung D.7 DCGK soll der Aufsichtsrat über Anzahl und Form der Sitzungen sowie die Teilnahmequote der Mitglieder berichten.

Empfehlung E.1 sieht vor, dass der Aufsichtsrat in seinem Bericht an die Hauptversammlung über aufgetretene Interessenkonflikte von Aufsichtsratsmitgliedern und deren Behandlung informieren soll.

Nach Empfehlung E.2 haben Vorstandsmitglieder Interessenkonflikte unverzüglich dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats offenzulegen.

c. Zwischenergebnis

Vor diesem Hintergrund wird man gut vertreten können, dass der Aufsichtsrat verpflichtet ist, die Hauptversammlung darüber zu informieren, dass der Aufsichtsrat einen etwaigen Interessenkonflikt hinsichtlich der Nebentätigkeiten des Herrn Dr. Otto geprüft hat und zu welchem Ergebnis diese Prüfung geführt hat.

Eine Pflicht zur Offenlegung sämtlicher Detailinformationen ist hingegen nicht ersichtlich. Insbesondere dürfte die inhaltliche Wiedergabe interner Beratungen des Aufsichtsrats, die Offenlegung konkreter Einkünfte aus Nebentätigkeiten oder die Veröffentlichung sensibler Vertrags- oder Projektinhalte Dritter weder zur Beurteilung der ordnungsgemäßen Überwachung erforderlich noch mit dem Geheimhaltungsinteresse des betroffenen Organmitglieds ohne Weiteres vereinbar sein.

4. Pflicht zum Einschreiten des Aufsichtsrats sowie hieran anknüpfende haftungs- oder strafrechtliche Risiken der Aufsichtsratsmitglieder bei Untätigkeit

Zu prüfen ist, ob der Aufsichtsrat verpflichtet ist, gegen etwaige zustimmungsbedürftige Nebentätigkeiten einzuschreiten, sowie welche haftungs- oder strafrechtlichen Risiken für die Mitglieder des Aufsichtsrats bei einem Untätigbleiben bestehen.

Ergibt die Prüfung im jeweiligen Einzelfall, dass eine Nebentätigkeit des Herrn Dr. Otto gemäß § 88 AktG der Zustimmung des Aufsichtsrats bedarf und eine solche Zustimmung nicht erteilt wurde oder zu versagen ist – etwa wegen eines drohenden Interessenkonflikts oder einer Gefährdung der ordnungsgemäßen Amtsausübung –, ist der Aufsichtsrat verpflichtet, im Interesse der Gesellschaft tätig zu werden.

Der Mandantin würde in einem solchen Fall gegen den pflichtwidrig handelnden Herrn Dr. Otto ein Anspruch auf Unterlassung zustehen²⁷. Die Geltendmachung dieses Anspruchs würde gemäß § 112 AktG dem Aufsichtsrat obliegen. Er müsste sodann den Anspruch außergerichtlich, erforderlichenfalls gerichtlich durchsetzen.

²⁷ MüKoAktG/Spindler, 6. Aufl. 2023, AktG § 88 Rn. 29.

Die Pflicht des Aufsichtsrats erschöpft sich jedoch nicht in der bloßen Versagung der Zustimmung. Vielmehr hat er auch die Einhaltung seiner Entscheidung zu überwachen und durchzusetzen²⁸. Unterlässt er dies, kann darin eine Verletzung der Überwachungspflicht liegen.

Nach § 116 S. 1 AktG i.V.m. § 93 AktG haftet der Aufsichtsrat bei Verletzung seiner Pflichten auf Schadensersatz.

Die Verantwortlichkeit trifft dabei nicht nur das Gremium als solches, sondern jedes einzelne Mitglied. Jedes Aufsichtsratsmitglied ist verpflichtet, im Rahmen seiner Möglichkeiten auf die Verhinderung pflichtwidriger Handlungen hinzuwirken²⁹. Eine Entlastung mit dem Hinweis auf das Abstimmungsverhalten anderer Mitglieder kommt dabei nicht in Betracht³⁰. Ebenso wenig kann sich ein Mitglied pauschal auf fehlende eigene Sachkunde berufen³¹. Denn in solch einem Fall ist das Aufsichtsratsmitglied gehalten, externen Rat einzuholen³².

