

Über „Schloss Eller“ hinaus

Die Rolle der Hauptversammlung beim Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens in der aktienrechtlichen Organhaftung

Kloth, Johannes*

ZUSAMMENFASSUNG

Der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens ist eine Maxime des allgemeinen Schadensrechts. Beruft sich der Schädiger im Rahmen eines Schadensersatzanspruches auf eben diesen Einwand, so macht er geltend, dass der Schaden auch bei rechtmäßigem Verhalten hätte verursacht werden können. Sodann wäre nämlich eine Haftung mangels haftungsausfüllender Zurechnung trotz haftungsbegründeten kausalen Verhaltens ausgeschlossen. Auch in der Organhaftung finden diese schadensrechtlichen Grundsätze Anwendung. Der Aufsatz geht vor diesem Hintergrund der Frage nach, ob der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens auch dann greift, wenn der Vorstand die Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG verletzt und sich später darauf beruft, die Hauptversammlung hätte (hypothetisch) anstelle des Aufsichtsrats einer Geschäftsführungsmaßnahme zugestimmt.

Keywords Aktiengesetz, Schadensersatz, Hauptversammlung, Gesellschaftsrecht, Organhaftung, Zustimmungspflicht, Aufsichtsrat

A. Status Quo – Eine Bestandsaufnahme

Die Organhaftung ist seit vielen Jahren Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Diskussion und eine Rechtsmaterie, die, geprägt durch höchstrichterliche Rechtsprechung und Gesetzgebungsinitiativen, in jüngerer Zeit verstärkt Änderungen unterliegt.¹ Die BGH-Entscheidung „Schloss Eller“ aus dem Jahr 2018 zum Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens bietet in diesem Kontext Anlass, die grundlegenden dogmatischen Zusammenhänge der aktienrechtlichen Organhaftung erneut näher zu beleuchten. In der Literatur ist diese Entscheidung bereits auf eine lebendige, teils kritische Diskussion gestoßen.² Insbesondere wurde untersucht, ob eine Verletzung des Zustimmungsvorbehalts des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG dem Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens zugänglich ist, wenn sich der Vorstand im Rahmen eines Organhaftungsanspruches nach § 93 Abs. 2 AktG später darauf beruft, dass der Aufsichtsrat – wäre er beteiligt worden – der Geschäftsführungsmaßnahme zugestimmt hätte. Denn sofern derselbe Schaden auch dann eingetreten wäre, wenn sich der Vorstand rechtmäßig verhalten hätte, d.h. der Aufsichtsrat beteiligt worden wäre, fehlt es gerade an dem haftungsausfüllenden Kausalitätszusammenhang.³ Eine Schadenskompensation wäre dann vom Schutzzweck der Schadensersatznorm nicht erfasst und folglich ausgeschlossen.⁴

I. Die Rolle des Aufsichtsrats bei Geschäftsführungsmaßnahmen

Um diese Überlegung verständlich zu machen, lohnt ein Blick auf die Rolle des Aufsichtsrats bei Geschäftsführungsmaßnahmen und den Zweck des Zustimmungsvorbehalts nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG. Der

*Der Autor studierte bis zu seinem 1. Staatsexamen Ende 2022 Rechtswissenschaft an Goethe-Universität Frankfurt am Main. Der Aufsatz ist die gekürzte Fassung einer wissenschaftlichen Hausarbeit aus dem Schwerpunktbereich 2 - Law and Finance aus dem Sommersemester 2022.



Attribution 4.0 International (CC BY 4.0)

Zitieren als: Kloth, J. (2023). Über „Schloss Eller“ hinaus - Die Rolle der Hauptversammlung beim Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens in der aktienrechtlichen Organhaftung, *FraLR* 1(1), 39-46. DOI: 10.21248/gups.72208

¹Zur Entwicklung siehe Paefgen, AG 2014, 554 (554f.); als wesentlicher Meilenstein für die neuere Entwicklung der Organhaftung wird die ARAG-Garmenbeck-Entscheidung des BGH (BGH, Urteil v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244 = BGH NJW 1997, 1926) gesehen sowie die gesetzgeberische Tätigkeit mit dem UMAG im Jahr 2005. Auch die Verhandlungen des DJT 2014 belegen die kontrovers geführte Diskussion.

²Insbesondere zur Frage, ob der Einwand auch bei der Missachtung einer Kompetenz-, Organisations- oder Verfahrensregel greift, Altmeppen, FS K. Schmidt, S. 36ff.; Grunewald, FS Hopt, S. 332; Habersack, FS Vetter, S. 185; Wicke, FS Vetter, S. 917; Fleischer, DStR 2009, 1204 (1208f.); Grobecker/Wagner, ZIP 2019, 694 (696); Wilsing/von der Linden, NZG 2018, 1416 (1417); Schilha/Theusing, AG 2019, 26 (27); Scholz, AG 2020, 453 (460f.); Kleindiek, FS Krieger, S. 506; Krieger, FS Seibert, S. 516ff.; Paefgen, WM 2022, 253 (262).

³Ob es sich beim Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens um einen Anwendungsfall der hypothetischen Kausalität handelt (so Oetker in MüKo BGB, § 249 Rn. 217) oder um eine selbstständige Fallgruppe (BGH NJW 1986, 576 (579); BGH NJW 2012, 2022 (2023)) ist umstritten, jedoch ohne große praktische Bedeutung, vgl. Höpfner in Staudinger BGB, § 249 Rn. 103; Flume in BeckOK BGB, § 249 Rn. 327.

⁴So bereits schon BGH NJW 1986, 576 (579), der sich dieser schutzzweckorientierten Betrachtungsweise angeschlossen hat.

BGH sieht in dem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats die Gewährleistung eines ausnahmsweise bestehenden unternehmerischen Handlungsspielraums.⁵ Während die Geschäftsführung grundsätzlich in den Händen des Vorstands liegt, kommt dem Aufsichtsrat eine Überwachungsfunktion über die Vorstandstätigkeit zu,⁶ Maßnahmen der Geschäftsführung obliegen ihm gemäß § 111 Abs. 4 S. 1 AktG grundsätzlich nicht. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG schafft davon abweichend für besonders festgelegte Geschäfte Zustimmungsvorbehalte und ermöglicht so die Mitwirkung des Aufsichtsrats an Geschäftsführungsaufgaben,⁷ wobei die endgültige Entscheidung grundsätzlich dem Vorstand überlassen bleibt. Diese Mitwirkungskompetenz dient dabei auch der Beratung des Vorstands, einschließlich einer Diskussion über die entscheidungserheblichen Fragestellungen sowie den Austausch von Argumenten bei wichtigen unternehmerischen Entscheidungen, um im Unternehmensinteresse bestmögliche Entscheidungen treffen zu können.⁸