Neben zivilrechtlichen Haftungsrisiken können auch strafrechtliche Risiken in Betracht kommen.

Verstößt ein Vorstandsmitglied gegen das Wettbewerbsverbot des § 88 AktG, wird regelmäßig ein wichtiger Grund im Sinne des § 84 Abs. 3 AktG vorliegen, die den Aufsichtsrat berechtigt, die Bestellung zu widerrufen und den Anstellungsvertrag zu kündigen³³.

5. Bestehen etwaiger Schadensersatzansprüche gegen den Vorstand

Die Schadensabwendungspflicht des Aufsichtsrats umfasst auch die Prüfung, ob der Gesellschaft gegen ein Vorstandsmitglied Schadensersatzansprüche zustehen und ob diese gegebenenfalls geltend zu machen sind.

Verstößt ein Vorstandsmitglied schuldhaft gegen das Wettbewerbsverbot des § 88 Abs. 1 AktG, kann die Gesellschaft gemäß § 88 Abs. 2 AktG Ersatz des hierdurch entstandenen Schadens verlangen. Voraussetzung ist ein pflichtwidriges und schuldhaftes Verhalten sowie ein kausaler Schaden der Gesellschaft.

Der Umfang des Ersatzanspruchs richtet sich nach §§ 249 ff. BGB. Auch Ersatz des entgangenen Gewinns kann verlangt werden, wenn anzunehmen ist, dass die Gesellschaft das betreffende Geschäft sonst selbst mit dem Dritten geschlossen hätte. Für den Nachweis des Schadens ist die Gesellschaft in vollem Umfang beweispflichtig³⁴.

Zu berücksichtigen ist allerdings § 88 Abs. 3 S. 1 AktG. Danach verjähren Ansprüche nach § 88 Abs. 2 AktG in drei Monaten ab dem Zeitpunkt, in dem sämtliche Vorstands- und

²⁸ Semler/v. Schenck/Wilsing AR-HdB/v. Schenck, 6. Aufl. 2025, § 6 Rn. 409, beck-online.

²⁹ Ebd.

³⁰ Ebd.

³¹ Semler/v. Schenck/Wilsing AR-HdB/v. Schenck, 6. Aufl. 2025, § 6 Rn. 410, beck-online.

³² Ebd.

³³ MüKoAktG/Spindler, 6. Aufl. 2023, AktG § 88 Rn. 39.

³⁴ OLG Köln, Beschluss vom 19. Oktober 2018 – 18 W 53/17, NZG 2019, 582, beck-online.

Aufsichtsratsmitglieder von der Pflichtverletzung Kenntnis erlangen. Abgesehen davon verjähren die Ansprüche der Gesellschaft nach § 88 Abs. 3 S. 2 AktG stets in fünf Jahren seit ihrer Entstehung.

Unabhängig von der Verjährungsfrage kann die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs nach § 242 BGB ausgeschlossen sein, wenn sie gegen Treu und Glauben verstößt. Dies kann insbesondere dann in Betracht kommen, wenn der Aufsichtsrat von der betreffenden Nebentätigkeit Kenntnis hatte und diese jedenfalls duldete. In einem solchen Fall könnte sich die spätere Berufung auf einen Wettbewerbsverstoß als treuwidriges widersprüchliches Verhalten darstellen³⁵.

Sollte in den Beratungstätigkeiten sowie dem Engagement bei der WOHNENwagen eG i.G. ein Wettbewerbsverstoß nach § 88 Abs. 1 AktG zu sehen sein, käme also grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch nach § 88 Abs. 2 AktG in Betracht. Dieser könnte jedoch sowohl wegen der Verjährung des § 88 Abs. 3 S. 1 AktG als auch unter dem Gesichtspunkt von § 242 BGB ausgeschlossen sein, da Herr Dr. Otto diese Tätigkeiten unter anderem mit seinen E-Mails vom 30. April 2024 bzw. 22. Juli 2025 offengelegt hat und der Aufsichtsrat hiervon Kenntnis hatte. Eine spätere Berufung auf einen Wettbewerbsverstoß könnte sich daher als widersprüchliches Verhalten darstellen.

Gez. DL

³⁵ OLG München, Urteil vom 18. Dezember 2024 – 7 U 9239/21, juris.