II. Die Geschehnisse um „Schloss Eller“

Eine Immobilienentwicklungsgesellschaft (im Folgenden „die Klägerin“) erwog, einen Gebäudekomplex von der Stadt Düsseldorf zu erwerben, diesen zu sanieren und anschließend die Räumlichkeiten als Veranstaltungsort und Wohnraum zu vermieten. Zu diesem Gebäudekomplex gehörte auch das Schloss Eller, welches später dem BGH-Fall den charakteristischen Namen verlieh. Die Satzung der Klägerin sah vor, dass Geschäfte ab einer Summe von 200.000 Euro der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen. Entsprechend dieser satzungsrechtlichen Bestimmung stimmte der Aufsichtsrat einer Beschlussvorlage des Vorstands mit Gesamtinvestitionskosten von 3.936.614 Euro für die Sanierung des Gebäudekomplexes in einer Aufsichtsratssitzung zu.⁹ Im Zuge der weiteren Projektplanung wurden jedoch die zu erwartenden Sanierungskosten, nach einer Überprüfung durch einen Denkmalpfleger, auf 6.400.000 Euro geschätzt. Diese Kostensteigerung besprach der Vorstand mit dem Oberbürgermeister der Stadt Düsseldorf, der zugleich Aufsichtsratsvorsitzender der Klägerin war. Ob der Oberbürgermeister in der Funktion des Aufsichtsratsvorsitzenden dem Projekt trotz der gestiegenen Kosten zustimmte, konnte nicht sicher nachgewiesen werden.¹⁰ Jedenfalls sah der Vorstand von einer erneuten Beschlussvorlage wegen den nunmehr weit höheren Sanierungskosten an den Aufsichtsrat ab und schloss ungeachtet dessen im Namen der Gesellschaft einen Erbbaurechtsvertrag auf die Dauer von 50 Jahren mit der Stadt Düsseldorf. Anschließend wurde das Schloss saniert. Weitere Bestandteile des Gebäudekomplexes, wie der Wirtschaftshof, blieben unsaniert, sodass eine Vermarktung der Gebäude nicht gelang.¹¹ Die Klägerin verlangte nun vom Vorstand Schadensersatz in Höhe von 2.913.287 Euro¹² und beantragte, die Ersatzpflicht für weitere Schäden festzustellen, die im Zusammenhang mit dem Erbbaurechtsvertrag, betreffend den Gebäudekomplex, und der Beschränkung der Sanierung auf das Schloss Eller entstanden sind.¹³

III. Die gerichtlichen Entscheidungen im Überblick

Der Entlastungsmöglichkeit durch den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens bei einer Verletzung des

Zustimmungsvorbehalts nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG erteilte das LG Düsseldorf¹⁴ eine Absage. Der Schadensersatzanspruch nach § 93 Abs. 2 AktG ergebe sich aufgrund des Verstoßes gegen die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Geschäftsmanns, da der Vorstand einen Beschluss des Aufsichtsrats in der konkreten Fallsituation nicht herbeigeführt habe.¹⁵ Insbesondere sei unerheblich, „[...] ob der Aufsichtsrat der Maßnahme bei rechtzeitiger Information zugestimmt hätte, denn bei der Verletzung von Zustimmungspflichten kann sich der Vorstand nicht darauf berufen, dass das Gremium zugestimmt hätte.“¹⁶

Die gegen dieses Urteil gerichtete Berufung wies das OLG Düsseldorf zurück.¹⁷ Auch hier wurde dem Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens eine Absage erteilt, da dieser nicht greife, „[...] wenn es um die Verletzung von Organisations-, Kompetenz oder Verfahrensregeln geht, weil ansonsten deren Schutzzweck weitgehend leer laufen würde.“¹⁸ Zudem führt das OLG Düsseldorf aus, dass der Vorstand jedenfalls keinen hinreichenden Entlastungsbeweis geführt habe, d.h. nicht sicher nachgewiesen hat, dass die Aufsichtsratsmitglieder zur Zustimmung verpflichtet gewesen waren.

Der BGH hob mit Urteil vom 10.7.2018 das Urteil des OLG Düsseldorf aufgrund von Rechtsmängeln auf. Ausgangspunkt der rechtlichen Würdigung war zunächst die mit der instanzgerichtlichen Rechtsprechung übereinstimmende Auffassung, dass der Vorstand gegen die ihm obliegende Pflicht gemäß § 93 Abs. 1 S. 1 AktG verstoße, wenn er entgegen § 111 Abs. 4 S. 2 AktG keinen Zustimmungsbeschluss des Aufsichtsrats einholt.¹⁹ Insbesondere sei eine *vorherige* Zustimmung erforderlich gewesen, eine *nachträgliche* Genehmigungsmöglichkeit des Aufsichtsrats bestünde mit Blick auf den Schutzzweck der Norm grundsätzlich nicht. Denn die Zustimmungsvorbehalte auf der Grundlage von § 111 Abs. 4 S. 2 AktG stellen ein System

⁵BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 49.

⁶Dazu gehört insbesondere die Ausübung der Personalhoheit über die Zusammensetzung des Vorstands, d.h. Bestellung und Abberufung, § 84 AktG sowie Informationsrechte nach § 111 Abs. 2 AktG, vgl. Götz, ZGR 1990, 633.

⁷Drygala in Schmidt/Lutter AktG, § 111 Rn. 49; Israel in Heidelberger Kommentar AktG, § 111 Rn. 21; Breuer/Fraune in NomosKommentar AktG, § 111 Rn. 28.

⁸Krieger, FS Seibert, S. 515, 517; Paefgen, AG 2022, 253 (261); die präventive Kontrolle wird daher vorrangig durch Diskussionen und Beratungen zwischen Vorstand und Aufsichtsrat gewährleistet, vgl. BGH, Urteil v. 25.3.1991 – II ZR 188/89 = BGH NJW 1991, 1830 (1831); Koch in Hüffer (Begr.) AktG, § 111 Rn. 28; siehe dazu auch die allgemeine Empfehlung D6 des DCGK.

⁹BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 1.

¹⁰BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 2, 21, 24; LG Düsseldorf, Urteil v. 1.4.2016 – 39 O 20/14, Rn. 10; Paefgen, WM 2022, 253.

¹¹BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 2, 3.

¹²Zur konkreten Berechnung der Schadenshöhe, LG Düsseldorf, Urteil v. 1.4.2016 – 39 O 20/14, Rn. 20.

¹³BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 4.

¹⁴LG Düsseldorf, Urteil v. 1.4.2016 – 39 O 20/14.

¹⁵LG Düsseldorf, Urteil v. 1.4.2016 – 39 O 20/14, Rn. 50, 53.

¹⁶LG Düsseldorf, Urteil v. 1.4.2016 – 39 O 20/14, Rn. 56.

¹⁷OLG Düsseldorf, Urteil v. 15.12.2016 – 6 U 97/16, Rn. 20ff.

¹⁸OLG Düsseldorf, Urteil v. 15.12.2016 – 6 U 97/16, Rn. 25.

¹⁹BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 14; zum Erfordernis einer erneuten Zustimmung im Falle wesentlicher Änderungen Schnorbus/Ganzer, BB 2020, 251 m.w.N.

der vorbeugenden Kontrolle des Aufsichtsrats dar, das auf eine Unterbindung von gegebenenfalls nicht mehr rückgängig zu machenden Geschäften abzielt.²⁰ Ob in Eilfällen ausnahmsweise eine nachträgliche Genehmigung durch den Aufsichtsrat in Betracht kommt, ließ der BGH bewusst offen, da jedenfalls kein Eilfall bestand.²¹ Ebenso erteilte der BGH dem Vorbringen des Vorstands eine Absage, dass der Aufsichtsratsvorsitzende in Zuge eines informellen Gespräches mit seiner Einwilligung in die Geschäftsführungsmaßnahme die Zustimmung des Aufsichtsrats erklärt habe. Die Zustimmung gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG erfordere eine Willensbildung in Gestalt eines Beschlusses des Plenums nach § 108 Abs. 1 AktG oder eines Ausschusses nach § 107 Abs. 3 AktG.²²

Sodann prüft der BGH, ob der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens mit dem Vorbringen des Vorstands, der Aufsichtsrat hätte der Geschäftsführungsmaßnahme zugestimmt, vereinbar ist. Der BGH hält den Einwand für zulässig, soweit ein sicherer Beweis für das hypothetische Organhandeln erbracht werden kann. Denn „[w]eist der Vorstand nach, dass der Aufsichtsrat bei Beachtung des § 111 Abs. 4 S. 2 AktG in die betreffende Maßnahme mehrheitlich eingewilligt hätte, kann ihm bei wertender Betrachtung grundsätzlich der in Folge des Kompetenzverstößes eingetretene Schaden billigerweise nicht zugerechnet werden.“²³

B. Die Rolle der Hauptversammlung beim Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens

Ein Teil der Literatur stimmt dem BGH grundsätzlich zu, dass die hypothetische Zustimmung des Aufsichtsrats einredeweise im Rahmen des rechtmäßigen Alternativverhaltens geltend gemacht werden kann,²⁴ wenn auch die umfangreiche Darlegungs- und Beweislast für den Vorstand zum Nachweis des hypothetischen Organhandelns in der Praxis Schwierigkeiten bereiten dürfte.

Eine Folgefrage ist nun, ob sich der Vorstand auch darauf berufen kann, die Hauptversammlung hätte durch einen nach § 119 Abs. 2 AktG hypothetisch gefassten Beschluss den missachteten Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats überwunden.²⁵

I. Überlegungen und Wertungen des BGH

Der BGH hat sich mit der Frage, ob die hypothetische Zustimmung der Hauptversammlung im Rahmen des rechtmäßigen Alternativverhaltens berücksichtigt werden kann, nicht explizit auseinandergesetzt. Gleichwohl strengt er grundsätzliche Wertungen zur Rolle der Hauptversammlung bei der Geltendmachung eines Organhaftungsanspruchs an.²⁶ Ausgangspunkt der rechtlichen Überlegung ist, dass ein förmlicher und gesetzmäßiger Beschluss der Hauptversammlung die Ersatzpflicht des Vorstands nach § 93 Abs. 4 S. 1 AktG ausschließt, wenn die Geschäftsführungsmaßnahme des Vorstands auf diesem Beschluss beruht.²⁷ Ist der Vorstand nach § 83 Abs. 2 AktG zur Ausführung eines solchen Hauptversammlungsbeschlusses verpflichtet,²⁸ kann an die Erfüllung der Verpflichtung schwerlich eine Ersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft anknüpfen.²⁹ Sofern – wie im Fall „Schloss Eller“ – kein förmlicher Beschluss vorliegt,

stellt sich jedoch die Frage, ob die (formlose) Einwilligung des Alleinaktionärs dazu führen kann, dass die Geltendmachung des Anspruches durch die Gesellschaft rechtsmissbräuchlich wird.³⁰ Nach zutreffender Ansicht³¹ des BGH würde die Zulassung dieses Einwandes zu einer Umgehung von § 93 Abs. 4 S. 1 AktG führen, da mangels förmlichen Hauptversammlungsbeschlusses keine Handlungsverpflichtung des Vorstands zu erkennen ist (§ 83 Abs. 2 AktG) und sich daher die Konfliktsituation, der § 93 Abs. 4 S. 1 AktG gerade entgegentreten möchte, nicht stellt.³² Auch wenn es von diesem Grundsatz Ausnahmen geben mag, so lag nach Ansicht des BGH im Fall „Schloss Eller“ eine solche Ausnahme jedenfalls nicht vor.³³

Ausgehend von dieser rechtlichen Wertung, stellt sich die Frage, welche Rückschlüsse sich daraus für das rechtmäßige Alternativverhalten ergeben. Wollte man in der hypothetischen Beschlussfassung der Hauptversammlung eine Vergleichbarkeit zur formlosen Billigung des Alleinaktionärs erkennen, so legen die Ausführungen des BGH nahe, dass dem Vorstand der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens verwehrt ist.³⁴ Andererseits könnte man der Ansicht sein, dass die formlose Billigung des Hauptaktionärs mit der Zustimmung des Aufsichtsratsvorsitzenden und die hypothetische Beschlussfassung der Hauptversammlung mit der hypothetischen Zustimmung

²⁰BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 17; Koch in Hüffer (Begr.) AktG, § 111 Rn. 69; Habersack in MüKo AktG, § 111 Rn. 140; Tomasic in Grigoleit AktG, § 111, Rn. 79; Groß-Bölting/Rabe in Hölters/Weber AktG, § 111 Rn. 95; aA Schnorbus/Ganzer, BB, 2020, 251 (256) mit dem Argument, dass eine nachträgliche Genehmigung sowohl für den Vorstand als auch für den Aufsichtsrat sinnvoll sei.

²¹BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 18f.; wohl für eine solche Ausnahme Götz, ZGR 1990, 633 (643f.); Groß-Bölting/Rabe in Hölters/Weber AktG, § 111 Rn. 95; restriktiv Koch in Hüffer (Begr.) AktG, § 111 Rn. 70; dagegen Habersack in MüKo AktG, § 111 Rn. 141.

²²BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 22.

²³BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 45.

²⁴Altmeppen, FS K. Schmidt, S. 36ff.; Grunewald, FS Hopt, S. 332; Habersack, FS Vetter, S. 185; Wicke, FS Vetter, S. 917; Fleischer, DStR 2009, 1204 (1208f.); Grobecker/Wagner, ZIP 2019, 694 (696); Wilsing/von der Linden, NZG 2018, 1416 (1417); Schilha/Theusing, AG 2019, 26 (27); Scholz, AG 2020, 453 (460f.).

²⁵Mit dieser Frage beschäftigen sich auch Habersack, FS Vetter, S. 186ff.; Wicke, FS Vetter, S. 914; Krieger, FS Seibert, S. 521ff.; Grunewald, FS Hopt, S. 328; Scholz, AG 2020, 453 (459f.); Paefgen, WM 2022, 253 (263).

²⁶BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 23ff.

²⁷BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 26; Schmidt in NomosKommentar AktG, § 93 Rn. 126.

²⁸Sailer-Coceani in Schmidt/Lutter AktG, § 93 Rn. 59; Seibt in Schmidt/Lutter AktG, § 83 Rn. 11; Spindler in MüKo AktG, § 83 Rn. 17.

²⁹BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 29; siehe auch Koch in Hüffer (Begr.) AktG, § 93 Rn. 153; Habersack, FS Vetter, S. 186.

³⁰Zum Streitstand BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 27ff. m.w.N.

³¹Statt vieler Schäfer, FS Vetter, S. 652.

³²BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 29f.

³³BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 31ff.

³⁴Dies vermutet auch Habersack, FS Vetter, S. 186, denn auch in diesem Fall besteht die von § 93 Abs. 4 S. 1 AktG erfasste Konfliktsituation nicht, da eine hypothetische Beschlussfassung nicht zu einer Handlungsverpflichtung des Vorstands führen kann.

des Aufsichtsrats vergleichbar ist.³⁵ Damit stellt sich die Frage, ob man die förmliche Beschlussfassung der Hauptversammlung mit dem mutmaßlichen bzw. hypothetischen Beschlussinhalt substituieren könnte.

II. Schutzzweckorientierte Betrachtungsweise

Es wurde bereits gezeigt, dass bestimmte Geschäftsführungsmaßnahmen gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG unter dem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats stehen. Nach herrschender Meinung ist allerdings auch möglich, *anstelle* der Zustimmung des Aufsichtsrats, einen Zustimmungsbeschluss der Hauptversammlung herbeizuführen.³⁶ Denn nach § 119 Abs. 2 AktG kann die Hauptversammlung auf Verlangen des Vorstands über Geschäftsführungsfragen entscheiden.³⁷ Trifft die Hauptversammlung eine solche Sachentscheidung, so hat der Vorstand den Beschluss nach herrschender Meinung gemäß § 83 Abs. 2 AktG verpflichtend umzusetzen, die (zusätzliche) Zustimmung des Aufsichtsrats ist dann entbehrlich.³⁸ Aus dieser gesetzlichen Wertung folgt nun der folgende, für das rechtmäßige Alternativverhalten entscheidende Gedanke: Sofern der Vorstand den Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG missachtet, kann er sich möglicherweise darauf berufen, er hätte die Hauptversammlung nach § 119 Abs. 2 AktG über die Geschäftsführungsmaßnahme entscheiden lassen und die Hauptversammlung hätte der Beschlussvorlage zugestimmt. Einen hypothetischen Zustimmungsbeschluss vorausgesetzt, würde dann wegen § 93 Abs. 4 S. 1 AktG möglicherweise eine Schadensersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft nicht bestehen.

1. *Verhältnis von § 111 Abs. 4 S. 2, 3 AktG zu § 119 Abs. 2 AktG* Der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens der Hauptversammlung setzt, wie gezeigt, voraus, dass der Vorstand den Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats durch einen Hauptversammlungsbeschluss ersetzen kann. Mit der herrschenden Meinung wird man dem zustimmen können,³⁹ jedoch ist dieser Schluss unter Beachtung des § 111 Abs. 4 S. 3 AktG keinesfalls zwingend. Nach dem Wortlaut ist die Vorlage an die Hauptversammlung möglich, wenn der Aufsichtsrat seine Zustimmung verweigert hat. Das setzt aber gerade voraus, dass der Aufsichtsrat beteiligt wurde. Zudem kann es insbesondere bei Publikumsgesellschaften für die Aktionäre von Bedeutung sein, wie sich der Aufsichtsrat zu einer konkreten Maßnahme positioniert hat.⁴⁰ Auch dies würde dafür sprechen, dass die Hauptversammlung sich erst nach der Beteiligung des Aufsichtsrats mit dem Beschluss befassen darf. Dagegen kann die herrschende Gegenansicht für sich beanspruchen, dass § 119 Abs. 2 AktG nicht zwischen Geschäftsführungsmaßnahmen mit und ohne Zustimmungsvorbehalt differenziert, d.h. es können jegliche Fragen der Geschäftsführung Gegenstand der Hauptversammlung sein. Ebenfalls für dieses Verständnis spricht, dass die Hauptversammlung eine ablehnende Entscheidung des Aufsichtsrats überspielen kann. Dann scheint es konsequent, einen Aufsichtsratsbeschluss nicht als zwingende Voraussetzung anzusehen,⁴¹ zumal im Falle einer verweigten Zustimmung durch die Hauptversammlung die Mitwirkungspflicht des Aufsichtsrats wieder auflebt. Aktionäre müssen am Ende die wirtschaftlichen Konsequenzen der Geschäftsführungsmaßnahme tragen, daher scheint es folgerichtig, dem Vorstand die

Möglichkeit zu geben, anstelle des Aufsichtsrats direkt die Hauptversammlung zu fragen.⁴² Der herrschenden Ansicht ist damit zu folgen.

2. *Verhältnis von § 83 Abs. 2 AktG zu § 93 Abs. 4 S. 1 AktG* Die potenzielle Haftungsfreistellung des Vorstands durch das rechtmäßige Alternativverhalten folgt aus § 93 Abs. 4 S. 1 AktG. Wollte man die *ratio* der Norm einzig darin sehen, dass der Vorstand wegen § 83 Abs. 2 AktG verpflichtet ist, Hauptversammlungsbeschlüsse nach § 119 Abs. 2 AktG umzusetzen,⁴³ lässt sich fragen, ob dieser Zweck auch bei einem hypothetischen Hauptversammlungsbeschluss erreicht wird.⁴⁴ Dies wäre nur dann der Fall, wenn die aus einem hypothetischen Hauptversammlungsbeschluss resultierende hypothetische Handlungsverpflichtung eine hinreichende Bindungswirkung für den Vorstand schafft, um die bereits thematisierte Konfliktsituation zu schaffen. Das wird man verneinen müssen, denn dem Vorstand steht es tatsächlich zu jeder Zeit frei, die Geschäftsführungsmaßnahme zu unterlassen oder abzuändern. Der hypothetische Hauptversammlungsbeschluss kann in der Realität gerade nicht zu einer Handlungsverpflichtung führen. Dem Problem könnte man einerseits begegnen, indem der Vorstand den Beweis dafür erbringen muss, er hätte gerade aufgrund des hypothetischen Hauptversammlungsbeschlusses die Handlung vorgenommen.⁴⁵ Andererseits könnte man versucht sein darzulegen, dass die Haftungsfreistellung gemäß § 93 Abs. 4 S. 1 AktG nicht notwendigerweise eine Konsequenz der Handlungsverpflichtung ist.

Der BGH schloss sich im Urteil „Schloss Eller“ der Sichtweise an, dass § 93 Abs. 4 S. 1 AktG gerade die Konsequenz des § 83 Abs. 2 AktG ist, d.h. beide Normen

³⁵So Habersack, FS Vetter, S. 187; zustimmend auch Krieger, FS Seibert, S. 522.

³⁶Spindler in Schmidt/Lutter AktG, § 119 Rn. 19; Kubis in MüKo AktG, § 119 Rn. 24; Krieger, FS Seibert, S. 522 m.w.N.

³⁷Spindler in Schmidt/Lutter AktG, § 119 Rn. 14; Koch in Hüffer (Begr.) AktG, § 119 Rn. 11; Kubis in MüKo AktG, § 119 Rn. 18.

³⁸Bungert in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Aktiengesellschaft, Band 4, 5. Auflage 2020 (MünchHdB), § 35 Rn. 20 m.w.N.; aA. Dietz-Vellmer, NZG 2014, 721 (725).

³⁹Spindler in Schmidt/Lutter AktG, § 119 Rn. 19; Kubis in MüKo AktG, § 119 Rn. 24; Krieger, FS Seibert, S. 522 m.w.N.

⁴⁰Dietz-Vellmer, NZG 2014, 721 (724f.).

⁴¹Kubis in MüKo AktG, § 119 Rn. 24; Spindler in Schmidt/Lutter AktG, § 119 Rn. 19; Krieger, FS Seibert, S. 522.

⁴²Habersack, FS Vetter, S. 190.

⁴³Jedenfalls nach hM findet die Rechtswirkung des § 83 Abs. 2 AktG auch für Beschlüsse nach § 119 Abs. 2 AktG Anwendung, dem schließt sich auch der BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 36 an; siehe dazu insb. Diskussion bei Dietz-Vellmer, NZG 2014, 721 (725); v. Falkenhausen, NZG 2016, 601 (602).

⁴⁴Eine solche Frage wirft auch Habersack, FS Vetter, S. 188 auf.

⁴⁵Analoge Wertung zum Alternativverhalten des Aufsichtsrats: In diesem Fall muss der Vorstand den Nachweis erbringen, dass er trotz Beteiligung des Aufsichtsrats von seinem Vorhaben nicht abgerückt wäre, da der Vorstand nicht an die Entscheidung des Aufsichtsrats gebunden und auch weiterhin zu einer selbstständigen und sorgfältigen Prüfung verpflichtet ist (Koch in Hüffer (Begr.) AktG, § 111 Rn. 71). Denn in den Fällen, in denen das hypothetische Alternativverhalten den Lauf der Dinge in der Realität verändern vermag, muss der Vorstand den Beweis erbringen, dass das Telos der Norm erreicht wird.

in einem engen Zusammenhang stehen,⁴⁶ sodass der Schluss naheliegt, dass eine Haftungsfreistellung durch einen hypothetischen Hauptversammlungsbeschluss nicht erreicht werden kann. Die hier zutreffende Wertung zum Verhältnis von § 83 Abs. 2 AktG und § 93 Abs. 4 S. 1 AktG ist daher der archimedische Punkt bei der Frage, ob man einen hypothetischen Hauptversammlungsbeschluss als rechtmäßiges Alternativverhalten zulassen möchte.

Ein erster Ansatz könnte sich aus der Konsequenz der Argumentation des BGH im Fall „Schloss Eller“ selbst ergeben. Der BGH beschäftigte sich mit der Frage, „ob die Einwilligung des Alleinaktionärs dazu führen kann, dass die Geltendmachung der Ersatzpflicht durch die Gesellschaft rechtsmissbräuchlich wird.“⁴⁷ Der Organhaftungsanspruch wäre zwar nicht wegen § 93 Abs. 4 S. 1 AktG, sondern aufgrund § 242 BGB ausgeschlossen. Der BGH verneinte dies zwar grundsätzlich, stellte jedoch auch fest, dass „es [...] Ausnahmefälle geben [mag], in denen sich der Vorstand gegenüber der ihn auf Schadensersatz in Anspruch nehmende Aktiengesellschaft erfolgreich wegen des Verhaltens des Alleinaktionärs mit dem Einwand widersprüchlichen Verhaltens verteidigen kann.“⁴⁸ Voraussetzung dafür ist jedoch die Schaffung eines hinreichenden Vertrauenstatbestands.⁴⁹ Nach Ansicht des BGH ist die formlose Einwilligung des Alleinaktionärs kein hinreichender Vertrauenstatbestand.⁵⁰ Jedoch könnte man auf die Idee kommen, einen hypothetischen Hauptversammlungsbeschluss als einen solchen Vertrauenstatbestand zu verstehen. Mit dieser Wertung käme es nämlich nicht auf die Frage an, ob § 93 Abs. 4 S. 1 AktG nur solche Fälle erfasst, bei denen eine tatsächlich Handlungspflicht des Vorstands wegen § 83 Abs. 2 AktG bestand. Der hypothetische Hauptversammlungsbeschluss würde gerade auch ohne Handlungsverpflichtung und abseits des § 93 Abs. 4 S. 1 AktG zu einer Haftungsfreistellung führen. Diese Wertung vermag jedoch nur zu überzeugen, wenn von einem Hauptversammlungsbeschluss ausschließlich aufgrund *förmlicher* Gründe abgesehen wird, bzw. wegen Vermeidung von Bürokratieaufwand oder zeitlicher Verkürzung.⁵¹ Denn der Trugschluss dieser Wertung läge andernfalls im ursprünglichen Problem, das es gerade zu lösen galt. Ein nur hypothetischer Hauptversammlungsbeschluss vermag gerade nicht einen realen Vertrauenstatbestand für den Vorstand schaffen, genauso wenig wie ein hypothetischer Hauptversammlungsbeschluss dem Vorstand eine reale Handlungspflicht auferlegen kann. Um so deutlicher wird das Problem, wenn man mit einer Ansicht in der Literatur in § 93 Abs. 4 S. 1 AktG eine gesetzliche Ausprägung des Einwands der unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB erkennen möchte.⁵² Sowohl die Handlungsverpflichtung als auch der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung setzen jeweils zwingend ein reales Element voraus, andernfalls fehlt es an der erforderlichen Bindungswirkung. Die Zulässigkeit des Einwands des rechtmäßigen Alternativverhaltens lässt sich auf diesem Weg daher wohl nicht begründen.

Ein weiterer möglicher Ansatz könnte die Unterscheidung sein, bei welchem Organ das Initiativrecht für eine Maßnahme liegt.⁵³ Diese Überlegung speist sich aus der klaren Kompetenzzuordnung innerhalb einer Aktiengesellschaft. Die Rechte der Hauptversammlung ergeben sich grundsätzlich aus dem nicht abschließenden Kompetenzkatalog des § 119 Abs. 1 AktG.⁵⁴ Der Vorstand ist dagegen nach

§§ 76 Abs. 1, 77 Abs. 1 S. 1 AktG das Geschäftsführungs- und damit Exekutivorgan der Gesellschaft. Fällt nun eine Maßnahme in die Kompetenz der Hauptversammlung, so bedarf es zwingend des Vorstands (daher auch die Verpflichtung zur Ausführung der Hauptversammlungsbeschlüsse nach § 83 Abs. 2 AktG)⁵⁵, um den Beschluss praktisch umzusetzen, da die Hauptversammlung dazu selbst nicht in der Lage ist.⁵⁶ Der Vorstand ist in diesem Fall nur ausführendes Organ, wobei die Hauptversammlung aus Wertungsgesichtspunkten hinter dieser Ausführungsmaßnahme steht. An dieser Stelle leuchtet es daher ein, den Grund für die Haftungsfreistellung gegenüber der Gesellschaft in der Verpflichtung des Vorstands zu sehen. Eine andere Wertung ergibt sich jedoch, wenn es um Geschäftsführungsfragen geht, die der Vorstand der Hauptversammlung nach § 119 Abs. 2 AktG vorlegt, denn diese fallen originär in die Kompetenz des Vorstands. Der Vorstand ist in diesem Fall nicht nur ausführendes Organ, sondern steht auch inhaltlich, durch die konkrete Beschlussvorlage an die Hauptversammlung, unter Wertungsgesichtspunkten hinter der anschließenden Ausführungsmaßnahme. Mit der Vorlage an die Hauptversammlung bezweckt der Vorstand daher nicht originär, sich selbst zur Ausführung des Hauptversammlungsbeschlusses zu verpflichten, sondern vielmehr, das Haftungsprivileg nach § 93 Abs. 4 S. 1 AktG für sich beanspruchen zu können.⁵⁷ Die Ausführungspflicht ist in diesem Fall nur eine Nebenfolge, der es jedoch aufgrund der Kompetenzzuweisung eigentlich nicht bedürfte,

⁴⁶BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 29; so auch Koch in Hüffer (Begr.) AktG, § 93 Rn. 72; Sailer-Coceani in Schmidt/Lutter AktG, § 93 Rn. 59; Schmidt in NomosKommentar AktG, § 93 Rn. 126; Bürgers in HeidelbergerKommentar AktG, § 93 Rn. 32; Wolff/Jansen, NZG 2013, 1165 (1166); krit. Dietz-Vellmer, NZG 2014, 721 (725); v. Falkenhausen, NZG 2016, 601 (602).

⁴⁷BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 27.

⁴⁸BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 31.

⁴⁹BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 32; so schon BGH, Urteil v. 4.2.2015 – VIII ZR 154/14 = NJW 2015, 1087 (1089).

⁵⁰BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 33.

⁵¹Unter Berücksichtigung von Grigoleit/Tomasic in Grigoleit AktG, § 93 Rn. 132 ist davon auszugehen, dass der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung in diesen beiden Fällen greifen könnte – jedoch betrifft diese Argumentation den Gesichtspunkt des widersprüchlichen Verhaltens nach § 242 BGB. Die Konstruktion über das rechtmäßige Alternativverhalten wäre dann obsolet.

⁵²Canaris, ZGR 1978, 207 (209); Fleischer, BB 2005, 2025 (2027); Fleischer in Handbuch des Vorstandsrechts, 2006 (HdbVorstr) § 11 Rn. 83; Bürger in HeidelbergerKommentar AktG, § 93 Rn. 32.

⁵³Den Gedanken führt auch Habersack, FS Vetter, S. 189 aus.

⁵⁴Ergänzt werden diese Kompetenzen durch die richterlich entwickelten ungeschriebenen Hauptversammlungskompetenzen nach der Holzmüller/Gelatine-Rechtsprechung des BGH (BGH, Urteil v. 25.2.1982 – II ZR 174/80; BGH, Urteil v. 26.4.2004 – II ZR 154/02; BGH, Urteil v. 26.4.2004 – II ZR 155/02); weitere Zuständigkeiten aufgeführt in Seibt in Schmidt/Lutter AktG, § 83 Rn. 4.

⁵⁵Die Verpflichtung des Vorstands zur Ausführung der Hauptversammlungsbeschlüsse gemäß § 83 Abs. 2 AktG hat aufgrund Kompetenzzuweisung nur eine Klarstellungsfunktion und würde andernfalls bereits aus den §§ 76 Abs. 1, 77 Abs. 1 S. 1 AktG folgen, vgl. Seibt in Schmidt/Lutter AktG, § 83 Rn. 2; Grigoleit in Grigoleit AktG, § 83 Rn. 2.

⁵⁶Dietz-Vellmer, NZG 2014, 721 (725).

⁵⁷Habersack, FS Vetter, S. 189; v. Falkenhausen, NZG 2016, 601 (602); Spindler in Schmidt/Lutter AktG, § 119 Rn. 17, hält das Streben nach Haftungsfreistellung durch den Beschluss als einziges Motiv des Vorstands für zulässig.

zumal der Vorstand ohnehin die Geschäftsführungsmaßnahmen umsetzen möchte. Aus dieser Überlegung sollte deutlich werden, dass die Handlungsverpflichtung nach § 83 Abs. 2 AktG nicht zwingend der Grund für die Haftungsfreistellung nach § 93 Abs. 4 S. 1 AktG sein muss. Dies mag zwar für Beschlüsse gelten, für welche die Hauptversammlung die originäre Kompetenz hat, nicht jedoch für Geschäftsführungsmaßnahmen, über die die Hauptversammlung nach § 119 Abs. 2 AktG entscheidet.⁵⁸ Bezogen auf einen hypothetischen Hauptversammlungsbeschluss könnte dies bedeuten, dass das Haftungsprivileg des § 93 Abs. 4 S. 1 AktG für den Vorstand erreichbar ist, obwohl keine reale Handlungspflicht bestand. Der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens wäre dann also denkbar.⁵⁹ Sieht man das Problem der Handlungspflicht dagegen als Beweisfrage, so ergibt sich an dieser Stelle nichts anderes.

3. *Wertung des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG* Aus § 93 Abs. 4 S. 3 AktG folgt, dass die Gesellschaft erst drei Jahre nach Entstehen des Anspruchs auf Ersatzansprüche verzichten kann, wenn die Hauptversammlung zustimmt. Sinn und Zweck der Regelung ist, dass der Verzicht auf einer hinreichend informierten Grundlage geschehen soll und das Ausmaß des Schadens für die Hauptversammlung vollständig ersichtlich ist.⁶⁰ Berufet sich der Vorstand im Rahmen des rechtmäßigen Alternativverhaltens nachträglich darauf, die Hauptversammlung hätte dem Geschäftsvorhaben hypothetisch zugestimmt, so könnte diese gesetzgeberische Wertung konterkariert werden. Anwendung findet § 93 Abs. 4 S. 3 AktG jedoch erst mit der Entstehung des Anspruchs.⁶¹ Berufet sich der Vorstand dagegen auf den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens führt dies dazu, dass der Anspruch erst gar nicht zur Entstehung gelangt. Daher ist vorsichtig davon auszugehen, dass die Regelung des § 93 Abs. 4 S. 3 AktG nicht zwingend im Konflikt mit dem Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens steht und der Schutzzweck daher wohl nicht unterlaufen wird.⁶²

4. *Weitere Überlegungen und offene Fragen* Letztlich erzeugt der hypothetische Hauptversammlungsbeschluss eine hypothetische – keine reale – Handlungspflicht, d.h. wenn die Hauptversammlung zugestimmt hätte, dann wäre der Vorstand hypothetisch nach § 83 Abs. 2 AktG zur Ausführung der Maßnahme verpflichtet. Hier liegt gerade ein wesentlicher Unterschied zur hypothetischen Zustimmung des Aufsichtsrats. Der Vorstand ist an die Entscheidung des Aufsichtsrats nicht gebunden, sodass es ihm trotz Zustimmung des Aufsichtsrats möglich wäre, die Geschäftsführungsmaßnahme zu unterlassen.⁶³ Das Problem, dass nach Zustimmung der Hauptversammlung der Vorstand von seiner ursprünglichen Auffassung abweichen könnte und damit möglicherweise die Schadensposition nicht oder in einem anderen Ausmaß entsteht, stellt sich im Gegensatz zur hypothetischen Zustimmung des Aufsichtsrats deswegen nicht. Dies stellt für den Vorstand – möchte er sich auf das rechtmäßige Alternativverhalten mit Beschlussfassung der Hauptversammlung berufen – mit Blick auf den Schutzzweck der Norm einen Vorteil dar, da ein Beweis dahingehend nicht erbracht werden muss, dass er auch nach hypothetischer Beteiligung des Organs an seinem Geschäftsvorhaben festgehalten hätte.⁶⁴

Fraglich ist weiterhin, ob durch den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens zwingende Verfahrensvorschriften über die Beschlussfassung der Hauptversammlung umgangen werden, was die Unzulässigkeit indizieren würde.⁶⁵ Das würde unter Berücksichtigung der Argumentation des BGH voraussetzen, dass die Verfahrensvorschriften über die Beschlussfassung der Hauptversammlung im Unterschied zu den Verfahrensvorschriften über die Beschlussfassung des Aufsichtsrats (hier sieht der BGH in dem Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens nämlich keinen Konflikt mit den Verfahrensvorschriften)⁶⁶ als zwingend angesehen werden. Ob hierfür ein rechtfertigender Grund vorliegt, kann bezweifelt werden⁶⁷ – dazu bedürfte es jedoch einer weitergehenden Betrachtung zu den konkreten Verfahrensvorgaben, die hier jedoch den Umfang des Aufsatzes übersteigen würde. Ebenso künftigen Betrachtungen vorbehalten soll an dieser Stelle die Frage sein, ob mit Blick auf den Schutz der Minderheitsaktionäre bei der hypothetischen Zustimmung der Hauptversammlung ein qualifizierter Mehrheitsbeschluss akzeptiert werden kann, oder ob sämtliche Aktionäre zustimmen müssten.⁶⁸

⁵⁸In die Richtung argumentiert auch v. Falkenhausen, NZG 2016, 601 (602).

⁵⁹So im Ergebnis auch Habersack, FS Vetter, S. 189.

⁶⁰Grigoleit/Tomasic in Grigoleit AktG, § 93 Rn. 135; Sailer-Coceani in Schmidt/Lutter AktG, § 93 Rn. 65; Schmidt in NomosKommentar AktG, § 93 Rn. 35.

⁶¹In diesem Zeitpunkt beginnt die Frist zulaufen, vgl. Schmidt in NomosKommentar AktG, § 93 Rn. 35.

⁶²So auch Krieger, FS Seibert, S. 523.

⁶³Koch in Hüffer (Begr.) AktG, § 111 Rn. 71.

⁶⁴Diese Beweisführungsverpflichtung iRd hypothetischen Aufsichtsratsbeschlusses wird jedoch vom BGH in seiner Entscheidung nicht thematisiert. Dies vermag nicht zu überzeugen. Denn es ist ein qualitativer Unterschied zwischen dem hypothetischen Zustimmungsvotum des Aufsichtsrats und dem gesetzlich vorgesehenen Entscheidungsprozess zu erkennen (zu einem ähnlichen Schluss kommt Kleindieck, FS Krieger, S. 503; § 111 Abs. 4 S. 2 AktG soll nicht (nur) den Zustimmungserfolg gewährleisten, sondern ein Verhalten von Vorstand und Aufsichtsrat herbeiführen). Denkbar wäre damit ein, wenn auch unwahrscheinliches, folgendes Szenario, dass zwar der Aufsichtsrat hypothetisch seine Einwilligung erteilt, jedoch der Vorstand aufgrund der Beratung mit dem Aufsichtsrat von seiner ursprünglichen Auffassung abweichen und das verlustreiche Geschäft unterlassen würde. Dies wäre deshalb denkbar, da der Vorstand gerade nicht an die Entscheidung des Aufsichtsrats gebunden und auch weiterhin zu einer selbstständigen und sorgfältigen Prüfung verpflichtet ist. In diesem Fall wäre durch das rechtmäßige Alternativverhalten die Schadensposition nicht oder aber zumindest in einem anderen Ausmaß denkbar. Diese Schutzzweckerwägung zeigt also, dass allein der hypothetische Zustimmungsbeschluss des Aufsichtsrats (im Gegensatz zur Hauptversammlung) kein sicherer Nachweis dafür sein kann, dass der Schaden nicht entstanden wäre.

⁶⁵Dies nimmt der BGH jedenfalls in Bezug auf die formlose Willensäußerung von Aktionären an, BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 30.

⁶⁶Kritisch hierzu Krieger, FS Seibert, S. 518.

⁶⁷So auch Holle/Mörsdorf, NJW 2018, 3555 (3557).

⁶⁸Grundsätzlich bedarf es nach § 111 Abs. 4 S. 4 AktG für den Zustimmungsbeschluss der Hauptversammlung eine qualifizierte Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen. Richtet sich die Beschlussfassung der Hauptversammlung nicht nach § 111 Abs. 4 S. 3 AktG, sondern nach § 119 Abs. 2 AktG (für den Fall, dass keine vorherige Ablehnung des Aufsichtsrats stattgefunden hat), ist dieses Quorum analog anzuwenden, vgl. Spindler in Schmidt/Lutter AktG, § 119 Rn. 23; Kubis in MüKo AktG, § 119 Rn. 26.

III. Darlegungs- und Beweislastregelung

Erkennt man den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens auch für Hauptversammlungsbeschlüsse an, so stellt sich die Frage nach der Beweiserbringung zur Rekonstruktion des hypothetischen Abstimmverhaltens. Gefolgt wird hier der Auffassung, dass im Rahmen des rechtmäßigen Alternativverhaltens ein empirischer Prüfungsansatz anzulegen ist.⁶⁹ Eine normative Bestimmung im Rahmen des judiziellen Ansatzes wäre bei Hauptversammlungsbeschlüssen auch kaum möglich, da ein Aktionär mit den Worten des BGH „grundsätzlich schalten und walten kann, wie es ihm beliebt“⁷⁰ und daher bei seiner Stimmrechtsausübung bis zur Grenze der mitgliedschaftlichen Treupflicht nicht an Sorgfaltspflichten gebunden ist.⁷¹

1. *Beweis 1: Die Beteiligung der Hauptversammlung* Zunächst muss der Vorstand den Nachweis erbringen, dass er überhaupt die Maßnahme der Hauptversammlung vorgelegt hätte.⁷² Denn die Beteiligung der Hauptversammlung ist im Gegensatz zur Beteiligung des Aufsichtsrats bei Zustimmungsvorbehalten gerade keine Pflicht und daher eine Ausnahme vom gesetzlichen Normalfall. Das bedeutet, dass die Entscheidung über das „ob“ der Hauptversammlungs-beteiligung allein beim Vorstand liegt, weswegen ihn für diese Entscheidung auch die Beweispflicht trifft. Voraussetzung dafür ist nach der Rechtsprechung des BGH, „dass derselbe Erfolg effektiv herbeigeführt worden wäre; die bloße Möglichkeit ihn rechtmäßig herbeiführen zu können, reicht nicht aus.“⁷³ Somit müsste der Vorstand darlegen, dass er einen Hauptversammlungsbeschluss tatsächlich herbeigeführt hat. Dass er den Beschluss hätte herbeiführen können, ist nicht ausreichend, da die bloße Möglichkeit der Hauptversammlungsbefragung dem Vorstand nicht das Recht gibt, den Aufsichtsrat zu übergehen.⁷⁴ Angesichts dieser Beweiserbringungspflicht stellt sich die Frage, wie der Vorstand einen solchen Beweis erbringen könnte. Zu dem Zeitpunkt, in dem sich der Vorstand entschlossen hat, die Geschäftsführungsmaßnahme ohne Zustimmung des Aufsichtsrats oder der Hauptversammlung durchzuführen, hatte der Vorstand gerade keinen Beschluss der Hauptversammlung herbeigeführt – dann kann er es auch nicht beweisen.⁷⁵

Hält man an dieser postulierten Beweiserbringungspflicht fest, wird der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens wohl an dieser Stelle scheitern.⁷⁶ Grunewald hält diese Argumentation, die insbesondere für die Ausübung von Gestaltungsrechten entwickelt wurde, jedoch für künstlich.⁷⁷

Auf den ersten Blick scheint die Ausübung von Gestaltungsrechten und die Entscheidung des Vorstands, der Hauptversammlung die Beschlussvorlage vorzulegen, tatsächlich vergleichbar, denn in beiden Fällen liegt die Entscheidung über das „ob“ der Ausübung bei dem Rechtsinhaber bzw. dem Vorstand. Ein Unterschied könnte jedoch darin gesehen werden, dass bei der Frage, ob ein Hauptversammlungsbeschluss herbeigeführt werden soll, eine abstrakte Handlungspflicht besteht. Diese Handlungspflicht umfasst zwar die Beteiligung des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 S. 2 AktG, jedoch wird hierdurch ein genereller Handlungsdruck für den Vorstand erzeugt, durch welchen sich der Handlungsspielraum für den Vorstand verengt – entweder die Geschäftsführungsmaßnahme darf

nicht weiterverfolgt werden oder sie ist dem Aufsichtsrat bzw. der Hauptversammlung zur Abstimmung vorzulegen. Ein solch verengter Handlungsspielraum ist dagegen bei der Ausübung von Gestaltungsrechten nicht zu erkennen, ein Handlungsdruck besteht hier im Normalfall nicht. Ob sich aus so einer wertenden Betrachtung ergeben kann, dass man die Anrufung der Hauptversammlung (wie die Beteiligung des Aufsichtsrats) als Alternativverhalten „einfach“ hinzudenken kann,⁷⁸ scheint jedoch weiterhin höchst zweifelhaft. Soweit dem Handlungsdruck ein hohes Gewicht beizumessen ist, dürfte dem Vorstand der Beweis zumindest leichter fallen, wenn er auch weiterhin nur sehr schwer zu erbringen sein mag. Wie letztlich der konkrete Beweis tatsächlich erbracht werden kann, darüber lässt sich nur mutmaßen.

Möglich, wenn auch nicht zwingend ausreichend, dürfte sein, wenn der Vorstand auf eine Handhabungspraxis verweisen kann, aus der hervorgeht, dass zustimmungspflichtige Geschäfte bereits in der Vergangenheit nach § 119 Abs. 2 AktG der Hauptversammlung vorgelegt wurden und die Aufsichtsratsbeteiligung damit umgangen wurde. Eine, wie vom BGH geforderte, *sichere* Beweiserbringung wird sich jedoch auf diesem Weg kaum erreichen lassen, denn die Entscheidungen sind einzelfallabhängig und setzen stets eine Ermessensabwägung des Vorstands voraus. Selbst eine bestehende Entscheidungspraxis kann keine bindende Wirkung für die Zukunft bzw. rückwirkend für die Vergangenheit haben.⁷⁹

Denkbar wäre auch eine Konstellation, in welchem von der Beschlussfassung nur aus formalen Gründen abgesehen wurde, wobei hier die Frage aufgeworfen werden muss, ob es den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens dann überhaupt bedürfte, oder ob bereits die Inanspruchnahme des Vorstands wegen widersprüchlichen Verhaltens nach § 242 BGB ausgeschlossen wäre.

⁶⁹Dafür auch BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 45ff; zustimmend Wilsing/von der Linden, NZG 2018, 1416 (1417), so geht der BGH von einer mehrheitlichen Einwilligung aus, die nur dann Sinn ergibt, wenn die realen Verhältnisse in den Blick genommen werden und keine idealtypische Betrachtung (judizieller Prüfungsansatz) erfolgt; aA OLG Oldenburg, v. 22.6.2006 – 1 U 34/03, BeckRS 2006, 11930; Böttcher, NZG 2007, 481 (485); Koch, FS Köndgen, 344.

⁷⁰BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 35.

⁷¹Krieger, FS Seibert, S. 523; Habersack, FS Vetter, S. 191.

⁷²Krieger, FS Seibert, S. 522; Kleindieck, FS Krieger, S. 507; Grunewald, FS Hopt, S. 329; Scholz, AG 2020, 453 (459); Paefgen, WM 2022, 253 (263).

⁷³In Bezug auf die Ausübung von Gestaltungsrechten, BGH, Urteil v. 9.3.2012 – V ZR 156/11 = NJW 2012, 2022 (2023).

⁷⁴So Argumentiert der BGH, wenn als Alternativverhalten Gestaltungsrechte angeführt werden, vgl. BGH, Urteil v. 9.3.2012 – V ZR 156/11 = NJW 2012, 2022 (2023).

⁷⁵Dieses Beweisproblem wird auch bei Krieger, FS Seibert, S. 522; Holle/Mörsdorf, NJW 2018, 3555 (3557) und Scholz, AG 2020, 453 (460) thematisiert und für den Vorstand als praktisch nicht darlegungsfähig verstanden.

⁷⁶Krieger, FS Seibert, S. 523 hält Ausnahmefälle für möglich, ohne näher darauf einzugehen, wie sich diese situativ darstellen.

⁷⁷Grunewald, FS Hopt, S. 329.

⁷⁸Dafür plädiert Grunewald, FS Hopt, S. 329.

⁷⁹So jedenfalls Goette, ZGR 2019, 324 (334) in Bezug auf die Rekonstruktion des Abstimmverhaltens des Aufsichtsrats.

2. Beweis 2: Das Abstimmverhalten der Hauptversammlung
Zudem muss der Vorstand darlegen, dass die Hauptversammlung seiner Beschlussvorlage zugestimmt hätte. Im Unterschied zum Aufsichtsrat können sich hier zwei wesentliche Unterschiede ergeben.

Zum einen ist das Ermessen eines Aktionärs größer, als es bei Aufsichtsratsmitgliedern ist, die in ihrer Entscheidung wegen §§ 116 S. 1, 93 Abs. 1 S. 2 AktG an die *Business-Judgement-Rule* gebunden sind. Dies hat zur Folge, dass Aktionäre, im Gegensatz zu Aufsichtsratsmitgliedern, ihre Entscheidung weder sorgfältig begründen und dokumentieren noch Gemeinwohlbelange der Gesellschaft oder die Entscheidung auf Basis angemessener Informationen und sorgfältiger Abwägung treffen müssen.⁸⁰ Daraus folgt nun für die Beweiserbringung, dass das hypothetische Abstimmverhalten der Aktionäre im Rahmen einer nachträglichen Befragung leichter rekonstruierbar scheint,⁸¹ wenn auch das Problem der *Hindsight Bias* Schwierigkeiten bereiten dürfte. Hierbei handelt es sich um ein Phänomen der psychologischen Entscheidungsforschung.⁸² Denn die nachträgliche Befragung birgt die Gefahr, dass der Aktionär in Kenntnis des eingetretenen Schadens zum Ausdruck bringen könnte, er hätte keinesfalls der betreffenden Beschlussvorlage zugestimmt, obwohl eine solche ablehnende Haltung aus der gebotenen ex ante-Perspektive nicht ohne Weiteres garantiert war.⁸³ Menschen neigen nämlich in Kenntnis der nachträglich eintretenden Umstände dazu, die Wahrscheinlichkeit zu überschätzen, mit der sie die Ergebnisse vorausgesagt hätten. Das Problem der *Hindsight Bias* macht deutlich, dass sich die damalige konkrete Entscheidungssituation mit dem nun vorhandenen Kenntnisstand des Aktionärs nicht mehr authentisch simulieren lässt. Die spätere Aussage bezüglich einer hypothetischen Zustimmungsverweigerung vermag daher möglicherweise mehr Schutzbehauptung als realistisches Abbild der Vergangenheit sein.⁸⁴

Zum anderen kann es zur Beweiserbringung jedoch ausreichen – und dies stellt im Vergleich zum Aufsichtsrat, vorausgesetzt der Beweis gelingt, einen Vorteil dar, dass nur das Abstimmverhalten eines Aktionärs bewiesen werden muss, wenn es sich um einen Alleinaktionär, oder – sofern man mehrheitlich gefasste Hauptversammlungsbeschlüsse mit dem Quorum von § 111 Abs. 4 S. 4 AktG analog genügen lassen möchte – es sich um einen Aktionär mit qualifizierter Stimmrechtsmehrheit handelt.⁸⁵

IV. Resümee

Der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens bei Hauptversammlungsbeschlüssen nach § 119 Abs. 2 AktG ist denkbar, wenn auch die Beweisführung, entgegen der Ansicht von *Grunewald*,⁸⁶ wohl eine größere Hürde darstellt als beim Alternativverhalten des Aufsichtsrats. Denn gerade der Nachweis, dass überhaupt die Hauptversammlung hypothetisch gefragt worden wäre, scheint kaum erbringbar. Es ist daher nachvollziehbar, wenn auch aus wissenschaftlicher Sicht misslich, dass der BGH im Fall „Schloss Eller“ zum rechtmäßigen Alternativverhalten in Bezug auf die Beteiligung der Hauptversammlung keine Stellung bezogen hat.⁸⁷ Insgesamt bleiben jedoch bei der hypothetischen Zustimmung der Hauptversammlung einzelne Fragen offen. Diese betreffen schwerpunktmäßig

die Bedeutung der Mehrheits- und Verfahrensvorschriften und die konkreten Möglichkeiten der Beweiserbringung.

C. Fazit

Mit dem Fall „Schloss Eller“ hat der BGH das Problem des rechtmäßigen Alternativverhaltens ins Scheinwerferlicht der rechtswissenschaftlichen Diskussion gerückt. Zurecht ist das Echo aus Wissenschaft und Praxis groß. Die Rolle der Hauptversammlung ist in diesem Kontext jedoch noch nicht hinreichend betrachtet worden. Sieht man, wie angedeutet wurde, die Haftungsfreistellung gemäß § 93 Abs. 4 S. 1 AktG nicht zwingenderweise als Konsequenz der Handlungspflicht nach § 83 Abs. 2 AktG, ist jedenfalls das Problem, dass ein hypothetischer Hauptversammlungsbeschluss keine tatsächliche Bindungswirkung für den Vorstand schaffen kann, lösbar. Ob sich die Rechtsprechung auf diesen Argumentationsweg einlassen würde, scheint jedoch sehr fraglich, weil auch die Konsequenzen für die Beweiserbringung kaum absehbar sind. Wohl auch deswegen wird die Rolle der Hauptversammlung beim Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens eher ein akademisches Problem bleiben.

⁸⁰BGH, Urteil v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, Rn. 54; dazu auch Krieger, FS Seibert, S. 523; Habersack, FS Vetter, S. 191.

⁸¹Grunewald, FS Hopt, S. 329f.; Habersack, FS Vetter, S. 191; Etwas anderes kann sich freilich dann ergeben, wenn es sich, wie im Fall „Schloss Eller“, bei dem Aktionär um eine kommunale Gebietskörperschaft handelt. Dann dürfte der grundsätzlich weite Ermessensspielraum des Aktionärs aufgrund kommunalverfassungsrechtlicher Vorgaben deutlich reduziert sein. Unter solchen Voraussetzungen dürfte der Beweis, der Aktionär (im Fall „Schloss Eller“ die Stadt Düsseldorf) hätte der Maßnahme hypothetisch zugestimmt, auch aufgrund der drohenden politischen Konsequenzen nur schwer zu erbringen sein.

⁸²Fleischer, FS Wiedemann, S. 832; Arkes/Saville/Wortmann/Harkness, *Hindsight Bias among Physicians Weighing the Likelihood of Diagnoses*, in: *Journal of Applied Psychology*, 1981 (S. 253f.) <https://psycnet.apa.org/doiLanding?doi=10.1037%2F0021-9010.66.2.252> (zuletzt abgerufen am 01.03.2023).

⁸³In Bezug auf die Befragung eines Aufsichtsratsmitglieds, Paefgen, WM 2022, 253 (260).

⁸⁴In Bezug auf die Befragung des Aufsichtsrats, Schaub/Schaub, ZIP 2013, 656 (658); Weißenhaupt, ZIP 2019, 202 (211).

⁸⁵Habersack, FS Vetter, S. 191; Krieger, FS Seibert, S. 523.

⁸⁶Grunewald, FS Hopt, S. 329f.

⁸⁷Scholz, AG 2020, 453 (460); auch Holle/Mörsdorf, NJW 2018, 3555 (3557).